



**Università
degli Studi
di Palermo**

AREA QUALITÀ, PROGRAMMAZIONE E SUPPORTO
STRATEGICO
SETTORE STRATEGIA PER LA RICERCA
U. O. DOTTORATI



Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti” – Doctorat en “Droit international et européen”

Dipartimento di giurisprudenza – Università di Palermo
École doctorale de droit – Institut de recherche en droit international et européen
(IREDIES) – Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne

LA TECHNIQUE DU BALANCEMENT DANS LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX INTERNATIONAUX

Thèse pour l’obtention du grade de Docteur en droit
Présentée et soutenue publiquement le 7 juillet 2023 par

Lorenzo Acconciamesa

sous la direction de

Monsieur le Professeur Paolo Palchetti

et

Monsieur le Professeur Pasquale De Sena

Membres de jury

M^{me} Sarah Cassella, Professeure à l’Université Paris Cité (Presidente et rapporteure)

M. Pasquale De Sena, Professeur à l’Université de Palermo (directeur)

M. Paolo Palchetti, Professeur à l’Université Panthéon-Sorbonne (co-directeur)

M^{me} Deborah Russo, Professeure à l’Université des études de Florence (rapporteure)

LA TECNICA DEL BILANCIAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI INTERNAZIONALI SOMMARIO

INTRODUZIONE GENERALE	1
OGGETTO E DOMANDE DI RICERCA	4
PREMESSE METODOLOGICHE.....	6
STRUTTURA DEL LAVORO	7
DEFINIZIONI FONDAMENTALI.....	10
 CAPITOLO PRIMO	
IL BILANCIAMENTO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO INTERNAZIONALE: FONTE DI PROBLEMI O DI SOLUZIONI?.....	14
1.1. INTRODUZIONE.....	14
1.2. IL BILANCIAMENTO E IL PROBLEMA DELLA NORMATIVITÀ.....	19
1.3. IL BILANCIAMENTO E IL PROBLEMA DELL'AUTORITÀ.....	25
1.4. IL BILANCIAMENTO E IL PROBLEMA DELLE FONTI	32
1.4.1. <i>La lacunosità del diritto internazionale generale e le nuove esigenze di regolamentazione..</i>	35
1.4.2. <i>Il carattere vago, indeterminato e flessibile delle disposizioni pattizie</i>	40
1.4.3. <i>L'espansione alluvionale del diritto internazionale pattizio e i "sotto-sistemi" normativi....</i>	41
1.5. L'ATTUALITÀ DEL DIBATTITO	44
1.5.1. <i>Il bilanciamento come metodo del giudice internazionale.....</i>	44
1.5.2. <i>La distinzione tra regole e principi nel diritto internazionale</i>	47
 CAPITOLO SECONDO	
UNA DEFINIZIONE "OPERATIVA" DI BILANCIAMENTO	53
2.1. INTRODUZIONE.....	53
2.2. L'EMERSIONE DEL BILANCIAMENTO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA INTERNA.....	54
2.2.1. <i>Il giudizio di proporzionalità nell'esperienza tedesca</i>	56
2.2.1.1. <i>La giurisprudenza amministrativa prussiana.....</i>	57
2.2.1.2. <i>La giurisprudenza costituzionale tedesca.....</i>	59
2.2.1.2.1. <i>L'applicazione delle clausole di limitazione delle disposizioni costituzionali.....</i>	60
2.2.1.2.2. <i>La limitazione dei diritti incondizionati tramite la soluzione dei conflitti</i>	62
2.2.1.3. <i>Le critiche al giudizio di proporzionalità</i>	65
2.2.2. <i>Il bilanciamento di interessi nella giurisprudenza statunitense.....</i>	66
2.2.2.1. <i>I primi esempi nell'ambito del diritto privato</i>	68
2.2.2.2. <i>L'emersione nella giurisprudenza sul Primo emendamento</i>	69
2.2.2.3. <i>L'estensione alla giurisprudenza sulla equal protection clause.....</i>	72
2.2.2.4. <i>La ripartizione di competenze alla luce della dormant commerce clause</i>	73
2.2.2.5. <i>Il rapporto tra bilanciamento e proporzionalità in ambito statunitense.....</i>	76
2.2.2.6. <i>Le critiche al bilanciamento nell'esperienza statunitense</i>	78
2.2.3. <i>La diffusione del bilanciamento in altri ordinamenti giuridici</i>	79
2.2.3.1. <i>Gli ordinamenti di civil law.....</i>	80
2.2.3.2. <i>Gli ordinamenti di common law.....</i>	86
2.2.3.3. <i>Gli ordinamenti misti</i>	87
2.3. LA TEORIZZAZIONE DEL BILANCIAMENTO.....	89
2.3.1. <i>La teoria dei principi di Ronald Dworkin.....</i>	90
2.3.2. <i>Il neocostituzionalismo di Robert Alexy.....</i>	93
2.3.3. <i>Il realismo giuridico.....</i>	96
2.4. LA STRUTTURA E LE FUNZIONI DEL BILANCIAMENTO.....	98
2.4.1. <i>L'idoneità a perseguire uno scopo "legittimo"</i>	105
2.4.2. <i>Il grado di interferenza sul principio, interesse o valore contrapposto.....</i>	108

2.4.3. La comparazione tra il grado di realizzazione di un interesse a fronte del grado di compressione di quello contrapposto.....	110
2.4.4. La formulazione della regola di composizione del conflitto	111
2.4.4.1. La funzione di <i>gap-filling</i> in senso stretto.....	112
2.4.4.2. La funzione interpretativa	115
2.4.2.2.1. La determinazione del campo di applicazione e del contenuto di una disposizione	116
2.4.2.2.2. L'interpretazione delle clausole generali	117
2.4.2.2.3. L'interpretazione e applicazione delle clausole di limitazione.....	119
2.4.2.3. La funzione di soluzione dei conflitti normativi	121
2.5. LA COMPARAZIONE TRA IL BILANCIAMENTO E ALTRE FORME DI RAGIONAMENTO GIURIDICO	123
2.5.1. <i>L'analogia</i>	124
2.5.1.1. <i>L'analogia legis</i>	124
2.5.1.2. <i>L'analogia juris</i>	126
2.5.2. <i>L'equità</i>	127
2.5.2.1. <i>L'equità infra legem</i>	129
2.5.2.2. <i>L'equità praeter legem</i>	130
2.5.2.3. <i>L'equità contra legem</i>	130
2.5.3. <i>L'interpretazione teleologica</i>	131

CAPITOLO TERZO

IL BILANCIAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI INTERNAZIONALI . 133

3.1. INTRODUZIONE E NOTE METODOLOGICHE	133
3.1.1. <i>La selezione della giurisprudenza</i>	135
3.1.2. <i>La ripartizione della giurisprudenza rilevante</i>	136
3.2. I TRIBUNALI INTERSTATALI	140
3.2.1. <i>I tribunali arbitrali ad hoc</i>	141
3.2.1.1. La rilevazione della regola del caso alla luce del bilanciamento tra i rispettivi interessi sovrani ..	141
3.2.1.2. La determinazione del campo di applicazione e l'interpretazione del contenuto di diritti, obblighi e facoltà degli Stati alla luce degli interessi sovrani degli stessi	147
3.2.2. <i>I tribunali interstatali permanenti a competenza generale</i>	151
3.2.2.1. La rilevazione di regole di diritto internazionale non scritto in assenza di prassi e <i>opinio juris</i>	152
3.2.2.2. Il bilanciamento come tecnica interpretativa	163
3.2.2.2.1. La determinazione del campo di applicazione e del contenuto di un obbligo	163
3.2.2.2.2. La rideterminazione del contenuto di una norma consuetudinaria	165
3.2.2.2.3. L'interpretazione e applicazione delle clausole di deroga.....	166
3.2.2.3. Un tentativo di bilanciamento volto alla soluzione di un conflitto normativo?	171
3.2.3. <i>Gli organi di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio</i> 174	
3.2.3.1. L'interpretazione e applicazione dell'art. XX GATT e di clausole simili.....	176
3.2.3.2. Il bilanciamento tra gli obblighi in materia di commercio e interessi contrastanti.....	183
3.2.4. <i>Il Tribunale internazionale per il diritto del mare</i>	185
3.3. I TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI.....	187
3.3.1. <i>I tribunali penali internazionali ad hoc</i>	188
3.3.1.1. La rilevazione di norme non scritte di diritto internazionale umanitario e penale.....	188
3.3.1.1.1. La rilevazione di norme non scritte sostanziali	190
3.3.1.1.2. La rilevazione di norme non scritte procedurali	191
3.3.1.2. Il bilanciamento come tecnica interpretativa	194
3.3.1.2.1. L'applicazione del diritto internazionale umanitario.....	195
3.3.1.2.2. L'interpretazione delle disposizioni procedurali	195
3.3.1.3. La soluzione dei conflitti con il diritto internazionale dei diritti umani	197
3.3.2. <i>I tribunali penali misti o ibridi</i>	197
3.3.3. <i>La Corte penale internazionale</i>	200
3.4. I TRIBUNALI E GLI ORGANI DI MONITORAGGIO DEI TRATTATI SUI DIRITTI UMANI.....	204
3.4.1. <i>La Corte europea dei diritti umani</i>	206
3.4.1.1. Il limitato ricorso al bilanciamento nella rilevazione di "diritti nuovi"	210
3.4.1.2. Il bilanciamento come tecnica interpretativa	214
3.4.1.2.1. La determinazione del campo di applicazione materiale delle disposizioni.....	215
(i) L'espansione del campo di applicazione materiale	216
(ii) La restrizione del campo di applicazione materiale	217
3.4.1.2.2. La determinazione del contenuto dei diritti e degli obblighi convenzionali.....	220
(i) La determinazione del nucleo duro dei diritti convenzionali	220
(ii) I diritti impliciti	221
(iii) Gli obblighi positivi.....	222

(iv) Le eccezioni implicite.....	225
3.4.1.2.3. L'interpretazione delle clausole generali.....	227
3.4.1.2.4. L'applicazione delle clausole di limitazione	228
(i) L'assenza, salvi rari casi, di un test autonomo dell'adeguatezza della misura.....	229
(ii) I dubbi sull'esistenza di un autonomo test della misura alternativa meno restrittiva.....	231
(iii) La tendenza a realizzare una valutazione complessiva nell'ambito del bilanciamento	232
(iv) La recente tendenza alla "revisione procedurale"	234
3.4.1.2.5. L'applicazione della clausola di deroga.....	236
3.4.1.3. La soluzione dei conflitti.....	237
3.4.1.3.1. I conflitti interni.....	237
(i) I conflitti tra diritti diversi di diversi soggetti.....	237
(ii) I conflitti tra lo stesso diritto di diversi soggetti.....	239
(iii) I conflitti tra diritti diversi di uno stesso soggetto.....	240
3.4.1.3.2. I conflitti esterni.....	241
(i) Il diritto degli Stati di controllare le proprie frontiere	241
(ii) L'applicazione delle norme in materia di immunità dalla giurisdizione	243
(iii) Gli obblighi derivanti dalla partecipazione ad altre organizzazioni internazionali	246
3.4.2. <i>La Corte interamericana dei diritti umani</i>	248
3.4.2.1. La rilevazione dei diritti garantiti dalla CIADU	249
3.4.2.2. Il bilanciamento come tecnica interpretativa	250
3.4.2.2.1. La determinazione del contenuto degli obblighi statali	250
3.4.2.2.2. L'interpretazione delle clausole generali	250
3.4.2.2.2. L'applicazione della clausola generale di limitazione.....	250
3.4.2.3. Il bilanciamento come tecnica di soluzione dei conflitti normativi	251
(i) I conflitti interni.....	251
(ii) I conflitti esterni.....	253
3.4.3. <i>La Corte africana dei diritti umani e dei popoli</i>	254
3.4.4. <i>Gli organi di monitoraggio dei trattati conclusi nell'ambito delle Nazioni Unite</i>	257
3.5. I TRIBUNALI ARBITRALI INVESTITORE-STATO	260
3.5.1. <i>La rilevazione di norme procedurali non scritte</i>	261
3.5.2. <i>L'interpretazione e applicazione dei BIT</i>	262
3.5.2.1. La determinazione del contenuto dei diritti garantiti dai BIT.....	262
3.5.2.1.1. La nozione di espropriazione	263
3.5.2.1.2. Le nozioni di fair and equitable treatment e di aspettativa legittima.....	268
3.5.2.2. L'applicazione delle clausole di limitazione o deroga	270
3.5.3. <i>La soluzione dei conflitti</i>	272
3.5.3.1. I conflitti con gli "interessi essenziali" dello Stato tramite la scusante della necessità	272
3.5.3.2. I conflitti con altri obblighi internazionali dello Stato	275
3.6. CONCLUSIONI PRELIMINARI	276

CAPITOLO QUARTO

LE RAGIONI DELLA DIVERSA PROPENSIONE DEI TRIBUNALI INTERNAZIONALI A

RICORRERE AL BILANCIAMENTO 282

4.1. INTRODUZIONE.....	282
4.2. LA NATURA DEGLI INTERESSI RILEVANTI E IL LORO RAPPORTO CON LA SOVRANITÀ DELLO STATO O DEGLI STATI PARTE DELLA CONTROVERSIA	286
4.2.1. <i>Gli "interessi essenziali" degli Stati come limite al bilanciamento?</i>	293
4.2.1.1. La scarsa rilevanza della dottrina degli "interessi essenziali"	294
4.2.1.2. La crescente rilevanza della dottrina del "margine di apprezzamento"	297
4.2.2. <i>Gli "interessi collettivi" come incentivo al bilanciamento?</i>	302
4.3. L'INCIDENZA DEL FONDAMENTO CONSENSUALE DELLA GIURISDIZIONE SUI METODI DECISIONALI	305
4.3.1. <i>Il fondamento giurisdizionale del tribunale</i>	306
4.3.2. <i>Il grado di effettività del tribunale e la sua legittimazione di fronte agli Stati membri</i>	310
4.4. IL GRADO DI ESAUSTIVITÀ DEL DIRITTO APPLICABILE E LA CHIAREZZA DELLE RELATIVE NORME	325
4.4.1. <i>L'esaustività e chiarezza del diritto applicabile per come sancito dagli Stati</i>	328
4.4.2. <i>L'incremento dell'esaustività e chiarezza come esito della funzione di accertamento del diritto esercitata dal giudice internazionale</i>	333
4.4.2.1. I precedenti giudiziari	334
4.4.2.2. La progressiva formazione di regole.....	335
4.5. CONCLUSIONI PRELIMINARI	339

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE 346

BIBLIOGRAFIA.....	354
ARTICOLI IN RIVISTE	354
BLOG POST E RIVISTE ONLINE	363
CONTRIBUTI IN OPERE COLLETTIVE	365
DISCORSI PRESSO ISTITUZIONI INTERNAZIONALI, CONFERENZE E WORKING PAPERS	374
MONOGRAFIE E MANUALI	375
VOCI DI ENCICLOPEDIA	380
GIURISPRUDENZA CITATA.....	383
GIURISPRUDENZA INTERNA.....	383
<i>Francia</i>	383
<i>Italia</i>	383
Corte costituzionale.....	383
Corte di cassazione.....	383
<i>Germania</i>	384
<i>Regno Unito</i>	384
<i>Stati Uniti</i>	385
<i>Varie</i>	386
GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE.....	386
<i>Comitati istituiti dai trattati ONU sui diritti umani</i>	386
<i>Corte africana dei diritti umani e dei popoli</i>	387
<i>Corte di giustizia dell'Unione europea</i>	387
<i>Corte europea dei diritti umani</i>	387
<i>Corte interamericana dei diritti umani</i>	393
<i>Corte internazionale di giustizia</i>	393
<i>Corte penale internazionale</i>	395
<i>Corte permanente di giustizia internazionale</i>	396
<i>Organi di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio</i>	396
<i>Tribunale internazionale per il diritto del mare</i>	397
<i>Tribunali arbitrali interstatali ad hoc</i>	398
<i>Tribunali arbitrali investitore-Stato</i>	398
<i>Tribunali penali post Seconda guerra mondiale</i>	400
<i>Tribunale penale internazionale per il Ruanda</i>	400
<i>Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia</i>	400
<i>Tribunali penali misti</i>	401
STRUMENTI INTERNAZIONALI CITATI	402
COMMENTI GENERALI DEI COMITATI ISTITUITI DAI TRATTATI ONU SUI DIRITTI UMANI.....	402
LAVORI DELLA COMMISSIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE	402
RISOLUZIONI DELL'ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE.....	403
VARIE	403
LISTA DELLE ABBREVIAZIONI	404

RÉSUMÉ. LA TECHNIQUE DU BALANCEMENT DANS LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX INTERNATIONAUX

MOTS CLÉS: balancement, principes généraux du droit, tribunaux internationaux, principe de souveraineté, proportionnalité, raisonnable

Cette recherche examine le rôle de la technique du balancement des intérêts, des principes ou des valeurs dans le raisonnement des tribunaux internationaux. D'un point de vue technique, elle tente de clarifier les fonctions que le balancement peut jouer dans l'exercice de la fonction judiciaire internationale, et quelle est la structure de l'argumentation judiciaire qui est basée sur elle, à condition qu'une approche commune entre les différentes cours internationales puisse être trouvée. Du point de vue de la politique judiciaire, il vise à fournir quelques explications possibles à la propension différente des différents tribunaux internationaux à utiliser cette technique ou, au sein de la jurisprudence d'un même tribunal, à l'utilisation différente de cette technique dans le temps ou en fonction de la nature du litige, des parties et du droit applicable. Enfin, dans le contexte plus large de l'ordre juridique international contemporain, l'ouvrage se demande si l'utilisation plus ou moins importante de cette technique par différents tribunaux internationaux peut être une indication de la perception que chaque tribunal a de sa propre fonction et, plus largement, du rôle de la fonction judiciaire au sein de l'ordre juridique international. Ce faisant, la recherche entend contribuer au débat sur le rôle du tribunal dans l'ordre international. En particulier, elle aborde la question de savoir si, même face à l'augmentation du nombre de cours et tribunaux internationaux et du nombre de litiges qui leur sont soumis, le juge est devenu un acteur plus pertinent dans cet ordre, où la fonction judiciaire est peu développée par rapport aux systèmes juridiques internes, qui, en contrôlant et en interprétant les règles visant à résoudre des litiges spécifiques, contribue au développement progressif du droit international et à la protection des valeurs sur lesquelles il est fondé. L'ouvrage est structuré en quatre chapitres.

Le Chapitre I, en exposant l'état actuel du débat doctrinal sur le sujet, inscrit la technique du balancement dans les caractéristiques structurelles du système juridique international (largement liées à la centralité de l'État et de la souveraineté de l'État) en tant que "problème" ou "solution" possible à certains problèmes. Il montre comment ces caractéristiques, d'une part, semblent s'opposer au recours à la technique de l'équilibrage par le juge international mais, d'autre part, coûtent un cadre favorable à cette technique.

Le Chapitre II est consacré à la reconstruction d'une « définition opérationnelle » de ce qu'il faut entendre par la technique du balancement judiciaire. Cela implique la nécessité d'un examen historique de la manière dont cette technique s'est progressivement consolidée dans la jurisprudence des tribunaux nationaux et d'une analyse théorique clarifiant les conditions préalables et les caractéristiques de la technique. L'objectif était

d'identifier un modèle théorique suffisamment général – sans les spécificités qui caractérisent les systèmes juridiques nationaux individuels ou les différentes théories – pour pouvoir ensuite vérifier sa présence dans la jurisprudence des tribunaux internationaux. Cette analyse clarifie la structure de l'argumentation judiciaire fondée sur le balancement ainsi que les différentes fonctions (comblement des lacunes, interprétation et résolution des conflits normatifs) qu'elle peut remplir dans l'exercice de la fonction judiciaire. Enfin, le balancement, tel qu'il a été reconstruit, a été comparé à d'autres formes de raisonnement juridique de type non formaliste et qui, dans une mesure plus ou moins grande, se réfèrent à des principes généraux et à des valeurs.

Le Chapitre III, de nature purement empirique, examine la jurisprudence des tribunaux internationaux qui recourent, expressément ou implicitement, à la technique du balancement. L'analyse est effectuée sur la base d'une classification fondée sur les différents types de cours et tribunaux internationaux existants (permanents et *ad hoc*, de compétence générale et spécialisés). La structure de l'ouvrage distingue donc les tribunaux interétatiques (*ad hoc*, permanents et à compétence spécialisée), les tribunaux pénaux internationaux (*ad hoc*, permanents, se référant à la Cour pénale internationale, et mixtes), les tribunaux régionaux et les organes universels, contrôlant le respect des traités relatifs aux droits de l'homme, et, enfin, les tribunaux d'arbitrage investisseur-État.

Le Chapitre IV identifie ce qui, à la lumière de la jurisprudence examinée, semble être les raisons qui affectent la propension différente des tribunaux internationaux considérés à utiliser la technique de mise en balance comme méthode décisionnelle et les indications que la propension plus ou moins grande d'un tribunal peut donner sur la manière dont la fonction judiciaire internationale est exercée et sur son rôle dans le système.

Les Conclusions examinent la tendance identifiée dans le présent ouvrage, à savoir la disparition progressive ou du moins la pertinence réduite de la technique du balancement dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux à l'échelle mondiale. L'image qui semble se dégager est celle d'une approche de plus en plus restrictive de la part des cours et tribunaux internationaux en matière de détection, d'interprétation et d'application du droit international, avec la reconnaissance d'une plus grande marge de manœuvre pour le pouvoir discrétionnaire des États et le respect de leurs choix souverains.

ABSTRACT. THE BALANCING TECHNIQUE IN THE CASE-LAW OF INTERNATIONAL TRIBUNALS

KEY WORDS: balancing, general principles of law, international courts, principle of sovereignty, proportionality, reasonableness

This present research examines the role of the technique of balancing of interests, principles or values in the reasoning of international courts. From a technical point of view, it attempts to clarify the functions that the balancing test can fulfil in the exercise of the international judicial function, as well as the structure of the judicial reasoning based on it, provided that a common approach among different international courts can be found. From a judicial policy perspective, it aims to provide some possible explanations for the different propensity of different international courts to make use of this technique or, within the jurisprudence of the same international court, the different use of it over time or depending on the nature of the dispute, the parties and the applicable law. Finally, framing the results of the research in the broader context of the contemporary international legal order, the research aims at clarifying whether the greater or lesser use of this technique by different international tribunals may be an indication of each tribunal's perception of its own function and, more broadly, of the role of the judicial function within the international legal order. In doing so, the research intends to contribute to the debate on the role of the judge in the international legal order. In particular, it addresses the issue of whether, in the face of the increase in the number of international courts and tribunals and the number of disputes submitted to them, the judge has become a more relevant actor in that order, where the judicial function is underdeveloped compared to domestic legal systems; in particular, the research aims to clarify whether international tribunal, by surveying and interpreting the rules aimed at resolving specific disputes, contribute to the progressive development of international law and the protection of the values on which it is based. The thesis is structured in four chapters.

Chapter I, in outlining the current state of the doctrinal debate on the subject, frames the balancing technique within the structural features of the international legal system (largely grounded on the centrality of the State as a subject and State sovereignty as a fundamental principle) as a possible “problem” or “solution” to certain problems. It shows how these features, on the one hand, seem to oppose recourse to the balancing technique by international tribunals but, on the other hand, provide for a favourable framework for it to happen.

Chapter II is devoted to reconstructing an “operational definition” of what is to be understood by the judicial balancing technique. This implies the need for a historical examination of how this technique has progressively consolidated in the jurisprudence of domestic courts and a theoretical analysis clarifying the prerequisites and characteristics

of the technique. The aim was to identify a sufficiently general theoretical model – without taking into account, therefore, the specificities that characterise individual domestic legal systems or the various theories that have been developed – to be able to subsequently ascertain its presence in the jurisprudence of international tribunals. This analysis clarifies the structure of judicial argumentation based on balancing as well as the different functions (gap-filling, interpretative, and normative conflict resolution) that it can perform in the exercise of the judicial function. Finally, balancing, as reconstructed, is compared with other forms of legal reasoning of a non-formalistic type and which, to a greater or lesser extent, refer to general principles and values.

Chapter III, of a purely empirical nature, examines the jurisprudence of international tri-courts in which recourse is made, expressly or implicitly, to the balancing technique. The analysis is carried out on the basis of a classification based on the different types of existing international courts and tribunals (permanent and *ad hoc*, of general jurisdiction and specialised). The structure of the work, therefore, distinguishes between inter-State tribunals (*ad hoc*, permanent, and with specialised jurisdiction), international criminal tribunals (*ad hoc*, permanent, referring to the International Criminal Court, and mixed), regional tribunals, and universal bodies, monitoring compliance with human rights treaties, and, finally, investor-State arbitration tribunals.

Chapter IV identifies what, in the light of the jurisprudence examined, appear to be the reasons that affect the different propensity of the international tribunals considered to use the balancing technique as a decisional method, and what indications the greater or lesser propensity of a tribunal may give as to how the international judicial function is exercised and its role within the system.

The Conclusions examine the trend identified in the present work, namely, the gradual disappearance or at least the reduced relevance of the balancing technique within the jurisprudence of international courts and tribunals globally. The picture that seems to emerge is that of an increasingly restrictive approach by international courts and tribunals to the detection, interpretation and application of international law, with the recognition of greater space for States' margin of appreciation and a more evident deference paid by international tribunals towards sovereign decisions.

ABSTRACT. LA TECNICA DEL BILANCIAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI INTERNAZIONALI

PAROLE CHIAVE: bilanciamento, principi generali del diritto, tribunali internazionali, principio di sovranità, proporzionalità, ragionevolezza

La presente ricerca esamina il ruolo della tecnica del bilanciamento tra interessi, principi o valori nel ragionamento del giudice internazionale. Da un punto di vista tecnico, essa tenta di chiarire le funzioni che il bilanciamento può svolgere nell'ambito dell'esercizio della funzione giudiziaria internazionale, e quale sia la struttura dell'argomentazione giudiziaria che su essa si fonda, sempre che un approccio comune tra i diversi tribunali internazionali sia riscontrabile. Da un punto di vista di politica giudiziaria, intende fornire alcune possibili spiegazioni della diversa propensione dei diversi tribunali internazionali a fare ricorso a tale tecnica o, nella giurisprudenza di uno stesso tribunale internazionale, del diverso uso che di essa si faccia nel tempo o a seconda della natura della controversia, delle parti e del diritto applicabile. Infine, inquadrando gli esiti della ricerca nel più ampio contesto dell'ordinamento internazionale contemporaneo, il lavoro si chiede se il maggiore o minore ricorso a tale tecnica da parte dei diversi tribunali internazionali possa essere un indice della percezione che ciascuno di essi abbia della propria funzione e, più ampiamente, del ruolo della funzione giurisdizionale nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Nel far ciò, la ricerca intende inserirsi nel dibattito relativo al ruolo del giudice nell'ordinamento internazionale. In particolare, affronta il tema del se, anche a fronte dell'incremento nel numero di tribunali internazionali e delle controversie loro devolute, il giudice sia divenuto un attore maggiormente rilevante in tale ordinamento, ove pure la funzione giudiziaria è sottosviluppata rispetto ai sistemi giuridici interni, il quale, rilevando e interpretando le regole volte alla risoluzione delle specifiche controversie, contribuisce allo sviluppo progressivo del diritto internazionale e alla protezione dei valori su cui si fonda. Il lavoro è strutturato in quattro capitoli.

Il Capitolo I, nel tracciare lo stato attuale del dibattito dottrinale in materia, inquadra la tecnica del bilanciamento nell'ambito delle caratteristiche strutturali dell'ordinamento internazionale (in gran parte riconducibili alla centralità dello Stato e della sovranità statale) come possibile "problema" o "soluzione" a determinati problemi. Esso evidenzia come tali caratteristiche, da un lato, sembrano opporsi al ricorso alla tecnica del bilanciamento da parte del giudice internazionale ma, dall'altro lato, costituiscono un quadro favorevole affinché ciò avvenga.

Il Capitolo II è dedicato alla ricostruzione di una "definizione operativa" di cosa debba intendersi per tecnica del bilanciamento giudiziale. Ciò implica la necessità di un esame storico, relativo a come questa tecnica si sia progressivamente consolidata nella giurisprudenza dei giudici interni, e di un'analisi teorica, che chiarisca i presupposti e le

caratteristiche della tecnica. Lo scopo è stato quello di individuare un modello teorico sufficientemente generale – al netto, quindi, delle specificità che caratterizzano singoli ordinamenti interni o le diverse teorie – da poterne successivamente riscontrare la presenza nella giurisprudenza dei tribunali internazionali. Tale analisi chiarisce la struttura dell'argomentazione giudiziaria fondata sul bilanciamento così come le diverse funzioni (di *gap filling*, interpretativa, e di soluzione dei conflitti normativi) che essa può svolgere nell'ambito dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Infine, il bilanciamento, così come ricostruito, è stato comparato con altre forme di ragionamento giuridico di tipo non formalistico e che, in misura maggiore o minore, rinviano a principi generali e valori.

Il Capitolo III, di carattere prettamente empirico, esamina la giurisprudenza dei tribunali internazionali in cui si faccia, espressamente o implicitamente, ricorso alla tecnica del bilanciamento. L'analisi è realizzata sulla base di una classificazione fondata sulle diverse tipologie di tribunali internazionali esistenti (permanenti e *ad hoc*, a competenza generale e specializzati). La struttura del lavoro, quindi, distingue tra tribunali interstatali (*ad hoc*, permanenti, e a competenza specializzata), tribunali penali internazionali (*ad hoc*, permanenti, con ciò riferendosi alla Corte penale internazionale, e misti), tribunali regionali, e organi universali, di monitoraggio sul rispetto dei trattati in materia di diritti umani e, infine, tribunali arbitrali investitore-Stato.

Il Capitolo IV individua quelle che, alla luce della giurisprudenza esaminata, sembrano essere le ragioni che incidono sulla diversa propensione dei tribunali internazionali presi in considerazione a ricorrere alla tecnica del bilanciamento come metodo decisionale e quali indicazioni la maggiore o minore propensione di un tribunale possa dare in merito alle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale internazionale e al ruolo della stessa nell'ambito dell'ordinamento.

Le Conclusioni esaminano la tendenza individuata nel presente lavoro, segnatamente, la progressiva scomparsa o comunque la ridotta rilevanza della tecnica del bilanciamento nell'ambito della giurisprudenza dei tribunali internazionali globalmente considerati. Il quadro che sembra emergere è quello di un approccio sempre più restrittivo da parte dei tribunali internazionali alla rilevazione, interpretazione e applicazione del diritto internazionale, con il riconoscimento di maggiori spazi di discrezionalità degli Stati e di deferenza nei confronti delle scelte sovrane degli stessi.

INTRODUZIONE GENERALE

International law, as well as domestic law, may not contain, and generally does not contain, express rules decisive of particular cases; but the function of jurisprudence is to resolve the conflict of opposing rights and interests by applying in default of any specific provision of law, the corollaries of general principles, and so to find – exactly as in the mathematical sciences – the solution of the problem. This is the method of jurisprudence; it is the law by which the law has been gradually evolved in every country, resulting in the definition and settlement of legal relations as well between States as between private individuals.

Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd (Great Britain v. United States), lodo del 9 novembre 1923, Reports of International Arbitral Awards, Vol. VI, pp. 112 ss., p. 114.

Il bilanciamento tra interessi, principi o valori¹ è una tecnica giudiziaria – ossia una forma di ragionamento logico-giuridico utilizzata dal giudice allo scopo di decidere una controversia – di carattere argomentativo e ponderativo². Il giudice, di fronte a una questione giuridica, prende in considerazione le circostanze peculiari del caso, provvedendo a individuare gli interessi, i principi o valori rilevanti, a determinare razionalmente il giusto equilibrio tra gli stessi e a formulare una regola che rispecchi tale equilibrio. In particolare, secondo la definizione fornita nel presente lavoro, si tratta di quella forma di ragionamento giuridico che risolve una questione di diritto scomponendola in termini di conflitto e/o interazione tra principi, interessi o valori e che, dopo aver assegnato un peso ai medesimi tanto in astratto quanto in ragione delle circostanze del caso concreto, individua un equilibrio normativo tra gli stessi e formula una regola di soluzione del caso che ne tenga conto e lo concretizzi in una disciplina puntuale dei fatti della controversia³.

Detta tecnica può svolgere almeno tre diverse funzioni nella pratica giudiziaria, tra loro parzialmente sovrapponibili⁴. Il giudice può, qualora il caso da decidere non risulti

¹ Sulla distinzione tra tali concetti, e una definizione degli stessi, si veda *infra*, Cap. II, Sez. 2.3.1.

² Per un chiarimento della distinzione tra sussunzione, come tecnica di applicazione delle regole, e bilanciamento, come tecnica di applicazione dei principi, si veda R. ALEX, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, 2003(4) Ratio Juris, Vol. 16, pp. 433 ss., oltre che più ampiamente *infra*.

³ Si veda *infra*, Cap. II, Sez. 2.4., per i criteri utilizzati al fine di formulare la presente definizione.

⁴ L. CHIASSONI, *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, 2018(1) Lo Stato, Vol. 11, pp. 1 ss., p. 11; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, 2007(1) Ragion Pratica, Vol. 28, pp. 219 ss., p. 220. Come precisato *infra*, Capitolo II, Sez. 2.4., il bilanciamento può concretamente essere utilizzato come tecnica di rilevazione di regole non scritte; di interpretazione di disposizioni normative, scritte o non scritte; o di soluzione di conflitti normativi. Dunque, pur se di per sé il bilanciamento serve a comporre conflitti tra interessi, principi o valori, lo scopo, e l'esito, dell'operazione possono variare.

disciplinato da alcuna regola espressa, procedere alla rilevazione della regola che meglio tuteli gli interessi o valori in gioco; o ancora, può scegliere, tra più interpretazioni astrattamente possibili della disposizione applicabile, quella che meglio tuteli tali interessi o valori; può, infine, qualora più norme siano rilevanti, e manchi un criterio di coordinamento tra le stesse, scegliere come applicabile la regola che meglio tuteli l'interesse prevalente, ovvero rilevare quella che contemperi adeguatamente le esigenze perseguite da ciascuna di esse. Essa, quindi, può servire a colmare lacune nel diritto, a interpretare norme di diritto, o a risolvere conflitti tra norme.

Si afferma generalmente che il bilanciamento sia la tecnica decisionale dei casi “difficili”⁵ o “inconsueti”⁶ o che sollevano delle “*primae impressionis* difficulties”⁷, ossia quelli in cui il diritto non fornisce una risposta immediata, sotto la forma di una regola che, indipendentemente dalla fonte, sia pronta all'uso, tale per cui il giudice possa limitarsi a *sussumere* i fatti della controversia nella stessa. La teoria che sottende a tale tecnica ritiene che, nei casi in cui emerge come nel diritto possano esservi “dei buchi neri, delle zone di turbolenza, delle aree grigie”⁸, il bilanciamento consente di rilevare, alla luce dei principi, dei valori e degli interessi rilevanti, la regola da applicare.

Ora, così come nelle relazioni sociali tra individui, disciplinate dal diritto dei singoli sistemi giuridici interni, le relazioni internazionali tra gli Stati, e le controversie che inevitabilmente ne sorgono, sollevano costantemente questioni nuove, inaspettate, e anche imprevedibili. Anzi, tale eventualità si presenta probabilmente più spesso nell'ordinamento internazionale che in quelli interni. E questo in quanto, da un lato, la principale fonte di diritto generale, applicabile a tutti i soggetti, è la consuetudine, mentre i procedimenti di conclusione dei trattati sono particolarmente lunghi e complessi. Come potrebbero questioni nuove – inconsuete, appunto – essere oggetto una prassi costante e reiterata nel tempo, accompagnata dal convincimento dell'obbligatorietà della condotta? Ad esempio, come poteva esistere, all'epoca della dichiarazione del Presidente Truman del 1945, una consuetudine sulla delimitazione della piattaforma continentale, se prima dello sviluppo di tecnologie sufficienti per sfruttarne le risorse alcuno Stato aveva pretese

⁵ R. DWORKIN, “Hard Cases”, in R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, Harvard, Harvard University Press, pp. 81 ss., p. 81, ossia i casi “where a particular lawsuit cannot be brought under a clear rule of law”.

⁶ L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, 2012(3) Rivista di diritto internazionale, Vol. 95, pp. 704 ss., p. 707, in relazione alla consuetudine internazionale, afferma che un caso inconsueto è quello che “può presentarsi alla coscienza con caratteristiche atte a sottrarlo dall'ambito di applicazione di qualsiasi regola consuetudinaria vigente”. In tali ipotesi, “può capire di imbattersi in un ‘momento magico’, dove l'evento in questione non appare né lecito o illecito o simultaneamente lecito e illecito” (p. 715).

⁷ H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, 1933, Oxford, Oxford University Press, p. 387.

⁸ A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, 2021, Bologna, Il Mulino, p. 40, a cura di M. FRULLI.

sulla stessa⁹? O ancora, quando nel 1961 l'Assemblea generale della Nazioni Unite ha sancito il principio del divieto di appropriazione dei corpi celesti, come poteva esistere una prassi in tal senso, data l'assenza degli strumenti per recarvisi¹⁰? Ma si pensi anche alla disciplina dei conflitti armati, posta di fronte all'invenzione di nuove tipologie di armi, come le armi autonome, rispetto alle quali manca ovviamente una prassi che ne vieti o restringa l'uso¹¹. Lo stesso può dirsi del diritto pattizio, frutto di lunghi e complessi negoziati, difficile da emendare per restare al passo con i tempi e che, quindi, viene spesso formulato in termini volutamente ampi e generici. Ad esempio, nel 1950 i redattori della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU) non avrebbero certamente potuto prevedere che il diritto al rispetto della vita privata, sancito dall'art. 8, sarebbe stato applicato ad intercettazioni di massa di comunicazioni¹² e al riconoscimento di legami familiari sorti da tecniche di gestazione per altri¹³, o che la libertà di espressione garantita dall'art. 10 sarebbe stata invocata in relazione a forme di manifestazione del pensiero su piattaforme *online*¹⁴.

In un tale contesto normativo, la tecnica del bilanciamento sembra in principio estremamente appropriata allo scopo di consentire al giudice internazionale, cui solitamente vengono sottoposti proprio i casi difficili, “to provide against the unknown, the unforeseen and, indeed, the unforeseeable”¹⁵. Eppure, nella dottrina internazionalista, e fino a tempi relativamente recenti, la teoria del diritto che sottende al bilanciamento ha avuto scarso seguito¹⁶. Ed infatti, manca ad oggi uno studio generale del ruolo del

⁹ Si veda CIG, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, sentenza del 20 febbraio 1969, ICJ Rep. 1969, p. 3, Opinione dissenziente del giudice Lachs, pp. 219-220, che ha riconosciuto che l'approccio seguito dalla CIG in quel caso (il riferimento a principi estremamente generali del diritto internazionale) “may be justified in cases where the law is of very recent origin and doubts may exist as to the real status of a principle of a rule”. In particolare, ha evidenziato come “[t]he need for a legal regulation of the exploration and exploitation of the continental shelf has only recently become imperative as a result of the great strides of technology, which have enabled man to reach out for many of the treasures so jealously guarded by nature”.

¹⁰ Assemblea generale delle Nazioni Unite, *International Co-Operation in the Peaceful Uses of Outer Space*, risoluzione 1721 (XVI), 20 dicembre 1961. Si veda B. CHENG, *Studies in International Space Law*, 1997, Oxford, Oxford University Press, pp. 125 ss.

¹¹ D. MAURI, *Autonomous Weapons Systems and the Protection of the Human Person*, 2022, Cheltenham–Northampton, Edward Edgar Publishing, p. 61.

¹² Corte EDU, *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom* [GC], ricorsi n. 58170/13 e altri, sentenza del 25 maggio 2021, Opinione parzialmente concorrente dei giudici Lemmes, Vehabović e Bošnjak, par. 2, hanno sottolineato come la possibilità di ricorrere a intercettazioni di massa solleva un problema di bilanciamento tra l'interesse dello Stato alla sicurezza e la vita privata dei cittadini.

¹³ Corte EDU, *D.B. et autres c. Suisse*, ricorsi n. 58817/15 e 58252/15, sentenza del 22 ottobre 2022, Opinione dissenziente della giudice Elósegui, par. 18, che sottolinea il conflitto tra l'interesse dello Stato a proteggere la dignità delle donne e il diritto del minore alla propria identità personale.

¹⁴ Corte EDU, *Delfi AS v. Estonia* [GC], ricorso n. 54569/09, sentenza del 16 giugno 2015.

¹⁵ CIG, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinione consultiva del 20 luglio 1962, ICJ Rep. 1962, p. 151, Opinione separata del giudice Sir P. Spender, p. 185.

¹⁶ B. ÇALI, *On Interpretivism and International Law*, 2009(3) European Journal of International Law, Vol. 20, pp. 805 ss., p. 805.

bilanciamento nell'ambito del diritto internazionale generale¹⁷. Quanto al ruolo di tale tecnica nella giurisprudenza del giudice internazionale, alcuni studi si sono concentrati su specifici settori materiali dell'ordinamento, quali il diritto internazionale dei diritti umani, del commercio e degli investimenti¹⁸, mentre manca ad oggi uno studio monografico che realizzi una comparazione sistematica degli approcci dei diversi tribunali. Tuttavia, sempre più spesso si discute di come tale tecnica potrebbe contribuire allo sviluppo progressivo del diritto internazionale e alla promozione della tutela di presunti valori collettivi della comunità degli Stati¹⁹.

OGGETTO E DOMANDE DI RICERCA

La presente ricerca intende, quindi, esaminare il ruolo della tecnica del bilanciamento nel ragionamento del giudice internazionale. Da un punto di vista tecnico, si tenterà di chiarire le funzioni di tale tecnica, e quale sia la struttura dell'argomentazione giudiziaria che su essa si fonda, sempre che un approccio comune tra i diversi tribunali internazionali sia riscontrabile. Da un punto di vista di politica giudiziaria, si intende inoltre fornire alcune possibili spiegazioni della diversa propensione dei diversi tribunali internazionali a fare ricorso a tale tecnica o, nella giurisprudenza di uno stesso tribunale internazionale, del diverso uso che di essa si faccia nel tempo o a seconda della natura della controversia, delle parti e del diritto applicabile. Infine, inquadrando gli esiti della ricerca nel più ampio contesto dell'ordinamento internazionale contemporaneo, ci si chiederà se il maggiore o minore ricorso a tale tecnica da parte dei diversi tribunali internazionali possa essere un indice della percezione che ciascuno di essi abbia della propria funzione e, più

¹⁷ L'unico studio monografico sul bilanciamento nell'ambito del diritto internazionale generale, in lingua tedesca, risale all'opera di P. HECTOR, *Das völkerrechtliche Abwägungsgebot. Abgrenzung des Souveränitätssphären durch Verfahren*, 1992, Berlino, Dunker & Humblot. L'autore definisce il bilanciamento come una tecnica volta al reciproco coordinamento e alla reciproca limitazione delle "sfere di sovranità" degli Stati, qualora esse si sovrappongano o entrino in contrasto tra loro, da un punto di vista territoriale o funzionale. Ma si tratta anche della prospettiva di E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000, Milano, Giuffrè Editore, p. 431, di cui si dirà più ampiamente in seguito. Vi sono poi alcune riflessioni che ruotano a specifiche questioni, come l'applicazione della scusante della necessità, codificata all'art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti: Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, 2022 Chinese Journal of International Law, Vol. 21, pp. 647 ss., definito "a unique rule of general international law that explicitly provides for a balancing exercise involving State interests".

¹⁸ Si vedano, ad esempio, quanto al diritto internazionale degli investimenti: G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, 2015, Oxford, Oxford University Press, e C. HENCKELS, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, 2015, Cambridge, Cambridge University Press. Quanto al diritto internazionale dei diritti umani, solo per fare un esempio oltre alle opere citate più avanti, S. SMET e E. BREMS (eds.), *Why Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?*, 2017, Oxford, Oxford University Press;

¹⁹ S. VILLALPANDO, *The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law*, 2010(2) European Journal of International Law, Vol. 21, pp. 387 ss.,

ampiamente, del ruolo della funzione giurisdizionale nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Nel far ciò, la ricerca intende inserirsi nel dibattito relativo al *ruolo del giudice* nell'ordinamento internazionale. Ci si chiederà se, anche a fronte dell'incremento nel numero di tribunali internazionali e delle controversie loro devolute, il giudice sia divenuto un attore maggiormente rilevante in tale ordinamento, ove pure la funzione giudiziaria è sottosviluppata rispetto ai sistemi giuridici interni, il quale, rilevando e interpretando le regole volte alla risoluzione delle specifiche controversie, contribuisce allo sviluppo progressivo del diritto internazionale e alla protezione dei valori su cui si fonda²⁰.

Ronald Dworkin – che, come si vedrà, ha formulato la teoria dei principi cui il bilanciamento viene generalmente ricondotto, almeno per quanto riguarda i sistemi giuridici interni – ritiene che tali domande attengano alla *teoria del giudizio*, la quale

deve contenere una *teoria della controversia*, che stabilisca quali standard i giudici debbano seguire per decidere i casi difficili, e una *teoria della giurisdizione*, che spieghi perché e quando i giudici, piuttosto che altri gruppi o istituzioni, dovrebbero prendere le decisioni richieste dalla teoria della controversia.²¹

Trasponendo tali domande all'ambito dell'ordinamento internazionale, sarà necessario chiedersi in primo luogo, a quali parametri normativi il giudice internazionale possa (e faccia) ricorso per risolvere i casi non chiaramente disciplinati da regole di diritto consuetudinario o pattizio; in secondo luogo, bisogna stabilire se tale operazione sia giustificata o se invece, rispetto a questioni dubbie in merito alla rilevazione, interpretazione e applicazione del diritto, il giudice internazionale dovrebbe adottare un approccio restrittivo e di deferenza rispetto alla discrezionalità politica degli Stati, tanto nell'accettare obblighi internazionali quanto nel valutare le misure necessarie a rispettare gli stessi.

Si tenterà pertanto di comprendere se nell'ambito della giurisprudenza dei tribunali internazionali sia identificabile una tendenza verso un maggiore o minore ricorso a tecniche non formalistiche, che facciano riferimento agli interessi, ai principi o i valori che alla luce delle circostanze del caso si trovino in conflitto tra loro, allo scopo di individuare, interpretare e applicare la norma risolutiva del caso. Si tenterà anche di comprendere quali siano i caratteri dell'ordinamento internazionale, o i principi vigenti nell'ambito dello stesso, che eventualmente giustificano, o si oppongono a, tale prassi²².

²⁰ Y. SHANY, *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary*, 2009(1) *European Journal of International Law*, Vol. 20, pp. 73 ss.; S. FORLATI, *Interpretazione giudiziale e sviluppo del diritto internazionale*, 2020(1) *Ars interpretandi*, Vol. 6, pp. 51 ss., p. 65; C. BRÖLMANN e Y. RADI, "Introduction: International Lawmaking in a Global World", in C. BRÖLMANN e Y. RADI (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 1 ss., p. 5.

²¹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, 2010, Bologna, Il Mulino, p. 8 (corsivo aggiunto).

²² Riscontrare una tendenza nella prassi, infatti, non sarebbe sufficiente. Si veda, ad esempio, ivi, p. 74: "Se ci chiedessero [...] di difendere la particolare dottrina del precedente o la particolare tecnica

Al termine si proverà a stabilire se il ricorso a tali tecniche, *lato sensu* creative del diritto, nonostante possa costituire *prima facie* un'ingerenza del giudice (internazionale) nella discrezionalità politica degli Stati, possa comunque essere riconosciuta come tecnica di rilevazione e interpretazione del diritto internazionale, indispensabile al suo funzionamento e in grado di contribuire al suo sviluppo²³.

PREMESSE METODOLOGICHE

Il tema sarà affrontato combinando un approccio teorico con uno empirico²⁴. L'*approccio teorico* farà astrazione dalla realtà della prassi dei tribunali internazionali, e sarà volto a determinare cosa debba intendersi per bilanciamento e quali siano le funzioni che esso può svolgere nella pratica giudiziaria. Per il tramite dell'*approccio empirico* si ricercheranno conferme del recepimento (o non recepimento) di tale teoria nella giurisprudenza dei tribunali internazionali²⁵. Alla luce dell'esame della giurisprudenza, si tenterà di adattare la teoria del bilanciamento alla realtà dell'ordinamento internazionale contemporaneo e, segnatamente, di comprendere quali funzioni tale tecnica svolge nella

d'interpretazione della legge che abbiamo usato in questo argomento, indicheremmo certamente la pratica adottata dagli altri nell'usare quella dottrina o quella tecnica. Ma dovremmo citare anche altri principi generali che crediamo sostengano quella pratica, introducendo così una nota di validità nella melodia dell'accettazione".

²³ N. PETERSEN, *Customary Law Without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation*, cit., p. 293: "Legal systems, including international law, always require legal decisions in which a balancing of goods is necessary".

²⁴ Si veda A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, 2012, Oxford, Oxford University Press, p. 10, che combina l'analisi di differenti approcci teorici con l'esame della giurisprudenza, chiarendo che la teoria prescinde dalla prassi riscontrabile negli approcci concreti della giurisprudenza, ma che bisogna poi ricercare nella prassi conferme della teoria astratta ("There are consequently two guiding methodological approaches that interact throughout the book: the first is theoretical; and the second is exposition of case law. The theoretical discussion undertaken in this book would not need to reflect the practice of Tribunals since they could involve theorizing in the abstract [...]. However, in order for theory to relate to those systems, a sufficient degree of overlap between the theory and practice is required").

²⁵ Ma si veda J. BECKETT, "Microwaving Dreams? Why There Is No Point in Reheating the Hart-Dworkin Debate for International Law", in R. DEPLANO e N. TSAGOURIAS (eds.), *Research Methods in International Law. A Handbook*, 2021, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 111 ss., p. 117, secondo cui l'approccio empirico sarebbe incompatibile con una ricerca sull'ordinamento giuridico internazionale, ove manca un tribunale con la competenza ad identificare cosa sia il diritto, come si rilevi e interpreti, mentre "there exist a plethora of committees, commissions, courts, reports, conclusions, judgments, almost all without substantive enforcement mechanisms; without authority". Tale approccio, tuttavia, si fonda sulla negazione dell'esistenza stessa di un ordinamento giuridico unitario in cui i diversi attori menzionati dall'autore operano (p. 123: "there is [...] no 'international community' and no international common interest"). Tuttavia, seppure sia innegabile che in tale ordinamento "there is *not* any authority, any hierarchy", non può anche concludersi, come lo stesso fa, che vi sia "any coherence, nor any empirically observable order or pattern" (p. 119). Se si seguisse tale approccio, infatti, si negherebbe che tali attori e istituzioni operano in un ordinamento retto, in ultima analisi, da principi e regole comuni di diritto generale e che, per quanto non vincolati dagli approcci e dalle conclusioni degli altri, essi tentano anche di garantire un certo grado di uniformità e coerenza, nel tentativo di mostrare all'esterno la razionalità delle proprie scelte.

giurisprudenza del giudice internazionale, e quale sia, in tale ambito, la struttura dell'argomentazione giudiziaria fondata sul bilanciamento²⁶.

Complessivamente, può dirsi che il lavoro segue un *metodo analitico*: dopo aver ricostruito le linee essenziali della teoria del bilanciamento, si intende esaminare se essa trovi conferma nella realtà della prassi dei tribunali internazionali, per poi inquadrare tale prassi nell'attuale assetto dell'ordinamento internazionale²⁷.

STRUTTURA DEL LAVORO

Il lavoro sarà strutturato in quattro capitoli.

Il *Capitolo primo*, nel tracciare lo stato attuale del dibattito dottrinale in materia, inquadrerà la tecnica del bilanciamento nell'ambito delle caratteristiche strutturali dell'ordinamento internazionale come possibile “problema” o “soluzione” a determinati problemi. Esso evidenzierà come tali caratteristiche, da un lato, sembrano opporsi al ricorso alla tecnica del bilanciamento da parte del giudice internazionale ma, dall'altro lato, costituiscono un quadro favorevole affinché ciò avvenga.

Il *Capitolo secondo* sarà volto alla ricostruzione di una “definizione operativa” di cosa debba intendersi per tecnica del bilanciamento giudiziale. Ciò implica la necessità di un esame storico, relativo a come questa tecnica si sia progressivamente consolidata nella giurisprudenza dei giudici interni, e di un'analisi teorica, che chiarisca i presupposti e le caratteristiche della tecnica del bilanciamento. Lo scopo è individuare un modello teorico sufficientemente generale – al netto, quindi, delle specificità che caratterizzano singoli ordinamenti interni o le diverse teorie – da poterne successivamente riscontrare la presenza nella giurisprudenza dei tribunali internazionali. Tale analisi servirà, in particolare, a chiarire la struttura dell'argomentazione giudiziaria fondata sul bilanciamento così come le diverse funzioni che essa può svolgere nell'ambito dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Infine, il bilanciamento, così come ricostruito, sarà comparato con altre forme di ragionamento giuridico di tipo non

²⁶ Sulla ritenuta fallacia di tale approccio teorico, si veda ancora, ivi, p. 122: “The entire methodology (observe the decisions of courts, loosely defined as tribunals and their surrogates, and impose patterns thereon) should be rejected. It is an empirical fallacy to claim that there are patterns forming the rules (and principles) of the international legal system. It is moral imperialism to claim that one such pattern could or should be imposed upon it”. L'approccio empirico non intende *imporre* come teoricamente corretto quanto osservato nella realtà. Tuttavia, in un ordinamento in cui il diritto si identifica principalmente con la prassi dei suoi soggetti, gli approcci degli attori che in esso intervengono, quali i tribunali internazionali, è altrettanto rilevante per la determinazione della realtà e dello stato delle cose.

²⁷ H. LAUTERPACHT, *The Function of the Law in the International Community*, 1933, Oxford, Oxford University Press, p. 153, secondo cui il metodo analitico “is intended to inquire whether the doctrine is in accordance with the relevant practice of States and international tribunals; whether it is in itself capable of forming the subject-matter of a legal obligation; whether it is in conformity with the current conceptions of the function of law in general; and, finally, whether it is consistent with the character and the rules of present-day international law”.

formalistico e che, in misura maggiore o minore, rinviano a principi generali e valori. Ciò in quanto tali tecniche sono in parte sovrapponibili, al punto che in alcuni casi risulta difficile determinare con certezza la metodologia concretamente applicata dal giudice.

Il *Capitolo terzo*, di carattere prettamente empirico, si occuperà del ruolo del bilanciamento nella giurisprudenza dei tribunali internazionali presi in considerazione, esaminando le sentenze rilevanti. L'analisi sarà realizzata sulla base di una classificazione fondata sulle diverse tipologie di tribunali internazionali esistenti (permanenti e *ad hoc*, a competenza generale e specializzati). La struttura del lavoro, quindi, distinguerà tra tribunali interstatali (*ad hoc*, permanenti, e a competenza specializzata), tribunali penali internazionali (*ad hoc*, permanenti, con ciò riferendosi alla Corte penale internazionale (CPI), e misti), tribunali regionali, e organi universali, di monitoraggio sul rispetto dei trattati in materia di diritti umani e, infine, tribunali arbitrali investitore-Stato. Non si procederà, pertanto, a un'analisi sistematica di quelle che, si ritiene, sono le tre diverse funzioni della tecnica del bilanciamento (di *gap filling*, interpretativa, e di soluzione dei conflitti normativi), includendo per ciascuna di esse le sentenze e decisioni dei diversi tribunali. Questo in quanto la presente ricerca parte dall'ipotesi secondo cui le caratteristiche specifiche di ciascun tribunale (in termini di funzione, fondamento giurisdizionale e diritto applicabile), e il diverso contesto (normativo e politico) in cui esso opera, incidono sulle concrete modalità di esercizio della funzione giurisdizionale internazionale e, quindi, anche sulla scelta metodi decisionali e sul ricorso (o meno) alla tecnica del bilanciamento²⁸. Non si prenderà in considerazione, invece, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), che pure ha riconosciuto che la proporzionalità è un principio generale del diritto²⁹ e che ricorre ampiamente alla tecnica del bilanciamento³⁰. E questo non solo in quanto il diritto dell'Unione europea (UE) ha ormai acquisito una propria autonomia come disciplina scientifica ma anche, e soprattutto, poiché detta Corte, organo di un "ordine costituzionale sovranazionale", ha

²⁸ Sui criteri utilizzati al fine di selezionare e classificare i tribunali presi in considerazione si veda *infra*, Cap. III, Sez. 3.1.

²⁹ Il principio è stato applicato per la prima volta in CG, *Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority of the European Coal and Steel Community*, caso n. 8-55, sentenza del 16 luglio 1956. Successivamente, in CGCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, caso n. 11-70, sentenza del 17 dicembre 1970, la Corte di giustizia ha riconosciuto che la proporzionalità costituisce un principio generale del diritto. Oggi l'art. 5, par. 4, del Trattato sull'Unione europea (TUE) sancisce che "[u]nder the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties", e la sua applicazione è disciplinata dal Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, annesso ai trattati.

³⁰ K. LANAERTS, *Proportionality as a Matrix Principle Promoting the Effectiveness of EU Law and the Legitimacy of EU Action*, relazione del Presidente della CGUE alla ECB Legal Conference 2021 *Continuity and Change – Howe the Challenges of Today Prepare the Ground for Tomorrow*, organizzato dalla Banca centrale europea, Lussemburgo, 25 novembre 2021: "[j]udicial review of proportionality contributes not only to the effectiveness of EU law, including fundamental freedoms and fundamental rights, but also to the legitimacy of EU action and thus to the confidence that is must inspire in EU citizens";

ormai poco in comune con un tribunale internazionale nel senso stretto del termine, presentando ormai diverse caratteristiche che la rendono più simile a una corte suprema interna³¹. Tale autonomia si riflette, inoltre, sulla presenza di diversi studi monografici in materia, che tengono espressamente conto delle singolari caratteristiche dell'ordinamento giuridico dell'Unione³². Infine, nonostante questo sarebbe imposto da esigenze di completezza sistematica, neppure si prenderà in considerazione la giurisprudenza dei giudici interni che faccia ricorso alla tecnica del bilanciamento nel momento in cui essi procedano alla rilevazione, interpretazione e applicazione di norme di diritto internazionale³³. In tali ipotesi, infatti, può dirsi che il giudice interno operi di fatto come giudice internazionale o organo della comunità internazionale³⁴. Nel far ciò, tuttavia, il giudice interno non è sottoposto alle numerose limitazioni, in termini di limiti della giurisdizione ed influenze politiche, che come si vedrà caratterizzano l'attività dei tribunali internazionali.

Nel *Capitolo quarto* si tenterà di chiarire, alla luce della giurisprudenza esaminata, quali siano le ragioni che incidono sulla diversa propensione dei tribunali internazionali presi in considerazione a ricorrere alla tecnica del bilanciamento come metodo decisionale e quali indicazioni la maggiore o minore propensione di un tribunale possa dare in merito alle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale internazionale e al ruolo della stessa nell'ambito dell'ordinamento.

³¹ A. VON BOGDANDY e I. VENZKE, "The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals", in C.P.R. ROMANO, K. ALTER e Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2013, Oxford, Oxford University Press, pp. 503 ss., p. 503, nota n. 1.

³² Si vedano, ad esempio, K. SHAW, *The Court of Justice of the European Union. Subsidiarity and Proportionality*, 2018, Leiden–Boston, Brill Nijhoff; T.I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, 2015, Leiden–Boston, Brill Nijhoff.

³³ P. DE SENA e F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, 2005(1) *European Journal of International Law*, Vol. 16, pp. 89 ss.; F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e risarcimento del danno per violazione dei diritti fondamentali: il caso Mantelli*, 2008(3) *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 2, pp. 632 ss.; E. DE WET e J. VIDIMAR, "Introduction", in E. DE WET e J. VIDIMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place for Human Rights*, 2012, Oxford, Oxford University Press, p. 4: "In the absence of a fully-fledged centralized judiciary within the international legal order, domestic and regional courts increasingly play a key role in the enforcement and balancing of various international obligations"; E. DE WET e J. VIDIMAR, *Conflicts between International Paradigms: Hierarchy versus Systemic Integration*, 2013(2) *Global Constitutionalism*, Vol. 2, pp. 196 ss., p. 198; M. IOVANE, "Domestic Courts Should Embrace Sound Interpretative Strategies in the Development of Human Right-Oriented International Law", in *Realizing Utopia: The Future of International Law. The Late Antonio Cassese*, 2012, Oxford, Oxford University Press, pp. 607 ss.

³⁴ A. CASSESE, *Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoublément fonctionnel) in International Law*, 1990(1) *European Journal of International Law*, Vol. 1, pp. 210 ss.; A. E. ROBERTS, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, 2011(1) *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, No. 1, 2011, pp. 57 ss.; A. J. COLANGELO, *A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization*, 2016(1) *New York Journal of International Law and Politics*, Vol. 49, pp. 1 ss., che parla di una "global community of courts".

DEFINIZIONI FONDAMENTALI

È ora necessario fornire alcune definizioni di espressioni che ricorreranno nell'ambito del presente lavoro e che hanno una rilevanza fondamentale ai fini del discorso. Si tratta delle espressioni: (1) rilevazione del diritto internazionale; (2) produzione e interpretazione del diritto internazionale; (3) diritto internazionale non scritto e diritto internazionale generale. Su altre definizioni pur fondamentali, quali il concetto di lacune del diritto e nel diritto³⁵ – nelle varie tipologie in cui esse possono presentarsi – come presupposto per il ricorso alla tecnica del bilanciamento, nonché sulla distinzione tra regole e principi³⁶ formulata secondo la teoria generale della norma, e sulla nozione di conflitto normativo nelle sue varie forme³⁷, si tornerà più avanti.

Sarà ricorrente l'espressione *rilevazione del diritto internazionale*. Essa fa riferimento alla “scoperta” di regole di diritto, da parte del giudice, nell'ordinamento internazionale o, meglio, nella coscienza e nelle tendenze dei soggetti di tale ordinamento, sia per il tramite del metodo dualista di accertamento della consuetudine che sulla base di altre tipologie di ragionamento giuridico. Secondo l'approccio dello storico del diritto Paolo Grossi, il termine rilevazione può essere accostato a quello di “invenzione”, nel senso di *inventio*, del diritto. Quest'ultima espressione non fa riferimento alla creazione “dal nulla”: non si tratta, cioè, di un'attività totalmente discrezionale, se non arbitraria, che in quanto tale rimanderebbe all'idea di produzione del diritto nel senso “legislativo” del termine, riservata, appunto, “legislatore”³⁸. L'espressione, però, è idonea a dare atto dell'ampia discrezionalità del giudice³⁹ nella rilevazione e determinazione delle norme di

³⁵ *Infra*, Cap. I, Sez. 2.4.1.3.1.

³⁶ *Infra*, Cap. I, Sez. 2.3.1.

³⁷ *Infra*, Cap. I, Sez. 2.4.1.3.3.

³⁸ Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. Ayyash*, caso n. STL-11-01/I, decisione interlocutoria sul diritto applicabile del 16 febbraio 2011, par. 34, secondo cui l'operazione di rilevazione e interpretazione del diritto internazionale sulla base di un bilanciamento degli interessi e dei valori rilevanti “must of course be undertaken by way of construction and without the judges arrogating to themselves the role of lawmakers beyond that inherent in interpretation, that is, without permitting the will of the interpreter to override that of the standard-setting body”. In dottrina si veda G. BARILE, *Il metodo logico-storico di rilevazione del diritto internazionale non scritto e le sue origini giusnaturalistiche*, 1989(1) Rivista di diritto internazionale, Vol. 72, pp. 7 ss., p. 25, dove con l'espressione *invenzione* si intende la proposizione di regole di diritto che non trovino alcun fondamento o giustificazione nel diritto positivo. Così, con riferimento a gran parte del giusnaturalismo del XIX e XX secolo, l'autore afferma che esso “[d]imenticò il valore della storia; e così non creò ma inventò sistemi di diritto internazionale”.

³⁹ M BEDJAoui, “L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de justice”, in L. BOISSON DE CHAZOURNES e V. GOWLLAND-DEBAS (eds.), *The International Legal System in Quest for Equity and Universality / L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, 2001, L'Aja, Martinus Nijhoff, pp. 563 ss., p. 565: “Contrairement au pouvoir arbitraire, le pouvoir discrétionnaire n'est donc rien d'autre que la capacité du juge international de prendre librement, mais légalement, une décision. Il agit dans ce cadre pour satisfaire les exigences d'une bonne administration de la justice et non pas pour obéir à des préoccupations étrangères à son devoir judiciaire”.

diritto e del contenuto delle medesime⁴⁰. Grossi, a partire dalla tradizione del diritto romano, dell'esperienza giuridica medievale e delle esperienze giuridiche di *common law*⁴¹, utilizza quindi il termine invenzione nel suo significato latino: il verbo *invenire* e il sostantivo *inventio*, intesi come “cercare per trovar qualcosa, un *reperire*”, attività che secondo Grossi è tipica di ordinamenti “alieni da una versione autoritaria (perché meramente potestativa) che collega [il diritto] a un comando piombante dall'alto sulla società” e, dove, invece, è “chiaro il nesso giuridico fra società e diritto, la sua intima storicità” e in cui, di conseguenza, i giuristi svolgono un ruolo fondamentale nella individuazione del diritto⁴². Le esperienze summenzionate possono in qualche modo essere comparate all'ordinamento internazionale, in cui non si è mai realizzato l'accentramento della funzione di produzione normativa; anzi, il diritto non scritto costituisce il principale procedimento di formazione di norme applicabili alla totalità dei suoi soggetti. In un tale ordinamento, allora, il legame tra storia, società e sviluppo del diritto, come nelle esperienze menzionate da Grossi, è innegabile. Laddove gli ordinamenti interni hanno in qualche modo, ma non completamente, imbrigliato tale sviluppo spontaneo del diritto assegnando alla legge, adottata secondo specifiche procedure e da organi predeterminati, il ruolo di principale fonte del diritto, nell'ordinamento internazionale il diritto continua in gran parte a prodursi spontaneamente⁴³. In un tale contesto, è l'operatore giuridico, tra cui un ruolo primario spetta al giudice⁴⁴, che è tenuto a ricercare il diritto nell'ambito della comunità

⁴⁰ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al*, caso n. IT-95-16, sentenza del 14 gennaio 2000, par. 669: “this search for and examination of the relevant legal standards, and the consequent enunciation of the principles applicable at the international level, the Trial Chamber might be deemed to set out a sort of *ius praetorium*. However, its powers in finding the law are of course far more limited than those belonging to the Roman *praetor*: under the International Tribunal's Statute, the Trial Chamber must apply *lex lata* i.e. existing law, although it had broad powers in determining such law”.

⁴¹ Per la rilevanza che la funzione di rilevazione del diritto (*finding the law*) e di concretizzazione giudiziaria dei principi generali assume negli ordinamenti di *common law*, e per un parallelismo tra questa esperienza e quella del giudice internazionale, si veda A.P. SERENI, “Le opinioni separate dei giudici dei tribunali internazionali”, in C. MORTATI (ed.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, 1964, Milano, Giuffrè, pp. 113 ss., p. 123.

⁴² P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, lezione presso la Scuola superiore della magistratura, p. 1.

⁴³ È fondamentale, al riguardo, il rimando alla teoria del diritto spontaneo di Roberto Ago. Sul punto, si veda la ricostruzione in A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, cit., p. 73, che ricorda che, per Ago, l'ordinamento internazionale è un sistema di giudizi sociali “costituito non solo da regole create in virtù di procedimenti appositamente predisposti da altre norme (*ius positum*) ma anche da regole ‘di formazione spontanea’, ossia prive di fonte; regole la cui creazione non è dunque opera di ‘fatti normativi’, ma che si formano in modo spontaneo nella coscienza dei consociati e che dunque hanno carattere non scritto. Il diritto vigente comprende dunque il ‘diritto positivo’ (*ius positum*) e il ‘diritto spontaneo’. Per accertare l'esistenza delle norme di diritto spontaneo, occorre accertare che esse si manifestano come realmente operanti nel quadro di un sistema giuridico, nella loro qualità di ‘giudizi giuridici’”. Per la modalità di accertamento di tali norme, si vedano R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, 1950, Milano, Giuffrè, p. 80, e R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale*, 1958, Milano, Giuffrè, pp. 69-70.

⁴⁴ Sul parallelismo tra il ruolo del giudice nei sistemi di *common law* e nel diritto internazionale si veda, ancora una volta, A.P. SERENI, “Le opinioni separate dei giudici dei tribunali internazionali”, cit., p. 141:

internazionale, tanto quando lo faccia alla luce dell'esame della prassi e dell'*opinio juris* degli Stati, quanto quando ricorra ad altre *tecniche di identificazione di norme giuridiche* come l'equità, l'analogia o il bilanciamento.

Il diritto oggetto della rilevazione (o "invenzione") del giudice può, o meno, poi trovare un successivo riconoscimento da parte di altri soggetti o attori della comunità internazionale. Alla luce di ciò, nel presente lavoro, anche l'espressione *produzione del diritto* sarà utilizzata non in senso stretto, come riferita esclusivamente a procedimenti rigidamente formali e incardinati nell'ambito delle fonti del diritto internazionale. Sulla scorta della definizione di Brölmann e Radi, per "produzione" di norme di diritto internazionale possono anche più ampiamente intendersi quei "processes of interaction between legal actors and involuntary crystallization of normativity"⁴⁵, come appunto l'interazione tra *prodotti normativi* risultanti da una pronuncia di un tribunale internazionale, e il loro eventuale successivo recepimento nella prassi degli Stati o in un trattato concluso dagli stessi o in un progetto di codificazione o sviluppo progressivo del diritto internazionale della Commissione del diritto internazionale CDI), o ancora in risoluzioni di organi organizzazioni internazionali, come l'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

L'espressione rilevazione, nel significato di cui sopra, va tenuta poi distinta anche da quella di *interpretazione del diritto*, la quale comprende anche tecniche più o meno volte a superare o espandere il limite del dato testuale di una norma scritta, o il contenuto generalmente attribuito a una norma non scritta, restando però nell'ambito dei possibili significati astrattamente ad essa attribuibili⁴⁶. Sulla base di tale rilievo, tale operazione certamente può comprendere tecniche quali l'interpretazione effettiva, estensiva, evolutiva e sistematica, e teorie quali la presunzione di compatibilità, che si fonda sulla *presunta* volontà del "legislatore". Tale limite non può però spingersi all'estremo: ad

"nell'intenzione degli Stati che li costituiscono, taluni tribunali internazionali non hanno soltanto la funzione immediata e diretta di risolvere le controversie che sono loro sottoposte, ma anche quella, più ampia, di accertare il diritto internazionale e di contribuire alla sua integrazione ed evoluzione. L'esercizio di questa funzione di giustizia per il fatto che il diritto internazionale presenta delle caratteristiche simili ai sistemi della *common law*: una parte notevole dell'ordinamento internazionale è costituita infatti da principi e norme che non sono stati formulati in termini rigorosi e precisi. I tribunali internazionali possono svolgere quindi un'opera simile a quella che svolgono i giudici nei sistemi della *common law*; ed anzi, l'opera del giudice è ancora più utile nell'ambito della comunità internazionale, perché la carenza istituzionale di questa impedisce la formazione di norme generali di diritto attraverso organi legislativi".

⁴⁵ C. BRÖLMANN e Y. RADI, "Introduction: International Lawmaking in a Global World", cit., p. 2, per cui il termine *lawmaking* comprende "the ways and means, and in some cases techniques, used to create norms"; M.C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, 1993, Parigi, Economica, p. 209: "les principes [...] sont considérés comme l'argument préféré du juge pour justifier son pouvoir créateur autonome, car il les présente non pas comme sa propre création mais comme une simple 'découverte'".

⁴⁶ J. E. VINUALES, "Seven Ways of Escaping a Rule. Of Exceptions and Their Avatars in International Law", in L. BARTELS, F. PADDEU (eds.), *Exceptions in International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 65 ss., p. 83.

esempio, è stato sostenuto che l'analogia (quanto meno nel diritto internazionale) non potrebbe considerarsi una tecnica interpretativa, bensì "creativa"⁴⁷. Altri metodi decisionali, tuttavia, come l'equità e il bilanciamento, possono essere utilizzati, come si vedrà, tanto allo scopo di rilevare il diritto quanto nell'ambito dei limiti dell'interpretazione di una norma (scritta o non scritta).

Infine, l'espressione *diritto internazionale non scritto* sarà utilizzata per ricomprendere, ampiamente, norme non scritte rilevate in vari modi, e non solamente quelle (propriamente) consuetudinarie, individuate sulla base della ricostruzione della prassi accompagnata dal convincimento dell'obbligatorietà della condotta. Essa comprende, quindi, anche i principi generali riconosciuti *in foro domestico* e i principi generali del diritto internazionale, così come le regole che, secondo l'ipotesi del presente lavoro, sono il prodotto di tecniche diverse di determinazione del diritto, quali l'equità, l'analogia e il bilanciamento. Tale primo gruppo di prodotti normativi di diritto internazionale non scritto (inclusi quelli accertati secondo le fonti come tradizionalmente intese, diverse dai trattati) costituisce il *diritto internazionale generale*, che si applica all'intera comunità degli Stati. Ma l'espressione diritto internazionale non scritto comprende ad esempio anche le regole, gli standard e i principi non scritti, non ricompresi nel diritto internazionale generale, che, accertati sulla base di tecniche differenti, come quella del consenso o del bilanciamento, da parte dei tribunali internazionali sui diritti umani finiscono per integrare il testo (scritto) dei trattati internazionali in materia. In quanto tali essi non sono norme di diritto generale proprio perché sono relativi soltanto a un gruppo determinato di Stati, ma sono comunque norme di diritto non scritto, sebbene di carattere particolare.

⁴⁷ P. FEDOZZI, *Introduzione al diritto internazionale e parte generale*, 1933, Padova, CEDAM.

CAPITOLO PRIMO

IL BILANCIAMENTO NELL'ORDINAMENTO

GIURIDICO INTERNAZIONALE: FONTE DI PROBLEMI O DI SOLUZIONI?

SOMMARIO. 1.1. Introduzione. 1.2. Il bilanciamento e il problema della normatività. – 1.3. Il bilanciamento e il problema dell'autorità. – 1.4. Il bilanciamento e il problema delle fonti. – 1.4.1. La lacunosità del diritto internazionale generale e le nuove esigenze di regolamentazione. – 1.4.2. Il carattere vago, indeterminato e flessibile delle disposizioni pattizie. – 1.4.3. L'espansione alluvionale del diritto internazionale pattizio e i "sotto-sistemi" normativi. – 1.5. Conclusioni preliminari: l'attualità del dibattito. – 1.5.1. Il bilanciamento come metodo del giudice internazionale. 1.5.2. La distinzione tra regole e principi nel diritto internazionale.

International law, like law in general, has the object of assuring the coexistence of different interests which are worthy of legal protection.

Arbitral Award Rendered in Conformity with the Special Agreement Concluded on January 23, 1925 between the United States of America and the Netherlands Relating to the Arbitration of Differences Respecting Sovereignty over the Islands of Palmas (or Miangas),
lodo del 4 aprile 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. 2, pp. 829 ss., p. 870.

1.1. INTRODUZIONE

Nonostante sia ampiamente diffusa nel ragionamento e nell'argomentazione dei giudici interni (in particolare, ma non solo, costituzionali⁴⁸), per molto tempo la tecnica del bilanciamento ha suscitato scarso interesse tra gli studiosi del diritto internazionale⁴⁹ e una tendenziale riluttanza dei tribunali internazionali, ciascuno in misura maggiore o minore, a farvi ricorso⁵⁰. I pratici, per loro parte, sono più inclini a invocarla nell'ambito del contenzioso internazionale, se non altro come ultimo argomento a sostegno delle ragioni delle rispettive parti⁵¹. Prima di procedere a uno studio che abbia ad oggetto il ruolo del bilanciamento nella giurisprudenza dei tribunali internazionali viene da chiedersi, pertanto, quali siano le ragioni degli scarsi riferimenti nella letteratura e perché il giudice internazionale sia poco incline a farvi ricorso o perché, ove lo faccia, tenda a non esplicitarlo.

⁴⁸ Non senza critiche e contestazioni anche in tale ambito. Si veda, *ex multis*, F.J. URBINA, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 2017, Oxford, Oxford University Press.

⁴⁹ Questo, come si vedrà, quanto meno con riferimento al diritto internazionale generale. In specifici settori, come in materia di diritti umani e investimenti, nonché nell'ambito del diritto dell'Unione europea, si possono invece rinvenire già numerosi studi, che saranno di seguito presi in considerazione.

⁵⁰ Si consenta, in questa fase iniziale, una generalizzazione di questo tipo, che sarà più ampiamente giustificata e chiarita nel prosieguo del lavoro.

⁵¹ Si rinvia ai vari esempi delle difese degli Stati, riportate *infra*, Cap. IV, Sez. 4.1.

In prima battuta, si potrebbe pensare che la ragione sia di carattere meramente storico. Il bilanciamento in quanto tale e con questo nome, infatti, è stato teorizzato solo in tempi relativamente recenti. Come si vedrà meglio più avanti, la teoria dei principi e della “ponderazione” tra i medesimi viene generalmente fatta risalire al volume *Taking Rights Seriously*⁵², pubblicato da Dworkin nel 1977. È stato poi Alexy nel 1985, in *A Theory of Constitutional Rights*, a teorizzare compiutamente il cd. giudizio di proporzionalità, nel cui ambito il bilanciamento costituisce l’ultima delle tre fasi del ragionamento giudiziale volto all’applicazione delle norme in materia di diritti fondamentali dell’individuo. Ma una tale spiegazione semplificherebbe eccessivamente la questione, riducendo il bilanciamento a quella tipologia di ragionamento giuridico che, dalla dottrina o dal giudice, sia espressamente *definito* come tale⁵³. In realtà, il ricorso a una forma di argomentazione giuridica che – allo scopo di rilevare, interpretare e applicare il diritto – faccia riferimento a interessi, principi o valori, è riscontrabile nella giurisprudenza internazionale, e nella letteratura di diritto internazionale, in tempi ben antecedenti rispetto alle opere ora menzionate. Basti pensare che la distinzione “dworkiniana” tra regole e principi emerge già in un lodo del 1903 della Commissione italo-venezuelana per le reclamazioni, che peraltro la trae da un dizionario inglese⁵⁴. Inoltre, la tecnica di interpretazione utilizzata nel 1910 dalla Corte permanente di arbitrato, in relazione al trattato applicabile nel caso sulla *Pesca nella costa nordatlantica*, rispecchia gli elementi essenziali del giudizio di proporzionalità così come teorizzato Alexy, mentre nel lodo arbitrale nel caso *Trail Smelter*, pronunciato nel 1938, si faceva già riferimento al *bilanciamento* tra gli interessi delle parti. O ancora, l’esempio più noto in cui la Corte internazionale di giustizia (CIG) sembra aver fatto ricorso a quella che oggi definiremmo tecnica del bilanciamento risale al 1949, più precisamente alla pronuncia sull’incidente nello *Stretto di Corfù* che, peraltro, è la prima resa dopo l’istituzione della

⁵² Ad esempio, H. THIRLWAY, *The Sources of International Law, Second Edition*, 2019, Oxford, Oxford University Press, p. 107, riconduce a Dworkin la distinzione tra regole e principi, e la dimostrazione del ruolo di questi ultimi nel “generare” regole idonee a risolvere casi concreti sottoposti al giudice.

⁵³ Si ritiene che tale approccio non possa essere determinante al fine di individuare i casi in cui il giudice internazionale ricorre alla tecnica del bilanciamento. Come si chiarirà meglio *infra*, Cap. III, Sez. 3.1., infatti vi sono ipotesi in cui il giudice internazionale afferma di ricorrere a una data metodologia di rilevazione o interpretazione del diritto ma, ad una più attenta analisi, ricorre alla tecnica del bilanciamento; così come vi sono casi in cui il giudice dichiara espressamente di procedere a un bilanciamento, ma ne omette alcuni, se non tutti, passaggi essenziali. Sul punto, si vedano, M. MCFADDEN, *The Balancing Test*, 1988(3) Boston College Law Review, Vol. 29, pp. 586 ss., p. 597; J. BOMHOFF, *Genealogies of Balancing as a Discourse*, 2010(1) Law & Ethics of Human Rights, Vol. 4, pp. 108 ss., pp. 112-113; *Contra*, A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 1987(5) Yale Law Journal, Vol 96, pp. 943 ss., p. 952.

⁵⁴ Commissione italo-venezuelana per le riparazioni, *Gentini*, lodo del 1 luglio 1903, Reports of International Arbitral Awards, Vol. X, pp. 551 ss, p. 556. La Commissione ha tratto le definizioni dal Dizionario Bourguignon & Bergerol, affermando che un principio “exprime une vérité générale d’après laquelle on dirige les actions qui sert de base théorique aux divers actes de la vie, et dont l’application à la réalité amène telle ou telle conséquence”, mentre una regola è “essentiellement pratique et, de plus, obligatoire”.

Corte stessa. Nella letteratura internazionalistica più risalente, poi, l'argomentazione per principi tendeva ad essere inquadrata nell'ambito del ragionamento analogico. Si possono prendere come esempio le opere di Balladore Pallieri e Morelli, rispettivamente primo giudice italiano alla Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) e primo giudice italiano alla CIG. Nel 1938 Balladore Pallieri affermava, infatti, che nell'ambito dell'analogia *juris* rientrerebbero due diverse tipologie di *argomentazione* volte a rinvenire la disciplina di una fattispecie non espressamente sussumibile in una regola: da un lato, il caso in cui per disciplinare tale fattispecie si argomenti dai principi relativi a una questione analoga; dall'altro lato, il caso in cui si argomenti dai *principi generali dell'intero sistema*. Con riferimento a quest'ultima ipotesi egli osservava come, pur potendo muoversi delle critiche alla qualificazione (in parte impropria) di un tale ragionamento in termini di analogia, non potesse farsi altrimenti "per la mancanza di un diverso termine che possa venire assunto ad un significato altrettanto comprensivo"⁵⁵. Ed è ben possibile che quel diverso termine sia, oggi, il bilanciamento. Nello stesso anno anche Morelli, nel suo corso all'Accademia de L'Aja, sosteneva che l'analogia *juris* è un ragionamento fondato sui principi generali del diritto internazionale⁵⁶. Allo stesso tempo, la distinzione tra regole e principi e il riconoscimento delle loro diverse funzioni e modalità di applicazione, che pure generalmente si attribuisce a Dworkin e alla sua critica al positivismo, in realtà è rinvenibile nella dottrina internazionalista (positivista) in tempi antecedenti. Ad esempio, nel suo corso a L'Aja del 1957 Fitzmaurice riconosceva la differenza tra regole e principi, così come il ruolo che questi ultimi possono avere nella corretta rilevazione di una regola, laddove manchi una prassi statale uniforme e vi siano, pertanto, dubbi in merito al suo esatto contenuto⁵⁷. Non è quindi nella mancanza di un termine e di una compiuta teoria del bilanciamento, per come inteso oggi, che si spiegano l'assenza di interesse dottrinale e la scarsa propensione del giudice internazionale a farvi ricorso se, appunto,

⁵⁵ G. BALLADORE PALLIERI, *I "principi generali del diritto riconosciuti dalle Nazioni Civili" nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale*, 1931, Torino, Istituto giuridico della Reale Università, p. 27.

⁵⁶ G. MORELLI, *La théorie générale du procès international*, 1938, L'Aja, Recueil des Cours, Vol. 61, pp. 91 ss.

⁵⁷ G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 1957, L'Aja, Recueil des Cours, Vol. 92, p. 7: "By a principle, or general principle, as opposed to a rule, even a general rule, of law is meant chiefly something which is not itself a rule, but which underlies a rule, and explains or provides reasons for it. A rule answers the question 'what'; a principle in effect answers the question 'why'. In the event of any dispute as to what the correct rule is, the solution will often depend on what principle is regarded as underlying the rule". *Contra*, G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, 1953, Milano, Giuffrè, p. 32, secondo cui non sarebbe possibile distinguere *formalmente* tra principi e altre regole non scritte, se non sulla base del generale riferimento alla maggiore genericità dei primi. Tuttavia, l'A. ammette la peculiarità dei principi, che egli chiama "regole finali", le quali "indicando genericamente un fine da raggiungere [...] [e] perché il fine da esse indicato possa trovare attuazione, devono venire integrate da altre norme che vengano ad assumere, nei loro confronti, una funzione strumentale" (p. 56).

l'argomentazione per interessi, principi e valori era già riconosciuta e riconoscibile anche nell'ambito del diritto internazionale.

Tale scarso interesse, invece, sembra potersi spiegare in ragione della apparente o presunta incompatibilità tra l'argomentazione per interessi, principi e valori e alcune caratteristiche strutturali dell'ordinamento internazionale, per come inteso dalla teoria predominante almeno a partire dal secondo dopoguerra, segnatamente il positivismo. La tecnica del bilanciamento, infatti, può apparire inidonea a consolidarsi in un ordinamento ancora largamente caratterizzato per la centralità dello Stato e fondato sul principio del *consenso* statale. E ciò per una serie di ragioni. *In primo luogo*, complice una confusione causata dalla terminologia utilizzata e dalla metodologia cui rinvia – ove definito, cioè, bilanciamento tra *valori* –, può sembrare che tale tecnica voglia superare il confine tra ciò che è giuridicamente rilevante e ciò che non lo è. Si potrebbe infatti pensare che esso pretenda di imporre degli obblighi statali sulla base considerazioni di carattere etico, morale o umanitario⁵⁸. *In secondo luogo*, il bilanciamento è un'operazione che tipicamente, anche se non esclusivamente, è realizzata dal giudice. E dato che esso è caratterizzato da una certa componente di indeterminatezza⁵⁹ – tanto nella individuazione dei principi rilevanti, quanto nella determinazione del giusto equilibrio tra i medesimi⁶⁰ –, insito nel bilanciamento vi è un ampio e inevitabile margine di discrezionalità giudiziaria⁶¹, il quale può essere percepito dagli Stati come segno dell'ingerenza del giudice in una funzione, quella di produzione del diritto internazionale, che non gli compete. *In terzo luogo*, la rilevazione della regola risolutiva del caso per il tramite di un bilanciamento non rispecchia i procedimenti di determinazione, interpretazione e

⁵⁸ CIG, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 21 dicembre 1962, ICJ Rep. 1962, p. 319, Opinione dissenziente congiunta dei giudici Fitzmaurice e Spender, p. 466: “We are not unmindful of, nor are we insensible to, the various considerations of a non-judicial character, social, humanitarian and other [...] but these are matters for the political rather than for the legal arena. They cannot be allowed to deflect us from our duty of reaching a conclusion strictly on the basis of what we believe to be the correct legal view”; CIG, *International Status of South West Africa*, opinione consultiva dell'11 luglio 1950, ICJ Rep. 1950, p. 128, p. 141: “It is not for the Court to pronounce on the political or moral duties which these considerations may involve”.

⁵⁹ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, lodo del 1 maggio 1925, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 615 ss., p. 639, p. 640, secondo cui nel bilanciare gli interessi degli Stati che si contrappongono nel giudizio “there will always remain [...] a fairly considerable margin or a subjective element of appreciation which cannot be removed”; E. CANNIZZARO, “Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach v. Value-Oriented Approach”, in E. CANNIZZARO e P. PALCHETTI (eds), *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, 2005, Leiden–Boston, Martinus Nijhoff, pp. 245 ss., p. 268, secondo cui il bilanciamento è caratterizzato da una “inherent indeterminacy”; L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, cit., pp. 716: “l'inferenza che collega la regola ai principi non è logicamente calcolabile”.

⁶⁰ G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, cit., pp. 80 ss., ritiene che sarebbe proprio l'indeterminatezza propria di tale processo ad implicare l'impossibilità per il giudice internazionale di colmare le lacune in senso stretto, in assenza di una espressa o implicita autorizzazione delle parti della controversia inclusa nel compromesso.

⁶¹ Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 664.

applicazione del diritto internazionale, come *generalmente intesi*⁶². Per tale ragione, esso sembra mettere in discussione alcuni assunti fondamentali della teoria delle fonti del diritto internazionale⁶³. Alla luce di tali rilievi, è possibile chiedersi entro quali confini vi sia spazio per il ricorso a tale tecnica da parte del giudice internazionale? Certamente, ove si volesse ridurre il diritto internazionale alla mera volontà statale⁶⁴, non avrebbe senso porsi tale domanda, in quanto si sarebbe portati

a ritenere che ogni ricerca concernente fenomeni che non possono essere ricondotti, direttamente o indirettamente, alla volontà dello Stato per la tesi più rigorosa, od anche ad una volontà collettiva interstatale per l'altra tesi, non riguarda l'identificazione di realtà giuridiche, ma costituisce una mera operazione astratta che riflette, non di rado, soggettive, arbitrarie concezioni di stampo giusnaturalistico.⁶⁵

Ora, non si intende entrare in questa sede nella controversia teorica che tutt'ora permane tra, da un lato, il volontarismo e, dall'altro, le posizioni che ne sottolineano il fondamento paradossale⁶⁶. Si darà per presupposto che, pur non potendo ridurre il diritto

⁶² Per "generalmente intesi" si fa qui riferimento all'interpretazione largamente condivisa delle fonti del diritto internazionale, così come elencate dall'art. 38 dello Statuto CIG. E per "interpretazione largamente condivisa" si considera, semplificando certamente la questione, che si tratti di quella accolta nei lavori della Commissione del diritto internazionale (CDI). Così, il bilanciamento non viene menzionato nei lavori sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario; neppure è indicato negli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (CVDT), che codificano le regole relative alla interpretazione del diritto pattizio. Un timido riferimento al bilanciamento è presente nei lavori sulla frammentazione del diritto internazionale, nell'ambito delle modalità di applicazione del criterio dell'interpretazione sistematica ai sensi dell'art. 31(3)(c) CVDT. Infine, neppure si fa riferimento espresso al bilanciamento nell'ambito dei recenti lavori della Commissione sui metodi di identificazione e sulle funzioni dei principi generali del diritto nonostante, come si vedrà, si riconosca in quell'ambito che i principi possono svolgere una funzione di identificazione di diritti e obblighi statali.

⁶³ C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 2019, Padova, CEDAM: "Ricostruite sulla base della teoria delle fonti le norme rappresentano già i punti di equilibrio tra i valori astrattamente in conflitto, e non viceversa. Dal punto di vista giuridico, è dalle norme oggettivamente dimostrabili che si può risalire ai valori comuni giuridicamente rilevanti e al grado della loro protezione effettiva, non dai valori identificati in astratto alle norme giuridiche"; *contra*, P. BENVENUTI, "Principi generali del diritto, giurisdizionali internazionali e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale", in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2004, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 295 ss., p. 297: "la norma giuridica [...] in quanto fenomeno sociale, è punto di incontro, di mediazione della pluralità di interessi presenti all'interno della società [...]. Dunque, in difetto di un processo di produzione normativa capace di mediare gli interessi in presenta, gli Stati sono tenuti a rinvenire la soluzione ordinatoria, *de lege lata*, nei principi generali di diritto ai quali sono tenuti a ispirare la propria condotta, anche se è auspicabile, soprattutto nell'ordinamento internazionale, che sia piuttosto il giudice, in virtù della sua posizione peculiare, a individuare la rilevanza di siffatti principi generali per la condotta degli Stati".

⁶⁴ Il volontarismo è la teoria secondo cui "State consent [is] the sole foundation or defining characteristic of international law as a whole" (W. G. WERNER, "State Consent as a Foundational Myth", in C. BRÖLMANN e Y. RADİ (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 13 ss., p. 13; A. BIANCHI, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, 2016, Oxford, Oxford University Press, p. 21). Tale volontà è presentata direttamente, nel caso dei trattati, o indirettamente, per consuetudini e principi generali (rispetto ai quali si veda X. SHAO, *What We Talk about When We Talk about General Principles of Law*, 2021 Chinese Journal of International Law, Vol. 20, par. 32: "the consent of States to these principles can be deemed as implied in the existing rules of international law").

⁶⁵ G. BARILE, *Il metodo logico-storico di rilevazione del diritto internazionale non scritto e le sue origini giusnaturalistiche*, cit., p. 8:

⁶⁶ W. G. WERNER, "State Consent as a Foundational Myth", cit., p. 16.

internazionale a una esclusiva manifestazione della volontà⁶⁷, “state consent still plays an important role in international legal discourses on the creation, interpretation and application of law”⁶⁸. E allora, il bilanciamento può sollevare una serie di problematiche se si considera che nella comunità internazionale, anche contemporanea: (1) considerazioni etico-morali non sono in grado, da sole, di produrre obblighi giuridici; (2) lo Stato conserva un ruolo centrale nella produzione delle norme diritto; e (3) quest’ultimo si forma e identifica secondo fonti e metodi determinati. È pertanto necessario stabilire, tramite tre domande di fondo, se il bilanciamento risulti, almeno *prima facie*, compatibile con tali caratteristiche dell’ordinamento o se queste siano in grado di opporsi *a priori* alla possibilità che il giudice ricorra a detta tecnica decisionale.

1.2. IL BILANCIAMENTO E IL PROBLEMA DELLA NORMATIVITÀ

Come si è detto, una ricerca sull’uso della tecnica del bilanciamento da parte del giudice internazionale si inserisce nell’ambito di una problematica ben più ampia. Essa porta a chiedersi: *su cosa si fonda* la normatività del diritto internazionale? Secondo l’opinione largamente maggioritaria, si ritiene che il diritto internazionale si fondi sul consenso degli Stati⁶⁹, che rappresenterebbe la *regola di riconoscimento* dell’ordinamento⁷⁰.

L’idea per cui il giudice internazionale possa ricorrere al bilanciamento sembrerebbe contrastare con tale affermazione. Essa, infatti, fa riferimento a *principi e interessi e valori* che (si afferma) “are not the product of State consent” e, dunque,

⁶⁷ G. BARILE, *Il metodo logico-storico di rilevazione del diritto internazionale non scritto e le sue origini giusnaturalistiche*, cit., p. 9: “limitare rigorosamente il fenomeno giuridico al diritto della volontà significa non tenere conto di una parte essenziale della realtà: quella costituita dal *diritto della coscienza*. Di quel diritto *ugualmente positivo*, che trova la sua sede e la sua giustificazione nella *coscienza collettiva* dei membri che contano di una data comunità” (corsivo aggiunto).
⁶⁸ W. G. WERNER, “State Consent as a Foundational Myth”, cit., p. 31.
⁶⁹ R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 1994, Oxford, Clarendon Press, p. 14.

⁷⁰ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 1961, Oxford, Clarendon Press. Secondo l’A. il fondamento del diritto risiederebbe nell’accettazione di un complesso di regole come obbligatorie, queste ultime comprendendo tanto *regole secondarie* che disciplinano le modalità di creazione, esecuzione e identificazione del diritto, quanto le *regole primarie*, che attribuiscono diritti o impongono obblighi. In particolare, sarebbe una norma secondaria, la *regola di riconoscimento*, a fungere da fondamento del sistema giuridico. Essa sarebbe valida in quanto accettata dai cittadini e, soprattutto, dagli alti funzionari di una data comunità. Secondo Hart, nel diritto internazionale non sarebbe rinvenibile la distinzione tra norme primarie e secondarie. Esso sarebbe una semplice forma di struttura sociale costituita da sole norme primarie e, pertanto, non in grado di essere qualificato come un sistema giuridico. Se Hart, però, concludeva che non fosse possibile escludere che il diritto internazionale fosse diritto, vi è chi ha risposto affermativamente a tale questione individuando la regola di riconoscimento del diritto internazionale nel *principio del consenso*. Lo Stato, come ente sovrano, sarebbe sottoposto al diritto internazionale se ed in quanto ha prestato il proprio consenso a tal fine (se veda al riguardo, tra i tanti, S. BESSON, “Theorizing the Sources of International Law”, in S. BESSON e J. TASIOLAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, 2010, Oxford, Oxford University Press).

“remain non-law”⁷¹. E se il principio di sovranità implica che la libertà di uno Stato non possa essere limitata se non da *regole giuridiche*, “factors that have not achieved the status of binding law should not restrict sovereign freedom of action”⁷². Si tratterebbe di considerazioni extra-giuridiche, che incidono sulla formazione e sull’applicazione delle regole solo in quanto *fonti materiali* del, e che ispirano il, diritto internazionale⁷³. Il giudice, chiamato a decidere secondo diritto, non potrebbe ricorrervi come parametro per valutare la legalità o illegalità di una condotta statale. A conferma di un tale ordine di idee potrebbe invocarsi la pronuncia resa nel 1966 dalla CIG nel caso *South West Africa*, che ha escluso che considerazioni morali o umanitarie possano, se non cristallizzate in regole di diritto, produrre diritti e obblighi statali⁷⁴. Ove, allora, si ritenga che il diritto internazionale, in quanto fondato sul consenso dello Stato, sia solo costituito da regole che sono neutrali rispetto a considerazioni valoriali, il bilanciamento apparirebbe come una tecnica fondata su un “approccio giusnaturalistico”⁷⁵. Su tale osservazione si fondano le critiche radicali al bilanciamento. Esse ritengono che il bilanciamento invertirebbe il rapporto logico tra valori e norme: se è vero che le norme si ispirano a dei valori, non sarebbe vero che dai valori derivano automaticamente delle norme⁷⁶. Il bilanciamento sarebbe allora fondato su un’errata impostazione metodologica e su un improprio “attivismo” giudiziario, opportunismo o moralismo⁷⁷. Ed infatti, dato che, in numerose

⁷¹ V. A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, Oxford, Oxford University Press, p. 105.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Il bilanciamento sarebbe fondato su una premessa teorica errata, che presenta cosa il diritto dovrebbe essere (*lex ferenda*), sulla base di considerazioni morali e valoriali, come diritto vigente (*lex lata*). Nell’ordinamento internazionale tale errore teorico-metodologico sarebbe particolarmente pericoloso, in quanto posta la sua decentralizzazione si consentirebbe ai potenti di affermare la propria visione del “dover essere”. Per un riassunto di tali critiche si veda B. ÇALI, *On Interpretivism and International Law*, cit., pp. 811 ss., la quale replica che il giudizio di valore proprio di tale approccio teorico al diritto non si fonda su concezioni etico-morali astratte, ma sulla ricostruzione della *prassi* della vita delle relazioni internazionali nell’attribuire rilevanza a dei determinati valori.

⁷⁴ CIG, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 18 luglio 1966, ICJ Rep. 1966, p. 6, par. 49-51, e par. 52: “[i]n order to generate legal rights and obligations, [an interest] must be given juridical expression and be clothed in legal form”.

⁷⁵ Per approccio naturalistico si intende quello volto a dimostrare che il diritto si impone come vincolante per ragioni di giustizia naturale, e che tende a ricercare “a standpoint outside or above sovereign power from which [it] draw[s] normative demands regarding how the sovereign should behave” (M. KOSKENNIEMI, “Methodology of International Law”, in A. PETERS (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Oxford, Oxford University Press, par. 5).

⁷⁶ C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, cit.: “se i valori non coincidono con le norme, ma le norme si ispirano sempre ad un valore, ne consegue che non solo una norma non può essere ricavata deduttivamente dal valore protetto, ma neanche che essa possa essere ricavata da un certo bilanciamento tra valori in conflitto, a meno che non esista un organo competente e legittimato a svolgere tale compito [...]. Non solo non basta dire che esiste un valore fondamentale della comunità internazionale per dedurre l’esistenza di una norma idonea a proteggere al meglio quel valore; neanche basta provare che in una situazione concreta entrino in gioco due valori fondamentali, in principio in conflitto tra loro, per dedurre da un loro contemperamento teorico, fondato su ragioni intrinseche ai valori, la norma idonea a riflettere il loro ottimale punto di equilibrio”.

⁷⁷ C. FOCARELLI, *International Law*, 2019, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, p. 25: “[i]nternational law’ *per se* should be kept distinct from the ‘politics of international law’ understood as

occasioni, il bilanciamento viene invocato, almeno dalla dottrina, al fine di raggiungere una soluzione più favorevole alla tutela dell'individuo o di presunti valori collettivi rispetto alla sovranità statale, esso implicherebbe il tentativo estendere all'intero diritto internazionale un approccio fondato sui *valori* che permeano il diritto internazionale dei diritti umani⁷⁸ e a far prevalere questi ultimi rispetto ad altre norme o interessi⁷⁹. Al contrario, il bilanciamento sarebbe strutturalmente incompatibile con un ordinamento, come quello internazionale, in cui non sussiste una gerarchia normativa o valoriale (se si esclude il limitato ambito dello *jus cogens*). L'assenza di una tale gerarchia renderebbe impossibile determinare il peso, nel caso concreto, di ciascun interesse, principio, o valore, che sarebbero quindi "non commensurabili" e, quindi, non bilanciabili tra loro⁸⁰.

Ma tali considerazioni possono davvero escludere *a priori* la possibilità che il giudice internazionale ricorra alla tecnica del bilanciamento? Innanzitutto, bisogna rilevare che non è utile cercare la risposta nella disputa tra positivismo e giusnaturalismo, spesso influenzata dal contesto storico-politico⁸¹ e, in ogni caso, incapace di spiegare ogni aspetto della normatività del diritto internazionale⁸². È in realtà sufficiente rilevare che è ormai ampiamente riconosciuto che il diritto internazionale non è soltanto un *corpus* di regole neutrali, insensibili a considerazioni politiche, economiche e valoriali⁸³. La stessa

the instrumental use of international law, although the two domains partly overlap [...]. Consequently [...] theories such as realism, deconstructivism and idealism – which reduce international law to nothing more than politics broadly understood, including, depending on the circumstances, power politics, argumentative practice or the overruling protection of allegedly fundamental values of the international community, promoted by the states or by more or less enlightened 'epistemic' communities – [must be] seen unfavorably".

⁷⁸ Ivi, p. 23. Ciò anche in ragione dell'asserita assenza, nell'ordinamento internazionale, di un sistema oggettivo e condiviso di valori, con la conseguenza che il bilanciamento sarebbe ammissibile soltanto negli ordinamenti interni, dove i valori sono riconosciuti nelle carte costituzionali e il loro "peso" determinato in relazione alla loro rilevanza costituzionale (W.W. BURKE-WHITE e A. VON STADEN, "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations", in S.W. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Law*, 2010, Oxford, Oxford University Press, pp. 689 ss., p. 717).

⁷⁹ C. FOCARELLI, *International Law*, cit., p. 24.

⁸⁰ Di tale avviso sono, ad esempio, R. SLOANE, *On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility*, 2012(3) *American Journal of International Law*, Vol. 106, p. 447 ss., p. 478; V. JEUTNER, *Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma*, 2017, Oxford, Oxford University Press, p. 80.

⁸¹ A. TANZI, "Le forme della codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale", in G. NESI e P. GARGIULO (eds.), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 151 ss.

⁸² P.M. DUPUY, *Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal of Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi*, 2005 *European Journal of International Law*, 2005, p. 131 ss., p. 137: "[h]ow can we respect a discipline and a body of rules that only offer a choice between the alibi of morality and that of a narrowly selfish formalism?"

⁸³ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, 1960, Parigi, LGDJ., p. 170: "L'ordonnement juridique ne se résume pas en un ensemble d'interdits: il exprime des valeurs, consacre des droits. Il n'est pas rare que des droits ou des valeurs se heurtent sans qu'aucune règle ait prévu comme les départager ou qu'on ait omis de déterminer comment faire valoir efficacement un droit"; J.J.A. SALMON, "Quelques observations sur les lacunes en droit international public", in C. PERELMAN (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, 1968, Bruxelles, Bruylant, pp. 313 ss., p. 323: "[l]es règles de droit sont *par nature* chargées de valeur et, étant

CIG ha superato le conclusioni raggiunte nel caso *South West Africa*, sopra menzionato, nel momento in cui ha riconosciuto la categoria degli obblighi *erga omnes* e l'*interesse giuridico* che ciascuno Stato ha di pretenderne il rispetto⁸⁴, da cui deriva anche la legittimazione ad agire dinnanzi alla stessa Corte⁸⁵. Anche alla luce dei *valori* che sottendono a determinate regole di diritto internazionale⁸⁶, essa riconosce che interessi e valori possono incidere sulle modalità di identificazione, interpretazione e applicazione del diritto internazionale. Gli Stati, del resto, riconoscono il ruolo di interessi e valori nel diritto internazionale, nel momento in cui li inseriscono nei preamboli dei trattati, conferendo loro il ruolo di considerazioni che devono essere valutate nell'interpretazione e applicazione degli stessi⁸⁷. E gli stessi Stati hanno prestato acquiescenza, espressamente o implicitamente, al ricorso da parte dei tribunali penali internazionali alla tecnica del bilanciamento o ad altre forme di ragionamento deduttivo o valoriale, per supplire alla carenza di prassi statale⁸⁸. Anche i lavori della CDI, poi, riconoscono la rilevanza dei valori nel ragionamento giuridico volto all'identificazione del diritto internazionale⁸⁹.

Gli interessi o i valori oggetto di bilanciamento non sono da ricercarsi sul piano extra-giuridico. Essi sono *giuridicamente rilevanti* alla luce del diritto vigente e della coscienza della comunità internazionale e ricostruibili come, appunto, principi (del diritto internazionale)⁹⁰. Secondo il giudice giudice Tanaka, ad esempio, un interesse diventerebbe giuridicamente rilevante, e dunque meritevole di protezione, nel momento in cui venga tutelato nell'ordinamento tramite trattati o con la creazione di organizzazioni

véhiculées par le langage, d'éléments imprécis"; R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, cit., p. 3.

⁸⁴ CIG, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, sentenza sulle eccezioni preliminari (seconda fase) del 5 febbraio 1970, ICJ Rep. 1970, p. 3.

⁸⁵ CIG, *Obligation to Prosecute or to Extradite (Belgium v. Senegal)*, sentenza del 20 luglio 2012, ICJ Rep. 2012, p. 422.

⁸⁶ CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, ordinanza sulla richiesta di indicazione di misure cautelari del 23 gennaio 2020, ICJ Rep. 2020, p. 3, par. 41.

⁸⁷ Nel diritto internazionale umanitario, ad esempio, è stata la clausola Martens a riconoscere che i dettati della coscienza possono avere un ruolo di supplenza rispetto a situazioni non esplicitamente disciplinate (A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?* 2000(1) *European Journal of International Law*, Vol. 11, pp. 187 ss, p. 189, secondo cui la clausola costituisce "an ingenious blend of natural law and positivism").

⁸⁸ C. TOMUSCHAT, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, 1993-IV *Recueil des Cours*, Vol. 241, pp. 195 ss., p. 302.

⁸⁹ Si veda, ad esempio, CDI, *First report on jus cogens*, D. Tladi, Relatore speciale, UN Doc. A/CN.4/693, 8 marzo 2016, par. 12.

⁹⁰ R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 1968, Napoli, Liguori Editore, p. 118. L'autore, ad esempio, affermava che i principi sarebbero derivanti dalla coscienza giuridica collettiva, imposta però, a suo parere, dalle "forze sociali prevalenti", in ogni momento storico, nella comunità internazionale. Si veda anche B. ÇALI, *On Interpretivism and International Law*, cit., pp. 816, secondo cui i valori da prendere in considerazione e la loro rilevanza sono ricercati nella *prassi* della vita delle relazioni internazionali, che poi sono messi in rapporto tra loro sulla base di specifiche procedure.

internazionali⁹¹. Il bilanciamento non aspira, dunque, a trasporre arbitrariamente delle considerazioni extra-giuridiche sul piano giuridico⁹². A differenza del legislatore, che ragiona discrezionalmente in base a considerazioni politiche⁹³, il giudice ragiona (nell'ambito del margine di discrezionalità che il bilanciamento presuppone) in base ai principi⁹⁴.

Anzi, il bilanciamento costituisce proprio il tentativo di elevare alla dignità di ragionamento volto alla identificazione e interpretazione del diritto ciò che per molto tempo è stato descritto, dalla dottrina internazionalistica, come *ragionamento equitativo*, estraneo al diritto. La distinzione tra equità e bilanciamento, e dunque l'ammissibilità o meno dell'argomentazione principi, deriva proprio dal fatto che i principi applicati si considerino extragiuridici, come ad esempio sosteneva in tempi più risalenti Barile⁹⁵, o giuridici, in quest'ultimo caso qualificando il bilanciamento come "a positivist methodology of determining customary international law"⁹⁶. Del resto, come si vedrà, in numerose occasioni il bilanciamento è utilizzato dai giudici internazionali non come

⁹¹ CIG, *South West Africa*, 1966, cit., Opinione dissenziente del giudice Tanaka p. 252: "The historical development of law demonstrates the continual process of the cultural enrichment of the legal order by taking into consideration values or interests which had previously been excluded from the sphere of law. [...] By being given an organizational form, these interests take the nature of 'legal interest' and require to be protected by specific procedural means".

⁹² P. BENVENUTI, "Principi generali del diritto, giurisdizionali internazionali e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale", cit., p. 296, secondo cui l'individuazione, da parte del giudice, della regola che costituisce l'equilibrio normativo tra i principi rilevanti, non avviene "in maniera capricciosa", in quanto i principi sono "un elemento di razionalità dello stesso sistema giuridico internazionale e la decisione del giudice che fa ricorso a essi risponde pertanto alla natura di decisione *secundum ius*".

⁹³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 132 (traduzione italiana).

⁹⁴ Ivi, p. 78: "se [...] trattiamo i principi come diritto, allora possiamo ammettere che un obbligo giuridico sia imposto tanto da una regola quanto da una costellazione di principi. Possiamo dire che un obbligo giuridico esiste ogni volta che l'argomento fondato su principi giuridici vincolanti di diverso genere che sostiene tale obbligo è più forte dell'argomento contrario".

⁹⁵ G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, cit., p. 71 e p. 78: "Benché vincolato alla stretta applicazione del diritto vigente, il giudice internazionale *deve* decidere secondo equità, ponendo cioè egli stesso, in buona fede, delle norme per il caso concreto, tutte le volte che il regolamento giuridico dell'istituto di cui si tratta risulti schematizzato in un principio che gli imponga di raggiungere un certo fine, ma non sia, d'altra parte, integrato da norme precostituite che precisino il fine stesso e prescrivano i mezzi per raggiungerlo"; G. MORELLI, *La théorie général du procès international*, cit., pp. 84-85, secondo cui possono esservi processi internazionali *dispositivi*, in cui in ragione dell'assenza di norme internazionali o della natura della controversia, il "conflitto di interessi" statali debba essere risolto dal giudice *creando* la norma che disciplina il caso, alla luce di principi giuridici o criteri come l'equità. Tuttavia, ciò sarebbe possibile solo quando sia previsto da una norma di carattere generale ovvero da una norma particolare (il compromesso). Quanto alle "controversie giuridiche", secondo Morelli un potere creativo del giudice può darsi in quei casi in cui "le conflit d'intérêts formant l'objet du différend juridique n'est pas encore réglé par une norme juridique. Le jugement dispositif prend alors le rôle de moyen utilisé pour combler les lacunes dans l'ordre juridique" (p. 87). In tali casi, o il giudice rende una sentenza dichiarativa *secondo diritto*, riconoscendo che non vi sono diritti e obblighi degli Stati; o rende, se autorizzato a farlo, una sentenza dispositiva, che crea la regola (p. 90).

⁹⁶ E. CANNIZZARO, "Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach v. Value-Oriented Approach", cit., p. 268. Per un approccio che inquadra la creazione giudiziale di una regola nell'ambito di un sillogismo, in cui la premessa maggiore sarebbe la regola che consente al giudice di creare regole (ove esistente), si veda G. MORELLI, *La théorie général du procès international*, cit., pp. 87 ss.

tecnica volta al perseguimento della tutela dei diritti umani e alla cristallizzazione di considerazioni morali o aspirazioni umanitarie in regole di diritto, bensì volta al coordinamento e contemperamento degli interessi statali che, in assenza di regole espresse, si sovrappongono e si scontrano. Interessi che, in ultima analisi, sono riconducibili al principio di sovranità⁹⁷, che costituisce “one of the fundamental principles of the international legal order”⁹⁸. Ed anzi, l’assenza di una gerarchia valoriale nell’ordinamento internazionale, e la posizione di uguaglianza in cui in astratta si trova ciascun interesse di ogni Stato sovrano, invece che costituire un ostacolo al ricorso alla tecnica del bilanciamento, sembrano costituirne proprio il presupposto⁹⁹. Il bilanciamento, infatti, potrebbe colmare l’assenza di una tale gerarchia in astratto consentendo di rilevare, alla luce del caso concreto, l’importanza in concreto di ciascun interesse, principio o valore.

Nulla esclude, però, che nell’ambito di tale ragionamento possa ormai venire in rilievo – come principio che si affianca e contrappone, pur non soppiantandolo¹⁰⁰, alla sovranità – il principio di umanità o della dignità umana¹⁰¹ che, come si vedrà, spesso gioca un ruolo rilevante nell’ambito delle operazioni di bilanciamento realizzate dal giudice internazionale o, quanto meno, da alcuni tribunali internazionali.

⁹⁷ J.J.A. SALMON, “Quelques observations sur les lacunes en droit international public”, cit., p. 317. *Contra*, M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, 1990(1) European Journal of International Law, Vol. 1, pp. 4 ss., pp. 16 ss.

⁹⁸ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012, ICJ Rep. 2012, p. 99, par. 57.

⁹⁹ Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit. p. 660: “A further problem with such a critique [to balancing in international law] is that it assumes that the relative hierarchy between different values is always pre-determined and unchanging, which is not the case in reality. International law cannot settle in a definite manner the issue of priority between two sovereign interests. States are supposed to be equal to each other, and it is difficult to state in the abstract whose interests shall prevail over those of the other”.

¹⁰⁰ Che la sovranità sia limitata da altre regole e principi, è ormai ampiamente riconosciuto. Si veda, ad esempio, G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, 1955, L’Aja, Recueil des Cours, Vol. 87, p. 215: “Once international law had grown into a system of inter-related rules, the rules comprised under the heading of sovereignty became necessarily limited by other rules. On the level of principles, sovereignty was correspondingly reduced to one among a number of interacting fundamental principles of international law”). Ma si consideri anche la posizione di chi ritiene che il principio di sovranità sia stato addirittura soppiantato, come principio posto a fondamento dell’ordinamento internazionale, dal principio di umanità, tra cui A. PETERS, *Humanity as the A and Q of Sovereignty*, 2009(3) European Journal of International Law, Vol. 20, pp. 513 ss., p. 513. Altri, in modo più limitato, ritengono che il “principio di protezione dei diritti umani” sia divenuto uno dei, ma non il, principi posti a fondamento dell’ordinamento; si veda, ad esempio, E. Riedel, “Human Rights Protection as a Principle”, in J.E. Viñuales (ed.), *The UN Friendly Relations Declaration at 50. An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 231 ss.

¹⁰¹ M. OREJA, “Souveraineté des États et respect des droits de l’homme”, in F. MATSCHER e H. PETZOLD (eds.), *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne. Mélanges en l’honneur de Gérard J. Warda*, 2ème Edition, 1990, Köln–Berlino–Bonn–Monaco, pp. 7 ss., p. 12: “entre la souveraineté de l’État et le respect des droits de l’homme il y a une opposition, mais il n’y a pas d’antinomie absolue. Les deux éléments d’inscrivent dans un mouvement d’ensemble qui les dépasse et les conduit à établir un certain équilibre”.

1.3. IL BILANCIAMENTO E IL PROBLEMA DELL'AUTORITÀ

La seconda questione che viene in rilievo quando si consideri il ricorso da parte del giudice internazionale alla tecnica del bilanciamento attiene all'allocazione dell'*autorità* di produzione di norme giuridiche. *Chi* produce il diritto internazionale? O, più precisamente, chi produce *norme di diritto* internazionale? Si è detto che il bilanciamento, in ragione della discrezionalità che riconosce al giudice, può sembrare incompatibile con un ordinamento in cui il diritto è prodotto dagli stessi soggetti cui esso si applica e, pertanto, in cui gli Stati restano i principali titolari della funzione di produzione del diritto.

È vero, oggi si discute ampiamente sul se ed in che misura altri soggetti – organizzazioni internazionali¹⁰² – o attori – organizzazioni non governative (ONG)¹⁰³ e, più in generale, società civile¹⁰⁴, imprese multinazionali¹⁰⁵, ma anche altri attori non statali come i gruppi armati¹⁰⁶ o individui¹⁰⁷ – concorrano alla produzione di norme giuridiche internazionali¹⁰⁸. Ma i dibattiti in questione, pur riconoscendo che ampio spazio nell'orientare la produzione normativa deve oggi riconoscersi a tali soggetti e attori, confermano che nell'ordinamento internazionale gli Stati restano i *principali*

¹⁰² Tra gli innumerevoli scritti in materia, si veda ad esempio N.D. WHITE, "Lawmaking", in J. KATZ COGAN, I. HURD e I. JOHNSTONE (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, pp. 559 ss.

¹⁰³ Per un quadro generale, si veda J. KLABBERS, "Law-Making and Constitutionalism", in J. KLABBERS, A. PETERS e G. ULFSTEIN (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, Oxford, Oxford University Press, pp. 81 ss., p. 85. Sul punto, come esempio, può considerarsi l'influenza esercitata dalle ONG sull'adozione da parte dell'Assemblea generale della Dichiarazione sui diritti e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali. O ancora, all'indubbio ruolo che le ONG svolgono nell'ambito delle attività di monitoraggio, da parte dei cd. *treaty bodies*, del rispetto dei trattati nei più disparati settori (tra cui l'ambiente e i diritti umani), il cui esito, sotto forma di raccomandazioni e commenti generali, secondo molti produrrebbe degli effetti *lato sensu* normativi (si veda, ad esempio, M. TIGNINO, "Quasi-Judicial Bodies", in A. VON BOGDANY e I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Springer, pp. 242 ss.). O, infine, si consideri il ruolo delle ONG che operano nel soccorso in mare nel Mediterraneo e a come tale attività sembra aver parzialmente modificato le norme internazionali generali in materia, anche alla luce della giurisprudenza dei giudici interni (specie italiani) che, nel riconoscere l'importanza del valore che quell'attività tutela (la vita umana), ne sanciscono *ex post* la liceità.

¹⁰⁴ B. WOODWARD, *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance. Theory and Practice*, 2010, Leiden–Boston, Martinus Nijhoff,

¹⁰⁵ M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI e D. RUSSO (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law*, 2020, Leiden–Boston, Brill Nijhoff.

¹⁰⁶ A. E. ROBERTS e S. SIVAKUMARAN, *Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law*, 2012(1) *Yale Journal of International Law*, Vol. 37, pp. 102 ss.

¹⁰⁷ C. OCHOA, *The Individual and Customary International Law Formation*, 2007(1) *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, pp. 119 ss.

¹⁰⁸ D. HOLLIS, *Why Consent Still Matters: Non-State Actors, Treaties and the Changing Sources of International Law*, 2005(1) *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 23, pp. 1 ss.

produttori del diritto¹⁰⁹, anche nell'ambito di tali processi¹¹⁰. E se volesse discutersi se imprese multinazionali o individui siano diventati soggetti di diritto internazionale, in grado di incidere autonomamente sulla sua formazione, l'assunto di fondo non muterebbe, in quanto si sarebbe comunque portati a concludere che il diritto internazionale è prodotto dagli stessi soggetti cui si applica.

Se l'*autorità* di produzione del diritto spetta principalmente agli Stati, emerge una delle ragioni per cui il bilanciamento ha suscitato poco interesse nella letteratura, e per cui il giudice internazionale tende a non farvi apertamente ricorso¹¹¹. Ove il giudice determini, interpreti o applichi il diritto internazionale per il tramite di un bilanciamento, realizzerebbe un'attività percepibile (dagli Stati) come più o come "creativa" del diritto, almeno in relazione al caso concreto¹¹². E può sembrare che ciò fuoriesca dai i poteri che gli Stati conferiscono a un tribunale internazionale¹¹³. Infatti, pur superata l'idea illuministica del giudice come mera *bouche de la loi*, resta fermo l'assunto per cui il giudice è soggetto al diritto, e deve procedere alla sua determinazione, interpretazione e applicazione, ma non alla sua "creazione". Di qui la previsione delle fonti da cui il giudice

¹⁰⁹ A CASSESE, "Soliloquy", in A. CASSESE, P. GAETA e S. ZAPPALÀ (eds.), *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, 2008, Oxford, Oxford University Press, pp. lix ss., p. lxxvii: "The world community continues to be dominated by sovereign states, each of which is primarily bent on the pursuit of its own short- or medium-term interests". *Contra*, J. DELBRÜCK, *Prospects for a 'World (Internal) Law?': Legal Developments in a Changing International System*, 2002(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 9, pp. 401 ss., p. 410: "the monopoly of the state as a political actor in the international system has been entirely broken".

¹¹⁰ Solo per fare degli esempi, sono gli Stati che eventualmente conferiscono alle organizzazioni internazionali il potere di adottare atti giuridicamente vincolanti, preoccupandosi di prevedere meccanismi di *opt-in* o di *opt-out* per riservarsi la possibilità di manifestare una volontà diversa. Si pensi, ad esempio, ai poteri normativi conferiti ad alcuni Istituti specializzati delle Nazioni Unite, come l'Organizzazione mondiale della sanità, che hanno la competenza di adottare, a maggioranza, decisioni vincolanti per gli Stati membri, qualora questi ultimi non manifestino, entro un certo periodo, la volontà di non esservi vincolati. Diversamente, atti non giuridicamente vincolanti delle organizzazioni possono rilevare ai fini della formazione e rilevazione di norme consuetudinarie, ma non possono creare *ex se* diritto (CIG, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 26 novembre 1986, ICJ Rep. 1986, p. 14, par. 188). Ancora, sono gli Stati che consentono la partecipazione delle ONG a una conferenza volta all'adozione di un trattato multilaterale, nonostante sia innegabile che queste ultime esercitino un'indubbia pressione al fine di orientare la produzione di norme giuridiche (C. RYNGAERT, *Non-State Actors: Carving Out a Space in a State-Centred International Legal System*, 2016(2) *Netherlands International Law Review*, Vol. 63, pp. 183 ss.).

¹¹¹ Nel produrre norme di diritto, in particolare tramite i negoziati volti all'adozione di strumenti pattizi, gli Stati realizzano dei compromessi tra i propri contrapposti interessi e, in tal senso, raggiungono un equilibrio tra gli stessi. Il giudice non potrebbe, allora, realizzare una tale attività, né rimettere in discussione quella realizzata dagli Stati. Si veda, ad esempio, G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, cit., p. 64, secondo cui, in linea generale, "it is for the States as the primary law-makers in international law to prioritize among conflicting rights and interests, and not for arbitrators or judges" e, pertanto, "judicial balancing in this context would raise serious questions of legitimacy".

¹¹² A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Seconda edizione, 2006, Bologna, Il Mulino, pp. 296-297.

¹¹³ Ciò non toglie che, specie in passato, vi fossero casi in cui gli Stati, con il compromesso, conferivano al tribunale arbitrale un potere quasi-legislativo per le ipotesi in cui non fossero rinvenibili norme giuridiche applicabili. Del resto, nonostante gli Stati non vi abbiano mai fatto ricorso, anche il par. 2 dell'art. 38 dello Statuto CIG prevede che, ove le parti vi consentano, la Corte possa decidere *ex aequo et bono*.

può trarre il diritto da applicare¹¹⁴. Ed infatti, le regole relative alle fonti del diritto, inserite nei trattati istitutivi e negli statuti dei tribunali internazionali, “were formulated for the purposes of establishing, and to drawing limits to, the power of a Court to declare what the law is”¹¹⁵. Nei lavori preparatori delle regole che codificano il diritto applicabile non mancano, infatti, dichiarazioni che collegano la predeterminazione delle fonti alla necessità di escludere un potere “creativo” del giudice¹¹⁶. Questo può spiegarsi proprio con la centralità che, ancora oggi, è riconosciuta allo Stato nella produzione del diritto, unitamente all’assenza di accentrimento di tale funzione. Infatti, mentre negli ordinamenti interni il potere “creativo” del giudice è controbilanciato da un potere legislativo centralizzato¹¹⁷, quest’ultimo manca nell’ordinamento internazionale¹¹⁸.

Tale situazione si ripercuote sui metodi decisionali dei giudici internazionali e, quindi, sul ricorso, o meno, alla tecnica del bilanciamento. I tribunali internazionali infatti, per propria natura, sono portati a mostrare deferenza nei confronti del ruolo degli Stati come produttori del diritto internazionale, negando di procedere a qualsiasi

¹¹⁴ R. Y. JENNINGS, *The Judiciary, International and National, and the Development of International Law*, 1996(1) *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, pp. 1 ss., p. 3: “Article 38 [of the ICJ Statute] constitutes a necessary recognition of the basic principle of the process of adjudication that judges, whether national or international, are not empowered to make new laws”.

¹¹⁵ G. NOLTE, *The European Court of Human Rights and the Sources of International Law*, relazione al seminario *The Contribution of the ECtHR to the Development of Public International Law*, organizzato dal Ministro degli affari esteri della Repubblica Ceca in occasione della 59esima sessione del Comitato consultivo per il diritto internazionale pubblico del Consiglio d’Europa, Praga, 23 settembre 2020, p. 5.

¹¹⁶ Tale diffidenza emerge, ad esempio, dai lavori dell’*Advisory Committee of Jurists* del 1920, volti all’adozione del testo dell’art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI (ed.), *Proceedings of the Advisory Committee of Jurists: Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee*, 1920, L’Aja, Van Langenhuysen Brothers). Secondo Cassese, la proposta di introdurre i principi generali del diritto tra le fonti del diritto internazionale applicabili dalla Corte “was a rather revolutionary attempt to introduce a new source of international law over and above the will of States, a third source which did not attach any importance to the will of States. [...] The acceptance of the majority view would have meant that the PCIJ would have created new law, and this was against the basic principles of the world community at that time” (in A. CASSESE e J. H. H. WEILER (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, 1988, Berlino–New York, Walter de Gruyter, pp. 53-54). La stessa diffidenza emerge dai lavori preparatori della CEDU, laddove nel 1950, in relazione alle competenze della Corte EDU, Chaumont laconicamente affermava che “the Court is not intended to create new law *ex cathedra*”.

¹¹⁷ A. VON BOGDANY e I. VENZKE, “Beyond Dispute: International Judicial Institution as Lawmakers”, in A. VON BOGDANY e I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Springer, p. 20; G. ULFSTEIN, “The International Judiciary”, in J. KLABBERS, A. PETERS e G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, 2009, Oxford, Oxford University Press, pp. 126 ss., p. 149: “The absence of a legislator (or legislators) in international law may be an argument in favour of judicial activism by international courts so that essential legal problems may be clarified, in relying on such judgments as precedents. On the other hand, since a legislator – national or international – may have difficulties in adjusting ‘law-making’ by international courts, a more cautionary approach could be envisaged in drawing up general rules through jurisprudence”. Si veda anche G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit., p. 202.

¹¹⁸ Tribunale penale internazionale per l’Ex Jugoslavia, Camera d’appello, *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”*, caso n. IT-94-1-A, decisione sulla mozione della difesa per un appello interlocutorio sulla giurisdizione del 2 ottobre 1995, par. 41: “There is [...] no legislature [...] in the United Nations system and, more generally, no Parliament in the world community. That is to say, there exists no corporate organ formally empowered to enact laws directly binding on international legal subjects”.

ragionamento che potrebbe essere percepito come “creativo”¹¹⁹. Tale approccio, proprio di ogni giudice, stupisce ancora meno nell’ordinamento internazionale¹²⁰, ove la giurisdizione si fonda sul consenso degli Stati. Allo stesso tempo, l’attuazione del dispositivo delle sentenze o l’accoglimento delle conclusioni raggiunte nelle, pur non giuridicamente vincolanti, opinioni consultive – quindi il grado di effettività del tribunale e la sua autorità di fronte agli Stati – è in gran parte legato alla condotta degli Stati stessi. Per tali ragioni, il giudice internazionale tende a privilegiare tecniche che minimizzano (anche solo in apparenza) la discrezionalità e il ruolo “creativo”¹²¹ e a mascherare quelle che, come il bilanciamento, sembrano enfatizzarli¹²². Il riferimento a prassi e *opinio juris* nella rilevazione del diritto non scritto, o alla “intenzione” delle parti nell’interpretazione del diritto scritto, sono espedienti (retorici) volti ad evitare che gli Stati possano percepire che la propria centralità sia messa in discussione. Retorici in quanto, invece, è innegabile che in numerosi casi dietro di essi si celino altri e diversi metodi decisionali¹²³ tra cui, probabilmente, il bilanciamento. Del resto, nel suo discorso all’Assemblea generale delle Nazioni Unite (NU), il giudice Yusuf, allora Presidente della CIG, ha riconosciuto che, nella propria prassi, la CIG ha ricostruito *concrete regole di diritto internazionale positivo* a partire da *principi normativi* che riflettono valori condivisi dalla comunità degli Stati¹²⁴. Ciò richiama senza dubbio il bilanciamento, ragionamento che, del resto, il giudice Yusuf

¹¹⁹ Si veda, ad esempio, CIG, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, sentenza del 25 luglio 1974, ICJ Rep. 1974, p. 3, par. 53: “the Court, as a Court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae*, or anticipate the law before the legislator has laid it down”.

¹²⁰ J. CUMBACAU, “Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge en droit international public”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant. La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges (Journées italiennes de Florence)*, 1981, pp. 392 ss., p. 394: “Quelque pouvoir qu’il s’arroge en fait, jamais un juge ne reconnaîtra qu’il crée du droit: même quand les juges ‘gouvernent’, ils le font par l’intermédiaire de la fiction, consciente ou non, selon laquelle ils appliquent la règle existante”.

¹²¹ Anche Cassese, nonostante l’approccio estremamente “creativo” adottato dal Tribunale penale internazionale per l’Ex Jugoslavia nel rilevare norme di diritti internazionale umanitario e penale, ha sempre negato che si trattasse di una forma di attività legislativa (si veda A. CASSESE, *The ICTY: A Living and Vital Reality*, 2004(2) *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, pp. 585 ss., p. 589-90).

¹²² G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit., p. 203: “If [...] international courts and tribunals show too pronounced a tendency to depart from their appointed task of applying international law and indulge in the deduction of rules from questionable new principles of international law, they risk that States will fight still more shy than in the past of submitting disputes to their decisions”.

¹²³ Sul punto, v. G. I. HERNÁNDEZ, “International Judicial Lawmaking”, in C. BRÖLMANN e Y. RADTKE (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 200 ss., p. 208: “[...] the methodology of how the [ICJ] has addressed custom demonstrates lawmaking potential: despite the Court’s doctrinal insistence on State practice and *opinio juris*, it in fact rarely refers to these elements”; S. TALMON, *Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, 2015(2) *European Journal of International Law*, Vol. 26, pp. 417 ss.; J.J.A. SALMON, “Quelques observations sur les lacunes en droit international public”, cit., p. 331: “les tribunaux sont très discrets sur ce point, ils ne parlent jamais de lacunes; ils les combleront sans dire [...]. Dans l’exercice de cette faculté les tribunaux veillent à ne pas sortir du caractère essentiellement judiciaire de leur mission» (corsivo in originale).

¹²⁴ A.A. YUSUF, *The International Court of Justice and Unwritten Sources of International Law*, Discorso del Presidente della Corte internazionale di giustizia davanti al Sesto Comitato dell’Assemblea Generale delle NU, New York, 1 novembre 2019, par. 34 ss.

proponeva nella sua opinione dissenziente nel caso sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*¹²⁵.

È quindi innegabile, ed emergerà in seguito, che nonostante gli espedienti ora menzionati, il giudice internazionale eserciti un'ampia discrezionalità nella determinazione, interpretazione e applicazione del diritto internazionale¹²⁶. Questa si manifesta proprio nel ricorso, sia pur implicito, a diverse tipologie di ragionamento giuridico – equitativo o analogico e al bilanciamento – allo scopo di rinvenire o interpretare la regola risolutiva del caso¹²⁷. Al riguardo, neppure ha senso chiedersi se una tale attività sia da considerarsi “creativa”¹²⁸, e questo per almeno due ragioni. In primo luogo, è vero che un approccio “deduttivo”, come è in parte il bilanciamento, implica un ampio margine di discrezionalità giudiziaria¹²⁹, ma è altrettanto vero che il metodo “induttivo” fondato sulla ricostruzione della prassi e dell'*opinio juris* “is [...] as subjective, unpredictable and prone to law creation [...] as the deductive method”¹³⁰. In secondo luogo, in quanto al giudice è richiesto di risolvere la controversia *secondo il diritto*¹³¹ e tale competenza (e dovere), unitamente alla discrezionalità che implica, gli è attribuita dagli Stati¹³². Lo scopo di risolvere la controversia esclude che il giudice possa

¹²⁵ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., Opinione dissenziente del Giudice Yusuf, par. 28.

¹²⁶ H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, 1958, Londra, Stevens & Sons Limited (versione originale del 1934), p. 80, secondo cui il giudice avrebbe la facoltà, se non l'obbligo, di concretizzare “what the legislator would have intended if he could have foreseen the changes occurring in the life of the community”.

¹²⁷ P. BENVENUTI, “Principi generali del diritto, giurisdizionali internazionali e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale”, cit., p. 297: “è il giudice a trovarsi nella condizione di migliore per farsi carico della ricostruzione della regola giuridica, quando i procedimenti di produzione giuridica contemplati dall'ordinamento non riescono a enunciare le regole proprie dello sviluppo sociale”.

¹²⁸ H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, cit., pp. 319-20: “The distinction between the making of law by judges and by the legislature is upon analysis one of degree [...] judicial activity is nothing less than legislation *in concreto*”.

¹²⁹ P. PALCHETTI, “The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Rules”, in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, A. TANZI, J. WOUTERS e L. CHIUSI (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, 2019, Leiden–Boston, Brill Nijhoff, pp. 47 ss., p. 51, secondo cui il fatto che il metodo deduttivo “entails a certain measure of judicial discretion, if not judicial norm-creation [...] probably explains why international tribunals, and particularly the ICJ, has been cautious in openly resorting to it”.

¹³⁰ S. TALMON, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, cit., p. 432.

¹³¹ Ivi, pp. 25-28.

¹³² Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al*, cit., par. 669: “the Trial Chamber must apply *lex lata* i.e. existing law, although it had broad powers in determining such law”; Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. Ayyash*, cit., par. 32: “Judges are not permitted to resort to a *non liquet* (that is, to declare that it is impossible for them to reach a decision because the point at issue ‘is not clear’ in default of any rule applicable to the case)”. In dottrina, si vedano G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, cit., p. 86, affermava che “[l]’atto istitutivo della competenza impone il giudice il raggiungimento di un fine; si deve ritenere, logicamente, che gli conceda anche i mezzi per raggiungerlo”; C. PERELMAN, “Le problème de lacunes en droit, essai de synthèse”, in C. PERELMAN (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, 1968, Bruxelles, Bruylant, pp. 537 ss., p. 539-40: “en reconnaissant la compétence d’un tribunal, les parties en litige lui reconnaîtraient du même coup le droit de combler les lacunes de la loi internationale”.

pronunciare un *non liquet*, con la conseguenza che in assenza di regole di carattere pattizio o riconducibili alla prassi degli Stati dovrà ricorrere ad altre tipologie di ragionamento¹³³. Ciò è dimostrato dal fatto che gli unici casi in cui la CIG è giunta a conclusioni simili a un *non liquet* erano relativi a richieste di opinioni consultive¹³⁴, ove la funzione è quella di identificare e chiarire il diritto esistente, non risolvere definitivamente una controversia¹³⁵. E questo nonostante in alcune controversie risolte dalla Corte il diritto fosse altrettanto oscuro o (almeno in apparenza) silente. E anche ove l'attività del giudice si risolvesse in un'opera *lato sensu* "creativa"¹³⁶, ciò non contrasterebbe con l'assunto per cui gli Stati restano i primi e principali produttori del diritto internazionale. Il consenso dello Stato, così come è presupposto per la stessa pronuncia, interviene nuovamente all'esito della controversia a "vagliarne" i risultati¹³⁷. Infatti, la regola eventualmente rilevata dal giudice per il tramite di un bilanciamento o di altre tipologie di ragionamento si riferisce al (ed esaurisce i propri effetti nel) caso di specie¹³⁸. E nonostante l'obbligo (volontariamente assunto dagli Stati) di conformarsi alle statuizioni del giudice, mancano nell'ordinamento internazionale meccanismi di "esecuzione forzata" delle decisioni giudiziarie. Essi potrebbero, quindi, sottrarsi all'attuazione della pronuncia. Ove non lo facciano, può desumersene che concordino con l'assetto di interessi e valori su cui il giudice ha ritenuto di poter fondare la propria decisione¹³⁹. Quindi, laddove accettino la

¹³³ Raramente esiste una norma espressa. Si pensi all'art. 42, par. 2, della Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati (ICSID), secondo cui "The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law". Più in generale, si afferma che il divieto di *non liquet* deriverebbe, da un lato, dalla funzione del giudice (giudicare ed evitare un diniego di giustizia) e, dall'altro, dall'interesse generale (di porre fine alla controversia) e dalla stessa volontà degli Stati, che l'hanno sottoposta a un giudice al fine di trovare una soluzione secondo diritto (J.J.A. SALMON, "Quelques observations sur les lacunes en droit international public", cit., p. 333). Si veda anche CDI, *Third report on general principles of law*, M. Vázquez-Bermúdez, Relatore speciale, UN Doc. A/CN.4/753, 18 aprile 2022, par. 40.

¹³⁴ Si pensi all'opinione consultiva sulla legalità delle armi nucleari o all'opinione sulla dichiarazione unilaterale di indipendenza del Kosovo.

¹³⁵ K. OELLERS-FRAHM, "Lawmaking Through Advisory Opinions", in A. VON BOGDANY e I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Springer, pp. 69 ss., pp. 89-90.

¹³⁶ L. CONDORELLI, *L'autorité des décisions des juridictions internationales permanentes*, 1987, Société française de droit international, p. 282: "des pans entiers du droit international restent en bonne partie du *judge made law*".

¹³⁷ H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, cit., p. 112: "the judicial activity of international tribunals is surrounded by the important check inherent in the voluntary nature of the jurisdiction conferred upon them by States".

¹³⁸ Si vedano, ad esempio: l'art. 59 dello Statuto CIG, l'art. 46, par. 1, della CEDU, l'art. 33, par. 2, dello Statuto ITLOS, l'art. 1136 del NAFTA, e l'art. 3, par. 2, del DSU.

¹³⁹ G. BALLADORE PALLIERI, *I "principi generali del diritto riconosciuti dalle Nazioni Civili" nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale*, cit., p. 64: "come più di frequente avviene, gli arbitri decidono secondo tali principi sebbene manchi ogni espressa o tacita volontà degli Stati che essi in tal modo decidano, e talvolta anzi anche contro la volontà di uno Stato, e allora il fatto che gli Stati si conformano alla sentenza arbitrale e la accettano senza sollevare alcuna obiezione contro il modo come si giunge alla decisione, significa che gli Stati riconoscono di dovere agire conformemente a quei principi, in modo del tutto generale, e pur mancando una loro speciale pattuizione al riguardo"; A. CASSESE,

regola che il giudice ha rinvenuto, sono gli stessi Stati che, nella propria competenza di principali produttori del diritto, ne favoriscono il consolidamento come regola di diritto internazionale¹⁴⁰. È infatti possibile che la regola rinvenuta dal giudice tramite un bilanciamento venga poi recepita in un progetto della CDI, o si consolidi nella prassi degli Stati, o venga inserita in trattati o in dichiarazioni di principi dell'Assemblea generale, in risoluzioni di organizzazioni internazionali o in altri strumenti di *soft law*¹⁴¹. In questo senso, l'ipotesi della cristallizzazione (oltre il caso concreto) della regola che il giudice abbia rinvenuto all'esito di un bilanciamento assumerebbe una *struttura dialettica*¹⁴², e sembra rispecchiare alcuni degli assunti di fondo delle teorie sull'*informal lawmaking* secondo cui, piuttosto che il procedimento formale, "[is] the impact of the normative output and the recognition of its authority [to] constitute the key requirement for rules and instruments to be characterized as international law"¹⁴³. Non si tratterebbe, allora, di diritto creato in via puramente giudiziale.

Per concludere su tale punto, quindi, può dirsi che l'ampio margine di discrezionalità che il bilanciamento riconosce al giudice nella rilevazione, interpretazione e applicazione del diritto non sembra incompatibile con il fatto che gli Stati restano i primi e principali titolari della funzione di produzione normativa nell'ordinamento internazionale. Come per i fenomeni brevemente menzionati in apertura, il ruolo del giudice internazionale come *attore* della comunità internazionale deriva dalla volontà degli Stati, che istituiscono tribunali per perseguire i propri interessi. In quanto attore dell'ordinamento, e secondo le competenze che gli sono attribuite, il giudice adempie alla propria funzione, in un contesto in cui, in ogni caso, la propria attività è soggetta al

Diritto internazionale, cit., pp. 296-297: "gli Stati interessati non hanno mai sollevato obiezioni in relazione a questo modo di procedere della Corte, tanto che si potrebbe affermare che essi abbiano accettato il ruolo normativo talvolta svolto dalla CIG"; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Sesta edizione, 2019, Vicenza, Wolters Kluwer–CEDAM, p. 373.

¹⁴⁰ G. I. HERNÁNDEZ, "International Judicial Lawmaking", cit., p. 219: "judicial lawmaking is an essentially retrospective exercise: because the judicial institutions [...] have arrogated this role for themselves, it is only after the fact that one can determine whether their reasoning has in fact been adopted by the wider international society"; V. P. TZEVELEKOS, "The Making of International Human Rights Law", in C. BRÖLMANN e Y. RADI (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 329 ss., pp. 348 ss..

¹⁴¹ A. VON BOGDANY e I. VENZKE, "Beyond Dispute: International Judicial Institution as Lawmakers", cit. p. 14. Gli AA. Ritengono che la decisione produca delle "normative expectations" e si inserisca nell'ambito di un più ampio "legal discourse" in cui essa gioca il suo ruolo "by establishing abstract and categorical statements as authoritative reference points for later legal practice". Di un simile avviso: L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, cit., p. 718, secondo cui la regola rinvenuta dal giudice all'esito di un bilanciamento sarebbe da considerarsi un "embrione di una norma generale" (norma generale provvisoria), che sarà poi sottoposta al giudizio espresso *ex post* dalla "coscienza giuridica della comunità internazionale"; e S. FORLATI, *Interpretazione giudiziale e sviluppo del diritto internazionale*, cit., p. 63, che riconosce che "l'incidenza *ultra partes* delle pronunce internazionali [...] porta ad un effettivo sviluppo del diritto internazionale, o di specifici regimi pattizi, solo nel momento in cui la soluzione proposta in punto di diritto viene accettata, implicitamente o esplicitamente, da parte degli Stati".

¹⁴² Y. RADI, *La standardisation et le droit international – Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, 2014, Bruxelles, Bruylant.

¹⁴³ C. BRÖLMANN e Y. RADI, "Introduction: International Lawmaking in a Global World", cit., p. 6.

controllo (preventivo e successivo) degli Stati. Può quindi ritenersi che, almeno *prima facie*, il ricorso da parte del giudice internazionale alla tecnica del bilanciamento non risulta incompatibile il ruolo centrale che l'ordinamento internazionale riconosce agli Stati nella produzione del diritto.

1.4. IL BILANCIAMENTO E IL PROBLEMA DELLE FONTI

La terza domanda che viene in rilievo ove si intenda ragionare attorno al ricorso al bilanciamento da parte del giudice internazionale attiene al rapporto tra tale tecnica decisionale e le *fonti del diritto internazionale*. Bisogna chiedersi, cioè: *come* si forma il diritto internazionale? O, più precisamente, come si formano *norme di diritto internazionale*? Al riguardo, bisogna comprendere se, posta la ritenuta esaustività delle fonti del diritto internazionale e dei metodi di ricostruzione delle norme derivanti dalle stesse, il bilanciamento risulti un metodo accettabile di accertamento, interpretazione e applicazione del diritto nell'ordinamento internazionale.

Si afferma generalmente che il diritto internazionale si forma secondo *procedimenti* più (per i trattati) o meno (per le consuetudini e i principi generali) *formalizzati* di creazione, modifica o abrogazione¹⁴⁴, noti come fonti. Essi sono a loro volta disciplinati da quelle che in alcuni casi vengono definite come “meta-regole”, il cui rispetto consente di determinare quando una regola o un principio possano dirsi esistenti e vincolanti. Si è soliti ritenere che le fonti (formali) del diritto internazionale siano (soltanto) quelle indicate dall'art. 38, par. 1, dello Statuto della CIG¹⁴⁵. Tali fonti, per come intese dalla dottrina largamente maggioritaria, non sembrano lasciare spazio al bilanciamento giudiziale. Come si vedrà più avanti, la regola rilevata per il tramite di un bilanciamento costituisce, infatti, l'esito di un ragionamento che muove dai fatti della controversia, per poi individuare i principi generali e astratti che vengono in rilievo, i quali poi vengono messi in relazione tra loro alla luce di determinati criteri o principi (ad esempio, buona fede, ragionevolezza, proporzionalità). E ciò soltanto *dopo* che il fatto della cui legalità o illegalità si discuta si sia verificato, con la conseguenza che non sarebbe possibile sapere *ex ante* se la condotta risulti consentita, dovuta o vietata

¹⁴⁴ S. BESSON, “General Principles in International Law – Whose Principles?” in S. BESSON e P. PICHONNAZ (eds), *Les principes en droit européen — Principles in European Law*, 2011, Zurigo, Schulthess, pp. 19 ss., p. 26, le fonti del diritto sono “processes by which legal norms are created, modified and annulled”. In quanto tali, quindi, le fonti non indicano in quale modo si accertino o interpretino le norme che si formino, modifichino o annullino secondo quei procedimenti.

¹⁴⁵ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of public International Law*, 7th Edition, 2012, Oxford, Oxford University Press, p. 22. L'art. 38, par. 1, indica, alla lett. a), “international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states”; alla lett. b), “international custom, as evidence of a general practice accepted as law”; alla lett. c), “the general principles of law recognized by civilized nations” (oggi considerato come comprendente anche i cd. *general principles of international law*¹⁴⁵); infine, come mezzi *sussidiari* di determinazione delle regole di diritto, la lett. d) indica “judicial decisions and teaching of the most highly qualified publicists of the various nations”.

dall'ordinamento¹⁴⁶. La regola in questione, quindi, non è scritta in alcun trattato applicabile tra gli Stati parte della controversia; non è rilevata per induzione da una costante e generalizzata prassi statale accompagnata dal convincimento dell'obbligatorietà del comportamento; non è neppure l'esito della trasposizione al piano internazionale di principi o regole che, all'esito di una valutazione comparativa, risultano riconosciuti nella maggioranza degli Stati che compongono le diverse aree del globo e che risultano anche applicabili sul (e adattati al) piano dei rapporti tra gli Stati. La critica che può essere mossa al bilanciamento, dunque, è che per il tramite della medesima si intendano aggirare le più rigide (si afferma) regole in materia di rilevazione e interpretazione del diritto internazionale¹⁴⁷. Allo stesso modo, ove vi si faccia ricorso al fine di interpretare regole esistenti, o di risolvere conflitti normativi, il bilanciamento non sarebbe inquadrabile nell'ambito dei criteri di interpretazione dei trattati e di soluzione dei conflitti indicati dagli artt. 30-33 CVDT.

Tuttavia, oltre ad essere ormai ampiamente riconosciuto in quanto confermato dalla prassi che l'art. 38 non esaurisce l'elenco delle fonti formali del diritto internazionale¹⁴⁸ – e che questo neppure era il suo scopo¹⁴⁹ –, si tende a ritenere che esso neppure stabilisca rigidamente in che modo si determinino, interpretino e applichino le norme riconducibili alle fonti da esso indicate¹⁵⁰. La stessa rigida posizione assunta dalla CPGI nella pronuncia *Lotus* – secondo cui, in mancanza di regole espresse che limitino la sovranità dello Stato, quest'ultimo sarebbe libero di agire –, non chiarisce se un limite alla sovranità possa derivare solo da una regola ricostruita secondo i procedimenti formalizzati descritti sopra “o anche ricorrendo ad altre forme di ragionamento giuridico”¹⁵¹. L'arbitro Huber, ad esempio, ha sostenuto che il “principio” *Lotus* potrebbe considerarsi esatto a condizione che si interpreti sì come libertà dello Stato di agire in assenza di limiti, ma nell'ambito delle restrizioni a tale libertà che derivano dagli interessi degli altri Stati¹⁵². Già questa lettura implica l'idea di un bilanciamento tra, da un lato, la

¹⁴⁶ G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, cit., p. 65.

¹⁴⁷ Quanto ai principi generali, si veda CDI, *Second report on general principles of law*, M. Vázquez-Bermúdez, Relatore speciale, UN Doc. A/CN.4/741, 5 aprile 2020, par. 15.

¹⁴⁸ J. KLABBERS, “Law-Making and Constitutionalism”, cit., p. 87.

¹⁴⁹ R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 1968, p. 115.

¹⁵⁰ J. KLABBERS, “Law-Making and Constitutionalism”, cit., p. 89: “Article 38 does not provide anything beyond a most rudimentary definition”; J.J.A. SALMON, “Quelques observations sur les lacunes en droit international public”, cit., p. 320.

¹⁵¹ L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, cit., p. 704, nota 1. Si veda anche F. LUSA BORDIN, *The Analogy between States and International Organizations* 2018, Cambridge, Cambridge University Press, p. 35: *Lotus* expresses a residual principle according to which freedom of action ensues from the absence of prohibitive rules. Whether the law is silent can only be ascertained by a thorough identification of existing rules and principle, of which the deployment of techniques of legal reasoning – including argument by analogy – is an integral part”. L'autore menziona il ricorso all'analogia che, come il bilanciamento, costituisce una forma di ragionamento giudiziale volto a colmare le lacune del diritto o nel diritto.

¹⁵² M. HUBER, *Observation*, 1931, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 36-I, pp. 77 ss., p. 79.

libertà di agire di uno Stato che non abbia accettato obblighi internazionali su una materia e, dall'altro, gli interessi di altri Stati potenzialmente lesi dall'esercizio di quella libertà¹⁵³.

Vi è quindi spazio per chiedersi se, nell'identificare, interpretare e applicare regole pur riconducibili alle fonti di cui all'art. 38 dello Statuto della CIG, il giudice possa fare ricorso anche al bilanciamento. Del resto, si tende oggi a ritenere che l'art. 38 lasci una enorme discrezionalità all'interprete. Il dibattito sulle fonti, infatti, si è ampliato in ragione della ritenuta incapacità di spiegare, per il tramite di una formalistica interpretazione dello stesso, ogni decisione dei giudici internazionali e numerosi eventi della vita delle relazioni internazionali. Ciò sotto almeno *tre profili*: il primo ha a che fare con l'inadeguatezza del procedimento di formazione del diritto non scritto, basato sul consolidamento della prassi statale accompagnata dall'*opinio juris*, di fronte a bisogni che mutano rapidamente, da cui deriverebbe la *lacunosità* del diritto generale rispetto a nuove esigenze non (ancora) disciplinate da regole consuetudinarie¹⁵⁴. Il secondo, invece, deriva dalle caratteristiche specifiche di quella che costituisce, oggi, la più diffusa fonte di diritto internazionale, quella pattizia. I trattati internazionali, infatti, sono il frutto di negoziati tra le Parti. Con l'allargamento della comunità internazionale, e l'espansione del ricorso al multilateralismo, i trattati internazionali costituiscono il risultato di importanti compromessi tra gli Stati. E questo, soprattutto, in materie che richiedono un'ampia partecipazione della comunità internazionale, come la protezione del clima e dell'ambiente, della salute umana o del patrimonio culturale. Ne deriva che tali trattati sono spesso formulati in termini volutamente vaghi e flessibili. Il terzo profilo, invece, fa riferimento all'*alluvionale* e disorganizzata espansione del diritto internazionale pattizio. Si tende a sottolineare, al riguardo, la proliferazione di strumenti normativi che disciplinano materie diverse e tutelano interessi contrastanti¹⁵⁵, rispetto ai quali il diritto generale è spesso incapace di predisporre adeguati meccanismi di coordinamento¹⁵⁶. Da ciò deriva la necessità di, quanto meno, riflettere su possibili diverse modalità di rilevazione del diritto internazionale generale, di interpretazione ed applicazione del diritto pattizio, ed eventualmente sui rapporti e sulle forme di coordinamento tra le diverse fonti di produzione di norme internazionali. Tali questioni e problematiche possono trovare e, come si vedrà, in numerosi alcuni casi hanno di fatto trovato, delle soluzioni

¹⁵³ P. HECTOR, *Das völkerrechtliche Abwägungsgebot. Abgrenzung des Souveränitätssphären durch Verfahren*, cit.

¹⁵⁴ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al*, cit., par. 669: "at present, international criminal rules are still in a rudimentary state. They need to be elaborated and rendered more specific either by international law-making or by international case law so as to give rise to general rules". In dottrina si vedano, tra i tanti, A. CASSESE, *The ICTY: A Living and Vital Reality*, cit., p. 590; M.C. BASSIOUNI, *A Functional Approach to 'General Principles of International Law'*, 1990(3) Michigan Journal of International Law, Vol. 11, pp. 768 ss., p. 769.

¹⁵⁵ CDI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, M. Koskeniemi, Relatore speciale, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 34.

¹⁵⁶ Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. Ayyash*, cit., par. 32.

sulla base del riconoscimento del ruolo del bilanciamento nell'attività dei giudici internazionali.

1.4.1. La lacunosità del diritto internazionale generale e le nuove esigenze di regolamentazione

Partendo dal primo profilo, il ricorso da parte del giudice internazionale alla tecnica del bilanciamento può costituire, almeno in parte, una risposta alla ritenuta incapacità delle fonti del diritto internazionale (ove interpretate rigidamente) e, in particolare, della principale fonte di diritto generale (la consuetudine), a rispondere ai sempre nuovi bisogni di regolamentazione internazionale e di occuparsi dell'esistenza, nel diritto internazionale.

Al riguardo, bisogna considerare che la teoria che sostiene che nell'ordinamento internazionale esistano delle *lacune*, e ritiene che in assenza di norme espresse sia il giudice a dover colmare il vuoto normativo per il tramite di diverse tipologie di ragionamento giuridico, non è unanimemente accolta. La posizione che si adotti sul punto, tuttavia, è estremamente rilevante ai fini della determinazione degli scopi e metodi di esercizio della funzione giudiziaria internazionale¹⁵⁷. Sul punto possono rilevarsi almeno tre diversi orientamenti. Il primo, cui generalmente si riconduce il già descritto approccio adottato dalla CPGI nel caso *Lotus*, trova tra i suoi sostenitori Kelsen e ritiene che, in assenza di divieti di tenere una certa condotta derivanti dal diritto consuetudinario o pattizio, non vi sarebbero lacune del diritto internazionale, in quanto lo Stato sarebbe invece *giuridicamente libero* di agire¹⁵⁸. Esisterebbe, infatti, una norma generale, che chiude e completa l'ordinamento, ai sensi della quale tutto ciò che non è vietato è permesso; essa garantirebbe una *libertà di diritto* di agire e un corrispettivo dovere degli altri soggetti dell'ordinamento di non impedire l'esercizio di tale libertà¹⁵⁹. Un secondo orientamento ritiene che in assenza di norme specifiche l'ordinamento sarebbe *indifferente* rispetto a una data situazione e in capo ai soggetti esisterebbe, pertanto, una *libertà di fatto* di tenere o non tenere la condotta, che non avrebbe rilievo giuridico¹⁶⁰. Quest'ultima posizione sembra rinvenibile nell'opinione consultiva resa dalla CIG sulla dichiarazione unilaterale di indipendenza del Kosovo¹⁶¹. Un'ultima posizione – che, di

¹⁵⁷ G.I. HERNÁNDEZ, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, 2014, Oxford, Oxford University Press, p. 253: "The completeness of law is intimately related to the judicial function, for it is in relation to specific disputes where it is invoked".

¹⁵⁸ H. Kelsen, *Principles of International Law*, 1952, New York, Rinehart & Co, p. 305.

¹⁵⁹ D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, 1910, Milano, Società editrice libraria, pp. 28 ss.

¹⁶⁰ V. MICELI, *La completezza dell'ordinamento giuridico*, 1925(1) Rivista internazionale di filosofia del diritto, Vol. 5, pp. 86 ss.

¹⁶¹ CIG, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, opinione consultiva del 22 luglio 2010, ICJ Rep. 2010, p. 403.

fatto, produce risultati simili alla teoria delle lacune, pur criticandola – ritiene, analogamente alla prima teoria esposta, che esista una norma di chiusura, ma di diverso contenuto. Essa sancirebbe “un obbligo degli Stati di comportarsi conformemente [ai] principi generali”¹⁶²: mancando obblighi più specifici, gli Stati sarebbero tenuti a comportarsi – e il giudice internazionale a decidere – secondo i principi generali¹⁶³. Come si è anticipato, tale ultima teoria produce in parte risultati analoghi alla teoria delle lacune, che trova tra i suoi sostenitori Lauterpacht. Secondo quest’ultimo il diritto internazionale sarebbe intrinsecamente lacunoso, e pertanto sarebbe necessario ricorrere a tecniche alternative per colmarle. Tra tali tecniche vi sarebbero, accanto all’applicazione dei principi generali, anche l’analogia, la composizione (*reconciliation*), da parte del giudice, delle pretese giuridiche, contrastanti, avanzate da parte degli Stati (che, ancora una volta, evoca l’idea del bilanciamento), nonché il ricorso ai “needs of the international community and the effectiveness of treaty obligations”¹⁶⁴. E ciò in quanto, secondo tale approccio, nell’esercizio della propria funzione di risoluzione delle controversie, il giudice dovrebbe trovare la regola risolutiva, eventualmente aggiornandola e modificandola ove non compatibile con lo sviluppo della coscienza della comunità internazionale.

Il problema ora descritto della eventuale lacunosità del diritto generale (e non scritto) o della sua ritenuta incapacità di rispecchiare gli *attuali* interessi (o valori) della comunità internazionale – oltre a non poter essere risolto sulla base di mere generalizzazioni teoriche¹⁶⁵ – è ancora più sentito oggi, in ragione della rapida emersione di nuove esigenze di regolamentazione internazionale. Solo per fare alcuni esempi, si considerino i settori dello spazio extra-atmosferico, lo sfruttamento dei fondali marini e

¹⁶² G. BALLADORE PALLIERI, *I “principi generali del diritto riconosciuti dalle Nazioni Civili” nell’art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale*, 1931, Torino, p. 47.

¹⁶³ Sul perché sia il giudice l’attore più appropriato a pronunciarsi sulla legalità o illegalità di una condotta ai sensi dei principi generali, si veda P. BENVENUTI, “Principi generali del diritto, giurisdizionali internazionali e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale”, cit., p. 296: “è razionale e di tutta evidenza sostenere che, quando un processo di trasformazione sociale profondo si realizza e l’ordinamento giuridico, quelli internazionale in specie [...] non è in grado di esprimere con gli strumenti di produzione giuridica suoi propri [...] le regole specifiche che rappresentino una conciliazione equilibrata degli interessi propri degli attori in scena, non per ciò si determina la situazione di libertà propria del *Far West*. Punto di riferimento della condotta restano comunque i principi generali del diritto e il giudice – per le caratteristiche di autonomia che gli sono naturalmente proprie – appare particolarmente adatto per l’importante compito di definire l’equilibrio normativo ispirato a questi principi. Il giudice potrà individuare, non già in maniera capricciosa, bensì sulla base dei principi generali di diritto consolidati, la regola razionale ed equilibrata pertinente”.

¹⁶⁴ H. LAUTERPACT, *The Function of the Law in the International Community*, cit., pp. 25-28.

¹⁶⁵ C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 2ème Edition, 1955, Paris, Pedone, p. 411, nota 2: “Il n’y a pas de place ici pour la stérile controverse d’école que suscite la thèse dite de la plénitude du droit international. Nis les idées de justice, ni les exigences des rapports internationaux ne s’accommodent de cette représentation toute formelle et statique qui se satisfait en décrivant le droit comme ‘complet’ tout en reconnaissant qu’il est gravement ‘imparfait’”.

la nozione di patrimonio comune dell'umanità¹⁶⁶, la disciplina di internet e della cyber-sicurezza¹⁶⁷ o l'uso di nuove tipologie di armi nel contesto di conflitti armati¹⁶⁸, o la tutela dell'ambiente e della salute. Rispetto a tali settori la consuetudine è stata definita un *dinosaur approach*¹⁶⁹, per indicarne l'anacronismo del procedimento di formazione della stessa rispetto a rapidi cambiamenti sociali, economici e valoriali, che caratterizzano oggi la comunità internazionale, specie laddove intesa in senso estremamente formalizzato¹⁷⁰. A fronte di tale contestazione radicale, gran parte della dottrina sembra consapevole del fatto che il diritto consuetudinario, rigidamente inteso, non sarebbe in grado di spiegare ogni fenomeno di formazione e, conseguentemente, rilevazione di norme internazionali non scritte. In parte, tale ragionamento si è mosso nell'ambito del *ripensamento* del procedimento di formazione e rilevazione del diritto consuetudinario¹⁷¹. Ma nonostante la terminologia utilizzata – “consuetudine” – il dibattito dimostra che è ormai ampiamente riconosciuto che il diritto internazionale non scritto, inquadrabile nell'ambito dell'art. 38, par. 1, lett. b), dello Statuto della CIG, non è rilevabile solo e soltanto a partire dalla

¹⁶⁶ A. TANZI, “Le forme della codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale”, in G. NESI e P. GARGIULO (eds.), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 151 ss., p. 73; U. VILLANI, “La rilevazione della consuetudine internazionale: una lettura ancora attuale”, in *ivi.*, p. 7, secondo cui in questi settori “è ben possibile che una norma consuetudinaria venga a formarsi con notevole rapidità, quando essa nasca sotto la pressione di nuovi sviluppi scientifici e tecnologici, che esprimano l'urgenza di regolamentazione giuridica”.

¹⁶⁷ In mancanza di norme consuetudinarie, è stato sostenuto che un cyber-attacco potrebbe comunque costituire una violazione del principio di sovranità statale H. MOYNHIAN, *The Vital Role of International Law in the Framework for Responsible State Behaviour in Cyberspace*, 2020(1) *Journal of Cyber Policy*, Vol. 5, pp. 1 ss.

¹⁶⁸ Su come i metodi di accertamento del diritto consuetudinario siano stati estremamente flessibilizzati, e in parte aggirati, per rispondere all'esigenza di riscontrare regole che disciplinino le nuove tipologie di condotta dei conflitti armati, si veda R. HEINISCH, “Methodological Challenges in Ascertaining Customary International Humanitarian Law: Can Customary International Law Respond to Changing Circumstances in Warfare?”, in H. KRIEGER e J. PÜSCHMANN (eds.), *Law-Making and Legitimacy in International Humanitarian Law*, 2021, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 170 ss.

¹⁶⁹ D. FIDLER, *Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law*, 1996, *German Yearbook of International Law*, Vol. 39, No. 1, pp. 216 ss.

¹⁷⁰ Sulla formalizzazione dei metodi di rilevazione del diritto internazionale si veda J. D'ASPREMONT, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, 2011, Oxford, Oxford University Press, pp. 38 ss.

¹⁷¹ Ad esempio, si sono estese le “condotte” prese in considerazione ai fini dell'accertamento della prassi statale (L. FERRARI BRAVO, *Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États*, 1985, L'Aja, Recueil des Cours, Vol. 92), mentre si è ristretto il tempo necessario al fine di ritenere che una prassi sia costante e reiterata (CIG, *North Sea Continental Shelf*, cit., par. 74), al punto da teorizzare la possibilità di una consuetudine istantanea (CHENG B., *Studies in International Space Law*, cit., p. 147). O ancora, si è sostenuto che il procedimento consuetudinario sarebbe differente a seconda dell'ambito materiale dell'ordinamento ove si forma e applica la norma (E. CANNIZZARO, “Unità e pluralità dei metodi di accertamento del diritto consuetudinario”, in P. PALCHETTI (ed.), *L'incidenza del diritto non scritto nel diritto internazionale ed europeo*, 2016, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 23 ss.), o che sarebbe necessario distinguere tra consuetudine tradizionale, derivata per induzione dalla prassi statale, e moderna, ricavata per deduzione da norme preesistenti (A. E. ROBERTS, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 2001(4) *American Journal of International Law*, Vol. 95, pp. 757 ss.), quest'ultima riferibile a settori come il diritto umanitario e dei diritti umani, caratterizzati da una forte componente di “dover essere” e, quindi, da una più intensa *opinio juris*.

ripetizione costante e generalizzata di una prassi statale, accompagnata dal convincimento della obbligatorietà della condotta¹⁷². Allo stesso modo, nonostante il testo dell'art. 38, par. 1, lett. c), – “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” – la CDI sembra propensa a riconoscere che l'espressione è idonea a ricomprendere, accanto ai principi generali riconosciuti *in foro domestico*, anche i principi generali del diritto internazionale¹⁷³. Non ha quindi molto senso continuare a chiedersi se esistano o meno delle lacune nell'ordinamento internazionale. È più opportuno chiedersi come individuare la disciplina di questioni non inquadrabili in regole consuetudinarie espresse¹⁷⁴ e individuabili sulla base delle fonti di cui all'art. 38, per come tradizionalmente inteso, o come adattare le regole esistenti a mutate esigenze¹⁷⁵. Ed infatti, proprio con riferimento ad alcune delle risposte date, tanto nella teoria che nella prassi, a dette esigenze di regolamentazione, Abi-Saab ha sostenuto che “what the international community is groping for is a technique for *creating* general international law”¹⁷⁶. Vi sarebbero altri procedimenti di rilevazione di una regola che partono da altri prodotti normativi, tra cui “interpretation by the [ICJ] (which sometimes goes beyond the limits of what is foreseeable from existing rules, but [the Court] can only justify this by calling on custom again)”. Tali tendenze dimostrerebbero che i giudici internazionali e la stessa dottrina internazionalista “are keeping the name but expanding the phenomenon”:

In fact, we have some new wine, but we are trying to put it in the old bottle of custom. At some point this qualitative change will have to be taken into consideration, and we will

¹⁷² P. PALCHETTI, “The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Rules”, cit., p. 52: “When a specific rule is identified by deduction from general principles, that rule can hardly be regarded as a rule of customary international law”.

¹⁷³ CDI, *First report on general principles of law*, cit., Draft Conclusion 3. Ma si guardi CDI, *Third report on general principles of law*, cit., par. 15: in cui emerge che l'esistenza di tale fonte è ancora dibattuta all'interno della stessa Commissione.

¹⁷⁴ R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 213: “Rispetto ai contegni connessi a fenomeni nuovi [...] non si tratta di vera novità, giuridicamente parlando, perché il fenomeno nuovo si inquadra negli schemi della logica giuridica già manifestatasi rispetto ad altro fenomeno; ovvero si produce istantaneamente un orientamento specifico nella coscienza collettiva; ovvero, infine, si afferma il principio della libertà come principio di chiusura”.

¹⁷⁵ R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, cit., p. 3: “‘rules’ are just accumulated past decisions. And, if international law was just ‘rules’, then international law would indeed be unable to contribute to, and cope with, a changing political world. To rely merely on accumulated past decisions (rules) when the context in which they were articulated has changed – and indeed when their content is often unclear – is to ensure that international law will not be able to contribute to today’s problems and, further, that it will be disobeyed for that reason”.

¹⁷⁶ G. ABI-SAAB, in A. CASSESE e J. H. H. WEILER (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, cit., pp. 9: “[...] we are in dire need of rules of general international law to cope with all these newly and rapidly changing phenomena: we are groping for these rules by extrapolation from existing rules and techniques” (corsivo aggiunto). Si veda anche R.Y. JENNINGS, “The Identification of International Law”, in B. CHENG (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, 1982, Londra, Stevens, pp. 3 ss., p. 5: “most of what we perversely persist in calling customary international law is not only *not* customary law: it does not even faintly resemble customary law”.

have to recognize that we are no longer speaking of the same source, but that we are in the presence of a new type of lawmaking.¹⁷⁷

Tale dibattito dimostra, lo si ripete, che il diritto internazionale non scritto non sembra identificabile solo e soltanto nel “diritto consuetudinario”, secondo l’interpretazione che di tale espressione viene generalmente data. Del resto, e prescindendo per il momento dalla prassi dei tribunali internazionali, certi fenomeni – come la formazione della regola che esclude la possibilità di appropriarsi dei corpi celesti¹⁷⁸, o quella prodottasi a seguito dell’incidente della *Torrey Canyon*¹⁷⁹, o il riconoscimento dei diritti dello Stato costiero sulla piattaforma continentale¹⁸⁰ – non sembrano spiegabili secondo un formalistico riferimento alla ripetizione della prassi accompagnata dall’*opinio juris*, bensì alla luce di un istantaneo “orientamento specifico della coscienza sociale collettiva”¹⁸¹. Anche la CIG ha affermato che non necessariamente il diritto consuetudinario deve essere accertato per induzione, avendo riconosciuto l’esistenza di “a limited set of norms for ensuring the co-existence and vital co-operation of the members of the international community”¹⁸² la cui rilevazione deriverebbe dalla “deduzione” da principi fondamentali dell’ordinamento internazionale. Ed è allora – nell’ambito di una invocata nuova riflessione sulla possibile esistenza di diversi procedimenti di determinazione del diritto non scritto – in questa sede ci si interrogherà sul se non sia possibile ricorrere anche a una tecnica che faccia riferimento al bilanciamento tra interessi, principi o valori¹⁸³ nella valutazione della

¹⁷⁷ G. ABI-SAAB, in A. CASSESE e J. H. H. WEILER (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, cit., p. 10.

¹⁷⁸ G. ARANGIO-RUIZ, “Consuetudine, iii) Consuetudine internazionale”, in *Enciclopedia giuridica*, 1998, Roma, Treccani, par. 6.4: “Ma una relativa certezza in merito all’avvenuta formazione della norma potrà anche determinarsi in tempi brevi nell’ipotesi che l’elemento c.d. psicologico [...] sia tanto intenso da compensare, per così dire, la relativa scarsità dell’uso. In circostanze del genere la formazione ‘istantanea’ o comunque rapida di norme non scritte è perfettamente concepibile, *proprio perché* di consuetudo in senso stretto non si tratta” (corsivo aggiunto).

¹⁷⁹ Come noto, il caso riguardava il bombardamento, da parte del Regno Unito, di una petroliera, allo scopo di evitare un disastro ambientale. Pur non essendovi stata una controversia, secondo E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, cit., p. 439, dimostrerebbe la formazione di una regola sulla base di un bilanciamento di interessi, evidenziando “come una norma generale di comportamento si sia formata in assenza di prassi, sulla base di un comportamento unilaterale, e dell’accertamento della sua proporzionalità da parte della comunità degli Stati, espressa dapprima attraverso un meccanismo di acquiescenza e successivamente attraverso la formazione di atti convenzionali che hanno recepito l’assetto di interessi riflesso nel comportamento unilaterale”.

¹⁸⁰ Ivi., p. 440; L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, cit., p. 715; A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, cit., p. 84, ha ritenuto che la dichiarazione Truman potrebbe spiegarsi come espressione di *legal necessity* or *opportunity* oppure come affermazione del “perceived natural law entitlement to the continental shelf”.

¹⁸¹ R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 313.

¹⁸² CIG, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine (Canada/United States of America)*, sentenza del 12 ottobre 1984 resa da una Camera costituita ai sensi dell’ordinanza della Corte del 20 gennaio 1982, ICJ Rep. 1984, p. 246, p. 299.

¹⁸³ E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, cit.; E. CANNIZZARO, “Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach v. Value-Oriented Approach”, cit.; N. PETERSEN, *Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation*, 2007(2) *American University International Law Review*, Vol. 23, pp. 275 ss.; B. VAN SCHAACK, *Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and*

legalità o illegalità di un comportamento statale che, *ex ante*, non risulti suscettibile in una espressa regola pattizia o consuetudinaria.

1.4.2. Il carattere vago, indeterminato e flessibile delle disposizioni pattizie

In secondo luogo, il ricorso da parte del giudice a tecniche giudiziarie in parte “creative”, come il bilanciamento, risulta spesso indispensabile in ragione del carattere vago, indeterminato e flessibile con cui le disposizioni pattizie sono formulate da parte degli stessi Stati al momento dei negoziati.

Ciò può derivare dalla concreta necessità di lasciare un margine di adattamento del contenuto della norma pattizia alle diverse circostanze in cui il trattato potrebbe doversi applicare¹⁸⁴ o dalla difficoltà degli Stati, in sede di negoziati, a raggiungere un accordo sul contenuto concreto e specifico delle singole disposizioni¹⁸⁵. Il carattere vago, indeterminato e flessibile delle disposizioni pattizie, quindi, implica una maggiore margine di discrezionalità in capo ai giudici in sede di applicazione delle stesse, anche allo scopo di adattare il contenuto delle norme alle mutate esigenze e al mutato contesto nel corso del tempo¹⁸⁶. Tale esigenza, spesso, si manifesta nel fatto che gli Stati

Morals, 2008(1) *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, pp. 199 ss.; L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, cit.; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, 1928, Roma, Athenaeum, pp. 104 ss.; P. DE SENA, *Prassi, consuetudine e principi nel campo dei diritti dell'uomo. Riflessioni internazionalistiche*, 2014(2) *Ragion Pratica*, Vol. 50, pp. 511 ss.; E. CANNIZZARO e A. RASI, *I principi generali nell'esperienza giuridica internazionale*, 2014(1) *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, pp. 230 ss.; E. CARPANELLI, *General Principles of International Law: Struggling with a Slippery Concept*, in L. PINESCHI (ed.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, 2015, Cham, Springer, pp. 125 ss.; P. DE SENA, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some... 'Utilitarian' Reflections*, 2016(4) *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 99, pp. 1009 ss.; N. JAIN, *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, 2016(1) *Harvard International Law Journal*, Vol. 57, pp. 111 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Coordination of Different Principles and Values in International Law*, Conferenza ESIL Conference, Napoli, 7–9 Settembre 2017, Conference Paper n. 11/2017; T. RAUTER, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, 2017, Salisburgo, Springer, pp. 145 ss.; C. EGGETT, *The Role of Principles and General Principles in the 'Constitutional Processes' of International Law*, 2019 *Netherlands International Law Review*, Vol. 66, pp. 197 ss.; A. RASI, *Fare norme con principi. Principi generali e prevedibilità nel diritto internazionale penale*, 2021, Bologna, Il Mulino.

¹⁸⁴ A.P. TZEVELEKOS e K. DZEHTSISAROU, *The Judicial Discretion of the European Court of Human Rights: The Years of Plenty and the Lean Years*, 2022(3) *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol. 3, pp. 285 ss., pp. 285-286.

¹⁸⁵ B. KOREMENOS, *The Continent of International Law: Exploring Agreement Design*, 2016, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 158-192.

¹⁸⁶ Sul carattere volutamente adattabile delle disposizioni pattizie, si veda CIG, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, cit., Opinione separata del giudice Sir P. Spender, p. 185, secondo cui le disposizioni della Carta delle Nazioni Unite “were of necessity expressed in broad and general terms. It attempts to provide against the unknown, the unforeseen and, indeed, the unforeseeable. Its text reveals that it was intended – subject to such amendments as might from time to time be made to it – to endure, at least it was hoped it would endure, for all times. It was intended to apply to varying conditions in a changing and evolutionary world community and to a multiplicity of unpredictable situations and events. Its provisions were intended to adjust themselves to the ever changing pattern of international existence”. Sul ruolo del giudice nel garantire tale adattamento e tale evoluzione, si veda CIG,

introducono nelle disposizioni pattizie delle clausole generali, il cui significato e contenuto non può che essere determinato alla luce delle circostanze del caso concreto e degli interessi in gioco nello stesso¹⁸⁷, o delle clausole di limitazione o deroga, che espressamente mettono in relazione gli obblighi pattizi con interessi contrastanti ritenuti meritevoli dagli Stati¹⁸⁸. Il compito di colmare tali margini di indeterminatezza, allora, non può che essere lasciato al giudice¹⁸⁹. Come si vedrà, il bilanciamento consente di realizzare tale operazione, sviluppandola nell'ambito di un ragionamento che tenti di contenere l'ambito di discrezionalità lasciato al giudice all'interno dei margini di sviluppo consentiti dai principi, interessi e valori vigenti nell'ordinamento, e di giustificarne l'esercizio sulla base di un'argomentazione coerente, la cui razionalità possa essere esternamente verificata e valutata.

1.4.3. L'espansione alluvionale del diritto internazionale pattizio e i “sotto-sistemi” normativi

Quanto al terzo aspetto rilevato, l'*espansione alluvionale* del diritto internazionale, si afferma generalmente che essa avrebbe portato con sé il fenomeno della cosiddetta *frammentazione* del diritto internazionale. Tra le altre cose, con tale espressione si tende a sottolineare il fenomeno, in realtà tutt'altro che nuovo¹⁹⁰, dell'emersione di conflitti

Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), opinione consultiva del 28 maggio 1948, ICJ Rep. 1948, p. 57, Opinione individuale del giudice Alvarez, p. 67: “For a long time past I have insisted on the role which the [ICJ] must play in the renewal and development of international law. [...] the Court has free hand to allow scope to the new spirit which is evolving in contact with the new conditions of international life: there must be a renewal of international law corresponding to the renewal of this life”. Sul punto, si veda anche A. P. TZEVELEKOS e K. DZEHTSISAROU, *The Judicial Discretion of the European Court of Human Rights: The Years of Plenty and the Lean Years*, cit., p. 287.

¹⁸⁷ Y. SHANY, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, 2006(5) European Journal of International Law, Vol. 16, pp. 907 ss., p. 915, definisce tali clausole generali (spesso incluse in diverse clausole di limitazione e deroga dei trattati internazionali), come “standard-type norms”, in quanto tali distinte da regole in senso stretto, che “mediate between law and reality and inject considerable flexibility into the law”. Si veda *infra*, Cap. II, Sez. 2.4.2.2.2.2.

¹⁸⁸ S. FORLATI, *Interpretazione giudiziale e sviluppo del diritto internazionale*, cit., pp. 53-54: “la funzione creatrice della giurisprudenza non è venuta meno nell'attuale momento storico, in cui il sistema giuridico internazionale è certamente più ‘maturo’ che in passato [...]. [...] Normalmente questa ‘penumbra of indeterminacy (corresponding to the interpreter’s margin of free choice)’ riguarda non tanto il cuore del precetto normativo, quanto piuttosto i suoi ‘limiti esterni’; il contributo dell'interpretazione giudiziale allo sviluppo del diritto internazionale può tuttavia risultare amplificato dal ricorso a formulazioni vaghe o intrinsecamente flessibili, come quelle che si riferiscono ai concetti di equità, ragionevolezza, margine di apprezzamento, due diligence, nonché dalla fluidità che normalmente caratterizza le norme consuetudinarie o, a maggior ragione, i principi generali del diritto”.

¹⁸⁹ A. FOLLESDAL, *The Legitimacy of International Courts*, 2020(4) The Journal of Political Philosophy, Vol. 28, pp. 476 ss., p. 485.

¹⁹⁰ La questione era già stata di uno studio piuttosto approfondito in tempi risalenti: C.W. JENKS, *Conflict of Law-Making Treaties*, 1953 British Yearbook of International Law, Vol. 30, pp. 401 ss., p. 404-5.

normativi nell'ambito dell'ordinamento internazionale¹⁹¹, unitamente al rischio che, a fronte della proliferazione di tribunali e organi quasi-giurisdizionali internazionali¹⁹², essi rendano interpretazioni contrastanti anche di principi e regole comuni. È noto che la CDI si è occupata del tema dalla prospettiva delle “difficoltà derivanti dall'espansione e diversificazione del diritto internazionale”. Tuttavia, nei vari rapporti e nelle conclusioni le diverse questioni riconducibili sono state affrontate in modo abbastanza riduttivo, considerando il fenomeno come “a merely technical problem that has emerged naturally with the increase of international legal activity [and that] may be controlled by the use of technical streamlining and coordination”¹⁹³.

La CDI ha pertanto esaminato le tecniche di soluzione dei conflitti normativi in senso stretto e le tecniche interpretative utili a comporre i conflitti apparenti tra norme. Tuttavia, le risposte fornite si rivelano insufficienti proprio con riferimento al conflitto tra trattati (o “sotto-sistemi normativi”), o altre fonti del diritto internazionale, che tutelano valori e perseguono obiettivi in contrasto tra loro¹⁹⁴. La stessa Commissione ha riconosciuto che i criteri analizzati si rivelano in molti casi inefficaci, e che tale inefficacia “[is] reflected [in] the pragmatic sense that some criteria are, in particular contexts, more important than others – for example because they better secure important interests or

¹⁹¹ J. J.A. SALMON, “Les antinomies en droit international public”, in C. PERELMAN (ed.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 285 ss., p. 292. L'A., nell'individuare le ragioni dell'incremento dei conflitti tra norme pattizie, indicava diverse ragioni: (1) il fattore tempo (l'accelerazione dei processi di conclusione dei trattati); (2) il fattore quantità (l'incremento del numero di Stati e di organizzazioni internazionali); (3) l'assenza di coordinazione e di codificazione; (4) il fattore evoluzione (di nuove situazioni da disciplinare e, di conseguenza, di nuovi trattati), in assenza di un legislatore unitario; J. KLABBERS, “Beyond the Vienna Convention: Conflicting Treaty Provisions”, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, Oxford, Oxford University Press, pp. 192 ss., p. 192.

¹⁹² G. GUILLAUME G., *The Proliferation of International Judicial Bodies*, discorso del Presidente della CIG all'Assemblea generale delle Nazioni Unite, New York, 26 ottobre 2000; M. SCHEININ, “How and Why to Assess the Relevance of Human Rights Norms in ‘Other’ International Courts”, in M. SCHEININ (ed.), *Human Rights in ‘Other’ International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 1 ss., pp. 3-4; K. OELLERS-FRAHM, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions*, 2001 Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 5, pp. 67 ss.; T. BOURGENTHAL, *Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?*, 2001(1) Leiden Journal of International Law, Vol. 14, pp. 267 ss.

¹⁹³ CDI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit., par. 9.

¹⁹⁴ T. KLEINLEIN, “Judicial Lawmaking by Judicial Restraint: The Potential of Balancing in International Economic Law”, in A. VON BOGDANY e I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Springer, pp. 251 ss., pp. 252-253: “Methodologically, the Report of the Study Group does not give clear guidelines on how the resolution of normative conflicts work in legal practice, in particular with regard to conflicts between different social values and policy goals pursued in different legal regimes (‘trade-off problems’). [...] Both the institutional and methodological issues are of particular relevance against the background of generally rather vaguely defined treaty provisions dealing with trade-offs, as in view of the ILC’s generally shared analysis that the whole complex of inter-regime relations can at present be considered a ‘legal black hole’”.

protect important values”¹⁹⁵. A fronte di ciò, il ricorso al bilanciamento da parte del giudice – indipendentemente dal fatto che sia inteso come tecnica “creativa” o interpretativa¹⁹⁶ – potrebbe costituire uno strumento adeguato a risolvere conflitti normativi (in senso ampio) che insorgano tra diversi “regimi” (materiali e istituzionali) dell’ordinamento internazionale. Ad esempio, già nel 1953 Jenks sosteneva che i principi e che vengono in rilievo nell’ambito dei conflitti normativi nell’ordinamento internazionale “

have to be weighted and reconciled in the light of the circumstances on the basis of gradually growing experience until the law on the subject reaches a more developed stage of maturity than it has yet attained.¹⁹⁷

Ad oggi, tuttavia, tale “maggiore livello di maturità” non sembra essere stato raggiunto, al punto che mancano nell’ordinamento internazionale criteri chiari per risolvere, sulla base della stretta applicazione di regole, i conflitti che possono insorgere tra obblighi internazionali che si occupano di materie e problematiche diverse. Di qui, l’ampio rilievo che nella dottrina, specie più recente, viene dato alla tecnica del bilanciamento come criterio in grado di risolvere tali conflitti, senza mettere in discussione ed anzi basandosi sulle caratteristiche dell’ordinamento internazionale come sistema decentrato e in cui manca una vera e propria gerarchia normativa e valoriale. Ed infatti, la letteratura che propone il ricorso alla tecnica del bilanciamento come metodo per risolvere i conflitti tra norme (e, più ampiamente, interessi e valori) appartenenti a specifici sistemi normativi dell’ordinamento internazionale, spesso definiti “regimi”, è cresciuta esponenzialmente negli ultimi anni¹⁹⁸.

¹⁹⁵ CDI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit., par. 325.

¹⁹⁶ Sui diversi approcci sul punto si vedano, ad esempio, A. VAN AAKEN, *Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal*, 2009(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, pp. 483 ss.; G. PALOMBELLA, *The Principles of International Law: Interpretativism and its Judicial Consequences*, 2014 EUI Working Papers 2014/70, pp. 1 ss.; G. PALOMBELLA, “Principles and Disagreements in International Law (with a View from Dworkin’s Legal Theory)”, in L. PINESCHI (ed.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, 2015, Cham, Springer, pp. 3 ss.

¹⁹⁷ Si vedano, tra i tanti: C. W. JENKS, *Conflict of Law-Making Treaties*, cit., p. 453..

¹⁹⁸ Si vedano, ad esempio, N. MATZ-LUCK, “Norm Interpretation across International Regimes: Competences and Legitimacy”, in M.A. YOUNG (ed.), *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*, 2012, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 201 ss.; B. KINGSBURY e S.W. SCHILL, “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights with State Regulatory Actions in the Public Interests – The Concept of Proportionality”, in S.W. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, Oxford, Oxford University Press, pp. 75 ss.; S.W. SCHILL, *Cross-Regime Harmonization through Proportionality Analysis: The Case of International Investment Law, the Law of State Immunity and Human Rights*, 2012(1) *ICSID Review*, Vol. 27, pp. 87 ss.; R. MICHAELS e J. PAUWELYN, *Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law*, 2012(3) *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22, pp. 349 ss.; A. A. GHUORI, *Determining Hierarchy Between Conflicting Treaties: Are There Vertical Rules in the Horizontal System?*, 2012 *Asian Journal of International Law*, Vol. 2, pp. 1 ss.; D. PULKOWSKI, *The Law and Politics of International Regime Conflicts*, 2014, Oxford, Oxford University Press, p. 22.; A. PETERS, “Fragmentation and Constitutionalization”, in A. ORFORD e F. HOFFMANN (eds.), *The Oxford Handbook on the Theory of International Law*, 2016, Oxford, Oxford University Press, pp. 1011 ss., p. 1023; A. PETERS, *The*

1.5. L'ATTUALITÀ DEL DIBATTITO

In sintesi, una riflessione sul ricorso, da parte del giudice internazionale, alla tecnica del bilanciamento, risulta rilevante per almeno *due* ordini di ragioni: *in primo luogo*, in quanto nella prassi concreta i giudici sembrano, sia pur soltanto determinati casi, farvi ricorso; è utile, pertanto, comprendere in quali occasioni, per quali ragioni e in quale modo lo facciano; *in secondo luogo* poiché, pur sollevando numerose problematiche che si tenterà di affrontare nel presente lavoro, il bilanciamento presenta delle innegabili potenzialità di fronte ad alcune caratteristiche dell'ordinamento internazionale contemporaneo (la persistente lacunosità del diritto internazionale generale, il carattere spesso vago, indeterminato e flessibile delle regole di diritto internazionale, scritte e non scritte, e l'espansione alluvionale e disorganizzata del diritto pattizio); è quindi utile riflettere sul ruolo del bilanciamento come tecnica di rilevazione, interpretazione e applicazione del diritto internazionale, nonché di soluzione dei conflitti normativi, e sulle ragioni che invece si oppongono. L'analisi di cui sopra, peraltro, dimostra quanto il dibattito sul bilanciamento come metodo del diritto internazionale e sui principi come fonti di diritti e obblighi statali sia di estrema attualità, proprio a fronte delle problematiche rilevate. Prima di procedere, pertanto, si ritiene necessario fare il punto sullo stato attuale di tale dibattito. Esso non è certamente nuovo, in quanto risale almeno all'epoca dell'inizio del presunto processo di "giurisdizionalizzazione" dell'ordinamento internazionale.

1.5.1. Il bilanciamento come metodo del giudice internazionale

Si consideri ad esempio la distinzione, un tempo sostenuta da parte della dottrina, tra controversie politiche e controversie giuridiche¹⁹⁹. Secondo tale distinzione sarebbero

Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization, 2017(3) *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, pp. 671 ss.; A. PASQUET, "De-Fragmentation Techniques", in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press, par. 41: "As advocated by some observers, [...] in the context of fragmentation, an international court of tribunals should perform the balancing test in the light of both the principles of its own regime and those of other regimes"; M.S. KUO, *Resolving the Question of Intern-Scalar Legitimacy into Law? A Hard Look at Proportionality Balancing in Global Governance*, 2018(4) *Leiden Journal of International Law*, Vol. 31, pp. 793 ss.

¹⁹⁹ È altrettanto noto, tuttavia, che tale distinzione, oltre a non trovare riscontro nella definizione comunemente accettata di controversia internazionale – intesa come "a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons" (CPGL, *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*, sentenza del 30 agosto 1924, Series A n. 2, p. 12) – non ha avuto praticamente alcuna rilevanza nella giurisprudenza internazionale (P. PALCHETTI, "Dispute", in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia on International Procedural Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press, par. 12). E, per restare in tempi risalenti, neppure tale posizione fu accolta nel progetto di trattato istitutivo della *International Court of Prize*, mai entrato in vigore, il cui art. 7 chiaramente stabiliva che, in assenza di trattati o regole di diritto internazionale, la corte avrebbe deciso sulla base dei principi generali (Art. 7 della *Draft Convention creating an International Court of Prize*, 1907: "If a question of law to be

politiche, alternativamente o cumulativamente, le controversie in cui non esistono precise regole di diritto internazionale che determinano chiaramente i diritti e gli obblighi delle parti²⁰⁰, o che devono necessariamente essere risolte con metodi non giuridici ma politici²⁰¹, o rispetto alle quali vengono in rilievo interessi vitali ed essenziali degli Stati²⁰². In origine, quindi, la distinzione tra controversie (e tecniche di risoluzione) politiche o giuridiche si riferiva alla possibilità di sottoporre (o meno) le stesse ad arbitrato: solo le seconde, suscettibili di essere risolte sulla base dell'applicazione oggettiva di chiare regole giuridiche, avrebbero potuto essere risolte da un organo terzo e imparziale; le prime, al contrario, sarebbero rimaste riservate ai metodi diplomatici di risoluzione delle controversie. Secondo tale distinzione, allora, il bilanciamento rientrerebbe tra i metodi diplomatici di risoluzione delle controversie, in quanto volto alla *mediazione* e alla *composizione* degli interessi delle parti, e non alla applicazione di norme giuridiche²⁰³. Se, come è noto, tale distinzione non ha trovato seguito nella prassi giudiziaria successiva, si vedrà che il riferimento agli “interessi vitali o essenziali” degli Stati mantiene tutt'oggi una certa rilevanza nella determinazione dei metodi del giudice internazionale e nell'approccio seguito dagli stessi nella valutazione della legalità o illegalità, ai sensi del diritto internazionale, delle azioni od omissioni degli Stati²⁰⁴.

All'epoca della costituzione di organi permanenti deputati alla risoluzione delle controversie internazionali, poi, la questione del *metodo* è stata riproposta per tracciare una possibile nuova distinzione: non tra controversie arbitrabili e non arbitrabili, bensì tra

decided is covered by a treaty in force between the belligerent captured and a Power which is itself or whose subject or citizen is a party to the proceedings, the Court is governed by the provisions in the said treaty. In the absence of such provisions, the Court shall apply the *rules* of international law. If no generally recognized rule exists, the Court shall give judgment in accordance with the *general principles* of justice and equity”).

²⁰⁰ S.V. SCOTT e R.C. ANDRADE, “Political Disputes: Inter-State Dispute Settlement”, in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2022, Oxford, Oxford University Press, par. 4.

²⁰¹ R. HIGGINS, *Policy Considerations and the International Judicial Process*, 1968(1) *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, pp. 58 ss., p. 74: “what is relevant is the distinction between a political *method* and a legal *method* of solving disputes”.

²⁰² H. MORGENTHAU, *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, 1929, Leipzig: Universitätsverlag Noske, come riportato in M. KOSKENNIEMI, “C Schmitt, Hans Morgenthau and the Image of Law in International Relations”, in M. BYERS (ed.), *The Role of Law in International Politics*, 2000, Oxford, Oxford University Press, pp. 17 ss.

²⁰³ A. MILLS, “The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in International Investment Law and Arbitration”, in Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN e J. VINUALES (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 437 ss., p. 451: “Technically, arbitrators are required to render a legally ‘correct’ determination of the dispute between the parties [...]. It might be argued that, at least theoretically, a key distinction between mediation and arbitration is that the arbitrator’s job is thus not to balance the interests between the two parties, but to determine an objectively correct answer to their unresolved questions”; A. FOLLESDAL, *The Legitimacy of International Courts*, cit., p. 480: “the various tasks of [international courts] often rely on their core role of impartial dispute resolution by use of legal methods and sources. This sets them apart from other ways to address disputes or coordinate and stabilize expectations, such as bargaining, war, case-by-case mediation based on discretion or considerations of equity and fairness, good offices, or conciliation”.

²⁰⁴ *Infra*, Cap. IV, Sez. 4.2.1.

organi *arbitrali* e organi *giudiziari* di risoluzione delle controversie²⁰⁵. I primi, si affermava, avevano lo scopo di risolvere le controversie tramite una composizione ragionevole dei contrapposti interessi delle parti, mentre l'istituenda CPGI avrebbe potuto applicare esclusivamente norme di diritto positivo²⁰⁶. La questione, dunque, è venuta ad incentrarsi attorno a cosa dovesse considerarsi per norme di diritto e se queste ultime comprendessero anche i principi generali. Si considerino, in particolare, i lavori preparatori dell'*Advisory Committee of Jurists* sull'art. 38 dello Statuto della CPGI. In quella sede si contrapponevano due orientamenti. Secondo la posizione più formalista, guidata da E. Root, l'istituenda Corte avrebbe dovuto decidere solo in base a "recognised rules" e, in assenza di queste, avrebbe dovuto pronunciare un *non-liquet*²⁰⁷. Al contrario, l'orientamento guidato dal Presidente, E. Descamps, sosteneva che, in assenza di norme pattizie o consuetudinarie, "objective justice is the natural principle to be applied by the judge"²⁰⁸. Tra i due estremi – l'esclusione dei "principi" dal diritto applicabile, da un lato,

²⁰⁵ Sulla distinzione tra organo arbitrale e giudiziario, S. FORLATI, *The International Court of Justice. An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*, 2014, Cham–Heidelberg–New York–Dordrecht–Londra, Springer. Secondo Romano, un organo giudiziario internazionale si definisce come un organo che presenta le seguenti caratteristiche: (i) è permanente; (ii) è creato da uno strumento internazionale; (iii) decide in applicazione del diritto internazionale; (iv) decide sulla base di regole e procedure preesistenti; (v) adotta decisioni vincolanti (C.P.R. ROMANO, *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, 1999(4) New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 31, pp. 709 ss., p. 712).

²⁰⁶ Tali posizioni e il relativo dibattito sono riportati in L.B. ORFIELD, *Equity as a Concept of International Law*, 1929(1) Kentucky Law Journal, Vol. 18, pp. 31 ss., pp. 31-32. Secondo l'opinione qui riferita, quindi, "the aim of arbitration is to compose differences and that the spirit of compromise which prevails as a result is opposed to the development of permanent rules of law".

²⁰⁷ CPGI, *Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920), with Annexes*, 1920, L'Aja, Ann. No. 3, punto n. 3, p. 310. A sostegno della posizione di Root si vedano anche Ricci-Busatti, p. 314 (secondo cui il difetto di regole positive "n'empêche pas que justice soit rendue. En constatant l'absence d'une règle positive du droit international, c'est-à-dire d'une limite internationale à la liberté des Parties, on établit tout de même une situation juridique. Ce qui n'est pas défendu ; voilà un principe général de droit que la Cour aura à appliquer. Si un litige est porté devant elle et si elle a trouvé qu'il n'y a pas des règles qui le concerne, elle déclarera qu'il n'existe pas de droit à faire valoir par l'une des parties contre l'autre et que la conduite de l'État mis en cause n'était contraire à aucune règle admise"); Philimore, p. 316 ("Il faut remarquer qu'il ne s'agit pas d'un déni de justice qui est inadmissible. Il peut être regrettable de se trouver dans la nécessité de débouter la partie demandeuse, faute d'une règle admise sur laquelle elle puisse appuyer sa demande, mais dans ce cas la Cour pourrait seulement dire qu'aucune injustice n'a été commise ; l'éventualité se présente assez souvent devant les tribunaux nationaux, lorsqu'il s'agit de préventions d'ordre moral plutôt que juridique. L'éventualité se présentera peut-être plus souvent dans le domaine international").

²⁰⁸ Ivi, pp. 310-311 (secondo cui l'affermazione per cui il tribunale dovesse applicare solo delle regole precise "is no longer true when it concerns the fundamental law of justice and injustice deeply engraved on the earth of every human being and which is given its highest and most authoritative expression in the legal conscience of civilised nations") e p. 323. Lo stesso veniva sostenuto, da Hagerup, p. 296 ("Il faut établir une règle pour répondre à cette éventualité, afin d'éviter que la Cour ne se déclare incompétente (non liquet) faute de normes matérielles... En effet, comme l'a indiqué M. de Lapredelle, il faut que la Cour ait la faculté d'appliquer les principes pour combler les lacunes du droit positif"); Loder, p. 312 ("cette éventualité [non liquet] qui équivaut à un déni de justice, devrait être inadmissible aussi bien dans le domaine international que dans le domaine national"); Lapradelle, p. 312 ("Il n'est pas possible admettre le non liquet de la part d'une Cour international; Le déni de justice doit être exclus du domaine international "); e, di nuovo, da

e l'idea secondo cui i principi fossero ricavabili dal diritto naturale²⁰⁹, dall'altro lato – il testo dell'art. 38, il cui par. 1, lett. c) prevede l'applicabilità dei “general principles of law recognised by the Civilized Nations”, costituisce, notoriamente, una soluzione di compromesso. L'art. 38 riconosce quindi i principi generali come *fonti* del diritto internazionale²¹⁰; e distingue l'applicazione dei principi dal potere del giudice di decidere *ex aequo et bono*, il quale deve essere attribuito espressamente dalle parti della controversia²¹¹.

1.5.2. La distinzione tra regole e principi nel diritto internazionale

Nonostante ciò, per molto tempo è mancata nell'ambito della dottrina internazionalistica una riflessione in merito alla natura dei principi quali categorie di norme che, in ragione della loro natura e struttura, si distinguono dalle regole²¹² e che sono applicati diversamente rispetto a queste ultime²¹³. Una rinnovata attenzione ai principi quali autonoma categoria di norme, tuttavia, sembra emergere nel dibattito più recente²¹⁴.

Ora, se si guarda a tale dibattito, una parziale uniformità di vedute può rilevarsi per ciò che concerne le caratteristiche che distinguono le regole dai principi. I principi, a differenza delle regole, avrebbero un *campo di applicazione indeterminato e ampio* e

Descamps, p. 336 (“S’il n’y a ni loi ni coutume, le juge peut-il prononcer un non-liquet? Le Président est convaincu que non: le juge devra alors appliquer les principes généraux du droit”)

²⁰⁹ Il rappresentante dell'Olanda, chiariva che i principi generali sarebbero “rules universally recognized and respected by the whole world”, le quali, tuttavia, “are not yet of the nature of positive law”.

²¹⁰ Si veda CIG, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, sentenza del 20 aprile 2010, ICJ Rep. 2010, p. 14, Opinione separata del Giudice Cançado Trindade, par. 17.

²¹¹ Si veda il par. 8 del Commentario all'art. 9 del *Draft on arbitral procedure, Yearbook of the International Law Commission 1952*, vol. II, UN Doc. A/2163, p. 63. *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. I, 194th meeting, pp. 63–64, para. 73.: “the arbitral tribunal is always entitled to adjudicate on the basis of general principles of law considered to be rules of positive law, but is not entitled to act as *amiable compositeur*, that is, to judge *contra legem*, without the consent of the parties”; CDI, *Model Rules on Arbitral Procedure with a general commentary, Yearbook of the International Law Commission, 1958*, vol. II, 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”.

²¹² Ad esempio, alcune disposizioni sul diritto applicabile dai tribunali internazionali, come l'art. 42 della ICSID (la versione inglese utilizza l'espressione “rules of international law”; quella spagnola “normas de derecho internacional”; quella francese “principes de droit international”) o l'art. 21 par. 1, lett. b) dello Statuto di Roma (i veda A. PELLET, “Revisiting the Sources of Applicable Law before the ICC”, in M.M. DE GUZMAN e D.M. AMANN (eds.), *Arcs of Global Justice*, 2018, Oxford, Oxford University Press, pp. 227 ss., p. 237), utilizzano i termini regole e principi in modo intercambiabile.

²¹³ CIG, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine*, cit., p. 246: “the association of the terms ‘rules’ and ‘principles’ is no more than the dual expression to convey on the one and the same idea since in this context ‘principles’ clearly means principles of law, that is, it also includes rules of international law in whose case the use of the term ‘principles’ may be justified because of their more general and more fundamental character”.

²¹⁴ Si consideri, ad esempio, il ricorso ai principi nell'ambito della disciplina dell'uso delle armi autonome nel contesto dei conflitti armati (D. MAURI, *Autonomous Weapon Systems and the Protection of the Human Person*, cit., pp. 55 ss.), o nell'ambito della teoria degli obblighi di *due diligence* (A. OLLINO, *Due Diligence in International Law*, 2022, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 46 ss.).

sarebbero suscettibili di essere applicati a una serie indeterminata di circostanze²¹⁵; inoltre, essi rivestirebbero una *importanza fondamentale* per l'ordinamento internazionale e presenterebbero un *contenuto assiologico/valoriale*²¹⁶. Combinando tali due caratteristiche, i principi sono stati definiti come quella sottocategoria di norme

characterized by their higher *generality/abstraction* (as compared to 'rules'), their *mode of operation* (which combines both prescriptive aspects – commands or prohibitions to be 'obeyed' and permissive aspects – entitlements that can be 'relied on' or no), their *mode of application* (which entails a proportionality or value-weighting assessment, rather than a binary compliance/non-compliance outcome), and their *functions* (which, despite variations in proposed taxonomies, may include the actual regulation of behavior, the co-ordination of reactions against a certain conduct, the evaluation of conformity of a certain conduct, the interpretation of norms, and a value-expressive function).²¹⁷

Se queste sono le caratteristiche dei principi quali categorie di norme, si è tentato anche di chiarire il rapporto che sussiste tra questi e le fonti del diritto internazionale, così come indicate dall'art. 38 dello Statuto CIG. Così, nei recenti lavori della CDI sui principi generali del diritto è stato sostenuto che l'espressione "principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili" di cui alla lett. c) includa tanto i "principi generali riconosciuti *in foro domestico*" quanto i "principi generali del diritto internazionale"²¹⁸, individuati per astrazione e generalizzazione da regole di diritto internazionale²¹⁹.

²¹⁵ CDI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit., par. 28: "[t]he common place distinction between 'rules' and 'principles' captures one set of typical relationships, namely those between norms of a lower and higher degree of abstraction". Si vedano anche L. SORAT, *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, 1959, Parigi, LGDJ, p. 362; J.G. DEVANEY, *The Role of Precedents in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Constructive Interpretation*, 2022(3) *Leiden Journal of International Law*, Vol. 35, pp. 641 ss.

²¹⁶ Un principio costituirebbe concretizzazione sul piano normative di un valore: A. VON BOGDANDY, "General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field", in A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM, J. VON BERNSTORFF, P. DANN e M. GOLDMANN (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, 2010, Springer, Heidelberg, pp. 727 ss., p. 732: "Legal principles are general and important norms whose main function is the attribution of the binary qualification of legal/illegal in the light of overarching values"; D.D. CARON, *Contemporary International Law Issues in the Asia Pacific: The Importance and Challenge of the Difference Between Rules and Principles*, Conferenza regionale Asia-Pacifico della International Law Association, sessione conclusiva del 31 maggio 2011; R. KOLB, *Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)*, 2006(1) *Netherlands International Law Review*, Vol. 53, pp. 1 ss., p. 7: "[principles'] main characteristic is to be general, i.e., open to value oriented arguments: principles are thus in the first place 'transformators' of extra-positive (moral, social, or other) needs into the legal system".

²¹⁷ J. VINUALES, "The Fundamental Principles of International Law – An Enduring Ideal?", in J. VINUALES (ed.), *The UN Friendly Declaration at 50. An Assessment of the Foundational Principles of International Law*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1 ss., pp. 8-9; CDI, *First report on general principles of law*, cit., par. 151.

²¹⁸ CDI, *First report on general principles of law*, cit., par. 185. *Contra*, M.T. EQBAL, *Historicizing the Dual Categorization of General Principles of Law by the ILC*, 2020(2) *Asian Journal of International Law*, Vol. 10, pp. 187 ss., p. 195.

²¹⁹ C. EGGETT, *The Role of Principles and General Principles in the 'Constitutional Processes' of International Law*, cit., pp. 197-217, p. 209: "certain values and objectives that underpin the international legal system, such as the maintenance of international peace and security, and the protection of fundamental

Secondo l'opinione maggioritaria, questi ultimi avrebbero certamente struttura di principi, nel senso indicato sopra. Si pensi, ad esempio, ai principi generali del diritto internazionale codificati nella *Dichiarazione sulle relazioni amichevoli tra gli Stati*²²⁰, o riconducibili alla stessa²²¹ o al suo Preambolo²²². Quelle norme estremamente generali e astratte generalmente definite come “principi generali del diritto internazionale” presentano, quindi, le caratteristiche per essere definite come norme aventi struttura di principio e sono suscettibili di applicazione per il tramite della tecnica del bilanciamento. Questo non significa, tuttavia, che vi sia una coincidenza tra i principi di cui all'art. 38 dello Statuto CIG, quali fonti del diritto internazionale, e i principi quali categorie di norme generali e astratte, applicabili non per il tramite di un procedimento di sussunzione dei fatti del caso nella norma ma per il tramite di un bilanciamento. Ed infatti, da un lato, numerose delle norme individuate tramite la fonte dei principi generali riconosciuti *in foro domestico* sembrano, dal punto di vista della loro natura, delle regole e non dei principi²²³, come le regole procedurali sull'inammissibilità di una prova ottenuta in violazione dei principi del *due process*²²⁴, sull'obbligatorietà delle misure provvisorie²²⁵, sulla *res judicata*²²⁶ e quella secondo cui un tribunale ha la competenza a pronunciarsi

rights [which] are not in and of themselves international legal norms but can be embodied in principles such as sovereignty and humanity”.

²²⁰ Assemblea generale delle Nazioni Unite, *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, UN Doc. GA/RES/XXV, 24 ottobre 1970: (1) il divieto di uso della forza armata; (2) il principio della pacifica risoluzione delle controversie internazionali; (3) il divieto di intervento negli affari interni di altri Stati; (4) il principio di leale collaborazione tra gli Stati; (5) il principio dell'autodeterminazione dei popoli; (6) il principio della sovrana eguaglianza degli Stati; (7) il principio di buona fede. Essi sono generalmente considerati i “principi fondamentali” del diritto internazionale (per una definizione di questi ultimi, si veda Corte IADU, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, opinione consultiva n. OC 18/03, 17 settembre 2003, Opinione concorrente del giudice Cançado Trindade, par. 44 ss.).

²²¹ J.E. VIÑUALES, “The Fundamental Principles of International Law – An Enduring Ideal?”, cit., p. 3.

²²² Assemblea generale, *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, cit., Preambolo: “Bearing in mind the importance of maintaining and strengthening international peace founded upon freedom, equality, justice, and respect for fundamental human rights and of developing friendly relations among nations irrespective of their political, economic and social level of development [...]”.

²²³ Già il Tribunale di Norimberga aveva sostenuto che un principio generale che “is found to have been accepted generally as a fundamental rule of justice by most nations in their municipal law” è suscettibile di “declaration as a rule of international law” (Tribunale militare internazionale di Norimberga, *United States of America c. Wilhelm List et al (Hostage case)*, sentenza del 19 febbraio 1948, par. 4). Si vedano, in dottrina, R. KWIECIEN, *General Principles of Law: The Gentle Guardians of Systemic Integration of International Law*, 2017 Polish Yearbook of International Law, Vol. 37, pp. 235 ss., p. 235-36; C. EGGETT, *The Role of Principles and General Principles in the ‘Constitutional Processes’ of International Law*, cit., p. 199.

²²⁴ CIG, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentenza del 31 maggio 2004, ICJ Rep. 2004, p. 12, par. 139.

²²⁵ CIG, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 2001, ICJ Rep. 2001, p. 103, par. 109.

²²⁶ CIG, *Effect of Awards of Compensation made by the UN Administrative Tribunal*, opinione consultiva del 13 luglio 1954, ICJ Rep. 1954, p. 47, p. 53.

sull'esistenza della propria competenza a trattare il merito della controversia²²⁷. Dall'altro lato, anche norme la cui fonte sia consuetudinaria e pattizia possono risultare, dal punto di vista della loro natura e struttura, dei principi: si pensi alle norme in materia di diritti umani²²⁸, a numerose norme in materia di tutela dell'ambiente²²⁹ o anche a quelle di carattere generale estremamente generale in materia di protezione degli investimenti stranieri.

Allo stesso tempo, il dibattito più recente si è interrogato sul ruolo dei principi nell'ordinamento internazionale e su quali siano, quindi, le conseguenze pratiche e metodologiche della distinzione tracciata sopra. È pacifico che un principio sia spesso la "causa razionale"²³⁰ o giustificazione di una regola, che ne costituisce specificazione²³¹, e che, di conseguenza, quel principio fungerà da criterio di interpretazione di quella regola²³². Tuttavia, non vi è uniformità di vedute sul se i principi, in quanto tali, siano suscettibili di applicazione autonoma e possano produrre, per sé soli, diritti e obblighi di diritto internazionale²³³. Se gli approcci più formalisti tendono ad escludere tale

²²⁷ CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 18 novembre 2008, ICJ Rep. 2008, p. 412, par. 68.

²²⁸ Esse hanno struttura di principio tanto laddove codificate in trattati internazionali (T. KLEINLEIN, "Customary International Law and General Principles: Rethinking Their Relationship", in B.D. LEPARD (ed.), *Reexamining Customary International Law*, 2017, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 130 ss., p. 147), quanto laddove ricostruite come principi generali del diritto internazionale (B. SIMMA e P. ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Customs, Jus Cogens and General Principles*, 1988-1989 Australian Yearbook of International Law, Vol. 12, pp. 83 ss.).

²²⁹ Come i principi di prevenzione e di precauzione, su cui si veda L.A. DUVIC-PAOLI, "Prevention of Environmental Harm", in J. VINUALES (ed.), *The UN Friendly Declaration at 50. An Assessment of the Foundational Principles of International Law*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 283 ss.

²³⁰ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, 2010, Parigi, Pedone, p. 42.

²³¹ CDI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit., par. 29: "Alternatively, the general or earlier principle may be understood to articulate the rationale or a purpose to the specific (or later) rule"; In dottrina, si vedano, ad esempio, G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, cit., p. 7; J. KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, 2008, Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge, p. 26-27. Come esempi di tale affermazione nella giurisprudenza si vedano CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 56; CIG, *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 6 giugno 2018, ICJ Rep. 2018, p. 1, par. 93.

²³² CDI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit., par. 29.

²³³ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 43: "[le] principe est une norme juridique, tout comme l'est [la règle]"; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 71: "Quando i giuspositivisti si occupano dei principi e delle *policies*, li trattano come norme *manquées*. Essi presumono che se sono standard giuridici allora devono essere norme, e quindi li intendono come standard che stanno cercando di diventare norme. Quando un giuspositivista sente dire che i principi giuridici sono parte del diritto interpreta quest'affermazione come un argomento a favore di ciò che egli chiama 'teoria del diritto superiore', cioè come se questi principi fossero norme di un diritto sul diritto. Egli però rifiuta questa teoria, mostrando come queste norme non sempre siano seguite [...]. Egli conclude perciò che questi principi e *policies* non sono norme giuridiche valide di un 'diritto sul diritto'. Il che è vero, perché non sono affatto norme. E conclude anche che sono standard extragiuridici che ogni giudice sceglie secondo il proprio giudizio nell'esercizio della sua

possibilità, nei lavori più recenti della CDI non mancano riferimenti al ruolo dei principi nell'individuazione di diritti e obblighi statali e nell'interpretazione e specificazione di altre norme di diritto internazionale.

Quanto al ruolo dei principi nella rilevazione di norme di diritto internazionale, si consideri che già nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, all'art. 12, si afferma che si ha una violazione di un obbligo internazionale di uno Stato quando un atto di quello Stato non è conforme a quanto gli è richiesto dall'obbligo, quale che ne sia la fonte. Il Commentario chiarisce che l'espressione "regardless of its origin" fa riferimento al fatto che "international obligations may be established by a customary rule of international law, by a treaty or by a *general principle applicable within the international legal order*"²³⁴. Nel Progetto di conclusioni sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario, poi, la Commissione ha riconosciuto che la distinzione tra consuetudini e principi generali del diritto, intesi come fonti del diritto internazionale, non coincide con quella tra regole e principi intese come categorie di norme, e che è possibile che norme consuetudinarie, formatesi e identificate secondo i metodi indicati nelle stesse conclusioni, abbiano natura e struttura di principi, proprio in quanto presentano le caratteristiche sopra indicate²³⁵. Nell'ambito dei summenzionati lavori in Corso sui principi generali del diritto, ancora, il Relatore speciale si è chiesto "whether general principles of law can also constitute an independent basis of primary rights and obligations" e ha affermato che "State practice and jurisprudence, as well as the previous work of the Commission, suggest that general principles may, in some cases, establish such rights and obligations"²³⁶. Ciò che emerge, poi, da tale dibattito, è che i principi avrebbero una dimensione applicativa che si gioca sul piano del loro "peso" nel caso concreto, in rapporto a principi contrastanti²³⁷.

discrezionalità, il che è falso. È come se uno zoologo avesse dimostrato che i pesci non sono mammiferi e poi concludesse che in realtà sono piante".

²³⁴ CDI, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. 2, Part II, art. 3, commentario, par. 3. Si veda anche CDI, *Third report on general principles of law*, cit., par. 112: "It thus follows that, in the Commission's understanding, general principles of law may establish obligations binding upon States (as well as corresponding rights), and that a breach of such obligations may engage the international responsibility of the State concerned".

²³⁵ CDI, *Report of the International Law Commission*, Settantesima sessione, 30 aprile-1 giugno e 2 luglio-10 agosto 2018, Supplemento n. 10, UN Doc. A/73/10, Cap. V, *Identification of customary international law*, par. 66, Commentario alla Conclusione n. 1, par. 1: "The reference to 'rules' of customary international law in the present draft conclusions and commentaries includes rules of customary international law that may be referred to as 'principles' because of their more general and more fundamental character".

²³⁶ CDI, *Third report on general principles of law*, cit., par. 111.

²³⁷ In dottrina si vedano, *ex multis*, E. VIÑUALES, "The Fundamental Principles of International Law – An Enduring Ideal?", cit., p. 8; E. RIEDEL, "Human Rights Protection as a Principle", cit., p. 232: "principles often compete against other principles, requiring a balancing exercise to determine which principle ultimately takes precedence"; J.J.A. SALMON, "Quelques observations sur les lacunes en droit international public", cit., p. 317; J.G. DEVANEY, *The Role of Precedents in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Constructive Interpretation*, cit., p. 646; M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, 2006,

Quanto al ruolo dei principi nell'interpretazione e applicazione di altre norme di diritto internazionale, può notarsi che nel descrivere il criterio dell'interpretazione sistematica ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c), VCLD, il Relatore speciale dei lavori sulla frammentazione menziona il bilanciamento come criterio di determinazione del peso astratto dei principi. Nel Rapporto si afferma, infatti, che “the significance of the need to ‘take into account’ lies in its performance of a systemic function in the international legal order, linking specialized parts to each other and to universal principles” e che “[t]he question of the normative weight to be given to particular rights and obligations at the moment they appear to clash with other rights and obligations can only be argued on a case-by-case basis”²³⁸.

Se, quindi, è ampiamente riconosciuto che i principi possono avere un ruolo rilevante nell'ambito dell'ordinamento internazionale e della pratica dei giudici internazionali, e se vi sono diversi indici che portano a ritenere che tali norme si applichino secondo la tecnica del bilanciamento, bisogna determinare cosa debba intendersi per quest'ultima, prima di ricercarne empiricamente la presenza nella giurisprudenza internazionale.

Cambridge, Cambridge University Press, p. 37. Per un esempio nella giurisprudenza si veda CIG, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, ICJ Rep. 1997, p. 7, par. 140: “new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development”. Si veda anche l'Opinione separata del Vice-Presidente Weeramantry, secondo cui tanto lo *sviluppo economico* quanto la *protezione dell'ambiente* sono principi di diritto internazionale. Tali principi, a suo parere, sono devono essere a loro volta bilanciati alla luce del principio dello sviluppo sostenibile, il quale “offers an important principle for the resolution of tensions between two established rights. It reaffirms in the arena of international law that there must be both development and environmental protection, and that neither of these rights can be neglected” (p. 95).

²³⁸ CDI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, par. 473-74.

CAPITOLO SECONDO

UNA DEFINIZIONE “OPERATIVA” DI BILANCIAMENTO

SOMMARIO. 2.1. Introduzione. – 2.2. L'emersione del bilanciamento nell'esperienza giuridica interna. – 2.2.1. Il giudizio di proporzionalità nella giurisprudenza tedesca. – 2.2.2. Il bilanciamento di interessi nella giurisprudenza statunitense. – 2.2.3. La diffusione in altri ordinamenti giuridici. – 2.3. La teorizzazione del bilanciamento a partire dalle suddette esperienze. – 2.3.1. La teoria dei principi di Ronald Dworkin. – 2.3.2. Il neocostituzionalismo di Robert Alexy. – 2.3.3. Il realismo giuridico. – 2.4. La struttura e le funzioni dell'argomentazione giudiziaria fondata sul bilanciamento. – 2.4.1. L'idoneità della misura a perseguire uno scopo “legittimo”, in quanto protetto dall'ordinamento. – 2.4.2. Il grado di interferenza sul principio, interesse o valore contrapposto. – 2.4.3. La valutazione concreta del grado di realizzazione di un interesse a fronte del grado di compromissione dell'interesse contrapposto. – 2.4.4. La formulazione della regola di soluzione del conflitto. – 2.5. La comparazione tra il bilanciamento e altre forme di ragionamento giuridico. – 2.5.1. L'analogia. – 2.5.2. L'equità. – 2.5.3. L'interpretazione teleologica.

2.1. INTRODUZIONE

Il bilanciamento viene definito come una *dottrina* o una *tecnica decisionale*²³⁹ che orienta una specifica modalità di ragionamento del giudice²⁴⁰, volta alla soluzione dei cd. *casi difficili*, ove il diritto non suggerisca una soluzione chiara e diretta. Si tratta di una tecnica *argomentativa*, in quanto il giudice è tenuto a giustificare la soluzione – che è potenzialmente una tra le tante possibili – non sulla mera base della sussunzione di un fatto in una regola giuridica, bensì alla luce di un ragionamento logico-giuridico più complesso, allo scopo di *persuadere*, ossia convincere del carattere *giusto* o *accettabile* della decisione²⁴¹.

Posto che è nella giurisprudenza del *giudice interno* che il bilanciamento si è gradualmente affermato, e alla quale esso viene generalmente ricondotto, è in quella sede

²³⁹ C. DJEFFAL, “Consensus, Stasis, Evolution: Reconstructing Argumentative Patterns in Evolutive ECHR Jurisprudence”, in P. KAPOTAS e V. TZEVELEKOS (eds.), *Building Consensus on European Consensus*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 71 ss., per tecnica si intende “a formal tool aiding [a] court in the resolution of a legal dispute” che “is rather neutral towards its outcomes”; E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 431: “La proporzionalità costituisce una tecnica normativa in quanto non si traduce immediatamente in una regola materiale di comportamento. [...] per natura è priva di un contenuto valutativo proprio, ma tale contenuto assume in relazione alla fattispecie rispetto alla quale opera. Essa fornisce quindi gli elementi per la ricostruzione di una norma materiale, destinata peraltro non ad operare in generale ma a determinare regole di comportamento in casi specifici”

²⁴⁰ M. COHEN-ELIYA e I. PORAT, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 2009(2) San Diego Law Review, Vol. 46, pp. 367 ss., p. 385.

²⁴¹ Si consenta anche di rinviare a P. DE SENA e L. ACCONCIAMESSA, “Balancing Test”, in H. RUIZ-FABRI, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021, Oxford, Oxford University Press.

che se ne devono ricercare gli elementi essenziali, allo scopo di fornire una “definizione operativa” che consenta di verificarne il recepimento nella giurisprudenza dei tribunali internazionali. Ciò verrà fatto per il tramite di una ricostruzione delle circostanze storiche che ne hanno favorito il consolidamento nella giurisprudenza interna e dell’esame di quest’ultima (Sez. 2.2.), così come tramite un esame delle principali teorie che, alla luce di tali esperienze, sono state formulate (2.3.). L’analisi servirà a mettere in luce gli elementi strutturali essenziali e le funzioni dell’argomentazione giudiziaria fondata sulla tecnica del bilanciamento (Sez. 2.4.). Infine, la tecnica del bilanciamento sarà messa a confronto con altre tecniche decisionali in parte analoghe e con cui esso tende a confondersi (Sez. 2.5.).

2.2. L’EMERSIONE DEL BILANCIAMENTO NELL’ESPERIENZA GIURIDICA INTERNA

In termini estremamente generali, i concetti di proporzionalità e bilanciamento rimandano a un equilibrio tra numeri o grandezze²⁴². L’idea che proporzione ed equilibrio siano elementi da tenere in considerazione nella produzione, interpretazione e applicazione del diritto ha origini antiche, manifestandosi nella ben nota metafora della *giustizia come bilancia*²⁴³. Solo per fare alcuni esempi, un riferimento alla proporzionalità può essere rinvenuto nel codice Hammurabi²⁴⁴, nel diritto greco classico²⁴⁵, nel diritto romano²⁴⁶,

²⁴² A. PETERS, *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, 2016, MPIL Research Paper Series No. 2016-10, p. 1.

²⁴³ A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, Cambridge, Cambridge University Press, p. 175.

²⁴⁴ G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, cit.

²⁴⁵ Nel Libro V dell’*Etica Nicomachea* di Aristotele, la proporzionalità viene presentata come la giusta relazione tra il cittadino e lo Stato, a garanzia del fatto che il potere sia esercitato dalla ragione e non dall’essere umano al potere in un dato momento (M. NEWTON e M. LARRY, *Proportionality in International Law*, 2014, Oxford, Oxford University Press, p. 33). La proporzionalità viene menzionata da Aristotele anche in riferimento alla *giustizia retributiva*, secondo cui i benefici che derivano da un bene condiviso devono essere ripartiti tra gli individui in proporzione rispetto ai meriti degli stessi (T. UCARYILMAZ, *The Principle of Proportionality in Modern Ius Gentium*, 2021(1) Utrecht Journal of International and European Law, pp. 14 ss., p. 16).

²⁴⁶ Per Cicerone il diritto si definiva come *recta ratio*, una giusta proporzione (M.T. CICERONE, *On the Commonwealth and On the Laws*, 1999, Cambridge, Cambridge University Press, traduzione di J. ZETZEL). Inoltre, nei suoi scritti sulla “guerra giusta” faceva riferimento alla necessità per cui, prima di iniziare una guerra, tutti i mezzi di risoluzione pacifica delle dispute fossero esauriti. Nel diritto romano, poi, il concetto di proporzione aveva un ruolo importante nell’ambito dell’idea di restituzione e riparazione di un illecito.

nella Magna Carta²⁴⁷ e nel pensiero giuridico medievale²⁴⁸, compiutamente sviluppato nel *De iure belli ac pacis* di Grozio²⁴⁹.

Tuttavia, proporzionalità e bilanciamento come *tecniche giudiziarie* sono concetti molto più recenti che, nonostante a volte confusi tra loro, hanno origini e sviluppi in contesti e parzialmente anche per scopi differenti. Il cd. *giudizio di proporzionalità* si è sviluppato nell'esperienza giuridica prima prussiana e poi tedesca (Sez. 2.2.1.), mentre il *bilanciamento degli interessi* affonda le proprie origini nell'esperienza giuridica statunitense (Sez. 2.2.2.). Tali esperienze, la prima più della seconda, hanno successivamente influenzato gran parte degli ordinamenti giuridici nel mondo, pur riconducibili a tradizioni estremamente differenti l'una dall'altra (Sez. 2.2.3.). Di conseguenza, vi è chi ritiene che sia necessario mantenere oggi una distinzione tra i due approcci, essendo le divergenze più rilevanti dei punti di contatto²⁵⁰; secondo altri, invece, le due esperienze sarebbero andate incontro a una graduale convergenza, al punto che non sarebbe più possibile distinguerle da un punto di vista analitico²⁵¹. La distinzione è tuttavia rilevante anche in quanto, come si vedrà, neppure in relazione al ricorso a tali tecniche da parte del giudice internazionale vi è uniformità di vedute. Secondo alcuni, il bilanciamento realizzato dal giudice internazionale avrebbe maggiori punti di contatto con l'esperienza statunitense²⁵²; a parere di altri, e almeno per quanto riguarda gli organi

²⁴⁷ La Magna Carta disponeva che “For a trivial offence a free man shall be fined only in proportion to the degree of his offence, and for a serious offence correspondingly but not so heavily as to deprive him of his livelihood” (E. ENGLE, *The General Principle of Proportionality and Aristotle*, 2013(1) *Jus Gentium*, Vol. 23, pp. 265 ss., p. 270).

²⁴⁸ San Tommaso d'Aquino, nella *Summa Teologica*, sosteneva che la guerra era ammessa solo a condizione che si trattasse di una reazione proporzionata rispetto a un'offesa. Più ampiamente sul punto, si veda A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., p. 176, nota 12.

²⁴⁹ La teoria della guerra giusta si fonda, in sostanza, su una valutazione comparativa tra i vantaggi che complessivamente possono derivare dal conflitto e i danni che esso può infliggere. *Ex multis*, J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force*, 2004, Cambridge, Cambridge University Press.

²⁵⁰ D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Law*, 2007(3) *University of Toronto Law Journal*, Vol. 57, pp. 383 ss.; J. BOMHOFF, *Balancing the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 2008(2) *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31, pp. 558 ss., p. 558.

²⁵¹ Ad esempio, M. COHEN ELIYA e I. PORAT, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 2010(2) *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, pp. 263 ss., p. 270, descrivono proporzionalità e bilanciamento come “two legal principles that began very differently but came to a point where, today, it seems natural to discuss the two together”. Per un approccio simile, possono citarsi S. GARDBAUM, *The Myth and Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 2007(3) *Michigan Law Review*, Vol. 107, pp. 391 ss., p. 431; A. PETERS, *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, cit., p. 1; B. SCHLINK, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?*, 2012(1) *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 22, pp. 291 ss.; O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, 1999, Bruxelles, Bruylant.

²⁵² Ad esempio, G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, cit., p. 58, nell'occuparsi dell'attività “quasi-creativa” del giudice internazionale, fa riferimento all'esperienza dei tribunali statunitensi nella precisazione e integrazione del principio del *due process of law* (nota 138). Tale esperienza è rilevante anche in quanto “scholars that argue against its [del principio di proporzionalità] application at the international level often resort to arguments

competenti in materia di diritti umani, vi sarebbero maggiori affinità con l'esperienza tedesca²⁵³. Altri, infine, ritengono che il bilanciamento realizzato dal giudice internazionale non presenti un legame con le esperienze interne che saranno qui di seguito ricostruite, giustificandosi invece in ragione della formulazione e dell'aspirazione all'universalità delle norme in materia di tutela dei diritti umani²⁵⁴ o del peculiare carattere decentrato dell'ordinamento internazionale, al punto che quella del bilanciamento è stata definita come una "tecnica normativa tipica dell'esperienza giuridica internazionale [che] vi si è affermata con tratti di assoluta originalità"²⁵⁵. Una ricostruzione delle esperienze interne appare, pertanto, tutt'altro che superflua. Essa consentirà di comprendere il contesto specifico di origine, la struttura e le funzioni delle tecniche in oggetto. Mettendone in luce somiglianze e differenze, consentirà anche, in seguito, di verificare se il bilanciamento realizzato dal giudice internazionale sia riconducibile all'esperienza del giudice interno e, se del caso, a quale.

2.2.1. Il giudizio di proporzionalità nell'esperienza tedesca

Quello che oggi è generalmente conosciuto come "giudizio di proporzionalità" è un metodo decisionale-argomentativo sviluppato per determinare se la limitazione di un diritto individuale sia giustificata dalla necessità di tutelare un interesse pubblico o collettivo o un altro diritto individuale²⁵⁶. Da un punto di vista teorico, esso affonda le proprie origini nell'Illuminismo e nella Scuola del diritto naturale del Diciottesimo secolo. Quest'ultima, insistendo sulla inerenza dei diritti individuali e sulla loro preesistenza rispetto allo Stato, riteneva che essi potessero essere sacrificati nel perseguimento di interessi comuni, ma solo nei limiti di quanto strettamente necessario a tal fine. Carl Gottlieb Svarez, in particolare, affermava che il *contratto sociale* giustifica l'esercizio del potere dell'autorità dello Stato, solo laddove questo sia *funzionale* al perseguimento di interessi pubblici collettivi e nella misura in cui il raggiungimento di questi ultimi superi in modo consistente il pregiudizio arrecato alla libertà dell'individuo²⁵⁷.

that originated in the US constitutional context" (G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, cit., p. 52).

²⁵³ R. KOLB, *Les droits fondamentaux de l'individu comme principes normatifs d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux: dix exemples tirées de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1999(4-6) *Revue universelle des droits de l'homme*, Vol. 11, pp. 125 ss., p. 125.

²⁵⁴ G. NOLTE, *Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law*, 2010(1) *Law and Ethics of Human Rights*, Vol. 4, pp. 244 ss., p. 246-47.

²⁵⁵ E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 435.

²⁵⁶ B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A Theoretical and Comparative Study*, 2013, Groningen–Amsterdam, Europa Law Publishing, p. 91.

²⁵⁷ C. GOTTLIEB SVAREZ, *Vorträge über recht und stadt*, 1960, Westdeutscher Verlag, Hermann Conrad & Gerd Kleinheyer Eds: "The rights of command in a state or a ruler [...] they must be derived from a contract, through which the citizens of the state have made themselves subject to the order of a ruler for the

La diffusione del pensiero giuridico giusnaturalistico, unitamente a una serie di sviluppi nel diritto positivo, ha favorito così la progressiva affermazione di tale tecnica giudiziaria, prima nell'ambito del diritto amministrativo prussiano (Sez. 2.2.1.1.) e poi nel diritto costituzionale tedesco (Sez. 2.2.1.2.), nonostante esso non sia andato esente da critiche (Sez. 2.2.1.3.).

2.2.1.1. La giurisprudenza amministrativa prussiana

L'autore ora menzionato viene generalmente considerato il "padre spirituale"²⁵⁸ della disposizione normativa che ha favorito lo sviluppo del giudizio di proporzionalità, e su cui quindi quest'ultimo affonda le proprie origini nel piano del diritto positivo. Si tratta del par. 10(II) del Titolo 17 della Legge generale prussiana del 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen*), rubricato "Police Powers", ai sensi del quale lo scopo delle "forze di polizia" – intese, in senso ampio, come autorità amministrative – è quello di prendere le misure necessarie alla preservazione della pace, della sicurezza e dell'ordine²⁵⁹. La disposizione in oggetto ha costituito la prima base giuridica per l'esercizio e la regolamentazione dei pubblici poteri. Si vedrà che l'utilizzo del termine *necessary* è stato inteso come volto a imporre una *relazione funzionale* tra l'esercizio del potere e lo scopo, predeterminato dalla norma, che lo giustifica²⁶⁰. E ciò anche in quanto la disposizione è stata interpretata nel suo contesto normativo, inserendosi nell'ambito di una legge che intendeva sancire e attuare il principio del *Rechtsstaat* ("Stato governato dal diritto"²⁶¹). Ne è derivato che, se in passato l'esercizio dei pubblici poteri era ritenuto giustificato per definizione, da quel momento tali poteri dovevano essere attribuiti da una norma di legge, che ne disciplinasse anche l'esercizio²⁶².

advancement of their own common happiness" (traduzione di A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 2008(1) *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, pp. 72 ss., p. 98). Si veda anche, p. 63: "Only the achievement of a weightier good for the whole can justify the state in demanding from an individual the sacrifice of a less substantial good. So long as the difference in weights is not so obvious, the natural freedom must prevail [...]. The hardship, which is to be averted through the restriction of the freedom of the individual, has to be more substantial by a wide margin than the disadvantage to the individual or the whole" (traduzione di A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., p. 178).

²⁵⁸ A. PETERS, *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, cit., p. 1.

²⁵⁹ Il testo in tedesco è disponibile online su <http://www.smixx.de>. Per una traduzione in inglese si vedano A. PETERS, *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, cit., p. 2 ("The police are the necessary institution for preserving the public peace, security, and order, and or averting imminent danger to the public or individual member thereof"), e A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 101 ("The office of the police is to take the necessary measures for the maintenance of public peace, security and order [...]").

²⁶⁰ C.B. PULIDO, *The Migration of Proportionality Across Europe*, 2013(3) *New Zealand Journal of Public International Law*, Vol. 11, pp. 483 ss., p. 491.

²⁶¹ Su similitudini e differenze con il concetto di *rule of law*, si rinvia a M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 149 ss.

²⁶² M. COHEN ELIYA e I. PORAT, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, cit., p. 271-72.

Di ciò può trovarsi conferma se si esamina la giurisprudenza dell'epoca. A partire dalla metà del Diciannovesimo secolo, infatti, nell'ordinamento prussiano è stato progressivamente istituito un sistema di revisione giudiziaria degli atti delle "forze di polizia", così come sopra definite²⁶³. Nel 1875, poi, è stata istituita la Corte amministrativa suprema prussiana²⁶⁴ (*Oberverwaltungsgericht*) che, nel pronunciarsi sulla legittimità degli atti amministrativi alla luce della norma menzionata, ha posto le basi del giudizio di proporzionalità²⁶⁵. Al riguardo, la dottrina che si è occupata del tema fa generalmente disponibile a due casi decisi nel 1886. Il primo era relativo a un atto amministrativo che imponeva al proprietario di un fondo la rimozione delle recinzioni del medesimo, per ragioni di sicurezza, dato che esso non era visibile di notte. La Corte ha considerato, tuttavia, che l'esercizio del potere amministrativo nel perseguimento di tale scopo "finds its limit, [...] in that the chosen measure may not extend further than they must meet the goal of eliminating the danger"²⁶⁶. Di conseguenza, l'ordine non poteva ritenersi "necessario" nel caso concreto, in quanto l'autorità avrebbe potuto richiedere che la recinzione fosse illuminata. Il secondo caso riguardava l'ordine, disposto da un'autorità amministrativa, di chiusura di un esercizio commerciale, poiché vendeva alcolici senza essere in possesso della specifica licenza. La Corte ha qualificato la misura come eccessiva rispetto allo scopo, ossia assicurare che il requisito della licenza per lo svolgimento di determinate attività commerciali fosse rispettato²⁶⁷. Una misura meno restrittiva (la revoca del permesso a vendere alcolici) era infatti disponibile. In questa fase embrionale la Corte prussiana si limitava quindi a quello che viene definito *minimum impairment test*²⁶⁸ o *least restrictive means test*²⁶⁹: accertata la limitazione di un diritto, procedeva a un duplice accertamento. In primo luogo, verificava che la misura limitativa perseguisse effettivamente un interesse pubblico; in secondo luogo, accertava se esistessero misure meno invasive, ma altrettanto idonee, a perseguire quello scopo. Successivamente, tuttavia, la Corte prussiana ha aggiunto un ulteriore elemento di valutazione. In un caso del 1907 si trattava di valutare la legalità di un ordine, imposto al proprietario di una fabbrica, di svuotare entro poche ore un bacino d'acqua essenziale per

²⁶³ All'epoca non era invece previsto un giudizio di revisione degli atti legislativi, sul modello di una revisione costituzionale (V. M. STOLLEIS, *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, 2003(1) *Ratio Juris*, Vol. 16, pp. 266 ss., p. 270).

²⁶⁴ K. F. LEDFORD, *Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Law Court (1876-1914)*, 2004(1) *Central European History*, Vol. 37, pp. 203 ss., p. 222.

²⁶⁵ A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 99.

²⁶⁶ Corte amministrativa suprema prussiana, 3 luglio 1886, 13 PrOVGE 426, 427 (traduzione in A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 101).

²⁶⁷ Corte amministrativa suprema prussiana, 10 aprile 1886, 13 PrOVGE 424, 425.

²⁶⁸ M. MARTIN e A. HORNE, *Proportionality: Principles and Pitfalls – Some Lessons from Germany*, 2008(3) *Judicial Review*, Vol. 13, pp. 169 ss., p. 173.

²⁶⁹ A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 101.

lo svolgimento della propria attività. La Corte ha considerato che, pur disposta a tutela della salute, la misura avrebbe potuto considerarsi necessaria solo ove fosse esistito un pericolo imminente. Inoltre, a parere della Corte prussiana, l'amministrazione avrebbe in ogni caso dovuto tenere in debita considerazione l'interesse (economico) del privato²⁷⁰, ad esempio consultandolo nell'ambito procedimento. Comincia dunque ad emergere una terza fase della revisione giudiziaria, che attiene al rapporto tra il diritto limitato e l'interesse pubblico, e all'intensità della restrizione del primo in relazione al grado di raggiungimento del secondo.

Nel 1919, con la nascita della Repubblica di Weimar, è stata poi istituita una Corte suprema (*Reichsgericht*). La Costituzione non prevedeva un sistema di revisione "costituzionale" della legittimità degli atti federali, ma tale Corte si è auto-attribuita il potere di verificare la conformità delle leggi federali con i diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, sia pur in termini meramente programmatici. Tale processo si è interrotto, ovviamente, nel 1933, con l'avvento del regime nazista, nel cui ambito la "judicial review [degli atti delle autorità pubbliche] became a non-issue"²⁷¹.

2.2.1.2. La giurisprudenza costituzionale tedesca

Il recepimento della proporzionalità nel giudizio di revisione costituzionale è avvenuto, dunque, solo dopo l'entrata in vigore della Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz*), nel 1949. Quest'ultima, infatti, include un catalogo di diritti fondamentali degli individui. Prevede, inoltre, che la dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e protetta da tutte le autorità statali (art. 1, par. 1) che lo Stato è tenuto a rispettare i suddetti diritti (art. 1, par. 3), che le leggi non possono incidere sul loro contenuto essenziale (art. 19, par. 2) e che il rispetto dei medesimi è sottoposto al giudizio di una Corte costituzionale federale.

La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali ha indotto ulteriori riflessioni dottrinali volte a individuare dei limiti alla possibilità dei pubblici poteri di interferirvi. In particolare, von Krauss nel 1953 ha coniato l'espressione *proporzionalità in senso stretto*: egli riteneva che alle valutazioni realizzate dalla corte prussiana menzionate sopra dovesse seguirne una ulteriore. Ciò in quanto 'if the measure [della legittimità della restrizione] is only necessity, then a quite negligible public interest could lead to a severe right infringement'²⁷². A suo parere era invece necessario sottoporre l'esercizio del potere pubblico a un più stringente controllo. Pochi anni dopo, Lerche ha sviluppato ancora la distinzione tra il test della misura restrittiva e quello della proporzionalità in senso stretto:

²⁷⁰ Corte amministrativa suprema prussiana, 17 maggio 1907, 51 PrOVGE 284, 499 (traduzione in G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, cit., p. 36).

²⁷¹ B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, cit., p. 95.

²⁷² R. VON KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, 1955 (traduzione di A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 105).

dato che insistendo sull'ampiezza e importanza dello scopo perseguito dalle autorità si sarebbe potuta giustificare qualsiasi limitazione di un diritto individuale, il giudizio di necessità doveva essere seguito da una valutazione volta a mettere in relazione l'importanza dello scopo e del diritto limitato, e il grado di limitazione dell'uno e dell'altro.

Tali considerazioni sono state gradualmente recepite nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale. E questo in relazione all'interpretazione delle clausole di limitazione dei diritti fondamentali contenute nella Costituzione (Sez. 2.2.1.2.1.) e alla soluzione di conflitti tra diritti individuali "assoluti", o "incondizionati", e altri interessi *costituzionalmente* garantiti (Sez. 2.2.1.2.2.).

2.2.1.2.1. L'applicazione delle clausole di limitazione delle disposizioni costituzionali

La distinzione tra l'analisi della necessità di una misura, da un lato, e il bilanciamento tra l'interesse perseguito e la limitazione di un diritto fondamentale dell'individuo, dall'altro, è emersa per la prima volta nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca nella sentenza *Apothekenurteil* del 1958²⁷³. La disposizione rilevante in quel caso era l'art. 12, par. 1, della Legge fondamentale, il quale garantisce, incondizionatamente, il diritto di *scegliere* la propria occupazione, mentre una clausola consente la limitazione del diritto all'*esercizio* di una professione. Oggetto del giudizio era una legge che prevedeva il rilascio limitato di licenze per l'apertura di farmacie, allo scopo di regolare la concorrenza²⁷⁴. Nel valutare la legittimità della restrizione, la Corte costituzionale federale tedesca ha riconosciuto che "the practice of an occupation may be restricted by *reasonable regulations* predicated on considerations of *common good*" mentre "[t]he freedom to choose an occupation [...] may be restricted only for the sake of a *compelling public interest*"²⁷⁵. La misura, dunque, deve essere giustificata da uno *scopo legittimo*, ma la Corte ha introdotto una distinzione, relativa all'importanza dello scopo (generiche considerazioni di bene comune, nel primo caso; un interesse pubblico imperativo, nel secondo), sulla base dell'inclusione o meno di una clausola di limitazione nell'ambito della disposizione che riconosce il diritto. In secondo luogo, la Corte ha affermato che, nel disciplinare la possibilità di un individuo scegliere la propria occupazione, bisogna produrre la *minor restrizione possibile* sul diritto²⁷⁶. In terzo luogo, ha introdotto l'idea di un *rapporto di proporzionalità* tra lo scopo perseguito e la misura adottata, affermando

²⁷³ Di seguito definito caso *Pharmacy*, viene generalmente considerato come quello che ha dato origine al moderno giudizio di proporzionalità (si veda D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Law*, cit., p. 383).

²⁷⁴ Corte costituzionale federale tedesca, 11 giugno 1958, *Apothekenurteil-Pharmacy*, 7 BVerfGE 337 (traduzione in D.P. KOMMERS e R.A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Terza Edizione, 2012, Durham-Londra, Duke University Press, pp. 666 ss.).

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ *Ibidem*: "lawmakers must always employ the regulative means least restrictive of the basic rights".

che quest'ultima deve limitarsi a quanto *assolutamente necessario* per la protezione di *interessi di particolare rilevanza*²⁷⁷. Per stabilire se la misura è legittima bisogna considerare, da un lato, lo scopo (prevenire che attività lavorative vengano svolte in modo non diligente) e, dall'altro lato, il diritto di ciascuno di scegliere la propria occupazione. Tra i due deve sussistere un rapporto che è regolato dal principio di proporzionalità²⁷⁸: pertanto, maggiore è la limitazione del diritto, più elevato deve essere l'interesse pubblico che la giustifica.

Il principio di proporzionalità, così come gradualmente emerso nella giurisprudenza costituzionale tedesca, impone che si tenda alla massima protezione di entrambi gli interessi in conflitto e che, nel determinare quello prevalente, si prendano in considerazione gli effetti complessivi della limitazione dell'uno o dell'altro. Ciò emerge dal caso *Lüth*, anch'esso del 1958, i cui fatti possono essere riassunti come segue. Nel 1950 usciva nelle sale il nuovo film di un noto regista che, durante il regime nazista, era stato autore di un film antisemita. Il Signor Lüth, Senatore e direttore dell'ufficio stampa di Amburgo, ritenendo che ciò avrebbe danneggiato l'immagine della nazione e rallentato il processo di riappacificazione post-bellica, aveva invocato il boicottaggio del film e, per tale ragione, era stato condannato al risarcimento del danno nei confronti del regista. Pertanto, egli ricorreva alla Corte costituzionale, ritenendo che la condanna violasse la libertà di espressione²⁷⁹. La Corte ha riconosciuto che la condanna aveva inciso su tale libertà²⁸⁰, così come che la disposizione che la protegge contiene una clausola di limitazione²⁸¹. Ne deriva, per la Corte, che è necessario procedere “to reconcile [...] the conflicting restrictive tendencies of the basic right and the ‘general laws’”²⁸² che producono un'interferenza sulla libertà. Ciò implica *bilanciare* la libertà di espressione con gli *interessi* di coloro che potrebbero essere lesi dal suo esercizio, alla luce delle circostanze del caso concreto²⁸³, tenendo in considerazione il peso e l'importanza del

²⁷⁷ *Ibidem*: “if [the legislature] conditions the right to take up an occupational activity [...] regulations for the public good are legitimate only when such action is absolutely necessary to protect particularly important community interests”.

²⁷⁸ *Ibidem*: “The principle of proportionality governs here; any requirement laid down must bear a reasonable relationship to the end pursued [i.e.] the safe and orderly practice of an occupation”.

²⁷⁹ Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Federale, Parte III, n. 100-1, come da ultimo modificata dall'art. 1 dell'Atto del 28 marzo 2019, art. 5, par. 1: “Every person shall have the right to freely express and disseminate his opinions in speech, writings and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources”; par. 2: “These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons and in the right to personal honor”. Traduzione in inglese a cura del Ministero della giustizia della Repubblica Federale Tedesca, disponibile su www.gesetze-im-internet.de.

²⁸⁰ Corte costituzionale federale tedesca, 15 gennaio 1958, *Lüth*, 7, BverfGE 198, par. 1 (traduzione di T. WEIR, in P. SCHLECHTRIEM, B. MARKESINIS e S. LORENZ (eds.), *German Law Archive*, 1999, disponibile online su www.germanlawarchive.iuscomp.org).

²⁸¹ Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania, cit., art. 5, par. 2: “These rights shall find their limits in the provisions of general law”.

²⁸² Corte costituzionale federale tedesca, *Lüth*, cit., par. 2 (corsivo aggiunto).

²⁸³ *Ivi*, par. 3.

diritto e il valore protetto dalla legge che ne limita l'esercizio²⁸⁴. Deve sussistere, al riguardo, una *relazione tra mezzi e fini*: bisogna quindi distinguere il caso in cui la libertà di espressione venga esercitata per perseguire un interesse egoistico da quello in cui essa sia volta a contribuire al dibattito pubblico delle idee; in tale seconda ipotesi "the assumption is in favour of free speech"²⁸⁵. Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che la libertà era stata esercitata anche per tutelare "a crucial interest" della comunità²⁸⁶ di fronte al quale un interesse meramente privatistico-economico (del regista), in principio meritevole di tutela, deve recedere²⁸⁷. E ciò anche in considerazione del fatto che il titolare dell'interesse leso avrebbe potuto esercitare a sua volta la propria libertà di espressione per far valere le proprie ragioni.

I casi ora esaminati sono considerati i primi esempi in cui la Corte costituzionale federale ha proceduto al giudizio di *proporzionalità in senso stretto*. Essa, infatti, ha verificato i benefici derivanti dalla limitazione dell'uno o dell'altro interesse, richiedendo la sussistenza di un *rapporto proporzionale tra mezzi e fini*: i benefici derivanti dalla protezione di uno degli interessi, in sostanza, devono superare il pregiudizio causato all'interesse soccombente. Successivamente, il giudizio di proporzionalità si è consolidato nella giurisprudenza di tale Corte, che nel 1963 ha affermato che vi avrebbe fatto ricorso in tutti i casi concernenti i diritti fondamentali²⁸⁸, per poi riconoscere la *natura costituzionale* del principio di proporzionalità²⁸⁹. In essi, tuttavia, veniva in rilievo l'applicazione di disposizioni che prevedono delle espresse *clausole di limitazione* dei diritti.

2.2.1.2.2. La limitazione dei diritti incondizionati tramite la soluzione dei conflitti

La Corte costituzionale federale tedesca, tuttavia, ricorre al giudizio di proporzionalità anche con riferimento a *diritti garantiti incondizionatamente*: non corredati, cioè, da clausole di limitazione. In questo caso il giudizio di proporzionalità opera come metodo di soluzione del conflitto tra il diritto (il valore che vi sottende) e valori contrapposti, e produce l'effetto di limitare il primo al fine di tutelare i secondi.

²⁸⁴ Ivi, par. 4: è necessario "weigh the importance of the basic right against the value of the interest protected by the 'general laws' to the person allegedly injured by the utterance of the opinion [...]. The expression is free in so far as its effect on the mind is concerned; but that does not mean that one is entitled, just because one is expressing an opinion, to prejudice the interests of another which deserve protection against freedom of opinion. There has to be a 'balance of interests'; the right to express an opinion must yield if its exercise infringes interests of another which have a superior claim to protection. Whether such an interest exists in a particular case depends on all the circumstances" (da questo paragrafo della sentenza in poi la traduzione in inglese è di D.P. KOMMERS e R.A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Of Germany*, cit., pp. 547 ss.).

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ Ivi, par. 2.b. della successiva sezione della sentenza.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ Corte costituzionale federale tedesca, 10 giugno 1963, 16 BVerfGE 194, 201.

²⁸⁹ Corte costituzionale federale tedesca, 15 giugno 1965, 19 BVerfGE 194, 348-49: "in the Federal Republic of Germany, the principle of proportionality possesses constitutional status".

Da quest'ultimo punto di vista è emblematico il caso *Mephisto*, il quale aveva ad oggetto un divieto di procedere alla stampa, distribuzione e pubblicazione di un libro il cui protagonista era ispirato dal defunto padre di colui che chiedeva il divieto²⁹⁰. A detta di quest'ultimo, il personaggio era facilmente riconducibile a suo padre, ma procedeva a pesante caricaturizzazione, ritenuta dannosa per l'immagine e l'onore. L'autore, pertanto, ricorreva alla Corte costituzionale, ritenendo che il divieto fosse contrario alla libertà di arte e di scienza. La Corte ha riconosciuto che quest'ultima, tutelata dall'art. 5, par. 3, della Legge fondamentale, "is absolute"²⁹¹, in assenza di una clausola di limitazione. Nonostante ciò, ha affermato che "there are limits to this freedom"²⁹²; pur se non suscettibile di limitazioni a mezzo di leggi ordinarie, delle limitazioni possono essere rintracciate "within the Constitution itself"²⁹³, cioè in caso di conflitto con altri valori di rango costituzionale²⁹⁴. Nel determinare il rapporto tra libertà di espressione artistica e tutela della dignità umana e della personalità, la Corte costituzionale federale ha riconosciuto che è necessario procedere a "weighing all the circumstances of a given case"²⁹⁵. In particolare, la pubblicazione dell'opera sarà vietata (ledendo in modo rilevante tale interesse) nel caso in cui essa produca un *grave pregiudizio* alla sfera privata della persona²⁹⁶, con ciò richiamando ancora una volta l'idea di un rapporto di proporzionalità tra la lesione di uno dei valori e la tutela apportata a quello confliggente.

La Corte ha adottato il medesimo approccio anche in altri casi relativi a diritti garantiti incondizionatamente dal dettato costituzionale. A tal riguardo, un caso relativo alla libertà di religione dimostra anche come dal bilanciamento possa derivare la concreta

²⁹⁰ Corte costituzionale federale tedesca, 24 febbraio 1971, *Mephisto*, 30, BverfGE 173, p. 193 (traduzione di T. WEIR, in P. SCHLECHTRIEM, B. MARKESINIS e S. LORENZ (eds.), *German Law Archive*, cit.).

²⁹¹ Ivi, par. 4: "the clear terms of that provision foredoom any attempt to limit it, whether by narrowing the idea of art in the light of one's value judgment or by extending or invoking the limitations applicable to other constitutional provisions".

²⁹² Ivi, par. 5.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ A detta della Corte costituzionale, i giudici avevano adeguatamente preso in considerazione il fatto che il libro costituiva un'espressione artistica; allo stesso tempo, avevano tenuto conto del fatto che, essendo l'interessato ormai deceduto, la tutela dell'immagine e della reputazione hanno una minore rilevanza. Ciononostante, la Corte ha ritenuto che, data la gravità del pregiudizio arrecato a tali valori (essenziali) di rango costituzionale (tra cui la dignità umana), il bilanciamento propendesse in ogni caso per la loro tutela: "Only after carefully weighing all the facts of individuals cases can one decide whether an artistic presentation's utilization of personal data threatens such a grave encroachment upon the protected private sphere of the person it describes that could preclude publication of the work. It must be taken into account whether and to what extent the 'image' [...] appears as so independent from the 'original' that the individual, personal-intimate aspects have been rendered objective in favor of the general, symbolic character of the 'figure'. If such a study [...] reveals that the artist has given or even wanted to give a 'portrait' of the 'original', then the answer depends on the extent of artistic abstraction or the extent and importance of the 'falsification' of the reputation or memory of the person concerned" (la traduzione in inglese di questo estratto della sentenza è di D.P. KOMMERS e R.A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Of Germany*, cit., p. 360).

regola applicabile al caso²⁹⁷, in presenza di lacune presenti nell'ordinamento²⁹⁸. La pronuncia *Religious Oath Refusal* riguardava un pastore della Chiesa evangelica condannato in quanto, chiamato a testimoniare in giudizio, aveva rifiutato per motivi religiosi il giuramento. La Corte ha rilevato che, pur garantita incondizionatamente, la libertà religiosa può essere limitata per tutelare un interesse costituzionalmente protetto²⁹⁹, quale l'effettiva amministrazione della giustizia. Tuttavia, dato che il medesimo risultato avrebbe potuto essere raggiunto con altri mezzi, la Corte costituzionale federale ha ritenuto che il legislatore fosse tenuto a predisporre delle misure alternative al giuramento ma ha aggiunto che, fino a quando non lo avesse fatto, il testimone sarebbe stato legittimato a rifiutare il giuramento.

Infine, una pronuncia di poco più recente merita di essere menzionata, in quanto ha in gran parte fondato la teorizzazione del giudizio di proporzionalità da parte di Alexy. Il caso *Lebach* riguardava un individuo condannato come complice di un grave crimine, che aveva avuto risalto mediatico³⁰⁰. Poco prima del termine della pena, un documentario menzionava il suo coinvolgimento nella commissione del crimine. Egli ne aveva pertanto richiesto il divieto di diffusione, ritenendo che violasse il suo diritto alla risocializzazione al seguito dell'espiazione della pena, ma il produttore invocava la libertà di espressione. La Corte costituzionale federale ha riconosciuto l'esistenza di un conflitto tra valori – tra la sfera della personalità del ricorrente, da un lato, e il diritto all'informazione, dall'altro³⁰¹ – così come l'impossibilità di determinare quale prevalga *in abstracto*. Il conflitto doveva, pertanto, essere risolto *in concreto*, sulla base di un bilanciamento³⁰². Nella pronuncia, la Corte ha chiarito che il giudizio di proporzionalità richiede di prendere in considerazione l'intensità della lesione a uno degli interessi, da un lato, e l'importanza

²⁹⁷ Corte costituzionale federale tedesca, 11 aprile 1972, *Religious Oath Refusal*, 33 BverfGE 23, p. 29. La traduzione dei più rilevanti estratti della sentenza è disponibile in D.P. KOMMERS e R.A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Of Germany*, cit., pp. 546-550.

²⁹⁸ Sul punto, si veda più ampiamente *infra*, Sez. 2.4.4.1.

²⁹⁹ Ivi, p. 29: “[t]he Constitution grants the right of religious freedom unreservedly. [...] Its limits may be drawn only by the Constitution itself; that is according to the directives of the constitutional value order and the unity of this fundamental value system. [...] This freedom is granted them as long as they do not contradict other values of constitutional rank and their behavior does not palpably encroach upon the community or the fundamental rights of others”.

³⁰⁰ Corte costituzionale federale tedesca, 5 giugno 1973, *Lebach*, 30, BverfGE 35, p. 202 (Traduzione di T. WEIR, in P. SCHLECHTRIEM, B. MARKESINIS e S. LORENZ (eds.), *German Law Archive*, cit.).

³⁰¹ *Ibidem*: “[...] several fundamental rights affect the application of private law and [...] they lead in opposite directions. The right to one’s personality [...] conflicts with the freedom of broadcasting stations to provide information”.

³⁰² *Ibidem*: “the pre-eminent importance of the right to the free development and respect of personality which follows from its close connection with the supreme value enshrined in the Constitution, i.e. human dignity, demands that any intrusion [...] which may appear necessary to protect such interest, must always be balanced against the protective rule laid down in Art. 2, paragraph 1, in conjunction with Art. 1, paragraph 1, of the Constitution. Accordingly, it must be determined in the individual case by weighing the particular interests whether the pursuit of the public interest merits precedence generally and having regard to the features of the individual case, whether the proposed intrusion of the private sphere is required by this interest in this form and extent, and whether it is commensurate with the importance of the case”.

dell'interesse contrapposto, dall'altro lato, anche allo scopo di determinare se quest'ultimo possa essere realizzato senza ledere, o ledendo in misura minore, il primo³⁰³. Esso è volto a garantire la massimizzazione della protezione dei due interessi³⁰⁴: la lesione di un interesse è giustificata solo nella stretta misura in cui è funzionale a perseguire l'altro³⁰⁵.

2.2.1.3. Le critiche al giudizio di proporzionalità

Nonostante, come si è visto, in ambito tedesco il giudizio di proporzionalità si sia saldamente affermato, esso non è andato esente da critiche. Secondo parte della dottrina, in particolare, il giudizio di proporzionalità non sarebbe un 'legal method' ma, distinguendosi dall'approccio sillogistico proprio del ragionamento giuridico, e in virtù del rinvio a valori o interessi sociali, andrebbe qualificato come attività di natura umanistica³⁰⁶. Tali critiche sottolineano peraltro il potere quasi creativo che il giudizio di proporzionalità assegna al giudice, e contestano la pretesa trasformazione dello Stato di diritto in Stato di bilanciamento ove al giudice è attribuito un potere eccessivo (*Abwägungsstaat*)³⁰⁷.

Tuttavia, nell'opinione dei suoi sostenitori il giudizio di proporzionalità si è sviluppato come una tecnica essenzialmente (o asseritamente) formalistica, volta all'interpretazione e applicazione del testo costituzionale³⁰⁸ sulla base di un approccio "scientifico" basato sulla teoria dei diritti come valori e volto a risolvere i conflitti tra questi sulla base di un ordinamento di valori oggettivi (*objective Wertordnung*). La Corte

³⁰³ *Ibidem*: "the required weighing of interests must take into account *the intensity of the infringement of the personal sphere* [...]; on the other hand, the [conflicting] interest [...] must be assessed and examined as to *whether and to what extent it can be satisfied even without any interference* – or a less far-reaching interference – with the protection of personality" (corsivo aggiunto).

³⁰⁴ *Ibidem*: "The importance of the right to personality [...] requires not only that account must be taken of the sacrosanct innermost personal sphere [...] but also a strict regard for the principle of proportionality. The invasion of the personal sphere is limited to the need to satisfy adequately the interest to receive information, and the disadvantages suffered by the culprit must be proportional to the seriousness of the offence or to its importance otherwise for the public".

³⁰⁵ Nel caso concreto sottoposto alla Corte, ciò implicava che "when the interest in receiving information has been satisfied, [the] right 'to be left alone' gains increasing importance in principle". Il momento in cui la personalità torna a prevalere dipende, ancora una volta, da tutte le circostanze del caso. Così, la Corte ha preso atto del fatto che, trattandosi di un crimine risalente, non vi era un interesse attuale alla diffusione della notizia. Di conseguenza, anche alla luce dell'interesse del ricorrente alla risocializzazione, la tutela della personalità doveva ritenersi prevalente.

³⁰⁶ E. FORSTHOFF, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in E. FORSTHOFF (ed.), *Rechtsstaat im Wandel*, 1959, pp. 144 ss.: "legal science destroys itself when it does not adhere stringently to the position that legal interpretation is the determination of the correct deduction in the sense of syllogistic reasoning". (traduzione di J. BOMHOFF, *Genealogies of Balancing as a Discourse*, cit., p. 135).

³⁰⁷ A. VESPAZIANI, *Interpretazioni e bilanciamento dei diritti fondamentali*, 2002, Padova, CEDAM, p. 74.

³⁰⁸ V. M. COHEN ELIYA e I. PORAT, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, cit., p. 274, secondo cui i giudici tedeschi "regarded themselves as acting within the framework of the formalist tradition of German law, which considered itself an autonomous, complete and logical system of concepts and rules that contained within it solutions for all the cases that came before it".

costituzionale federale tedesca, in particolare, non sembra essere stata eccessivamente influenzata dalla Scuola della “giurisprudenza degli interessi” (*Interessenjurisprudenz*), sviluppata nella stessa Germania nei primi decenni del Ventesimo secolo. Quest’ultima è nata come reazione al formalismo dalla giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*) di Puchta e Windscheid, ma anche in contrasto all’approccio più radicale della *Free Law School* (*Freirechtschule*)³⁰⁹. La giurisprudenza degli interessi aveva un focus particolare sul problema delle lacune nel diritto³¹⁰, e vedeva nel bilanciamento una tecnica di *accertamento* (*law-finding*) del medesimo. Essa proponeva, in particolare, il ricorso al bilanciamento come una forma di “methodological use of the analysis of interests in order to fill gaps in the law”³¹¹. Tale corrente, quindi, attribuiva agli interessi una funzione di “produzione” normativa. Allo stesso tempo, tuttavia, essa si proclamava neutrale da un punto di vista valoriale, ideologico, filosofico e politico³¹².

2.2.2. Il bilanciamento di interessi nella giurisprudenza statunitense

Lo slancio antiformalistico delle scuole ora menzionate rimanda invece al contesto, radicalmente diverso, in cui si è sviluppata la tecnica del bilanciamento di interessi statunitense³¹³. Quest’ultimo è emerso nel diritto privato, e solo successivamente è stato recepito nella giurisprudenza sui diritti fondamentali della Corte suprema statunitense e, più ampiamente, nel diritto costituzionale. Ciò in ragione di una serie di contingenze. In primo luogo, la Costituzione degli Stati Uniti contiene disposizioni estremamente generiche e laconiche, la cui applicazione ai casi concreti richiede un importante sforzo

³⁰⁹ P. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, tradotto in M. MAGDALENA SCHOCH e L.L. FULLER (eds.), *The Jurisprudence of Interests. Selected Writings of Max Rümelin, Philip Heck, Paul Oertmann, Heinrich Stoll, Julius Binder, Hermann Isay*, 1948, Londra, Harvard University Press, pp. 108-109: “The fight against the Jurisprudence of Concepts is the starting point and one of the main contents of our doctrine”; “Our second front is directed against the theory of ‘Free Law’”.

³¹⁰ Ivi, p. 40: “the modern trend in legal thinking refuses to confine the judge to a mere cognitive function and rejects the methods of filling gaps in the law by means of classificatory concepts [...] the truth is that our laws are inadequate, incomplete, and sometimes contradictory”.

³¹¹ Ivi, p. 125, n. 16.

³¹² J. BOMHOFF, *Genealogies of Balancing as a Discourse*, cit., p. 127, secondo cui uno dei principali assunti di tale teoria è il seguente: “[w]e do not dream of dictating to the legal community which interests it must protect in preference to others. We want to serve all the interests which the legal community holds worthy of protection at a given time”.

³¹³ Esso è stato descritto come caratterizzato dai seguenti elementi: “antiformalism and antiabsolutism; [...] association with judicial restraint [balancing, they thought, was a prerogative of the legislature]; and, most importantly, [...] hostility to the preference for rights over interests and to the idea that rights are immune from public interest considerations” (M. COHEN ELIYA e I. PORAT, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, cit., p. 283). O ancora, come “a major break with the past, responding to the collapse of nineteenth century conceptualism and formalism [...] [an] attempt by the judiciary to demonstrate that it could reject mechanical jurisprudence without rejecting the notion of law” (A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., p. 949); infine, come “a new way to decide cases”, a “relative newcomer to American jurisprudence” e di “the *enfant terrible* of modern judging” (M. MCFADDEN, *The Balancing Test*, cit., p. 586).

interpretativo³¹⁴, e che non contengono clausole che consentono espressamente delle deroghe. In secondo luogo, agli inizi del secolo scorso si è diffusa negli Stati Uniti una nuova corrente dottrinale, la cd. *sociological jurisprudence*, che si contrapponeva alla giurisprudenza meccanica e formalistica, fondata sulla tecnica della “categorizzazione”³¹⁵ che aveva caratterizzato (e in gran parte caratterizza tutt’oggi) l’attività della Corte suprema³¹⁶. A differenza della giurisprudenza degli interessi in Germania, tuttavia, la giurisprudenza sociologica voleva promuovere un nuovo ideale di giustizia, volto a mettere sullo stesso piano diritti individuali e interessi collettivi³¹⁷. Così, già nel 1908 Pound sosteneva che i diritti costituzionali fossero interessi da bilanciare con altri interessi sociali³¹⁸ e che lo scopo dell’ordinamento giuridico, e del processo di revisione costituzionale in particolare, fosse quello di identificare e “pesare” tali interessi³¹⁹. Nel 1936 Stone aggiungeva che il giudice dispone di un certo margine di discrezionalità nell’identificare la norma da applicare, e che il suo compito fosse quello di realizzare “an appraisal and comparison of social values, the result of which may be of decisive weight in determining what rule he is to apply”³²⁰. La regola da applicare, come affermato da

³¹⁴ T. KOOPMANS, “The Roots of Judicial Activism”, in F. MATSCHER e H. PETZOLD (eds.), *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne. Mélanges en l’honneur de Gérard J. Warda*, 2eme Edition, 1990, Köln-Berlin-Bonn-München, pp. 317 ss., p. 317.

³¹⁵ Per una definizione, si rinvia a J. BLOCHER, *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis*, 2009(2) New York University Law Review, Vol. 84, pp. 375 ss., p. 381: “categoricalism [...] asks only whether the case falls inside certain predetermined, outcome-determinative, lines”. E ancora, secondo l’autore esso “allow the judge to transform some background value into a rule that will govern all subsequent cases inside the category without any further reference to the background principle or value. The creation of the category cuts off future adjudication from the underlying value and prohibits the reweighing of interests”.

³¹⁶ Corte suprema statunitense, *Marbury v. Madison*, 5. U.S. (1 Cranch) 137 (1803), secondo cui la revisione giudiziaria delle scelte del legislatore è un correttivo limitato di queste ultime. In Corte suprema statunitense, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), la Corte doveva pronunciarsi sulla legge relativa all’orario massimo di lavoro. Essa ha deciso sulla base del tradizionale metodo “concettuale” ponendosi la domanda: “is [the statute] within the police power of the State?”. Per rientrarvi, tale legge doveva perseguire uno scopo legittimo e i benefici per lo scopo legittimo dovevano essere più rilevanti della limitazione del diritto. Secondo A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., p. 951: “[t]his attention to the strength of the state’s interests was part of the process of categorization, not a balance of competing interests”.

³¹⁷ J. BOMHOFF, *Genealogies of Balancing as a Discourse*, cit., p. 126.

³¹⁸ R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, 1908(8) Columbia Law Review, Vol. 8, pp. 605 ss., p. 610.

³¹⁹ R. POUND, *A Survey of Social Interests*, 1943(1) Harvard Law Review, Vol. 57, pp. 1 ss., p. 39: “the law is as attempt to satisfy, to reconcile, to harmonize, to adjust [...] overlapping and often conflicting claims and demands, either through securing them directly and immediately, or through securing certain individual interests, or through delimitation or compromises of individual interests”.

³²⁰ H.F. STONE, *The Common Law of the United States*, 1936(1) Harvard Law Review, Vol. 50, pp. 4 ss., p. 10: “law is not an end, but a means to an end [...]; that the end is to be attained through the reasonable accommodation of law to changing economic and social needs, weighing them against the need of continuity of our legal system and the earlier experience out of which its precedents have grown; that within the limits lying between the command of statutes on the one hand and the restraints of precedents and doctrines, by common consent regarded as binding, on the other, the judge has liberty of choice of the rule which he applies, and that his choice will rightly depend upon the relative weights of the social and economic advantages which will finally turn the scales of judgment in favor of one rule rather than another. Within this area he performs essentially the function of the legislator, and in a real sense makes law”.

Holmes, dovrebbe essere individuata sulla base di tale continuo processo di contemperamento dei diversi interessi in conflitto tra loro³²¹. In tale affermazione è implicita l'attribuzione di una certa funzione di "creazione" giudiziale del diritto, che la Scuola sociologica non negava, ed anzi sosteneva apertamente³²².

2.2.2.1. I primi esempi nell'ambito del diritto privato

Come si è detto, il bilanciamento e la rilevanza dei "principi" e degli "interessi" come metodo di soluzione del caso concreto hanno fatto la propria apparizione, nell'esperienza statunitense, nell'ambito diritto privato. È infatti proprio su tale esperienza, e sui casi di seguito indicati, che si è in gran parte fondato Dworkin nel formulare la teoria "interpretativista" esposta più avanti e su cui la tecnica del bilanciamento in gran parte si fonda.

Emblematico, al riguardo, è la sentenza resa in *Riggs c. Palmer*, deciso dalla Corte d'appello di New York nel 1889³²³. In quel caso si trattava di stabilire se un soggetto potesse beneficiare della nomina testamentaria come erede nonostante avesse, proprio allo scopo di aprire la successione, assassinato il *de cuius*. Pur avendo accertato che il diritto successorio vigente prevedeva la devoluzione del patrimonio all'erede senza alcuna eccezione³²⁴, la Corte d'appello ha ritenuto che, alla luce dello scopo della norma, non potesse ritenersi che il legislatore intendesse ricomprendere nel campo di applicazione della stessa la situazione in oggetto tra quelle in cui tale effetto si produce. La norma, invece, doveva essere corretta "by an equitable construction"³²⁵; e se la situazione oggetto della controversia non è ricompresa nella *regola* formale sulla successione, è necessario fare ricorso ai principi³²⁶. Inoltre, a detta della Corte d'appello le leggi e i contratti "may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of common law", tra cui, nel caso di specie, il principio secondo cui

³²¹ Corte suprema statunitense, *Hudson County Water Co v. McCarter*, 209 U.S. 349 (1908), Opinione del giudice Holmes. Quest'ultimo affermava che i diritti costituzionali sono limitati "by the neighborhood of principles of policy which are other than those on which the particular right is founded, and which become strong enough to hold their own when a certain point is reached".

³²² H.F. STONE, *The Common Law of the United States*, cit., p. 10: "Within this area [of balancing competing interests] he [the judge] performs essentially the function of the legislator, and in a real sense makes law".

³²³ Corte d'appello di New York, 8 ottobre 1889, *Philo Riggs, ad Guardian ad litem et al (Appellant) v. Elmer E. Palmer et al (Respondents)*, 115 NY 506.

³²⁴ Ivi, 509: "It is quite true that statutes regulating the making, proof and effects of wills, the devolution of property, if literally construed, and if their force and effect can in no way and under any circumstances be controlled or modified, give this property to the murder".

³²⁵ Ivi, 510: "it said in Bacon: 'By an equitable construction, a case not within the letter of a statute is sometimes holden to be within the meaning, because it is within the mischief for which a remedy is provided. The reason for that construction is that the law-maker could not set down any case in express terms'".

³²⁶ C. TAPPER, *A Note on Principles*, 1971(2) *The Modern Law Review*, Vol. 34, pp. 628 ss., p. 632: "Principles thus appear to be standard to which judges may have recourse in the adaptation and application of rules to specific, but as yet unsettled, fact situations".

nessuno può trarre beneficio da un illecito³²⁷. A partire da tale principio, la Corte d'appello ha ricavato la regola risolutiva del caso, secondo cui un erede testamentario non può succedere al *de cuius* qualora sia esso l'assassino del medesimo. Nella motivazione del giudice statunitense manca, come è facile notare, l'impianto analitico che sorregge il ragionamento della Corte costituzionale federale tedesca. Esso è molto più esesiale: di fronte a un fatto che viene ritenuto non inquadrabile nell'ambito della regola esistente, il giudice ha individuato la nuova regola sulla base di un bilanciamento tra, da un lato, il principio della certezza delle relazioni giuridiche (che imporrebbe l'applicazione della regola sulla devoluzione del patrimonio all'autore del reato così come rinvenibile nell'ordinamento) e, dall'altro lato, il principio generale secondo cui nessuno può beneficiare delle conseguenze di un proprio illecito.

Nel caso, molto più recente, *Heningsen c. Bloomfield Motors*, si trattava di stabilire se un produttore di automobili potesse limitare contrattualmente la propria responsabilità per i difetti del veicolo, anche in relazione a vizi particolarmente gravi. In quel caso, il giudice ha preso in considerazione due principi contrapposti. Da un lato, quello secondo cui, in assenza di frode, chi ha firmato un contratto è vincolato da quanto esso prevede (il principio della libertà contrattuale); dall'altro lato, il principio secondo cui i tribunali non possono essere utilizzati come strumento di iniquità e ingiustizia. Sulla base di ciò, è stato riconosciuto che il costruttore non era liberato, in virtù del contratto, dalla propria responsabilità nel caso di danni abnormi, nonostante formalmente il principio della libertà contrattuale, per come formulato, non incontrasse alcuna eccezione espressa.

2.2.2.2. L'emersione nella giurisprudenza sul Primo emendamento

Nella giurisprudenza statunitense l'applicazione delle norme costituzionali sui diritti fondamentali tramite la tecnica del bilanciamento è volta a superare la rigidità del testo costituzionale del 1787³²⁸, che non ammette espressamente la possibilità di limitarli³²⁹. I

³²⁷ Corte d'appello di New York, *Philo Riggs*, cit.: "No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong [...]. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in universal law administered in all civilized countries" (*nemo auditur propriam allegans*).

³²⁸ I primi dieci Emendamenti, che costituiscono il cd. *Bill of Rights*. S. GARDBAUM, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, cit., pp. 392 ss., ritiene che l'assenza di clausole di limitazione sia la principale ragione del diverso approccio statunitense rispetto al giudizio di proporzionalità per come consolidatosi nell'esperienza tedesca.

³²⁹ Ma si consideri che ben prima di adottare un approccio fondato sul bilanciamento la Corte aveva ritenuto che l'incorporazione dei diritti fondamentali nel *Bill of rights* portasse con sé, implicitamente, le eccezioni generalmente riconosciute alla tutela di quei diritti. Si veda, sul punto, Corte suprema statunitense, *Robertson v. Baldwin*, 334 U.S. 275 (1897), 281: "The law is perfectly well settled that the first ten amendments to the Constitution, commonly known as the Bill of Rights, were not intended to lay down any novel principles of government, but simply to embody certain guaranties and immunities [...] which had from time immemorial been subject to certain well-recognized exceptions arising from the necessities of the case. In incorporating these principles into the fundamental law there was no intention of disregarding the exceptions, which continued to be recognized as if they had been formally expressed".

primi casi rilevanti sono rinvenibili tra la fine degli anni '30 e gli inizi degli anni '40. In essi, relativi al Primo emendamento, che garantisce la libertà di espressione³³⁰, la Corte suprema ha cominciato a far riferimento al bilanciamento, sia pur senza abbandonare completamente il precedente approccio della categorizzazione³³¹.

Nel caso *Schneider* la Corte suprema si è pronunciata sulla legittimità di una norma che proibiva la distribuzione di volantini per le strade³³². Essa ha riconosciuto che “[a]lthough a Municipality may enact regulations *in the interest of* the public safety [...] these may not abridge the individual liberties secured by the Constitution of those who wish to speak, write, print or circulate information”³³³. Trattandosi di un diritto di *importanza fondamentale* per il funzionamento delle istituzioni democratiche, esso non può essere limitato sulla base di motivazioni di mera opportunità, ma solo in virtù di “substantial reasons” ritenute, alla luce delle circostanze del caso, prevalenti sul diritto stesso³³⁴. Dopo aver notato che la norma in questione non introduceva una mera regolamentazione dell’attività, ma un divieto assoluto, e preso atto della finalità perseguita (prevenire l’accumulazione di rifiuti), la Corte suprema ha quindi ritenuto che “th[at] purpose [...] is insufficient to justify an ordinance which prohibits a person rightfully on a public street from hanging literature to one willing to receive it”, anche in considerazione dell’esistenza di misure alternative a tal fine, come ad esempio la punizione di coloro che *effettivamente* gettassero rifiuti per le strade³³⁵.

Il caso *Chaplinsky* del 1942 riguardava invece una legge che imponeva una sanzione penale a carico di chi, in pubblico, rilasciasse dichiarazioni offensive³³⁶. Esso dimostra come il bilanciamento sia, per la Corte suprema statunitense, un metodo volto a determinare il campo di applicazione della disposizione costituzionale sulla libertà di espressione³³⁷. Infatti, essa ha ritenuto che, in ragione della prevalenza dell’interesse della

³³⁰ Costituzione degli Stati Uniti, I emendamento: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

³³¹ Secondo tale approccio, se una forma di manifestazione del pensiero viene considerata come ricompresa nell’ambito della tutela fornita dal Primo emendamento, essa non può essere limitata. Sulla fusione tra l’approccio categorico e il bilanciamento, si veda J. BLOCHER, *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis*, cit., p. 397: “This blending of categorical and balancing approaches is representative of First Amendment doctrine more generally”.

³³² Corte suprema statunitense, *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939).

³³³ Ivi, 160 (corsivo aggiunto).

³³⁴ Ivi, 161: as cases arise, the delicate and difficult task falls upon the courts to weigh the circumstances and appraise the substantial reasons advanced in support of the regulation of the free enjoyment of rights.

³³⁵ Ivi, 162.

³³⁶ Corte suprema statunitense, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

³³⁷ Si tratta di quell’approccio che viene generalmente definito come *definitional balancing*, in quanto determina il campo di applicazione materiale di una disposizione e, quindi, i fatti e le condotte che vi rientrano e quelli che invece ne sono esclusi. Sul punto, si veda ad esempio Corte suprema statunitense, *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957): “[a]ll ideas having even the slightest redeeming social importance – unorthodox ideas, controversial issues, even ideas hateful to prevailing climate of opinion – have the full protection of the [First Amendment] guarantees, unless excludable because they encroach

moralità, le dichiarazioni offensive non sono coperte dalla libertà di manifestazione del pensiero³³⁸. Il linguaggio utilizzato – che fa riferimento allo “slight social value” delle dichiarazioni offensive, il quale è invece “clearly outweighed” dal valore contrapposto – rimanda alla terza fase del giudizio di proporzionalità, e cioè a una valutazione costi-benefici della rispettiva protezione dell’uno e dell’altro interesse.

Che il bilanciamento svolga la funzione di determinare il contenuto e il campo di applicazione del diritto riconosciuto dalla disposizione costituzionale è confermato da successivi casi. In particolare, la Corte suprema statunitense, nei casi in materia di pornografia³³⁹ e pedopornografia³⁴⁰, ha affermato di aver sviluppato la propria giurisprudenza sulla base di una “accommodation between the State’s interest in protecting the ‘sensibilities of unwilling recipients’ [...] and the dangers of censorship”³⁴¹. Essa ha quindi sostenuto che quelle condotte, alla luce del bilanciamento degli interessi e della prevalenza di interessi contrasti (la moralità, nel primo caso, il benessere dei minori, nel secondo), non sono coperte dalla norma costituzionale sulla libertà di espressione.

Anche il caso *Dennis* è emblematico al riguardo. Esso riguardava i leader del Partito comunista negli Stati Uniti, condannati per cospirazione e diffusione di idee sovversive³⁴². La fattispecie criminosa, ha rilevato la Corte suprema, perseguiva lo scopo di proteggere “existing Government [...] from change by violence, revolution and terrorism”³⁴³. Il problema era stabilire se i mezzi utilizzati fossero compatibili con la libertà di espressione e con il principio del *due process of law*. Al riguardo, la Corte suprema ha constatato che la norma non vietava qualsiasi tipologia di ricerca e insegnamento aventi ad oggetto il marxismo-leninismo, ma solo il sostegno pubblico

upon the limited are of more important interests. [...] We hold that obscenity is not within the area of constitutionally protected speech or press” (484-85). Dunque, l’esistenza di interessi contrastanti ritenuti di maggiore rilevanza non costituisce una circostanza che giustifica una limitazione della libertà di espressione, bensì determina che una specifica forma di manifestazione del pensiero non sia protetta da tale libertà.

³³⁸ Corte suprema statunitense, *Chaplinsky v. New Hampshire*, cit., 571-72: “[t]here are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which has never been thought to raise any constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting of ‘fighting’ words, those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, are of such a slight social value as a step to truth that *any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality*” (corsivo aggiunto).

³³⁹ Corte suprema statunitense, *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

³⁴⁰ Corte suprema statunitense, *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982) 759: “[w]hen a definable class of material [...] bear so heavily and pervasively on the welfare of children engaged in its production, we think that the balance of competing interests is clearly struck, and it is permissible to consider these materials as without the protection of the First Amendment”.

³⁴¹ Ivi, 756.

³⁴² Corte suprema statunitense, *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

³⁴³ Ivi, 501. La Corte riconosce anche l’estrema rilevanza dell’interesse perseguito: “Overthrow of the Government by force and violence is certainly a substantial enough interest for the Government to limit speech”.

delle relative idee. Il bilanciamento tra gli interessi imponeva quindi che la limitazione della libertà potesse considerarsi ammissibile, ma solo ove dal suo esercizio derivasse un *pericolo concreto* per l'interesse perseguito dal Governo³⁴⁴. Rilevante è anche l'opinione concorrente resa dal giudice Frankfurter secondo cui, nel caso, si contrapponevano la libertà dei ricorrenti di diffondere idee e teorie politiche, e il diritto/obbligo del Governo di proteggere la Nazione³⁴⁵. Quest'ultimo, prosegue l'opinione, non è assoluto, bensì “subject to applicable constitutional limitations”, tra cui quelle derivanti dall'esercizio della libertà di espressione, a sua volta limitata se esercitata abusivamente³⁴⁶. Il rapporto tra le due, quindi, non poteva che essere trovato in un bilanciamento degli interessi³⁴⁷. Tuttavia, l'opinione di Frankfurter ammonisce sui rischi di un eccessivo attivismo giudiziario nell'effettuare un bilanciamento tra confliggenti interessi politici, economici e sociali; bilanciamento che, in principio, compete al legislatore³⁴⁸. A tal riguardo, afferma che la Corte non è un legislatore e “direct policymaking is not [its] province”. Il miglior bilanciamento di interessi deve essere realizzato dal legislatore; alla Corte spetta verificare che esso non sia iniquo, in mala fede, irragionevole.

2.2.2.3. L'estensione alla giurisprudenza sulla *equal protection clause*

Il bilanciamento è stato poi esteso alla giurisprudenza della Corte suprema statunitense relativa ad altri diritti costituzionalmente garantiti. La giurisprudenza sulla *equal protection clause* – di cui al Quattordicesimo emendamento, che dispone che “[no State shall] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” – è particolarmente emblematica. In tale ambito la Corte suprema non adotta l'approccio definitorio di cui sopra ma, in modo simile alla Corte costituzionale tedesca, analizza la legittimità di una disparità di trattamento. Dopo aver determinato su quale motivo si fonda la disparità, procede a un bilanciamento, ma sulla base di diversi criteri. Essa distingue tra: (i) lo *strict scrutiny*, il quale viene applicato quando i motivi del trattamento differenziato attengano a interessi fondamentali (come la razza); (ii) l'*intermediate*

³⁴⁴ Ivi, 510: “in each case [courts] must ask whether the gravity of the ‘evil’, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger”.

³⁴⁵ Corte suprema statunitense, *Dennis v. United States*, cit., cit., Opinione del giudice Frankfurter: “Our judgment is thus solicited on a conflict of interests of the utmost concern for the well-being of the country. This conflict of interests cannot be resolved by a dogmatic preference for one or the other, nor by a sonorous formula which is in fact only a euphemistic disguise for an unresolved conflict. If adjudication is to be a rational process, we cannot escape a candid examination of the conflicting claims with full recognition that both are supported by weighty title-deeds”.

³⁴⁶ Ivi, 523.

³⁴⁷ Ivi, 524-25: “Absolute rules would inevitably lead to absolute exceptions, and such exceptions would inevitably corrode the rules. The demands of free speech in a democratic society as well as the interest in national security are better served by candid and informed weighting of the competing interests, within the confines of the judicial process, that by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidean problems to be solved”.

³⁴⁸ Ivi, 525-26.

scrutiny, che viene applicato a disparità introdotte sulla base del genere; e (iii) il *rationally related test*, applicato in tutte le altre ipotesi. In sostanza, già la scelta tra un test e l'altro costituisce una prima operazione di bilanciamento³⁴⁹, poiché a seconda del test scelto l'interesse pubblico che giustifica il trattamento differenziato deve rivestire un'importanza maggiore o minore³⁵⁰.

Il test dello *stretto scrutinio* viene realizzato in caso di misure che introducano differenze di trattamento sulla base della razza o dell'origine nazionale³⁵¹. In tale caso la misura deve risultare necessaria e “*narrowly tailored to achieve a compelling government interest*”³⁵². Dunque, la Corte suprema procede ad esaminare l'importanza dell'interesse che giustifica la misura (che deve essere particolarmente elevata), e a verificare che si sia realizzato il grado minimo possibile di limitazione dell'interesse sacrificato. Anche se non viene utilizzato espressamente il linguaggio del bilanciamento, è stato sostenuto che tale ragionamento implica almeno le prime due fasi del giudizio di proporzionalità³⁵³; secondo altri, l'analisi di proporzionalità in senso stretto sarebbe da considerarsi implicita³⁵⁴. Nell'ambito dello *scrutinio intermedio*, invece, una misura è compatibile con la disposizione costituzionale se risulta “*substantially related to [the achievement of] an important governmental interest*”³⁵⁵. Deve dunque sussistere, anche in questo caso, un rapporto funzionale tra la misura, che deve contribuire al perseguimento di un obiettivo pubblico, e quest'ultimo, che deve essere quanto meno qualificabile come importante. Nell'ultimo test la misura supera lo scrutinio se risulta “*rationally related to a legitimate state interest*”³⁵⁶ (razionalmente connessa al perseguimento di uno scopo legittimo). Come è stato rilevato, la razionalità implica che deve sussistere “*at least a minimal relevant difference between those who are and those who are not burdened by the law*”³⁵⁷. Si tratta, quindi, di un giudizio di ragionevolezza della misura.

2.2.2.4. La ripartizione di competenze alla luce della *dormant commerce clause*

La Corte suprema statunitense ricorre al bilanciamento anche in materie diverse dalla tutela dei diritti fondamentali. Una di questa è la disciplina del commercio e, in

³⁴⁹ *Equal Protection: A Closer Look at Closer Scrutiny*, 1978(5) Michigan Law Review, Vol. 76, pp. 771 ss., p. 869: “the Court balances [...] when it selects one of the three different tests”.

³⁵⁰ Ivi, p. 870: “the progression from the first test to the third parallels the model in requiring closer fit and greater governmental interest as the personal interest becomes more fundamental”.

³⁵¹ Corte suprema statunitense, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) 216: “pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can”.

³⁵² Corte suprema statunitense, *Wengler v. Druggist Mutual Ins. Co.*, 446 U.S. 142 (1980) 150.

³⁵³ G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, cit., p. 54.

³⁵⁴ M. COHEN-ELIYA e I. PORAT, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, cit., p. 386.

³⁵⁵ Corte suprema statunitense, *Wengler v. Druggist Mutual Ins. Co.*, cit., 150 (relativo a una legge che introduceva una disparità di trattamento fondata sul genere).

³⁵⁶ Corte suprema statunitense, *Shweiker v. Wilson*, 450 U.S. 221 (1981).

³⁵⁷ *Equal Protection: A Closer Look at Closer Scrutiny*, cit., p. 870.

particolare, la ripartizione delle competenze tra Stato federale e Stati federati³⁵⁸. Al contrario, la Corte costituzionale federale tedesca ha rifiutato di ricorrere al giudizio di proporzionalità in materia di distribuzione di competenze tra Stato federale e *Länder* (anche se tale approccio sembra mutato di recente³⁵⁹), mentre lo applica in relazione alla ripartizione delle competenze con l'Unione europea³⁶⁰.

L'art. I, sez. 8, della Costituzione statunitense conferisce al Congresso il potere di “regulate commerce with foreign nations, and among the several States [...]”. Agli Stati federati non è precluso adottare leggi in materia, ma la Costituzione non disciplina il rapporto tra il potere del Congresso e quello degli Stati federati nei casi in cui non siano state adottate leggi federali e, dunque, quando la competenza spetti ancora ai singoli Stati. Tale *lacuna* è stata colmata della Corte suprema con dottrina della *dormant commerce clause*, che tende a realizzare un contemperamento tra l'autonomia degli Stati nell'adottare leggi in materia, nel perseguimento dei propri interessi, e l'interesse dello Stato federale a tutelare l'economia complessiva.

Il primo esempio in cui la Corte suprema ha utilizzato la tecnica del bilanciamento in tale ambito è il caso *Southern Pacific Co.*³⁶¹, riguardante una legge dell'Arizona sulle ferrovie. Nel verificarne la compatibilità con gli interessi nazionali, la Corte suprema ha considerato che “[it] imposes a serious burden on the interstate commerce”³⁶². Per tale ragione, era necessario determinare se lo scopo fosse sufficientemente rilevante da superare l'interesse statale all'assenza di barriere al commercio tra i diversi Stati federati³⁶³. A tal fine, ha preso in considerazione tutte le circostanze del caso e, in particolare, l'efficacia della misura nel perseguire lo scopo, rilevando come la legge contribuisse solo marginalmente a garantire la sicurezza del traffico ferroviario³⁶⁴.

³⁵⁸ MATHIS, *Balancing and Proportionality in US Commerce Clause Cases*, 2008(3) Legal Issues of Economic Integration, Vol. 35, pp. 273 ss.

³⁵⁹ L'art. 70 della Legge fondamentale prevede che i *Länder* abbiano competenza legislativa generale, limitata dall'esplicita attribuzione di espresse competenze allo Stato federale (in questo caso, la Corte ricorre al giudizio di *necessità*). L'art. 28, par. 2, della Legge fondamentale, protegge la “municipal autonomy”; rispetto al esso la Corte procede a un vero e proprio giudizio di proporzionalità. Si veda N. PETERSEN e K. CHATZIATHANASIOU, *Balancing Competences? Proportionality as an Instrument to Regulate the Exercise of Competences after the PSPP Judgment of the Bundesverfassungsgericht*, 2021(2) European Constitutional Law Review, Vol. 17, pp. 314 ss., pp. 326 ss.

³⁶⁰ Corte costituzionale federale tedesca, 12 ottobre 1993, *Maastricht*, 89 BverfGE 155, 212. Più di recente, BVerfG, 5 maggio 2020, *PSPP II*, 2 BvR 859/15 (in cui la Corte ha ritenuto che la Banca centrale europea deve bilanciare gli effetti economici di una politica monetaria con le conseguenze economiche che ne derivano; l'assenza di tale giudizio di proporzionalità da parte della BCE è stato considerato come indice del perseguimento di scopi ulteriori, e illeciti, rispetto alla politica monetaria).

³⁶¹ Corte suprema statunitense, *Southern Pacific Co. v. Arizona*, 325 U.S. (1945) 761.

³⁶² Ivi, 773.

³⁶³ Ivi, 775: “The decisive question is whether in the circumstances the total effect of the law as a safety measure in reducing accidents and casualties is so slightly or problematical as not to outweigh the national interest in keeping interstate commerce free from interferences which seriously impede it and subject it to local regulation which does not have a uniform effect in the interstate train journey which it interrupts”.

³⁶⁴ Ivi, 779: “the [...] Law, viewed as a safety measures, affords at most slight and dubious advantage, if any, over unregulated train lengths”.

Quindi, alla luce della restrizione considerevole che produceva sul commercio interstatale, la Corte ha concluso che l'interesse al commercio interstatale prevalesse (*outweighs*) su quello dell'Arizona alla sicurezza del traffico ferroviario³⁶⁵.

Nel caso *Pike v. Bruce Church Inc.* la stessa Corte suprema ha riconosciuto che, in questa materia, “[o]ccasionally [it] has candidly undertaken a balancing approach”³⁶⁶. Nei casi successivi esso è stato consolidato, distinguendo due diverse ipotesi: quelle in cui le misure statali incidono in modo *non discriminatorio* sul commercio interstatale, e quelle in cui si tratti, invece, di misure *discriminatorie*. L'approccio relativo alle *misure non discriminatorie* è quello seguito nello stesso caso *Pike*, ove la Corte suprema ha valutato se la misura perseguisse un interesse legittimo, ledendo solo incidentalmente l'interesse al commercio interstatale; successivamente ha verificato se, nonostante l'incidenza minima sul commercio interstatale, la misura fosse giustificabile alla luce del contributo che apportava alla realizzazione dell'interesse locale, della natura di quest'ultimo, e della possibilità di adottare misure meno restrittive³⁶⁷. Nel caso concreto, essa ha ritenuto che lo scopo fosse troppo tenue per giustificare il considerevole dispendio economico (“clearly excessive in relation to the [...] benefit”³⁶⁸) che ne derivava³⁶⁹. È interessante notare che se si compara tale approccio a quello della Corte costituzionale federale tedesca, emerge che la Corte suprema ha, di fatto, realizzato le tre fasi del giudizio di proporzionalità³⁷⁰. Quando si tratti di *misure discriminatorie* di restrizione al commercio interstatale, la Corte adotta un approccio parzialmente differente³⁷¹ e omette di realizzare un vero e proprio bilanciamento. In questo caso è lo Stato a dover dimostrare che la misura “server a legitimate local purpose”, il quale non può essere realizzato mediante misure non discriminatorie³⁷². L'analisi, dunque, si arresta alla fase della necessità³⁷³.

³⁶⁵ Ivi, 783-83: “the state interest is outweighed by the interest of the national in an adequate, economical and efficient transportation service, which must prevail”.

³⁶⁶ Corte suprema statunitense, *Pike v. Bruce Church Inc.*, 397 U.S. 137 (1970), 142.

³⁶⁷ *Ibidem*: “Where the [state’s] statute regulated even handedly to effectuate a legitimate local public interest, and its effects on interstate commerce are only incidental, it will be upheld unless the burden imposed on such commerce is clearly recessive in relation to the putative local benefits [...]. If a legitimate local purpose is found, then the question becomes one of degree. And the extent of the burden that will be tolerated will of course depend on the nature of the local interest involved, and on whether it could be promoted as well with a lesser impact on interstate activities”

³⁶⁸ Ivi, 145: “Even when the State is pursuing a clearly legitimate local interest, this particular burden on commerce has been declared to be virtually per se illegal”.

³⁶⁹ Ivi, 146: “an incidental consequence of a regulatory scheme could perhaps be tolerated if a more compelling state interest were involved. But here the State’s interest is minimal at best [...]”.

³⁷⁰ G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, cit., sostiene, invece, che la Corte avrebbe realizzato solo la prima e la terza fase, omettendo di considerare che la Corte suprema dà per presupposto che la lesione dell'interesse al commercio interstatale debba essere soltanto “incidental”.

³⁷¹ Corte suprema statunitense, *Maine v. Taylor*, 477 U.S. 131 (1986), 138.

³⁷² *Ibidem*: “once a state law is shown to discriminate against interstate commerce ‘either on its face or in practical effect’, the burden falls on the State to demonstrate both that the statute ‘serves legitimate local purposes’, and that this purpose could not be served as well by nondiscriminatory means”.

³⁷³ Corte suprema statunitense, *Kassel v. Consolidated Freightways Corp.*, 540 U.S. 662 (1981).

2.2.2.5. Il rapporto tra bilanciamento e proporzionalità in ambito statunitense

La Corte suprema statunitense non ha mai invocato espressamente il principio di proporzionalità. Ciò ha indotto alcuni autori a sostenere che tale ordinamento sarebbe uno dei pochi ad essere rimasto “immune” dal suo progressivo recepimento³⁷⁴. Secondo altri, invece, “[the] Court [is] shy about using the term [but] follows the rule in substance”³⁷⁵.

Il rapporto tra bilanciamento statunitense e giudizio di proporzionalità “europeo” è stato oggetto di dibattito all’interno della stessa Corte suprema. Ne è esempio il caso *Columbia v. Heller*, avente ad oggetto una legge che sanzionava penalmente il possesso di pistole non registrate, proibendone la registrazione. Un membro delle forze di polizia cui la licenza era stata negata invocava il Secondo emendamento, secondo cui “[a] well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms shall not be infringed”. Quest’ultimo, per come interpretato nella giurisprudenza, garantisce un diritto individuale di possedere armi, e un diritto di utilizzarle per scopi legali, come la legittima difesa domiciliare³⁷⁶. La Corte ha riconosciuto, tuttavia, che “[l]ike most rights [it] is not unlimited”³⁷⁷. Alla luce dell’approccio sopra esaminato, ci si aspetterebbe che il diritto possa essere ristretto nel suo campo di applicazione, se in conflitto con altri valori o interessi di rango costituzionale. Ma la maggioranza in quel caso non ha realizzato un bilanciamento, bensì il summenzionato approccio della categorizzazione³⁷⁸. Essa ha così riconosciuto che le eccezioni a tale diritto sono (solo) quelle che si sono *affermate storicamente*³⁷⁹. In relazione alla legge del Distretto di Columbia, la Corte suprema ha considerato che essa inficiasse il *diritto inerente alla legittima difesa* e fosse pertanto illegittima.

Nella sua opinione dissenziente, il giudice Breyer ha invece impostato la questione in termini di bilanciamento di interessi³⁸⁰, a suo parere imposto dall’assenza di una chiara

³⁷⁴ M. COHEN-ELIYA e I. PORAT, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, cit., p. 381. Il giudice Scalia, ad esempio, ritiene che il principio di proporzionalità sia un’invenzione europea incompatibile con le caratteristiche dell’ordinamento statunitense (Corte suprema statunitense, *Printz v. United States*, 512 U.S. (1997) 898, 921).

³⁷⁵ B. SCHLINK, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?*, cit., p. 302.

³⁷⁶ Corte suprema statunitense, *Columbia v. Heller*, 128 U.S. (2008).

³⁷⁷ Ivi, p. 57: “commentators and courts routinely explained that the right was not a right to keep and carry any weapon whatsoever in any manner whatsoever and for whatever purpose”.

³⁷⁸ Affermando che alcune tipologie di armi e di utilizzo delle stesse sono assolutamente protette, mentre alcune tipologie di armi e persone sono assolutamente escluse dalla protezione del Secondo emendamento.

³⁷⁹ Ivi, pp. 54 ss. Come, ad esempio, il divieto imposto a criminali o persone con disabilità mentali, o il divieto di introdurre armi in determinati luoghi, come scuole o edifici governativi.

³⁸⁰ Corte suprema statunitense, *Columbia v. Heller*, cit., Opinione del giudice Breyer, pp. 1-2: “the protection the Amendment provides is not absolute. The Amendment permits government to regulate the interests that it serves. Thus, irrespective of what those interests are [...] the majority’s view cannot be correct unless it can show that the District’s regulation is unreasonable or inappropriate”.

soluzione del caso³⁸¹. A suo parere, anche ammettendo che uno degli interessi rilevanti sia la legittima difesa, questo potrebbe essere limitato per il perseguimento di uno scopo legittimo (la riduzione del crimine³⁸²), nella minima misura necessaria³⁸³ (incidendo non sull'interesse primario tutelato dalla norma, l'effettività delle forze di milizia³⁸⁴, ma su quello secondario, la legittima difesa, in ogni caso solo limitatamente all'ambito urbano e con riferimento alle sole pistole³⁸⁵) e nel rispetto del principio di proporzionalità³⁸⁶. Egli ha sottolineato la razionalità del giudizio di proporzionalità³⁸⁷, come aveva fatto già in altri casi³⁸⁸, affermando che spesso, pur senza dirlo espressamente, la Corte suprema ricorre spesso a un tale approccio³⁸⁹. La maggioranza ha però criticato espressamente la proposta del giudice Breyer³⁹⁰, affermando che la responsabilità primaria a realizzare un bilanciamento spetti al legislatore: le norme costituzionali ne sarebbero già il prodotto, e il giudice non può compierlo caso per caso; eventualmente, il legislatore costituzionale potrebbe intervenire nuovamente ove lo ritenesse³⁹¹.

³⁸¹ Ivi, p. 11: “[e]xperience as much as logic has led the Court to decide that in one area of constitutional law or another the interests are likely to prove stronger on one side of a typical constitutional case than on the other [...]. Here, we have little prior experience”.

³⁸² Ivi, pp. 17.20.

³⁸³ Ivi, p. 11: “we must take account of the possibility that there are reasonable, but less restrictive alternatives [...] that might similarly promote the same goals while imposing less restrictions”.

³⁸⁴ Ivi, pp. 30-31: “the [law] burdens the Second Amendment’s primary objective little, or not at all”.

³⁸⁵ Ivi, p. 2.

³⁸⁶ Ivi, p. 10: “any attempt *in theory* to apply strict scrutiny to gun regulation will *in practice* turn into an interest-balancing inquiry, with the interests protected by the Second Amendment on one side and the governmental public-safety concerns on the other, the only question being whether the regulation at issue impermissibly burdens the former in the course of advancing the latter. [...] where a law significantly implicates competing constitutionally protected interests in complex ways’, the Court generally asks whether the statute burdens a protected interest in a way or to an extent that is out of proportion to the statute’s salutary effects upon other important governmental interests [...]. Any answer would take account of both the statute’s effects upon the competing interests and the existence of any clearly superior less restrictive alternative”.

³⁸⁷ Corte suprema statunitense, *Columbia v. Heller*, Opinione giudice Breyer, cit., pp. 40-41: “Application of such an approach [...] requires judgment, but the very nature of the approach – requiring careful identification of the relevant interests and evaluating the law’s effect upon them – limit the judge’s choices”.

³⁸⁸ Corte suprema statunitense *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2002), Opinione del giudice Breyer; Corte suprema statunitense, *Ysursa, Secretary of State of Idaho et al v. Pocatello Education*, 555 U.S. (2009), Opinione del giudice Breyer: “In [a series of cases] the Court has sought to determine whether the harm to speech-related interests is disproportionate in light of the degree of harm, justification, and potential alternatives. In doing so, it has considered the seriousness of the speech-related harm the provision will likely cause, the importance of the provision’s countervailing objectives, the extent to which the statute will tend to achieve those objectives, and whether there are other less restrictive ways of doing so. In light of these considerations, it has determined whether ultimately the statute works speech-related harm that is out of proportion to its justifications”.

³⁸⁹ Corte suprema statunitense, *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377, 402 (2000), Opinione dissenziente del giudice Breyer.

³⁹⁰ Corte suprema statunitense, *Columbia v. Heller*, cit., 62.

³⁹¹ Ivi, p. 63: “A constitutional guarantee subject to future judges’ assessment of its usefulness is no constitutional guarantee at all. Constitutional rights are enshrined with the scope they were understood to have when the people adopted them, whether or not future legislatures or (yes) even future judges think

2.2.2.6. Le critiche al bilanciamento nell'esperienza statunitense

Da tale controversia interna alla Corte suprema emergono anche le principali critiche che, nell'esperienza statunitense, vengono mosse alla tecnica del bilanciamento. Esse attengono, in particolare, al rischio che si riducano le garanzie costituzionali; ai rischi di attivismo giudiziario, soggettivismo del giudice e *judicial lawmaking*; all'incertezza che ne deriverebbe, anche in ragione della incommensurabilità dei valori o degli interessi che si intende bilanciare.

Quanto ad attivismo, soggettivismo e *judicial lawmaking*, la critica sorge dall'interminabile dibattito tra coloro che propongono la cd. "giurisprudenza meccanica"³⁹² e definitoria, da un lato, e i promotori di una giurisprudenza innovatrice, dall'altro. Ogni attività del giudice volta a bilanciare gli interessi sociali, si sostiene, implicherebbe una incursione del potere giudiziario nella funzione legislativa³⁹³. A tale critica si è risposto che il bilanciamento serve a garantire che anche interessi dimenticati dal legislatore vengano presi in considerazione³⁹⁴, partendo dal presupposto per cui la produzione normativa non si esaurisce nell'adozione di leggi, ma richiede un continuo adattamento alla realtà che spesso i giudici, indipendenti e imparziali, sono maggiormente in grado di realizzare³⁹⁵. In questo contesto, la critica fondata sull'attivismo si muove su due fronti. Da un lato vi è chi ritiene che il bilanciamento implichi una eccessiva espansione delle garanzie costituzionali; dall'altro vi è il timore che esso implichi "a *sui generis* test to balance away [constitutional] freedoms"³⁹⁶ e, quindi, una progressiva

that scope too broad. [...] Like the First, [the Second Amendment] is the very *product* of an interest-balancing by the people – which JUSTICE BREYER would now conduct for them anew".

³⁹² Corte suprema statunitense, *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936) 79: "When an act of Congress is appropriately challenged in the Courts as not conforming to the constitutional mandate the judicial branch of the Government has only one duty – to lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former".

³⁹³ L. HENKIN, *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, 1978(5) Columbia Law Review, Vol. 78, pp. 1022 ss., p. 1048: "In some contexts, balancing sets the court to doing, and doing finally, not what 'is emphatically the province of the judicial department' – 'to say what the law is' – but what would seem emphatically to be the province or competence of the political branches – the weighing of competing societal interests and values". Si veda anche Corte suprema statunitense, *Pike v. Bruce Church Inc.*, cit., Opinione del giudice Black, 794: "The balancing of these probabilities [...] is not in my judgment as a matter for judicial determination, but one which calls for legislative consideration. Representatives elected by the people to make their laws, rather than judges appointed to interpret those laws, can best determine the policies which govern the people".

³⁹⁴ A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., p. 984-84.

³⁹⁵ C.C. MORRISON JR, *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, 1981, L'Aja-Boston-Londra, Martinus Nijhoff, p.5.

³⁹⁶ Corte suprema statunitense, *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377, 402 (2000), Opinione del giudice Thomas; Corte suprema statunitense, *Scales v. United States*, 367 U.S. 203, 261 (1961), Opinione del giudice Black: "This, I think, demonstrates the unlimited breadth and danger of the 'balancing test' [...]. Under that 'test', the question in every case [...] is, rather, simply whether the Government has an interest in abridging the right involved and, if so, whether that interest is of sufficient importance, in the opinion of a majority of this Court, to justify the Government action in doing so".

riduzione di tali garanzie³⁹⁷. Ma il bilanciamento, nel tenere in considerazione la rilevanza degli interessi o valori sociali alla luce delle circostanze, non implica, di per sé, un approccio progressista né conservatore³⁹⁸: è una tecnica neutra rispetto al risultato che raggiunge. La problematica è riuscire a comparare ciò che, a prima vista, appare incommensurabile³⁹⁹, in assenza di criteri oggettivi⁴⁰⁰. In questo senso, per evitare il rischio di eccessivo soggettivismo, il bilanciamento richiede “the development of a scale of values external to the Justice’s personal preferences”⁴⁰¹. Tale scala di valori sarebbe da ricercare nella costituzione, e nell’importanza concreta che i valori costituzionali assumono, in un dato momento storico, per la società. Come si vedrà, proprio l’assenza di una costituzione nell’ordinamento internazionale, rende particolarmente vivaci le critiche di coloro che ritengono che al giudice internazionale debba essere precluso procedere a un bilanciamento.

2.2.3. La diffusione del bilanciamento in altri ordinamenti giuridici

A partire da tali due esperienze, delle forme di ragionamento giuridico simili si sono diffuse in gran parte degli ordinamenti del mondo. Il giudizio di proporzionalità, in particolare, si ritrova oggi nella giurisprudenza, principalmente amministrativa e costituzionale, di un gran numero di Stati. Non è questa la sede per ripercorrere quello che è stato definito come un fenomeno di “migrazione” del principio di proporzionalità⁴⁰², e della tecnica decisoria che implica, tra diversi ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali, in quanto già messo in evidenza da altri autori⁴⁰³. Basti rilevare che Barak

³⁹⁷ Corte suprema statunitense, *Cohen v. Hurley*, 366 U.S. 117, 134 (1961), Opinione del giudice Black, secondo cui per il tramite del bilanciamento le libertà vengono “weighed out of the constitution”.

³⁹⁸ A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., p. 960: “balancing did not necessarily commit the Court to a liberal or conservative agenda. Changes could occur in either direction [...]. balancing could provide for an expansion or a restriction of rights. [...] Balancing could keep everyone in the game. It thus provided flexibility without sacrificing legitimacy”.

³⁹⁹ L. HENKIN, *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, cit., pp. 1022 ss.

⁴⁰⁰ R. POUND, *A Survey of Social Interests*, cit., p. 2: “[w]hen it comes to weighing or valuing claims or demands, we must be careful to compare them on the same plane. If we put one as an individual interest and the other as a social interest we may decide the question in advance in our very way of putting it”.

⁴⁰¹ Ivi, p. 973.

⁴⁰² M. ANDENAS e L. CHIUSSI, “Cohesion, Convergence and Coherence of International Law” in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, A. TANZI, J. WOUTERS e L. CHIUSSI (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, 2019, Leiden, Brill Nijhoff, pp. 9 ss., p. 18.

⁴⁰³ Ad esempio, V. VADI, *The Migration of Constitutional Ideas to Regional and International Economic Law: The Case of Proportionality*, 2015(3) *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 35, pp. 557 ss., p. 569, ritiene che il successo del principio di proporzionalità nei diversi ordinamenti giuridici interni sia dovuto alla sua inerente “ability to restrain the exercise of public authority, shape judicial review and manage private actors’ expectations”. Per una posizione simile, M. COHEN ELIYA e I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, 2013, Cambridge, Cambridge University Press, p. 2; M. KUMM, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, 2004(3) *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, pp. 574 ss., p. 595.

ha tracciato il seguente schema di sviluppo⁴⁰⁴: dall'esperienza tedesca, il principio di proporzionalità sarebbe stato inglobato nel "diritto europeo" (dell'Unione europea e della CEDU), e di qui sarebbe stato progressivamente recepito dagli Stati europei di tradizione di *civil law* (Austria, Portogallo, Irlanda, Spagna, Belgio, Olanda, Svizzera, Grecia, Italia e Francia), ma anche da Stati, europei e non, di tradizione di *common law* (Canada, Irlanda e Regno Unito); dall'esperienza canadese la proporzionalità sarebbe stata recepita in Nuova Zelanda, Australia e Sudafrica; infine, sarebbe giunto nei Paesi dell'Est Europa (Ungheria, Polonia, Lituania, Slovenia e Repubblica Ceca), dell'Asia (Hong Kong, India e Corea del Sud) e del Sud America (Argentina, Cile, Colombia, Messico e Peru)⁴⁰⁵.

In questa sede ci si limiterà a prendere atto delle somiglianze o differenze che esistono, nel ricorso alla tecnica del bilanciamento, tra ordinamenti di tradizioni diverse. In particolare, si esaminerà la giurisprudenza di due ordinamenti di *civil law* (Italia e Francia; Sez. 2.2.3.1.); di due ordinamenti di *common law* (Regno Unito e Nuova Zelanda; Sez. 2.2.3.2.); e di due ordinamenti *misti* (Israele e Canada; Sez. 2.2.3.3.). Ed infatti, accanto alle opinioni, sopra riportate⁴⁰⁶, secondo cui proporzionalità e bilanciamento sarebbero concetti radicalmente distinti o sostanzialmente convergenti, vi è chi ritiene che "balancing *itself* might mean different things in different times and places"⁴⁰⁷. Ne deriva che l'esame relativo alle esperienze tedesca e statunitense non è sufficiente a ricostruire un "minimo comune denominatore" in relazione alla tecnica del bilanciamento.

2.2.3.1. Gli ordinamenti di *civil law*

Si prenderà qui in considerazione la giurisprudenza di due ordinamenti di *civil law*: quello italiano e francese. In entrambi, il bilanciamento viene utilizzato, quanto meno, in due ambiti: il controllo amministrativo dell'esercizio di poteri discrezionali della pubblica amministrazione⁴⁰⁸; il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi. Tuttavia, tali esperienze presentano delle peculiarità tanto a livello del *linguaggio* utilizzato, quanto della *struttura analitica* del ragionamento.

La Corte costituzionale italiana riconosce che l'attività di bilanciamento, se viene realizzata a monte dal legislatore nel momento in cui produce norme giuridiche, deve poi

⁴⁰⁴ A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp. 181 ss.

⁴⁰⁵ Sul ruolo dei tribunali sovranazionali nel favorire la diffusione della proporzionalità si rinvia anche a A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality and Global Constitutionalism*, cit., C. BERNAL PULIDO, *The Migration of Proportionality across Europe*, cit., p. 498.

⁴⁰⁶ Si veda *supra*, Sez. 2.2.

⁴⁰⁷ J. BOMHOFF, *Genealogies of Balancing as a Discourse*, cit., p. 109.

⁴⁰⁸ Per la Francia, si veda G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de constitutionnalité et de légalité en France, Allemagne et Angleterre*, 1995, Parigi, PGDJ, p. 64, secondo cui il bilanciamento è insito nei controlli relativi all'abuso di potere, all'errore manifesto, alla necessità dell'atto all'amministrativo e all'analisi costi-benefici. Per l'Italia, si vedano, tra i tanti, M. ABBRUZZESE e U. ZUBALLI, *Il metodo del bilanciamento nel diritto amministrativo*, 2011, Roma, Aracne editore.

essere costantemente realizzata dal giudice, tanto costituzionale (nel momento in cui valuta la legittimità di quelle norme), quanto ordinario (nel momento in cui le applica)⁴⁰⁹. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana si utilizzano spesso le nozioni di ragionevolezza, proporzionalità e bilanciamento ma, spesso, esse sono utilizzate in modo intercambiabile⁴¹⁰; altre volte la ragionevolezza implica un meno intenso standard di giudizio, volto a escludere la mera arbitrarietà e in assenza di un vero e proprio bilanciamento⁴¹¹. Quanto, in particolare, alla giurisprudenza sui diritti fondamentali, la Costituzione italiana in alcuni casi prevede delle clausole di limitazione⁴¹². Ma anche in assenza di queste, fin dalla prima pronuncia la Corte costituzionale ha sostenuto l'idea che ciascun diritto è inerentemente limitato da altri diritti, interessi o valori⁴¹³. Il linguaggio del bilanciamento è però emerso alla fine degli anni '80, quando la Corte ha chiarito che il "giudizio di ragionevolezza" di una legge implica l'accertamento della "proporzionalità" tra i mezzi scelti dal legislatore per il perseguimento di finalità legittime e queste ultime⁴¹⁴. Il punto di partenza è il riconoscimento dell'eguale valore astratto di

⁴⁰⁹ Come si vedrà, ciò si verifica spesso nel momento in cui, con una sentenza additiva, la Corte costituzionale introduce nell'ordinamento un principio, il quale dovrà poi, in attesa dell'intervento del legislatore, essere applicato (alla luce di un bilanciamento con gli altri principi e interessi rilevanti) da parte del giudice comune. Si consideri, in particolare, la vicenda del diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini, più ampiamente descritta *infra*, Sez. 2.4.4.1.).

⁴¹⁰ Secondo parte della dottrina, quelli di uguaglianza, ragionevolezza e il bilanciamento sarebbero giudizi da tenere concettualmente distinti (L. PALADIN, "Ragionevolezza (principio di)", in *Enciclopedia del diritto*, 1999, Milano Giuffrè). Secondo altri, invece, la ragionevolezza sarebbe un "contenitore" di carattere sufficientemente generale da fondare le diverse tipologie di controllo della discrezionalità del legislatore, tra cui il bilanciamento di interessi (R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, 1992, Milano, Giuffrè). Altri, infine, mentre equiparano il giudizio di ragionevolezza a un bilanciamento tra gli interessi rilevanti, escludono che tale valutazione sia equiparabile al giudizio realizzato alla luce del principio di uguaglianza (G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, 2019 Actualidad Jurídica Iberoamericana, Vol. 10, pp. 10 ss., p. 14, che chiarisce che "in dottrina e in giurisprudenza la ragionevolezza sembra sovrapposta alla proporzionalità, all'abuso, alla buona fede, all'equità").

⁴¹¹ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, p. 4. La ragionevolezza è valutata in sé, non in relazione a interessi o valori contrapposti. Si veda, ad esempio, Corte costituzionale italiana, sentenza del 28 gennaio 1993, n. 46, par. 4: "Il criterio della ragionevolezza, quando è disgiunto dal riferimento a un *tertium comparationis*, può trovare ingresso solo se l'irrazionalità o iniquità delle conseguenze della norma sia manifesta e irrefutabile".

⁴¹² L'art. 16 Cost. dispone ad esempio che "[o]gni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza" (corsivo aggiunto).

⁴¹³ Corte costituzionale italiana, sentenza del 5 giugno 1956, n. 1: "il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e [...] nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile".

⁴¹⁴ Corte costituzionale italiana, sentenza del 14 dicembre 1988, n. 1130, par. 2: "Il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti".

ciascun diritto⁴¹⁵, con la conseguenza che solo un bilanciamento alla luce delle circostanze può determinarne il valore concreto⁴¹⁶.

Oltre a utilizzare in modo intercambiabile i criteri della ragionevolezza e della proporzionalità, la Corte costituzionale italiana neppure distingue analiticamente diverse fasi⁴¹⁷, ma l'operazione logico-mentale di fondo è la stessa. Ad esempio, in una pronuncia sulla (il)legittimità delle restrizioni di durata e frequenza dei colloqui con i difensori per i condannati al "carcere duro" per reati di criminalità organizzata di stampo mafioso, nel pronunciarsi sulla "ragionevolezza delle restrizioni" la Corte costituzionale ha menzionato il rapporto di proporzionalità che deve sussistere tra, da un lato, la limitazione di un interesse e, dall'altro, il vantaggio che ne deriva per l'altro, con ciò realizzando quindi un'operazione di bilanciamento⁴¹⁸. Tale ragionamento non viene seguito solo nel dichiarare l'incostituzionalità di norme di legge in quanto tali ma anche come tecnica interpretativa volta ad individuare una "interpretazione costituzionalmente orientata" delle disposizioni rilevanti. Un chiaro esempio in tal senso sono i vari casi relativi all'interpretazione della L. del 19 febbraio 2004, sulla procreazione medicalmente assistita, con cui la Corte ha progressivamente relativizzato una serie di divieti prima sanciti in modo assoluto alla luce dei vari principi e interessi che vengono in gioco, tra cui la tutela della dignità dell'embrione, la libertà di ricerca scientifica, il diritto alla salute della donna cui debba essere impiantato l'embrione e la libertà di autodeterminazione procreativa della coppia⁴¹⁹. Analogamente alla Corte suprema statunitense, anche la Corte

⁴¹⁵ Corte costituzionale italiana, sentenza del 9 aprile 2013, n. 85, par. 9: "Tutti i diritti fondamentali [...] si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro' [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche".

⁴¹⁶ *Ibidem*: "La Costituzione italiana [...] richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali [...]. La qualificazione come 'primari' dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale". Anche più di recente, in Corte costituzionale italiana, sentenza del 23 marzo 2018, n. 58, si è ribadito che il bilanciamento alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza è l'unico strumento volto ad evitare "l'illimitata espansione di uno dei diritti".

⁴¹⁷ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit. p. 6: "se consideriamo le singole fasi in cui si articola il test di proporzionalità [...] possiamo osservare che ciascuna di esse, individualmente considerata, ricorre con regolarità nei giudizi sulle leggi in Italia [...]. Ciò che, invece, è del tutto estraneo all'esperienza italiana è l'elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alla quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità, così diffuso in altre esperienze".

⁴¹⁸ Corte costituzionale italiana, sentenza del 17 giugno 2013, n. 143, par. 7: "nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango".

⁴¹⁹ Si rinvia, per un'analisi più approfondita, a G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, cit., pp. 20 ss.

costituzionale italiana in alcuni casi ricorre al bilanciamento degli interessi in relazione alla materia della ripartizione delle *competenze*, in particolare in tema di rapporti tra poteri dello Stato, tra Stato e Regioni o tra Regioni stesse⁴²⁰. Come è stato rilevato, la Corte non fa tanto riferimento al principio di attribuzione delle competenze, bensì alla dimensione degli interessi che vengono in rilievo rispetto all'esercizio di quelle competenze⁴²¹.

Ma, come è stato messo in luce, il giudizio di ragionevolezza e il bilanciamento sono operazioni logico-argomentative che caratterizzano anche l'attività del giudice comune, nei più disparati settori⁴²². Non è possibile in questa sede esaminare la giurisprudenza relativa a come il bilanciamento venga utilizzato per interpretare e applicare diverse disposizioni in materia di diritto privato⁴²³. Solo per fare degli esempi, si possono menzionare il ricorso al bilanciamento alla luce dei principi di buona fede e divieto di abuso del diritto per etero-integrare e modificare giudizialmente d'ufficio delle disposizioni contrattuali, come la clausola penale⁴²⁴; o al controllo di ragionevolezza dei

⁴²⁰ A. MORRONE, "Bilanciamento (giustizia costituzionale)", in *Enciclopedia del diritto*, 2002, Milano, Giuffrè. *Contra* C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, 2015(19) *Federalismi.it*, p. 8: "I rapporti tra Stato e Regioni sono dominati da regole, non da principi. [...] l'applicazione di quest[e] disposizion[i] [...] si svolge secondo il metodo della sussunzione, non secondo quello del bilanciamento".

⁴²¹ Si veda, ad esempio, Corte costituzionale italiana, sentenza del 7 ottobre 2003, n. 303, che ha legittimato interventi dello Stato, in deroga alle ordinarie competenze, in ragione dell'esistenza di esigenze di carattere unitario dello Stato. Questo qualora "la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità" e "sia oggetto di accordo stipulato con la Regione interessata".

⁴²² Si guardi, ancora una volta, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, cit., pp. 24.

⁴²³ Si veda, più ampiamente, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, 2015, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

⁴²⁴ E questo nonostante, secondo la disposizione rilevante, il potere di riduzione ed equità sarebbe subordinato ad una domanda della parte interessata. Si vedano le argomentazioni di Corte di cassazione italiana, sentenza del 24 settembre 1999, n. 10511, par. 2.6.2.: "[...] questo controllo, nel richiamato contesto di intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato, non può ora non implicare anche un bilanciamento di 'valori' di pari rilevanza costituzionale, stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale – accanto al valore costituzionale della 'iniziativa economica privata' (sub art. 41) che appunto si esprime attraverso lo strumento contrattuale – di un concorrente 'dovere di solidarietà' nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.). Dal quale la Corte costituzionale ha già, in particolare, desunto 'l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie' [...]. E che, entrando (detto dovere di solidarietà) in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e di correttezza [...] all'un tempo gli attribuisce una vis normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato". Per una conferma più recente, si veda anche Corte di cassazione italiana, sentenza del 23 dicembre 2015, n. 15936.

termini di legali⁴²⁵ e convenzionali⁴²⁶ di decadenza, che devono essere tali da non rendere eccessivamente difficile il diritto di agire in giudizio garantito dall'art. 24 della Costituzione, o in materia di termini pattizi di prescrizione⁴²⁷. E ancora, il giudice ordinario ricorre al bilanciamento nell'interpretare le "clausole generali" spesso incluse nelle disposizioni di legge, come ad esempio la clausola dell'ordine pubblico nell'ambito del diritto internazionale privato⁴²⁸.

Anche nell'esperienza francese l'emersione della proporzionalità come tecnica decisionale è relativamente recente. Se in origine i giudici francesi preferivano fare riferimento a sinonimi⁴²⁹, è all'influenza del diritto dell'Unione europea e della CEDU che si deve l'accoglimento della proporzionalità come standard di giudizio della legittimità dell'operato delle pubbliche amministrazioni e della legittimità costituzionale delle leggi⁴³⁰. In materia di diritti fondamentali, il Preambolo della Costituzione francese del 1958 rinvia espressamente alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, così come confermata e integrata dal Preambolo della Costituzione del 1946, e ai diritti e doveri definiti nella Carta dell'ambiente del 2004. Non vi è una clausola di limitazione generale, ma in alcuni casi singole clausole per specifici diritti⁴³¹. Come il Consiglio costituzionale francese ha riconosciuto, tuttavia, i diritti possono risultare inerentemente limitati dall'esercizio di altri diritti, i quali in principio hanno valore equivalente e non sono in relazione gerarchica tra loro⁴³². Ai sensi dell'art. 34 della

⁴²⁵ Corte costituzionale italiana, sentenza del 31 maggio 2000, n. 161, par. 7.3.: "per valutare la congruità di un termine in relazione al principio sancito dall'art. 24, occorre comparare non soltanto l'interesse di chi è onerato dal rispetto di esso, ma anche il generale interesse dell'ordinamento al celere compimento dell'attività processuale soggetta al termine di decadenza. [...] Ciò posto, va osservato che le determinazioni circa la fissazione dei termini processuali rientrano nella piena discrezionalità del legislatore, con il solo limite della ragionevolezza [...] Né l'intrinseca irrazionalità di un termine ritenuto eccessivamente breve può essere stabilita in astratto, fissando una 'soglia minima generale', valida per tutti i procedimenti contenziosi, ma deve essere valutata caso per caso, considerando le speciali caratteristiche di ogni singolo procedimento [...]".

⁴²⁶ G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, cit., pp. 24, nota n. 60.

⁴²⁷ Corte di cassazione italiana, sentenza del 27 ottobre 2005, n. 20909.

⁴²⁸ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., pp. 114 ss. Si veda più ampiamente *infra*, Sez. 2.4.2.2.2.

⁴²⁹ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, 1990, Aix-en-Provence, Economica.

⁴³⁰ X. PHILIPPE, *El principio de proporcionalidad en el derecho público francés*, 1998(5) Cuadernos de Derecho Público, pp. 255 ss., p. 256: "El juez francés —administrativo o judicial— ha preferido siempre esquivar el término y aplicar su contenido o su esencia, recurriendo a nociones cercanas, paráfrasis o sinónimos. Tal situación ha permanecido inalterada hasta el comienzo de la década de los noventa, momento en el cual la penetración del Derecho Europeo ha hecho que el principio de proporcionalidad adquiriera carta de ciudadanía y sea invocable ante la jurisdicción nacional, por cuanto que se trata de una materia hoy cubierta por el Derecho comunitario o por el Convenio Europeo de Derechos Humanos".

⁴³¹ Ad esempio, l'art. 10 della Dichiarazione del 1789 prevede che "nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses", precisando però "pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi".

⁴³² D. RIBES, *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, 2007 Cahier du Conseil constitutionnel, Vol. 22: "Pour apprécier la constitutionnalité d'un dispositif législatif, le Conseil constitutionnel procède à ce que

Costituzione, è la legge che stabilisce le regole concernenti “les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques”. La discrezionalità del legislatore è poi sottoposta al giudizio del Consiglio costituzionale (*Conseil constitutionnel*) che, almeno a partire dagli anni ’90, realizza un accertamento sul modello del giudizio di proporzionalità tedesco, facendo riferimento, solitamente implicito⁴³³, ai principi di adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto⁴³⁴. Tuttavia, come è stato rilevato, il giudice delle leggi francese procede a un’analisi di proporzionalità “peu formalisé”⁴³⁵ e sulla base di una “logique binaire”⁴³⁶, non tripartita. In primo luogo, nell’ambito del giudizio di *adeguatezza*, il Consiglio costituzionale svolge un doppio accertamento, relativo allo scopo perseguito dalla legge, che deve avere rilevanza costituzionale⁴³⁷, e all’idoneità a raggiungerlo. In secondo luogo, nell’ambito del giudizio di *necessità*, si verifica che la misura sia adatta rispetto allo scopo, ma non si esamina l’eventuale esistenza di misure alternative⁴³⁸. Il giudice francese si limita a

la Cour constitutionnelle de Karlsruhe qualifie de mise en ‘concordance pratique’ [...]. Cette méthode imposé la pondération de tous les principes constitutionnels en jeu pour atteindre la plus grande effectivité et assurer l’application de la Constitution comprise comme un système complet et cohérent. Plus l’atteinte portée à un principe constitutionnel est conséquente, plus le degré de réalisation d’un autre principe constitutionnel doit être important. De la balance réalisée, de l’équilibre établi entre les deux normes en présence, émerge une nouvelle norme forgée par le juge, une relation de préférence conditionnée par le cas concret”.

⁴³³ Consiglio costituzionale francese, decisione del 21 febbraio 2008, n. 2008-582 DC, par. 13: “les atteintes à portées à l’exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l’objectif de prévention poursuivi”.

⁴³⁴ R. BOUSTA, *Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l’épreuve des évolutions récentes*, 2011(4) *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 88, pp. 913 ss., p. 915: “alors qu’une bonne part des cours constitutionnelles européennes [...] a repris en substance la définition tripartite [...] émise par la Cour constitutionnelle fédérale allemande [...], le Conseil constitutionnel ne semble ni avoir subi la même influence ni avoir dégagé de définition explicite du principe”; J.B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 2015, Parigi, LGDJ.

⁴³⁵ Ivi, p. 916.

⁴³⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*, 2007 *Chaire du Conseil constitutionnel*, Vol. 22: “le control de proportionnalité exercé par le Conseil suit une voie propre, dans laquelle seuls deux contrôles sont nettement distingués et exercés: d’une part un contrôle de l’adéquation, et d’autre part un contrôle de la nécessité, mais que l’on peut qualifier de restreinte”.

⁴³⁷ Consiglio costituzionale francese, decisione del 28 settembre 1986, n. 86-217 DC, par. 4: “il est loisible au législateur de modifier ou d’abroger les dispositions antérieures sous réserve de ne pas priver des garanties des exigences de valeur constitutionnelle”.

⁴³⁸ E questo in quanto, per giurisprudenza consolidata e come recentemente ribadito, “[l]e Conseil constitutionnel ne dispose pas d’un pouvoir général d’appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. In ne lui appartient donc pas de rechercher si l’objectif que s’est assigné le législateur pouvait être atteint par d’autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif” (Consiglio costituzionale francese, decisione del 20 luglio 2020, n. 2020-802 DC, par. 5). In alcuni casi, tuttavia, in Consiglio costituzionale sembra realizzare tale valutazione. In una pronuncia del 2008, ad esempio, ha affermato che “eu égard à la gravité de l’atteinte qu’elle porte à la liberté individuelle, la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d’actes portant gravement atteinte à l’intégrité des personnes” (Consiglio costituzionale francese, decisione n. 2008-582 DC, cit., par. 17). Si veda R. BOUSTA, *Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l’épreuve*

verificare che sia la sola misura sottoposta al proprio giudizio a non eccedere i limiti di quanto necessario al perseguimento dello scopo legittimo⁴³⁹ e a non risultare *sproporzionata*⁴⁴⁰. In sostanza, il giudizio di proporzionalità in senso stretto (e quindi il bilanciamento) viene realizzato nell'ambito della fase della necessità⁴⁴¹.

2.2.3.2. Gli ordinamenti di *common law*

Paradossalmente negli ordinamenti di *common law*, dove pure il ruolo del giudice ha una rilevanza maggiore, tale tecnica ha incontrato maggiori resistenze.

Nell'ordinamento inglese, infatti, il controllo dell'operato dei pubblici poteri è stato storicamente sottoposto a un diverso test, quello della *reasonableness*⁴⁴², intesa ad escludere unicamente decisioni pubbliche *irrazionali* in quanto *incomprensibili* a qualsiasi persona sensata (alla luce del cd. *Wednesbury test*)⁴⁴³. Nel tempo, successivamente, il test è diventato più rigido (si è addirittura parlato di *super-Wednesbury*⁴⁴⁴) ma in ogni caso diverso e meno stringente dalla proporzionalità⁴⁴⁵. Dunque, nonostante alcuni tentativi iniziali di introdurre la proporzionalità nell'ordinamento inglese⁴⁴⁶, ciò è avvenuto solo sotto l'influsso del diritto dell'Unione

des évolutions récentes, cit., p. 924: “ce raisonnement a trait davantage à la proportionnalité au sens strict (pondération raisonnable des intérêts en conflit) qu'à l'adéquation (rapport moyen/fin).

⁴³⁹ V. GOESEL-LE BIHAN, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*, cit.

⁴⁴⁰ Le limitazioni costituzionali sono soggette a “des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi” (Consiglio costituzionale francese, decisione del 16 gennaio 2001, n. 2000-439 DC, par. 13).

⁴⁴¹ Consiglio costituzionale francese, decisione n. 2008-582 DC, cit., par. 22-23.

⁴⁴² T.R. HICKMAN, *The Reasonableness Principle: Reassessing its Space in the Public Sphere*, 2004(1) Cambridge Law Journal, Vol. 63, pp. 166 ss., tratta delle differenze tra la *ragionevolezza* della tradizione inglese e la diversa concezione di *proporzionalità* introdotta nell'ordinamento inglese dallo *Human Rights Act* del 1998, che ha dato attuazione interna alla CEDU e incorporato la stessa.

⁴⁴³ *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (CA): “so absurd than no sensible person could dream that it lay within the power of the authority”; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 410: “so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who has applied his mind to the question to be decided could have arrived at it”.

⁴⁴⁴ T.R. HICKMAN, *The Reasonableness Principle: Reassessing its Space in the Public Sphere*, cit., p. 185.

⁴⁴⁵ Corte EDU, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, ricorsi n. 33985/96 e 33986/96, sentenza del 27 settembre 1999, par. 138, ha rilevato che il test della ragionevolezza, pur irrigidito, “effectively excluded any consideration by the domestic courts of the question whether the interference with the applicant's rights answered a pressing social need and was proportionate to the aim pursued”.

⁴⁴⁶ *Council of Civil Service Union v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, p. 410D, Opinione di Lord Diplock: “Judicial review as I think developed to a stage today when [...] one can conveniently classify under three heads the grounds on which administrative action is subject to control by judicial review [...]. That is not to say that further development on a case-by-case basis may not in course of time add further grounds. I have in mind particularly the possible adoption in the future of the principle of ‘proportionality’ which is recognized in the administrative law of several of our fellow members of the European Economic Community”. *Contra* si veda *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696 (HL) 15: definisce la proporzionalità come “a different and severer test” rispetto a quello proprio della tradizione inglese, affermando tuttavia che “unless and until the Parliament

europea e, soprattutto, in ragione dell'adozione dello *Human Rights Act* del 1998, che ha incorporato e dato attuazione interna alla CEDU⁴⁴⁷. A partire da tale momento, infatti, il giudizio di proporzionalità è stato progressivamente riconosciuto nella giurisprudenza di diritto pubblico inglese, *quanto meno* con riferimento a questioni riguardanti la tutela dei diritti garantiti dalla CEDU (anche se vi è chi ritiene che si sia estesa ad altri ambiti⁴⁴⁸), e secondo il test tripartito, ossia accertando

Whether (i) the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental right; (ii) the measures designed to meet the legislative objective are rationally connected to it; and (iii) the means used to impair the right or freedom are no more than is necessary to accomplish the objective⁴⁴⁹.

Un altro ordinamento di *common law* che ha recepito la proporzionalità come tecnica decisionale è, ad esempio, la Nuova Zelanda. Nel 1990 è stato adottato il *Bill of Rights Act*, il quale contiene all'art. 5 una clausola di limitazione generale che prevede che i diritti garantiti siano “subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. Tale clausola è stata fin dall'inizio applicata alla luce del giudizio di proporzionalità⁴⁵⁰. Dall'applicazione del *Bill*, inoltre, il giudizio di proporzionalità è stato esteso anche alla materia del diritto amministrativo⁴⁵¹.

2.2.3.3. Gli ordinamenti misti

Infine, la proporzionalità e il bilanciamento sono tecniche decisionali proprie anche, *quanto meno* con riferimento alle materie del diritto amministrativo e del diritto costituzionali, degli ordinamenti di natura mista o ibrida.

Come rileva anche il giudice Barak, nello Stato di Israele la proporzionalità ha fatto il suo ingresso nella giurisprudenza costituzionale a seguito dell'adozione di due *Basic Laws* in materia di diritti umani⁴⁵²: quella su *Human Dignity and Liberty* e quella in materia di *Freedom of Occupation*. Entrambe contengono una clausola di limitazione

incorporates the [ECHR] into domestic law [...] there appears to me to be at present no basis upon which the proportionality doctrine applied by the European Court can be followed by the courts of this country”.

⁴⁴⁷ G. DE BÚRCA, *Proportionality and Wednesbury Unreasonableness. The Influence of European Concepts on UK Law*, 1997(4) *European Public Law*, Vol. 3, pp. 561 ss.

⁴⁴⁸ A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., p. 193.

⁴⁴⁹ *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* [2001] 2 AC 532, p. 27.

⁴⁵⁰ Corte suprema neozelandese, *Ministry of Transport v. Noort* [1992] 3 NZLR 260: “The constitutive elements of any inquiry are as follows. First, the legislative objective, in pursuit of which the measures in question are implemented, must be sufficiently significant to warrant overriding a constitutionally guaranteed right; [...]. Second, the means chosen to advance such an objective must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. This requirement of proportionality of means to ends normally has three aspects: a) there must be a rational connection between the measures and the objective they are to serve; b) the measures should impair as little as possible the right or freedom in question; and, c) the deleterious effects of the measures must be justifiable in light of the objective which they are to serve”.

⁴⁵¹ J. VARUHAS, *Keeping Things in Proportion: The Judiciary, Executive Action and Human Rights*, 2006(2) *New Zealand University Law Review*, Vol. 22, pp. 300 ss.

⁴⁵² A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., p. 210.

generale dei diritti in esse sanciti, che prevedono che le restrizioni debbano limitarsi “to an extent no greater than is required”. Nel riconoscere l’importanza del giudizio di proporzionalità, la Corte suprema israeliana ha espressamente fatto riferimento alle esperienze di altri ordinamenti che, a partire dal ricorso alla medesima nell’ambito del controllo dell’esercizio di poteri amministrativi, l’hanno estesa al controllo di costituzionalità delle leggi. La Corte suprema israeliana ha adottato un approccio che riproduce quello della Corte costituzionale federale tedesca⁴⁵³, distinguendo l’accertamento in tre test, in cui il bilanciamento in senso stretto costituisce l’ultima fase⁴⁵⁴.

In Canada, infine, la proporzionalità ha cominciato ad essere applicata dopo l’adozione, nel 1982, della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, avente valore costituzionale. L’art. 1 contiene una clausola di limitazione generale, secondo cui i diritti e le libertà garantiti sono “subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. La Corte suprema canadese, fin dal primo caso in materia, ha inteso il termine ragionevole nel senso per cui la misura che limita un diritto fondamentale deve perseguire un obiettivo ritenuto sufficientemente importante nella società⁴⁵⁵, e superare un test di proporzionalità⁴⁵⁶ che implica verificare: (1) che la misura sia razionalmente volta al conseguimento dello scopo (non arbitraria); (2) che la misura leda nel minor grado possibile il diritto individuale; (3) che vi sia

⁴⁵³ Per un’analisi più approfondita, si veda T. STEINER, “Proportionality Analysis by the Israeli Supreme Court”, in M. KREMNIETZ, T. STEINER e A. LANG, *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 285 ss.

⁴⁵⁴ Corte suprema israeliana, *Adalah – The Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel et al v. Minister of Defense et al*, HCJ 8276/05, HCJ 8338/05, HCJ 11426/05, sentenza del 12 dicembre 2006, par. 29: “Alongside proper purpose lies proportionate means. [...] The means taken to attain it must be proper. A means is proper if it is proportionate. [...] In consistent and extensive case law, this court has held that proportionality is expressed in three subtests [...]. Operation of the subtests is affected by the significance of the breached right, the intensity of the infringement and the importance of the values and interests that the infringement is intended to attain. The *first* subtest is a test of the rational connection, or the test of suitability. It is required that the means taken by the statute is appropriate to achieve the purpose that the statute seeks to achieve. The second subtest is a test of the means whose harm is lesser, or the test of necessity. It is required that the infringing statute will not infringe the constitutional right more than is required to achieve the proper purpose. The third subtest is a test of the proportionality result, or the proportionality test in the narrow sense. It is necessary that there be a proper relationship between the purpose produced by attaining the proper purpose and the injury caused by the infringement of the constitutional right [...]. This is a test based on ethical values [...]. It focuses on the result of the legislation, and on the effect it has on the constitutional human right. This is the balance principle”.

⁴⁵⁵ Corte suprema canadese, *R. v. Oakes* [1986] 1 SCR 103, par. 69: “First, the objective, which the measure responsible for a limit on a Charter right or freedom are designed to serve, must be ‘of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom’ [...]. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not get protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial and a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important”.

⁴⁵⁶ Si veda L. HARDCASTLE, “Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court”, in M. KREMNIETZ, T. STEINER e A. LANG, *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 134 ss.

proporzionalità tra gli effetti della misura e l'importanza dello scopo perseguito⁴⁵⁷. Quest'ultima valutazione, in particolare, viene realizzata alla luce delle circostanze del caso, quali la natura del diritto, il grado di limitazione dello stesso, e quello di raggiungimento dell'obiettivo⁴⁵⁸. Sulla base di tali elementi, la Corte suprema ha precisato che il requisito della proporzionalità implica che

Even if an objective is of sufficient importance, and the first to elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.⁴⁵⁹

2.3. LA TEORIZZAZIONE DEL BILANCIAMENTO

Le esperienze giuridiche interne ora esaminate hanno dato origine alle due teorie cui la letteratura generalmente riconduce il bilanciamento. In particolare, è alla giurisprudenza statunitense che Ronald Dworkin ha guardato nella formulazione della cd. *teoria dei principi* e della ponderazione dei medesimi per risolvere i cd. *casi difficili*⁴⁶⁰ (Sez. 2.3.1.). A partire da questa, ma sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca, Robert Alexy ha teorizzato il *giudizio di proporzionalità*, volto alla soluzione dei conflitti tra diritti individuali, o tra diritti individuali e interessi collettivi (Sez. 2.3.2.). Merita infine di essere menzionato il *realismo giuridico*, secondo cui il diritto sarebbe un *processo* continuo e parallelo all'evoluzione sociale, con la conseguenza che le norme applicabili per risolvere un dato caso devono essere ricercate non solo in quelle prodotte tramite di procedimenti formalizzati ma, più ampiamente, nella realtà storico-sociale (Sez. 2.3.3.).

⁴⁵⁷ Ivi, par. 70: "Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking it must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves 'a form of proportionality test' [...]. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are [...] three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective, should 'impair as little as possible' the right or freedom in question [...]. Third, there must be proportionality between the effects of the measures which are responsible for limited the Charter freedom, and the objective which has been identified as of 'sufficient importance'".

⁴⁵⁸ Ivi, par. 71.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ Sulla rilevanza della teoria di Dworkin per l'ordinamento giuridico internazionale si vedano B. ÇALI, *On Interpretivism and International Law*, cit., pp. 810 ss., e J. TASIOLAS, *International Law and the Limits of Fairness*, 2002(4) *European Journal of International Law*, Vol. 13, pp. 993 ss. *Contra*, J. A. BECKETT, *Behind Relative Normativity: Rules and Processes as Prerequisites of Law*, 2001(4) *European Journal of International Law*, Vol. 12, pp. 627 ss.

2.3.1. La teoria dei principi di Ronald Dworkin

Dworkin parte da una critica al positivismo, come formalizzato da Hart⁴⁶¹, da lui considerato incapace di tenere conto della realtà del fenomeno giuridico. In particolare, esso non sarebbe in grado di spiegare i cd. *casi difficili* (in cui non sussistano regole risolutive del caso, ovvero ove le regole risultino oscure, o ancora ove più regole siano apparentemente rilevanti rispetto a un complesso di fatti), se non ammettendo che sia il giudice, *ex post facto*, a creare *discrezionalmente* la regola⁴⁶². Dworkin ritiene, invece, che il diritto sia una pratica di “interpretazione costruttiva” (*constructive interpretation*) e, segnatamente, quell’operazione che consiste in “imposing purpose on an object or practice”⁴⁶³. Egli propone, quindi, il superamento del postulato secondo cui il diritto sarebbe costituito solo da regole rigide e neutre da un punto di vista valoriale, e il riconoscimento di altri *standard*, altrettanto giuridici, cui il giudice può fare ricorso⁴⁶⁴. In tale ambito si inseriscono i principi, che guidano l’attività del giudice, distinti dalle *policies*, che guidano il legislatore⁴⁶⁵. Nella teoria di Dworkin regole e principi sono due differenti categorie di norme, tra loro distinte per struttura e modalità applicative.

Una *regola*, nella teoria di Dworkin, è un enunciato normativo che connette al verificarsi di determinati fatti una conseguenza giuridica, secondo il noto schema “se A, allora B”. Tale conseguenza può essere la più disparata: la previsione di una sanzione, la nascita di un obbligo o di un diritto, la validità o invalidità di un atto⁴⁶⁶. Essa è, quindi,

⁴⁶¹ In apertura Dworkin fornisce una sintesi dei principali assunti del positivismo, così come formulati da Hart. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, Harvard, Harvard University Press. Dworkin ne sintetizza le poche proposizioni essenziali, secondo cui: (a) il diritto si compone di regole giuridiche, individuate sulla base del procedimento tramite il quale sono adottate e la cui attuazione può essere imposta con la forza pubblica; (b) qualora un caso specifico non sia riconducibile ad una delle regole così individuate, esso non potrà essere deciso “applicando il diritto”, ma sarà rimesso alla discrezionalità di un funzionario pubblico, solitamente il giudice (c) per affermare che esiste un obbligo giuridico, è necessario che esso sia imposto da una regola individuata secondo il modo sopra indicato.

⁴⁶² Ivi, p. 78: “Questa teoria sostiene che un obbligo giuridico esiste se (e solo se) è imposto da una norma giuridica prestabilita. Ne consegue che se in un caso difficile non si riesce a trovare nessuna norma prestabilita di questo tipo, non vi è alcun obbligo giuridico finché il giudice non crei una nuova norma per il futuro. Il giudice può applicare questa nuova norma tra le parti del caso, ma allora si parlerà di legislazione *ex post facto* e non di applicazione di una norma preesistente”.

⁴⁶³ Tale processo richiede quindi, in primo luogo, la rilevazione e l’analisi del materiale normativo esistente; in secondo luogo, si ricava una regola da tale materiale normativo; in terzo luogo, detta regola viene adattata

⁴⁶⁴ *Ibidem*: “se abbandoniamo questa dottrina e trattiamo i principi come diritto, allora possiamo ammettere che un obbligo giuridico sia imposto tanto da una regola quanto da una costellazione di principi. Possiamo dire che un obbligo giuridico esiste ogni volta che l’argomento fondato su principi giuridici vincolanti di diverso genere che sostiene tale obbligo è più forte dell’argomento contrario”.

⁴⁶⁵ Ivi, p. 48: “Chiamo *policy* quello standard che stabilisce un obiettivo da raggiungere, in genere un miglioramento di carattere economico, politico e sociale nella vita di una comunità [...]. Chiamo *principio* lo standard che deve essere osservato [...] perché è un requisito di giustizia o di equità o di qualche altra dimensione della morale”. Quanto invece alla distinzione tra regole e principi, essa “è di tipo logico. Entrambi i tipi ci guidano a particolari decisioni su quali siano gli obblighi giuridici in determinate circostanze, ma differiscono nel carattere della direttiva che forniscono”.

⁴⁶⁶ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Seconda edizione, 2014, Torino, Giappichelli, p. 67.

una *norma a fattispecie chiusa* applicabile secondo una *logica escludente dell'aut-aut*⁴⁶⁷ o, come si afferma, “in an all-or-nothing fashion”⁴⁶⁸ (o-tutto-o-niente): essa prescrive chiaramente e rigidamente le conseguenze giuridiche che conseguono al verificarsi delle condizioni che dispone⁴⁶⁹. L'esistenza di una regola dipende dal rispetto delle condizioni formali di validità così come stabilite, a loro volta, da altre regole⁴⁷⁰. Nel caso di conflitto tra regole, o una delle norme è invalida, ovvero un'altra regola dispone che la prima debba trovare un'eccezione.

Un *principio*, invece, costituisce una *norma a fattispecie aperta* applicabile secondo la *logica includente dell'et-et*⁴⁷¹: si limita a prescrivere delle “reasons pointing in one direction”⁴⁷² senza definire gli effetti giuridici da collegare al verificarsi di determinate condizioni. Il principio indica dei *prima facie arguments* che puntano verso una conclusione relativa alla disciplina giuridica dei fatti rilevanti. Non è però detto che quella sia l'unica possibile, in quanto ciascun principio è caratterizzato da una dimensione di *peso* e il suo ruolo è il risultato del peso che riveste in relazione ai principi concorrenti⁴⁷³. In caso di conflitto tra diversi principi, dunque, è necessario prendere in considerazione il peso relativo di ciascuno di essi alla luce dei fatti della controversia⁴⁷⁴: il giudice è tenuto, sulla base del rapporto che sussiste tra detti principi, a individuare la regola risolutiva del caso sulla base del bilanciamento tra i principi⁴⁷⁵. Dworkin ritiene, in particolare, che i diritti fondamentali siano *principi*, anche se possono esservi diritti assoluti⁴⁷⁶. È vero che tale teoria non nasconde un certo legame con la morale. Egli ritiene, infatti, che esista una *moralità giuridica* che sottende alla giusta soluzione di un caso. Nel risolvere i casi difficili, infatti, il giudice farebbe riferimento a principi che derivano dalle esigenze della giustizia o dell'equità. Il carattere giuridico di tali principi, il passaggio dal

⁴⁶⁷ A. VESPAZIANI, *Interpretazioni e bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 95.

⁴⁶⁸ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 24-28.

⁴⁶⁹ V. JEUTNER, “Both the Rule and the Exception. The Concept of a Legal Dilemma and the Survival of the State”, in L. BARTELS, F. PADDEU (eds.), *Exceptions in International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 242 ss., p. 242: “rules [...] control the legal classification of a given act by default”.

⁴⁷⁰ H. KELSEN, *The Concept of the Legal Order*, 1982(1) *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 27, pp. 64 ss.

⁴⁷¹ A. VESPAZIANI, *Interpretazioni e bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 95.

⁴⁷² R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 24-28.

⁴⁷³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 54: “I principi hanno una dimensione che le regole non hanno: la dimensione del ‘peso’ o dell'importanza. Quando i principi si intersecano [...], chi deve risolvere il contrasto dovrà prendere in considerazione il peso relativo di ognuno. Naturalmente, non potrà trattarsi di una misurazione esatta, e il giudizio sul fatto che un principio o una *policy* sia più importante di un'altra rimarrà sempre una questione controversa”.

⁴⁷⁴ N. MACCORMIK, *Principles of Law*, 1974(1) *Juridical Review*, Vol. 19, pp. 217 ss., p. 222.

⁴⁷⁵ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 130: “anche quando nessuna norma prestabilita è in grado di risolvere il caso, una delle parti può comunque avere diritto alla vittoria. Resta un dovere del giudice, anche nei casi più difficili, scoprire quali siano i diritti delle parti senza inventarsi nuovi diritti meccanicamente”.

⁴⁷⁶ Ivi, p. 144: “un diritto può cedere a un altro principio o a una *policy* urgente con la quale si scontra in circostanze peculiari. Si può definire l'importanza di un diritto, assumendo che non sia assoluto, in base al suo potere di resistere a un conflitto di questo tipo”.

mondo della morale a quello di ciò che è giuridicamente vincolante, tuttavia, deriverebbe dal fatto che una o più regole si fondano sui principi.

A partire dalla teoria di Dworkin, si tende oggi a sostenere che i principi presentino due caratteristiche: la genericità e indeterminatezza del contenuto⁴⁷⁷, da un lato; il carattere fondamentale/assiologico⁴⁷⁸, dall'altro. G. Zagrebelsky, in particolare, ha chiarito alcuni aspetti della distinzione, anche in relazione al concetto di *valori*. Riprendendo la teoria di J. Habermas, definisce un valore come un “*bene fattuale* che chiede di realizzarsi attraverso attività *teleologicamente orientate*” e che “vale come autorizzazione all’azione o al giudizio diretti al risultato, non come criterio di azione e di giudizio legittimi”⁴⁷⁹. Diversamente, un principio sarebbe un “*bene iniziale* che chiede di orientarsi attraverso attività *conseguenzialmente orientate*” e che ha “contenuto normativo rispetto all’azione o al giudizio”⁴⁸⁰. Egli precisa come il medesimo *bene* possa essere preso in considerazione tanto come *valore* quanto come *principio*⁴⁸¹. Tuttavia, giuridicamente, sarebbe preferibile ragionare in termini di principi, posto che i valori tendono in modo totalitario a giustificare ogni azione volta al loro perseguimento, mentre i principi ammettono di essere tutelati nella misura concessa dalla coesistenza di principi confliggenti⁴⁸². In ogni caso, valori, principi e regole si collocano in una sequenza di inferenze: “non c’è una regola che non corrisponda a un principio e non c’è un principio

⁴⁷⁷ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., pp. 69-71. Guastini distingue tre diverse forme di indeterminatezza dei principi: (1) in quanto *norme a fattispecie aperta*, in cui non sono esaustivamente determinati i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica; (2) in quanto *norme defettibili*, che ammettono “eccezioni implicite, non stabilite nella norma stessa né in alcuna altra norma dell’ordinamento” e che, quindi, non si applica a tutti i fatti cui si riferisce l’antecedente; (3) in quanto *norme generiche*, che devono essere concretizzate o attuate in altre norme per poter risolvere casi concreti. Vi è anche chi ritiene che la generalità sia l’unica caratteristica dei principi. Secondo J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, 1972(5) Yale Law Journal, Vol. 81, pp. 838 ss., p. 838, i principi prescrivono delle “highly unspecific actions” e possono essere rispettati “on different occasions by the performance of a great many heterogeneous generic acts on each occasion”.

⁴⁷⁸ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 68: “dato un qualsivoglia complesso di norme (che può anche coincidere con l’intero ordinamento), si considerano principi quelle norme che incorporano tali valori, sentimenti di giustizia, decisioni politiche”. Guastini, dunque, sostiene che i principi sono norme fondamentali in quanto: (1) danno fondamento e giustificazione assiologica ad altre norme; (2) non hanno e non richiedono a loro volta un fondamento assiologico o politico.

⁴⁷⁹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, 2002(2) Quaderni fiorentini, Vol. 31, pp. 865 ss., p. 872.

⁴⁸⁰ Ivi, p. 873.

⁴⁸¹ Ivi, p. 873-874: “Valore e principio sono dunque nozioni per diversi aspetti antitetici. Eppure hanno però in comune il nucleo: entrambi si riferiscono a beni, come ad esempio, la persona umana, la vita, la natura, la cultura, l’arte [...]. Ciò spiega la confusione dei due concetti, l’uso quasi sempre promiscuo dei due termini e la critica che spesso viene impropriamente rivolta al secondo (il principio) con argomenti riferibili al primo (il valore). [...] E tuttavia, sotto un altro aspetto è ben vero che si tratta di una differenza sottile e, soprattutto, che lo stesso bene può essere trattato come valore, o come principio, con esiti diametralmente opposti. Ad esempio, il richiamo al bene della vita, *come valore*, vale per i fanatici a giustificare le azioni violente contro le *équipes* mediche delle cliniche che operano aborti; la protezione della vita *come principio*, invece, apre la discussione sulle conseguenze che razionalmente il principio implica rispetto a un fatto come l’interruzione volontaria della gravidanza, nelle diverse circostanze della vita in cui può presentarsi come possibilità o necessità”.

⁴⁸² G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 872.

che non si colleghi a un valore”⁴⁸³. Nel diritto interno, quando questa catena si spezza, ad esempio quando un principio contraddice un valore (costituzionalmente rilevante), o una regola non ha un principio a fondamento o è contraria a un principio, quella regola è priva di giustificazione, e quindi invalida (nel senso di incostituzionale).

Nell’ambito di tale dibattito si parla poi, spesso, di *interessi*, come qualcosa di distinto da principi e valori. Tuttavia, è stato sostenuto che tale opposizione dicotomica non si porrebbe, essendo gli interessi nient’altro che, ad esempio, una formula sintetica per descrivere un principio o, più probabilmente, un gruppo di principi (ad esempio, l’interesse alla corretta amministrazione della giustizia)⁴⁸⁴.

Sul piano pratico, dunque, la distinzione tra interessi, principi e valori non ha rilevanza e, pertanto, sarà trascurata nel prosieguo del lavoro. Piuttosto, ciò che occorre sottolineare è che, aderendo ormai ampiamente alla distinzione dworkiniana, la dottrina maggioritaria, e la giurisprudenza costituzionale, tendano a ritenere che le disposizioni costituzionali, specie quelle in materia di diritti fondamentali (e, di conseguenza, quelle internazionali in materia di diritti umani che condividono spesso la stessa formulazione), sanciscano principalmente delle norme aventi struttura di principi e non di regole, con la conseguenza che eventuali conflitti tra le medesime sono risolte per il tramite della tecnica del bilanciamento⁴⁸⁵.

2.3.2. Il neocostituzionalismo di Robert Alexy

La teoria di Robert Alexy prende le mosse dalla distinzione appena esaminata⁴⁸⁶. Mentre definisce le regole come comandi definitivi (*definitive commands*)⁴⁸⁷, i principi sarebbero dei comandi di ottimizzazione (*optimization requirements*), che indicano delle ragioni per raggiungere una determinata decisione. Le regole sarebbero formulate secondo il modo “si deve” (*must*); i principi secondo il modo “si dovrebbe” (*should*): questi ultimi mirano alla massimizzazione della protezione di valori o interessi sociali alla luce delle circostanze del caso e, quindi, del rilievo di altri valori o interessi. Il peso dei principi è determinato dalla loro *background justification* in un dato contesto: un principio “require

⁴⁸³ Ivi, p. 877.

⁴⁸⁴ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento dei diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, cit., pp. 258-69. Per l’interesse alla giustizia nel diritto del processo internazionale, e per il suo operare secondo la logica dei principi descritta in questa sezione, si veda, ad Tribunale penale internazionale per l’Ex Jugoslavia, Camera di prima istanza, *Procuratore c. Zoran Kupreškić e altri*, cit., par. 739.

⁴⁸⁵ M. KUMM, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, cit., p. 574; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 249.

⁴⁸⁶ R. ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, 2003(2) *Ratio Juris*, Vol. 16, pp. 131 ss., p. 135. Anch’egli condivide l’assunto per cui le norme costituzionali, in generale, e quelle relative alla tutela dei diritti fondamentali dell’individuo, in particolare, hanno struttura di principio e non di regola.

⁴⁸⁷ R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, 2000(1) *Ratio Juris*, Vol. 13, pp. 294 ss.

optimization relative both to what is factually possible and to what is legally possible”⁴⁸⁸. Richiede, dunque, di essere “realized to the highest degree”⁴⁸⁹. Alexy condivide l’assunto per cui “competition between principles are played out in a dimension of weight”⁴⁹⁰: un principio può essere messo da parte quando il principio concorrente ha un peso maggiore alla luce delle circostanze. Tale valutazione deve essere effettuata sulla base di quella che Alexy chiama *law of balancing*, secondo cui “the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other”⁴⁹¹.

Alexy struttura in tre fasi quello che definisce “giudizio di proporzionalità in senso ampio” (*proportionality in a wide sense*), volto a determinare l’ordine di prevalenza in caso di conflitto tra principi⁴⁹². Secondo la sua teoria, ove una misura implichi la limitazione di un principio, la sua legittimità deve essere valutata alla luce dei seguenti test: (1) il test di adeguatezza (*suitability*), secondo cui la misura deve perseguire uno scopo “legittimo” ed essere idonea a realizzarlo⁴⁹³; (2) il test di necessità (*necessity o least restrictive alternative test*), secondo cui l’interferenza (ossia la limitazione di un principio) deve limitarsi al grado minimo possibile⁴⁹⁴; infine, (3) il test di proporzionalità in senso stretto (*proportionality stricto sensu*), che implica il *bilanciamento* tra il grado di limitazione dell’uno o dell’altro principio, a seconda della soluzione prospettata, e i benefici derivanti all’uno come conseguenza dalla limitazione dell’altro. Infatti, il vantaggio ottenuto tramite il sacrificio di un principio deve essere più elevato rispetto al pregiudizio arrecato a quello soccombente⁴⁹⁵. Tale valutazione deve essere realizzata alla luce di tutte le circostanze del caso, quali l’importanza astratta dei due principi in

⁴⁸⁸ R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, 2014(1) *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 22, pp. 51 ss., p. 52: “The principle of suitability and necessity refer to optimization relative to the factual possibilities. The principle of proportionality in the narrower sense concerns optimization relative to the legal possibilities”.

⁴⁸⁹ R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 295.

⁴⁹⁰ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, 1986, Oxford, Oxford University Press, traduzione a cura di J. RIVER, p. 50.

⁴⁹¹ Ivi, p. 102.

⁴⁹² R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, cit., p. 52.

⁴⁹³ *Ibidem*. Il principio di adeguatezza impone l’esistenza di una *rational relationship* tra il mezzo utilizzato e lo scopo perseguito, e “precludes the adoption of a means that obstruct the realization of at least one principle without promoting any principle or goal for which it has been adopted”. Si tratta, quindi, un test molto tenue, dato che solo misure che non perseguono alcuno scopo legittimo, o sono totalmente arbitrarie o manifestamente inidonee a raggiungere lo scopo, non supereranno il test, in quanto saranno considerate sproporzionate *a priori*.

⁴⁹⁴ Ivi, p. 53. Il principio di necessità “requires that of two means promoting *P1* [one of the conflicting principles] that are, broadly speaking, equally suitable, that one that interferes less intensively with *P2* [the conflicting principle] has to be chosen”. Ciò vuol dire che se esiste una misura che, ugualmente effettiva nel perseguire lo scopo legittimo, incida in grado minore sull’interesse contrapposto, il test non sarà superato. Esso ha proprio lo scopo di imporre l’adozione di misure che riducono al minimo la lesione dell’interesse sacrificato. Una misura non necessaria viene considerata, anch’essa per definizione, sproporzionata.

⁴⁹⁵ L. CLÉRICO, “Proportionality in Social Rights Adjudication: Making It Workable”, in D. DUARTE e J. SILVA SAMPAIO (eds.), *Proportionality in Law*, 2018, Cham, Springer, pp. 25 ss., p. 33.

conflitto, l'intensità dell'interferenza, l'esistenza di misure alternative. La *law of balancing* tende a rispondere alle critiche, sopra evidenziate, secondo cui il bilanciamento implicherebbe il soggettivismo giudiziario, posta l'assenza di criteri oggettivi sulla base dei quali possano essere bilanciati i rispettivi pesi dei principi in conflitto. Essa offre una struttura analitica tramite la quale il giudice, attenendosi a dei criteri predeterminati e argomentando le motivazioni, garantisce razionalità e legittimità della decisione, e la possibilità di sottoporre la stessa a un controllo esterno.

La fase del bilanciamento (o della proporzionalità in senso stretto) è, nella teoria di Alexy, a sua volta divisa in tre sotto-fasi⁴⁹⁶: (i) la prima è volta a determinare il *grado di interferenza* che la misura produce sull'interesse o valore contrastante, alla quale viene assegnata una qualificazione che va da "light" a "moderate" a "serious", sulla base di quello che Alexy chiama *principle of interference*⁴⁹⁷; (ii) la seconda serve a stabilire il grado di importanza dell'uno e dell'altro interesse, alla luce del *peso astratto* – "independently of the circumstances of any case"⁴⁹⁸ – e del *peso concreto* di ciascuno, quest'ultimo determinato alla luce delle circostanze; nella maggior parte dei casi soltanto questa seconda valutazione sarà necessaria, in quanto i principi costituzionali, in generale, e i diritti fondamentali, in particolare, condividono il medesimo peso astratto, non essendo gerarchicamente ordinati; (iii) la terza fase è volta a determinare il peso relativo (*relative weight*) di un principio, "under the circumstances"⁴⁹⁹. Ciò viene fatto instaurando una relazione tra gli elementi previamente individuati, sulla base di quella che Alexy definisce *weight formula*: da un lato, si pone l'intensità del pregiudizio causato e, dall'altro, l'importanza concreta e relativa dei principi. A fronte di un pregiudizio elevato (ad esempio, di una limitazione seria della libertà di espressione), è necessario che il principio contrapposto (ad esempio, la tutela della personalità) rivista un'importanza più consistente. Tale valutazione deve essere effettuata tenendo in considerazione l'importanza dei principi o valori confliggenti, la quale è determinata in relazione a quello che costituisce il "common point of view" e metro di paragone del bilanciamento: la Costituzione. In tal senso, il bilanciamento costituisce un giudizio in termini di "constitutional gain and losses"⁵⁰⁰.

Tale ultima precisazione solleva una serie di interrogativi nel momento in cui si pretenda di testare la rilevanza della teoria di Alexy per il diritto internazionale. Come si

⁴⁹⁶ R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, cit., p. 436.

⁴⁹⁷ Ivi, p. 440. In questa fase il giudice deve anticipare le possibili decisioni del caso e, per ciascuna di esse, determinare quale grado di interferenza si produrrebbe. Il grado di interferenza coincide con il grado di protezione che l'interesse o valore avrebbe se la misura volta a perseguire il principio confligente, non fosse implementata. Si veda J. SIECKMANN, *The Principle of Proportionality: A German Perspective*, Report at the International Conference on Constitutional Justice and the Principle of Proportionality, 7 dicembre 2018, Sucre, Bolivia, CDL-JU(2018)002.

⁴⁹⁸ R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, cit., p. 440.

⁴⁹⁹ Ivi, p. 444.

⁵⁰⁰ Ivi, p. 442.

è già anticipato e si vedrà più ampiamente di seguito, una delle principali critiche mosse alla possibilità, per il giudice internazionale, di ricorrere al bilanciamento, attiene all'asserita assenza di un sistema oggettivo e condiviso di valori nell'ordinamento internazionale, posta l'assenza di una costituzione. Ciò implicherebbe l'impossibilità di determinare il peso da assegnare a ciascuno di essi nel momento in cui entrano in conflitto⁵⁰¹. Ma l'esistenza di una costituzione, scritta o materiale, non è necessariamente una preconditione del bilanciamento. Barak, ad esempio, sostiene che il termine di paragone non sia la costituzione nazionale in sé e per sé considerata, certamente in termini formali, bensì la "social marginal importance" degli interessi in conflitto⁵⁰². È ben possibile ritenere che non sia, quindi, l'esistenza di una costituzione in senso formale e/o materiale a fondare il giudizio di bilanciamento, ma l'esistenza, nella coscienza della comunità di riferimento (quanto al diritto internazionale, della comunità degli Stati) di un sistema oggettivo di interessi e valori, il quale possa essere preso in considerazione dal giudice. Quest'ultimo aspetto ci conduce all'ultima delle teorie che, da un lato, hanno favorito l'affermarsi del bilanciamento nelle esperienze giuridiche interne e, dall'altro, da quest'ultimo fenomeno ha tratto spunti ed elementi per ulteriori elaborazioni teoriche.

2.3.3. Il realismo giuridico

Si tratta della teoria del *realismo giuridico*, che costituisce lo sviluppo della giurisprudenza sociologica che ha favorito l'affermarsi del bilanciamento degli interessi nell'ordinamento statunitense⁵⁰³ e diffusasi anche tra i teorici del diritto internazionale⁵⁰⁴. Inaugurato negli anni '50 e '60 a Yale, il realismo ritiene che la stretta applicazione di *regole* sia inidonea a spiegare il fenomeno giuridico che, in realtà, ha natura complessa e deriva anche dall'applicazione che del diritto venga fatta da parte dei giudici e di altri attori dell'ordinamento⁵⁰⁵. Il realismo si fonda su una sfiducia nei confronti delle fonti del

⁵⁰¹ V., *ex multis*, W.W. BURKE-WHITE e A. VON STADEN, "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations", cit., p. 717.

⁵⁰² A. BARAK, *Proportionality and Principled Balancing*, cit., p. 16.

⁵⁰³ G. EDWARD WHITE, *From Sociological Jurisprudence to Legal Realism: Jurisprudence and Social Change in the Early Twentieth Century*, 1972(6) Virginia Law Review, Vol. 58, pp. 999 ss., p. 110. Secondo l'autore già la giurisprudenza sociologica e, in particolare, Pound, descrivevano l'attività di "decision-making as part of [a] larger project of social engineering".

⁵⁰⁴ L'antecedente è stato l'approccio sociologico di Durkheim, Duguit e Scelle. Secondo quest'ultimo, in particolare, se è vero che i valori costituiscono il fondamento ultimo della normatività del diritto internazionale positivo, tali valori devono poi manifestarsi in *fatti sociali* nella vita delle relazioni internazionali.

⁵⁰⁵ Per una sintesi degli assunti di fondo del realismo si veda S.R. RATNER, "Legal Realism School", in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Oxford, Oxford University Press, par. 4: "a) the notion of law in flux and judicial creation of law through conscious policy choices; b) the notion of law as instrumental, ie a means to social ends and not an end in itself; c) the need for objective inquiry into the state of the law, based on social science, untainted by views of what courts should do; d) a distrust of legal rules as inaccurate predictors of what courts will do or as normative bases for what courts should do; e) the rejection of conventional doctrinal categories of law for narrower

diritto rigidamente intese, e sull'assunto secondo cui le regole giuridiche non possono che essere "scoperte" nel momento in cui devono essere applicate a una specifica controversia o questione, con ciò attribuendo un ruolo "creativo" al giudice. Il ragionamento giuridico, secondo tale teoria, include anche l'argomentazione sulla base dei principi, include necessariamente anche considerazioni di carattere extra-giuridico⁵⁰⁶. Ne deriva che la ricostruzione di cosa il diritto sia non può che derivare da un approccio empirico, che osservi la realtà e, in particolar modo, le decisioni rese dai giudici o da altre autorità chiamate a rilevare ed applicare il diritto a situazioni concrete.

Nonostante la scuola del realismo giuridico non si sia espressamente occupata dell'ordinamento internazionale, tale teoria trova ancora oggi forti sostenitori anche nell'ambito della dottrina internazionalista⁵⁰⁷. Adattato al diritto internazionale, il realismo giuridico ritiene che esso sia un *processo* avente per obbiettivo l'ordine pubblico globale e la dignità umana⁵⁰⁸ che costituisce "the product of a process of claims and counterclaims, assertion and reaction, by governments"⁵⁰⁹. In tale processo di formazione, cui contribuiscono non soltanto gli Stati ma anche altri attori della comunità internazionale⁵¹⁰, è ben possibile che si formino delle norme pur prescindendo dai processi formale di creazione di regole (ossia dalle fonti del diritto)⁵¹¹, essendo il diritto l'esito del suddetto processo dialettico. Nonostante si tratti di concetti più che controversi, un esempio di tale processo dialettico di non formalizzato di una norma giuridica sarebbe la dottrina dell'intervento umanitario (e della responsabilità di proteggere) – sviluppata sulla base delle pressioni di diversi attori non statali – in relazione all'intervento della NATO in Kosovo⁵¹². Ed è ben possibile che queste norme si formino in parallelo (e in conflitto) a regole formali del diritto internazionale (come, in quel caso, le regole della

groupings that correspond to specific forms of human interaction; and f) the need for an evaluation of law for its effects on society".

⁵⁰⁶ Tale teoria si fonda proprio sulle orme della scuola sociologica di W.O. HOLMES, *The Path of the Law*, 1897(8) Harvard Law Review, Vol. 10, pp. 457 ss.

⁵⁰⁷ R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, cit.; E. RIEDEL, "Human Rights Protection as a Principle", cit., p. 244: "a wider conception of law will embrace relevant factual bases or norms as an empirical basis of a social and political nature, bringing into focus the reality of the international community. [...] Usually the application of the law stops far short of that and remains at the stage of more or less divergent self-assessment of rights and duties under international law. It is suggested here that some of the newer parameters of international relations can best be labelled as 'standards'".

⁵⁰⁸ M. BENNOUNA, *Le droit international entre la lettre et l'esprit*, 2017, L'Aja, Pocket Books of The Hague Academy of International Law, Brill, par. 31.

⁵⁰⁹ J. CRAWFORD, *Change, Order, Change: The Course of International Law*, 2013, L'Aja, Recueil des cours, Vol. 365, p. 21.

⁵¹⁰ A. VON BOGDANDY e I. VENZKE, "The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals", cit., p. 506, che parlano di "jurisgenerative interactions between actors".

⁵¹¹ Si veda, in particolare, M. REISMAN, "The View from the New Haven School of International Law", in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 1992, Vol. 86, pp. 118 ss.

⁵¹² Assemblea generale delle Nazioni Unite, *We the peoples: the role of the United Nations in the twenty-first century*, Rapporto del Segretario generale, UN Doc. A/54/2000, 27 marzo 2000, par. 217-19.

Carta ONU che impedivano l'intervento in assenza di autorizzazione del Consiglio di sicurezza).

2.4. LA STRUTTURA E LE FUNZIONI DEL BILANCIAMENTO

Resta da chiedersi se, alla luce dell'analisi di cui sopra, sia ricostruibile una "definizione operativa" di bilanciamento, che sia sufficientemente generica e flessibile da consentire di ricercarne l'eventuale presenza nella giurisprudenza internazionale. Tale compito non è agevole. La giurisprudenza interna esaminata, in ragione delle caratteristiche di ogni singolo ordinamento e giudice, presenta notevoli differenze, sotto vari aspetti: nelle *premesse teoriche* di fondo⁵¹³; nelle *motivazioni storico-sociali* che hanno favorito l'affermarsi del giudizio di proporzionalità e del bilanciamento degli interessi come tecniche decisionali⁵¹⁴; nel *contesto normativo* di riferimento⁵¹⁵; negli *scopi* per cui tali tecniche sono state sviluppate e sono utilizzate⁵¹⁶. È tuttavia necessario chiedersi se, andando oltre tali specificità, sia individuabile un nucleo concettuale unitario, un minimo comune denominato. Tale operazione richiede una astrazione dalle esperienze esaminate⁵¹⁷ e anche dalle specificità degli ordinamenti giuridici interni rispetto all'ordinamento internazionale⁵¹⁸. Con riferimento al successo che proporzionalità e

⁵¹³ Un compromesso tra l'eredità della Scuola del diritto naturale e il formalismo giuridico, in Germania; l'affermarsi della Scuola sociologica del diritto e del realismo giuridico, negli Stati Uniti.

⁵¹⁴ La progressiva espansione della tutela dei diritti individuali nei confronti dei pubblici poteri, in Germania; il conferimento ai pubblici poteri del necessario spazio di manovra per tutelare interessi collettivi anche a scapito di diritti dell'individuo, negli Stati Uniti.

⁵¹⁵ Un sistema di *civil law* e un testo costituzionale dettagliato, chiaro e corredato di clausole di limitazione, in Germania; un sistema di *common law* e un testo costituzionale generico e laconico, negli Stati Uniti.

⁵¹⁶ Gli scopi possono essere i più vari, tra cui l'individuazione di una lacuna nella disciplina legislativa in rapporto ai valori costituzionali; l'applicazione di clausole di limitazione; la determinazione campo di applicazione di una disposizione e del contenuto dei diritti e degli obblighi in essa sanciti; la soluzione di conflitti in senso stretto tra diritti individuali e interessi collettivi o tra diritti individuali, pur in assenza di espresse clausole di limitazione.

⁵¹⁷ Ad esempio, è necessario fare astrazione dalla struttura dell'ordinamento di riferimento. In alcuni ordinamenti, in particolare, sono solo i giudici costituzionali o supremi a farvi ricorso, in altri anche i giudici comuni. Si veda, in particolare, R. GUASTINI, *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, bilanciamento, concretizzazione*, 2019 Roma Tre Press, pp. 313 ss., p. 320, che sottolinea come, ad esempio: (1) in sistemi in cui il controllo di costituzionalità è accentrato, l'oggetto del giudizio e, quindi, del bilanciamento, sarà sempre una *norma legislativa* in relazione ad un caso astratto; (2) in sistemi in cui il controllo di costituzionalità è diffuso, il giudizio e, quindi, il bilanciamento, avrà ad oggetto un *fatto*, e dunque la costituzionalità della norma è apprezzata in concreto e alla luce dei diritti e obblighi che ne derivano per le parti della controversia. Emblematico è però l'ordinamento tedesco, che ammette tanto il controllo astratto di costituzionalità delle leggi, quanto il ricorso costituzionale del singolo individuo in relazione a un caso concreto.

⁵¹⁸ In particolare, nella sua forma più comune e diffusa il bilanciamento, utilizzato in relazione all'applicazione delle norme relative alla tutela dei diritti fondamentali, presuppone un rapporto "verticale" individuo-Stato, che manca invece nel diritto internazionale, ad eccezione del diritto internazionale dei diritti umani e quello degli investimenti. Nel contenzioso interstatale, invece, vi è evidentemente un rapporto "orizzontale" tra due o più Stati. Come si vedrà più avanti, tali peculiarità non sono irrilevanti.

bilanciamento hanno avuto nell'ambito dell'interpretazione e applicazione delle *disposizioni costituzionali*, tuttavia, l'analisi di cui sopra consente di individuare una serie di elementi di fondo condivisi tra i diversi ordinamenti presi in considerazione: in primo luogo, le disposizioni costituzionali, in particolare quelle sui diritti fondamentali, costituiscono la positivizzazione di idee politiche ed etiche e un punto di contatto tra il diritto positivo e i valori su cui esso si fonda; in secondo luogo, anche in quanto frutto di un compromesso politico, esse sono formulate in termini vaghi e ambigui; tale caratteristica implica che dette disposizioni possano in concreto entrare in contrasto tra loro, in quanto idonee a essere applicate contemporaneamente ai fatti di un caso; di conseguenza, il giudice sarà chiamato a pronunciarsi su tale contrasto; allo stesso tempo, tuttavia, tutti gli elementi di cui sopra implicano un ineliminabile elemento di indeterminatezza in ordine alla giusta soluzione del conflitto⁵¹⁹.

In via di estrema semplificazione, può dirsi che il bilanciamento è quella forma di ragionamento giuridico che, per risolvere una questione di diritto, la scompone in termini di conflitto tra i principi, o interessi o valori⁵²⁰. E ciò allo scopo di individuare quale o quali debbano prevalere alla luce delle circostanze del caso e, quindi, di individuare una regola che tenga conto di detta relazione di prevalenza e che sia sufficientemente precisa da risolvere la controversia. La regola viene formulata e giustificata tramite l'utilizzo di un linguaggio argomentativo che mira a rendere la decisione comprensibile, convincente e trasparente. In tal senso, il bilanciamento si presenta come “the specific form of application of principles”⁵²¹ e costituisce un *metodo* o una *struttura analitica*⁵²² volta a comporre tensioni tra interessi, principi o valori⁵²³. Abbiamo definito principi quella categoria di norme caratterizzate da un elevato grado di generalità/astrattezza⁵²⁴ e da un contenuto tendenzialmente valoriale/assiologico, le quali richiedono, al fine di essere applicate, delle *regole attuative* che non possono che dipendere dalle specifiche circostanze di fatto e di diritto del caso concreto⁵²⁵. E abbiamo chiarito che una norma può avere struttura di principio indipendentemente dalla sua fonte: la distinzione tra regole, applicabile per il tramite della tecnica sussuntiva, e principi, applicabili per il tramite del bilanciamento⁵²⁶, “non opera sul piano delle disposizioni (degli enunciati),

⁵¹⁹ C.B. PULIDO, *The Migration of Proportionality Across Europe*, cit., p. 511.

⁵²⁰ L. CHIASSONI, *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, cit., p. 11: “dato un problema giuridico per il quale possono prospettarsi soluzioni alternative, si deve preferire la soluzione *che contempera i diritti, gli interessi e le esigenze concorrenti o in conflitto nel modo migliore possibile*” (corsivo in originale).

⁵²¹ R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, cit., p. 52.

⁵²² M. KUMM, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, cit., p. 579.

⁵²³ T. KLEINLEIN, *Judicial Lawmaking by Judicial Restraint: The Potential of Balancing in International Economic Law*, cit., nota 42.

⁵²⁴ *Supra*, Sez. 2.3.1.

⁵²⁵ G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., p. 545.

⁵²⁶ R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, cit., p. 436.

bensi su quello delle norme”⁵²⁷. Solo all’esito di un’operazione interpretativa può dirsi se una disposizione (scritta o non scritta) sancisca una norma strutturata in termini di regola o principio⁵²⁸. I principi, quindi, possono essere sanciti sia in disposizioni espresse (scritte) sia essere impliciti, e cioè ricavati da altre disposizioni normative o dall’ordinamento⁵²⁹.

Date queste linee generali, bisogna considerare che, ove adottassimo una definizione eccessivamente ampia di bilanciamento, saremmo portati a rinvenirne la presenza ogniquale volta il giudice faccia riferimento a principi, interessi o valori. Ma un tale riferimento ben potrebbe avere altri scopi. In alcuni casi, principi, interessi o valori sono applicati sulla base di un ragionamento esclusivamente *deduttivo* per desumerne, senza realizzare alcun bilanciamento, la regola risolutiva del caso; oppure sono richiamati a scopo meramente *interpretativo* (ad esempio nell’ambito dell’interpretazione teleologica), ma in termini diversi rispetto a quello che definiremo bilanciamento come tecnica interpretativa. In altri casi ancora principi, interessi e valori svolgono una semplice funzione di *argumentum ad abundantiam*, volto rafforzare, e non a giustificare, una conclusione che il giudice abbia raggiunto sulla base di altre tecniche decisionali⁵³⁰.

È necessario, pertanto, tentare di fornire una definizione più precisa. Dalla giurisprudenza esaminata emerge che il bilanciamento⁵³¹ viene utilizzato dal giudice come una operazione logica volta a determinare la *validità di un atto* (ad esempio, una legge o disposizione di legge⁵³²), la *liceità di un fatto* (ad esempio, una condotta posta in essere da un’autorità statale o un’omissione di quest’ultima⁵³³) o la *legittimità dell’esercizio di un diritto, di una facoltà o di una competenza* (sia che nel caso in cui il

⁵²⁷ F. PEDRINI, *Clausole generali e principi costituzionali*, 2015 Forum costituzionale, pp. 30-31.

⁵²⁸ Ivi: “La ‘natura’ strutturale di principio di una norma, in altre parole, non parrebbe il risultato diretto né della *sintassi* delle rispettive disposizioni, né delle caratteristiche *semantiche* delle norme, costituendo piuttosto il frutto di una loro particolare ‘concettualizzazione’, supportata sia da considerazioni di stretto diritto positivo, sia da argomenti logici e metodologici relativi alla migliore (= più corretta) lettura da assegnare al materiale giuridico”.

⁵²⁹ V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, 2010, Milano, Giuffrè, p. 76.

⁵³⁰ Ivi, p. 82. Questo se si prende in considerazione la distinzione tra “ragionamento decisorio”, inteso come “attività intellettuale compiuta dall’interprete per giungere a una decisione”, e “ragionamento giustificativo”, inteso come “insieme delle ragioni addotte a sostegno delle conclusioni raggiunte dall’interprete e dei passaggi sviluppati per giungervi”.

⁵³¹ Si veda, per una definizione molto simile, L. GRADONI e A. TANZI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento. Note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, 2012(2) La Comunità Internazionale, pp. 203 ss., p. 209: “Ogni operazione di bilanciamento comporta la presa in considerazione di due o più esigenze tutelate dall’ordinamento finalizzata alla formulazione di un giudizio di liceità di un fatto o sulla validità di un atto”.

⁵³² G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., p. 542. Nel diritto costituzionale, in particolare, esso è funzionale alla “valutazione dell’ammissibilità costituzionale di una certa limitazione di un diritto fondamentale, disposta da una misura legislativa al fine di perseguire un interesse collettivo o proteggere un altro diritto fondamentale”.

⁵³³ Si veda *supra*, Cap. II, Sez. 2.2.1.1., laddove il bilanciamento (*rectius*, giudizio di proporzionalità) era utilizzato in ambito prussiano per determinare la legittimità dell’operato delle pubbliche amministrazioni, e Sez. 2.2.3.1., sugli esempi di ricorso al bilanciamento nella giurisprudenza amministrativa italiana e francese.

diritto, la facoltà o la competenza siano in astratto esistenti, in quanto espressamente conferiti da una disposizione normativa⁵³⁴, sia che il bilanciamento venga invocato per giustificare l'esistenza anche in assenza di una espressa disposizione normativa⁵³⁵). Per comodità espositiva, e per coerenza rispetto al linguaggio generalmente utilizzati tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, nel prosieguo si utilizzerà l'espressione "misura" per indicare l'atto della cui validità si discuta, o il fatto la cui liceità sia in discussione, ovvero il diritto, la facoltà o la competenza del cui legittimo esercizio si dubiti. Nell'ambito dell'operazione di bilanciamento la validità, liceità o legittimità viene esaminata rispetto all'ordinamento, o al sistema normativo di riferimento, considerato nel suo complesso⁵³⁶. Tale valutazione, qualora la questione non possa essere risolta mediante la *sussunzione* della misura in una *regola*, viene effettuata scomponendola in termini di un conflitto tra interessi, principi o valori⁵³⁷ (per comodità espositiva, utilizzeremo di seguito il termine "interessi"⁵³⁸). A prescindere dallo scopo per cui venga realizzato, l'esito del bilanciamento è l'individuazione di un equilibrio tra gli interessi in gioco, e la

⁵³⁴ Ad esempio, possono darsi diverse ipotesi di ripartizione di competenze: (1) tra Stato federale e Stati federati (*supra*, Cap. II, Sez. 2.2.2.4.); (2) tra Stati e organizzazioni internazionali, in particolare nell'ambito dell'UE (N. PETERSEN e K. CHATZIATHANASIOU, *Balancing Competences? Proportionality as an Instrument to Regulate the Exercise of Competences after the PSPP Judgment of the Bundesverfassungsgericht*, cit.); (3) tra diverse istituzioni internazionali (M. KLATT, *Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Competences*, 2015(2) *Global Constitutionalism*, Vol 4, pp. 195 ss.). Quando all'esercizio di diritti e facoltà, si considerino gli esempi in materia di diritto privato, di cui *supra*, Sez. 2.2.2.1. e 2.2.3.1.

⁵³⁵ Si consideri, ad esempio, la questione dell'esercizio extraterritoriale della giurisdizione statale, spesso fondata su una valutazione funzionale dell'idoneità dell'esercizio del potere dello Stato a perseguire uno scopo legittimo dello stesso, senza ledere eccessivamente la sovranità (e giurisdizione) la sovranità degli altri Stati che abbiano legittime pretese regolamentari su una determinata situazione. Ad esempio, H.G. MAIER, *Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction*, 1983(4) *American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, pp. 579 ss., p. 583, rileva come in ambito statunitense le controversie relative in materia "can be resolved only by capitulation by some or compromise by all in the light of principles of international law reflecting a weighing of both sovereign and community interests". E ancora, D. J. GERBER, *Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws*, 1984(1) *Yale Journal of International Law*, Vol. 10, pp. 185 ss., definisce tale approccio come un "decision-making process in which the court identifies the interests of the countries having contact with the situation to be adjudicated, weights each country's interest in having its law applied against that of the other, and makes the choice of law decision according to the turn of the scales".

⁵³⁶ Negli ordinamenti interni, infatti, tale valutazione è realizzata rispetto alla costituzione, intesa tanto in senso formale, come testo scritto, quanto in senso materiale, come sistema di valori che reggono l'ordinamento in un dato momento storico. Vedremo nel Capitolo successivo come tale assetto di valori tende ad essere individuato dal giudice nell'ordinamento internazionale, dove manca una costituzione.

⁵³⁷ E. CANNIZZARO, "Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)", in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Plank Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021, Oxford, Oxford University Press, par. 11: "the term 'balancing test' is sufficiently wide to include many situations where a normative conflict is settled not on the basis of a formal criterion but rather on the basis of a functional analysis, which considers the respective weight of the interests underlying the conflicting legal rules".

⁵³⁸ Si veda *supra*, Sez. 2.3.1., per una distinzione teorica tra interessi, principi e valori, ma anche per un chiarimento dell'irrelevanza pratica della distinzione stessa. Questo anche in quanto, spesso, i giudici utilizzano tali termini in modo intercambiabile, senza soffermarsi sulle differenze che sussistono tra gli stessi da un punto di vista, lo si ripete, teorico.

formulazione di una regola che concretizza e specifica i principi bilanciati in relazione ai fatti e che è destinata a risolvere la concreta controversia⁵³⁹.

Secondo l'opinione largamente maggioritaria⁵⁴⁰, il bilanciamento sarebbe la tecnica decisoria che deriva dall'applicazione del principio di *proporzionalità in senso ampio*⁵⁴¹, secondo il quale “a State’s [ma, si può aggiungere, anche di un individuo] act must be a rational and reasonable exercise of means towards achieving a permissible goal, without unduly encroaching on the protected rights of either an individual or another State”⁵⁴². Il principio di proporzionalità, da alcuni definito “the ultimate rule of law”⁵⁴³, avrebbe il ruolo di guidare il giudice nel raggiungere una decisione razionale e prevedibile nella composizione dei conflitti tra interessi, indicandogli una struttura analitica da seguire. Esso comprenderebbe tre sotto-principi che orientano la decisione: il principio di adeguatezza; il principio di necessità e il principio di proporzionalità in senso stretto. Ed infatti, se si guarda alla giurisprudenza esaminata, emerge che l'analisi viene solitamente svolta in tre *fasi logicamente* (anche se non sempre esternamente riportate) *distinte*⁵⁴⁴, che tendono a seguire le linee guida che derivano da tali principi: (1) in primo luogo, si individua lo scopo perseguito dalla misura oggetto del giudizio, per determinare se esso possa ritenersi *legittimo*, in quanto protetto dall'ordinamento (alla luce del sistema di interessi, principi e valori vigenti nell'ambito dello stesso⁵⁴⁵); allo stesso modo, si verifica che la misura sia *idonea* (nel senso di non totalmente e manifestamente inadeguata) a

⁵³⁹ R. GUASTINI, *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*, cit., p. 321-22: “dal punto di vista logico, direi [...] che bilanciare consiste nello scegliere il principio applicabile, mentre concretizzare consiste nella (susseguente) applicazione [...] del principio prescelto”.

⁵⁴⁰ Al netto di differenti scelte terminologiche. Alcuni, infatti, assegnano tale funzione di giustificazione generale ai principi di ragionevolezza e/o buona fede, ma nella sostanza l'idea di fondo resta la medesima.

⁵⁴¹ Il bilanciamento sembra strettamente legato alla proporzionalità. Quanto a quest'ultima, essa può essere considerata sotto almeno tre punti di vista, e cioè: (1) come principio giuridico; (2) come obiettivo del Governo; (3) come una specifica e analitica modalità di revisione giudiziaria (V.C. JACKSON, *Constitutional Law in the Age of Proportionality*, 2015(8) Yale Law Journal, Vol. 124, pp. 2680 ss.).

⁵⁴² E. CRAWFORD, “Proportionality”, in R. WÖLFERUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, Oxford, Oxford University Press, par. 1; M. NEWTON e M. LARRY, *Proportionality in International Law*, cit., p. 33: “Proportionality is an umbrella concept that captures two seemingly incompatible but equally important aspects. First, proportionality limits the exercise of governmental power by insisting that such power be well tailored to certain acceptable goals. [...] Second, proportionality legitimizes power itself by authorizing its exercise, provided that it meets the requirements of the doctrine”.

⁵⁴³ D.M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, 2004, Oxford, Oxford University Press.

⁵⁴⁴ E. CANNIZZARO, “Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)”, cit., par. 1: “all the techniques using a balancing test are based on a tripartite logical procedure: first, they extract from each conflicting rule the abstract interest respectively protected; second, they determine the concrete interest to the full respect of each rule in the light of the particular circumstances of the case; and third, they proceed to balance these interests against each other and determine a new normative balance, applicable in that particular case”.

⁵⁴⁵ Negli ordinamenti interni, lo si ripete, tale operazione risulta più facile in quanto in genere sono “legittimi” gli interessi costituzionalmente protetti. Si veda *infra*, Cap. IV, Sez. 4.2., per un tentativo di chiarimento su come si determini (secondo le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza di seguito esaminata) il carattere legittimo di un interesse nell'ambito dell'ordinamento internazionale.

perseguire lo scopo; (2) in secondo luogo, si prendono in considerazione gli interessi lesi dalla misura, per determinare la *necessità* di una limitazione degli stessi; tra le misure astrattamente idonee a perseguire lo scopo, è necessaria quella che incida nel minor grado possibile sull'interesse contrapposto; (3) in terzo luogo, si verifica l'intensità del *rapporto funzionale* che lega la misura al raggiungimento del suo scopo, alla luce del principio di proporzionalità in senso stretto⁵⁴⁶; quest'ultimo implica che a fronte di una lesione rilevante di un interesse, il contributo apportato alla realizzazione dell'interesse contrapposto debba essere considerevolmente maggiore.

Tuttavia, il riferimento al principio di proporzionalità (in senso ampio) e al giudizio di proporzionalità (nelle fasi analitiche ora menzionate e di seguito descritte), non è essenziale alla realizzazione di un bilanciamento. Abbiamo visto, ad esempio, che la Corte suprema statunitense esclude la rilevanza del principio di proporzionalità nel proprio ordinamento, ma procede comunque a bilanciare gli interessi sociali rilevanti nell'interpretare e applicare le disposizioni costituzionali. Nella teoria di Dworkin, poi, il principio di proporzionalità non viene menzionato, ma si riconosce che un obbligo giuridico possa fondarsi tanto su una regola, quanto su una "costellazione di principi", all'esito della "ponderazione" del peso di ciascuno. Allo stesso modo, spesso la Corte costituzionale italiana fonda il bilanciamento tra valori sul più generale principio di ragionevolezza e, pur senza distinguere le fasi analitiche così come scandite dalla Corte costituzionale federale tedesca e teorizzate da Alexy, individua una regola di soluzione del caso che sia idonea a garantire la migliore protezione ai principi tra loro contrapposti. Infine, anche in ordinamenti, come quello francese, in cui il linguaggio della proporzionalità è stato recepito, non si distinguono analiticamente le tre fasi ora esaminate. Il giudice delle leggi italiano e francese, infatti, tendono a realizzare contestualmente le diverse operazioni logiche menzionate, mettendo in luce l'esistenza di una relazione funzionale sufficientemente stretta tra la misura e lo scopo, così come la necessità che essa non implichi un'eccessiva lesione di interessi contrapposti. Si vedrà che, spesso, tale è anche l'approccio dei tribunali internazionali, ove il riferimento alla proporzionalità è limitato a solo alcuni settori normativi (come diritti umani e investimenti), e dove interessi e valori sono spesso bilanciati sulla base di standard meno stringenti, come quelli di ragionevolezza ed equità.

Alla luce di quanto detto, e prima di esaminare più nello specifico la struttura e le funzioni del bilanciamento, possiamo provare a fornire una "definizione operativa". Tale definizione può essere formulata tanto in termini ampi, quanto più specifici.

Volendo adottare una definizione *ampia*, il bilanciamento è quella *forma di ragionamento giuridico che risolve una questione di diritto scomponendola in termini di*

⁵⁴⁶ Su tale punto, in relazione al diritto internazionale, si veda E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 430, per cui la proporzionalità, nel diritto internazionale, "si risolve sempre in un controllo funzionale di congruità fra attività e funzione tipica".

conflitto e/o interazione tra principi, interessi o valori e che, dopo aver assegnato un peso ai medesimi tanto in astratto quanto in ragione delle circostanze del caso concreto, individua un equilibrio normativo tra gli stessi e formula una regola di soluzione del caso che ne tenga conto e lo concretizzi in una disciplina puntuale dei fatti della controversia.

Ove si volesse, invece, adottare una definizione *specific*a, che tenga in conto le diverse fasi così come scandite nella giurisprudenza di alcuni tribunali interni, potrebbe dirsi che esso costituisce quella *forma di ragionamento giuridico volta a pronunciarsi sulla validità di un atto o sulla liceità di un fatto o sul legittimo esercizio di un diritto, di una facoltà o di una competenza (“misura”), nell’ipotesi in cui tale questione non sia sussumibile in regole espresse, ovvero sia sussumibile in regole il cui contenuto sia eccessivamente generico o oscuro o che siano corredate da clausole generali o clausole di limitazione, ovvero ancora sia parzialmente sussumibile in più regole tra loro contraddittorie. Caratteristica essenziale è, pertanto, l’analisi della questione sotto il profilo della composizione del conflitto tra, da un lato, i principi, interessi o valori (“interessi”) che la misura contribuisce a tutelare e, dall’altro, quelli che ne risultano lesi. Esso si articola solitamente in tre fasi logicamente scindibili, ma non sempre esternamente riportate. In primo luogo, il giudice individua gli interessi che la misura contribuisce a tutelare allo scopo di verificare che essa sia idonea a realizzarli. In secondo luogo, accerta che la misura sia quella, tra le varie possibili, che lede nel minor grado possibile l’interesse contrastante. In terzo luogo, il giudice si pronuncia sull’adeguatezza del rapporto funzionale che lega la misura al raggiungimento del suo scopo (rapporto mezzo-fine), nel senso per cui maggiore è la restrizione di un interesse, maggiore deve essere il contributo apportato alla realizzazione di quello contrapposto. L’esito del bilanciamento sarà l’individuazione di un equilibrio normativo tra gli interessi in gioco, e la formulazione di una regola che, alla luce di tale equilibrio, sia idonea a disciplinare il caso concreto sottoposto al giudice.*

Se, come vedremo, l’esito del bilanciamento è *sempre* la formulazione di una *regola* di soluzione del conflitto, che si applica al caso concreto, il materiale giuridico di partenza può essere diverso. In alcuni casi, il giudice ricorre al bilanciamento in quanto individua una lacuna nell’ordinamento, non essendo i fatti oggetto della controversia sussumibili in alcuna regola espressa (si ha, in questo caso, una lacuna *del diritto*). In altri casi, è la disposizione applicabile o parte di essa, per come formulata, che richiede che la norma in essa sancita debba essere interpretata e completata per il tramite di un’operazione di bilanciamento (si parlerà allora di lacuna *nel diritto*). In altri casi ancora, infine, posto che più norme sono rilevanti e potenzialmente applicabili ai fatti, il bilanciamento ha lo scopo di risolvere il conflitto normativo che in tal modo si produce, alla luce dei valori che sottendono alle norme tra loro in conflitto (laddove vi sia una lacuna nei mezzi di risoluzione dei conflitti tra norme di diritto).

2.4.1. L'idoneità a perseguire uno scopo "legittimo"

La *ratio* che sottende al bilanciamento è che la misura oggetto di valutazione debba essere *conforme* allo scopo per cui viene posta in essere e risultare *idonea* a realizzarlo⁵⁴⁷. Questa valutazione, nella dottrina maggioritaria, è definita di *adeguatezza* della misura rispetto allo scopo.

Innanzitutto, lo scopo deve essere *legittimo*, nel senso di riconosciuto dall'ordinamento e, dunque, la misura deve contribuire a realizzare uno degli interessi, principi o valori da esso protetti. La prima fase consiste quindi nell'individuazione degli interessi che sottendono allo scopo perseguito dalla condotta oggetto del giudizio. Lo scopo è individuato diversamente a seconda della ragione per cui si proceda a effettuare un bilanciamento. Qualora esso abbia lo scopo di colmare una lacuna nell'ordinamento, esso è ricostruito alla luce dei principi e valori vigenti nell'ordinamento nel proprio complesso: si verifica, cioè, se la misura è idonea a tutelare un valore che, pur protetto nell'ordinamento, nel caso concreto esso non risulta tutelato da regole espresse. Ove, invece, abbia lo scopo di interpretare una disposizione normativa, si porranno, da un lato, i valori protetti dalla disposizione interpretata, e dall'altro, quelli che essa è idonea a ledere, in alcuni casi già menzionati nella disposizione (si pensi, in particolare, alle norme attributive di un diritto, di una facoltà o di una competenza, che indicano espressamente o quanto meno implicitamente, alla luce del contesto, lo scopo per cui essi sono conferiti). Ove, infine, il bilanciamento abbia lo scopo di risolvere un conflitto normativo, i valori in contrasto saranno quelli che sottendono alle norme potenzialmente applicabili.

Una volta determinato il carattere legittimo dell'interesse perseguito, bisogna verificare l'idoneità della misura a realizzarlo. Tale fase è equiparabile, in parte, ai giudizi di buona fede e ragionevolezza. Entrambi, sia pur da una prospettiva diversa, sono volti ad accertare l'esistenza di una relazione funzionale tra lo scopo di una misura e il mezzo utilizzato per raggiungerlo⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ P. DE SENA, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some ... 'Utilitarian' Reflections*, cit., p. 1009, nota 5, mette in luce il doppio significato della proporzionalità "both as a method for assessing public actions aimed at achieving public interests, and for balancing this interests with fundamental rights" (rispetto a tale definizione, aggiungiamo che non solo e non necessariamente l'interesse contrapposto deve essere un diritto fondamentale dell'individuo, ma qualsiasi interesse legittimo ai sensi dell'ordinamento). Si veda anche E. CANNIZZARO, "Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)", cit., par. 10, secondo cui i giudizi qualificabili come ponderativi (buona fede, ragionevolezza, proporzionalità), "tend to convey the idea that international rights and obligations have to be exercised according to their proper function".

⁵⁴⁸ Ma si veda R. KOLB, *Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)*, cit., p. 16, che accomuna la buona fede e la ragionevolezza, almeno quando utilizzati come standard inseriti in una disposizione normativa e volti a renderla sufficientemente flessibile da essere adattata alle diverse circostanze fattuali cui può applicarsi (ossia quando utilizzati come "clausole generali", su cui si dirà più ampiamente in seguito).

Laddove si tratti di un giudizio di *buona fede*, la relazione tra lo scopo e il mezzo è valutata in termini meramente *soggettivi*⁵⁴⁹: affinché la misura sia legittima sarebbe sufficiente che persegua in buona fede lo scopo legittimo⁵⁵⁰, dunque che l'agente ritenga di apportare un contributo al suo raggiungimento, essendo invece irrilevante se ciò si realizzi in concreto o meno⁵⁵¹. Ovviamente, tuttavia, è necessario che quello sia effettivamente lo scopo perseguito: di qui la connessione del giudizio di buona fede con la dottrina dell'abuso del diritto⁵⁵². Qualora lo scopo sia altro, e non sia meritevole di protezione da parte dell'ordinamento, la misura non potrà dirsi perseguire uno scopo legittimo.

Il giudizio di *ragionevolezza* viene definito esso stesso come una forma di bilanciamento, ossia come un “conceptual tool that enables courts to balance values underlying competing teleological choices”⁵⁵³. Tuttavia, esso differisce tanto dal giudizio di buona fede tanto da quello di proporzionalità. Rispetto alla buona fede, la ragionevolezza adotta una prospettiva *oggettiva*⁵⁵⁴: essa mira a verificare l'esistenza di “relazione ragionevole tra scopo e fine” e, quindi, di un nesso o contributo causale⁵⁵⁵. In sostanza, tende ad escludere, quanto meno, l'arbitrarietà: è irragionevole la misura che non sia legata da un nesso di causalità sufficiente allo scopo perseguito e, dunque, sia manifestamente inidonea a raggiungerlo. Tale valutazione deve essere effettuata alla luce

⁵⁴⁹ Per l'evidente somiglianza tra le funzioni che in questa sede si attribuiscono al bilanciamento, e le funzioni della buona fede nel diritto internazionale, si veda G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit. p. 324: “in fields in which good faith exercises a regulative function, be it the law of treaties or international customary law as applied by judicial institutions, good faith is a potent and persuasive factor in the process of balancing conflicting rights”.

⁵⁵⁰ E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 445. Tale accertamento tende a confondersi con la figura dell'*abuso del diritto*, secondo cui l'atto sarebbe invalido o il fatto illecito nel caso in cui esso consista nell'“uso di una posizione soggettiva per una funzione diversa da quella per la quale essa è stata originariamente concepita” (ivi, p. 446). Sulla nozione di abuso del diritto si veda più ampiamente *infra*, Sez. 2.4.3.

⁵⁵¹ Si veda ancora R. KOLB, *Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)*, p. 17, secondo cui in caso di una lacuna nel diritto, ossia di mancanza di una regola volta a disciplinare una data fattispecie, la buona fede è una “source of law” volta a individuare la norma sulla base del bilanciamento tra le circostanze, fattuali, giuridiche ed extra-giuridiche, rilevanti. Si noti, però, che l'autore tende a confondere tale questione con la decisione secondo equità.

⁵⁵² Ivi, p. 24.

⁵⁵³ A. GARRIDO-MUÑOZ, *Managing Uncertainty: The International Court of Justice, 'Objective Reasonableness' and the Judicial Function*, 2017(2) *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, pp. 457 ss., p. 460.

⁵⁵⁴ G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit. p. 318: “good faith and reasonableness are not interchangeable terms”.

⁵⁵⁵ In particolare, O. CORTEN e R. KOLB, “Reasonableness in International Law”, in A. PETERS (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2021, Oxford, Oxford University Press, par. 30, ritengono che la ragionevolezza, intesa in termini sostanziali, “assumes a sufficient causal link between the legitimate objective sought and the behavior that one seeks to establish as reasonable”. Per una posizione simile, si veda M BEDJAOUI, “L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de justice”, cit., p. 584: “La notion de ‘raisonnable’ figure dans nombre de conventions et traités qui entendent contenir dans des proportions acceptables la liberté d'action des États contractants [...]. La jurisprudence internationale est amenée à peser les circonstances pour déterminer [...] ce qui, compte tenu des circonstances, lui paraît mériter le label du raisonnable”.

del contesto sociale di riferimento e tenendo in considerazione l'evoluzione del medesimo⁵⁵⁶. Rispetto alla proporzionalità, invece, la ragionevolezza si distingue per l'intensità del parametro di giudizio⁵⁵⁷: la prima presuppone non solo che la misura sia concretamente idonea a raggiungere lo scopo, ma anche che essa non leda eccessivamente degli interessi contrapposti. Tuttavia, spesso i giudici, tanto interni⁵⁵⁸ che internazionali⁵⁵⁹, tendono a realizzare contestualmente le diverse tipologie di giudizio, o a confonderle terminologicamente⁵⁶⁰.

Tale fase della valutazione è anche equiparabile al *divieto di abuso del diritto*: l'abuso implica la valutazione di una correlazione tra i poteri, diritti o facoltà conferiti da una norma e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità in concreto perseguita dal titolare del diritto, potere o facoltà non sia quella consentita dall'ordinamento, si configurerà l'abuso. Tale nozione, che costituisce oggetto di intensa riflessione nella teoria generale del diritto, viene applicata tanto nella giurisprudenza interna⁵⁶¹ quanto da parte di alcuni tribunali internazionali, nonostante la soglia per

⁵⁵⁶ C. PERELMAN, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, 1984, Parigi, LGDJ, p. 42: “[les idées] du raisonnable et de son opposé le déraisonnable, sont liées aux réactions du milieu social et à leur évolution”; J.J.A. SALMON, “Le concept de raisonnable en droit international public”, in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, 1981, Parigi, Pedone, pp. 447 ss., p. 449.

⁵⁵⁷ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 3: “sulla scena globale [...] [r]agionevolezza e proporzionalità indicano due diversi tipi di sindacato giurisdizionale di diversa intensità”. Per un esempio sul piano internazionale, si veda *Bluesun S.A., Jean-Pierre Lecorcier e Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID, caso n. ARB/14/3, lodo del 27 dicembre 2016, par. 318: “The criterion of ‘unreasonableness’ can be criticized [...] as an open-ended mandate to second-guess the [...] state’s policies. By contract, disproportionality carried in-built limitations and is more determinate”.

⁵⁵⁸ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 2.

⁵⁵⁹ *Total S.A. c. Argentine Republic*, ICSID, caso n. ARB/04/01, decisione sulla responsabilità del 27 dicembre 2010, par. 123: “the host State’s right to regulate domestic matters in the public interest has to be taken into consideration as well. The circumstances and reasons (importance and urgency of the public need pursued) for carrying out a change impacting negatively on a foreign investor’s operation on the one hand, and the seriousness of the prejudice caused on the other hand, compared in the light of the standard of reasonableness and proportionality are relevant”.

⁵⁶⁰ Si veda CIG, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand intervening)*, sentenza del 31 marzo 2014, ICJ Rep. 2014, p. 226, par. 97 ss. Se si considera la dottrina più risalente, è alla ragionevolezza che vengono attribuite le funzioni che in questa sede vengono assegnate al bilanciamento. J.J.A. SALMON, “Le concept de raisonnable en droit international public”, cit., pp. 452 ss., secondo cui la nozione di ragionevolezza svolge nel diritto internazionale le seguenti funzioni: (i) mezzo di apprezzamento dell’adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini; (ii) mezzo di apprezzamento dell’adeguatezza di un comportamento rispetto alle circostanze; (iii) mezzo per tracciare un limite tra arbitrarietà e discrezionalità; (iv) mezzo per individuare l’assurdo e il ridicolo; (v) mezzo per trovare un equilibrio tra interessi divergenti.

⁵⁶¹ Si vedano Corte di cassazione italiana, sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106, e Corte di cassazione italiana, sentenza del 30 settembre 2021, n. 26541, secondo cui l’abuso del diritto non presuppone una violazione formale di una norma, realizzandosi quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo esercizio, ne risulti alterata la funzione obiettiva rispetto al potere che lo prevede, ovvero lo schema formale del diritto sia finalizzato ad obiettivi diversi rispetto a quelli indicati dalla norma. Elementi sintomatici dell’abuso sono: (1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo a un soggetto; (2) la possibilità che quel diritto sia esercitato in una pluralità di modi, non astrattamente predeterminati dalla norma; (3) la circostanza che il concreto esercizio di quel diritto, pur rientrando

l'individuazione di un abuso sia particolarmente alta⁵⁶². Tuttavia, in quest'ultimo ambito non sembra sussistere ancora una vera e propria riflessione sull'esistenza di un principio o di una regola generale che vietano l'abuso del diritto, e tale. Simile al divieto di abuso del diritto, e pur sempre rientrante nella valutazione dell'adequatezza della misura a perseguire lo scopo, è il giudizio di *arbitrarietà* di una misura, laddove essa sia radicalmente contraria ai principi dello Stato di diritto o sia in grado di offendere “a sense of juridical property”⁵⁶³. Il giudizio di arbitrarietà, infatti, non si spinge fino a una rivalutazione del bilanciamento operato dal soggetto (o organo) la cui condotta (o misura) sia oggetto di valutazione⁵⁶⁴, limitandosi ad escludere valutazioni che siano manifestamente assurde⁵⁶⁵.

2.4.2. Il grado di interferenza sul principio, interesse o valore contrapposto

Dopo aver stabilito che la misura persegue uno scopo legittimo ed è idonea a realizzarlo, è necessario valutare il grado di interferenza che produce sull'interesse contrapposto⁵⁶⁶. A fronte di una misura idonea a perseguire l'interesse legittimo, si ritiene infatti che essa

astrattamente nei limiti stabiliti dalla norma, sia censurabile alla luce di un criterio di valutazione, giuridico o extra-giuridico; (4) la circostanza che, in virtù di tale modalità di esercizio, si realizzi una sproporzione ingiustificata tra il vantaggio del soggetto che esercita il diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte.

⁵⁶² Si vedano Corte EDU, *Zhdanov and others v. Russia*, ricorsi n. 12200/08 e altri, sentenza del 16 luglio 2019, par. 79 (e la giurisprudenza ivi citata): “The Court reiterates that the concept of ‘abuse’ within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention must be understood in its ordinary sense according to general legal theory – namely, the harmful exercise of a right for purposes other than those for which it is designed”; Corte EDU, *Podeschi v. San Marino*, ricorso n. 66357/14, sentenza del 13 aprile 2017, par. 86: “in general any conduct by an applicant that is manifestly contrary to the purpose of the right of individual application as provided for in the Convention and which impedes the proper functioning of the Court or the proper conduct of the proceedings before it constitutes an abuse of the right of individual application”; CIG, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, sentenza del 30 marzo 2023, par. 93; si veda anche l'Opinione separata del giudice *ad hoc* Barkett, par. 4, secondo cui si ha abuso quando chi invoca dei diritti “is seeking to exercise rights for purposes other than those for which the rights at issue were established”.

⁵⁶³ CIG, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, sentenza del 20 luglio 1989, ICJ Rep. 1989, p. 15, par. 128; Tribunale ICSID, *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, caso n. ARB(AF)/05/4, lodo del 22 maggio 2012, par. 152: “an actionable finding of arbitrariness must not be based simply on a tribunal’s determination that a domestic agency or legislature incorrectly weighed various factors, made legitimate compromises between disputing constituencies, or applied social or economic reasoning in a manner that the tribunal criticises”.

⁵⁶⁴ *Eco Oro Minerals Corp v Republic of Colombia*, ICSID, caso n. ARB/16/41, lodo del 9 settembre 2021, Opinione parzialmente dissenziente dell'arbitro Sands, par. 28: “In determining whether measures taken by a state is arbitrary to the point of being shocking, tribunals must be sensitive to the difficulties of government decision-making in the face of legitimate objectives that pull in different directions. In the search for balance, and in the face of competing pressures, different arms of the same government may inevitably give expression to different and potentially conflicting priorities”.

⁵⁶⁵ Si pensi al giudizio di “ragionevolezza” proprio della tradizione inglese di *common law*, prima dell'incorporazione della CEDU nello *Human Rights Act* (*supra*, Sez. 2.2.3.2.).

⁵⁶⁶ E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 430, secondo cui la seconda fase consiste nel determinare in astratto il livello di protezione degli interessi contrapposti.

non possa ledere l'interesse contrapposto se non nella misura di quanto necessario a realizzare lo scopo⁵⁶⁷. Per tale ragione, occorre innanzitutto determinare quale sia il principio, o interesse o valore contrapposto.

Tale fase, solitamente definita giudizio di necessità (o test della misura meno restrittiva), implica accertare se lo scopo possa essere realizzato esclusivamente con la misura adottata, valutando se non vi fossero misure meno onerose ma altrettanto idonee. Tra più misure ugualmente idonee a perseguire lo scopo bisogna preferire quella che leda nel minor grado possibile l'interesse contrapposto⁵⁶⁸. Così, ad esempio, nell'ambito della valutazione di un atto (una norma di legge) si richiede che il legislatore debba, per perseguire un obiettivo pubblico, disciplinare una questione nel modo meno lesivo dei diritti fondamentali individuali⁵⁶⁹. Nell'ambito del giudizio relativo al valido o invalido esercizio di una competenza, si impone che questa resti nei limiti degli scopi per cui è attribuita, ledendo nel minor grado possibile interessi contrapposti⁵⁷⁰. E questo in quanto se esistessero misure che ledono in misura minore il valore contrapposto, allo stesso tempo garantendo il perseguimento dello scopo, esse devono preferirsi⁵⁷¹.

Tuttavia, spesso i giudici interni, ma come vedremo anche quelli internazionali, non realizzano autonomamente tale fase. Essi tendono a valutare la necessità della misura direttamente nell'ambito della fase successiva, considerandola come uno degli elementi da prendere in considerazione alla luce del principio di proporzionalità o, viceversa, a non realizzare il giudizio di proporzionalità, riducendo l'esame a quello dell'adequatezza e necessità della misura rispetto allo scopo⁵⁷².

⁵⁶⁷ R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, cit., p. 53. Per Alexy la necessità “requires that of two means promoting P1 [one of the conflicting principles] that are, broadly speaking, equally suitable, that one that interferes less intensively with P2 [the conflicting principle] has to be chosen”.

⁵⁶⁸ Corte suprema statunitense, *Columbia v. Heller*, Opinione del giudice Breyer, cit., p. 11: “we must take account of the possibility that there are reasonable, but less restrictive alternatives [...] that might similarly promote the same goals while imposing less restrictions”.

⁵⁶⁹ Corte costituzionale federale tedesca, *Apothekenurteil-Pharmacy*, cit.: “lawmakers must always employ the regulative means least restrictive of the basic rights”.

⁵⁷⁰ Corte suprema statunitense, *Pike v. Bruce Church Inc.*, cit., at 142 “the extent of the burden that will be tolerated will of course depend on the nature of the local interest involved, and on whether it could be promoted as well with a lesser impact on interstate activities”.

⁵⁷¹ Usando una metafora, si tende ad affermare che tale fase tende a evitare che sia ammissibile “[t]o use a sledgehammer to crack a nut” (E. BREMS e L. LAVRYSEN, *Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, 2015(1) Human Rights Law Review, Vol. 15, pp. 1 ss., p. 1), quando “an obvious less restrictive means [...] to do so is available in the form of a nutcracker” (L. LAVRYSEN, *On Sledgehammers and Nutcrackers: Recent Developments in the Court's Less Restrictive Means Doctrine*, Strasbourg Observers, 20 giugno 2018).

⁵⁷² Si veda in particolare *infra*, Cap. III, Sez. 3.4.1.2.2., quanto alla Corte EDU.

2.4.3. La comparazione tra il grado di realizzazione di un interesse a fronte del grado di compressione di quello contrapposto

L'ultima fase consiste nella realizzazione di un "confronto concreto, fra l'interesse realizzato e quelli compressi"⁵⁷³. Essa mira a valutare l'intensità del nesso funzionale tra il contributo che la misura apporta alla realizzazione dello scopo perseguito e la limitazione dell'interesse contrapposto, alla luce delle circostanze del caso⁵⁷⁴. È infatti possibile che una misura idonea a perseguire lo scopo e che lede nella minor misura possibile l'interesse contrapposto sia comunque illegittima, in quanto il grado di soddisfacimento dell'interesse prevalente deve giustificare il grado di limitazione di quello soccombente.

Tale fase viene generalmente definita giudizio di *proporzionalità in senso stretto*⁵⁷⁵. Quest'ultimo principio richiede che il contributo che la misura apporta alla realizzazione dello scopo sia superiore alla lesione che causa all'interesse contrapposto⁵⁷⁶. Allo stesso modo, implica che maggiore sia la lesione all'interesse soccombente, maggiore deve essere l'importanza, nel caso concreto, dell'obiettivo perseguito⁵⁷⁷. Le circostanze del caso vengono valutate per stabilire: che i benefici complessivi derivanti dalla limitazione dell'interesse soccombente superino il pregiudizio arrecato a quest'ultimo, anche in ragione dell'importanza dell'uno o dell'altro per le parti del giudizio e, più ampiamente, per la collettività⁵⁷⁸; e che, a fronte della gravità del pregiudizio all'interesse soccombente, questa debba comunque giustificarsi in ragione

⁵⁷³ E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 430.

⁵⁷⁴ Si veda, ad esempio, Corte costituzionale federale tedesca, *Lüth*, cit., par. 4, secondo cui una volta accertato che una condotta persegue uno scopo legittimo ed è necessaria a tutelarla, è necessario "weigh the importance of the basic right [di cui la condotta è esercizio] against the value of the interest" che dall'esercizio di quel diritto viene leso.

⁵⁷⁵ E. CRAWFORD, "Proportionality", cit., par. 1: "proportionality *stricto sensu* – or narrowest sense – means balancing the effects of the measure chosen against the objective sought, taking into account whether those effects are excessive according to those most affected".

⁵⁷⁶ In Corte suprema statunitense, *Southern Pacific Co. v. Arizona*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che a fronte di una seria lesione all'interesse al commercio interstatale, la misura contribuisse solo in minima misura a realizzare il proprio scopo. Ha pertanto concluso che il primo interesse "clearly outweighs" il secondo.

⁵⁷⁷ Si è detto che in alcune ipotesi tale valutazione tende a confondersi con il giudizio di necessità, descritto nel paragrafo precedente. Si vedano Corte costituzionale federale tedesca, *Lebach*, cit., p. 202: "the required weighing of interests must take into account the *intensity of the infringement of the personal sphere* [...]; on the other hand, the [conflicting] interest [...] must be assessed and examined as to *whether and to what extent it can be satisfied even without any interference* – or a less far-reaching interference – with the protection of personality"; e Corte suprema statunitense, *Schneider v. State*, cit., la quale ha ritenuto che l'interesse alla pulizia delle strade non potesse comportare una restrizione assoluta al diritto di diffondere le proprie idee, posto che una misura meno restrittiva (l'applicazione di sanzioni nei confronti di chi effettivamente getti dei rifiuti) era possibile.

⁵⁷⁸ Corte costituzionale federale tedesca, *Lüth*, cit., par. 4: "The protection of speech is entitled to less protection when exercised to defend a private interest – particularly when the individual pursues a selfish goal [...]".

dell'importanza dell'interesse contrastante⁵⁷⁹. Ciò intende garantire, da un lato, che la lesione dell'interesse sacrificato resti nell'ambito di quanto strettamente necessario per tutelare quello che, in ragione delle circostanze del caso, si ritiene prevalente; dall'altro lato, verifica che la lesione, pur minima possibile, dell'interesse contrapposto, non sia comunque da ritenersi eccessiva. Quest'ultima ipotesi si verificherà, solitamente, quando esso risulta compromesso nel suo nucleo essenziale e, in sostanza, nullificato.

2.4.4. La formulazione della regola di composizione del conflitto

L'esito del bilanciamento è sempre la produzione di una regola di composizione del conflitto, che concretizza il principio prevalente, o il giusto equilibrio tra i principi in gioco, e che sia sufficientemente precisa da risolvere il caso concreto sottoposto al giudice⁵⁸⁰.

Come abbiamo visto, a seconda delle caratteristiche dell'ordinamento e del giudice che vi faccia ricorso, il bilanciamento può svolgere diverse funzioni. In particolare, la regola di soluzione del conflitto potrà essere volta a⁵⁸¹: colmare una lacuna normativa nel diritto, rilevando la regola del caso qualora questo non sia sussumibile in una regola espressa presente nell'ordinamento (funzione di *gap-filling*; Sez. 2.4.4.1.); individuare, tra più interpretazioni della disposizione da applicare, quella che meglio tutela i principi o valori rilevanti (funzione *interpretativa*; Sez. 2.4.4.2.); determinare, in caso di conflitto normativo, la regola concretamente applicabile, o rilevare quella che meglio tuteli i valori protetti dalle norme in conflitto (funzione di *soluzione dei conflitti normativi* in senso stretto; Sez. 2.4.4.3.). Molto spesso, come vedremo, queste funzioni

⁵⁷⁹ Nel caso *Lebach*, ad esempio, la Corte costituzionale federale tedesca ha chiarito come il rapporto tra l'uno e l'altro valore muti a seconda delle circostanze. Nel contrasto, ad esempio, tra la tutela della personalità individuali e la libertà di stampa e di informazione, la seconda prevale nel caso in cui un crimine venga commesso e sussista un interesse a informare il pubblico. Con il trascorrere del tempo, tuttavia, quest'ultimo interesse perde progressivamente di rilevanza e la tutela della personalità torna a prevalere".

⁵⁸⁰ Si vedano, ad esempio, R. ALEXY, "The Responsibility of Internet Service Providers for Readers' Comments. Argumentation and Balancing in the Case of *Delfi AS v. Estonia*", in M. ELÓSEGUI, A. MIRON e I. MOTOE (eds.), *The Rule of Law in Europe. Recent Challenges and Judicial Responses*, 2021, Cham, Springer, pp. 199 ss., p. 209: "The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence"; L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, cit., per cui il bilanciamento è un "tipo particolare di inferenza che conduce [...] dai principi alla regola attraverso percorsi argomentativi dall'esito logicamente indeterminabile"; R. GUASTINI, *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*, cit., p. 323: "i principi si applicano – non mediante bilanciamento, come alcuni dicono, ma – ricavando da essi regole: precisamente regole *inespresse* (dette 'implicite' [...]). Concretizzare un principio consiste precisamente nel ricavare da esso una *regola*"; R. KOLB, *Les droits fondamentaux de l'individu comme principes normatifs d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux: dix exemples tirées de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 126.

⁵⁸¹ L. CHIASSONI, *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, cit., p. 11, il bilanciamento è un "criterio direttivo al fine di risolvere dubbi interpretativi, di colmare lacune, o, non ultimo, di risolvere antinomie".

possono parzialmente sovrapporsi, anche in ragione delle caratteristiche dell'ordinamento di riferimento e della funzione del giudice.

2.4.4.1. La funzione di *gap-filling* in senso stretto

Laddove la misura oggetto di valutazione non sia sussumibile nell'ambito di una regola espressa⁵⁸², e, dunque, vi sia una *lacuna nell'ordinamento giuridico nel suo complesso*, il bilanciamento ha lo scopo di individuare una regola implicita idonea a risolvere il caso.

Se la misura contribuisce alla realizzazione di interessi che, pur in astratto tutelati dall'ordinamento, non sono protetti da una regola specifica, può dirsi infatti che esiste una *lacuna normativa nel diritto*⁵⁸³. Quello qui indicato è un approccio valoriale alla rilevazione di una lacuna nel diritto. Infatti, se tale assetto di valori richiede la disciplina di una determinata questione, ma mancano regole specifiche, spesso ciò deriva dal fatto che quella questione non si è mai posta in passato, e dunque non è stata disciplinata espressamente dal legislatore né oggetto di risoluzione sulla base di una precedente decisione giudiziaria. È tuttavia possibile desumere, proprio da quell'assetto di principi e valori, la regola (implicita) che disciplina la questione⁵⁸⁴: essa sarà quella che meglio tutela gli interessi in gioco alla luce dei fatti del caso⁵⁸⁵. In tale ipotesi, il giudice “rileva” la regola⁵⁸⁶, la quale, negli ordinamenti interni, sarà in linea di principio sarà applicabile, a circostanze invariate, a fattispecie analoghe⁵⁸⁷.

⁵⁸² E. CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach vs. Value Oriented Approach*, cit., p. 251: “Judicial practice has at times balanced out values in order to identify the legal nature of a given conduct, which does not fall within the scope of a specific customary [or treaty] rule”.

⁵⁸³ C. PERELMAN, “Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse”, cit., p. 550; C.W. CANARIS, “De la manière de combler les lacunes de la loi en droit Allemand”, in C. PERELMAN (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, 1968, Bruxelles, Bruylant, pp. 161 ss., p. 167: “Il y a lacune lorsqu'un règlement légal fait défaut alors que l'ordre juridique dans son ensemble – c'est-à-dire y compris les principes supra-légaux et les idées juridiques tirées de la nature des choses – exigent un règlement”.

⁵⁸⁴ Sull'ordinamento internazionale, approfondito nei successivi capitoli, E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 441: “Questo procedimento presupporrebbe l'esistenza, nell'ambito del sistema internazionale, di interessi e valori ai quali corrisponde implicitamente una regola di comportamento, la quale tuttavia non si è ancora manifestata in comportamenti concreti, verosimilmente in quanto non si sono ancora verificate le esigenze che ne giustificerebbero l'adozione”.

⁵⁸⁵ L. CHIASSONI, *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, cit., p. 12: “data una pluralità di modi alternativi di colmare una lacuna normativa, l'integrazione-prodotto che pesa (che vale) di più deve essere preferita alle (deve prevalere sulle) integrazioni-prodotto che pesano (che valgono) meno”.

⁵⁸⁶ In ambito europeo si veda F. BALLAGUER CALLEJON, *Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle*, 2004(2) *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 60, pp. 675 ss. In ambito statunitense tale ipotesi viene qualificata come “definitional balancing” (A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., p. 948: “balancing that establishes a substantive constitutional principle of general application”) o come “rule balancing” in quanto “[i]ts purpose is to determine a rule of law” (P.M. MCFADDEN, *The Balancing Test*, cit., p. 598). Ma il *definitional balancing*, come si vedrà, è anche quello cui il giudice fa ricorso nel determinare il campo di applicazione di una determinata disposizione.

⁵⁸⁷ A. MORRONE, “Bilanciamento (giustizia costituzionale)”, cit.

Approcci valoriali alla rilevazione e all'integrazione delle lacune possono rinvenirsi nelle esperienze interne sopra esaminate. Nel 2013 la Corte costituzionale italiana, ad esempio, ha rilevato una lacuna in relazione alla possibilità, per chi sia stato adottato a seguito di parto anonimo richiesto dalla madre naturale, di accedere alle informazioni relative alle proprie origini⁵⁸⁸. La disciplina, volta a tutelare i valori della vita e della salute della madre biologica che decida di restare anonima, non prendeva in considerazione il diritto all'identità personale dell'adottato, che propende per il riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini⁵⁸⁹. Nonostante la Corte costituzionale abbia invitato il legislatore a disciplinare la questione⁵⁹⁰, essa ha provvisoriamente colmato la lacuna introducendo nell'ordinamento la norma che costituisce il bilanciamento tra le summenzionate esigenze⁵⁹¹. Nel seguito della vicenda, infatti, la Corte di cassazione ha riconosciuto esistente un "principio" – introdotto dalla Corte costituzionale – per il quale mancavano regole di dettaglio (che ha definito "lacuna di attuazione"); di qui, l'onere del giudice comune di procedere al "reperimento", nel sistema, delle regole idonee alla decisione del caso in modo compatibile con le conclusioni della Corte costituzionale⁵⁹². Più in generale, può dirsi che ogniqualvolta la Corte costituzionale pronunci una sentenza additiva a contenuto generico, dichiarando l'incostituzionalità di una omissione legislativa, individua una lacuna nel diritto e introduce nell'ordinamento una norma direttamente applicabile dai giudici comuni⁵⁹³.

⁵⁸⁸ La vicenda, peraltro, trae origine dalla pronuncia Corte EDU, *Godelli v. Italy*, ricorso n. 33783/09, sentenza del 25 settembre 2012, che aveva condannato l'Italia per violazione del diritto all'identità personale, garantito dall'art. 8 CEDU.

⁵⁸⁹ Corte costituzionale italiana, sentenza del 18 novembre 2013, n. 273, par. 5: "né l'una né l'altra esigenza può ritenersi dirimente".

⁵⁹⁰ Ivi, par. 6. ha invitato il legislatore a "introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato [...]".

⁵⁹¹ Corte di cassazione italiana, Sezioni unite, sentenza del 25 gennaio 2017, n. 1946, par. 8.1, ha considerato la pronuncia come "additiva di principio, o di meccanismo [...]": l'addizione normativa ha ad oggetto, appunto, un principio (opposto a quello che si desumeva dalla disposizione dichiarata incostituzionale) di "possibilità per il giudice di interpellare la madre".

⁵⁹² *Ibidem*: "la circostanza che tale pronuncia di incostituzionalità consegna l'addizione ad un principio, senza introdurre regole di dettaglio *self-executing* [...] e si indirizzi espressamente al legislatore affinché, previe le necessarie ponderazioni e opzioni politiche, ripiani la lacuna incostituzionale e concretizzi le modalità del meccanismo procedimentale aggiunto, non esonera gli organi giurisdizionali, in attesa che il legislatore adempia al suo compito, dall'applicazione diretta di quel principio, né implica un divieto di reperimento nel sistema delle regole più idonee per la decisione dei casi loro sottoposti". E ancora: "non estromette il giudice comune, nel ruolo – costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore – di organo chiamato, non a introdurre un *quid novi* sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a *individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione* dai testi normativi e dal sistema, di cui è parte anche il principio vincolante dichiarato dalla Corte costituzionale, e così a ricercare, in chiave di effettività, nel momento applicativo, un punto di saldatura tra quel principio, i diritti dei soggetti coinvolti e le regole preesistenti".

⁵⁹³ Corte costituzionale italiana, sentenza del 17 giugno 1991, n. 296, par. 3: "La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa – com'è quella ravvisata nell'ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l'effettività di questo – mentre lascia al legislatore, riconoscendone

Un approccio simile al rilevamento e all'integrazione di una lacuna nel diritto è rinvenibile in ambito tedesco⁵⁹⁴. Si pensi al caso, già esaminato, del rifiuto del testimone di prestare giuramento per motivi religiosi, in cui la Corte costituzionale federale tedesca ha ritenuto che il legislatore avesse omesso di predisporre delle modalità alternative, volte a tutelare l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia senza incidere in modo sproporzionato sulla libertà religiosa dell'individuo chiamato a testimoniare. In quel caso la Corte costituzionale federale ha affermato che, pur in assenza e in attesa di intervento legislativo, la tutela della libertà di credo imponeva di riconoscere al testimone la facoltà di astenersi dal giuramento⁵⁹⁵. Un caso simile ha riguardato la questione dell'aborto: l'ordinamento tedesco non prevedeva una causa di esclusione dalla punibilità nell'ipotesi in cui l'aborto fosse indispensabile per salvare la vita della madre. Tuttavia, l'assetto di valori vigente nell'ordinamento rendeva chiaro che una tale causa di non punibilità dovesse ritenersi applicabile pur in assenza di una disposizione espressa⁵⁹⁶.

Ma anche la Corte suprema degli Stati Uniti sviluppa, in alcuni casi, un tale ragionamento. Nel caso *Delaware c. Prouse* un guidatore era stato fermato per un controllo della patente di guida ma, trovato in possesso di marihuana, era stato condannato per il possesso della sostanza. La Corte suprema doveva stabilire se un tale controllo, ammesso dalla legge statale (che non prevedeva alcuna forma di limitazione della possibilità di fermare le automobili e perquisirle), fosse compatibile con il Quarto emendamento, che tutela l'individuo da forme di "unreasonable seizure". Alla luce del valore sotteso dalla disposizione (la protezione della libertà personale e della privacy) e del bilanciamento con l'interesse confliggente (la sicurezza pubblica), la Corte suprema ha ritenuto che l'assenza di una disciplina fosse incompatibile con la Costituzione. Essa ha pertanto direttamente formulato la regola risolutiva del caso e di casi simili⁵⁹⁷, allo stesso tempo riconoscendo la discrezionalità del legislatore statale nel procedere a disciplinare a sua volta in modo più dettagliato la questione⁵⁹⁸.

l'innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto".

⁵⁹⁴ Tale approccio, in Germania, tende ad essere giustificato sulla base dell'art. 20, par. 3, della Legge fondamentale, secondo cui il giudice è vincolato dalla *legge* e dal *diritto*. C.W. CANARIS, "De la manière de combler les lacunes de la loi en droit Allemand", cit., p. 165. Secondo Canaris ciò significa tanto che "la loi doit être mesurée par un droit suprapositif" (ricerca del diritto *contra legem*), quanto che "la loi doit être expliquée et développée par le droit non écrit" (completamento del diritto *praeter legem*)

⁵⁹⁵ Corte costituzionale federale tedesca, *Religious Oath Refusal*, cit.

⁵⁹⁶ W. CANARIS, "De la manière de combler les lacunes de la loi en droit Allemand", cit.

⁵⁹⁷ Corte suprema statunitense, *Delaware v. Prouse*, 440 U.S. 648 (1979) 663: "we hold that except in those situations in which there is at least articulable and reasonable suspicion that a motorist is unlicensed or that an automobile is not registered, or that either the vehicle or an occupant is otherwise subject to seizure for violation of law, stopping an automobile or detaining the driver in order to check his driver's license and the registration of the automobile are unreasonable under the Fourth Amendment".

⁵⁹⁸ *Ibidem*: "This holding does not preclude the State of Delaware or other States from developing methods for spot checks that involve less intrusion or that do not involve the unconstrained exercise of discretion".

Come vedremo, nell'ordinamento internazionale è ben possibile che una data questione non sia disciplinata né da una norma consuetudinaria – quando, trattandosi di fenomeni nuovi, manchi prassi statale – né da uno specifico trattato. Ciò non esclude che dai principi e valori riconosciuti dalla comunità degli Stati possa ricavarsi una disciplina volta a colmare la lacuna.

2.4.4.2. La funzione interpretativa

Laddove invece la disposizione applicabile sia presente nell'ordinamento, il bilanciamento costituisce una tecnica volta a interpretarla, eventualmente integrando e concretizzando la norma in essa sancita⁵⁹⁹. Ciò nelle ipotesi in cui il testo della disposizione, e il contenuto della norma, sia oscuro o generico o corredato da clausole generali⁶⁰⁰ o da clausole di limitazione o deroga. La lacuna in questo caso non è nel sistema: si tratta di una *lacuna nella disposizione o nella norma*, la quale, per essere applicata, richiede di essere precisata, integrata o concretizzata⁶⁰¹. L'interpretazione della disposizione – anche in senso evolutivo, estensivo, restrittivo o modificativo della norma⁶⁰² – è allora realizzata anche alla luce del rapporto tra, da un lato, i valori protetti dalla medesima e, dall'altro lato, i valori contrapposti, che possono essere espressamente menzionati nella disposizione o clausola o desunti implicitamente dall'ordinamento nel suo complesso.

Dato che il confine tra interpretazione (in senso stretto) e bilanciamento (come tecnica interpretativa) tende ad essere sottile⁶⁰³, occorre determinare quali siano i casi in

⁵⁹⁹ L. CHIASSONI, *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, cit., p. 11: “data una pluralità di interpretazioni-prodotto alternative di una stessa disposizione, l'interpretazione-prodotto che pesa (che vale) di più deve essere preferita alla interpretazioni-prodotto che pesano (che valgono) meno”. In ambito statunitense tale tipologia di bilanciamento si definisce “result-balancing” o “ad hoc balancing”, nel senso per cui “the product of balancing is neither a statement of fact nor a rule of law, but the disposition of a case, a legal result” (P.M. MCFADDEN, *The Balancing Test*, cit., p. 600).

⁶⁰⁰ Sul ricorso ai valori al fine di interpretare norme incomplete o corredate da clausole generali, L. SIORAT, *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, cit., pp. 65 e 75.

⁶⁰¹ Ciò sul presupposto per cui l'attività di un'interpretazione di una disposizione costituisce sempre un'operazione interpretativa volta a concretizzarla e adattarla alle circostanze del caso. Si vedano, ad esempio, J.J.A. SALMON, “Quelques observations sur les lacunes en droit international public”, cit., p. 323, che definisce l'ipotesi come *lacuna di interpretazione*, che deve essere colmata dal giudice in sede applicativa; e G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, cit., p. 12, che afferma che “[a]nche laddove vi sia una regola che descrive una fattispecie linguisticamente chiusa e predeterminata, risultato di un bilanciamento operato *a priori* dal legislatore, il giudice non può fare a meno di comparare, volta per volta, principi e interessi coinvolti, perché l'attività interpretativa ha sempre carattere valutativo”.

⁶⁰² M. MELCHIOR, “Notions ‘vagues’ ou ‘indéterminées’ et ‘lacunes’ dans la Convention européenne des droits de l'homme”, in F. MATSCHER e H. PETZOLD (eds.), *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Warda*, Seconda Edizione, 1990, Köln–Berlino–Bonn–Monaco, Carl Heymanns, pp. 411 ss., p. 143.

⁶⁰³ H. KELLER e E. WALTHER, *Balancing Test: United Nations Human Rights Bodies*, in H. RUIZ-FABRI (ed), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press, par. 3: “Balancing must be distinguished from interpreting indeterminate treaty provisions, for

cui il bilanciamento viene utilizzato come tecnica interpretativa: (Sez. 2.4.2.2.1.) la Corte suprema statunitense ricorre al bilanciamento per determinare il *campo di applicazione* delle disposizioni costituzionali e il *contenuto* dei diritti ed obblighi in esse sanciti, dato che tali disposizioni sono formulate in termini estremamente ampi, generici e laconici; (Sez. 2.4.2.2.2.) in altri casi, essa ed altri giudici vi ricorrono per interpretare degli elementi della disposizione (le cd. *clausole generali*); (Sez. 2.4.2.2.3.) l'esperienza tedesca, invece, mostra che il bilanciamento è particolarmente adatto all'applicazione delle *clausole di limitazione*, le quali conferiscono allo Stato la facoltà di limitare il diritto conferito da una disposizione allo scopo di tutelare principi, interessi e valori ulteriori e contrastanti.

2.4.2.2.1. La determinazione del campo di applicazione e del contenuto di una disposizione

Il bilanciamento può servire a determinare il campo di applicazione e il contenuto di una disposizione, estendendoli o restringendoli a seconda del rapporto che sussiste tra i valori che essa protegge ed altri valori contrapposti⁶⁰⁴. Ciò avviene, in particolare, con riferimento alle disposizioni costituzionali, spesso sono formulate in termini generici. Si tratta dell'approccio del "definitional balancing", che contraddistingue la giurisprudenza della Corte suprema statunitense⁶⁰⁵: essa ha affermato espressamente che "the precise content of most of the Constitution's civil liberties guarantees rests upon an assessment of what accommodation between governmental and individual freedom is reasonable"⁶⁰⁶. Pur se la Corte costituzionale federale tedesca fa ricorso al bilanciamento solo dopo aver determinato il campo di applicazione della norma⁶⁰⁷, non mancano ipotesi in cui adotta un approccio simile, sia pur in parte confondendolo con il ricorso al bilanciamento come tecnica di soluzione di conflitti normativi⁶⁰⁸.

interpretation of international law may also involve the consideration of opposing values in light of the context and the circumstances of a concrete case [...]. Yet, this distinction is not entirely clear-cut".

⁶⁰⁴ C. PERELMAN, "Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse", cit., p. 551.

⁶⁰⁵ A. BARAK, *Proportionality and Principled Balancing*, 2010(1) *Law and Ethics of Human Rights*, Vol. 4, pp. 1 ss., p. 14: "This kind of balance differs from the *principled* balance in the U.S. According to my approach the *principled* balance is based on a balance struck within the framework of a right of a given scope. In the U.S., the balance determines the parameters of the scope of the right"; G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, cit., p. 61.

⁶⁰⁶ Corte suprema statunitense, *Anderson v. Creighton*, 483 U.S. 635, (1987) 643-644.

⁶⁰⁷ La Corte costituzionale federale tedesca prima determina il campo di applicazione della libertà di espressione, può verificare se esso entra in contrasto con valori contrapposti (Corte costituzionale federale tedesca, *Lüth*, cit., par. 4: "the right to express an opinion must yield if its exercise infringes interests of another which have a superior claim").

⁶⁰⁸ Corte costituzionale federale tedesca, *Secret Tape Recordings*, cit., 238: "It is not the entire sphere of private life which falls under the absolute protection of the basic right [...]. The individual, as part of a community, rather has to accept such state interventions which are based on an overriding community interest under the strict application of the principle of proportionality, as long as they do not affect the inviolate sphere or private life".

In questo caso la prima fase del ragionamento implica innanzitutto verificare quale o quali siano gli interessi che sottendono alla disposizione oggetto di interpretazione. La corretta individuazione di tali interessi risulta fondamentale poiché, quando impiegato a tale scopo, il bilanciamento serve a determinare se, alla luce della prevalenza di interessi contrapposti, una determinata situazione fuoriesca dal campo di applicazione della norma, o se questo vada esteso o ristretto allo scopo di tenere conto di interessi ulteriori, non adeguatamente presi in considerazione dalla stessa o mutati rispetto al momento in cui essa è stata redatta o si è formata⁶⁰⁹. Nell'ambito dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali, ciò garantisce che il testo sia costantemente adattato allo sviluppo della coscienza sociale e del sistema di valori che, in ogni dato momento storico, regge l'ordinamento. Come vedremo, nell'ambito del diritto internazionale ciò può avere lo scopo di ricostruire l'applicabilità e il contenuto preciso di un diritto conferito, a uno Stato o a un individuo, da un trattato internazionale.

2.4.2.2.2. L'interpretazione delle clausole generali

Il bilanciamento risulta utile anche allo scopo di interpretare non una disposizione nel suo complesso, bensì le cd. *clausole generali* che il testo della stessa può contenere. Per clausole generali si intendono quei “termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi”⁶¹⁰ che risultano “in qualche modo indeterminat[i]” e che vengono introdotti allo scopo di “garantire all'ordinamento giuridico quella flessibilità e quella capacità di adattamento alle mutate condizioni storico-sociali”⁶¹¹. Esse esprimono degli *elementi valutativi* che devono essere riempiti di significato alla luce delle indicazioni desumibili dall'ordinamento, e secondo alcuni e almeno in alcuni casi, da considerazioni extra-giuridiche⁶¹² (nel diritto interno, degli esempi sono “buona fede”, “ordine pubblico”, “ordinaria diligenza”). Essi vengono utilizzati come “strumenti per costruire fattispecie

⁶⁰⁹ E. CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach vs. Value Oriented Approach*, cit., p. 255, con riferimento alla determinazione del campo di applicazione delle norme consuetudinarie, individua l'esistenza di “cases in which a rule, generally deemed to govern a certain normative field, retracts from part of it due to the emergence of new values and interests which were not contemplated by the old rule”.

⁶¹⁰ V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 29. Si veda anche a p. 71, dove fornisce una definizione completa di clausola generale come “un termine o un sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile [...] se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti”.

⁶¹¹ F. PEDRINI, *Clausole generali e principi costituzionali*, cit., p. 13 e p. 19: “le clausole generali sarebbero quelle parti di norma, e più precisamente quegli elementi della fattispecie, espresse dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretabili come concetti il cui significato non possa essere determinato in concreto se non per il tramite di parametri di giudizio – spesso, anche se non necessariamente, desunti dall'insieme delle regole sociali o del costume – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione tra loro”.

⁶¹² V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., pp. 39-40.

integrabili con valori impliciti”⁶¹³. Ora, sia che voglia ritenersi che la presenza di una clausola generale trasformi di per sé una regola, nella sua applicazione in relazione ad altri principi, in un principio, sia che si riconosca tale possibilità come eventuale⁶¹⁴, essa “incrementa al massimo le possibilità di conflitto astratto con altri principi, suggerendo pertanto la ponderazione come propria modalità applicativa in concreto”⁶¹⁵. Tali clausole, in sostanza, rendono rilevanti ai fini dell’interpretazione della disposizione in cui la clausola generale è contenuta altri principi e valori, diversi rispetto a quelli protetti dalla disposizione oggetto di interpretazione.

Tra i casi già esaminati può menzionarsi ancora una volta la pronuncia *Delaware c. Prouse*, della Corte suprema statunitense, in cui il significato dell’espressione “unreasonable seizure” di cui al Quarto emendamento è stato determinato sulla base di un bilanciamento tra, da un lato, il valore protetto dalla disposizione (la libertà personale e la privacy dei cittadini) e, dall’altro, il valore protetto da un’eventuale perquisizione (la sicurezza stradale), alla luce delle circostanze del caso (l’esistenza o meno di un ragionevole sospetto che il cittadino stia commettendo un illecito). O ancora, nell’esperienza italiana, ad esempio, il bilanciamento si sta affermando, in particolare, anche per determinare il contenuto della nozione di “ordine pubblico internazionale”, quale limite all’applicabilità di leggi straniere o al riconoscimento di atti pubblici provvedimenti giurisdizionali stranieri, qualora ritenuti incompatibili con valori irrinunciabili dell’ordinamento. In una pronuncia dell’8 maggio 2019, ad esempio, la Corte di cassazione doveva pronunciarsi sulla riconoscibilità di un provvedimento canadese che accertava il rapporto di genitorialità tra il genitore d’intenzione e due minori nati in Canada tramite il ricorso alla pratica della gestazione per altri. La Cassazione ha ritenuto che tale pratica sia contraria alla dignità umana della donna, che pertanto costituisce limite di ordine pubblico all’ingresso nell’ordinamento di un tale provvedimento. Quando alla tutela del superiore interesse dei minori, che avrebbe invece proteso verso il riconoscimento del legame familiare con il genitore d’intenzione, la Corte di cassazione ha ritenuto che vi fossero altri strumenti, quale l’istituto dell’adozione in casi particolari, idonei a tutarlo⁶¹⁶. Ciò dimostra che il limite dell’ordine pubblico

⁶¹³ L. CLAUDIO, *La ‘normalizzazione’ delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, 2013(2) Rivista critica di diritto privato, Vol. 31, pp. 163 ss., p. 185.

⁶¹⁴ F. PEDRINI, *Clausole generali e principi costituzionali*, cit., p. 32; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 79: “Non ogni volta che si ha a che fare con una clausola generale si ha a che fare *ipso facto* con un principio, la mera presenza di un termine valutativo non comporta la qualificazione dell’enunciato normativo che lo contiene e del suo significato come principio”.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ Si veda Corte di cassazione italiana, Sezioni unite, sentenza dell’8 maggio 2019, n.12193, par. 13.4. Tale approccio – il ricorso al bilanciamento nell’ambito dell’applicazione della clausola dell’ordine pubblico – si è gradualmente imposto anche in virtù della giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha riconosciuto che gli Stati possono legittimamente rifiutare la trascrizione di atti e provvedimenti stranieri su tale presupposto, ma devono anche garantire tramite strumenti alternativi la tutela di un altro interesse fondamentale, segnatamente il diritto del minore alla propria identità personale (si veda, di recente, Corte

internazionale non può applicarsi in modo assoluto e prescindere da un bilanciamento tra i valori confliggenti, poiché la tutela dei valori che l'ordinamento risulta inderogabili nel rapporto con ordinamenti esterni deve necessariamente prendere in considerazione gli interessi che ne risultano lesi⁶¹⁷.

Come vedremo, le disposizioni dei trattati internazionali sono spesso corredate da clausole generali⁶¹⁸ o “nozioni a contenuto variabile”. Esse aprono spazio a un potere discrezionale di applicazione e di concretizzazione, in primo luogo da parte degli Stati, che tendono ad adattarle ai propri interessi, e in secondo luogo da parte del giudice, chiamato a pronunciarsi sulla legalità delle singole condotte statali⁶¹⁹. Il ricorso a tali clausole nei trattati internazionali deriva, in alcuni casi, dall'impossibilità di definire *ex ante* il contenuto dell'obbligo (si pensi all'obbligo di fissare un'udienza entro un “termine ragionevole”, previsto dall'art. 6 CEDU); in altri casi, a è il frutto di un compromesso politico nell'ambito dei negoziati diplomatici (emblematica è la materia ambientale). Nel diritto internazionale dei diritti umani, esse sono particolarmente comuni: si pensi alle disposizioni che impongono standard di *due diligence*⁶²⁰, l'adozione di accomodamenti ragionevoli⁶²¹, la progressiva realizzazione di un obiettivo sulla base delle risorse disponibili⁶²² o il dovere di avere *due regard* per altri diritti e interessi⁶²³.

2.4.2.2.3. L'interpretazione e applicazione delle clausole di limitazione

Infine, laddove una disposizione che riconosce un diritto o una facoltà a un soggetto sia corredata da una clausola di limitazione o deroga, quest'ultima attribuisce (a un altro soggetto) il potere di incidervi, limitandoli, allo scopo di tutelare interessi solitamente già tipizzati nella clausola⁶²⁴. Come abbiamo visto, si tratta di un'ipotesi che si verifica

EDU, *D.B. et autres c. Suisse*, ricorsi n. 58817/15 e 58252/15, sentenza del 22 ottobre 2022, par. 89: “le refus de reconnaître l'acte de naissance établi légalement à l'étranger concernant le lien de filiation entre le père d'intention (le premier requérant) et l'enfant, né aux États-Unis d'une gestation pour autrui, sans prévoir de modes alternatifs de reconnaissance dudit lien, ne poursuivait pas l'intérêt supérieur de l'enfant”).

⁶¹⁷ Si veda, più ampiamente, P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, 2021, Torino, Giappichelli, p. 184.

⁶¹⁸ H. KELLER e R. WALTHER, “Balancing Test: United Nations Human Rights Treaty Bodies”, cit., par. 3: “a number of ‘other forms of weighing interests and values’ arise from specific treaty clauses”.

⁶¹⁹ M BEDJAOU, “L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de justice”, cit., p. 575.

⁶²⁰ H. KELLER e R. WALTHER, “Balancing Test: United Nations Human Rights Treaty Bodies”, par. 9.

⁶²¹ Ivi, par. 10.

⁶²² Ivi, par. 12.

⁶²³ Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale, *Jewis Community of Oslo v. Norway*, Comunicazione n. 30/2003, UN Doc. CERD/C/67/D/30/2003, 15 agosto 2005, par. 10.5.

⁶²⁴ E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit. Si tratta dell'ipotesi che nel diritto internazionale viene definita di esistenza di “poteri funzionali in senso proprio, rispetto ai quali cioè è agevole trarre dalla stessa norma che conferisce il potere le finalità per le quali esso è riconosciuto, e che ne giustificano l'esercizio”, le quali fanno riferimento a “interessi tipizzati o tipizzabili”.

ordinariamente nell'ordinamento tedesco⁶²⁵. In tale caso si bilancia il valore che sottende alla norma interpretata e applicata rispetto i valori o interessi che, in ragione della clausola di limitazione, giustificano una restrizione del diritto che essa attribuisce⁶²⁶. È possibile che, in alcuni casi, tale funzione si intersechi con quella di soluzione dei conflitti normativi, come nel caso in cui la clausola consenta la limitazione allo scopo di tutelare diritti o interessi di altri (Stati o individui)⁶²⁷.

La prima fase dell'analisi consisterà nell'individuazione dei principi e valori che fondano la norma che attribuisce il diritto, così come di quelli (solitamente, ma non sempre) tipizzati nella clausola di limitazione, che giustificano un intervento restrittivo⁶²⁸. La clausola di limitazione, in particolare, conferisce (allo Stato o a specifiche autorità) il potere di adottare atti o condotte volti a perseguire uno specifico interesse. A tale conferimento di potere corrisponde la pretesa del titolare del diritto a che detto potere sia correttamente esercitato⁶²⁹. L'esito del bilanciamento sarà una regola di soluzione del caso che mette in relazione i valori protetti dalla norma attributiva del diritto, potere o facoltà, e quelli che, alla luce della clausola, consentono di limitarli.

Non è un caso, allora, che la tecnica del bilanciamento si sia diffusa (senza molte contestazioni) con riferimento all'interpretazione e all'applicazione di clausole analoghe contenute nei trattati internazionali. Ciò è sicuramente vero con riferimento alle clausole di limitazione presenti, ad esempio, negli artt. 8-11 della CEDU⁶³⁰ e in altri trattati sui

⁶²⁵ Diverse disposizioni della Legge fondamentale tedesca, ad esempio, prevedono delle espresse clausole di limitazione. In alcuni casi esse stabiliscono previamente gli scopi legittimi che possono giustificare l'interferenza: si pensi all'art. 2, par. 1 ("Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he [or she] does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law"). In altri la clausola di limitazione si limita a stabilire una riserva di legge (art. 2, al par. 2, della Legge fondamentale tedesca: "Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law").

⁶²⁶ G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, p. 61.

⁶²⁷ Corte costituzionale federale tedesca, *Lüth*, cit. In quel caso, la clausola di limitazione del diritto alla libertà di espressione prevedeva che questo potesse essere limitato per tutelare l'onore di altri.

⁶²⁸ Sempre nel caso *Lüth*, ad esempio, la Corte ha rilevato che il bilanciamento doveva essere realizzato tra, da un lato, il valore che sottende alla libertà di espressione e, dall'altro lato, il valore protetto dalla norma che ne limitava l'esercizio (il valore della personalità individuale e della dignità umana).

⁶²⁹ E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 432: "Il criterio di proporzionalità trova il proprio ambito 'naturale' di applicazione in presenza di rapporti soggettivi imperniati sull'esistenza di poteri unilaterali di ponderazione e composizione di interessi, ai quali corrisponde una pretesa di altri soggetti alla corretta utilizzazione del potere". Vedremo ciò emerge spesso, ad esempio, nell'ambito della valutazione delle "legittime aspettative" che l'investitore straniero vanta nei confronti dello Stato ove realizza l'investimento, qualora questo eserciti il proprio potere, in realtà riconosciuto dal diritto internazionale generale e derivante dalla propria stessa sovranità, di adottare le misure che ritiene necessarie per perseguire i propri interessi di carattere generale (*Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. v. Spain*, SCC caso n. V 062/2012, lodo del 21 gennaio 2016, par. 514: "[u]n inversor [...] tiene la expectativa legitima de que, al modificar la regulación existente con base en la cual se realizó la inversión, el Estado no actuará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada").

⁶³⁰ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 42: "[l]es rapports 'bilatéraux' des énoncés que renferment les

diritti umani⁶³¹, ma anche di clausole generali di deroga nei trattati sul commercio internazionale (primo fra tutti l'art. XX GATT) o sulla protezione degli investitori stranieri (ad esempio l'art. IX del trattato bilaterale di investimento tra Argentina e Stati Uniti).

2.4.2.3. La funzione di soluzione dei conflitti normativi

Nonostante il bilanciamento costituisca *in ogni caso* una tecnica volta a comporre conflitti tra interessi, principi e valori, in ipotesi specifiche esso viene utilizzato come tecnica di soluzione dei conflitti normativi *in senso stretto*⁶³². Ciò avviene ove la misura risulti almeno in parte sussumibile nell'ambito di più norme, tra loro confliggenti⁶³³. Il bilanciamento viene applicato laddove l'antinomia tra due norme non possa essere composta mediante alcuna delle altre tecniche di soluzione dei conflitti normativi, in particolare i criteri cronologico, gerarchico o di specialità. I conflitti tra norme costituzionali (siano esse qualificate in termini di regole o principi) presentano esattamente tale caratteristica. Innanzitutto, il criterio cronologico non è utile in quanto sono state adottate contestualmente. Allo stesso modo, condividono il medesimo rango nella gerarchia delle fonti. Infine, neppure il criterio di specialità risulta d'aiuto, posto che esse non si pongono in rapporto di genere e specie⁶³⁴ ma tendono, invece, a sovrapporsi parzialmente, producendo dei conflitti *in concreto* (relativi a fattispecie specifiche) ed *eventuali* (che riguardano solo alcune, e non la totalità, delle fattispecie che coprono)⁶³⁵.

articles 8 à 11 de la Convention sont caractérisés par le conflit”; M. MELCHIOR, “Notions ‘vagues’ ou ‘indéterminées’ et ‘lacunes’ dans la Convention européenne des droits de l’homme”, cit., p. 411.

⁶³¹ H. KELLER e R. WALTHER, “Balancing Test: United Nations Human Rights Treaty Bodies”, cit., par. 5.

⁶³² Possono darsi diverse definizioni di conflitti normativi che, in parte, conducono al medesimo risultato. Secondo alcuni, dovrebbe applicarsi il test del contemporaneo adempimento: due norme sono in conflitto se non è possibile adempiere contemporaneamente a quanto disposto dalle stesse (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 78-79). In modo simile, altri ritengono che due norme siano in conflitto quando all'applicazione di una norma implichi la violazione dell'altra. Secondo altri, il conflitto viene determinato in termini di incompatibilità logica, tale per cui trasformando le norme in proposizioni dichiarative, esse non potrebbero essere entrambe vere, sulla base del principio di non contraddizione (N. BOBBIO, “Antinomia”, in A. AZARA, E. EULA (eds.), *Novissimo digesto italiano*, Vol. I, 1957, Torino, Utet, pp. 667 ss., p. 667).

⁶³³ E. CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach vs. Value Oriented Approach*, cit., p. 253: “when a certain conduct, albeit not specifically governed by a rule, falls nonetheless within the scope of a plurality of other rules, overlapping with each other”.

⁶³⁴ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 293.

⁶³⁵ R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, AmbienteDiritto.it, p. 4: “si ha un'antinomia ‘in concreto’ (o contingente) allorché – in sede di applicazione – due norme connettono conseguenze giuridiche incompatibili ad una medesima fattispecie concreta. Ciò accade ogniqualvolta una fattispecie concreta (o una sotto-classe di fattispecie concrete) ricada simultaneamente in due classi di fattispecie diverse e concettualmente irrelate per le quali il diritto statuisca conseguenze giuridiche incompatibili. Sicché l'antinomia può essere identificata solo in sede di applicazione delle norme ad un caso concreto”.

Anche qui può parlarsi, in un certo senso, di lacuna, in particolare di una *lacuna dei mezzi di soluzione del conflitto normativo*⁶³⁶. Il bilanciamento serve allora a individuare quale, tra le norme confliggenti, debba trovare applicazione, o a individuare la regola che garantisca la massima tutela degli interessi e valori protetti da entrambe le norme in conflitto, date le circostanze del caso⁶³⁷. La prima fase del bilanciamento consisterà qui nell'individuazione dei principi o valori che sottendono alle norme tra loro in conflitto⁶³⁸, siano esse espresse o implicite⁶³⁹.

Si tratta dell'approccio cui fa ricorso la Corte costituzionale federale tedesca allo scopo di individuare eccezioni (implicite) a diritti costituzionali incondizionati⁶⁴⁰. Essa riconosce infatti che siano comunque individuabili “within the Constitution”⁶⁴¹ dei limiti che derivano dalla necessità di tenere in considerazione altri interessi o valori di rango, a loro volta, costituzionale⁶⁴², ritenuti prevalenti⁶⁴³. Tuttavia, tale ipotesi non riguarda esclusivamente le norme attinenti alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Generalmente, infatti, si ritiene che il bilanciamento sia la tecnica di applicazione delle norme in materia di *diritti individuali*, in quanto volta alla ottimizzazione dei *valori* che sottendono a tali diritti⁶⁴⁴. Tuttavia, il bilanciamento, o la proporzionalità, “[are] by no means restricted to rights issues”⁶⁴⁵. Formulati in termini di “interessi” i conflitti possono

⁶³⁶ J.J.A. SALMON, “Quelques observations sur les lacunes en droit international public”, cit., p. 324-25 “lorsque le droit ne dit pas comment choisir entre deux règles contradictoires [...] [i]l s'agit ici d'un conflit de règles; le droit international a négligé d'indiquer à quelle règle il faut donner la préférence, comment il faut résoudre l'antinomie. C'est donc bien une lacune qui se présente ici. On pourrait parler de *lacune de règle de solution d'antinomie* qui n'est elle-même qu'une forme de la lacune d'interprétation”.

⁶³⁷ L. CHIASSONI, *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, cit., p. 12: “date due norme (principi, diritti, interessi) incompatibili (in relazione di conflitto), la norma (il principio, diritto, interesse) che pesa (che vale) di più deve essere preferita alla (deve prevalere sulla) norma (principio, diritto, interesse) che pesa (che vale) di meno”.

⁶³⁸ E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 430, una limitazione è possibile “anche rispetto a situazioni di conflitti tra posizioni soggettive apparentemente assolute, allorché l'esistenza di un conflitto ne faccia emergere limitazioni di ordine funzionale che rimarrebbero altrimenti quiescenti”.

⁶³⁹ Anzi, spesso il conflitto è rilevato proprio tra una norma espressa (sancita in una disposizione costituzionale) e una norma implicita (un principio desumibile in ogni caso dalla Costituzione od ordinamento).

⁶⁴⁰ G. BÜCHLER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, p. 61: “[the Court] restricts unconditionally guaranteed rights through proportionality only for the sake of *constitutionally* protected rights or interests”.

⁶⁴¹ Corte costituzionale federale tedesca, *Mephisto*, 30, cit., par. 4.

⁶⁴² Ivi. Dopo aver statuito che rispetto alla libertà di espressione artistica non è applicabile alcuna clausola di limitazione (par. 4) la Corte ha riconosciuto la possibilità di limitarla (par. 5).

⁶⁴³ Corte costituzionale federale tedesca, *Lebach*, cit., p. 202: “it must be determined [...] by weighing the particular interests whether the pursuit of the public interest merits precedence generally and having regard to the features of the individual case, whether the proposed intrusion of the private sphere is required by this interest in this form and extent, and whether it is commensurate with the importance of the case”.

⁶⁴⁴ Questo è l'approccio di R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, cit.

⁶⁴⁵ E. GILL-PEDRO e U. LINDERFALK, “Introduction”, in E. GILL-PEDRO e U. LINDERFALK (eds.), *Revisiting Proportionality in International and European Law. Interests and Interests-Holders*, 2021, Leiden–Boston, Brill Nijhoff, pp. 1 ss., p. 1: “proportionality [...] is by no means restricted to right issues”.

essere guardati diversamente a seconda della prospettiva che si adotti⁶⁴⁶: tra interessi (diritti) individuali, da un lato, e interessi statali o collettivi⁶⁴⁷, dall'altro; tra diversi interessi (diritti) individuali⁶⁴⁸; tra diversi interessi collettivi; tra interessi di Stati diversi⁶⁴⁹.

La regola risolutiva del caso sarà, alternativamente: (a) quella ritenuta prevalente in assoluto, rispetto a quella in conflitto; (b) quella che contempera adeguatamente i valori protetti dalle due norme in conflitto; o, da ultimo, (c) una regola che costituisce eccezione ad una delle regole in conflitto, e volta a tutelare i valori protetti da quella contrastante⁶⁵⁰.

2.5. LA COMPARAZIONE TRA IL BILANCIAMENTO E ALTRE FORME DI RAGIONAMENTO GIURIDICO

Il bilanciamento non è l'unica forma di *ragionamento giuridico* volta a risolvere i casi difficili o inconsueti⁶⁵¹. In alcuni casi i giudici, interni o internazionali, possono fare riferimento ad altre tipologie di ragionamento, di tipo non sillogistico, volte all'individuazione o interpretazione della norma risolutiva del caso. Alcune di queste presentano dei tratti in comune con il bilanciamento, segnatamente: l'*analogia* o ragionamento analogico (Sez. 2.5.1.), l'*equità* o ragionamento equitativo (Sez. 2.5.2.) e l'*interpretazione teleologica* (Sez. 2.5.3.). Come si vedrà, non sempre la distinzione tra tali tecniche logico-argomentative e il bilanciamento è netta, al punto che a volte risulta difficile se non arbitrario inquadrare una determinata decisione giudiziaria esclusivamente in una tipologia.

⁶⁴⁶ A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., p. 981: "Balancing opinions typically p[ut] individual against governmental interests. This categorization, however, is arbitrary. Interests may be conceived of in both public and private terms. The *individual* interest in communicating one's ideas to others may also be stated as a *societal* interest in a diverse marketplace of ideas".

⁶⁴⁷ H. KELLER e R. WALTHER, "Balancing Test: United Nations Human Rights Treaty Bodies", cit., par. 3.

⁶⁴⁸ Che un diritto individuale possa essere limitato per proteggere i diritti di altri è riconosciuto fin dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, adottata in Francia nel 1789: J. BOMHOFF, "The Rights and Freedoms of Others: The ECHR and its Peculiar Category of Conflicts between Fundamental Rights", in E. BREMS (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, 2008, Cambridge, Intersentia, pp. 619 ss.

⁶⁴⁹ Corte suprema statunitense, *Helvering v. Gerhardt*, 304 U.S. 405 (1938), in tema di immunità; Corte suprema statunitense, *Thomas v. Washington Gas Light Co.*, 448 U.S. 261 (1980), su interessi economici.

⁶⁵⁰ J. HAGE, A. WALTERMANN e G. AROSEMENA, "Exceptions in International Law", in L. BARTELS e F. PADDEU, *Exceptions in International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 11 ss., p. 19, secondo cui è possibile che un'eccezione a una regola emerga quando "[a]pplication of the rule would harm values or goals that were not, or insufficiently, taken into account when the rule was created. When the application of a rule to a particular case has bad consequences, this seems at first sight to be a reason against applying the rule, and therefore for making an exception to the rule" (si veda, poi, a pp. 27-28, in cui si fa riferimento al bilanciamento tra le ragioni che propendono per l'applicazione della regola e quelle – i valori dalla stessa non presi in considerazione – che propendono per l'individuazione di un'eccezione alla stessa).

⁶⁵¹ F. LUSA BORDIN, *The Analogy between States and International Organizations*, cit., p. 15: "when the facts of life do not fit the core meaning of a rule, or when a rule is formulated in such a way that this core meaning is left vague or ambiguous, additional legal arguments are required to build the legal proposition along the lines of which the 'hard case' can be cracked".

2.5.1. L'analogia

Nell'ambito dell'analogia⁶⁵², tradizionalmente, la dottrina inquadrava due diverse tipologie di ragionamento: l'analogia *legis* (Sez. 2.5.1.1.) e l'analogia *juris* (Sez. 2.5.1.2.).

2.5.1.1. L'analogia *legis*

Per analogia *legis* si intende il ragionamento che consiste “nell'applicare ad un caso *non regolato* [...] una norma *non scritta* desunta da una norma *scritta*, la quale, però, è dettata per regolare un caso *diverso* [o una materia analoga], sebbene ‘simile’ a quello da decidere”⁶⁵³. Quindi, se una regola A disciplina la situazione X ma non Y, ma vi è una intensa relazione di somiglianza tra X e Y, allora A disciplina anche Y. Ciò in base all'individuazione della *ratio* della disciplina (del suo *scopo*, ricostruito alla luce della norma e più ampiamente del suo collocamento nell'ambito dell'ordinamento⁶⁵⁴), che viene poi ritenuta, in ragione della somiglianza con il caso non regolato, applicabile anche a quest'ultimo⁶⁵⁵. Tale ragionamento si basa quindi su una *presunzione*: data la comparabilità delle due situazioni, si ritiene che se il legislatore avesse previsto la situazione Y, l'avrebbe sicuramente assimilata a X ricondotta nel campo di applicazione della regola⁶⁵⁶.

Per come ricostruito dalla dottrina, anche il ragionamento analogico è suddiviso in tre fasi⁶⁵⁷. Dopo aver riconosciuto che esiste una lacuna nel diritto, e cioè che i fatti

⁶⁵² Ivi, p. 15: “Reasoning by analogy is widely seen as falling in the category of persuasive arguments that judges rely on in hard cases”.

⁶⁵³ A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 2013, Milano, Giuffrè, F. ANELLI e C. GRANELLI, p. 55. Dato che tale definizione è stata formulata in relazione al diritto interno, è necessaria la precisazione per cui, nel diritto internazionale, potrebbe anche procedersi all'applicazione analogica di una norma già di per sé non scritta, come in particolare una consuetudine.

⁶⁵⁴ F. LUSA BORDIN, *The Analogy between States and International Organizations*, cit., p. 20.

⁶⁵⁵ Si veda A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, p. 55: “quell'elemento di contatto, unificante, deve consistere proprio nella fondamentale *giustificazione* della disciplina del caso: l'identità di quell'elemento di fa concludere che pure il caso non regolato *merita* di essere assoggettato al regime previsto per quello espressamente considerato dalla legge. [...] l'analogia si fonda su una identità di *ratio*: ove tra due fattispecie sussista una ‘somiglianza’ data da identità di alcuni elementi, e la *ratio* della disposizione che disciplina uno dei due casi va rintracciata proprio in esigenze legate all'elemento che risulta comune ad entrambe le fattispecie, anche al secondo caso, per il quale ricorre una identica *ratio* [...], potrà applicarsi la stessa norma dettata per la prima fattispecie”.

⁶⁵⁶ Altra questione è se tale presunzione regga in un ordinamento come quello internazionale, dove manca un legislatore unitario. Tuttavia, secondo F. LUSA BORDIN, *The Analogy between States and International Organizations*, cit., sarebbe proprio l'assenza di un legislatore centralizzato a rendere il diritto internazionale terreno fertile per il ragionamento analogico e per l'argomentazione per principi (pp. 15-16: “When the methodology for custom cannot convincingly applied, reasoning by analogy is one of the techniques to which the legal profession can turn to tackle hard case and push the law forward”; pp. 30-31: “Mastering and deploying reasoning by principle and reasoning by analogy is, if anything, even more necessary with respect to international law, given its coherence deficit and institutional decentralization”).

⁶⁵⁷ S. VÖNEKY, “Analogy in International Law”, in R. WÖLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, Oxford, Oxford University Press, par. 5: “an argument by analogy must be justified in each specific case by, first, comparing the regulated and the unregulated case; by, secondly,

non sono sussumibili in alcuna regola presente nell'ordinamento⁶⁵⁸, la prima fase consiste nella *adduzione*, e cioè nella individuazione degli *elementi di somiglianza* tra i fatti non espressamente regolati e quelli coperti dalla regola esistente. Essa ha lo scopo di produrre una “inference [...] from chosen examples to a rule that could resolve the doubt”⁶⁵⁹: alla luce degli elementi di somiglianza, si ipotizza una regola che consiste nell'adattamento di quella esistente ai fatti simili a quelli disciplinati dalla stessa. La seconda fase consiste nella *conferma*, ossia in un processo di aggiustamento della regola in una “analogy-warranting rule”⁶⁶⁰ volta a “connect the two cases being compared”⁶⁶¹. La terza fase vede l'applicazione della regola, sulla base di un ordinario sillogismo giuridico in cui la regola formulata costituisce la premessa maggiore.

Come il bilanciamento, anche l'analogia si fonda su sull'idea secondo cui l'ordinamento giuridico sarebbe un sistema che, anche se non completo, contiene al proprio interno una serie di *principi* e di *tecniche* in grado di completarlo⁶⁶², e basato su una serie di valori⁶⁶³. E ancora, entrambe implicano una componente creativa della regola, non perché il giudice o l'operatore giuridico agiscano sulla base di una discrezionalità assoluta, analoga alla discrezionalità politica del legislatore, ma perché in tale tecnica vi è una ineliminabile componente di valutazione e, quindi, di incertezza⁶⁶⁴, sia pur nell'ambito dei limiti posti dai principi e dai valori vigenti nell'ordinamento. Entrambe, poi, raggiungono conclusioni valide *per il caso di specie*⁶⁶⁵. Ma mentre come si è visto il fondamento del bilanciamento è da rinvenirsi nei principi di proporzionalità o di ragionevolezza, il fondamento dell'analogia è il principio di uguaglianza⁶⁶⁶, che impone

identifying the similarity between the cases, and by, thirdly, rationally deciding that the similarities of the cases compared have to be seen as being relevant for their legal evaluation”.

⁶⁵⁸ E questo in quanto il caso non disciplinato non è stato preso in considerazione dal legislatore. Laddove invece esso fosse stato preso in considerazione, ma lasciato deliberatamente fuori dal campo di applicazione della norma, verrebbe meno la summenzionata presunzione relativa alla volontà del legislatore in quanto quest'ultimo avrebbe volontariamente escluso quel fatto dal campo di applicazione della norma.

⁶⁵⁹ S. BREWER, *Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy*, 1996(5) Harvard Law Review, Vol. 109, pp. 923 ss., p. p. 925.

⁶⁶⁰ Ivi, p. 968.

⁶⁶¹ F. LUSA BORDIN, *The Analogy between States and International Organizations*, cit., p. 19. Essa ha lo scopo di dimostrare perché esistono delle somiglianze tra il caso regolato e il caso che si ritiene simile.

⁶⁶² Ivi, p. 22: “Systematicity in the law is underpinned by two interrelated concepts. The first is the requirement of formal justice, also referred to as the ‘principle of equality’, according to which cases must be treated alike. [...] The second concept is the political ideal of the rule of law, which provides a normative justification for the view that legal reasoning is a rational enterprise committed to treating like cases alike”.

⁶⁶³ Ivi, p. 23, quali il principio dello Stato di diritto, di uguaglianza e il principio di certezza del diritto.

⁶⁶⁴ Ivi, p. 24: “There is an element of creation or discovery inherent in the process of positing that a rule should be extended from the standard situation to the novel situation because both share a relevant similarity. [...] As is the case with all normative arguments, analogy-warranting rationales are open to challenge”.

⁶⁶⁵ Ivi, p. 25.

⁶⁶⁶ C.W. CANARIS, “De la manière de combler les lacunes de la loi en droit Allemand”, cit., p. 170: “le critère de la constatation de la lacune est donc le principe d'égalité positive: celui-ci exige que la loi soit complétée par la mise en égalité d'un cas non réglé avec un cas réglé; le moyen de la constatation d'une

che casi tra loro simili siano disciplinati dall'ordinamento in modo simile. L'analogia *legis*, poi, si distingue dal bilanciamento in quanto essa consiste nel ragionamento volto ad *applicare una regola esistente* a un caso non coperto dal suo campo di applicazione. Il bilanciamento, anche quando finalizzato a integrare una lacuna normativa nell'ordinamento, consiste invece in un ragionamento volto a *ricostruire o rilevare una regola non esistente* (in modo espresso) nell'ordinamento⁶⁶⁷. Tuttavia, qualora si faccia ricorso al bilanciamento per estendere il campo di applicazione della norma, il confine può risultare sfumato⁶⁶⁸.

Nel diritto internazionale, il ricorso all'analogia *legis* per estendere regole esistenti a fattispecie nuove e non espressamente regolate è stato proposto, ad esempio, in relazione all'applicazione alle organizzazioni internazionali delle regole sulla responsabilità degli Stati⁶⁶⁹ e all'applicazione agli spazi extra-atmosferici e corpi celesti delle regole relative al divieto di appropriazione dell'Antartide⁶⁷⁰.

2.5.1.2. L'analogia *juris*

Quando si ricorre all'analogia *juris*, invece, non sussiste una relazione di somiglianza stretta tra il caso regolato da una regola espressa e quello non regolato, al punto che la regola che disciplina il primo possa essere applicata *tel quel* al secondo. In tale ambito si fanno tradizionalmente rientrare due diverse forme di argomentazione: da un lato, l'ipotesi in cui, per disciplinare un caso non regolato "si argomenta dai principi governanti una materia analoga"; dall'altro, quella in cui, "si argomenta dai principi generali dell'intero sistema"⁶⁷¹. A differenza del procedimento precedentemente descritto, l'analogia *juris* non è rigidamente scandita in determinate fasi, in quanto implica un ragionamento più ampio che prenda in considerazione la questione da disciplinare e i principi, presenti nell'ordinamento, che consentano di individuare la disciplina adeguata. Come è evidente, quest'ultima ipotesi presenta delle chiare affinità con il

lacune [en ce cas] c'est l'*analogie*. C'est le procédé au moyen duquel nous démontrons la similitude entre les deux faits ou plus précisément l'égalité des éléments essentiels".

⁶⁶⁷ E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit. p. 454: "L'analogia costituisce una tecnica normativa atta ad estendere l'applicazione di una norma di comportamento a rapporti ai quali rimane, in via di principio, estranea. Nel fenomeno che abbiamo descritto, invece, non si ha applicazione di una regola materiale di comportamento al di là del proprio ambito di applicazione, quanto piuttosto l'applicazione generale di un metodo normativo atto a ricostruire regole concrete di comportamento".

⁶⁶⁸ K. LANGENCUEHER, *Argument by Analogy in European Law*, 1998(3) Cambridge Law Journal, Vol. 57, pp. 481 ss., pp. 495-95.

⁶⁶⁹ F. LUSA BORDIN, *The Analogy between States and International Organizations*, cit.

⁶⁷⁰ P.C. JESSUP e H.J. TAUBENFELD, *Controls for Outer Space and the Antarctic Analogy*, 1959, London, Oxford University Press.

⁶⁷¹ G. BALLADORE PALLIERI, *I "principi generali del diritto riconosciuti dalle Nazioni Civili" nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale*, cit., p. 27.

bilanciamento⁶⁷², dal momento che consiste nell'elaborare la regola del caso sulla base dei principi generali dell'ordinamento. Tuttavia, il procedimento mediante il quale tale regola sarebbe formulata – se meramente deduttivo o di altro tipo – non viene in genere spiegato. E come già riportato, la dottrina più risalente riconosceva che, probabilmente, un tale ragionamento non fosse da qualificare propriamente come analogico, ma venisse inquadrato in tale ambito “per la mancanza di un diverso termine che possa venire assunto ad un significato altrettanto comprensivo”⁶⁷³. Può quindi ipotizzarsi che la forma di ragionamento che la dottrina più risalente qualificava come analogia *juris* possa oggi inquadarsi, più propriamente, nell'ambito della tecnica del bilanciamento, per come descritta nel presente lavoro.

2.5.2. L'equità

L'equità – generalmente definita come “la giustizia del caso singolo”⁶⁷⁴ o “what is fair and reasonable in the administration of justice”⁶⁷⁵ – viene considerata fin dall'*Etica nicomachea* di Aristotele come un temperamento nel caso concreto del rigore astratto e generale della legge. Così come l'analogia si giustifica sulla base della presunta coerenza dell'ordinamento, l'equità si fonda sulla presunzione di un comune sentimento di giustizia su cui l'ordinamento stesso si ritiene, a sua volta, reggersi⁶⁷⁶.

In quanto appartenente ai cd. “jugements de valeurs” volti a garantire un “équilibre impartial et raisonné des intérêts”⁶⁷⁷, l'equità costituisce la tecnica decisionale che, ancor più dell'analogia, si confonde con il bilanciamento, specie laddove quest'ultimo venga utilizzato per correggere regole esistenti al fine di considerare nuove

⁶⁷² A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 56. Dunque, il caso non regolato viene disciplinato “ricavando una norma (non scritta) non già da specifiche disposizioni che, pur dettate per differenti casi, vengono applicate a quello da decidere, bensì addirittura estrapolando la regola solutoria del caso ‘dubbio’ dai generali orientamenti del sistema legislativo”.

⁶⁷³ G. BALLADORE PALLIERI, *I “principi generali del diritto riconosciuti dalle Nazioni Civili” nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale*, cit., p. 27.

⁶⁷⁴ A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 19.

⁶⁷⁵ F. FRANCONI, “Equity in International Law”, in R. WÖLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, par. 1.

⁶⁷⁶ Ivi, par. 2. Così come ci si è chiesti, pertanto, se tale presunzione regga nel diritto internazionale quanto all'analogia, in relazione all'equità sarebbe legittimo chiedersi “whether it is possible to assume the existence of a common sense of justice and fairness in a society that is culturally and politically divided as the international society is today”. Secondo Francioni, tuttavia, le differenze politiche, culturali e sociali che caratterizzano i membri della comunità internazionale presuppongono, piuttosto che escludere, “a shared conception of the just and equitable [as] a condition *sine qua non* of the overall coherence and unity of the international legal system”, posto che quest'ultimo, “by necessity, has the task of reconciling, not only competing State interests, but also different ethical and cultural views of the peoples of the world” (par. 3).

⁶⁷⁷ C. DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral u judiciaire des litiges de droit international public*, 1972, Parigi, Pedone, p. VII. A p. 8 precisa che “[a]u-dessus des rapports d'intérêts, l'équité garantit les valeurs humaines. Elle ne permet pas que, par déficience du droit positif, celles-ci soient démunies de toute protection juridique et, à cette fin, elle fait appel ‘aux principes universellement reconnus de justice’”.

esigenze e nuovi valori emersi nell'ordinamento⁶⁷⁸. Tuttavia, mentre il bilanciamento costituisce una forma di deduzione della regola a partire da principi giuridici, l'equità viene definita come una forma di *intuizione*⁶⁷⁹. Per spiegare la differenza tra equità e bilanciamento, inoltre, può farsi riferimento alla distinzione, formulata da Corten e Kolb⁶⁸⁰, tra *legal standards* e *legal principles*⁶⁸¹. Per gli autori, mentre uno standard costituisce lo strumento che apre al giudice “a window on the facts”, un principio costituisce “a window on the legal rules concretizing it, and not merely a window on varying sets of facts”⁶⁸². Si può provare a riportare tale distinzione al rapporto tra equità e bilanciamento. L'equità consiste nella presa in considerazione dei *fatti* del caso, allo scopo di individuare la regola che si adegui ad essi, o di interpretare la regola esistente in modo adeguato. Il bilanciamento, invece, consiste nella presa in considerazione dei *principi* che vengono in rilievo pure alla luce dei fatti del caso, e mira all'individuazione della regola che consenta, sempre in virtù di fatti, la miglior tutela possibile dei principi. Entrambe le tecniche sono volte al bilanciamento degli interessi delle parti, allo scopo di trovare la soluzione “migliore” o “più giusta”. Anche in questo caso, tuttavia, la distinzione non è sempre facile da tracciare, come dimostrato dal fatto che in dottrina, spesso, proporzionalità, ragionevolezza ed equità vengono facilmente confuse, e genericamente definite come principi o standard (a seconda dei vari autori) tutti volti a bilanciare gli interessi delle parti del giudizio.

La dottrina, sia di diritto interno che internazionale, tende a distinguere tre diverse tipologie di decisione secondo equità: l'equità *infra legem* (Sez. 2.5.2.1.); l'equità *praeter legem* (Sez. 2.5.2.2.); e l'equità *contra legem* (Sez. 2.5.2.3.). Se ne riporteranno in seguito le definizioni essenziali, pur tenendo conto del fatto che, come è stato rilevato, tale classificazione “convient mal à cette operation toute en nuances et en finesse que comporte l'adaptation concrète de la règle de droit aux particularités de l'espèce”⁶⁸³.

⁶⁷⁸ Per il ruolo dell'equità nel diritto interno si veda A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 19: “può avvenire che l'applicazione del comando al caso concreto dia luogo a conseguenze che urtano contro il sentimento di giustizia. Ciò perché si è verificata qualche circostanza che il legislatore non ha previsto o di cui non ha potuto o voluto tener conto al momento in cui la norma fu elaborata”.

⁶⁷⁹ C. DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral u judiciaire des litiges de droit international public*, cit., p. 4.

⁶⁸⁰ O. CORTEN e R. KOLB, “Reasonableness in International Law”, cit., par. 5: “lies in the degree of normativity of a legal concept and in the coagulation of its contents into a number of more or less neatly tailored juridical rules or doctrines”.

⁶⁸¹ *Ibidem*, dove forniscono la definizione di *standard*, come un parametro necessario a disciplinare “situations of great factual complexity, where the circumstances of the various cases are so manifold that a single rule could not do justice to the situations likely to arise. The standard makes it possible to give a certain measuring rod for appreciation of the various relevant circumstances [...]. It is normatively relatively poor, allowing the legal operator to shape the legal answer with full regard to the varying circumstances of the case. In a sense, a standard is thus a window on the fact”.

⁶⁸² *Ibidem*.

⁶⁸³ C. DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral u judiciaire des litiges de droit international public*, p. 12.

2.5.2.1. L'equità *infra legem*

L'equità *infra legem* è quella cui il giudice può fare ricorso nell'interpretare e applicare una disposizione normativa. Come l'ipotesi che abbiamo definito del bilanciamento come tecnica interpretativa, consente al giudice di prendere in considerazione diverse, possibili, interpretazioni della disposizione rilevante⁶⁸⁴, e adattarle alle specifiche circostanze fattuali del caso⁶⁸⁵ e agli interessi che vengono in rilievo⁶⁸⁶. Un riconoscimento del ruolo dell'equità *infra legem* nel diritto internazionale è rinvenibile in una risoluzione dell'*Institut de droit international* del 1937, la quale afferma che “l'équité est normalement inherent à une saine application du droit, et [...] le juge international [...] est, de par sa tâche même, appelé à en tenir compte dans la mesure compatible avec le respect du droit applicable”⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, cit., p. 219: “[equity *infra legem*] is said to refer to the possibility of choosing between several different interpretations of the law”.

⁶⁸⁵ F. FRANCIONI, “Equity in International Law”, cit., par. 7, descrive l'equità *infra legem* come “an instrumental criterion of interpretation of the applicable law in order to adapt such law to the specific circumstances of the case. In this case equity is not used as a principle endowed with autonomous normativity but rather as a method for infusing elements of reasonableness and ‘individualized’ justice whenever the applicable law leaves a margin of discretion to the court or tribunal which has to make the decision”.

⁶⁸⁶ A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 55: “il criterio equitativo [di interpretazione è] volto ad evitare interpretazioni che contrastino col senso di giustizia della comunità, favorendo invece soluzioni equilibrate degli interessi confliggenti e che l'interprete deve sempre valutare comparativamente”; M. HUBER, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1934, Vol. 38, p. 233.

⁶⁸⁷ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 38, p. 271; K. STRUPP, *Le droit du juge international de statuer selon l'équité*, 1930-III, L'Aja, Recueil des Cours, pp. 351 ss., p. 469. Secondo l'autore, se il giudice non è espressamente autorizzato a decidere secondo equità, in caso di lacune nel diritto dovrebbe pronunciare un *non liquet*. *Contra*, gli autori che ritengono il giudice possa introdurre argomentazioni di equità anche in un giudizio ove è tenuto a decidere secondo diritto: M. HUBER, *Annuaire de l'Institut de droit international*, cit., pp. 233 ss. (sull'equità come processo che consiste nel tenere in considerazione tutti i fattori e le circostanze rilevanti); G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, cit., p. 71 (ove emerge la sovrapponibilità tra equità, come intesa ai tempi, e il bilanciamento secondo la teoria contemporanea); DE VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, cit., p. 6 (secondo cui “l'équité est la norme du cas individual”); D. BARDONNET, *Equité et frontières terrestres*, in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unite et diversité*, 1981, Paris, Pedone, pp. 584 (la cui descrizione del giudizio secondo equità somiglia al bilanciamento). Una prima differenza che potrebbe stabilirsi, però, tra equità e bilanciamento è che, come si è detto, nella prima ciò che si considera e che viene messo in rapporto sono i *fatti* e non i *principi* rilevanti alla luce di quei fatti. Si veda anche H. XUE, *Transboundary Damage in International Law*, 2009, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 279 ss.

2.5.2.2. L'equità *praeter legem*

L'equità *praeter legem* viene definita come il ricorso all'equità allo scopo di colmare lacune nell'ordinamento giuridico, o di concretizzare e specificare regole esistenti ma che siano eccessivamente generiche per poter essere applicate a un caso concreto⁶⁸⁸.

Non mancano casi in cui nel diritto internazionale l'esistenza di una certa regola di diritto non scritto è stata giustificata proprio in base a considerazioni di equità⁶⁸⁹. In alcuni casi, e ciò dimostra l'eccessiva rigidità della classificazione in esame, l'equità può essere contestualmente *praeter legem* e *infra legem*, o un misto delle due. Ad esempio, nel caso sulla *Piattaforma continentale del Mare del Nord*, la CIG ha preso atto della manifesta ingiustizia cui l'applicazione del principio dell'equidistanza avrebbe condotto, in ragione della conformazione fisica delle coste tedesche. Tuttavia, piuttosto che propriamente interpretare o *adattare* la regola sull'equidistanza a detta conformazione fisica, ha proceduto alla delimitazione sulla base di considerazioni di equità (*infra legem*). Allo stesso tempo, però, essa ha affermato di dover far ciò in ragione di una presunta regola di diritto che impone che, in tali ipotesi, la delimitazione sia effettuata alla luce di *principi equitativi*⁶⁹⁰. In realtà, tale regola non è stata fondata su alcuna ricostruzione della prassi e dell'*opinio juris*, al punto che può ipotizzarsi che sia essa stessa a fondarsi su considerazioni equitative volte a colmare la lacuna nel diritto (equità *praeter legem*)⁶⁹¹.

2.5.2.3. L'equità *contra legem*

L'equità *contra legem*, infine, è la decisione secondo equità che sia completamente svincolata da regole di diritto esistenti, ed anzi in contrasto (o meglio, non in conformità con) le stesse. La possibilità del giudice di decidere in tal senso è certamente subordinata ad una espressa previsione legislativa, nel diritto interno, o all'accordo delle parti, nel diritto internazionale (si pensi all'art. 38, par. 2, dello Statuto CIG che, pur mai applicato, consente alle parti di attribuire alla Corte il potere di decidere *ex aequo et bono*).

⁶⁸⁸ R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, cit., p. 219: "[equity *praeter legem*] takes the role of the filling of lacunae, or elaborating of rules".

⁶⁸⁹ CPGI, *Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, sentenza del 28 giugno 1937, PCIJ Series A/B n. 70, Opinione del giudice Anzilotti, 50, secondo cui il principio *inadimplenti non est adimplendum* "[is] so just, so equitable, so universally recognized that it must be applied in international relations [...]" e "[is] one of the general principles of law recognized by civilized nations".

⁶⁹⁰ CIG, *North Sea Continental Shelf*, cit., par. 85, in cui la Corte ha precisato che "[it] was not applying equity simply as a matter of abstract justice, but applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles".

⁶⁹¹ F. FRANCONI, "Equity in International Law", cit., par. 13, afferma che la CIG ha fatto riferimento all'equità "not so much as a general consideration of fairness to bend the law towards a just result, but as a concept capable of generating true legal obligations for the parties to the dispute beside and almost independently of the law [...]" In reality, the Court acted as if it there was a gap in the law to be filled with references to equity".

2.5.3. L'interpretazione teleologica

L'interpretazione teleologica, come l'analogia, si fonda su una presunzione relativa all'intenzione del legislatore: si ritiene che debba essere preferita l'interpretazione che meglio consente il raggiungimento degli scopi della disposizione interpretata, e/o dello strumento normativo in cui essa si inserisce. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, l'art. 1, comma 1, delle disposizioni preliminari al codice civile sancisce che nell'interpretazione bisogna prendere in considerazione non solo il "significato proprio delle parole secondo l'intenzione di esse", ma anche la "intenzione del legislatore". Tale intenzione, ovviamente, non è da intendersi in senso soggettivo, ma come riferita allo scopo perseguito dal legislatore nel disciplinare una data questione⁶⁹². Lo scopo della norma e il riferimento ai valori che essa persegue possono servire, alternativamente, ad estenderne il campo di applicazione, ma anche a ridurlo⁶⁹³.

In diritto internazionale, l'interpretazione teleologica si è sviluppata nei termini di interpretazione effettiva, volta a garantire il raggiungimento dell'oggetto o dello scopo della norma o del trattato in cui la disposizione interpretata si inserisce. Da un punto di vista di diritto positivo, essa tende a fondarsi sull'art. 31, par. 1, CVDT, secondo cui nell'interpretazione di una disposizione pattizia è necessario prendere in considerazione il "senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto", ma "alla luce del suo oggetto e del suo scopo". Come si vedrà, specialmente nel settore dei diritti umani, in cui l'oggetto e lo scopo del trattato consiste nella tutela di determinati *valori* (la tutela pratica ed effettiva, e non teorica ed illusoria, dei diritti sanciti e, più ampiamente, della dignità umana), l'interpretazione teleologica (*rectius*, effettiva) tende a confondersi e fondersi con la tecnica del bilanciamento, specie laddove lo scopo di tale interpretazione tenda a scontrarsi (e a dover prendere in considerazione), il contrapposto principio *in dubio pro mitius*, secondo cui limitazioni alla sovranità dello Stato non possono essere presunte, in mancanza di un consenso espresso. Quando riferita alle competenze delle

⁶⁹² A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 53: "Si tenta [...] di individuare non tanto 'l'intenzione' (soggettiva) di un inesistente (concreto) legislatore, ma 'lo scopo' (obiettivo che la disposizione persegue (criterio di interpretazione *teleologico*). Senonché l'individuazione dello scopo della legge (della sua *ratio* [...]) più che la premessa della interpretazione ne rappresenta già un risultato".

⁶⁹³ C.W. CANARIS, "De la manière de combler les lacunes de la loi en droit Allemand", cit., p. 171: "aussi il y a une lacune, car il manque [...] une exception dans la loi. Introduire celle-ci implique ici le principe *négatif* de l'égalité: deux faits sont dans les éléments de la décision juridique différents, et ils doivent dès lors être traités différemment. Nous constatons cette diversité en prouvant que la *ratio legis* ne s'applique pas à la situation exceptionnelle. Il s'agit donc d'un pendant de l'analogie. Le *critère* de la constatation de la lacune est ici le *principe d'égalité négatif*, qui exige l'addition à la loi d'une clause exceptionnelle non écrite, le *moyen* de la constatation de la lacune est la *réduction téléologique* qui nous montre la différence des deux faits".

organizzazioni internazionali, l'interpretazione teleologica o effettiva prende il nome di teoria dei poteri impliciti⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ CIG, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, opinione consultiva dell'11 aprile 1949, ICJ Rep. 1949, p. 174, p. 184: "having regard to [...] the undeniable right of the Organization to demand that its Members shall fulfil the obligations entered into by them in the interest of the good working of the Organization, the Court is of the opinion that, in the case of a breach of these obligations, the Organization has the capacity to claim adequate reparation, and that in assessing this reparation it is authorized to include the damage suffered by the victim or by persons entitled through him"; CIG, *Effects of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, cit., p. 57: "It would, in the opinion of the Court, hardly be consistent with the expressed aim of the Charter to promote freedom and justice for individuals and with the constant preoccupation of the United Nations Organization to promote this aim that it should afford no judicial or arbitral remedy to its own staff for the settlement of any disputes which may arise between it and them".

CAPITOLO TERZO

IL BILANCIAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI INTERNAZIONALI

SOMMARIO. 2.1. Introduzione e note metodologiche. – 2.1.1. La selezione della giurisprudenza. – 2.1.2. La classificazione della giurisprudenza. – 2.2. I tribunali interstatali. – 2.2.1. I tribunali arbitrali *ad hoc*. – 2.2.2. I tribunali permanenti a competenza generale – 2.2.3. Gli organi di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio. 2.2.4. Il Tribunale internazionale per il diritto del mare. – 2.3. I tribunali penali internazionali. – 2.3.1. I tribunali penali internazionali *ad hoc*. – 2.3.2. I tribunali misti o ibridi. – 2.3.3. La Corte penale internazionale. – 2.4. I tribunali e gli organi di monitoraggio dei trattati sui diritti umani. – 2.4.1. La Corte europea dei diritti umani. – 2.4.2. La Corte interamericana dei diritti umani. – 2.4.3. La Corte africana dei diritti umani e dei popoli. – 2.4.4. Gli organi di monitoraggio dei trattati conclusi nell'ambito delle Nazioni Unite. – 2.5. I tribunali arbitrali investitore-Stato. – 2.6. Conclusioni preliminari.

3.1. INTRODUZIONE E NOTE METODOLOGICHE

Data una “definizione operativa” della tecnica del bilanciamento, delle funzioni della stessa e degli elementi essenziali della struttura dell'argomentazione giuridica fondata sulla stessa, ed evidenziate le principali differenze rispetto ad altre forme di ragionamento giuridico, è necessario verificare in quali termini è possibile riscontrarne la presenza nella giurisprudenza del giudice internazionale. Il ricorso a tale tecnica da parte del giudice internazionale e la reazione a tale pratica da parte degli Stati, infatti, è in grado di fornire indicazioni in merito allo stato attuale di sviluppo dell'ordinamento internazionale, da un lato, e al ruolo del giudice nell'ambito dello stesso, dall'altro lato⁶⁹⁵.

In primo luogo, applicando la sopra individuata *ratio* del bilanciamento all'ordinamento internazionale, essa implicherebbe che uno Stato non possa limitare interessi e diritti – di altri Stati, di organizzazioni internazionali, di individui o della comunità internazionale nel suo complesso – oltre quanto necessario a perseguire un proprio diritto o interesse o un interesse collettivo, sulla base di misure funzionalmente

⁶⁹⁵ Tale ipotesi si fonda, lo si ripete, su un approccio empirico e “interpretivista” al diritto (internazionale), tale per cui esso sarebbe il risultato dell'interpretazione e dell'applicazione che ne viene data dai vari attori che intervengono nell'ambito dell'ordinamento. Si veda, ad esempio, B. ÇALI, *On Interpretivism and International Law*, cit., p. 821: “Interpretative procedure [...] is not limited to adjudication [...]. Its proper boundaries are determined by its aim to understand the law as an argumentative practice and not from the point of view of a sociologist or historian. In the case of international law, the correct question to ask is which agents constitute the most significant internal participants. Given that international law is made by states, but interpreted and implemented by states, international organizations, international and domestic courts, and quasi-judicial bodies, it is not adequate to focus single-handedly on judges. Internal participants are more adequately described as agents who have the capacity to affect the terms of international conduct”.

volte al raggiungimento scopo perseguito. Questo sia che il bilanciamento venga inquadrato nella logica “tradizionale” del diritto internazionale come sistema volto a garantire la mera *coesistenza* degli Stati, in cui ciascuno di questi persegue i propri interessi, quanto ove esso sia guardato alla luce della logica “moderna” della *cooperazione*⁶⁹⁶, ove ciascuno Stato deve tenere in considerazione anche gli interessi di altri Stati e della comunità internazionale. Nonostante tale ragionamento non sia di per sé confinato alla giurisprudenza – dato che anche ciascuno Stato chiamato valutare la legalità di una determinata azione o omissione e successivamente, ed eventualmente a risponderne, potrebbe tentare, e di fatto tenta, di giustificarsi sulla base di un discorso fondato sulla ragionevolezza, necessità o proporzionalità di detta azione od omissione rispetto al perseguimento di uno scopo legittimo –, il ragionamento giudiziario è quello che per natura si presta meglio a un tale tipo di argomentazione.

In secondo luogo, un ampio ricorso alla tecnica del bilanciamento da parte del giudice internazionale potrebbe essere indice del ruolo che la funzione giudiziaria svolge in tale ordinamento, dove essa è senza dubbio sottosviluppata rispetto agli ordinamenti interni. Ed infatti, tra le principali critiche alla trasposizione all’ordinamento internazionale delle premesse teoriche su cui il bilanciamento si fonda⁶⁹⁷, vi è quella secondo cui la decentralizzazione della funzione giudiziaria e l’assenza di un organo giurisdizionale supremo a competenza obbligatoria e generale impedirebbero di considerare il diritto come una pratica argomentativa che si sviluppa proprio per il tramite delle decisioni giudiziarie. Ciò implicherebbe che, a differenza degli ordinamenti interni, non si possa ritenere che nell’ordinamento internazionale il giudice svolga una funzione di “reperire” il diritto nella coscienza della comunità internazionale⁶⁹⁸. Tuttavia, un più ampio ricorso alla tecnica del bilanciamento da parte del giudice internazionale potrebbe essere indice proprio del superamento di tale limite strutturale, e della progressiva assunzione da parte dello stesso “giudice”, nella pluralità di organi in cui esso si articola, di una più ampia funzione rispetto alla mera risoluzione delle controversie ad esso

⁶⁹⁶ W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, 1964, New York, Columbia University Press; B. SIMMA, *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, 1994, L’Aja, Recueil des cours, Vol. 250; G. ABI-SAAB, *Whither the International Community?*, 1998(1) European Journal of International Law, Vol. 9, pp. 248 ss., p. 252.

⁶⁹⁷ Si veda *supra*, Cap. II, Sez. 2.3.

⁶⁹⁸ J.A. BECKETT, *Behind Relative Normativity: Rules and Processes as Prerequisites of Law*, cit., p. 635: “the tendency towards stability, the role of law, and the avoidance of radical indeterminacy in the Dworkinian analysis are all predicated on the *centrality of courts* [corsivo aggiunto], or at least the possibility of unilateral recourse to the courts. Dworkin relies on the courts to stabilize the law (and thus authoritatively determine which values are in the system), but in [public international law] they simply cannot play this role. Stability, the independence of the law, can only be protected by the law itself. This is what necessitates a *process* to determine which values may enter the system *and* necessitates that this process is not open to change based on substantive preferences” (corsivo in originale).

sottoposte, e che consiste nel *reperire e dire* il diritto, e nel contribuire al suo progressivo sviluppo, insieme ad altri attori della comunità internazionale⁶⁹⁹.

Prima di procedere all'esame della giurisprudenza dei giudici internazionali, tuttavia, sono necessarie alcune precisazioni in merito al metodo di selezione delle decisioni e sentenze rilevanti (Sez. 3.1.1.), e ai criteri di ripartizione e di esame delle medesime ai fini dell'analisi (Sez. 3.1.2.).

3.1.1. La selezione della giurisprudenza

Nel Capitolo primo si è detto che il giudice internazionale tende a non esplicitare la metodologia utilizzata ai fini della decisione, specialmente laddove si tratti di tecniche *lato sensu* creative del diritto, che possano mettere in dubbio la centralità del consenso statale nei procedimenti di formazione del diritto internazionale⁷⁰⁰. Ciò non toglie che vi possano essere ipotesi in cui il giudice internazionale realizzi, di fatto, o espliciti nelle motivazioni, gli elementi essenziali del ragionamento fondato sul bilanciamento.

Da un punto di vista metodologico, una ricerca relativa al ruolo della tecnica del bilanciamento nella giurisprudenza dei tribunali internazionali potrebbe fondarsi su *due* diversi approcci, tra loro alternativi o complementari (ed è quest'ultimo l'approccio qui seguito). *Da un lato*, la giurisprudenza può essere selezionata in base al ricorso espresso, nelle motivazioni rese dal tribunale, al termine "bilanciamento" o ad altre espressioni simili⁷⁰¹. Il punto di partenza sarebbe l'individuazione di una *balancing reference*, intesa come "any invocation in judicial [...] writing to balancing, weighing, scales, or any derivatives from these terms"⁷⁰². Tuttavia, ove questo fosse l'unico approccio utilizzato, sarebbero ben pochi i casi ove tali riferimenti sono riscontrabili nelle pronunce dei giudici internazionali, in particolare al di fuori del limitato ambito dei diritti umani e, di recente, del commercio e della tutela degli investimenti stranieri, dove il linguaggio del

⁶⁹⁹ E questo anche in quanto, nonostante resti vero che "[i]n the international case, adjudication does not play a central role", è anche vero che vi sono ormai interi settori dell'ordinamento che hanno attraversato un intenso processo di giurisdizionalizzazione, e dove dunque il ruolo del giudice ha assunto un'importanza centrale (si veda ancora B. ÇALI, *On Interpretivism and International Law*, cit., p. 820).

⁷⁰⁰ E. CANNIZZARO, "Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)", cit., par. 6: "[t]his cautious stance may relate to the more general reluctance [...] to unveil the method of analysis used to decide a case. It was perhaps reinforced by the mistrust of States for techniques superimposing an analysis of interests, which grant considerable leeway to international judges, over formalized rules created through classical lawmaking procedures"; A. CASSESE, *The ICTY: A Living and Vital Reality*, cit., p. 589.

⁷⁰¹ J. BOMHOFF, *Genealogies of Balancing as a Discourse*, cit., pp. 112-113: "virtually all studies of balancing seize upon a particular form of legal language – the discourse of balancing and weighing or of proportions and relativity in the case of proportionality – as a manifestation of an underlying form of activity – an analytical practice conceptualized as a process of weighing conflicting interests, values or principles". La scelta di tale approccio si baserebbe su una presunzione di razionalità del giudice, o dell'operatore giuridico, tale per cui le motivazioni riflettono necessariamente il percorso logico-mentale su cui la decisione si fonda (A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., p. 952).

⁷⁰² J. BOMHOFF, *Genealogies of Balancing as a Discourse*, cit., p. 113.

bilanciamento si è affermato in modo sempre più evidente. *Dall'altro lato*, tale ricerca può essere volta a individuare, nel ragionamento del giudice, degli elementi che rinviino al bilanciamento come tecnica decisionale, pur senza menzionarlo espressamente⁷⁰³. Proprio in quanto il giudice internazionale tende a non esplicitare sempre, o almeno non in modo estremamente chiaro, la metodologia seguita al fine di adottare la decisione⁷⁰⁴, punto di partenza per la presente ricerca sarà il rifiuto dell'assimilazione tra il "linguaggio" e il "ragionamento" del bilanciamento. Allo stesso tempo, si evidenzierà come vi siano casi in cui al ricorso al linguaggio del bilanciamento non si accompagna necessariamente il ricorso al relativo schema di ragionamento⁷⁰⁵.

Nella selezione dei casi si prenderanno in considerazione anche le opinioni dissenzienti e concorrenti annesse alle sentenze e decisioni⁷⁰⁶. Come si vedrà, infatti, in numerosi casi tali opinioni prospettano il ricorso alla tecnica del bilanciamento come modalità che avrebbe consentito di raggiungere una decisione differente e più corretta o che avrebbe giustificato in modo più razionale le conclusioni della maggioranza. Il fatto che tali opinioni facciano riferimento a detta tecnica, e ai principi e valori che si contrappongono alla luce dei fatti della controversia, dimostra che la questione della stessa scelta del metodo decisionale ha avuto spazio nel procedimento deliberativo e nel dibattito che ha portato alla decisione. La mancata menzione espressa del bilanciamento della decisione potrebbe quindi essere fondata su ragioni ulteriori, non necessariamente di diritto ma anche di opportunità e politica giudiziaria, che saranno poi esposte nel Capitolo che segue.

3.1.2. La ripartizione della giurisprudenza rilevante

Chiarita la modalità di selezione dei casi, occorre precisare i criteri sulla base dei quali, ai fini dell'analisi, la giurisprudenza è stata ripartita.

Avendo definito, nel Capitolo precedente, le funzioni che la tecnica del bilanciamento può svolgere nell'ambito dell'esercizio della funzione giudiziaria, un approccio *sistematico* imporrebbe di riproporre tale tripartizione e, segnatamente, di ricercare nella giurisprudenza dei tribunali internazionali, *globalmente* considerati,

⁷⁰³ M. MCFADDEN, *The Balancing Test*, cit., p. 597: "a court that has reasoned in this fashion will describe its own work as a 'balancing test', but a number of courts have engaged in all of them without doing so. Explicit use of the *label* is not required. What is required in the use of the analytical steps".

⁷⁰⁴ Si veda, ad esempio, N. PETERSEN, *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, 2017(2) *European Journal of International Law*, Vol. 28, pp. 357 ss., p. 361: "legal reasoning is no perfect proxy of judicial motivation. Judges can justify their opinions with different reasons than the ones that motivated them. [...] Nevertheless, the reasons given for an opinion may contain certain information about judicial motivation".

⁷⁰⁵ A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, cit., p. 183.

⁷⁰⁶ D. MAURI, *Rilevazione, creazione, resistenza. L'opinione separata e il diritto internazionale*, 2022(3) *Politica del diritto*, Vol. 25, pp. 379 ss., p. 388.

esempi di ricorso al bilanciamento come tecnica di *gap-filling*, come tecnica interpretativa e come tecnica di soluzione dei conflitti tra norme. Tuttavia, combinando tale classificazione con un approccio *analitico*, essa sarà proposta con riferimento a ciascuna tipologia di tribunale internazionale. Infatti, tra un tribunale internazionale e l'altro esistono notevoli differenze tanto di carattere tecnico-giuridico, quanto in relazione alla percezione che gli Stati, altri soggetti e attori della comunità internazionale, e gli stessi giudici che lo compongono, hanno del ruolo del tribunale stesso in ogni settore normativo dell'ordinamento. Ciò può incidere anche sulla propensione del tribunale a ricorrere alla tecnica del bilanciamento, sul modo (esplicito o implicito) in cui eventualmente lo faccia, sugli scopi e sulle modalità per cui vi proceda⁷⁰⁷. Tali differenze sono spesso talmente profonde da non consentire, a parere di chi scrive, di equiparare le modalità per cui tribunali diversi ricorrano alla medesima tecnica. La ricerca, peraltro, ha proprio lo scopo di mostrare come tali differenze incidono sul ricorso alla tecnica del bilanciamento e, pertanto, non può che fondarsi su una classificazione che tenga conto delle caratteristiche di ciascun tribunale in termini di giurisdizione, diritto applicabile, natura delle parti e funzioni specifiche.

Quanto alla *giurisdizione*, il fatto che essa sia facoltativa o obbligatoria può incidere sul livello di deferenza che il tribunale mostri nei confronti degli Stati membri, tendendo nel primo caso a preferire soluzioni che non mettano in discussione, almeno in apparenza, il ruolo del consenso statale nell'assunzione di obblighi internazionali⁷⁰⁸. Allo stesso tempo, pur nell'ambito della giurisdizione volontaria, il fatto che il consenso sia prestato *ad hoc* (nel caso dei tribunali arbitrali) o, principalmente, *ex ante* (nel caso delle clausole compromissorie, dei trattati generali di arbitrato o della dichiarazione ai sensi dell'art. 36, par. 2, dello Statuto CIG), può incidere sulla legittimazione del giudice di fronte agli Stati. Nel primo caso, infatti, il consenso degli Stati a sottoporsi al giudizio è molto più evidente, così come la volontà dei medesimi di risolvere definitivamente la

⁷⁰⁷ L'incidenza delle caratteristiche specifiche di ciascun tribunale internazionale sulla scelta dei metodi decisionali e, più ampiamente, sulle modalità di esercizio della propria funzione è stata messa in luce da diversi autori. Solo per fare degli esempi, si considerino: S. ZAPPALÀ, "Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice", in A. CASSESE, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, Oxford, Oxford University Press, pp. 216 ss., p. 218; K. CROW, *A Taxonomy of Proportionality in International Courts*, 2014 iCourts Working Paper n. 107/2017, p. 8: "proportionality in international courts takes on different appearances depending on the type of right the court typically adjudicates, the type of treaty the court adjudicates, and the type of deference the court allows"; B. KINGSBURY e S.W. SCHILL, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interests – The Concept of Proportionality", cit., p. 82: "[t]he balancing between conflicting rights and interests depends also on the cultural socialization and values connected to a specific institution, its hermeneutics, and the core legal texts, other legal material, as well as the purposes of the specific legal regime".

⁷⁰⁸ J. STONE, *Non Liquet and the Function of Law in the International Community*, 1959 British Yearbook of International Law, Vol. 35, pp. 124 ss., lega l'assenza di propensione del giudice internazionale a colmare le lacune nel diritto per il tramite di "tecniche creative" all'assenza di giurisdizione obbligatoria e al fondamento consensuale di questa, anche laddove obbligatoria nel senso che sarà chiarito più ampiamente *infra*, Cap. IV, Sez. 4.3.1.

controversia. Nel secondo caso, invece, il consenso viene prestato in anticipo ma, al momento della controversia, almeno lo Stato convenuto avrà interesse a sottrarsi alla giurisdizione del giudice, contestandola.

Anche il *diritto applicabile* da parte di ciascun tribunale, incluso il suo grado di chiarezza, precisione e sviluppo, può avere riflessi sulle tecniche decisionali utilizzate dai giudici: in un settore normativo ove il diritto risulta chiaro, preciso e consolidato, il giudice avrà minore necessità di ricorrere ai principi generali e a tecniche argomentative volte a completare, precisare e sviluppare il diritto. Dall'altro lato, tuttavia, il carattere frammentato, pluralista e decentralizzato dell'ordinamento internazionale, in cui manca una gerarchia normativa e che quindi si presenta come un "hetarchy of goal-specific regimes"⁷⁰⁹, implica che il diritto applicabile da ciascun giudice possa entrare, in astratto o in concreto, in conflitto con principi che sottendono ad altri settori dell'ordinamento. Ciò può determinare la necessità di bilanciare principi propri di "regimi" diversi⁷¹⁰, posto che in tali ipotesi "concrete solutions must necessarily be found on a case-by-case base"⁷¹¹. Sempre in relazione al diritto applicabile, bisogna poi considerare che l'istituzionalizzazione di organi terzi e imparziali volti alla risoluzione delle controversie relative a determinati trattati o settori dell'ordinamento fa sì che quelle specifiche norme, e gli interessi che perseguono, siano oggetto di una più intensa attenzione da parte dall'organo istituito per interpretarle e applicarle. E ciò può implicare una tendenza a far prevalere gli interessi e valori propri di quel settore dell'ordinamento, a scapito di altri⁷¹². E ancora, la *specifica materia* di cui si occupa il tribunale può favorire o meno il ricorso a tecniche quali il bilanciamento: come si vedrà, essa ha trovato un più facile accoglimento nell'ambito dei diritti umani e degli investimenti, essendosi storicamente sviluppata come tecnica volta a comporre i conflitti tra diritti individuali e interessi statali e collettivi, rapporto che si ripropone in tali settori del diritto internazionale.

Anche la *natura delle parti* della controversia incide sulla propensione del tribunale di ricorrere a questa o quella tecnica decisionale: verosimilmente, tecniche più deferenti rispetto alla prassi degli Stati e, quindi, al loro consenso, tendono ad essere preferite in controversie tra Stati sovrani; il problema della deferenza, invece, si pone in misura minore nell'ambito del diritto internazionale penale, in cui in astratto è interesse dell'intera comunità internazionale, e degli Stati che la compongono, perseguire e punire i responsabili dei più gravi crimini internazionali. Nel mezzo si pongono i settori dei diritti umani e degli investimenti, in cui il giudizio è asimmetrico. Se vi è la preoccupazione di

⁷⁰⁹ D. PULKOWSKI, *The Law and Politics of International Regime Conflicts*, cit., p. 22.

⁷¹⁰ M. ANDENAS e L. CHIUSSI, "Cohesion, Convergence and Coherence of International Law", cit., p. 16

⁷¹¹ N. MATZ-LUCK, *Harmonization, Systemic Integration and Mutual Supportiveness as Conflict-Solution Techniques: Different Modes of Interpretation as a Challenge to Negative Effects of Fragmentation*, 2006(1) Finnish Yearbook of International Law, Vol. 17, pp. 39 ss., p. 47.

⁷¹² G. NOLTE, *Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law*, cit., p. 251.

non imporre agli Stati obblighi che non hanno espressamente accettato, è vero anche che la natura del sistema normativo, volto a tutelare i diritti degli individui o investitori, propende verso tecniche idonee a raggiungere soluzioni ad essi favorevoli.

Andando poi oltre le specificità dei singoli tribunali, bisogna rilevare che un'analisi separata della giurisprudenza si impone anche alla luce dei precedenti studi in materia. Secondo alcuni autori, infatti, il bilanciamento o la proporzionalità come tecniche decisionali o forme di ragionamento giuridico non sarebbero applicati in modo uniforme da diversi tribunali internazionali⁷¹³. Inoltre, è stato sostenuto che davanti ai giudici internazionali il problema dell'incommensurabilità dell'oggetto del bilanciamento, messo in luce nell'ambito del dibattito sui giudici interni, sarebbe amplificato. In particolare, esso implicherebbe l'instaurazione di una gerarchia di valori inevitabilmente rimessa alla soggettività di questo o quel tribunale⁷¹⁴ o anche alla prospettiva valoriale di chi analizza una determinata situazione⁷¹⁵. A parere di chi scrive, quindi, un'analisi separata della giurisprudenza di ciascun tribunale consentirà anche di mettere in luce quali sono i principi, valori e interessi che vengono in rilievo dinnanzi agli stessi, e come il tema della presunta incommensurabilità di tali valori venga (implicitamente o espressamente) affrontato.

Prendendo in considerazione gli elementi di cui sopra, la giurisprudenza sarà esaminata distinguendo tra: tribunali interstatali (Sez. 3.2.); tribunali penali internazionali (Sez. 3.3.); tribunali e organi di controllo sul rispetto dei trattati sui diritti umani (Sez. 3.4.); tribunali arbitrali investitore-Stato (Sez. 3.5.). Per ciascuno di essi si esaminerà se e in che termini essi ricorrono al bilanciamento nelle tre diverse funzioni che tale tecnica può svolgere nella prassi giudiziaria, così come individuate nel Capitolo precedente.

⁷¹³ K. CROW, *A Taxonomy of Proportionality in International Courts*, cit., p. 6: "proportionality means different things to different courts, and sometimes different things within the same court"; M. NEWTON e M. LARRY, *Proportionality in International Law*, cit., p. 60: "Proportionality as a general premise of international law is not susceptible to one comprehensive definition".

⁷¹⁴ Ivi, p. 22: "the very act of balancing in interstate disputes is inseparable from the act of creating a hierarchy of values, whether economic, religious, moral, or otherwise based on ideology. A tribunal cannot 'balance' without elevating one value over another".

⁷¹⁵ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 2000, par. 50: "The answers to these questions are not simple. It may be necessary to resolve them on a case by case basis, and the answers may differ depending on the background and values of the decision maker. It is unlikely that a human rights lawyer and an experienced combat commander would assign the same relative values to military advantage and to injury to noncombatants. Further, it is unlikely that military commanders with different doctrinal backgrounds and differing degrees of combat experience or national military histories would always agree in close cases. It is suggested that the determination of relative values must be that of the "reasonable military commander". Although there will be room for argument in close cases, there will be many cases where reasonable military commanders will agree that the injury to noncombatants or the damage to civilian objects was clearly disproportionate to the military advantage gained".

3.2. I TRIBUNALI INTERSTATALI

Nell'ambito del contenzioso interstatale il bilanciamento implica verificare se i diritti o le facoltà di uno Stato, o la libertà di agire che, in assenza di obblighi internazionali, deriva dalla propria sovranità, siano esercitati in modo compatibile con gli interessi di altri Stati o della comunità internazionale⁷¹⁶ e, raramente, di individui. In linea di principio, infatti, ogni Stato è libero di agire come meglio ritiene per il perseguimento dei propri interessi. Nel farlo, tuttavia, deve rispettare gli obblighi internazionali da esso liberamente assunti. Ma anche in assenza di obblighi, tale libertà risulta ristretta dall'esistenza stessa di altri Stati, e dalla necessità di non lederne gli interessi. Come si vedrà, quindi, nel contenzioso interstatale il bilanciamento opera come meccanismo volto a garantire una "delimitazione delle sfere di sovranità statale"⁷¹⁷, nel momento in cui queste si sovrappongono e/o scontrino, non solo dal punto di vista territoriale, ma anche funzionale⁷¹⁸. Può allora dirsi che se nel diritto interno la proporzionalità e il bilanciamento sono stati giustificati sulla base del *paradosso della libertà*, nel diritto internazionale ciò potrebbe definirsi *paradosso della sovranità*: se quest'ultima è in principio assoluta, risulta allo stesso tempo limitata dalla sovranità di altri Stati e dal riconoscimento, nella comunità internazionale, di interessi e valori condivisi⁷¹⁹.

⁷¹⁶ *Arbitral Award Rendered in Conformity with the Special Agreement Concluded on January 23, 1925 between the United States of America and the Netherlands Relating to the Arbitration of Differences Respecting Sovereignty over the Islands of Palmas (or Miangas)*, lodo del 4 aprile 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. 2, pp. 829 ss., p. 839: "Territorial sovereignty [...] involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as a corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. Without manifesting its territorial sovereignty in a manner corresponding to circumstances, the State cannot fulfil this duty. Territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side, i.e. to excluding the activities of other States; for it serves to divide between nations the space upon which human activities are employed, in order to assure them at all points the minimum protection of which international law is the guardian".

⁷¹⁷ P. HECTOR, *Das völkerrechtliche Abwägungsgebot. Abgrenzung des Souveränitätssphären durch Verfahren*, cit.

⁷¹⁸ Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 667: "it is a common phenomenon that a conflict of interests arises between States, Indeed, the fair guess is that such a conflict underlies every inter-State dispute, and an adjudicator always aims at reaching a decision that balances the relevant interests of the State".

⁷¹⁹ Tale paradosso si fonda sull'assunto per cui, da un lato, l'individuo deve poter agire libero da interferenze da parte delle pubbliche autorità e, dall'altro lato, i poteri dell'autorità devono spesso essere esercitati allo scopo di garantire la libertà di tutti. Si veda, ad esempio, C.B. PULIDO, *The Migration of Proportionality Across Europe*, cit., p. 509: "a solution for the tension created when, on the one hand, the police force is empowered to limit liberty and, at the same time, liberty ought to be protected from limitations. The solution was that the police force had the power to limit liberty only when it was necessary and only to the extent that it was required".

3.2.1. I tribunali arbitrali *ad hoc*

Nella giurisprudenza dei tribunali arbitrali *ad hoc*, in particolare in decisioni più risalenti nel tempo, il riferimento ai principi generali e, in particolare, al principio di sovranità, con gli attributi e i limiti che ne derivano, è il punto di partenza per la soluzione della maggior parte delle controversie⁷²⁰. In numerosi casi, a ciò si accompagna la rilevazione degli *interessi* degli Stati parte della controversia e il riferimento alla necessità di *bilanciamento* tra gli stessi. Spesso ciò viene giustificato sulla base desiderio degli Stati, in molti casi espressamente sancito nel *compromis*, di risolvere la controversia tra loro *in modo definitivo* e soddisfacente per entrambi. Così, nella giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* possono rinvenirsi esempi di ricorso alla tecnica del bilanciamento per quelle che abbiamo definito funzione di *gap-filling* (Sez. 3.2.1.1.) e funzione interpretativa del campo di applicazione e del contenuto di specifiche disposizioni (Sez. 3.2.1.2.).

3.2.1.1. La rilevazione della regola del caso alla luce del bilanciamento tra i rispettivi interessi sovrani

Quanto al ricorso al bilanciamento come tecnica di *gap-filling*, può notarsi che diversi lodi resi da tribunali arbitrali *ad hoc*, in particolare nella prima metà del secolo scorso, riconoscono espressamente l'esistenza di una lacuna *nel diritto* e individuano la regola risolutiva della controversia loro sottoposta sulla base di un bilanciamento tra gli interessi statali rilevanti.

Ad esempio, in un caso deciso nel 1923 il Regno Unito pretendeva – sulla base di “considerazioni di equità” o di una regola appositamente formulata dal tribunale – un risarcimento dagli Stati Uniti, le cui forze armate, nel corso di un conflitto con la Spagna, avevano tagliato dei cavi telegrafici sottomarini. Il tribunale arbitrale ha ritenuto che, in assenza di regole espresse, occorresse bilanciare gli interessi delle parti alla luce dei principi generali rinvenibili nell'ordinamento:

Even assuming that there was in 1898 no treaty and no specific rule of international law formulated as the expression of a universally recognised rule governing the case [...], it cannot be said that there is no principle of international law applicable. International law, as well as domestic law, may not contain, and generally does not contain, express rules decisive of particular cases; but the function of jurisprudence is to resolve the conflict of opposing rights and interests by applying in default of any specific provision of law, the corollaries of general principles, and so to find – exactly as in the mathematical sciences – the solution of the problem. This is the method of jurisprudence; it is the law by which

⁷²⁰ *Arbitral Award Rendered in Conformity with the Special Agreement Concluded on January 23, 1925 between the United States of America and the Netherlands Relating to the Arbitration of Differences Respecting Sovereignty over the Islands of Palmas (or Miangas)*, cit., p. 838: “the principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory [is established] in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations”.

the law has been gradually evolved in every country, resulting in the definition and settlement of legal relations as well between States as between private individuals.⁷²¹

Tuttavia, nonostante tale affermazione di principio, il tribunale non ha in realtà realizzato un bilanciamento al fine di risolvere la controversia. Esso, applicando in via analogica le norme consuetudinarie sulla conduzione delle ostilità via mare, ha escluso che la condotta degli Stati Uniti fosse illegittima: dato che il diritto internazionale “recognised that the legitimate object of sea warfare is to deprive the enemy of those means of communication, which the high seas [...] afford to every nation”⁷²², uno Stato è legittimato a impedire che tali comunicazioni avvengano tramite l’apposizione di cavi telegrafici. Allo stesso modo, il tribunale ha escluso che da tale condotta *legittima* potesse derivare un obbligo di risarcire il danno, che non può farsi derivare né da considerazioni eque⁷²³, né da una regola creata dal tribunale, come il Regno Unito invece chiedeva⁷²⁴.

In un lodo successivo, invece, il bilanciamento è stato effettivamente utilizzato per rilevare le regole risolutive del caso sottoposto al tribunale. Si tratta dell’arbitrato sui danni cagionati a cittadini e *protégés* inglesi nella zona spagnola del Marocco. La Gran Bretagna riteneva che la Spagna fosse internazionalmente responsabile per aver omesso di adottare misure di prevenzione e repressione delle condotte dannose poste in essere da privati che agivano sotto la giurisdizione spagnola. L’arbitro Huber, rilevata l’assenza di regole pattizie applicabili⁷²⁵ e di regole di diritto internazionale generale che fossero sufficientemente precise⁷²⁶, ha ritenuto di poter ciononostante giungere a “conclusions justes et équitables”; e questo, “en tenant compte [...] de l’importance relative des intérêts contradictoires en présence”, ovvero quello dello Stato territoriale di esercitare come meglio ritiene i propri poteri sul proprio territorio, da un lato, e quello dello Stato di invio a che i propri cittadini siano protetti quando si trovano sotto la giurisdizione di un altro Stato, dall’altro⁷²⁷. Il tribunale è dunque passato a esaminare le pretese del Regno Unito,

⁷²¹ *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd (Great Britain v. United States)*, lodo del 9 novembre 1923, Reports of International Arbitral Awards, Vol. VI, pp. 112 ss., p. 114.

⁷²² Ivi, p. 115.

⁷²³ Ivi, p. 116.

⁷²⁴ Ivi, p. 118: “the duty of this Tribunal [...] is not to lay down new rules”.

⁷²⁵ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, cit., p. 639: “Pour la solution du problème en question, aucune règle de droit conventionnel directement applicable à la situation n’a été invoquée et ne peut être invoquée. [...] Il faut donc se baser sur des règles de droit coutumier et sur les principes généraux du droit international”.

⁷²⁶ Ivi, p. 640.

⁷²⁷ *Ibidem*: “Il est acquis que tout droit a pour but d’assurer la coexistence d’intérêts dignes de protection légale. Cela est sans doute vrai aussi en ce qui concerne le droit international. Les intérêts contradictoires en présence pour ce qui est du problème de l’indemnisation des étrangers sont, d’une part, l’intérêt de l’État d’exercer sa puissance publique dans son propre territoire sans ingérence et contrôle aucun des États étrangers, et, d’autre part, l’intérêt de l’État de voir respecter et protéger effectivement les droits de ses ressortissants établis en pays étranger. La divergence des thèses soutenues en cette matière provient, semble-t-il, soit d’une accentuation trop exclusive d’un de ces deux intérêts, soit de l’emploi de formules trop générales et propres à provoquer la contradiction. Si l’on examine les différentes situations envisagées [...] (opérations militaires, insurrections, délits communs) en tenant compte toujours de l’importance relative des intérêts contradictoires en présence, il semble que l’on puisse trouver un terrain sur lequel il

individuando per ciascuna di esse la disciplina specifica idonea a mediare i tali interessi. Quanto ai danni causati da *révoltes et guerres*, ha affermato che in principio lo Stato territoriale non è responsabile per i medesimi, in quanto esse costituiscono cause di forza maggiore, e ciò in ragione del “principe d’indépendance des États [qui] exclut que leur politique intérieure ou extérieure fasse dans le doute l’objet d’une juridiction internationale”⁷²⁸. Dall’altro lato, tuttavia, degli obblighi (di prevenzione e vigilanza) possono derivare dal “principe de la non-intervention dans les rapports entre un État et les étrangers établis sur son territoire”, il quale “présuppose non seulement des conditions normales d’administration et de justice, mais aussi la volonté de l’État de réaliser son but primordial: le maintien de la paix intérieure et de l’ordre social”⁷²⁹. Ne deriva che, pur essendo lo Stato territoriale libero di decidere come adempiere a tale compito di vigilanza, esso non può esigere che un altro Stato resti indifferente di fronte a danni cagionati ai propri cittadini in ragione di sue condotte negligenti o discriminatorie⁷³⁰. Sulla base di tali considerazioni⁷³¹, l’arbitro Huber ha quindi concluso che lo Stato territoriale è responsabile dei danni cagionati da rivolte e guerre, qualora le autorità abbiano volontariamente omesso di adottare misure preventive o di vigilanza o laddove, avvertite del pericolo, abbiano negligenzemente omesso di adottare misure appropriate⁷³². In secondo luogo, il tribunale ha esaminato la questione della responsabilità per danni derivanti da *atti di brigantaggio e delitti comuni*, concludendo che in questo caso l’equilibrio tra gli interessi dei due Stati implichi che lo Stato territoriale sia tenuto a garantire agli stranieri il grado di protezione che esso risulta ragionevolmente in grado di dare anche ai propri cittadini e che risulti, quindi, proporzionato rispetto alle proprie capacità⁷³³.

serait possible d'arriver à des conclusions justes et équitables [...]. Il resterait néanmoins toujours, comme dans la plupart des questions juridiques de la vie pratique, une marge assez considérable où un élément subjectif d'appréciation ne saurait être écarté”. Per un commento si veda A. REMIRO BROTONS, “Spanish Zone of Morocco Claims”, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Oxford, Oxford University Press, par. 9: “[the arbitral tribunal] considered it impossible to proclaim a rule of international law precise enough to be generally recognized. Therefore, he formed his own independent opinion taking into account the conflicting interests”.

⁷²⁸ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, cit., p. 642.

⁷²⁹ *Ibidem*.

⁷³⁰ *Ibidem*.

⁷³¹ La pronuncia, infatti, esamina un solo esempio di prassi statale, che peraltro conduceva a conclusioni diverse rispetto a quelle raggiunte del tribunale.

⁷³² *Ivi*, p. 643.

⁷³³ *Ivi*, par. 644: “La vigilance qu’au point de vue du droit international l’État est tenu de garantir, peut être caractérisée, en appliquant par analogie un terme du droit romain, comme une *diligentia quam in suis*. Cette règle, conforme au principe primordial de l’indépendance des États dans leurs affaires intérieures, offre en fait aux États, pour leurs ressortissants, le degré de sécurité auquel ils peuvent raisonnablement s’attendre. Du moment que la vigilance exercée tombe manifestement au-dessous de ce niveau par rapport aux ressortissants d’un État étranger déterminé, ce dernier est en droit de se considérer comme lésé dans des intérêts qui doivent jouir de la protection du droit international”.

È ancora una volta l'arbitro Huber che, nel lodo sulla sovranità sull'isola di Palmas, ha menzionato il bilanciamento tra gli interessi delle parti. Bisogna però notare che tribunale arbitrale ha risolto la controversia sulla base della regola consuetudinaria sull'acquisto della sovranità per prescrizione⁷³⁴. Tuttavia, ha aggiunto che anche laddove l'esercizio pacifico e continuativo dei poteri di governo da parte dell'Olanda non fosse stato provato, e dunque detta regola non fosse stata applicabile, la controversia sarebbe stata risolta in ogni caso a favore della medesima⁷³⁵. In tale ipotesi, infatti, alcuna regola consuetudinaria sarebbe stata applicabile, “and the decision of the Arbitrator would have [had] to be founded on the relative strength of the titles invoked by each Party”⁷³⁶. La possibilità di ricorrere a un tale ragionamento è stata fondata sulla menzione, nel Preambolo del compromesso, dell'intenzione delle parti di risolvere definitivamente la controversia, escludendo quindi secondo il tribunale arbitrale la possibilità di un *non liquet*⁷³⁷. In tale bilanciamento, a detta del tribunale arbitrale, avrebbe prevalso l'interesse, che l'Olanda era in grado di garantire, alla stabilità del governo del territorio conteso:

International law, like law in general, has the object of assuring the coexistence of different interests which are worthy of legal protection. If, as in the present instance, only one of two conflicting interests is to prevail, because sovereignty can be attributed to but one of the Parties, the interest which involves the maintenance of a state of things having offered at the critical time to the inhabitants of the disputed territory and to other States a certain guarantee for the respect of their rights ought, in doubt, to prevail over an interest which—supposing it to be recognized in international law—has not yet received any concrete form of development.⁷³⁸

Se rispetto all'isola di Palmas il bilanciamento ha costituito un argomento ipotetico, esso è invece stato alla base della risoluzione della controversia territoriale tra Guatemala e Honduras⁷³⁹. Il compromesso prevedeva che il tribunale, allo scopo di risolvere

⁷³⁴ *Arbitral Award Rendered in Conformity with the Special Agreement Concluded on January 23, 1925 between the United States of America and the Netherlands Relating to the Arbitration of Differences Respecting Sovereignty over the Islands of Palmas (or Miangas)*, cit., p. 869.

⁷³⁵ G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, cit., p. 84, nel commentare tale pronuncia, realizzava un confronto con la giurisprudenza degli interessi statunitense, riconoscendo come il bilanciamento possa avere un ruolo nel risolvere controversie in cui la regola applicabile, pur esistente non sia applicabile per mancanza di prove.

⁷³⁶ *Arbitral Award Rendered in Conformity with the Special Agreement Concluded on January 23, 1925 between the United States of America and the Netherlands Relating to the Arbitration of Differences Respecting Sovereignty over the Islands of Palmas (or Miangas)*, cit., p. 869.

⁷³⁷ *Ibidem*. Ed, infatti, in ragione del “will of the Parties that the arbitral award shall not conclude by a ‘non liquet’, but shall in any event decide that the island forms a part of the territory of one or the other of the two litigant[s]”

⁷³⁸ *Ivi*, p. 870: “the importance of maintaining this state of things ought to be considered as prevailing over a claim possibly based either on discovery in very distant times and unsupported by occupation, or on mere geographical position. This is the conclusion reached on the ground of the relative strength of the titles invoked by each Party”.

⁷³⁹ Si veda N. PETERSEN, *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, cit., p. 380, secondo cui nelle controversie territoriali, posto il forte interesse degli Stati alla risoluzione definitiva delle stesse, il bilanciamento ha avuto particolare successo.

definitivamente la controversia, avrebbe dovuto determinare il confine derivante dall'applicazione della regola dell'*uti possidetis juris* alla data del 1821, e che avrebbe potuto modificarlo per tenere conto di ulteriori interessi acquisiti dalle parti⁷⁴⁰. Sulla base di tale volontà delle parti, il tribunale ha escluso di poter pronunciare un *non liquet*, nonostante le prove disponibili non consentissero di tracciare la totalità della linea di confine ai fini dell'applicazione della regola dell'*uti possidetis*. Ha quindi ritenuto di dover decidere sulla base di considerazioni di *equità* e *giustizia*⁷⁴¹ e, prendendo in considerazione tutte le *circostanze fattuali* conosciute e degli interessi accertati delle parti, ha tracciato un confine che mediasse adeguatamente gli interessi delle parti⁷⁴². Tuttavia, dato che in questo caso il contemperamento degli interessi delle parti ha riguardato principalmente questioni di carattere fattuale, potrebbe anche sostenersi che il tribunale non abbia fatto ricorso al bilanciamento in senso tecnico, bensì a considerazioni più generali di equità.

Ma l'esempio più evidente di ricorso al bilanciamento, da parte di un tribunale arbitrale *ad hoc*, per individuare una regola non scritta è il caso della *Fonderia di Trail*, in cui si trattava di determinare se il Canada fosse responsabile per i danni cagionati sul territorio degli Stati Uniti da emissioni di fumi provenienti dal proprio territorio⁷⁴³. Il compromesso chiedeva al tribunale di pronunciarsi sulla base di "law and practice dealing with cognate questions in the United States of America as well as [on the basis of] international law and practice". Tuttavia, il tribunale ha ritenuto che non fosse necessario stabilire quale fosse il diritto applicato, "as the law followed in the United States [...], is in conformity with the general rules of international law"⁷⁴⁴ e poteva, dunque, essere applicato "by analogy"⁷⁴⁵. Quanto alla ricostruzione del diritto internazionale vigente, il tribunale è partito dal principio secondo cui "a State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction"⁷⁴⁶. Tuttavia, ha riconosciuto la difficoltà di determinare cosa dovesse intendersi, nel caso concreto, per "atto dannoso". Al riguardo, pertanto, il tribunale ha ritenuto che

under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when

⁷⁴⁰ *Honduras Borders (Guatemala, Honduras)*, lodo del 23 gennaio 1933, Report of International Arbitral Awards, Vol. II, pp. 1307 ss., p. 1322.

⁷⁴¹ *Ivi*, p. 1341.

⁷⁴² G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, cit., p. 83, rileva come il tribunale si sia sentito autorizzato, in ragione del compromesso, a decidere secondo equità, esercitando un potere quasi normativo.

⁷⁴³ *Trail Smelter (United States of America/Canada)*, 16 lodo del 11 marzo 1941, Reports of International Arbitral Awards, Vol. III, pp. 1938 ss., p. 1962.

⁷⁴⁴ *Ivi*, p. 1963.

⁷⁴⁵ *Ivi*, p. 1964.

⁷⁴⁶ *Ivi*, p. 1963.

the case is of serious consequences and the injury is established by clear and convincing evidence.⁷⁴⁷

Se la decisione avesse fatto esclusivamente applicazione della “prassi statunitense”, come espressamente consentito dal compromesso, essa non solleverebbe particolari dubbi in merito al medesimo decisionale utilizzato. Tuttavia, la corrispondente regola di diritto internazionale (che il tribunale ha ritenuto esistente) sembra, a prima vista, essere stata meramente asserita, avendo il tribunale espressamente riconosciuto l’assenza di prassi e di decisioni di tribunali internazionali su questioni simili⁷⁴⁸. Se per alcuni, dunque, tale regola “rests [...] on an unclear basis”⁷⁴⁹, altri l’hanno giustificata proprio sulla base del bilanciamento tra le rispettive pretese derivanti dalla sovranità delle parti⁷⁵⁰. Non è difficile, in effetti, riscontrarvi gli elementi essenziali della tecnica del bilanciamento, cui il tribunale ha ritenuto di poter ricorrere alla luce della volontà delle parti di giungere a una soluzione definitiva⁷⁵¹ e giusta⁷⁵² della controversia. Sulla base di ciò, esso ha desunto

a desire and an intention that, to some extent, in making its answers to the questions, the Tribunal should endeavor to adjust the conflicting interests by some ‘just solution’ which would allow the continuance of the operation of the Trail Smelter but under such restrictions and limitations as would, as far as foreseeable, prevent damage in the United States, and as would enable indemnity to be obtained, if in spite of such restrictions and limitation, damage should occur in the future in the United States.⁷⁵³

Quindi, pur prendendo atto di una lacuna nel diritto, il tribunale ha tenuto in considerazione i contrapposti interessi delle parti⁷⁵⁴, e l’interesse comune a che le attività

⁷⁴⁷ Ivi, p. 1965.

⁷⁴⁸ *Ibidem*.

⁷⁴⁹ L.A. DUVIC-PAOLI e J. VIÑUALES, “Prevention of Environmental Harm”, cit., p. 292.

⁷⁵⁰ N. PETERSEN, *Customary Law without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation*, cit., p. 304: “both parties may rely on their territorial sovereignty. While Canada may claim that it has the right to use its territory as it liked, the United States will rely on its own territorial integrity, according to which the United States need not tolerate any harm that causes harm to its territory. The core of the dispute is thus a pure balancing of competing interests. Such a balancing of competing interests may, however, only be accomplished by resort to principles of equity”; C. TOMUSCHAT, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, cit., pp. 296-297: “It has sometimes been said that the arbitral tribunal *invented* the central proposition on which the award was predicated. Indeed, reading the text, one does not find any trace of empirical research of the relevant practice. The arbitral tribunal cannot, however, be reproached with having acted arbitrarily, in disregard of the requirements that a rule of customary law has to fulfill. Its line of reasoning has its foundation in the principle of sovereign equality. Since the damage caused exceeded by far the measure of what is usual in border region, where inevitably emissions from both states have to be accepted as a fact of life, no further collection of evidence was necessary concerning the situation in other frontier region in the world”.

⁷⁵¹ Il Preambolo sottolineava “the desirability and necessity of effecting a permanent settlement”.

⁷⁵² Lart. IV della Convenzione, sul diritto applicabile, infatti, indicava al Tribunale di “give consideration to the desire of the high contracting parties to reach a solution just to all parties concerned”.

⁷⁵³ Ivi, p. 1963.

⁷⁵⁴ Ivi, p. 1938: “each has an equal interest that if a nuisance is proved, the indemnity to damaged parties for proven damage shall be just and adequate and each as also an equal interest that unproven or unwarranted claims shall not be allowed. For, while the United States’ interests may now be claimed to be injured by the operations of a Canadian corporation, it is equally possible that at some time in the future Canadian interests might be claimed to be injured by an American corporation”.

industriali non fossero completamente sacrificate rispetto alla protezione dell'agricoltura, e viceversa⁷⁵⁵. Il Canada, infatti, era interessato alla protezione delle attività industriali; gli Stati Uniti ad evitare danni all'agricoltura. Entrambe tali pretese sono protette dal principio di sovranità territoriale, in quanto ciascuno Stato è legittimato a perseguire i propri interessi sul proprio territorio. La soluzione raggiunta è quella che tenta di ridurre al minimo la lesione dei due interessi⁷⁵⁶. Se, infatti, gli interessi statunitensi sono protetti dal fatto che la possibilità per il Canada di consentire attività dannose non è assoluta, le pretese di quest'ultimo sono tutelate nella parte in cui l'attività dannosa è vietata solo laddove essa causi danni a persone o cose che siano *gravi* e determinati con *prove chiare*.

3.2.1.2. La determinazione del campo di applicazione e l'interpretazione del contenuto di diritti, obblighi e facoltà degli Stati alla luce degli interessi sovrani degli stessi

Seppur con approcci meno analitici rispetto a quelli individuati della giurisprudenza interna esaminata, anche i tribunali interstatali *ad hoc* hanno fatto riferimento nella propria giurisprudenza al bilanciamento come tecnica volta ad interpretare le norme applicabili dagli stessi, eventualmente estendendone o riducendone il campo di applicazione e il contenuto per prendere in considerazioni gli interessi sovrani ristretti da determinati obblighi internazionali, o nuovi interessi e valori emersi nell'ordinamento internazionale. In particolare, in alcuni casi hanno ritenuto che la proporzionalità (intesa come non eccessiva lesione degli interessi contrapposti di altri Stati) dovesse considerarsi una condizione implicita sancita dalle regole attributive di diritti e facoltà agli Stati, nonostante tale elemento non fosse desumibile dalla prassi statale in materia. In tal modo dei diritti che, in quanto non espressamente limitabili secondo la norma che li riconosce, sembravano in principio assoluti, sono stati limitati in ragione della necessità di prendere in considerazione interessi contrastanti.

Nel noto caso *Alabama* il tribunale arbitrale doveva pronunciarsi sulla legittimità delle condotte del Regno Unito, in quanto Stato neutrale, nel corso della guerra civile americana. Nel formulare il *compromis* le Parti avevano indicato le regole di diritto applicabile, da integrare “by such principles of International Law not inconsistent therewith as the Arbitrators shall determine to have been applicable to the case”⁷⁵⁷. Il tribunale – che ha concluso che il Regno Unito avesse violato in (quasi) tutti i casi i propri obblighi di *due diligence* così come formulati nel compromesso – ha fornito dei criteri

⁷⁵⁵ Ivi, p. 1939: “As has well been said: ‘It would not be to the advantage of the two countries concerned that industrial effort should be prevented by exaggerating the interests of the agricultural community. Equally, it would not be to the advantage of the two countries that the agricultural community should be oppressed to advance the interest of industry’”.

⁷⁵⁶ M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, cit., p. 19.

⁷⁵⁷ Trattato tra gli Stati Uniti d'America e il Regno Unito, 8 maggio 1871, Washington Treaty, art. VI.

generali per interpretare tale tipologia di obblighi⁷⁵⁸. In particolare, esso ha sostenuto che il livello di diligenza richiesto, indicato genericamente dalla norma, deve considerarsi *proporzionato* al rischio cui i belligeranti sono esposti⁷⁵⁹; in secondo luogo, quanto al momento a partire dal quale l'obbligo di diligenza impone l'adozione di misure di prevenzione, il tribunale ha affermato che esso deriva dalla conoscenza del pericolo; infine, a detta del tribunale, è possibile che lo Stato gravato dagli obblighi di *due diligence* possa, con azioni successive, rimediare a una violazione. Nel caso di specie, dunque, nonostante le disposizioni interpretate facessero esclusivamente riferimento alla "diligenza dovuta", il tribunale ha ritenuto che tale tipologia di obblighi implichi, di per sé, che il grado di diligenza sia rapportato in modo proporzionato alle circostanze del caso concreto.

Nel caso *Naulilaa*, invece, è stato affermato per la prima volta che una contromisura deve essere proporzionata all'offesa, senza che questa condizione trovasse fondamento in una prassi precisa. Il tribunale arbitrale ha affermato che "[m]ême si l'on admettait que le droit des gens n'exige pas que la représaille se mesure approximativement à l'offense, on devrait certainement considérer comme excessives et partant illicites, des représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivées"⁷⁶⁰. Nel ritenere la proporzionalità come elemento implicito della regola consuetudinaria sulle contromisure, il tribunale ha invocato anche delle *considerazioni di umanità*⁷⁶¹. Esso, quindi, sembra aver (implicitamente) ritenuto che tale principio dovesse incidere nella riformulazione della regola sulle contromisure, in quanto emerso successivamente alla sua formazione. Avendo ritenuto che la non sproporzione sia un elemento implicito della regola sulle contromisure, ha poi realizzato un giudizio di proporzionalità, sia pur in termini piuttosto rudimentali e alla luce della considerazione secondo cui, in quel momento, non esisteva un consenso in merito a ciò che possa considerarsi proporzionato⁷⁶².

Il bilanciamento tra interessi è stato utilizzato dai tribunali arbitrali anche per interpretare l'ambito e l'estensione degli obblighi, dei diritti e delle facoltà conferiti da

⁷⁵⁸ L.A. DUVIC-PAOLI e J. VIÑUALES, "Prevention of Environmental Harm", cit., pp. 290 ss.

⁷⁵⁹ *Alabama Claims (United States of America/Great Britain)*, lodo del 14 settembre 1872, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXIX, pp. 125 ss., p. 129: "the 'due diligence' [...] ought to be exercised by neutral governments in exact proportion to the risks to which either of the belligerents may be exposed from a failure to fulfil the obligations of neutrality on their part".

⁷⁶⁰ *Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)*, lodi del 31 luglio 1928 e 30 giugno 1930, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, pp. 1011 ss.

⁷⁶¹ J. PFEIL, "Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)", in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Oxford, Oxford University Press, par. 10: "A reprisal is limited by the experiences of humanity and the rules of bona fides, which are applicable in the relations from one State to another".

⁷⁶² G. NOLTE, *Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law*, cit., p. 250: "The structure of this proportionality analysis is clear: The tribunal does not neatly distinguish between the three prongs of proportionality that we know from national constitutional law and human rights law. It merely makes a rough distinction between two forms of proportionality which could be called a 'thinner' and a 'thicker' version of proportionality".

disposizioni pattizie. Già nel 1910, infatti, un tribunale arbitrale costituito nell'ambito della Corte permanente di arbitrato ha affermato che il rapporto tra la libertà di uno Stato (derivante dalla sua sovranità) di adottare le misure che ritiene necessarie per il perseguimento dei propri interessi, da un lato, e gli obblighi internazionali assunti da tale Stato, dall'altro lato, deve essere determinato alla luce di quello che oggi definiremmo bilanciamento. Si tratta, in particolare, di verificare se le misure adottate dallo Stato siano ragionevolmente connesse al perseguimento di un proprio interesse legittimo, necessarie a tal fine, e che non interferiscano eccessivamente con gli interessi di altri Stati⁷⁶³.

Un ragionamento simile è stato sviluppato del lodo reso sulla controversia relativo sull'uso delle acque del *Lago Lanoux*⁷⁶⁴. La Spagna riteneva che il progetto della Francia che avrebbe implicato la deviazione di un fiume affluente costituisse una violazione del trattato sul confine tra i due Stati (e del relativo annesso), che riconosceva loro il diritto di utilizzare le acque provenienti dall'altro Stato. La Francia invocava la propria sovranità per fondare il diritto di realizzare il progetto e il correlativo dovere di non ledere eccessivamente gli interessi dello Stato confinante⁷⁶⁵; nelle proprie conclusioni sottolineava come il progetto realizzasse un adeguato bilanciamento tra tali interessi, in quanto non ledeva eccessivamente alcuno di essi⁷⁶⁶. Il tribunale arbitrale ha ritenuto che

⁷⁶³ *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, lodo del 7 settembre 1910, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XI, pp. 167 ss., pp. 188-89: "this Tribunal decides and awards as follows: The right of Great Britain to make regulations without the consent of the United States, as to the exercise of the liberty to take fish referred to in Article I of [the Treaty] [...] is inherent to the sovereignty of Great Britain. The exercise of that right by Great Britain is, however, limited by the said Treaty in respect of the said liberties therein granted to the inhabitants of the United States in that such regulations must be made bona fide and must not be in violation of the Treaty. Regulations which are (1) appropriate or necessary for the protection and preservation of such fisheries, or (2) desirable or necessary on grounds of public order and morals without unnecessarily interfering with the fishery itself, and in both cases equitable and fair as between local and American fishermen, and not so framed as to give unfairly advantage to the former over the latter class, are not incompatible with the obligation to execute the Treaty in good faith, and are therefore reasonable and not in violation of the Treaty. [...] the reasonableness on any such regulation, if contested, must be decided not by either of the Parties but by an impartial authority in accordance with the principles hereinabove laid down [...]".

⁷⁶⁴ *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, lodo del 18 novembre 1957, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XIII, pp. 281 ss.

⁷⁶⁵ Ivi, p. 299: "As far as litigation is concerned, the following topics may be particularly borne in mind: the sovereignty in its own territory of a State desirous of carrying out hydro-electric developments; the correlative duty not to injure the interests of a neighboring State; the convenience of informing a neighboring State of contemplated projects, of discussing them with it, if need be; the opportunity of seeking an agreement [...]; but, if the interest of the latter State do not suffer serious prejudice, no duty to obtain its consent before undertaking the work".

⁷⁶⁶ *Ibidem*: "(2) The sovereignty of each of the two States on its own territory remains untouched, subject only to the restrictions contained in international instruments in force between them. (3) In particular, their right to undertake works of public utility is expressly confirmed. [...] (5) The French Government has observed the rules of procedure designed to preserve, in such matters, all the rights and interests in question. (6) The French scheme, with the guarantees and modalities with which it is furnished, will safeguard completely the rights and interests of Spain, whose independence it will not compromise in any way. (7) French rights and interests would, on the other hand, be seriously harmed if this scheme were not carried out of even if it were replaced by the Spanish scheme, the economic value of which would be substantially less. (8) The French scheme [...] therefore complies fully with the conditions required for its

la realizzazione del progetto non avrebbe violato i trattati menzionati, né altre regole di diritto internazionale generale. A tal fine, ha innanzitutto ritenuto necessario stabilire se la realizzazione del progetto costituisse un'ingerenza nei diritti riconosciuti alla Spagna dai trattati rilevanti⁷⁶⁷. Al riguardo, ha ritenuto che le modalità di realizzazione che la Francia proponeva garantissero adeguatamente gli interessi spagnoli e non fossero, pertanto, in contrasto con i suddetti trattati. Infatti, il progetto consentiva di non ridurre il volume d'acqua che sarebbe giunto in Spagna. Allo stesso tempo, il tribunale ha sottolineato come lo scopo del progetto non fosse quello di ledere gli interessi della Spagna, bensì quello di perseguire i propri stessi interessi⁷⁶⁸. Ha però ammesso che la conclusione sarebbe stata diversa nel caso in cui fosse stato provato che il progetto avrebbe inquinato le acque, con ciò ledendo in modo significativo gli interessi della Spagna, arrecandole un grave pregiudizio. In questo caso, infatti, sarebbe sorto un *obbligo* della Francia di non attuare il progetto. In sostanza, nel bilanciamento⁷⁶⁹ tra la sovranità territoriale francese, che implica il diritto di utilizzare il proprio territorio per perseguire i propri interessi, e l'integrità territoriale spagnola, da cui deriva il diritto di non subire danni da attività di Stati vicini, avrebbe prevalso la seconda⁷⁷⁰. Neppure, a detta del tribunale, poteva ritenersi sussistente un obbligo della Francia di concludere un accordo relativo al progetto. Dalla consapevolezza degli Stati relativa alla necessità bilanciare adeguatamente gli interessi confliggenti deriverebbe infatti un mero obbligo di negoziare in buona fede⁷⁷¹. Infine, il tribunale ha proceduto a un bilanciamento degli interessi allo

valid execution by the provisions of the Conventions in force between the two States, even in the absence of the consent – which is not obligatory to obtain – of the Spanish Government”.

⁷⁶⁷ Si veda, per un approccio simile quanto all'applicabilità delle disposizioni pattizie in materia di diritti umani, che vengono in rilievo qualora l'interferenza con il diritto convenzionalmente garantito abbia raggiunto una determinata soglia di gravità, e su come in determinati casi si faccia ricorso al bilanciamento anche a tal fine, *infra*, Sez. 3.4.1.2.1.(ii) (relativo alla giurisprudenza della Corte EDU).

⁷⁶⁸ *Ibidem*: “it is not alleged that the works in question have as their object, apart from satisfying French interests, the creation of a means on injuring, at least contingently, Spanish interests”.

⁷⁶⁹ A. EPINEY, “Lac Lanoux Arbitration”, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, Oxford, Oxford University Press, par. 12: “the tribunal assumes that the principle not to cause substantial damage to the environment of another State is to be understood as meaning that any damage [...] must be serious – which could not be shown in this case. Furthermore, the award might suggest that the question how to evaluate whether damage can be harmful has to be settled depending on the point of view of the State suffering the damage, so that the interests of the damaged State are determinative [...]. This point of view is in accordance with the principle that it is the territorial integrity and sovereignty of the State which is protected by the principle not to cause substantial damage to the environment of other States”.

⁷⁷⁰ *Affaire du lac Lanoux*, cit.: “If it is admitted that there is a principle which prohibits the upstream State from altering the waters of a river in such a fashion as to seriously prejudice the downstream State, such a principle would have no application in the present case, because it has been admitted by the Tribunal [...] that the French scheme will not alter the water of the Carol”.

⁷⁷¹ *Ivi*: “States are today perfectly conscious of the importance of the conflicting interests brought into play by the industrial use of international rivers, and of the necessity to reconcile them by mutual concessions. The only way to arrive at such compromises of interests is to conclude agreements on an increasingly comprehensive basis. International practice reflects the conviction that States ought to strive to conclude such agreements: there would thus appear to be an obligation to accept in good faith all

scopo di applicare l'art. 11 del suddetto Accordo addizionale, che prevedeva espressamente un obbligo dello Stato che realizza il progetto di salvaguardare adeguatamente tutti gli interessi coinvolti⁷⁷².

Un altro caso in cui il bilanciamento ha orientato l'interpretazione di una disposizione pattizia che conferisce un diritto o una facoltà è rinvenibile nell'arbitrato tra Canada e Francia in relazione ai *Filettatura del pesce nel Golfo di St. Lawrence*. Il tribunale, in relazione ad una restrizione imposta dal Canada con riferimento alle attività successive alla pesca ha preso in considerazione, tra le altre cose, l'esercizio del potere di regolamentazione che ogni Stato può esercitare per perseguire i propri interessi economici e sociali⁷⁷³, ontologicamente derivante dalla propria sovranità ed espressamente riconosciuto all'art. 4, lett. b), dell'Accordo tra i due Stati sulle reciproche concessioni in materia di pesca. Tuttavia, il tribunale ha aggiunto che

à l'instar de de l'exercice de toute compétence quelconque, l'exercice d'une compétence de réglementation est toujours lié par la règle du raisonnable [...]. Cette règle commande à l'État de proportionner son comportement au but légalement poursuivi et en tenant dûment compte des droits et libertés concédés à un autre État.⁷⁷⁴

Il tribunale arbitrale, quindi, ha utilizzato il principio (definito dallo stesso come regola) di ragionevolezza per concludere che il Canada non potesse utilizzare il proprio potere di regolamentazione “que d'une manière raisonnable, c'est-à-dire sans subordonner l'exercice du droit de pêche que ces navires tiennent de l'Accord à des conditions qui rendent en fait cet exercice impossible”.

Come emerge dalla giurisprudenza esaminata, quindi, il bilanciamento può essere utilizzato per mettere in relazione le prerogative statali, sia che essi derivino inerentemente dalla propria sovranità o che costituiscano espresse facoltà conferite da norme diritto internazionale consuetudinario o pattizio, con gli obblighi internazionali assunti dallo Stato ma anche, in assenza di obblighi specifici, con gli interessi di altri Stati.

3.2.2. I tribunali interstatali permanenti a competenza generale

Passando alla giurisprudenza dei tribunali interstatali permanenti a competenza generale (la Corte permanente di giustizia internazionale, prima, e la Corte internazionale di

communications and contracts which could, by a broad comparison of interests and by reciprocal good will, provide States with the best conditions for concluding agreements [...].”

⁷⁷² A tale riguardo, il tribunale ha ritenuto che “according to the rules of good faith, the upstream State is under the obligation to take into consideration the various interests involved, to seek to give them every satisfaction compatible with the pursuit of its own interests, and to show that in this regard it is genuinely concerned to reconcile the interests of the other riparian State with its own”.

⁷⁷³ *Filleting within the Gulf of St Lawrence between Canada and France*, lodo del 17 luglio 1986, Report of International Arbitral Awards, Vol. XIX, pp. 225 ss., p. 258, par. 53.

⁷⁷⁴ Ivi, par. 54. A tal fine, il tribunale arbitrale ha citato anche la summenzionata decisione resa nel 1910 dalla Corte permanente di arbitrato nel caso delle *Pescherie dell'Atlantico del Nord*.

giustizia, poi) diventa più difficile trovare riferimenti *espresi* al bilanciamento, posta anche la scarsa propensione di tali organi a chiarire espressamente la metodologia utilizzata al fine di decidere le controversie loro sottoposte⁷⁷⁵. Tuttavia, vi sono casi in cui la decisione raggiunta può essere spiegata sulla base della tecnica del bilanciamento. E questo tanto nell'individuazione di regole di diritto internazionale non scritto (Sez. 3.2.2.1.), quanto nell'interpretazione delle disposizioni applicabili (Sez. 3.2.2.2.), mentre non sussistono ad oggi casi in cui il bilanciamento è stato *espressamente* utilizzato come tecnica di soluzione dei conflitti normativi (Sez. 3.2.2.3.).

3.2.2.1. La rilevazione di regole di diritto internazionale non scritto in assenza di prassi e opinio juris

L'approccio della CIG alla rilevazione del diritto internazionale non scritto ha oscillato, storicamente, tra “creativity and caution”⁷⁷⁶, la prima prevalendo principalmente nei primi anni di attività della Corte, in cui la stessa ha concluso per l'esistenza di regole non scritte che imponessero degli obblighi agli Stati pur in mancanza di una prassi che giustificasse la formazione di una norma di diritto consuetudinario.

È sulla base della tecnica del bilanciamento che può spiegarsi, infatti, la primissima decisione adottata dalla CIG, in cui la stessa ha ritenuto esistente (e violato) un obbligo statale di notificare l'esistenza di un campo di mine presente nelle proprie acque territoriali. L'obbligo in questione, infatti, non è stato fondato sulla ricostruzione della prassi statale; allo stesso tempo, la Corte ha escluso la possibilità di applicare per analogia la Convenzione dell'Aja del 1907, in quanto applicabile esclusivamente in caso di conflitti armati e, in ogni caso, non ratificata dall'Albania. Tale obbligo, invece, è stato ricavato dalla “combinazione” di una serie di principi generali⁷⁷⁷:

⁷⁷⁵ E. CANNIZZARO, “Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)”, cit., par. 6 ss.: “[t]his lack of clarity makes it particularly difficult, and sometimes even arbitrary, to identify the cases decided by the PCIJ and the ICJ on the basis of a balancing test and distinguish the diverse sub-methods of balancing”.

⁷⁷⁶ A.A. YUSUF, *The International Court of Justice and Unwritten Sources of International Law*, cit., par. 40.

⁷⁷⁷ Per Sir H. WALDOCK, *General Course of Public International Law*, 1962, L'Aja, Recueil des Cours, Vol. 106, p. 64, che aveva difeso il Regno Unito davanti alla CIG, quest'ultima non è stata chiara nel distinguere tra norme consuetudinarie e principi generali. Essa sembra aver considerato le basiche considerazioni di umanità come principi che, insieme agli altri invocati, sono in grado di completare e sviluppare il diritto consuetudinario. Si vedano anche G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice. General Principles and Substantive Law 1947-1951*, p. 5, che, in senso critico, sostiene che i principi invocati sono stati fonte di obblighi che “have neither been expressly assumed nor arise from any specific rule of international law; secondo S. TALMON, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, cit., p. 423, si è trattato di una “normative deduction”, secondo cui “[n]ew rules may also be inferred from axiomatic principles such as sovereignty, sovereign equality or territorial sovereignty”; e ancora, C. TOMUSCHAT, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, cit., p. 304 ha ritenuto che “[t]he ICJ has clearly endorsed the notion that elementary considerations of morality are included, as integral elements, in the international legal order”.

certain well recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.⁷⁷⁸

La CIG non ha esplicitato il proprio ragionamento, che tuttavia sembra riconducibile al bilanciamento. Nel caso di specie si ponevano, da un lato, il principio di sovranità territoriale dell'Albania, che implica il diritto di utilizzare il proprio territorio come ritiene, e, dall'altro, i principi suindicati. La regola rilevata garantisce la protezione di questi ultimi, allo stesso tempo ledendo nel minor grado possibile quelli dello Stato territoriale, tenuto a notificare solo i pericoli, e quindi a prevenire i danni, di cui sia consapevole⁷⁷⁹.

Ma anche nel risolvere la seconda questione sottoposta alla Corte – ovvero nel determinare se il Regno Unito avesse violato il diritto internazionale per aver rimosso il campo di mine al fine di ristabilire il proprio diritto di passaggio inoffensivo, come riconosciuto dal diritto consuetudinario – essa ha realizzato un bilanciamento. Senza citare alcun esempio di prassi, ha concluso che la condotta avesse implicato una violazione del diritto internazionale, affermando che “respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations”⁷⁸⁰. In questo caso, nel bilanciamento tra la sovranità territoriale dell'Albania e il principio della libertà dei mari, che avrebbe implicato il riconoscimento del diritto di passaggio, la Corte ha ritenuto prevalente il primo⁷⁸¹. In entrambi i casi ha preso in considerazione le pretese derivanti dalla sovranità, mettendole in relazione a interessi contrastanti e determinando, alla luce delle circostanze del caso, il rapporto di prevalenza e la relativa regola⁷⁸².

Un ulteriore esempio in tale senso è la pronuncia nel caso sulle *Pescherie anglo-norvegesi*. Il Regno Unito riteneva che l'atto normativo norvegese sui diritti esclusivi di pesca, che calcolava il proprio mare territoriale tracciando linee rette sulla costa, non fosse

⁷⁷⁸ CIG, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, sentenza del 9 aprile 1949, ICJ Rep. 1949, p. 4, p. 12.

⁷⁷⁹ E. CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force*, p. 252: “Having determined that an obligation placed on a coastal state to prevent a danger to ships passing in the territorial seas serves an interest [...] without unduly impeding on the sovereignty of the coastal state, the Court easily concluded that such a rule existed and decided the case accordingly”.

⁷⁸⁰ CIG, *Corfu Channel*, cit., p. 35.

⁷⁸¹ Di tale opinione sono, ad esempio, Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 673; E. CANNIZZARO, “Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)”, cit., par. 20: “the Courts admitted that the otherwise unrestrained right to territorial sovereignty was curtailed by the need to abide the international obligations of the territorial State. [It] accepted that the rights flowing from the territorial sovereignty entitled the territorial State to determine the modalities of the exercise of territorial rights possessed by third States. [...] the ensuing conflict was settled by a twofold assessment: the recognition of a large discretion for the territorial State to determine its public policy needs and to enact measures necessary to fulfil it; and the existence of a reasonable link between these public policy interests as determined by the territorial State, and the regulations imposed on the rights and interests of the third State”.

⁷⁸² E. CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach vs. Value Oriented Approach*, cit., p. 253.

ragionevole. La Corte ha riconosciuto come mancassero regole consuetudinarie specifiche⁷⁸³, ma ha ritenuto che la questione potesse essere risolta sulla base dell'applicazione di principi generali⁷⁸⁴ e, in particolare, di “certain basic considerations inherent in the nature of the territorial sea”, in grado di fornire criteri che “can be adapted to the diverse facts in question”⁷⁸⁵. In quel caso la Corte non ha formulato una vera e propria regola, ma si è limitata a rilevare come il metodo utilizzato dalla Norvegia non fosse incompatibile con il diritto internazionale, purché applicato in modo *ragionevole*:

It is the land which confers upon the coastal State a right to the waters off its coasts. It follows that while such a State must be allowed the latitude necessary in order to be able to adapt its delimitation to practical needs and local requirements, the drawing of a baselined must not depart to any appreciable extent from the general direction of the coast.⁷⁸⁶

Quanto all'attribuzione, da parte della Norvegia, di diritti esclusivi di pesca ai propri cittadini, la Corte ha considerato che tale condotta fosse giustificata da un interesse rilevante e che fosse stata esercitata in modo ragionevole e, quindi, legittimo:

Such rights, founded on the vital needs of the population and attested by very ancient and peaceful usage, may legitimately be taken into account in drawing a line which, moreover, appears to the Court to have been kept within the bounds of what is moderate and reasonable.⁷⁸⁷

Mancando quindi una specifica regola di diritto consuetudinario, la Corte ha concluso che la condotta della Norvegia fosse legittima ai sensi del diritto internazionale in quanto era volta a tutelare un proprio interesse legittimo, risultava moderata e ragionevole, e non incideva in modo eccessivo su interessi contrapposti⁷⁸⁸. La pronuncia dimostra dunque che, in assenza di regole consuetudinarie, è possibile che anche la CIG ricorra ai principi per pronunciarsi sulla legalità ai sensi del diritto internazionale di una condotta statale⁷⁸⁹.

Ed infatti, persino la sentenza in cui la CIG ha chiarito il metodo induttivo di accertamento del diritto internazionale non scritto, e generalmente citata a tal fine, quella

⁷⁸³ CIG, *Anglo-Norwegian Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, sentenza del 18 dicembre 1951, ICJ Rep. 1951, p. 116, p. 131: “the practice of States does not justify the formulation of any general rule”.

⁷⁸⁴ *Ivi*, p. 132: “It does not follow that, in the absence of rules [...] the delimitation is not subject to certain principles which make it possible to judge as to [its legality] under international law”.

⁷⁸⁵ *Ivi*, p. 133.

⁷⁸⁶ *Ibidem*.

⁷⁸⁷ *Ivi*, p. 142.

⁷⁸⁸ A. SEIBERT-FOHR, “Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)”, in R. WÖLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press, par. 11: “It has been disputed whether the rules pronounced by the ICJ actually reflected *lex lata* in 1952 or pronounced a new test for the legitimacy of coastal claims which was influenced by considerations of reasonableness [...]. Arguably, at the time of the judgment the concept of straight baseline for coasts did not reflect a general practice accepted as law [...]. This is probably why the ICJ did not refer to customary international law but deduced its criteria for delimitation from an alleged, rather abstract, principle of international law”.

⁷⁸⁹ D.D. CARON, *Contemporary International Law Issues in the Asia Pacific: The Importance and Challenge of the Difference Between Rules and Principles*, cit., p. 7, trae come conclusioni dal caso che “principles and rules exist side by side in all the sources of international law” e che “it may be that international law for several reasons both had, and should have, more principles than other legal systems”.

relativa alla *Piattaforma continentale del Mare del Nord*, non nasconde un certo ragionamento creativo e deduttivo della Corte, in parte spiegabile sulla base del bilanciamento e dell'equità. Le parti avevano chiesto alla Corte di ricostruire i principi relativi alla delimitazione della piattaforma continentale. Avendo escluso che la regola dell'equidistanza fosse sancita dal diritto consuetudinario⁷⁹⁰, la Corte ha concluso che le Parti fossero tenute a stipulare un accordo alla luce di “principi equitativi”, in modo da garantire a ciascuno di essi quello che ha definito come un proprio “diritto inerente” alla piattaforma⁷⁹¹, ossia le aree della stessa che costituiscono il prosieguo naturale del proprio territorio. La maggioranza ha ritenuto che ciò fosse imposto non da considerazioni di equità, ma da una specifica regola di diritto positivo:

the delimitation must be the object of agreement between the States concerned, and [...] such agreement must be arrived at in accordance with equitable principles. On a foundation of very general precepts of justice and good faith, actual rules of law are here involved which govern the delimitation of adjacent continental shelves – that is to say, rules binding upon States for all delimitations; – in short, it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles, in accordance with the ideas which have always underlain the development of the legal régime of the continental shelf [...].⁷⁹²

È stato osservato, tuttavia, che in realtà “there were no precise rules to apply” e che la Corte, tecnicamente, avrebbe colmato la lacuna sulla base dell'equità *praeter legem*⁷⁹³. La prassi non conduceva infatti alla regola di negoziare una soluzione equa, affermata dalla CIG, che invece sembra essersi fondata sulla necessità di tutelare un dato assetto di interessi delle relazioni internazionali⁷⁹⁴. Anche le opinioni dissenzienti e separate annesse da diversi giudici hanno sottolineato come la Corte abbia fatto ricorso a un particolare approccio metodologico volto a identificare e rilevare il diritto in quelle aree dell'ordinamento “where law is of very recent origin”⁷⁹⁵. Il giudice Tanaka, in particolare,

⁷⁹⁰ CIG, *North Sea Continental Shelf*, cit., p. 45.

⁷⁹¹ Ivi, p. 22.

⁷⁹² Ivi, par. 85.

⁷⁹³ R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, cit., p. 224. Tale forma di equità viene descritta dalla giudice Higgins in termini molto simili a quello che abbiamo definito come bilanciamento. Secondo l'autrice, se si prescinde da un approccio strettamente positivista, quella qui considerata costituisce una decisione adottata secondo diritto. Si veda anche N. PETERSEN, *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, cit., p. 379.

⁷⁹⁴ Sir G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, cit., pp. 39-40: “If a rule is necessary [...] the rule [...] must also necessarily be binding or it would not fulfil, or be able to fulfil its function [...]. It is something that arises logically and inevitably out of the requirements of international intercourse, relations and transactions. It is an inherent necessity of the case, and no theory of consent need to be postulated in order to account for it”. Si veda anche A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, Oxford, Oxford University Press, pp. 97-98, che in relazione alla regola rilevata dalla CIG in tale caso afferma che “if one were to require empirical evidence for each and every rule of fundamental importance, there would practically be no legal regulation in the relevant field”.

⁷⁹⁵ CIG, *North Sea Continental Shelf*, cit., Opinione dissenziente del giudice Lachs, p. 220.

ha sottolineato come, anche in relazione all'accertamento del diritto non scritto, sia possibile adottare un metodo teleologico, non formalista-positivista, ma sociologico-valoriale⁷⁹⁶. Anche il giudice Morelli – che, al contrario della maggioranza, avrebbe concluso per l'esistenza della regola dell'equidistanza – è arrivato a tale conclusione in virtù della sua “logica necessità” di detta regola per la tutela di un dato assetto di interessi nell'ordinamento internazionale, e rispetto alla quale la prassi costituirebbe una mera conferma dell'esistenza della regola⁷⁹⁷.

Da ultimo, nel caso sulla *Controversia di frontiera* tra Burkina Faso e Mali, una Camera della Corte ha deciso sulla base del principio generale del diritto internazionale dell'*uti possidetis juris*. È noto che quest'ultima è una regola che si è affermata in via consuetudinaria nel continente dell'America latina, al momento dell'acquisizione dell'indipendenza da parte delle ex colonie, e volta alla preservazione dei confini di quest'ultimi. Tuttavia, la Camera della CIG ha ritenuto che tale regola non si limitasse a tale ambito, ma fosse applicabile in via generale nell'ordinamento e, quindi, anche all'acquisizione dell'indipendenza degli Stati africani, in quanto in grado di temperare adeguatamente l'interesse degli Stati di nuova indipendenza all'acquisizione di un territorio e il mantenimento della pace tra gli stessi⁷⁹⁸. Allo stesso tempo, a detta della Camera della CIG, tale principio non si pone in contrasto con il principio di autodeterminazione dei popoli, in quanto garantisce agli Stati di nuova indipendenza la stabilità necessaria a sopravvivere, svilupparsi e gradualmente consolidarsi in ogni ambito⁷⁹⁹.

Più di recente, tuttavia, la CIG ha chiaramente (anche se implicitamente) rifiutato di ricorrere al bilanciamento in casi pur simili a quelli ora esaminati e, dunque, in cui posta l'assenza di chiara prassi statale, detta tecnica avrebbe consentito di rilevare la regola (non scritta) risolutiva del caso, tenendo conto anche del principio di tutela della

⁷⁹⁶ CIG, *North Sea Continental Shelf*, Opinione dissenziente del giudice Tanaka, par. 26: “We must not scrutinise formalistically the conditions required for customary law and forget the social necessity, namely the importance of the aims and purposes to be realised by the customary law in question”. Ha poi affermato che “those who advocate the objective existence of law apart from the will of States, are inclined to take a more liberal and elastic attitude in recognizing the formation of a customary law attributing more importance to the evaluation of the content of law than the process of its formation”.

⁷⁹⁷ CIG, *North Sea Continental Shelf*, Opinione dissenziente del giudice Morelli, p. 202: “State practice in this field is relevant not as a constitutive element of a custom which creates a rule, but rather as a confirmation of such rule”.

⁷⁹⁸ CIG, *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*, sentenza del 22 dicembre 1986, ICJ Rep. 1986, p. 554, par. 20: “the principle is not a special rule which pertains solely to one specific system of international law. It is a general principle, which is logically connected with the phenomenon of obtaining independence, wherever it occurs. Its obvious purpose is to prevent the independence and stability of new States being endangered by fratricidal struggles provoked by the challenging of frontiers following the withdrawal of the administering power”.

⁷⁹⁹ Ivi, par. 25.

dignità umana che veniva espressamente invocato nei giudizi⁸⁰⁰. Ciò, in particolare, nelle pronunce sul *Mandato d'arresto* e sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*.

Nel primo, la Repubblica Democratica Congo (RDC) chiedeva alla CIG di accertare e dichiarare che il Belgio avesse violato la regola consuetudinaria sull'inviolabilità personale e sull'immunità dalla giurisdizione penale dei ministri degli affari esteri in carica, per aver emesso un mandato d'arresto per crimini internazionali nei confronti del ministro degli esteri della DRC. La Corte ha ritenuto che l'immunità dei Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli affari esteri è chiaramente riconosciuta nel diritto internazionale⁸⁰¹. Tuttavia, pur avendo affermato che “it is [...] on the basis of customary international law that the Court must decide”⁸⁰², essa non ha proceduto a una ricostruzione della prassi e dell'*opinio juris* che giustificassero l'esistenza di tale regola. Invece, sottolineando che tali immunità sono riconosciute “to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States”⁸⁰³, ha determinato l'estensione dell'immunità in considerazione la natura delle funzioni esercitate dai ministri degli affari esteri. E dato che essi, *analogamente* ai Capi di Stato e di Governo, hanno il potere di rappresentanza dei propri Stati in virtù della loro carica, ed esercitano rilevanti funzioni che richiedono frequenti viaggi esteri, la Corte ha concluso che “[they] must be in a positions freely to to so whenever the need should arise”. Per tali ragioni la CIG ha concluso che tale immunità è certamente riconosciuta dal diritto internazionale⁸⁰⁴ mentre, nell'esaminare se vi fosse un'eccezione applicabile qualora l'organo in questione abbia commesso crimini internazionali, ha verificato se vi fosse prassi statale al riguardo⁸⁰⁵. Ha però escluso l'esistenza dell'eccezione, pur riconoscendo che l'immunità, proprio in quanto legata alla funzione, viene meno alla scadenza del mandato⁸⁰⁶.

Il metodo utilizzato è stato criticato in diverse opinioni separate. Il giudice Van der Wyngaert, in particolare, ha sottolineato come la questione avrebbe dovuto essere risolta sulla base di un bilanciamento⁸⁰⁷. A differenza della Corte, egli è partito dal

⁸⁰⁰ Si veda P. DE SENA, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some ... 'Utilitarian' Reflections*, cit., p. 1016, per cui i casi sono emblematici del “cost of non-proportionality”; it refers to the negative effects in terms of protection of human rights of not making use of the proportionality principle by courts called upon to decide precisely disputes which, in one way or another, affect human rights”. Ed infatti, omettendo di prendere in considerazione *tutti* gli interessi rilevanti nel caso, la Corte si è fondata esclusivamente su (presunte) regole formatesi molto prima che il principio di dignità umana acquisisse una rilevanza fondamentale nell'ordinamento, e che dunque non lo prendevano minimamente in considerazione.

⁸⁰¹ CIG, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, sentenza del 14 febbraio 2002, ICJ Rep. 2002, p. 3, par. 51.

⁸⁰² Ivi, par. 52.

⁸⁰³ Ivi, par. 53.

⁸⁰⁴ Ivi, par. 55.

⁸⁰⁵ Per P. DE SENA, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some ... 'Utilitarian' Reflections*, cit., p. 1017, tale conclusione sarebbe errata anche in base a uno “strict ‘positivistic’ approach”.

⁸⁰⁶ CIG, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit., par. 61.

⁸⁰⁷ CIG, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Opinione dissenziente del giudice van der Wyngaert, par. 5: “In a more principled way, the case was about how far States can go when implementing modern

presupposto dell'inesistenza della regola sull'immunità del tenore indicato dalla maggioranza della Corte⁸⁰⁸, in ragione della mancanza di prassi statale⁸⁰⁹, così come di una regola che proibisca allo Stato di esercitare la giurisdizione penale universale per crimini internazionali. Ha ritenuto, quindi, che la Corte avesse omesso di dare adeguato rilievo al “principle of international accountability [for international crimes]”⁸¹⁰ nel bilanciamento con l'interesse al mantenimento delle relazioni amichevoli tra gli Stati⁸¹¹, che sottende al riconoscimento dell'immunità. Il giudice Al-Khasawneh, invece, ha rilevato una regola sull'immunità dei ministri degli affari esteri che tuttavia, a suo parere, si applicherebbe solo ove essi si trovino all'estero per missioni speciali e, in ogni caso, troverebbe un'eccezione in caso di conflitto con gli interessi e valori che propendono verso la punizione dei responsabili di crimini internazionali⁸¹². I giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal, poi, hanno fatto ampio riferimento al bilanciamento nella propria opinione, nella quale hanno sostenuto che la maggioranza della Corte ha omesso di prendere in considerazione un importante aspetto della controversia. In particolare, hanno rilevato come la controversia riguardasse anche il rapporto tra l'interesse al mantenimento di stabili e pacifiche relazioni tra gli Stati e quello alla tutela della dignità umana e dei diritti umani⁸¹³. Ritenendo che la Corte avesse erroneamente omesso di pronunciarsi sulla legalità dell'esercizio della giurisdizione universale, hanno trattato detta questione, rilevando che “there is no established practice in which States exercise universal jurisdiction [...] is undeniable”⁸¹⁴ ma anche che “[t]his does not necessarily

international criminal law. [...] It was about balancing two divergent interests in modern international (criminal) law: the need of international accountability for such crimes as torture, terrorism, war crimes and crimes against humanity and the principle of sovereign equality of States, which presupposes a system of immunities. [...] In failing to address the dispute from a more principled perspective, the International Court of Justice has missed an excellent opportunity to contribute to the development of modern international criminal law”.

⁸⁰⁸ Ivi, par. 1.

⁸⁰⁹ Ivi, par. 3; par. 11 ss., in cui si sottolinea l'assenza di prassi statale.

⁸¹⁰ Ivi, par. 28.

⁸¹¹ Ivi, par. 85: “[the majority] has erred in finding that there is a rule of customary international law protecting incumbent Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity from the criminal process in other States. No such rule of customary international law exists. The Court has not engaged in the balancing exercise that was crucial for the present dispute. Adopting a minimalist and formalistic approach, the Court has *de facto* balanced in favour of the interests of States in conducting international relations, not the international community's interest in asserting international accountability of State officials suspected of war crimes and crimes against humanity”.

⁸¹² CIG, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Opinione dissenziente del giudice Al-Kasawneh, par. 7: “The effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore, when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail. Even if we are to speak in terms of reconciliation of the two sets of rules, this would suggest to me a much more restrictive interpretation of the immunities [...]”.

⁸¹³ CIG, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Opinione separata dei giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal, p. 63, par. 5: “One of the challenges of [...] international law is to provide stability of international relations and effective international intercourse while at the same time guaranteeing respect for human rights”.

⁸¹⁴ Ivi, par. 45.

indicate [...] that such an exercise would be unlawful”⁸¹⁵. Ed infatti, l’opinione afferma che “[t]he underlying idea of universal jurisdiction [...] is a common endeavor in the face of atrocities”⁸¹⁶. E rispetto alla commissione di crimini internazionali, vi sarebbe ormai un “international consensus” in merito alla necessità di punizione dei colpevoli degli stessi⁸¹⁷. L’opinione ritiene, dunque, che uno Stato possa esercitare la giurisdizione penale universale anche *in absentia*, ossia senza la presenza dell’imputato nel proprio territorio, allo stesso tempo ponendo in atto alcuni accorgimenti volti a garantire “that rejection of impunity does not jeopardize stable relations between States”. Per raggiungere il “desired equilibrium” tra tali interessi, a detta dei giudici in questione, bisogna riconoscere che “universal criminal jurisdiction [can] be exercised only over those crimes regarded as the most heinous by the international community”⁸¹⁸. Quanto, invece, alla questione dell’immunità, pur concordando con la conclusione della maggioranza, gli autori dell’opinione hanno sottolineato come l’immunità avrebbe dovuto essere presentata come un’eccezione rispetto alla giurisdizione⁸¹⁹. Inoltre, nel prendere atto di una tendenza nell’ordinamento internazionale verso la restrizione delle immunità allo scopo di tutelare altri valori, l’opinione ha sottolineato come anche in questo caso “[t]hese trends reflect a balancing of interests”⁸²⁰. Pertanto, secondo i giudici della minoranza, la Corte avrebbe sottovalutato l’interesse invocato dal Belgio, in quanto le “alternative” all’impunità sottolineate dalla Corte erano piuttosto implausibili. Allo stesso tempo, tuttavia, non sarebbe scontato che in caso di crimini internazionali l’immunità venga necessariamente meno, quando appunto vi siano altre modalità per escludere che il riconoscimento della stessa garantisca di fatto l’impunità degli autori.

⁸¹⁵ *Ibidem*: “National legislation may be illuminating as to the issue of universal jurisdiction, but not conclusive as to its legality. [...] In short, national legislation and case law – that is, State practice – is neutral as to the exercise of universal jurisdiction”.

⁸¹⁶ *Ivi*, par. 50.

⁸¹⁷ *Ivi*, par. 51: “the international consensus that the perpetrators of international crimes should not go unpunished is being advanced by a flexible strategy, in which newly established international criminal tribunals, treaty obligations and national courts all have their part to play”. E ancora, al par. 73: “a gradual movement towards bases of jurisdiction other than territoriality can be discerned. This slow but steady shifting to a more extensive application of extra-territorial jurisdiction by States reflects the emerge of values which enjoy ever-increasing recognition in international society”.

⁸¹⁸ *Ivi*, par. 59.

⁸¹⁹ *Ivi*, par. 71: “By focusing exclusively on the immunity issue, while at the same time bypassing the question of jurisdiction, the impression is created that immunity has value *per se*, whereas in reality it is an exception to a normative rule which would otherwise apply. It reflects, therefore, an interest which in certain circumstances prevails over an otherwise predominant interest, it is an exception to a jurisdiction which normally can be exercised as it can only be invoked when the latter exists. It represents an interest of its own that must always be balanced, however, against the interest of that norm to which it is an exception”.

⁸²⁰ *Ivi*, par. 75: “On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other hand, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community”.

Un ulteriore caso in cui la Corte ha rifiutato di realizzare un bilanciamento al fine di rilevare la regola risolutiva del caso è la nota sentenza resa nella controversia sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*, in cui i giudici della CIG hanno dovuto accertare l'esistenza di una regola consuetudinaria, asseritamente violata dall'Italia, che riconosce l'immunità dello Stato *anche* in relazione a fatti che costituiscono crimini internazionali. Nonostante la Corte sembrasse inizialmente voler impostare il ragionamento in termini di principi, ha in realtà predisposto, fin dall'inizio, un quadro che presenta l'immunità come la regola, e la giurisdizione dello Stato del foro come l'eccezione⁸²¹, omettendo di accordare qualsiasi rilievo a un terzo interesse pur rilevante nel caso di specie, la dignità umana⁸²²:

The Court considers that the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations. It derives from the principle of sovereign equality of State, which [...] is one of the fundamental principles of the international legal order. This principle has to be viewed together with the principle that each State possesses sovereignty over its own territory and that there flows from that sovereignty the jurisdiction of the State over events and persons within that territory. Exceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it.⁸²³

Allo stesso tempo, la Corte è partita dal presupposto per cui la regola sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione esiste, e copre qualsiasi atto *iure imperii*, mentre eventuali eccezioni devono essere dimostrate sulla base della prassi. Dopo aver escluso l'esistenza della cd. *territorial tort exception*, la Corte ha esaminato l'argomento difensivo dell'Italia fondato sul bilanciamento e che sosteneva che l'immunità, nel caso specifico, non potesse essere applicata in quanto (1) gli atti commessi dalla Germania costituivano crimini di guerra e contro l'umanità; (2) le regole violate avevano rango di *jus cogens* e (3) alle vittime non restava alcun rimedio alternativo per ottenere un risarcimento dei danni subiti⁸²⁴. La Corte ha inizialmente rigettato tali argomenti singolarmente presi verificando

⁸²¹ Tale impostazione di partenza ha di fatto anticipato le conclusioni della sentenza. Sul rapporto regola-eccezione si vedano, tra gli altri, E. METHYMAKI, A. TZANAKOPOULOUS, "Freedom with Their Exception. Jurisdiction and Immunity as Rules and Exception", in L. BARTELS, F. PADDEU (eds), *Exceptions in International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 225 ss.; G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, p. 211: "the importance of the distinction between principle and legal exception is that even if the exception is established it must be construed restrictively. In this connection, it should be remembered that the position of principle or exception is not invariable".

⁸²² Per una critica a tale omissioni si vedano, tra gli altri, L. GRADONI e A. TANZI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento*, cit., p. 211: "Nella panoramica dei principi tracciata dalla Corte non compaiono cenni [...] all'esigenza di tutelare i diritti fondamentali, come se la disputa sull'immunità nel diritto internazionale contemporaneo fosse risolvibile semplicemente mettendo a duello uguaglianza sovrana e sovranità territoriale".

⁸²³ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 57.

⁸²⁴ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, Contro-memoria dell'Italia, par. 4.101: "The restriction of immunity in cases of individuals bringing lawsuits to obtain redress for a grave breach of the most fundamental principles of human dignity granted by *jus cogens* rules seems to be a reasonably balanced

se, per ciascuno, si fosse consolidata un'eccezione consuetudinaria alla regola sull'immunità. Quanto, infine, alla combinazione di tali argomenti, che avrebbe implicato la necessità di realizzare bilanciamento⁸²⁵, la Corte si è limitata ad escludere che considerazioni sostanziali (segnatamente, la natura degli obblighi violati e l'importanza fondamentali dei valori da essi tutelati, nonché l'impossibilità per le vittime di ottenere una riparazione tramite canali alternativi) possano incidere sull'applicabilità della regola sull'immunità, che costituisce una questione procedurale e quindi, preliminare⁸²⁶.

Come è stato già sottolineato in dottrina, la Corte sembra aver proceduto a "sovradeterminare" il campo di applicazione della regola sull'immunità, la cui prassi in realtà non sembra coprire la commissione di crimini internazionali⁸²⁷. "Asserire" l'esistenza della regola sull'immunità ha consentito alla CIG di escludere l'esistenza di una lacuna normativa sulla questione controversia, così escludendo la necessità di procedere a rilevare la regola risolutiva sulla base di un bilanciamento⁸²⁸. Sul punto, il giudice Yusuf ha individuato come il diritto non fosse chiaro e consolidato e, in ogni caso,

solution"; par. 4.103: "When the victims of violations of fundamental rules of the international legal order, deprived on any other means redress, resort to national courts, the procedural bars of State immunity cannot bring the effect of depriving such victims of the only available remedy".

⁸²⁵ Per una critica, si vedano ancora L. GRADONI e A. TANZI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento*, cit., p. 224: "[l]a Corte ha prevedibilmente liquidato la questione in poche battute. La richiesta equivaleva del resto a svolgere un'operazione di bilanciamento, invito che il giudice ha potuto declinare, come si è già constatato, appena ha ritenuto di aver 'scoperto' una regola consuetudinaria risolutiva del caso"; Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 661.

⁸²⁶ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 106: "In so far as the argument based on the combined effect of the circumstances is to be understood as meaning that the national court should balance the different factors, assessing the weight, on the one hand, of the various circumstances that might justify the exercise of its jurisdiction, and, on the other hand, of the interests attaching to the protection of immunity, such an approach would disregard the very nature of State immunity. As explained [...], according to international law, State immunity, where it exist, is a right of the foreign State. In addition, [...] national courts have to determine the questions of immunity at the outset of the proceedings, before consideration of the merits. Immunity cannot, therefore, be made dependent upon the outcome of a balancing exercise of the specific circumstance of each case to be conducted by the national court before which immunity is claimed".

⁸²⁷ P. DE SENA, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some ... 'Utilitarian' Reflections*, cit., p. 1020; L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, cit., p. 706; L. GRADONI e A. TANZI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento*, cit., p. 218: "è difficile cogliere come la Corte abbia potuto persuadersi dell'esistenza di una regola consuetudinaria applicabile al caso di specie sul fondamento di una prassi esigua, tendenzialmente poco rilevante e persino contraria".

⁸²⁸ Ivi, pp. 224-225: "la regola da essa rilevata e applicata in realtà non sussiste e [...] pertanto, si imponeva il ricorso a un'operazione di bilanciamento che tenesse conto di tutti i principi di diritto internazionale rilevanti così come di tutti gli aspetti salienti del caso ". Gradoni e Tanzi, peraltro, ricostruiscono ed esaminano la stessa prassi presa in considerazione dalla CIG, dimostrando che in realtà essa non dimostrava affatto l'esistenza della regola applicata dalla Corte ed, anzi, che nella maggior parte dei casi in cui l'immunità era stata applicata in casi simili si era espressamente sottolineata la possibilità per le vittime di ricorrere a mezzi alternativi per ottenere una riparazione; circostanza che, lo si ripete, mancava in questo caso. Per una posizione simile si veda anche G.I. HERNÁNDEZ, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, cit., p. 236.

rischiasse di entrare in contrasto con i principi fondamentali in tema di protezione dei diritti umani⁸²⁹, richiedendo pertanto proprio di operare un bilanciamento:

The assessment of whether, in the present case, immunity should have been granted or could have been denied under international law by the Italian courts cannot exclude, in my view, the application of the general principles underlying human rights and humanitarian law and embodying basic rights such as the right to an effective remedy the right to compensation for damages suffered as a result of breaches of humanitarian law, and the right to protection from denial of justice [...]. Nor can the law of State immunity [...] be interpreted in a way which conflicts with the realization of those rights in the context of contemporary international law. Even more importantly, recourse should be had to those principles and to an assessment of the proportionality and legitimacy of purpose of granting immunity, when the rules on State immunity or the exceptions to it are either fragmentary or unsettled, such as in the case of human rights or humanitarian law violations for which appropriate reparation would have not been made.⁸³⁰

Alla luce del bilanciamento tra i principi rilevanti, il giudice Yusuf ha concluso che qualora alle vittime non resti alternativa per ottenere una riparazione delle gravissime violazioni subite, il mancato riconoscimento dell'immunità allo Stato autore delle violazioni sarebbe legittimo⁸³¹. A una conclusione analoga, ma sulla base di un ragionamento gerarchico fondato sull'asserita prevalenza della dignità umana rispetto ai diritti statali, è giunto il giudice Cançado Trindade⁸³². Il giudice Bennouna, invece, pur criticando il mancato ricorso alla tecnica del bilanciamento da parte della maggioranza, imposto dall'assenza di una chiara regola consuetudinaria⁸³³, è giunto alle medesime conclusioni di quest'ultima. Bennouna ha ritenuto, in particolare, che nel caso di specie un rimedio ultimo alle vittime (la possibilità per l'Italia di insistere per la risoluzione della questione in via diplomatica e ottenere in tal modo una riparazione in favore delle vittime)

⁸²⁹ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinione dissenziente del giudice Yusuf, par. 28. E ancora: "When jurisdictional immunities come into conflict with fundamental rights consecrated under human rights or humanitarian law, for which a forum State has an obligation to secure and enforce in its territory, and whose realization reflects basic values of the international community, it is much more appropriate to have regard to the manner in which, under contemporary international law, '[a] balance ... must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community' [...]. In today's world, the use of State immunity to obstruct the right of access to justice and the right to an effective remedy may be seen as a misuse of such immunity".

⁸³⁰ Ivi, par. 30.

⁸³¹ Ivi, par. 59: "The assertion of jurisdiction by domestic courts in those exceptional circumstances [...] does not, in my view, upset the harmonious relations between States, but contributes to a better observance of international human rights and humanitarian law".

⁸³² CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 214 ss.

⁸³³ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinione separata del giudice Bennouna, par. 18: "One would have expected the [ICJ] to follow that approach, which [...] has enabled the legal régime governing jurisdictional immunities to evolve in a way which strikes an equal balance between State sovereignties and the considerations of justice and equity operating within such sovereignties. The Westfalian concept of sovereignty is thus gradually receding, as the individual takes centre stage in the international legal system".

poteva dirsi ancora aperto⁸³⁴. È noto, però, che tale opzione non ha portato ad oggi ad alcun risultato e che pende oggi davanti alla Corte una nuova controversia tra i due Stati sulla questione⁸³⁵.

3.2.2.2. Il bilanciamento come tecnica interpretativa

In alcuni casi, la CPGI e la CIG hanno anche fatto ricorso, in modo più o meno implicito, al bilanciamento come tecnica interpretativa, nelle varie forme in cui essa può emergere. Questo tanto allo scopo di determinare il campo di applicazione di una disposizione pattizia contenuto (Sez. 3.2.2.2.1.), quanto per rideterminare il contenuto di una norma consuetudinaria (Sez. 3.2.2.2.2.) o, infine, per interpretare e applicare clausole di deroga espressamente sancite in disposizioni pattizie (Sez. 3.2.2.2.3.).

3.2.2.2.1. La determinazione del campo di applicazione e del contenuto di un obbligo

Già nel caso *Oscar Chinn*, deciso dalla CPGI, è rinvenibile un esempio di ricorso al bilanciamento per determinare il contenuto di un obbligo derivante da una disposizione pattizia. Per via della forte crisi economica dell'epoca, il Belgio aveva adottato una disciplina tesa a favorire le industrie locali, portando un'impresa inglese alla bancarotta. Il Regno Unito lamentava la violazione di un trattato che sanciva la libertà di navigazione sul fiume Congo e la parità di trattamento in materia commerciale. La CPGI ha ritenuto che, in ragione dell'interesse a fronteggiare la crisi, "the Belgian Government was the sole judge of this critical situation and of the remedies that it called for, subject of course to its duty of respecting international obligations"⁸³⁶. Implicitamente si ponevano, da un lato, il potere del Belgio, derivante dalla propria sovranità, di tutelare la propria economia e, dall'altro, i suddetti obblighi internazionali. Dopo aver preso atto dell'estrema gravità della situazione, la Corte ha escluso che le condotte del Belgio costituissero una

⁸³⁴ Ivi, par. 23: "if Germany were to close all doors to such settlement [...] then the question of lifting its immunity before foreign courts in respect of those same wrongful acts could legitimately be raised again".

⁸³⁵ CIG, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint Against State-Owned Property*, ricorso presentato dalla Germania il 29 aprile 2022, con annessa richiesta di misure provvisorie. La Germania si lamenta, in particolare, del fatto che in virtù della pronuncia della Corte costituzionale italiana (sentenza del 23 ottobre 2014, n. 238), i giudici di merito italiani hanno continuato a negare l'immunità dalla giurisdizione della Germania, condannandola e, successivamente, istituendo delle procedure esecutive contro beni dello Stato tedesco presenti sul territorio italiano. Per ovviare a tale seconda questione, il Governo italiano ha istituito un fondo che si accollerà le richieste di indennizzo presentate da coloro che hanno ottenuto in passato, o sulla base di giudizi istituiti entro una determinata data, una sentenza di condanna della Germania al risarcimento dei danni. Se questo ha portato la Germania ha revocare la richiesta di adozione provvisorie a tutela dei propri beni, la questione dell'asserita violazione dell'immunità dalla giurisdizione è tutt'altro che risolta, posto che è proprio su essa che si fonda la possibilità di richiedere l'indennizzo al fondo istituito dallo Stato italiano.

⁸³⁶ CPGI, *Oscar Chinn (United Kingdom v. Belgium)*, sentenza del 12 dicembre 1934, n. 61, Series A/B n. 63, par. 79.

violazione del trattato⁸³⁷. Dunque, pur in assenza di una clausola di limitazione o deroga, la Corte ha ritenuto che il contenuto del diritto conferito, e del corrispettivo obbligo, andasse determinato alla luce di un bilanciamento e in considerazione delle circostanze del caso concreto⁸³⁸.

Un approccio simile è stato seguito dalla CIG nel parere sull'ammissione degli Stati alle Nazioni Unite, nel momento in cui ha affermato che l'art. 4 della Carta delle Nazioni Unite, pur indicando le condizioni a tal fine in modo tassativo, "does not forbid the taking into account of any factor which it is possible reasonably and in good faith to connect with the conditions laid down in that Article"⁸³⁹.

Di recente poi, la CIG ha fatto ricorso alla tecnica del bilanciamento anche per interpretare il contenuto di una disposizione pattizia, segnatamente la nozione di "espropriazione" contenuta in un trattato bilaterale⁸⁴⁰. Nel caso su *Certi beni iraniani* la Corte ha applicato la dottrina dei *police powers*, che si vedrà caratterizzare la giurisprudenza dei tribunali arbitrali investitore-Stato, per sostenere che l'esercizio ragionevole e non discriminatorio del potere regolamentare di uno Stato, anche laddove leda interessi proprietari di un altro Stato, non costituisce espropriazione e, dunque, non determina il sorgere di un obbligo di risarcimento⁸⁴¹. Tuttavia, ha anche riconosciuto che "[g]overnmental powers in this respect [...] are not unlimited"⁸⁴² e che "[r] easonableness is one of the considerations that limit the exercise of the governmental powers in this respect"⁸⁴³. A tal fine, la Corte ha rilevato come, pur ipotizzando che le misure adottate dagli Stati Uniti nel caso concreto perseguissero uno scopo legittimo, esse "caused an impairment of the Iranian companies' rights that was manifestly excessive when measured against the protection afforded to the purpose invoked"⁸⁴⁴ e fossero, pertanto, irragionevoli e quindi, in quanto non qualificabili come legittimo esercizio dei poteri

⁸³⁷ Ivi, par. 86: "having regard to the exceptional circumstances [...] and to the nature of those measures, that is to say, their temporary character and the fact that they applied to companies entrusted by the State with the conduct of public services, these measures cannot be condemned as having contravened the undertaking given by the Belgian Government in the Convention of Saint-Germain to respect freedom of trade in the Congo".

⁸³⁸ E. CANNIZZARO, "Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)", cit., par. 17-18: "The importance of *Oscar Chinn* mainly lies in the standard identified by the PCIJ to settle conflicts between the rights flowing from the title of territorial sovereignty and the international limitations thereto".

⁸³⁹ CIG, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, cit., p. 10.

⁸⁴⁰ Sul ricorso al bilanciamento a tal fine, da parte dei tribunali arbitrali investiture-Stato, si veda *infra*, Sez. 3.5.2.1.1.

⁸⁴¹ CIG, *Certain Iranian Assets*, cit., par. 185: "The Court considers that the Contracting Parties' right to regulate is not undermined by the prohibition of takings provided for in Article IV, paragraph 2. It has long been recognized in international law that the bona fide non-discriminatory exercise of certain regulatory powers by the government aimed at the protection of legitimate public welfare is not deemed expropriatory or compensable".

⁸⁴² *Ibidem*.

⁸⁴³ Ivi, par. 186.

⁸⁴⁴ Ivi, par. 156.

regolamentari dello Stato, costituissero una espropriazione che implica il sorgere di un obbligo di risarcimento.

3.2.2.2.2. La rideterminazione del contenuto di una norma consuetudinaria

Quanto rilevato vale non solo con riferimento all'interpretazione del diritto scritto, ma anche per la determinazione del contenuto di norme non scritte, nonostante questo si sia verificato in una circostanza piuttosto eccezionale.

Si consideri l'opinione consultiva sulle *Riserve alla Convenzione contro il genocidio*, relativa al se uno Stato che avesse apposto una riserva non prevista dal testo e obiettata dalle altre Parti divenisse parte della Convenzione stessa. Secondo la regola consuetudinaria vigente all'epoca, volta a tutelare l'integrità al trattato, lo Stato riservante non sarebbe divenuto parte⁸⁴⁵. La Corte ha ritenuto, però, che nonostante ciò avesse un "undisputed value as a principle"⁸⁴⁶, vi fossero altri valori da considerare, propri e specifici della Convenzione contro il genocidio, il cui carattere universale richiedeva una maggiore flessibilità volta a favorire la più ampia partecipazione possibile allo stesso⁸⁴⁷. Sulla base di tale rilievo, ha in parte rideterminato il contenuto della regola, concludendo che le riserve non previste dal testo del trattato sono valide nei confronti degli Stati che le abbiano accettate, e che dunque lo Stato riservante non diviene Parte solo rispetto agli Stati obiettanti. Questo sulla base di un bilanciamento⁸⁴⁸: infatti, tale regola, da un lato, lede nel minor grado possibile il principio dell'integrità del trattato (dato che esclude lo Stato riservante solo rispetto agli Stati obiettanti), garantendo invece la più ampia partecipazione possibile allo stesso.

Anche per determinare se fosse ammissibile una riserva non espressamente prevista dal testo del trattato la Corte ha bilanciato, da un lato, il principio del consenso statale e, dall'altro, l'oggetto e lo scopo del trattato e, dunque, i valori che fondano la Convenzione contro il genocidio:

⁸⁴⁵ CIG, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinione consultiva del 28 maggio 1951, ICJ Rep. 1951, p. 15, p. 21.

⁸⁴⁶ *Ibidem*.

⁸⁴⁷ Ivi, p. 21: "it is proper to refer to a variety of circumstances which would lead to a more flexible application of this principle. Among these circumstances may be noted the clearly universal character of the United Nations under whose auspices the Convention was concluded, and the very wide degree of participation envisaged by Art. XI of the Convention. [...] More general resort to reservations, very great allowance made for tacit assent to reservations, the existence of practices which go so far as to admit that the author of reservations which have been rejected by certain contracting parties is nevertheless to be regarded as a party to the convention in relation to those contracting parties that have accepted the reservation – all these factors are manifestation of a new need for flexibility in the operation of multilateral conventions".

⁸⁴⁸ E. CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach vs. Value Oriented Approach*, cit., p. 256: "From the combination of these two principles, integrity and universality, the Court deducted the rule applicable to the case at hand, a rule which, though it referred to previous international practice, significantly departed from it and unfolded its content through a constant reference to the two competing principles".

The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which *shocks the conscience of mankind and results in great losses of humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations* [...]. The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the *universal character* [...] of the condemnation of genocide [...]. The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely universal in scope.⁸⁴⁹

È interessante notare, nell’ottica di evidenziare gli espedienti argomentativi che la CIG spesso utilizza per mascherare le ipotesi in cui procede a un bilanciamento, come la stessa abbia richiamato, al fine di giustificare le proprie conclusioni, le intenzioni delle parti e dell’Assemblea generale⁸⁵⁰. Inoltre, essa ha sottolineato il carattere collettivo degli interessi che sottendono alla Convenzione. Sulla base di tali considerazioni ha desunto la nota regola secondo cui una riserva non prevista dal testo del trattato può essere formulata, a condizione che non sia espressamente esclusa e che non sia contraria all’oggetto o allo scopo dello stesso. E anche rispetto tale regola, giustificata in dottrina sulla base di “a process of balancing the consensual regime with the need to preserve the object and purpose of the Convention”⁸⁵¹, alcun elemento di prassi è stato citato dalla Corte. Anzi, i giudici dissenzienti hanno espressamente notato l’assenza di prassi che giustificasse le conclusioni della maggioranza⁸⁵² e parte della dottrina ha criticato l’approccio della Corte proprio per tale ragione⁸⁵³.

3.2.2.2.3. *L’interpretazione e applicazione delle clausole di deroga*

Il ricorso alla tecnica del bilanciamento come criterio di interpretazione e applicazione delle espresse clausole di limitazione e deroga contenute nei trattati internazionali

⁸⁴⁹ CIG, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., p. 23.

⁸⁵⁰ E. CANNIZZARO, “Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)”, cit., par. 80: “While the ICJ presented the conclusions of the case as based on the interpretation of the Genocide Convention, the reasoning of the Court reveals that the entire operation was based on a shift in the balance of values and interests underlying the legal regime of reservations”.

⁸⁵¹ E. CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach vs. Value Oriented Approach*, cit., p. 256.

⁸⁵² CIG, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinione dissenziente dei giudici Guerrero, Sir Arnold McNair, Read e Hsu Mo, p. 42.

⁸⁵³ G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit. p. 282: “The use of this technique, in this case, is, however, open to serious objections. [...] What the Court has done amounts to the removal of a set of circumstances which, in the past, has been subject exclusively to the rules of consent, into a border zone in which the rules underlying the principle of consent require to be balanced in each individual case with those supporting the principle of State sovereignty”. L’autore ha descritto la decisione come “an act of statesmanship: for this quality pertains essentially to the political field. It is, perhaps, a clue to the non-judicial reasons of this Opinion: a somewhat pathetic attempt to uphold the nominal universality of a still-born convention. The price, however, which international law has to pay for such statesmanship is to make one more concession to sovereignty triumphant at the expense of the principle of consent”.

costituisce uno sviluppo piuttosto recente nella giurisprudenza della CIG, ma che sembra in via di consolidamento alla luce, principalmente, delle più recenti sentenze⁸⁵⁴.

La Corte si limita a un giudizio di buona fede nei casi in cui tali clausole, secondo il loro tenore testuale, siano considerate *self-judging*, nel senso che escludono l'applicabilità di determinati obblighi pattizi qualora, alla luce delle circostanze del caso, *lo Stato stesso ritenga* che dei propri "interessi essenziali" ne sarebbero lesi. Così, nel caso sulla *Assistenza reciproca in questioni penali* la CIG ha affermato che è sufficiente che lo Stato giustifichi le ragioni per cui ritiene che la condotta imposta da un obbligo internazionale lederebbe i suoi *interessi essenziali*⁸⁵⁵. Tale approccio, in ogni caso eccezionali rispetto alle precedenti applicazioni di clausole simili, è stato criticato, rilevando che il principio di buona fede non si limiterebbe a un giudizio così limitato⁸⁵⁶, e che in ogni caso "unilateral considerations should be balanced against the need for international cooperation"⁸⁵⁷. La giurisprudenza della stessa CIG, infatti, sembra suggerire che il principio di buona fede richiede che un diritto o una facoltà, conferiti a uno Stato da una regola di diritto internazionale, siano ragionevolmente esercitati per lo scopo per il quale sono riconosciuti⁸⁵⁸ prendendo in considerazione degli interessi di altri Stati⁸⁵⁹. Tuttavia, di recente la Corte stessa ha giustificato questo approccio, sottolineando come esso fosse fondato sulla peculiare formulazione (*self-judging*, appunto) della disposizione applicata, la quale consente di rifiutare l'assistenza giudiziaria quando lo Stato *ritenga* che la sua esecuzione sia "likely to prejudice its sovereignty, its security, its *ordre public* or other of its essential interests"⁸⁶⁰.

Il bilanciamento, nel senso proprio del termine, sta progressivamente emergendo nella giurisprudenza della CIG per quanto riguarda l'interpretazione e applicazione di clausole di deroga che, secondo la loro formulazione testuale, non siano *self-judging*. Nel

⁸⁵⁴ Si veda C. RAGNI, "Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice", in L. GRUSZCZYNSKI e W. WERNER (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 319 ss., p. 323.

⁸⁵⁵ La Corte ha ritenuto che lo Stato abbia un ampio margine di discrezionalità nel determinare quali siano i propri "interessi essenziali", incluso quello alla sicurezza. Si veda CIG, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, sentenza del 4 giugno 2008, ICJ Rep. 2008, p. 177, par. 145: "while it is correct, as France claims, that the terms of Article 2 provide a State to which a request for assistance has been made with a very considerable discretion, this exercise of discretion is still subject to the obligation of good faith codified in Article 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties [...]. This requires it to be shown that the reasons for refusal to execute the letter rogatory fell within those allowed for in Article 2".

⁸⁵⁶ Il giudice Keith, nella sua dichiarazione, ha ritenuto che il principio di buona fede si spinga oltre: "[t]hose principles require the State agency in question to exercise the power for the purposes for which it was conferred and without regard to improper purposes or irrelevant factors" (par. 6).

⁸⁵⁷ C. RAGNI, "Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice", cit., p. 328.

⁸⁵⁸ CIG, *Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, sentenza del 13 luglio 2009, ICJ Rep. 2009, p. 213, par. 61.

⁸⁵⁹ CIG, *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., par. 177.

⁸⁶⁰ CIG, *Certain Iranian Assets*, cit., par. 107.

celebre caso *Nicaragua*, ad esempio, la Corte ha affermato di avere la competenza a valutare se le misure adottate da uno Stato sulla base di una clausola di deroga siano “necessarie” al perseguimento del proprio scopo, in quel caso la protezione dell’interesse essenziale alla sicurezza dello Stato⁸⁶¹. Tuttavia, avendo escluso che tali interessi venissero in gioco nel caso di specie (o meglio, che gli Stati Uniti non ne avessero dimostrato l’esistenza), la Corte non ha realizzato un tale giudizio. Nel successivo caso sulle *Piattaforme petrolifere*, la Corte doveva interpretare l’art. XX, par. 1, lett. d), del Trattato di amicizia, relazioni economiche e diritti consolari tra Stati Uniti e Iran, secondo cui il trattato non preclude l’adozione di misure “nécessaires à l’exécution des obligations [...] relatives [...] à la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie contractante sur le plan de la sécurité”. Si tratta di una clausola di deroga che rende legittime condotte che *prima facie* costituiscono violazione del trattato. Avendo ribadito il principio sancito nel caso *Nicaragua* quanto alla propria competenza a valutare la “necessità” delle misure, la maggioranza della Corte ha interpretato tale disposizione principalmente alla luce del diritto internazionale generale in materia di uso della forza e legittima difesa⁸⁶². Di conseguenza, la Corte ha valutato la necessità e proporzionalità della condotta statunitense, in quanto ciò è espressamente richiesto dalla regola sulla legittima difesa. Secondo la giudice Higgins, invece, indipendentemente dal riferimento alla legittima difesa, la Corte avrebbe dovuto interpretare la clausola di deroga sulla base di un bilanciamento, verificando, in primo luogo, se venisse in rilievo un *interesse essenziale* dello Stato e, successivamente, determinando il significato dell’espressione *misure necessarie*. In questo caso, quindi, un test di necessità e proporzionalità sarebbe richiesto in sé, e non solo quando la condotta chiami in gioco l’applicazione della regola sulla legittima difesa:

The Court should have then examined – without the need to afford a ‘margin of appreciation’ – the meaning of the term ‘necessary’. In the context of the events of the time, it could certainly have noticed that, in general international law, ‘necessary’ is understood also as incorporating a need for ‘proportionality’.⁸⁶³

⁸⁶¹ CIG, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, cit., par. 280: “the Court emphasizes the importance of the word ‘necessary’ in Article XXI : the measures taken must not merely be such as tend to protect the essential security interests of the party taking them, but must be ‘necessary’ for that purpose. [...] But by the terms of the Treaty itself, whether a measure is necessary to protect the essential security interests of a party is not, as the Court has emphasized [...], purely a question for the subjective judgment of the party; the text does not refer to what the party ‘considers necessary’ for that purpose”.

⁸⁶² CIG, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, sentenza del 6 novembre 2003, ICJ Rep. 2003, p. 161, par. 40. La Corte ha quindi ritenuto che “measures taken avowedly in self-defense must have been necessary for that purpose is strict and objective, leaving no room for any ‘measure of discretion’. The Court will therefore turn to the criteria of necessity and proportionality in the context of international law on self-defence”.

⁸⁶³ CIG, *Oil Platforms*, Opinione separata della giudice Higgins, par. 48.

Di recente, la maggioranza della Corte sembra aver fatto proprio questo approccio. Nel caso pendente sulla *Presunta violazione* del trattato summenzionato, infatti, gli Stati Uniti hanno invocato l'art. XX come difesa. Nella fase delle eccezioni preliminari hanno chiesto che tale esame fosse anticipato rispetto al merito, in quanto ritenuto idoneo ad escludere la giurisdizione della Corte o l'ammissibilità del ricorso. La Corte, invece, ha ritenuto che si tratta di una questione di merito, in quanto "[t]he analysis of this objection would raise the question of the existence of such essential security interests and may require an *assessment of the reasonableness* and necessity of the measures in so far as the affect the obligations under the Treaty"⁸⁶⁴. Un simile approccio è rinvenibile nella sentenza di merito della controversia su *Certi beni iraniani*. La Corte ha infatti ribadito che l'applicazione di tale clausola avrebbe richiesto di valutarne la "necessità" della misura al perseguimento dello scopo di protezione dell'interesse essenziale alla sicurezza dello Stato⁸⁶⁵. Tuttavia, non ha proceduto a un tale bilanciamento, in quanto ha escluso a monte che gli Stati Uniti avessero dimostrato che fosse in gioco tale interesse essenziale⁸⁶⁶.

In ogni caso, nella giurisprudenza della Corte il giudizio di ragionevolezza, richiamato poco sopra, sembra in gran parte equiparabile al giudizio di proporzionalità. Ciò emerge dalla sentenza resa nel caso sulla *Pesca delle balene*, in cui si trattava di interpretare l'art. VIII della Convenzione internazionale per la regolamentazione della pesca delle balene, secondo cui gli Stati membri possono autorizzare

to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provision of this Article shall be exempt from the operation of this Convention.

⁸⁶⁴ CIG, *Alleged Violation of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 3 febbraio 2021, par. 112.

⁸⁶⁵ CIG, *Certain Iranian Assets*, cit., par. 106: "the Court stated that 'the measures taken must not merely be such as tend to protect the essential security interests of the party taking them, but must be 'necessary' for that purpose' and that 'whether the measures taken were 'necessary' is 'not purely a question for the subjective judgment of the party' [...] and may thus be assessed by the Court".

⁸⁶⁶ Secondo il giudice Iwasawa, in tal caso, la CIG avrebbe dovuto procedere a un tale bilanciamento: "I am of the view that, in assessing whether a measure is necessary to protect a State's essential security interests under a clause which does not contain the phrase 'which it considers' or a similar expression [...] , an international court should determine whether the measure was rational in light of a consideration of the reasonably available alternatives known to that State at the time. In making this evaluation, it should take into account the importance of the security interests at stake, and appraise the contribution the measure was designed to make towards the protection of those interests and its effectiveness in this regard, as well as its impact on commerce, investment, trade and the like. In addition, the court should ascertain whether the State followed proper procedures in exercising its discretion. It is widely recognized in national administrative law that, when an authority neglects to follow proper procedures, it can amount to a misuse of discretionary powers" (par. 30). Tuttavia, il giudice concorda con la maggioranza nel ritenere che gli Stati Uniti non avessero dimostrato l'esistenza di tale interesse.

Non si tratta di una clausola di deroga in senso stretto, bensì di una clausola che circoscrive il campo di applicazione del trattato (le condotte che vi rientrano, non sono soggette alla Convenzione). In quel caso la Corte ne ha determinato il metodo di applicazione:

When reviewing the grant of a special permit authorizing the killing, taking and treating of whales, the Court will assess, first, whether the programme under which these activities occur involves scientific research. Secondly, the Court will consider if [it] is ‘for the purposes of’ scientific research by examining whether, in the use of lethal methods, the programme’s design and implementation are *reasonable in relation to achieving* its stated objectives. This standard of review is an objective one.⁸⁶⁷

In primo luogo, ha ritenuto di dover accertare se tale attività perseguisse effettivamente lo scopo di ricerca scientifica. Rispetto a tale accertamento la Corte ha accolto la prospettazione dello Stato in questione⁸⁶⁸. In secondo luogo, la CIG ha interpretato la clausola come volta a imporre un giudizio di ragionevolezza tra lo scopo perseguito e i mezzi impiegati. Nell’effettuare tale giudizio, ha preso in considerazione le circostanze del caso. Avendo affermato che si tratta di un giudizio *oggettivo* e non soggettivo, ha assimilato il test realizzato al giudizio di proporzionalità. Abbiamo detto, infatti, che il test di ragionevolezza è un giudizio principalmente soggettivo, assimilabile alla buona fede: prende in considerazione l’intenzione dell’agente nel perseguire un determinato obiettivo. La proporzionalità, invece, è un giudizio oggettivo, che mette in relazione l’idoneità funzionale di una condotta a raggiungere un obiettivo, a prescindere dall’intenzione dell’agente. Si guardi, allora, la spiegazione fornita dalla Corte:

An objective test of whether a programme is for the purposes of scientific research does not turn on the intentions on individual government officials, but rather on whether the design and implementation of a programme are reasonable in relation to achieving the states research objectives. [...] such motivations cannot justify the granting of a special permit for a programme that uses lethal sampling on a larger scale than in reasonable in relation to achieving the programme’s states research objectives. The research objectives alone must be sufficient to justify the programme as designed and implemented.⁸⁶⁹

Essa ha riconosciuto che, anche quando una disposizione conferisce a uno Stato un margine di manovra, esso è oggettivamente limitato dalla connessione razionale tra lo scopo, consentito dalla norma che conferisce la facoltà e il potere, e la misura adottata⁸⁷⁰. Allora, nonostante, “[o]ne would invane search in the *Whaling* decision a reference to a

⁸⁶⁷ CIG, *Whaling in the Antarctic*, cit., par. 67.

⁸⁶⁸ E. CANNIZZARO, “Margin of Appreciation and Reasonableness in the ICJ’s Decision in the Whaling Case”, in P. D’ARGENT, B. BONAFÉ e J. COMBACAU (eds.), *The Limits of International Law: Essays in Honour of Joe Verhoeven*, 2015, Bruxelles, Bruylant, pp. 449 ss.: “where international law grants to individual States the power to deviate from their international obligations to pursue domestic interests, a dual standard of review applies. A looser standard applies to the identification of the level of protection of the interests whose pursuit justifies derogation from international obligations”.

⁸⁶⁹ CIG, *Whaling in the Antarctic*, cit., par. 97.

⁸⁷⁰ E. CANNIZZARO, “Margin of Appreciation and Reasonableness in the ICJ’s Decision in the Whaling Case”, cit., p. 553.

balancing test”, è evidente che “regardless of the terminological option, the entire decision revolves around a balancing operation”⁸⁷¹. La CIG, quindi, preferisce non menzionare espressamente il bilanciamento anche quando si tratti di interpretare norme e clausole di diritto internazionale pattizio dalla struttura analoga a quelle che, come si vedrà, caratterizzano i trattati in materia di diritti umani e di investimenti e che sono regolarmente applicate sulla base di un bilanciamento. In ogni caso l’operazione realizzata, di fatto, coincide con quella che abbiamo descritto nel capitolo precedente⁸⁷².

3.2.2.3. Un tentativo di bilanciamento volto alla soluzione di un conflitto normativo?

La difesa del conflitto normativo – secondo cui uno Stato sostiene che le proprie condotte astrattamente contrarie a degli obblighi internazionali siano giustificate in quanto volte ad adempiere altri obblighi o a tutelare altri interessi ritenuti legittimi dal diritto internazionale – è spesso invocata dagli Stati, ma non è stata ad oggi mai accolta dalla CIG⁸⁷³.

Un esempio recente è il caso sulla *Presunta violazione di diritti sovrani e sugli spazi marini nel Mare dei Caraibi*, in cui sussisteva un possibile conflitto tra le norme consuetudinarie, codificate nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (di seguito, dall’acronimo inglese, UNCLOS), in materia di facoltà e diritti sovrani dello Stato costiero nella propria zona economica esclusiva (anche in questo caso, dall’acronimo inglese, ZEE), e le norme consuetudinarie in materia di prevenzione del crimine transnazionale e quelle che sanciscono obblighi statali di tutela dell’ambiente marino⁸⁷⁴. Entrambi gli Stati parte della controversia riconoscevano, in giudizio, che nella ZEE di uno Stato, altri Stati godono, quanto meno, della “freedom of navigation and overflight and other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms”⁸⁷⁵. La Colombia, tuttavia, riteneva anche che

in assessing the lawfulness of a State’s conduct in another State’s exclusive economic zone, regard must be had to the customary international law of the sea, which may be

⁸⁷¹ Ivi, p. 454.

⁸⁷² Si vedano E. CANNIZZARO, *Proportionality and Margin of Appreciation in the Whaling Case: Reconciling Antithetical Doctrines?*, 2017(4) European Journal of International Law, Vol. 27, pp. 1061 ss., p. 1063; D. RUSSO, *The Use of Proportionality in the Recent Case-Law of the ICJ*, 2015(15) University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, p. 12: “the Court has invoked the requirement of reasonableness in order to verify concretely, not only whether the power of derogation was exercised in a logical way, but also whether the measures were adequate and proportionate to the stated goals”.

⁸⁷³ Si ricordino i casi sul *Mandato d’arresto* e sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato*, menzionati sopra. Si vedano CIG, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Opinione dissenziente del giudice van der Wyngaert, par. 5, CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, Opinione dissenziente del giudice Yusuf, par. 28.

⁸⁷⁴ CIG, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, sentenza del 21 aprile 2022, par. 48: “The dispute between the Parties in the present case raises questions concerning the rights and duties of the coastal State and the rights and duties of other States in the exclusive economic zone”.

⁸⁷⁵ Ivi, par. 51 e 53.

identified by reference to both the text of UNCLOS and to State practice; to other rules of customary international law, including local custom; to commitments undertaken in unilateral declarations; and to rules reflected in other applicable treaties.⁸⁷⁶

La Colombia, quindi, riteneva che le proprie condotte, pur in possibile violazione della sovranità e della giurisdizione del Nicaragua nella propria ZEE, dovessero essere riconosciute come legittime ai sensi del diritto internazionale, in quanto “it acted in accordance with three types of rights and duties recognized by international law”⁸⁷⁷; il diritto e l’obbligo di proteggere l’ambiente del mare dei Caraibi, gli obblighi di *due diligence* nell’ambito della ZEE, e il diritto e l’obbligo di proteggere l’habitat dei Raizales e altre comunità locali dell’arcipelago. La Corte che nel caso di specie dovesse ricorrersi alla logica di bilanciamento, nel momento in cui ha chiarito il contenuto delle norme consuetudinarie, codificate nella UNCLOS, che stabiliscono i diritti dello Stato costiero nella ZEE e i diritti e gli obblighi di Stati terzi in tale zona (per come sanciti, in particolare, dagli artt. 56, par. 2, e 58, par. 3)⁸⁷⁸:

In exercising its sovereign right and jurisdiction in the exclusive economic zone, the coastal State shall have due regard to the rights and duties of other States and shall observe its obligations under the law of the sea. [...] In exercising their rights and performing their duties in the exclusive economic zone, other States shall have due regard to the sovereign rights and jurisdiction of the coastal State.⁸⁷⁹

La CIG, tuttavia, ha ritenuto che in sostanza questo bilanciamento fosse già realizzato dalle norme da applicare⁸⁸⁰. In particolare, la Colombia si difendeva sostenendo che le proprie condotte fossero legittime ai sensi del diritto internazionale in quanto, da un lato, esercizio della libertà di navigazione e, dall’altro lato, volte alla tutela dell’ambiente marino⁸⁸¹. Quanto alla prima difesa, la Corte ha escluso che il principio della libertà di

⁸⁷⁶ Ivi, par. 53.

⁸⁷⁷ Ivi, par. 54.

⁸⁷⁸ Secondo Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 667: “[i]n interpreting the term ‘due regard’, tribunals have read an element of balancing into the provisions, though it is nowhere explicit in the text”. Si vedano, in particolare, *The Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. the United Kingdom)*, CPA, caso n. 2011-03, lodo del 18 marzo 2015, par. 196-212, e *Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, CPA, caso n. 2014-02, lodo del 14 agosto 2015, par. 46-83.

⁸⁷⁹ CIG, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*, cit., par. 61 e 63.

⁸⁸⁰ Ma si veda, sul punto, CIG, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*, Opinione separata del giudice Robinson, par. 5: “By these provisions, the Montego Bay Convention attempts to strike a balance between the rights and duties of the coastal State in the EEZ and the rights – especially freedom of navigation and overflight – and duties of other States in that zone. The many cases that have been decided in relation to the EEZ have not succeeded in unravelling the mysteries of the phrase ‘due regard’. An important issue is whether the ‘due regard’ provision gives rise to procedural or substantive obligations. The balance between the coastal States’ rights, jurisdiction and duties in the EEZ on the one hand and the rights and duties of other States in that zone on the other is indeed a very delicate one”.

⁸⁸¹ CIG, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*, par. 93: “Colombia [...] argues that environmental concerns need to be fully taken into account regardless of considerations of sovereignty or sovereign rights”.

navigazione conferisca il diritto di realizzare attività relative all'esplorazione, allo sfruttamento, alla conservazione e alla gestione delle risorse naturali⁸⁸². Con riferimento alla seconda, pur essendo indiscusso per le Parti e per la Corte che "all States have the obligation under customary international law to protect and preserve the marine environment", quest'ultimo obbligo, nell'ambito della ZEE, rientra nella giurisdizione dello Stato costiero⁸⁸³. A detta della Colombia, tuttavia, nel caso in cui lo Stato costiero (il Nicaragua) ometta di adempiere ai propri obblighi, un altro Stato potrebbe e dovrebbe intervenire⁸⁸⁴. La CIG non ha escluso in astratto che obblighi in materia ambientale possano prevalere su quello di rispettare la giurisdizione dello Stato costiero nella ZEE. Nel caso di specie, però, i trattati e i correlativi obblighi invocati dalla Colombia stabilivano che, nell'adempimento degli stessi, ciascuno Stato avrebbe dovuto rispettare i diritti sovrani delle altre parti. Pertanto, per la Corte, un diritto a intervenire a tutela dell'ambiente non poteva desumersi dai trattati invocati dalla Colombia:

The fragility of the ecological environment of a protected area established by a State party does not provide a legal basis for it to take measures in areas that are subject to the sovereignty, sovereign rights or jurisdiction of another State party.⁸⁸⁵

Ciò che occorre stabilire, dunque, era il rapporto tra i diritti sovrani dello Stato costiero nella ZEE e i diritti di Stati terzi in tale zona. Un primo, possibile approccio, era quello secondo il godimento dei diritti di Stati terzi nella ZEE è "soggetto" al rispetto dei diritti sovrani dello Stato costiero di esplorazione, conservazione e gestione delle risorse viventi e non viventi. Tale approccio, tuttavia, renderebbe i diritti sovrani sempre prevalenti rispetto ai diritti di Stati terzi e, secondo il giudice Robinson, altererebbe l'equilibrio tra tali diritti così come stabilito nelle norme rilevanti⁸⁸⁶. Come si è detto, invece, la Corte ha ritenuto che i diritti di Stati terzi non includano di per sé questioni relative alla conservazione, sfruttamento e gestione delle risorse viventi nella ZEE⁸⁸⁷. Nel far ciò, ha

⁸⁸² Ivi, par. 94.

⁸⁸³ Ivi, par. 95: "a third State has no jurisdiction to enforce conservation standards on fishing vessels of other States in the exclusive economic zone".

⁸⁸⁴ Ivi, par. 96: "In Colombia's view, should Nicaragua fail to control and police predatory or other illegal fishing activities carried out by Nicaraguan nationals or by nationals of third States in that area, Colombia has the right and duty under the Cartagena régime to exercise due diligence to control such activities".

⁸⁸⁵ Ivi, par. 99.

⁸⁸⁶ CIG, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*, Opinione separata del giudice Robinson, par. 8, critica tale approccio osservando come "if the enjoyment of freedom of navigation in the EEZ of a coastal State is subject to the sovereign rights of the coastal State in that zone, a dispute concerning the two sets of rights would always be resolved in favour of the coastal State sovereign rights, because those rights would always prevail over freedom of navigation. It is not merely [...] that the 'subject to' formulation creates 'a rebuttable presumption in favour of the coastal State in the event of a conflict' between the two sets of rights; rather, it is that the formulation subordinates the enjoyment of freedom of navigation to the sovereign rights of the coastal State by making the enjoyment of that freedom wholly dependent on the coastal State's sovereign rights. [...] But the Court does not take that approach".

⁸⁸⁷ Ivi, par. 94. Si veda sul punto Y. ISHII, *Violations of Sovereign Rights at t Foreign EEZ: Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, EJIL

sostanzialmente escluso l'esistenza di un conflitto tra diritti e obblighi e, quindi, la necessità stessa di ricorrere a un bilanciamento per risolvere detto conflitto⁸⁸⁸. Un bilanciamento sarebbe stato necessario, invece, laddove le condotte poste in essere dalla Colombia fossero state considerate come rientranti nell'ambito dei propri diritti in quanto Stato terzo e, in quanto tali, soggette all'obbligo di avere "due regard" per i diritti sovrani della Colombia⁸⁸⁹. Se tale impostazione del rapporto tra i diritti sovrani dello Stato costiero e i diritti di Stati terzi nella ZEE sembra corretto dal punto di vista teorico, ciò che può rimproverarsi alla sentenza è di non aver preso in considerazione se (o, anzi, di aver escluso che) i diritti di uno Stato terzo possano estendersi all'esercitare misure volte alla protezione e conservazione dell'ambiente marino, nel caso in cui lo Stato costiero venga meno ai propri obblighi in tal senso.

3.2.3. Gli organi di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio

Nel contesto del diritto del commercio internazionale e, in particolare, delle controversie sottoposte agli Organi di risoluzione delle controversie (panel e Organo di appello) dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), il bilanciamento si è progressivamente consolidato come tecnica decisionale.

Inizialmente era praticamente impossibile giustificare misure in astratto incompatibili con gli obblighi pattizi in questa materia in quanto, sulla base di uno stretto test di necessità, si riteneva sempre che gli scopi invocati dallo Stato (come, ad esempio, la tutela della salute umana) potessero essere perseguiti, in modo altrettanto efficace, con ipotetiche misure alternative, astrattamente meno restrittive del commercio internazionale⁸⁹⁰. Tuttavia, nella giurisprudenza si è gradualmente affermata l'idea per

Talk!, 7 luglio 2022: "The present case showed that when the action is not reserved to the coastal State's authority, there is no *a priori* presumption that the latter State has the priority".

⁸⁸⁸ Ivi, par. 100-101: "According to customary international law on the exclusive economic zone, Nicaragua, as the coastal State, enjoys sovereign rights to manage fishing activities and jurisdiction to take measures to protect and preserve the marine environment in its exclusive economic zone. The evidence before the Court shows that the conduct of Colombian naval frigates [...] amounted to exercising control over fishing activities in Nicaragua's exclusive economic zone [...]. The Court considers that Colombia's legal argument do not justify its conduct within Nicaragua's exclusive economic zone. [...] In light of the foregoing considerations, the Court finds that Colombia has violated its international obligation to respect Nicaragua's sovereign rights and jurisdiction in the latter's exclusive economic zone".

⁸⁸⁹ Y. ISHII, *Violations of Sovereign Rights at t Foreign EEZ: Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, cit.: "The due regard obligation is by nature different from the obligation to respect foreign rights and jurisdiction. Most importantly, this obligation arises when a State's use of the area is compatible with the UNCLOS".

⁸⁹⁰ R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, 2016(1) European Journal of International Law, Vol. 27, pp. 9 ss., p. 48: "towards the end of the GATT era, when a kind of crude economistic ideology [...] had come to permeate the insider trade community, it was notoriously impossible to justify public policies". Si vedano, ad esempio, Panel, *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, L/6439, BISD 36S/345, rapporto del 7 novembre 1989, par. 5.26: "a

cui lo scopo del sistema di risoluzione delle controversie in questa materia sia quello di determinare e mantenere un bilanciamento tra il “right to regulate” degli Stati, implicitamente derivante dalla loro sovranità e che implica la libertà di agire nel perseguimento dei propri interessi, e gli obblighi in materia di liberalizzazione del commercio stabiliti nei trattati OMC⁸⁹¹.

In tale ambito, così, la tecnica del bilanciamento ha consentito di risolvere conflitti tra l’interesse alla liberalizzazione degli scambi commerciali, su cui l’organizzazione si fonda, e altri interessi legittimi degli Stati che, a loro volta, spesso coincidono con interessi condivisi della comunità internazionale⁸⁹². E questo sia nei casi in cui vi sia una espressa clausola di deroga che consente allo Stato di non adempiere agli obblighi pattizi, nel perseguimento di interessi contrastanti ritenuti legittimi (Sez. 3.2.3.1.), tanto nell’ipotesi in cui, in assenza di tali clausole, gli obblighi stabiliti dai trattati OMC entrino in contrasto con altri interessi dello Stato, tra cui anche quello ad adempiere altri obblighi internazionali, che spesso a loro volta coincidono con interessi collettivi della comunità internazionale (Sez. 3.2.3.2.).

contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provision as ‘necessary’ [...] if an alternative measure which it could be reasonably expected to employ and which is not inconsistent with another GATT provision is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with another GATT provision is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the *least degree of inconsistency* with other GATT provisions”; Panel, *United States- Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WS/DS2/R, rapporto del 29 gennaio 1996, par. 6.24, e la giurisprudenza ivi citata.

⁸⁹¹ Organo d’appello, *China – Measures Affecting Trading rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China – Publications)*, WT/DS363/AB/R, report del 19 gennaio 2010, par. 222: “we see the ‘right to regulate’, in the abstract, as an inherent power enjoyed by a Member’s government, rather than a right bestowed by international treaties such as the WTO Agreement. With respect to trade, the WTO Agreement and its Annexes instead operate to, among other things, discipline the exercise of each Member’s inherent power to regulate by requiring WTO Members to comply with the obligations that they have assumed thereunder. When what is being regulated is trade, then the reference in the introductory clause to “consistent with the WTO Agreement” constrains the exercise of that regulatory power such that China’s regulatory measures must be shown to conform to WTO disciplines”.

⁸⁹² Organo d’appello, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China – Raw Materials)*, WT/CS394 e 398/AB/R, report del 22 febbraio 2012, par. 306, secondo cui l’accordo istitutivo dell’OMC riflette “the balance struck by WTO Members between trade and non-trade related concerns”. L’Accordo istitutivo dell’Organizzazione, peraltro, menziona espressamente nel Preambolo la necessità di contemperare l’a tutela dell’ambiente con le esigenze dello sviluppo economico. Si veda anche H. KRIEGER e A. PETERS, “Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order”, in H. KRIEGER, A. PETERS e L. KREUZER (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 352 ss., p. 354: “The WTO treaties allow the importing states to take measures [...] in order to protect specific public interests such as human life or health. This risk distribution reflects all states’ basic interest in international trade relations. [...] cross-border effects are the very essence of international trade relations, and international law protects exactly this. It is therefore consistent to leave the protection of countervailing public interests against risks to the importing states”.

3.2.3.1. L'interpretazione e applicazione dell'art. XX GATT e di clausole simili

Nell'ambito del diritto del commercio internazionale il bilanciamento viene utilizzato, in particolare, per interpretare e applicare le clausole di necessità (dette *public policy exceptions*), contenute in diversi trattati OMC, secondo cui gli Stati membri possono adottare misure che, in principio, sono in contrasto con gli obblighi pattizi, a condizione che esse siano, a seconda dei casi, necessarie (*necessary to*) o relative (*related to*) al perseguimento di determinati scopi "legittimi", indicati dal testo delle clausole stesse (come la morale pubblica, o la tutela della vita e della salute umana e della flora e fauna). Se, come si è detto, originariamente tali clausole venivano applicate esclusivamente sulla base del test di necessità, nel tempo l'Organo di appello ha progressivamente introdotto nella propria giurisprudenza il principio di proporzionalità⁸⁹³, anche se la dottrina non lo riconosce unanimemente⁸⁹⁴. Ciò è emerso inizialmente con riferimento all'art. XX del *General Agreements on Tariffs and Trade* (GATT)⁸⁹⁵, ma l'Organo di appello ha riconosciuto che esso si applica anche a clausole simili, come l'art. XIV del *General*

⁸⁹³ M. ANDENAS e S. ZLEPTNIG, *Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective*, EAIEL Policy Paper No. 2, 2006, p. 48, secondo cui il riconoscimento della proporzionalità implica che "the AB will assess the relative importance of domestic interests or values pursued" e, quindi, "a shift towards a greater role of the panels and the AB in evaluating the legitimacy and necessity of domestic measures"; M. HILF, *Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?*, 2001(3) *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, pp. 111 ss., ritiene che "the principle of proportionality is one of the most basic principles underlying the multilateral trading system" e che, di conseguenza, "[it] should rule any process of interpretation and application of WTO law with a view to obtaining a due relation between the different interests at stake"; A.C. MARTINEAU, *La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans le discours juridiques)*, 2007(4) *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Vol. 123, pp. 991 ss., p. 1005.

⁸⁹⁴ A. DESMEDT, *Proportionality in WTO Law*, 2001(3) *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, pp. 441 ss., p. 478, secondo cui "it seems that there is no basis yet for the recognition in WTO law of an unwritten and overarching proportionality principle as known in EU law" (corsivo aggiunto); P. EECKHOUT, *The Scales of Trade – Reflections on the Growth and Functions of the WTO Adjudicative Branch*, 2010(1) *Journal of International Economic Law*, Vol. 13, pp. 3 ss., p. 10, ritiene che si tratti di una mera applicazione del principio dell'abuso del diritto e, quindi, di uno scrutinio molto poco intenso; T. KLEINLEIN, *Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law*, cit., p. 1153, afferma che "intervention on the basis of real balancing can be limited to cases where the restrictive effects on trade are wholly disproportionate when weighted against the local benefit"; secondo, infine, K. NEUMANN e E. TÜRK, *Necessity Revised: Proportionality in World Trade Organization after Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines*, 2003(1) *Journal of World Trade*, Vol. 37, pp. 635 ss., nell'ambito del commercio internazionale si realizzerebbe soltanto una sorta di *de minimis* test, che lascia ampio margine di discrezionalità agli Stati, a differenza del bilanciamento per come inteso nel presente lavoro.

⁸⁹⁵ Tale disposizione sancisce che "Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (a) necessary to protect public morals; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; (c) [...] (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption; [...]".

*Agreement on Trade in Services (GATS)*⁸⁹⁶, e in relazione a trattati privi di clausole simili, come l'*Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT)*⁸⁹⁷ e l'*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (STS)*⁸⁹⁸.

Vediamo, quindi, come vengono applicate tali clausole, e in che termini il bilanciamento entra in gioco. Il metodo di applicazione si divide in due fasi⁸⁹⁹. Nella *prima* fase si accerta se la misura oggetto del giudizio è volta al perseguimento di uno degli interessi “legittimi”, in quanto menzionati in uno dei sotto paragrafi della clausola presa in considerazione. Lo standard di connessione tra mezzo e fine, imposto dallo specifico sotto-paragrafo applicato, può variare, a seconda che esso affermi che la misura debba essere *necessaria* o *relativa* al perseguimento dello scopo. Nella *seconda* fase, in applicazione della *chapeau clause* che precede, nel testo della disposizione, i singoli sotto-paragrafi, si accerta che la misura, pur volta al perseguimento di uno di tali scopi, non sia in ogni caso arbitraria o discriminatoria e non costituisca una restrizione mascherata del commercio.

La prima fase si divide, a sua volta, in tre diversi test. Nel *primo test* si verifica che la misura sia volta al perseguimento di uno degli scopi legittimi indicati dalla clausola. Dato che, in numerosi casi, essi coincidono con interessi collettivi della comunità internazionale o, comunque, sono protetti dal diritto internazionale, è possibile che il panel o l'Organo di appello ricostruiscano il contenuto dell'interesse (statale) legittimo alla luce del contenuto del relativo principio o valore nell'ambito dell'ordinamento internazionale e, dunque, secondo le norme internazionali rilevanti. A esempio, nel caso *Schrimps-Turtle*⁹⁰⁰ l'Organo d'appello doveva interpretare l'espressione “risorse naturali esauribili” di cui all'art. XX(g) GATT, e ha a tal fine fatto riferimento alla Convenzione sulla diversità biologica e alla Convenzione sulla conservazione delle specie migratorie

⁸⁹⁶ Organo di appello, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/AB/R, rapporto del 20 aprile 2005, par. 28 ss.

⁸⁹⁷ Organo d'appello, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (US – Clove Cigarettes)*, WT/DS406/AB/R, rapporto del 24 aprile 2012, par. 96: “The balance set out in the preamble of the TBT Agreement between, on the one hand, the desire to avoid creating unnecessary obstacles to international trade and, on the other hand, the recognition of Members’ right to regulate, is not, in principle, different from the balance set out in the GATT 1994, where obligations such as national treatment in Article III are qualified by the general exceptions provision of Article XX”.

⁸⁹⁸ Ivi, par. 177: “The ultimate goal of the harmonization of SPS measures is to prevent the use of such measures for arbitrary or unjustifiable discrimination between Members or as a disguised restriction on international trade, without preventing Members from adopting or enforcing measures which are both ‘necessary to protect’ human life or health and ‘based on scientific principles’, and without requiring them to change their appropriate level of protection”.

⁸⁹⁹ Organo di appello, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, AB-1998-4, rapporto del 12 ottobre 1998, par. 119-121: “The analysis is [...] two-tiered: first, provisional justification by reason of characterization of the measures under XX(g); second, further appraisal of the same measure under the introductory clauses of Article XX”.

⁹⁰⁰ Gli Stati Uniti avevano vietato, con una misura in principio non discriminatoria in quanto applicabile anche a imprese statunitensi (ma poi risultata tale nella sua applicazione), il commercio di gamberetti pescati con metodi che implicavano il rischio di uccidere numerose specie protette di tartarughe marine.

di animali selvatici, il cui annesso elenca espressamente “all species threatened with extinction which are or may be affected by trade”. Realizzando implicitamente, quindi, un’interpretazione sistematica ai sensi dell’art. 31, par. 3, lett. c), CVDT, ha concluso che le tartarughe marine sono inquadrabili nell’ambito della clausola e che, pertanto, la misura statale oggetto del giudizio rientrasse nel campo di applicazione del relativo sottoparagrafo⁹⁰¹.

Se la misura rientra nel campo di applicazione della clausola, in quanto persegue uno degli scopi riconosciuti come legittimi dalla stessa, il *secondo test* è volto a determinare se essa è “necessaria” o “relativa” alla tutela dell’interesse. È nel caso *Korea Beef* che, per la prima volta, tale accertamento è stato realizzato sulla base di un bilanciamento. La controversia riguardava una misura che imponeva di etichettare la provenienza della carne commerciata al fine di tutelare della salute. L’Organo di appello ha affermato che l’espressione “necessaria”, di cui all’art. XX GATT, “refers [...] to a range of degrees of necessity”. A un estremo di tali gradazioni si necessità si pongono “measures which are indispensable or of absolute necessity or inevitable” per il perseguimento dello scopo mentre, all’altro estremo, possono porsi quelle misure rispetto alla quali l’espressione necessità può essere considerata “to mean as ‘making a contribution to’”⁹⁰². Ed è per orientarsi all’interno di tali differenti gradazioni di necessità che l’Organo d’appello ha introdotto un riferimento al bilanciamento. In particolare, esso ha affermato che allo scopo di stabilire se una misura è necessaria:

a treaty interpreter [...] may, in appropriate cases, take into account the *relative importance of the common interests or values* that the law or regulation to be enforced is intended to protect. The more the vital or important those common interests or values are, the easier it would be to accept as ‘necessary’ a measure designed as an enforcement instrument. There are other aspects of the enforcement measures to be considered in evaluating that measure as necessary. One is *the extent to which the measure contributes to the realization of the end pursued [...]*. The greater the contribution, the more easy a measure might be considered to be ‘necessary’. Another aspect is *the extent to which the compliance measure produces restrictive effects on international commerce [...]*. A measure with a relatively slight impact upon imported products might more easily be considered as ‘necessary’ than a measure with intense or broader restrictive effects. In sum, determination of whether a measure, which is not ‘indispensable’, may nevertheless be ‘necessary’ [...] *involves in every case a process of weighing and balancing* a series of factors which prominently include the contribution made by the enforcement measure to [the end pursued], the importance of the common interests or values protected [...], and the accompanying impact [...] on imports or exports.⁹⁰³

⁹⁰¹ Organo di appello, *United States – Shrimps-Turtle*, cit., par. 129 ss.

⁹⁰² Organo di appello, *Korea – Measures affecting Import of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R e WT/DS169/AB/R, rapporto dell’11 dicembre 2000, par. 161. Tali affermazioni ricalcano alla lettera, pur senza menzionarle, quelle contenute in Corte EDU, *Sunday Times v. the United Kingdom* (n. 1), ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979, par. 59, in cui la Corte europea ha chiarito le modalità di interpretazione del termine “necessarie” contenuto in diverse clausole di limitazione dei diritti umani garantiti dalla CEDU. Sul punto, si veda più ampiamente *infra*, Sez. 3.4.1.2.2.

⁹⁰³ Ivi, par. 162-164. Corsivo aggiunto.

Tuttavia, citando poi il rapporto reso da un panel nel caso *United States – Section 337*, l’Organo di appello essersi limitato ad affermare che tale operazione di “weighing and balancing” si risolve nel valutare “whether a WTO-consistent alternative measure which the Member concerned could ‘reasonably be expected to employ’ is available, or whether a less WTO inconsistent measure is ‘reasonably available’”⁹⁰⁴. Se così fosse, si tratterebbe di un *test di necessità* che, come abbiamo visto, costituisce solo la seconda fase del più ampio giudizio di proporzionalità. Tuttavia, a differenza che in un semplice test della misura meno restrittiva, l’Organo di appello non si è limitato a verificare che la misura fosse quella incidente nel minor grado possibile sul commercio, avendo accertato non solo l’esistenza di misure alternative⁹⁰⁵, ma anche la ragionevolezza delle stesse, “taking into account a variety of factors, including the domestic costs of such alternative measure”⁹⁰⁶ e il livello di raggiungimento dell’obiettivo che lo Stato si prefiggeva⁹⁰⁷. Sulla base di tutte queste circostanze, l’Organo di appello ha concluso che altre misure, meno lesive degli interessi tutelati dal trattato, erano disponibili⁹⁰⁸. Può dunque ritenersi che l’Organo d’appello abbia realizzato, al fine di applicare la clausola di deroga, un bilanciamento tra gli obblighi derivanti dal trattato e l’interesse alla tutela della salute, che la clausola stessa riconosce come legittimo.

Tale approccio, successivamente, è stato seguito in modo costante dalla giurisprudenza⁹⁰⁹. In *US – Gambling* l’Organo di appello ha chiarito ulteriormente gli elementi da prendere in considerazione affinché una misura alternativa possa essere considerata *ragionevolmente disponibile* per lo Stato: essa non essere eccessivamente gravosa e consentire il desiderato raggiungimento del grado di tutela dell’interesse invocato⁹¹⁰. Nel caso *Brazil – Tyres*, che aveva ad oggetto le restrizioni all’importazione di pneumatici usati allo scopo di tutelare la salute, l’Organo di appello sembra aver strutturato un test tripartito sul modello visto nel Capitolo secondo del presente lavoro, anche se il test di necessità viene spostato per ultimo, affermando che si prende prima in

⁹⁰⁴ Ivi, par. 166.

⁹⁰⁵ Ivi, par. 172.

⁹⁰⁶ Ivi, par. 173.

⁹⁰⁷ Ivi, par. 176.

⁹⁰⁸ L’onere di dimostrare l’assenza di tali misure alternative grava sullo Stato che ha adottato la misura della cui legalità si discute Ivi, par. 182: “We uphold the conclusion of the Panel that Korea has not discharged its burden of demonstrating under Article XX(d) that alternative WTO-consistent measures were not ‘reasonably available’ in order to detect and suppress deceptive practices in the beef retail sector”.

⁹⁰⁹ Organo di appello, *Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (EC – Asbestos)*, WT/DS135/AB/R, rapporto del 5 aprile 2001, par. 170; Organo di appello, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes (Dominican Republic – Cigarettes)*, WT/DS302/AB/R, rapporto del 25 aprile 2005, par. 57-74.

⁹¹⁰ Organo di appello, *US – Gambling*, cit., par. 308: “An alternative measure may be found not to be ‘reasonable available’, however, where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties. Moreover, a ‘reasonable available’ alternative measure must be a measure that would preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued”.

considerazione il contributo della misura al raggiungimento dello scopo e la restrizione che arreca all'interesse del commercio, e infine si valuta se sussistano misure alternative idonee al raggiungimento dello scopo:

in order to determine whether a measure is 'necessary' within the meaning of Article XX (b) of the GATT 1994, a panel must consider the relevant factors, particularly the importance of the interests or values at stake, the extent of the contribution to the achievement of the measure's objective and its trade restrictiveness. If this analysis yields a preliminary conclusion that the measure is necessary, this result must be confirmed by comparing the measure with possible alternatives, which may be less trade restrictive while providing an equivalent contribution to the achievement of the objective. This comparison should be carried out in the light of the importance of the interests or values at stake.⁹¹¹

Nel valutare se la misura fosse giustificata, l'Organo di appello ha avallato le conclusioni del panel. Quest'ultimo era partito dal presupposto secondo cui la protezione della salute umana e animale e dell'ambiente sono valori "vital and important to the highest degree" e che, nonostante l'elevato grado di restrizione dell'interesse al commercio realizzato nel caso concreto, "the contribution of the import ban to the achievement of its objective outweighs its trade restrictiveness"⁹¹². In secondo luogo, ha valutato l'esistenza di misure alternative (proposte espressamente dalla Comunità europea), concludendo che "none of the proposed options was a reasonably available alternative to the import ban"⁹¹³. Per tale motivo, la misura poteva considerarsi giustificata, ai sensi della clausola, in quanto volta alla tutela della vita umana e della flora e fauna⁹¹⁴.

L'evoluzione della giurisprudenza mostra anche una maggiore attenzione al margine di manovra degli Stati nel perseguimento di interessi ritenuti meritevoli di tutela. Infatti, inizialmente il test di necessità portava spesso a concludere che, almeno in astratto, esistessero delle misure meno restrittive del commercio che avrebbero consentito di perseguire l'interesse invocato dallo Stato⁹¹⁵. Come si è visto, l'Organo d'appello ha poi dato sempre maggiore rilevanza al *livello* di tutela dell'interesse protetto che lo Stato

⁹¹¹ Organo di appello, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres (Brazil Tyres)*, WT/DS332/AB/R, rapporto del 3 dicembre 2007, par. 178.

⁹¹² Ivi, par. 179.

⁹¹³ Ivi, par. 180.

⁹¹⁴ Ivi, par. 182: "the Panel's conclusion that the Import Ban is necessary was a result involving, first, the examination of the contribution of the Import Ban to the achievement of its objective against its trade restrictiveness in the light of the interests at stake, and, secondly, the comparison of the possible alternatives, including associated risks, with the Import Ban. [...] The weighing and balancing is a holistic operation that involves putting all variables of the equation together and evaluating them in relation to each other after having examined them individually, in order to reach an overall judgement".

⁹¹⁵ R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, cit., p. 50.

intendeva raggiungere⁹¹⁶ e al fatto che la misura alternativa fosse non solo ipotizzabile, ma disponibile ed attuabile in concreto⁹¹⁷.

Se quanto detto fino ad ora attiene all'accertamento della "necessità" di una misura, bisogna considerare che, per sua parte, il *relating to test*, previsto da alcuni sotto paragrafi dell'art. XX GATT, condivide la struttura di quello di necessità, in quanto è pur sempre volto a verificare il rapporto che sussiste tra la misura adottata e lo scopo perseguito. Tuttavia, i due test differiscono per il *livello di deferenza* che nel giudizio viene riconosciuto nei confronti degli Stati e, dunque, per lo standard di giudizio applicato⁹¹⁸. Quest'ultimo, come affermato dall'Organo di appello, "must reflect the balance established [...] between the jurisdictional competences conceded by the Members to the WTO and the jurisdictional competences retained by the Members for themselves"⁹¹⁹. Per quanto riguarda la "necessità", l'Organo di appello ha rigettato uno standard di "total deference", così come quello della "*de novo review*", affermando di applicare lo standard della "objective assessment"⁹²⁰. Il *relating to test*, nonostante mantenga alcuni caratteri del bilanciamento, "requires a looser degree of connection between the measure and the aim", nella forma di una "substantial end-means relationship"⁹²¹, posto che in ogni caso deve sussistere una "close and real relationship" tra i due⁹²².

Una volta concluso che la misura è provvisoriamente giustificata, in quanto necessaria o volta al perseguimento di uno degli scopi legittimi previsti dalla clausola, è necessario che essa sia valutata alla luce della *chapeau clause* dell'art. XX GATT, secondo cui bisogna accertare che misure limitative del commercio "are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination

⁹¹⁶ Organo d'appello, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC – Seal Products)*, WT/DS400/AB/R e WT/DS401/AB/R, rapporto del 18 giugno 2014, par. 5.261: "in order to qualify as a 'genuine alternative', la misura non deve solo essere meno restrittiva del commercio, ma anche "preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued".

⁹¹⁷ Ivi, par. 5.277, secondo cui l'approccio seguito in *Brazil – Tyres* (secondo cui è sufficiente l'esistenza di misure alternative) "does not foreclose the possibility that there may be other indications that the alternative measure is 'merely theoretical in nature'. As we see it, if there are reasons why the prospect of imposing an alternative measure faces significant, event prohibitive, obstacles, it may be that such a measure cannot be considered 'reasonably available'".

⁹¹⁸ M. IOANNIDIS, "Beyond the Standard of Review. Deference Criteria in WTO Law and the Case for a Procedural Approach", in L. GRUSZCZYNSKI e W. WERNER (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 91 ss.

⁹¹⁹ Organo di appello, *European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products (EC – Hormones)*, WT/DS48/AB/R, rapporto del 13 febbraio 1998, par. 115. Lo standard di deferenza dell'Organo d'appello coincide, in sostanza, con la dottrina del margine di apprezzamento consolidata nella giurisprudenza della Corte EDU, su cui si veda *infra*, Sez. 3.4.1.

⁹²⁰ M. ANDENAS e S. ZLEPTNIG, *Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective*, EAIEL Policy Paper No. 2, 2006, p. 29.

⁹²¹ Organo di appello, *US – Gasoline*, par. 119.

⁹²² Organo di appello, *US – Shrimps*, par. 141.

between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade”. Lo scopo dello *chapeau* è quello di prevenire abusi e di

maintain a balance of rights and obligation between the right of a Member to invoke one or another of the exceptions of Article XX, on the one hand, and the substantive rights of the other Members under the GATT 1994, on the other hand⁹²³.

In questo caso, quindi, oggetto di bilanciamento sono i diritti e gli obblighi derivanti dal trattato e, in particolare, il diritto di invocare le eccezioni consentite, da un lato, e l'obbligo di rispettare il trattato, dall'altro. A detta di Andenas e Zlepting, in particolare, tale valutazione riflette l'aspetto procedurale del giudizio di proporzionalità realizzato in tale ambito, in quanto l'Organo di appello ha riconosciuto che “rights and interests can only be realized through fair and equitable domestic procedure”⁹²⁴.

Come si è visto, la tecnica del bilanciamento sviluppata dall'Organo di appello, “centres on the balancing of trade versus non trade values and interests”, per come indicati dalle stesse clausole rilevanti⁹²⁵. Ed infatti, dato che tali clausole implicano l'*incorporazione*⁹²⁶ nei trattati sul commercio internazionale di principi e valori che in linea di principio sono esterni al sistema dell'OMC⁹²⁷, la loro applicazione si risolve nel bilanciare l'interesse alla liberalizzazione degli scambi, che sottende a tale sistema, con interessi che lo stesso sistema riconosce come meritevoli di tutela. In tal modo si risolvono alcuni dei possibili conflitti che possono insorgere tra norme in materia di commercio internazionale e altri sistemi dell'ordinamento, indicando preventivamente i criteri che devono essere utilizzati qualora tali conflitti di concretizzino⁹²⁸. Dal punto di vista del

⁹²³ Ivi, par. 156.

⁹²⁴ M. ANDENAS e S. ZLEPTNIG, *Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective*, p. 53.

⁹²⁵ E. CRAWFORD, “Proportionality”, cit., par. 15. Si vedano, in particolare, E.U. PETERSMANN, *Human Rights, Constitutional Justice and International Economic Adjudication: Legal Methodology Problems*, 2018/18 EUI Working Papers; T. COTTIER, “Limits to International Trade: The Constitutional Challenge”, in The American Society of International Law (ed.), *International Law in Ferment: A New Vision for Theory and Practice, Proceedings of the 94th Annual Meeting*, Washington D.C., 5-8 aprile 2000, p. 221, secondo cui l'approccio degli organi di risoluzione delle controversie dell'OMC, che tiene in considerazione “non trade-issues” (come diritti umani e ambiente), e la tecnica del bilanciamento per determinare quale degli interessi in conflitto debba prevalere, costituisce una forma di “constitutionalism in the modest sense”, ossia “an attitude and a framework capable of reasonably balancing and weighing different, equally legitimate and democratically defined basic values and policy goals”.

⁹²⁶ Si vedano J. HAGE, A. WALTERMANN e G. AROSEMENA, “Exceptions in International Law”, cit., p. 24: “Strictly speaking, incorporation is not a technique to deal with conflicts between rules of different systems, but a way to ensure that only one legal system is relevant”. Nei fatti, però, il sistema in questione attribuisce rilevanza a tali interessi esterni, e consente che esso possa essere ragionevolmente messo in rapporto agli stessi.

⁹²⁷ Sulla nozione di *incorporazione* del valore alla tutela dei diritti umani nel sistema OMC si rinvia, più ampiamente, a H. HESTERMAYER, “International Human Rights Law and Dispute Settlement in the World Trade Organization”, in M. SCHEININ (ed.), *Human Rights Norms in ‘Other’ International Courts*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 199 ss., p. 218.

⁹²⁸ In tal modo, dunque, un possibile conflitto inter-sistemico viene trasformato in una questione interna al sistema e, segnatamente, nella mera applicazione di una clausola pattizia. Si veda, ancora, J. HAGE, A. WALTERMANN e G. AROSEMENA, “Exceptions in International Law”, cit., p. 23: “The easiest way to avoid

trattato, si tratta di ordinarie clausole di deroga ma, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale nel suo complesso, "internalizzano" dei valori esterni⁹²⁹.

3.2.3.2. Il bilanciamento tra gli obblighi in materia di commercio e interessi contrastanti

In alcuni casi tale effetto *inter-sistemico* del bilanciamento, che quindi viene utilizzato come tecnica di soluzione di conflitti tra valori (e anche le corrispettive norme) che appartengono a diversi settori normativi dell'ordinamento, emerge in modo più evidente, e anche in assenza di esplicite clausole di deroga volte a tal fine. Infatti, nonostante gli organi di risoluzione delle controversie dell'OMC siano formalmente competenti ad applicare esclusivamente i trattati conclusi nell'ambito della stessa organizzazione, nei fatti essi si occupano anche di risolvere conflitti tra questi ultimi e altre norme di diritto internazionale che stabiliscono obblighi degli Stati parte in altre materie, e che questi ultimi invocano per giustificare la violazione dei trattati OMC.

Ad esempio, nel caso *Tobacco Packaging* l'Australia aveva adottato delle misure in materia di *packaging* del tabacco allo scopo di tutelare la salute pubblica, volte anche ad adempiere ai propri obblighi derivanti dalla Convenzione quadro sul controllo del tabacco, conclusa nell'ambito dell'Organizzazione mondiale della salute. Secondo il Preambolo di tale Convenzione gli Stati membri, nell'adottarla, si sono "[d]etermined to give priority to their right to protect public health". I trattati asseritamente violati dall'Australia nel caso di specie, l'Accordo sulle barriere tecniche al commercio (TBT) e l'Accordo sugli aspetti della proprietà intellettuale legati al commercio (TRIPs), non contengono una clausola di deroga strutturata sul modello dell'art. XX GATT. L'art. 2, par. 2, del TBT stabilisce, però, che le barriere tecniche al commercio non devono imporre "unnecessary obstacles to international trade [...] [and] shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfill a legitimate objective". Nel caso di specie, il panel ha riconosciuto che la misura adottata dall'Australia avesse lo scopo di "improve public health by reducing the use of, and exposure to, tobacco products"⁹³⁰ e che tali interessi sono legittimi ai sensi della disposizione invocata⁹³¹. Tali misure, a detta del panel,

the dilemma of inter-systemic rule conflicts is to ensure that such conflict do not occur. [...] Methods such as incorporation and reference can prevent inter-systemic conflicts from arising as well".

⁹²⁹ Sulla nozione di *internalizzazione* di valori esterni, che come si vedrà ha rilevanza anche in altri settori, M. SCHEININ, "How and Why to Assess the Relevance of Human Rights Norms in 'Other' International Courts", cit., p. 23: "Some human rights have become internalised within non-human-rights regimes, and courts, to the effect that 'insiders' of that branch of international law, including the specialised court itself, will treat them as internal substantive norms of the regime, for instance trade law or environmental law".

⁹³⁰ Panel, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Australia – Tobacco)*, WT/DS435/R. e altri, rapporto del 28 giugno 2018, par. 7.232.

⁹³¹ Ivi, par. 7.248.

incidono in modo consistente sul commercio internazionale⁹³², ma contribuiscono anche ampiamente alla tutela della salute⁹³³. Nel bilanciare la restrizione al commercio con il contributo alla tutela della salute, pertanto, il panel ha ritenuto che il secondo fosse considerevolmente maggiore rispetto alla prima e che, in assenza delle misure adottate dall’Australia, l’interesse alla tutela della salute sarebbe stato gravemente compromesso⁹³⁴. Per tale ragione, il panel ha escluso che vi fossero misure alternative ragionevolmente disponibili che avrebbero consentito di raggiungere lo scopo e, dunque, ha concluso che la misura fosse giustificata ai sensi del summenzionato art. 2, par. 2, TBT⁹³⁵.

Il panel ha dovuto successivamente determinare se la misura fosse compatibile con l’art. 20 del TRIPs secondo cui “the use of trademarks in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements”. Avendo ritenuto che la misura australiana effettivamente riducesse, pur senza eliminarla, la possibilità di utilizzare marchi nell’ambito del commercio, e in assenza di una espressa clausola di limitazione, il panel ha dovuto determinare se la restrizione fosse *ingiustificata* realizzando, “*in concreto* [a] balancing [of] the two conflicting interests”⁹³⁶. Ha quindi rilevato che, alla luce dell’art. 8, par. 1, del TRIPs e della Dichiarazione di Doah su TRIPs e salute pubblica, gli Stati membri dell’OMC sono autorizzati ad adottare misure volte alla tutela della salute pubblica e che, pertanto, “although the measures at issue encumber the use of trademarks within the meaning of Article 20, the encumbrance is justified by virtue of its public health objective”⁹³⁷. Nel raggiungere tale conclusione, e qui emerge l’utilizzo del bilanciamento come tecnica volta a comporre i conflitti normativi tra le norme in materia del commercio e altre norme dell’ordinamento internazionale, il panel ha anche considerato che le misure erano “in line with the emerging multilateral health policies in the area of tobacco control as reflected in the [Framework Convention of Tobacco

⁹³² Ivi, par. 7.1255.

⁹³³ Ivi, par. 7-1025.

⁹³⁴ Ivi, par. 7.1322: “in the light of the objective of the TPP measures [...] we have found that the nature of the risks of non-fulfillment of the objective would create is that public health would not be improved as the use of, and exposure to, tobacco products would not be reduced. We have also found that the public health consequences of non fulfilling this objective are particularly grave”.

⁹³⁵ Ivi, par. 7.1362 ss.

⁹³⁶ H. ASMELASH e E. STOPPIONI, *Balancing between Trade and Public Health Concerns: The Latest Step in the Plain Packaging Saga*, EJIL Talks, 8 agosto 2018.

⁹³⁷ *Ibidem*.

Control] and [its] guidelines”⁹³⁸. La decisione, anche sotto tale profilo, è stata confermata in appello⁹³⁹.

Come si vede, quindi, nel sistema del commercio internazionale altri obblighi internazionali degli Stati, e gli interessi che sottendono ai medesimi, possono essere bilanciati con gli obblighi sanciti dai trattati OMC. È quindi possibile che una misura che risulti *prima facie* in violazione dell’interesse alla liberalizzazione del commercio sia poi in concreto giustificata, in quanto volta al perseguimento di interessi legittimi dello Stato o della comunità internazionale, come peraltro protetti da specifici obblighi internazionali assunti dallo Stato in questione.

3.2.4. Il Tribunale internazionale per il diritto del mare

Il Tribunale internazionale per il diritto del mare, data la sua solo scarsa esperienza in quanto istituito solo nel 1996, non ha sviluppato una corposa giurisprudenza⁹⁴⁰. Tuttavia, limitati esempi di ricorso alla tecnica del bilanciamento possono essere trovati anche in tal ambito.

La maggior parte della giurisprudenza ad oggi disponibile è quella relativa alla competenza residuale obbligatoria del Tribunale per il diritto del mare per quanto riguarda il *prompt release* (pronto rilascio) di navi ed equipaggi oggetto di fermo e arresto da parte delle autorità di uno Stato membro, e per l’adozione di misure provvisorie in materia nelle more dell’istituzione di un tribunale arbitrale ai sensi dell’Annesso VII alla UNCLOS⁹⁴¹. È pertanto proprio in tale ambito che possono trovarsi esempi di ricorso alla tecnica del bilanciamento. Per comprendere il ricorso al bilanciamento in tali giudizi è però necessario un accenno al contesto normativo. Come è noto, la UNCLOS ha riconosciuto la giurisdizione funzionale dello Stato costiero nella EEZ, con riferimento all’esplorazione, allo sfruttamento, alla conservazione e alla gestione delle risorse naturali, e allo scopo di far rispettare leggi e regolamenti adottati nell’esercizio di tale potere. Allo stesso tempo, tuttavia, nella EEZ dello Stato costiero gli Stati terzi godono di una serie di diritti, prima fra tutte la libertà di navigazione. Pertanto, la UNCLOS contiene delle specifiche disposizioni volte a “reconcile the interests of coastal states with

⁹³⁸ Panel, *Australia – Tobacco Packaging*, cit., par. 7-2604: “Australia, while having been the first country to implement tobacco plain packaging, has pursued its relevant domestic public health objective in line with the emerging multilateral public health policies in the area of tobacco control as reflected in the FCTC and the work under its auspices, including the Article 11 and Article 13 FCTC Guidelines”.

⁹³⁹ Organo d’appello, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging* (*Australia – Tobacco*), WT/DS435/R, e altri, rapporto del 29 giugno 2020.

⁹⁴⁰ Si veda, al riguardo, T. TREVES e X. HINRICHS, “The International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law”, in L. LIJZAAD e Consiglio d’Europa (eds.), *The Judge and International Custom/Le juge et la coutume internationale*, 2016, Strasburgo, Brill Nijhoff, pp. 25 ss.

⁹⁴¹ Si noti che si tratta di una competenza autonoma, posto che è possibile che il successivo giudizio di merito non sia instaurato.

the competing interests of flag States in the freedom of navigation”⁹⁴². Sulla base di tali norme, il Tribunale ha riconosciuto che lo scopo dei procedimenti di *prompt release*, alla luce delle disposizioni convenzionali rilevanti, sia quello di conciliare

the interest of the coastal State to take appropriate measures as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it on the one hand and the interest of the flag State in securing prompt release of its vessels and their crews from detention on the other.⁹⁴³

Così, nel pronunciarsi sul rispetto, da parte dello Stato costiero, dell’obbligo di rilasciare la nave e l’equipaggio dopo aver fissato una cauzione ragionevole, il Tribunale ha sviluppato un *giudizio di ragionevolezza* volto a bilanciare tali interessi contrastanti, chiarendo che “its determination must be based on the Convention and other rules of international law not incompatible with the Convention”⁹⁴⁴. Tale giudizio viene realizzato alla luce del principio di proporzionalità, che è gradualmente emerso, inizialmente sulla spinta di opinioni separate di alcuni giudici⁹⁴⁵, nella giurisprudenza del Tribunale⁹⁴⁶. A ciò si sono aggiunte considerazioni di *umanità* e *due process*, che hanno acquisito sempre maggior rilievo nella giurisprudenza del Tribunale⁹⁴⁷. Meno chiara è, invece, la rilevanza che altri interessi, degli Stati e della comunità internazionale, possono avere in tale giudizio. Ad esempio, nel caso *Volga* l’Australia aveva fissato una cauzione particolarmente alta per il rilascio, sostenendo che ciò si giustificasse in ragione della gravità delle violazioni commessi da una nave battente bandiera russa⁹⁴⁸. Secondo il

⁹⁴² R. RAYFUSE, “Standard of Review in the International Tribunal for the Law of the Sea”, in L. GRUSZCZYNSKI e W. WERNER (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 337 ss., p. 339.

⁹⁴³ Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The Monte Confurco Case (Seychelles v. France)*, caso n. 6, sentenza del 18 dicembre 2000, par. 70.

⁹⁴⁴ Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The Monte Confurco Case*, cit., par. 75; *contra*, TIDM, *The Volga Case (Russian Federation v. Australia)*, caso n. 11, sentenza del 23 dicembre 2002, Opinione separata del giudice Cot, par. 22: “provided that the bond is not ‘unreasonable’, the Tribunal does not have to substitute its discretion for that of the coastal state”.

⁹⁴⁵ Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The Camouco Case (Panama v. France)*, caso n. 5, sentenza del 7 febbraio 2000, Dichiarazione del giudice Laing; ITLOS, *The Volga Case*, Opinione separata del giudice Cot, cit., par. 21: “the aspects considered in the definition of reasonableness include the concept of proportionality and the obligation for the State to ensure that its conduct is proportional to the aim being legally pursued, account being taken of the rights and freedoms granted to others or acknowledged under international law”. Il giudice Cot, peraltro, ha ritenuto che la dottrina del margine di apprezzamento, in questi casi, debba essere applicata dal Tribunale, in quanto oggetto di un principio ben stabilito di diritto internazionale.

⁹⁴⁶ Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The Hoshinmaru Case (Japan v. Russian Federation)*, caso n. 14, sentenza del 6 agosto 2007, par. 88: “The Tribunal is of the view that the amount of a bond should be proportionate to the gravity of the alleged offences”.

⁹⁴⁷ Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The Juno Trader Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea Bissau)*, caso n. 13, sentenza del 18 settembre 2004, par. 77: “the obligation of prompt release of vessels and crews includes elementary considerations of humanity and due process of law. The requirement that the bond or other financial security must be reasonable indicates that a concern for fairness is one of the purpose of this provision”.

⁹⁴⁸ Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The Volga Case*, cit., par. 67: “[The Respondent] has invited the Tribunal to take into account ‘the serious problem of continuing illegal fishing in the

Tribunale per il diritto del mare, nonostante la preservazione dell'ambiente marino costituisca uno scopo più che legittimo (nonché un obbligo dell'Australia ai sensi della Convenzione sulla conservazione delle risorse marine viventi dell'Antartico), essa non rileva nel giudizio sul *prompt release*⁹⁴⁹. Il giudice Cot, tuttavia, ha criticato la mancata presa in considerazione dello scopo delle misure australiane, adottate non solo nell'esercizio di propri poteri sovrani volti perseguimento di propri interessi, ma anche allo scopo legittimo di unirsi agli sforzi della comunità internazionale per contrastare la pesca illegale⁹⁵⁰. Ed infatti, la sentenza è stata criticata

as having shifted the balance of interests too far in favour of the flag State by failing to recognize the legitimate rights and duties of coastal States in seeking to protect marine living resources from [illegal, unregulated and unreported] fishing and the established obligation on all States to cooperate in their conservation⁹⁵¹.

Tale preoccupazione sembra essere stata accolta dal Tribunale nel caso *Juno Trader*, in cui ha “preso atto” delle argomentazioni dello Stato convenuto, secondo cui lo scopo di prevenire la pesca illegale e di tutela le risorse marine costituisce un elemento da considerare nel determinare la cauzione ragionevole⁹⁵². Sembra, quindi, che il Tribunale internazionale per il diritto del mare stia gradualmente sviluppando un approccio volto a bilanciare i vari interessi in gioco, tra cui vengono gradualmente ricompresi anche diversi interessi collettivi della comunità internazionale⁹⁵³. Tuttavia, come si è anticipato, è presto per trarre delle conclusioni nette al riguardo.

3.3. I TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI

Nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali possono trovarsi numerosi esempi in cui interessi, principi e valori hanno giocato un ruolo particolarmente rilevante nella individuazione, interpretazione e applicazione del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale penale, sostanziale e procedurale. Alla luce delle profonde differenze in termini di giurisdizione e diritto applicabile, si impone un'analisi separata

Southern Ocean' and the dangers this poses to the conservation of fisheries resources and the maintenance of the ecological balance of the environment. According to the Respondent, this problem and the international concern that it raises provide ample justification for the measures it has taken”.

⁹⁴⁹ Ivi, par. 68.

⁹⁵⁰ Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The Volga Case*, cit., Opinione separata del giudice Cot, par. 11.

⁹⁵¹ R. RAYFUSE, “Standard of Review in the International Tribunal for the Law of the Sea”, cit., p. 350.

⁹⁵² Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The “Juno Trader” Case*, cit., par. 83.

⁹⁵³ R. RAYFUSE, “Standard of Review in the International Tribunal for the Law of the Sea”, cit., p. 353: “The Tribunal has made clear that the balance between these interests is to be found in the application not of total deference to coastal State measures but rather of an international standard of reasonableness as determined by the Tribunal. That standard requires the rejection of excessive or disproportionate domestic penalties and the objective application of relevant criteria embodying the internationally recognized concepts of fairness, humanity and due process”.

della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* (Sez. 3.3.1.), dei tribunali misti o ibridi (Sez. 3.3.2.) e, infine, della Corte penale internazionale (Sez. 3.3.3.).

3.3.1. I tribunali penali internazionali *ad hoc*

Nell'ambito della giustizia penale internazionale i tribunali *ad hoc* istituiti negli anni '90 sono quelli che maggiormente hanno fatto ricorso al bilanciamento, tanto allo scopo di rilevare norme non scritte di diritto internazionale umanitario (Sez. 3.3.1.1) quanto come tecnica interpretativa del diritto applicabile (Sez. 3.3.1.2.) e per risolvere conflitti normativi, in particolare, tra le norme procedurali sancite nei propri statuti e le norme in materia di diritti umani (Sez. 3.3.1.3.).

3.3.1.1. La rilevazione di norme non scritte di diritto internazionale umanitario e penale

Quanto alla rilevazione di norme di diritto non scritto, nella giurisprudenza dei tribunali penali *ad hoc* sono rinvenibili almeno tre diversi approcci che fanno riferimento a interessi, principi e valori per colmare le lacune. Tra questi, oltre alla “flessione” del metodo dualistico di accertamento della consuetudine⁹⁵⁴ e all'approccio deduttivo in senso stretto⁹⁵⁵, vi è il bilanciamento tra principi di diritto internazionale, allo scopo di rilevare regole non scritte⁹⁵⁶. L'emersione della tecnica del bilanciamento, in particolare, è stata graduale, e si è fondata su alcune premesse di fondo. Ad esempio, nella giurisprudenza dei tribunali istituiti subito dopo la Seconda guerra mondiale non vi è alcun riferimento al bilanciamento, se non, implicitamente, nell'opinione di Mr Justice Röling, annessa alla sentenza *Araki* del Tribunale di Tokyo, secondo cui quello di legalità nel diritto internazionale non sarebbe un principio giuridico, ma una “rule of policy” e

⁹⁵⁴ Per flessione si intende una più intensa rilevanza *dell'opinio juris*, giustificata sulla base dei valori che sottendono al diritto umanitario e alla luce della clausola Martens (Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kuprešić et al*, IT-95-16, cit., par. 527). In dottrina, vedi A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf of Simply Pie in the Sky?*, 2000(1) *European Journal of International Law*, Vol. 11, pp. 187 ss., pp. 188-89.

⁹⁵⁵ La deduzione costituisce un'operazione logico-mentale differente dal bilanciamento, che consiste nel far discendere da un principio generale una regola più specifica, che si ritiene ne costituisca un necessario corollario (L. SORAT, *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, cit., pp. 366-67). Con riferimento al diritto internazionale penale, si veda T. RAUTER, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, cit., p. 47, secondo cui sarebbe “A general approach for the determination of customary international criminal law adheres to the following deductive steps: Firstly, principles are identified that underlie components that constitute international criminal law, most of which refer to principles of international humanitarian law. Secondly, it is stated that the customary nature of a law is given as it enshrines these principles or even that criminality is directly derived from these principles. Thirdly, on that basis the chambers develop the concrete elements of the crimes that have been charged”.

⁹⁵⁶ G. I. HERNÁNDEZ, “International Judicial Lawmaking”, cit., p. 209: “The same approach [il ricorso ai principi] has been adopted by the *ad hoc* international criminal tribunals with respect to general principles, using these to fill perceived ‘gaps’ and creating new norms of international criminal law”.

“an expression of political wisdom” non necessariamente applicabile nell’ambito delle relazioni internazionali, e che può essere *soppiantato* da altre esigenze⁹⁵⁷. Da qui l’idea secondo il principio di legalità in materia penale, nell’ordinamento internazionale, potrebbe essere bilanciato con altri interessi meritevoli di tutela, come quello alla punizione dei colpevoli dei più gravi crimini internazionali. Dall’altro lato, tuttavia, bisogna considerare che nell’ambito dell’istituzione dei successivi tribunali *ad hoc* al principio di legalità è stato espressamente attribuito un ruolo fondamentale, in linea peraltro con il diritto internazionale dei diritti umani. Al riguardo, è noto che, secondo il Rapporto del Segretario generale adottato ai sensi della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza che ha istituito il Tribunale penale internazionale per l’Ex Jugoslavia,

the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise.⁹⁵⁸

Ed infatti, il principio di legalità richiede la conoscibilità e prevedibilità, al momento del fatto, da parte dell’imputato, delle norme sostanziali incriminatrici sulla base delle quali la sua condotta sarà giudicata⁹⁵⁹. Se tale affermazione portava a ritenere che le regole applicabili potessero fondarsi esclusivamente su una rigida ricostruzione della prassi statale⁹⁶⁰, è stata la sentenza *Tadić* a porre le fondamenta per il ricorso, da parte del giudice penale internazionale, alla tecnica del bilanciamento. In essa il Tribunale per l’Ex Jugoslavia ha sancito la rilevanza del *principio di umanità* come principio generale del diritto internazionale, che si scontra con il principio di sovranità e che può giustificare la rilevazione di regole più specifiche volte a darvi attuazione⁹⁶¹. A tal fine, il Tribunale ha

⁹⁵⁷ Tribunale militare internazionale per il Far East, *United States et al v Araki*, sentenza del 4 novembre 1948, Opinion di Mr Justice Röling, 12 novembre 1948, p. 44.

⁹⁵⁸ *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, UN Doc. S/25704, 3 maggio 1993, par. 34.

⁹⁵⁹ Corte EDU, *Vasiliasukas v. Lithuania* [GC], ricorso n. 35343/05, sentenza del 20 ottobre 2015, par. 153-155. In particolare, il principio di legalità “is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused’s disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy. It follows from these principles that an offence must be clearly defined in the law, be it national or international. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision – and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it and with informed legal advice – what acts and omissions will make him criminally liable”.

⁹⁶⁰ Infatti, anche laddove la condanna avvenga sulla base dei “general principles of law recognised by civilised nations”, di cui all’art. 7, par. 2, CEDU, è comunque necessario che essa sia compatibile con il principio di irretroattività delle norme incriminatrici e, pertanto, è necessario che da quei principi fosse possibile desumere l’illiceità della condotta prima che questa sia stata posta in essere (Corte EDU, *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* [GC], ricorsi n. 2313/08.e 34179/08, sentenza del 28 luglio 2013, par. 72).

⁹⁶¹ Si veda l’opinione separata del giudice Li, secondo cui la Camera avrebbe realizzato “an unwarranted assumption of legislative power which has never been given to this Tribunal by any authority” (par. 13).

fatto riferimento a un ritenuto mutamento di paradigma nell'ordinamento internazionale, da un approccio *sovereign-oriented*⁹⁶² a uno *human-oriented*⁹⁶³. Nel caso di specie, tuttavia, le regole applicabili ai conflitti armati interni non sono state rilevate sulla base di un bilanciamento, ma di un approccio in parte deduttivo e in parte analogico⁹⁶⁴, affermando che, in ogni caso, le conclusioni raggiunte erano giustificate anche “from the point of view of justice and equity”⁹⁶⁵. Sulla base di tali premesse, il bilanciamento è stato successivamente utilizzato dal Tribunale penale per l'ex Jugoslavia per colmare le lacune nel diritto applicabile, tanto *sostanziale* (Sez. 3.3.1.1.1.) quanto *procedurale* (Sez. 3.3.1.1.2.).

3.3.1.1.1. La rilevazione di norme non scritte sostanziali

Nella pronuncia *Furundzija*, in particolare, esso ha rilevato che non esisteva nel diritto internazionale una definizione comunemente accettata del crimine di stupro. Dopo aver ricavato una definizione minima condivisa a partire dai “principles of criminal law common to the major legal systems”, il Tribunale ha riscontrato una mancanza di consenso in merito al se la penetrazione orale forzata dovesse inquadrarsi in tale fattispecie o in una forma meno grave di violenza sessuale⁹⁶⁶. Individuata una lacuna nelle regole disponibili, il Tribunale ha quindi ritenuto di dover fare riferimento ai principi generali del diritto internazionale⁹⁶⁷, da cui ha poi ricavato la relativa regola. Innanzitutto, ha individuato i principi in conflitto e la *direzione* cui, in relazione al caso di specie, essi tendevano. Da un lato, vi era il *principio di dignità umana*⁹⁶⁸, che propendeva per la

⁹⁶² Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor c. Duško Tadić a/k/a “DULE”*, cit., par. 96: “this dichotomy was clearly sovereign-oriented and reflected the traditional configuration of the international community, based on the coexistence of sovereign States more inclined to look after their own interests than community concerns of humanitarian demands”.

⁹⁶³ Ivi, par. 97: “the impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrine, particularly after the adoption of the UDHR in 1948, has brought about significant changes in international law, notably in the approach to problems besetting the world community”.

⁹⁶⁴ Ivi, par. 100-119. Si veda T. RAUTER, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, cit., p. 146: “It is doctrinally questionable whether the *Tadić* Appeals Chamber drew that conclusion by analogy [...] or whether it relied on a deductive approach of basis of vague humanitarian principles”.

⁹⁶⁵ Ivi, par. 135.

⁹⁶⁶ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, caso n. IT-95-17/1, sentenza del 10 dicembre 1998, par. 181.

⁹⁶⁷ Ivi, par. 182: “faced with this lack of uniformity, it falls to the Trial Chamber to establish whether an appropriate solution can be reached by resorting to the general principles of international criminal law or, if such principles are of no avail, to the general principles of international law”.

⁹⁶⁸ Ivi, par. 183: “forced penetration of the mouth by the male sexual organ constitutes a most humiliating and degrading attack upon human dignity. The essence of the whole corpus of international humanitarian law as well as human rights law lies in the protection of human dignity of every person, whatever his or her gender. The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d'être* of international humanitarian law and human rights law; indeed in modern times it has become of such paramount importance as to *permeate the whole body of international law*. This principle is intended to shield human beings from outrages upon their personal dignity, whether such

qualificazione della penetrazione orale come stupro⁹⁶⁹, attuandone così lo scopo, ossia quello di proteggere l'individuo da attacchi umilianti nei confronti della propria persona; dall'altro lato, si poneva il *principio di legalità in materia penale*, per come sopra ricostruito. Il Tribunale ha poi realizzato il *test di necessità*, rilevando che il sacrificio dell'interesse dell'imputato, ove la penetrazione orale fosse stata qualificata come stupro, sarebbe stato minimo, posto che la condotta sarebbe stata in ogni caso criminalizzata come reato sessuale minore⁹⁷⁰. Infine, il Tribunale ha proceduto a un *bilanciamento in senso stretto*, sottolineando che alla possibile grave violazione del principio di dignità umana corrispondeva una minima lesione del principio di legalità. E questo non solo, come già sottolineato, poiché la condotta sarebbe stata in ogni caso criminalizzata ma anche in quanto, inquadrandosi nell'ambito di un crimine di guerra, la diversa qualificazione non avrebbe neppure mutato l'entità sanzione⁹⁷¹. Alla luce di ciò, l'unico pregiudizio per l'imputato sarebbe stato il più grave stigma sociale annesso alla condotta. Tuttavia, il Tribunale ha ritenuto prevalente l'interesse a fornire tutela alla vittima, in quanto “any such concern is amply outweighed by the fundamental principle of protecting human dignity, a principle which favors broadening the definition of rape”⁹⁷². Sulla base di tale ragionamento, ha fornito una regola contenente gli elementi essenziali del crimine contro l'umanità di stupro nel diritto internazionale penale⁹⁷³.

3.3.1.1.2. La rilevazione di norme non scritte procedurali

Il Tribunale per l'ex Jugoslavia ha fatto ricorso alla tecnica del bilanciamento anche per colmare le lacune nel *diritto procedurale*. Un primo esempio è il caso *Blaškić*, in cui, implicitamente bilanciando il principio di sovranità – che implicherebbe il diritto di uno Stato di non rivelare le prove che ritiene possano ledere il proprio interesse essenziale alla sicurezza – e il principio di corretta amministrazione della giustizia – che implica la necessità di esibire delle prove su cui la condanna dei responsabili possa fondarsi (obbligo

outrages are carried out by unlawfully attacking the body or by humiliating and debasing the honour, the self-respect or the mental well being of a person”.

⁹⁶⁹ *Ibidem*: “[i]t is consonant with this principle that such an extremely serious sexual outrage as forced oral penetration should be classified as rape”.

⁹⁷⁰ Ivi, par. 184: “the Trial Chamber is of the opinion that it is not contrary to the general principle of *nullum crimen sine lege* to charge an accused with forcible oral sex as rape when in some national jurisdiction, including his own, he could only be charged with sexual assault in respect of the same acts. It is not a question of criminalizing acts which were not criminal when they were committed by the accused, since forcible oral sex is in any event a crime”.

⁹⁷¹ *Ibidem*: “Due to the International Tribunal’s subject matter jurisdiction, in prosecutions before the Tribunal forced oral sex is invariably an aggravated sexual assault, as it is committed in time of armed conflict on defenseless civilians; hence, it is not simple sexual assault but sexual assault as a war crime or crime against humanity. Therefore so long as an accused, who is convicted of rape for acts of forcible oral penetration, is sentenced on the factual basis of coercive oral sex [...] then he is not adversely affected by the categorization of forced oral sex as rape rather than as sexual assault”.

⁹⁷² *Ibidem*.

⁹⁷³ Ivi, par. 185.

di *disclosure*) – il Tribunale ha escluso l'esistenza di un “blanket right” degli Stati di rifiutarsi di fornire le prove richieste⁹⁷⁴.

Ancora più evidente è stato il ricorso alla tecnica del bilanciamento, nel caso *Kupreskić*, per individuare la disciplina procedurale della *cumulation of offences* e della *cumulation of charges*. La prima questione sottoposta al Tribunale riguardava il se la medesima condotta, tenuta nei confronti della stessa o delle stesse, vittime potesse simultaneamente violare più disposizioni normative e, dunque, essere inquadrata in plurime fattispecie criminose. Il Tribunale ha riconosciuto come, in presenza di una lacuna in materia, fosse necessario fare riferimento ai principi generali⁹⁷⁵, esercitando il proprio potere di colmare le lacune “reperendo” il diritto applicabile, senza al contempo fuoriuscire dall'ambito della propria funzione giudiziaria⁹⁷⁶. Avendo concluso che, alla luce dell'applicazione dei principi generali rilevanti, vi sono condotte che possano contestualmente integrare diversi illeciti⁹⁷⁷, il Tribunale ha dovuto verificare come tale accertamento debba ripercuotersi nel giudizio e nel dispositivo della sentenza. E non

⁹⁷⁴ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera d'appello, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, caso n. IT-95-14, sentenza sulla richiesta della Croazia di revisione della sentenza resa il 18 luglio 1997 dalla Camera di prima istanza, del 18 luglio 1997, par. 65: “[T]o grant States a blanket right to withhold, for security purposes, documents necessary for trial might jeopardise the very function of the International Tribunal, and ‘defeat its essential object and purpose’. It is [...] evident that military documents or other evidentiary material connected with military operations may be of crucial importance, either for the Prosecutor or the defence, to prove or disprove the alleged culpability of an indictee [...]. To admit that a State holding such documents may unilaterally assert national security claims and refuse to surrender those documents could lead to the stultification of international criminal proceedings [...]. The very raison d'être of the International Tribunal would then be undermined”. Si veda anche come tale conclusione sia stata espressamente proposta dal procuratore in Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, caso n. IT-95-14, decisione sull'obiezione della Croazia all'adozione di una *Sobpoenae Duces Tecum*, del 18 luglio 1997: “The Prosecution contends that, in appropriate circumstances, the International tribunal must give due regard to the legitimate security interests of a State [...]. However, the Prosecution avers that national security interests of a State must be balanced against the interests of the Security Council in ensuring an effective prosecution of serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia” (par. 109). La Camera di prima istanza aveva riconosciuto la possibilità di invocare interessi di sicurezza nazionale, ma anche la necessità di invocare tale “privilegio” nel rispetto del principio di buona fede e senza compromettere la possibilità, per il Tribunale, di adempiere la propria funzione (par. 134): “The International tribunal was established to aid in the restoration and maintenance of peace in the former Yugoslavia. As a criminal court, its primary obligation is to provide a fair and expeditious trial and to guarantee the rights of the accused. This adjudicatory process strengthens the rule of law, a fundamental principle shared by all members of the international community. Thus, the Tribunal cannot endorse the contention that States and government officials have no obligation to comply with orders of the International Tribunal”.

⁹⁷⁵ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al*, cit., par. 669.

⁹⁷⁶ *Ibidem*: “In this search for and examination of the relevant legal standards, and the consequent enunciation of the principles applicable at the international level, the Trial Chamber might be deemed to set out a sort of *ius praetorium*. However, its powers in finding the law are of course far more limited than those belonging to the Roman *praetor*: under the International Tribunal's Statute, the Trial Chamber must apply *lex lata* i.e. existing law, although it had broad powers in determining such law”.

⁹⁷⁷ Ad esempio, l'omicidio di una famiglia realizzato di fronte a un membro della stessa, che integra contestualmente la fattispecie di omicidio e quella di atti disumani.

avendo trovato principi comunemente accettati negli ordinamenti interni degli Stati della comunità internazionale, ha adottato una soluzione raggiunta sulla base di un'interpretazione teleologica dello Statuto⁹⁷⁸. Risolta la questione dal punto di vista sostanziale, il Tribunale ha dovuto chiarire anche se il Procuratore “may present cumulative charges for the same act or transaction”⁹⁷⁹. Essendovi una lacuna anche su tale aspetto⁹⁸⁰, ha individuato i principi in conflitto e gli scopi da essi perseguiti, ovvero l'interesse alla difesa dei diritti dell'accusato e quello alla corretta amministrazione della giustizia⁹⁸¹. Il Tribunale ha poi individuato in quali direzioni, nel caso concreto, tali interessi si svolgevano: se il primo imponeva che l'imputato dovesse essere compiutamente e prontamente informato delle accuse a suo carico⁹⁸², il secondo richiedeva che mere questioni tecniche relative alla formulazione dell'imputazione non intralciassero l'operato del Procuratore e la possibilità di proseguire il giudizio⁹⁸³. Sulla base di ciò, il Tribunale per l'Ex Jugoslavia ha individuato delle specifiche regole che garantissero che il sacrificio dell'uno e dell'altro interesse fosse limitato al minor grado possibile e che, quindi, garantissero la possibilità di formulare plurimi capi di imputazione nel caso in cui la condotta rilevante potesse integrare astrattamente diverse fattispecie criminose, al contempo garantendo all'imputato di difendersi adeguatamente.

L'ulteriore questione procedurale da risolvere nel caso *Kupreskić* riguardava l'eventualità di una errata qualificazione dei fatti nel capo di imputazione così come formulato dal Procuratore ai fini del rinvio a giudizio. Essendovi anche in questo caso una lacuna nello Statuto, nel Regolamento, nei principi generali del diritto internazionale penale⁹⁸⁴ e nei principi generali *in foro domestico*⁹⁸⁵, il Tribunale ha proceduto “to look for a general principle of law consonant with the fundamental features and the basic requirements of international criminal justice”⁹⁸⁶. Anche rispetto a tale questione,

⁹⁷⁸ Ivi, par. 717.

⁹⁷⁹ Ivi, par. 720.

⁹⁸⁰ Ivi, par. 722: “[n]either the Statute nor the Rules establish how the charges must be brought”.

⁹⁸¹ Ivi, par. 724: “The Trial Chamber holds that the issue must be settled in the light of two basic but seemingly conflicting requirements. There is first the requirement that the right of the accused be fully safeguarded. The other requirement is that the Prosecutor be granted all the powers consistent with the Statute to enable her to fulfil her mission efficiently and in the interests of justice”.

⁹⁸² Ivi, par. 725: “The former requirement demands [...] that the accused is entitled to know the specifics of the charges against him, namely the facts of which he is accused and the legal classification of these facts. In particular, as far as this legal element is concerned, he must be put in a position to know the legal ingredients of the offence charged”.

⁹⁸³ Ivi, par. 726: “It follows from the latter requirement (that relating to the functions of the Prosecutor), that legal technicalities concerning classification of international offences should not be allowed to thwart the mission of the Prosecutor, which is to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law. The efficient fulfilment of the Prosecution's mission favors a system that is not hidebound by formal requirements of pleading in the indictment”.

⁹⁸⁴ Ivi, par. 728: “Neither the Statute nor the Rules establish how the Trial Chambers should act in the case of an erroneous legal classification of facts by the Prosecutor”.

⁹⁸⁵ Ivi, par. 738: “It is apparent from the above survey that no general principle of criminal law common to all major legal systems of the world may be found”.

⁹⁸⁶ *Ibidem*.

pertanto, ha individuato le direzioni cui gli interessi sopra rilevati tendevano: da un lato, ha ritenuto che attribuirsi il potere di procedere discrezionalmente alla riqualificazione giuridica dei fatti avrebbe leso in maniera eccessiva i diritti di difesa⁹⁸⁷; dall'altro, ha riconosciuto che l'interesse al corretto svolgimento delle proprie funzioni escludesse che un mero errore nella formulazione del capo di imputazione potesse impedire lo svolgimento del giudizio e la punizione dei potenziali colpevoli, a condizione che non avesse impedito l'esercizio del diritto di difesa⁹⁸⁸. Sulla base di tali considerazioni, il Tribunale ha ritenuto che la soluzione della questione dovesse fondarsi su "a careful balancing of the two aforementioned requirements"⁹⁸⁹, il quale imponeva una serie di conclusioni idonee a garantire che alcuno degli interessi rilevanti fosse eccessivamente sacrificato rispetto all'altro.

Per sua parte, il Tribunale penale internazionale per il Ruanda ha fatto ricorso al bilanciamento allo scopo di colmare una lacuna procedurale particolarmente rilevante, segnatamente la mancata previsione della possibilità di riconoscere un indennizzo agli imputati nel caso di errori giudiziari o di irragionevole durata dei processi⁹⁹⁰.

3.3.1.2. Il bilanciamento come tecnica interpretativa

Nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* il bilanciamento ha avuto anche un ruolo rilevante quanto all'interpretazione e applicazione delle norme sostanziali di diritto internazionale umanitario (Sez. 3.3.1.2.1.) e delle disposizioni procedurali incluse nei rispettivi statuti (Sez. 3.3.1.2.2.).

⁹⁸⁷ Ivi, par. 740: "at present, international criminal rules are still in a rudimentary state. They need to be elaborated and rendered more specific either by international law-making or by international case law so as to give rise to general rules. In this state of flux the rights of the accused would not be satisfactorily safeguarded were one to adopt an approach akin to that of some civil law countries. Were the Trial Chamber allowed to convict persons of a specific crime as well as any other crime based on the same facts, of whose commission the Trial Chamber might be satisfied at trial, the accused would not be able to prepare his defence with regard to a well-defined charge. The task of the defence would become exceedingly onerous, given the aforementioned uncertainties which still exist in international criminal law. Hence, even though the *iura novit curia* principle is normally applied in international judicial proceedings, under present circumstances it would be inappropriate for this principle to be followed in proceedings before international criminal courts, where the rights of an individual accused are at stake. It would also violate Article 21(4)(a) of the Statute, which provides that an accused shall be informed 'promptly and in detail' of the 'nature and cause of the charge against him'".

⁹⁸⁸ *Ibidem*: "the other requirement relating to the efficient discharge of the Tribunal's functions in the interest of justice warrants the conclusion that any possible errors of the Prosecution should not stultify criminal proceedings whenever a case nevertheless appears to have been made by the Prosecution and its possible flaws in the formulation of the charge are not such as to impair or curtail the rights of the Defence".

⁹⁸⁹ Ivi, par. 742.

⁹⁹⁰ Per la giurisprudenza, si veda *infra*, Sez. 3.3.3., dove viene comparata con il diverso approccio adottato dalla CPI in materia.

3.3.1.2.1. *L'applicazione del diritto internazionale umanitario*

Numerose regole di diritto internazionale umanitario contengono, espressamente o implicitamente, delle clausole di proporzionalità, quest'ultima essendo uno dei principi fondamentali in materia, assieme a quelli di umanità e distinzione. Il giudizio di proporzionalità dei tribunali penali internazionali, nell'applicare tali regole, tende a non seguire la struttura analitica sopra individuata⁹⁹¹. Data l'ampia presenza di studi relativi all'applicazione del diritto internazionale umanitario e del relativo principio di proporzionalità, tale giurisprudenza non sarà esaminata in questa sede, rinviando a studi più specifici sul tema⁹⁹².

3.3.1.2.2. *L'interpretazione delle disposizioni procedurali*

Quello che è interessante notare, invece, è come il giudizio di proporzionalità sia stato utilizzato dai tribunali penali internazionali *ad hoc* per interpretare il diritto procedurale applicabile dai medesimi in modo compatibile con le norme rilevanti in materia di tutela dei diritti umani degli imputati⁹⁹³.

Ad esempio, in una decisione sulla richiesta di autorizzazione all'appello avverso un diniego alla richiesta di scarcerazione, ad esempio, la Camera d'appello del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha notato come il Regolamento di procedura prevedesse che l'imputato abbia diritto di essere sentito ai fini della decisione, e possa essere scarcerato qualora non costituisca un pericolo per le vittime, per i testimoni o per la società⁹⁹⁴. Per sua parte, l'autorizzazione all'appello poteva essere concessa qualora vi

⁹⁹¹ K. CROW, *A Taxonomy of Proportionality in International Courts*, cit., p. 18: "Judges at these courts employ an international criminal law (ILC) proportionality that is structurally different than judges adjudicating individual or institutional rights and still more different than those adjudicating the rights of states to regulate in the interests of their respective publics. In ILC, the four prongs of Alexy's proportionality are invisible; the concept is rather collapsed into the single question of whether the punishment for a war criminal is proportionate to the crime committed; individuals are tried based on accusation that it was civilians, rather than combatants, who were targeted [...], or on accusations that the force used was gratuitous in light of possible strategic outcomes. And in IHL, when civilians are killed unintentionally, the proportionality question is focused on whether a state or combatant's actions were proportionate to some legitimate means sought".

⁹⁹² Si vedano, tra i tanti, A. COHEN e D. ZLOTOGORSKI (eds.), *Proportionality in International Humanitarian Law. Consequences, Precautions, and Procedures*, 2021, Oxford, Oxford University Press; J.C. VAN DEN BOOGAARD, *Proportionality in International Humanitarian Law. Principle, Rule and Practice*, 2019, Amsterdam, Amsterdam University; I. HENDERSON e K. REECE, *Proportionality under International Humanitarian Law: The 'Reasonable Military Commander Standard and Reverberating Effects*, 2018(5) *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 51, pp. 835 ss.

⁹⁹³ Si vedano anche Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera d'appello, *Prosecutor v. Darko Mrdai*, caso n. IT-02-59-PT, decisione sulla richiesta di scarcerazione provvisoria del 2 aprile 2002, par. 21-31; Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera d'appello, *Prosecutor v. Hadzihasanović and Kubura*, caso n. IT-01-47, decisione sulla richiesta di scarcerazione provvisoria del 13 dicembre 2001.

⁹⁹⁴ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera di prima istanza, *Prosecutor c. Limaj et al*, caso n. IT-03-66-AR65, decisione sulla richiesta di scarcerazione provvisoria del 31 ottobre 2003, par. 5.

fosse una “good cause” e, quindi, in situazioni in cui apparisse che la Camera di prima istanza “may have erred” nell’applicazione del diritto o nell’accertamento dei fatti⁹⁹⁵. Nella valutazione del diritto applicabile, la Camera d’appello ha ritenuto di dover prendere in considerazione l’art. 9, par. 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l’art. 5, par. 3, CEDU, che sanciscono il diritto dell’imputato di essere rilasciato, nel caso in cui sia necessario salva la prestazione di idonee garanzie, ove il processo non sia concluso entro un termine ragionevole. Il Tribunale ha quindi notato che “[t]hese human rights instruments form part of public international law” e che, tali disposizioni dovessero essere prese in considerazione nell’interpretare e applicare il proprio quadro procedurale:

The ICTY is entrusted with bringing justice to the former Yugoslavia. First and foremost, this means justice for the victims, their relatives and other innocent people. Justice, however, also means respect for the alleged perpetrators’ fundamental rights. [...] Rules 65 (B) and (D) of the Rules must therefore be read in the light of the ICCPR and ECHR and the relevant jurisprudence. Moreover, when interpreting Rule 65(B) and (D), the general principle of proportionality must be taken into account. A measure in public international law is proportional only when it is (1) suitable, (2) necessary and when (3) its degree and scope remain in a reasonable relationship to the envisaged target. Procedural measures should never be capricious or excessive. If it is sufficient to use a more lenient measure than mandatory detention, it must be applied.⁹⁹⁶

Sulla base di tali premesse, la Camera ha ritenuto che “the right to be heard is not absolute”; esso può essere escluso quando il giudice ritenga di avere elementi sufficienti per decidere, senza che l’ascolto dell’imputato possa fornire alcun “added value” che potrebbe condurre a una diversa decisione⁹⁹⁷. In secondo luogo, la Camera ha ritenuto che nel decidere sulla richiesta di scarcerazione sia possibile tenere conto, alla luce della stessa giurisprudenza della Corte EDU, della gravità dei crimini per cui si procede⁹⁹⁸ e di “all decisive material facts of a case”⁹⁹⁹ e che, nel compiere tale valutazione, l’onere della prova non spetta al Procuratore, essendo invece la stessa Camera che “after taking into account the information submitted to it by the parties and weighing all the relevant factors”, deve ritenersi soddisfatta dell’esistenza dei presupposti per la scarcerazione¹⁰⁰⁰. Il Tribunale, quindi, ha fatto ricorso al principio di proporzionalità, ritenuto un principio generale, allo scopo di applicare le proprie disposizioni procedurali in modo compatibile con il diritto internazionale dei diritti umani.

⁹⁹⁵ Ivi, par. 6-7.

⁹⁹⁶ Ivi, par. 11-13.

⁹⁹⁷ Ivi, par. 17.

⁹⁹⁸ Ivi, par. 28.

⁹⁹⁹ Ivi, par. 36.

¹⁰⁰⁰ Ivi, par. 40.

3.3.1.3. La soluzione dei conflitti con il diritto internazionale dei diritti umani

Da ultimo, nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali *ad hoc* il bilanciamento è anche stato proposto per risolvere dei veri e propri conflitti normativi tra le regole (sostanziali e procedurali) di tale sistema normativo e norme in materia di tutela dei diritti umani. Ancora una volta, ciò fa emergere la tensione e il conflitto tra le esigenze di punizione dei colpevoli e quelle di protezione dei diritti umani degli imputati o con quelli di protezione delle vittime e dei testimoni¹⁰⁰¹.

A detta di Abi-Saab, il problema di trovare un “delicate balance of interests” si è posto, ad esempio, in merito al conflitto tra l’esigenza di protezione delle vittime e dei testimoni¹⁰⁰², che può giustificare l’anonimato delle vittime¹⁰⁰³ e procedimenti non pubblici¹⁰⁰⁴, e il diritto dell’imputato alla pubblicità delle udienze. Allo stesso modo, i diritti di difesa dell’imputato possono risultare lesi dall’applicazione delle regole in materia di protezione delle fonti di prova e delle prove¹⁰⁰⁵. Infine, nei giudizi dinanzi ai Tribunali penali *ad hoc* si è spesso posto il problema della legalità e proporzionalità dei metodi utilizzati per ottenere la custodia dei sospetti.

3.3.2. I tribunali penali misti o ibridi

Anche i tribunali penali misti o ibridi hanno fatto ricorso al bilanciamento, tanto allo scopo di colmare le lacune nel diritto applicabile quanto per interpretare le disposizioni dei propri atti costitutivi.

L’esempio più emblematico è la decisione sul diritto applicabile resa sul Tribunale speciale per il Libano nel caso *Ayyash*, in cui il medesimo ha escluso che nel diritto internazionale penale un tribunale possa pronunciare un *non liquet*, dovendo, se necessario, ricorrere a tecniche come il bilanciamento. Il Procuratore invocava il ricorso, da parte del tribunale, a un approccio estensivo, volto a colmare eventuali lacune del o nel diritto facendo riferimento ad altre regole e ai principi di diritto internazionale¹⁰⁰⁶,

¹⁰⁰¹ G. ABI-SAAB, “International Criminal Tribunals and the Development of International Humanitarian and Human Rights Law”, in E.K. YAKPO e T. BOUMEDRA (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, 1999, L’Aja–Londra–Boston, Kluwer Law International, pp. 649 ss., p. 657, secondo cui sono emerse “areas of real tension between the requirement of an effective international criminal justice in the service of humanitarian law, on the one hand, and the international standards of human rights, on the other”

¹⁰⁰² Fatta propria peraltro nell’art. 22 dello Statuto, secondo cui il Tribunale “shall provide in its rules of procedure and evidence for the protection of victims and witnesses. Such protection shall include, but shall not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim’s identity”.

¹⁰⁰³ Previsto dall’art. 69 del Regolamento di procedura dell’Tribunale per l’Ex Jugoslavia.

¹⁰⁰⁴ Disciplinati dall’art. 75 del Regolamento di procedura dell’Tribunale per l’Ex Jugoslavia.

¹⁰⁰⁵ Di cui all’art. 70 del Regolamento.

¹⁰⁰⁶ Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. Ayyash*, cit., par. 17: “According to the Prosecutor, the Tribunal must essentially apply Lebanese law to the crimes set out in Article 2 of the Statute. Any time the Tribunal finds that there is an inconsistency or a gap in that law, the Prosecutor asserts, the Tribunal

mentre la difesa invocava il divieto di interpretazione estensiva e di analogia in materia penale e il principio di diritto internazionale *in dubio mitius*, secondo cui restrizioni della sovranità statale, se non espressamente accettate, non possono essere presunte¹⁰⁰⁷. Il Tribunale speciale per il Libano, seguendo la prospettiva dell'accusa, ha riconosciuto che le varie fonti del diritto applicabile dallo stesso proteggono interessi diversi, non necessariamente in armonia tra loro, e che in caso di conflitto spetta al giudice bilanciare tali interessi per individuare o precisare la regola applicabile:

Lawmakers, both national and international, may seek to protect and turn into legally binding standards interests and concerns that are conflicting, or which are not necessarily shared by all legislators. As a result, statutes and international treaties (as well as other binding international instruments) not infrequently contain varying or diverging formulations of interests and concerns without amalgamating them and reducing them into a logically well-structured and coherent body of rules. Some concerns or demands may be reflected in one provision, while others, not necessarily reconcilable, may be articulated in other provisions. In some instances they may even be embedded in the same provision. Where provisions are inconsistent, the dominant provision must be identified. In all these cases as well as in other areas that H.L.A. Hart termed 'penumbral situations', it falls to the interpreter as far as practicable to give consistency, homogeneity and due weighing to the different elements of a diverging or heterogeneous set of provisions. Judges are not permitted to resort to a *non liquet* (that is, to declare that it is impossible for them to reach a decision because the point at issue 'is not clear' in default of any rule applicable to the case).¹⁰⁰⁸

Nel determinare i valori da prendere in considerazione, analogamente alla sentenza *Tadić* summenzionata, il Tribunale speciale per il Libano ha richiamato l'emersione dei diritti umani come valore che si è affiancato al principio di sovranità¹⁰⁰⁹. Inoltre, ha chiarito che una serie di altri principi devono considerarsi nell'interpretazione dello Statuto. Al riguardo, il Tribunale ha affermato che "[it] is therefore authorised to resort to these principles as a standard of construction when the Statute or the Lebanese Criminal code is unclear and when other rules of interpretation have not yielded satisfactory results"¹⁰¹⁰; tali principi sono quello teleologico, che richiede di preferire "an interpretation that best enables the Tribunal to achieve its goal to administer justice in a fair and efficient manner"; il principio generale di diritto penale del *favor rei*, che costituisce corollario del

must rely on general rules and principles of Lebanese criminal law and Lebanese case law. Only if the relevant Lebanese jurisprudence is uncertain or divided or based on a manifestly incorrect interpretation of Lebanese law may the Tribunal turn to international treaty law and customary international law to construe domestic Lebanese law. Under the Prosecutor's approach, the Tribunal may do so only if there are gaps in Lebanese law on the elements of the crimes [...]"

¹⁰⁰⁷ Ivi, par. 18.

¹⁰⁰⁸ Ivi, par. 32. Al par. 34 il Tribunale ha aggiunto che "[t]his operation must of course be undertaken by way of construction and without the judges arrogating to themselves the role of lawmakers beyond that inherent in interpretation, that is, without permitting the will of the interpreter to override that of the standard-setting body".

¹⁰⁰⁹ Ivi, par. 29: "Today the interests of the world community tend to prevail over those of individual sovereign states; universal values take pride of place restraining reciprocity and bilateralism in international dealings; and the doctrine of human rights has acquired paramountcy throughout the world community".

¹⁰¹⁰ Ivi, par. 32.

più generale principio dell'equo processo e secondo cui bisogna preferire "that interpretation which is more favourable to the rights of the suspect or the accused"; infine, il principio di legalità in materia penale, secondo cui è vietata l'applicazione retroattiva ed analogica del diritto penale¹⁰¹¹.

Definiti i principi rilevanti, il Tribunale ha concretamente bilanciato gli stessi per colmare una lacuna nel diritto applicabile. Nel caso *Ayyash*, infatti, si riproponeva la questione relativa alle condotte pluri-offensive (ossia inquadrabili in diverse fattispecie criminose¹⁰¹²) e alla possibilità di formulare capi di imputazione multipli o alternativi¹⁰¹³. Dopo aver richiamato che, nel giudizio dinanzi ad esso, ciascuna parte (accusa, difesa e vittime) ha delle "responsabilità", il Tribunale ha affermato che

crucial to the specific discussion that follows is the judicial obligation to balance wisely and justify the competing responsibilities of the parties as well as the dictates of a trial that is both fair and expeditious.¹⁰¹⁴

Rispetto alla questione delle condotte che siano sostanzialmente pluri-offensive, il Tribunale ha concluso che tanto il diritto libanese quanto il diritto internazionale penale, individuato sulla base di tale bilanciamento, condividano lo stesso approccio (di consentire, appunto, capi di imputazione multipli o alternativi), il quale has the advantage of (i) increasing the expeditiousness of the proceedings and (ii) avoiding unnecessary and heavy burdens on the defence in preparing and presenting its case"¹⁰¹⁵. Rispetto poi alla questione del se sia *preferibile* la formulazione di capi di imputazione cumulativi o alternativi, il Tribunale ha preso atto del fatto che "there is no clear, general rule under either Lebanese or international criminal": ciascuna possibile disciplina della questione ha, per il Tribunale, "strengths and weaknesses", in quanto l'imputazione cumulativa "can ensure that the full scope of the accused's conduct is properly punished, and in this sense, provide victims with the full justice they deserve" ma, allo stesso tempo, è dannosa per la speditezza del procedimento¹⁰¹⁶. In assenza di chiare regole, il Tribunale ha affermato che "we draw the following conclusions based on the underlying purposes of the Statute to ensure fair and efficient trials in accordance with the highest standards of justice"¹⁰¹⁷. Anche in questo caso, quindi, il Tribunale ha rilevato la specifica disciplina applicabile,

¹⁰¹¹ Ibidem.

¹⁰¹² Ivi, par. 265: "(xiv) Should cumulative charging and plurality of offences applicable before the Tribunal be regulated by Lebanese criminal law, by international law or both by Lebanese criminal law and international law? In this last case, how, and on the basis of which principles, are these two laws to be reconciled in the event of conflict between them?"

¹⁰¹³ Ibidem: "(xv) Can one and the same act be defined in several different ways, namely, for example, at the same time as terrorist conspiracy, terrorist acts and intentional homicide with premeditation or attempted intentional homicide with premeditation. If so can these classifications be used cumulatively or as alternatives? Under what conditions?"

¹⁰¹⁴ Ivi, par. 266.

¹⁰¹⁵ Ivi, par. 271.

¹⁰¹⁶ Ivi, par. 295.

¹⁰¹⁷ Ivi, par. 297.

bilanciando i principi sopra rilevati alla luce, anche, dello scopo stesso dell'attività del Tribunale.

Il ricorso al bilanciamento per colmare una lacuna nel diritto applicabile, allo scopo di tutelare i diritti dell'imputato, è stato di recente invocato anche davanti alle Camere straordinarie per le Corti della Cambogia. Il 18 ottobre 2021 la difesa di Tith Yim ha presentato una richiesta al *co-investigating judge* di disporre l'archiviazione immediata del caso, in quanto bloccato da una "procedural impasse". Il diritto applicabile non prevedeva la competenza di tale (e di nessun'altro) organo per chiudere il caso in ipotesi simili. L'imputato ha fondato la propria richiesta sulla necessità di attuare il "fair trial right to a speedy final determination of the case"¹⁰¹⁸, così come "his right to equal treatment with other ECCC Charged Persons at the pre-trial stage, and his right to legal certainty"¹⁰¹⁹. La decisione, che probabilmente avrebbe ordinato la chiusura del caso sulla base dell'esigenza di tutelare i diritti dell'imputato, in assenza di chiare disposizioni sulla ripartizione delle competenze, non è stata tuttavia adottata. Sul punto è intervenuta, infatti, la *Supreme Court Chamber* che ha rigettato la domanda del Procuratore di rinvio a giudizio dell'imputato, con ciò chiudendo definitivamente il caso e rendendo pertanto non necessaria la pronuncia sulla richiesta della difesa.

3.3.3. La Corte penale internazionale

Il bilanciamento e, in generale, gli approcci potenzialmente "creativi" del diritto, hanno attualmente un ruolo molto più ridotto nella giurisprudenza della CPI rispetto a quanto si è potuto rilevare poco sopra nella pratica dei tribunali *ad hoc*, tendendo a rispettare la delicata opera di bilanciamento tra gli interessi rilevanti realizzata dagli Stati nel redigere minuziosamente lo Statuto di Roma¹⁰²⁰.

Un esempio piuttosto isolato è la decisione sulla richiesta di emissione di un mandato di arresto nel caso *Al-Bashir*, in cui il bilanciamento è stato utilizzato per risolvere una questione non espressamente disciplinata negli strumenti normativi. I crimini commessi in Darfur, infatti, erano stati oggetto di *referral* da parte del Consiglio di sicurezza¹⁰²¹. La Corte doveva pronunciarsi sull'immunità del Capo di Stato. Al riguardo bisogna notare che, mentre con la ratifica dello Statuto gli Stati rinunciano espressamente all'immunità dei propri organi, il problema era capire come tale questione

¹⁰¹⁸ Camere straordinarie per le Corti della Cambogia, Ufficio del giudice co-investigatore, *Prosecutor v. Tith Yim*, caso n. 004/07-09-2009-ECCC/OCIJ, memoria della difesa del 18 ottobre 2021, par. 9.

¹⁰¹⁹ Ivi, par. 13.

¹⁰²⁰ H.P. KAUL e E. CHAITIDOU, "Balancing Individual and Community Interests: Reflections on the International Criminal Court", in U. FASTENRATH e altri (eds.), *From Bilateralism to Community Interests: Essays in Honour of Bruno Simma*, 2011, Oxford, Oxford University Press, pp. 975 ss

¹⁰²¹ CPI, Prima Camera preliminare, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, caso n. ICC-02/05-01/09-3, decisione del 4 marzo 2009 sulla richiesta del procuratore di un mandato di arresto, par. 40.

dovesse essere risolta rispetto a uno Stato non Parte, e relativamente al quale la competenza della Corte derivi da un *referral* del Consiglio di sicurezza. La Corte, sulla base di quattro considerazioni volte a bilanciare i valori rilevanti, ha concluso che “the current position of Omar Al Bashir as Head of a State which is not a Party to the Statute [Sudan], has no effect on the Court’s jurisdiction over the present case”¹⁰²². In primo luogo, essa ha individuato il principio fondamentale che sorregge l’attività della Corte, ossia l’esigenza di punizione dei colpevoli dei più gravi crimini internazionali¹⁰²³. In secondo luogo, ha osservato che le disposizioni di cui all’art. 27, par. 1 e 2, dello Statuto, in tema di irrilevanza della *official capacity* e dell’immunità degli organi statali nel giudizio dinanzi alla stessa, costituiscono esattamente un mezzo per raggiungere tale scopo¹⁰²⁴. Prendendo atto dell’inapplicabilità di tali disposizioni al caso in esame, la Corte ha sottolineato che essa può fare applicazione dei principi generali del diritto internazionale in caso di lacune nei propri strumenti normativi¹⁰²⁵. In quarto luogo, la Camera ha fatto riferimento alla volontà del Consiglio di sicurezza nel perseguire i crimini in oggetto¹⁰²⁶. Ne è derivato che la Corte ha implicitamente rilevato una regola dal contenuto analogo a quella sancita dalle disposizioni menzionate, applicabile tuttavia anche rispetto a organi di Stati non Parte dello Statuto, qualora i crimini da questi commessi rientrino nella giurisdizione della Corte in virtù di un *referral* da parte del Consiglio di sicurezza.

La questione si è poi riproposta successivamente, quando la Camera d’appello della CPI si è pronunciata sull’omissione della Giordania, in quanto Stato parte dello Statuto di Roma, di dare esecuzione al mandato d’arresto nel momento in cui Al-Bashir si trovava nel proprio territorio. La Giordania invocava, a giustificazione di tale omissione, la norma di diritto internazionale consuetudinario relativa all’immunità personale di un Capo di Stato in carica e, quindi, sosteneva che vi era un conflitto tra quest’obbligo, dovuto nei confronti del Sudan, e l’obbligo di cooperazione con la Corte nell’esecuzione del mandato d’arresto. Di conseguenza, riteneva che la condotta fosse

¹⁰²² Ivi, par. 41.

¹⁰²³ Ivi, par. 42: “one of the core goals of the Statute is to put an end to impunity for the perpetrators of the most serious crimes of concern to the international community as a whole, which ‘must not go unpunished’”.

¹⁰²⁴ Ivi, par. 43. Tali disposizioni stabiliscono stabilisce, in particolare, (i) l’irrilevanza di “any distinction based on official capacity”, compresa quella di (ii) “Head of a State or Government, a member of Government or parliament, an elected representative or a government official”, così come (iii) l’inapplicabilità delle norme, nazionali e internazionali, in materia di immunità allo scopo di escludere la giurisdizione della Corte su un determinato individuo

¹⁰²⁵ Ivi, par. 44. Ciò quando “(1) there is a *lacuna* in the written law contained in the Statute, the Elements of Crimes and the Rules; and (2) such *lacuna* cannot be filled by the application of the criteria and interpretation provided in articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and article 21 (3) of the Statute”.

¹⁰²⁶ Ivi, par. 45.

lecita ai sensi dell'art. 98, par. 1, dello Statuto di Roma¹⁰²⁷. La Camera d'appello ha riconosciuto che diverse forme di ragionamento giuridico avrebbero potuto essere utilizzate per risolvere la questione, come avevano fatto differenti composizioni della Camera preliminare¹⁰²⁸. La Camera d'appello ha pertanto seguito principalmente l'approccio scelto nella specifica decisione cui si faceva appello e, quindi, invece che reiterare l'argomentazione di cui sopra fondata su un bilanciamento, ha ritenuto che l'art. 27, par. 2, dello Statuto – secondo cui un Capo di Stato non può invocare la propria immunità di fronte alla Corte – corrisponde a una regola di diritto consuetudinario¹⁰²⁹. Concordando quindi con la decisione resa dalla Prima camera preliminare nel caso *Malawi*¹⁰³⁰, la Camera d'appello ha ritenuto che non esista una norma di diritto consuetudinario che riconosce a un Capo di Stato l'immunità di fronte a un tribunale penale internazionale. Inoltre, adottando un approccio teleologico, la Camera d'appello ha escluso che la logica orizzontale fondata sull'eguaglianza sovrana tra Stati – che sottende alle regole consuetudinarie in materia di immunità, e che implica che il potere di ogni Stato sia necessariamente limitato dalla sovranità degli altri Stati – si applichi nei rapporti verticali tra Stati parte dello Statuto di Roma e la CPI¹⁰³¹. Quanto, nello specifico, all'applicabilità dell'art. 27, par. 2, al Sudan, in quanto Stato non parte dello Statuto, la Camera d'appello ha ritenuto che la risoluzione del Consiglio di sicurezza che ha riferito

¹⁰²⁷ Questo dispone che “[t]he Court may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person or property of a third State, unless the Court can first obtain the cooperation of that third State for the waiver of the immunity”.

¹⁰²⁸ CPI, Camera d'appello, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, caso n. ICC-02/05-01/09 OA2, sentenza d'appello del 6 maggio 2019 sul rinvio della Giordania sull'obbligo di cooperazione con la Corte, par. 97: “In the circumstances of this Court, it is possible to follow different structures of judicial reasoning that may yield reasonable answers to that question. Nothing thus turns ultimately on the complaint that different compositions of the Pre-Trial Chamber may have used varied path of judicial reasoning to answer that question”.

¹⁰²⁹ *Ivi*, par. 103.

¹⁰³⁰ CPI, Camera d'appello, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, caso n. ICC-02/05-01/09, decisione del 13 dicembre 2011, correzione della decisione ai sensi dell'art. 87, par. 7, dello Statuto di Roma sull'omissione della Repubblica del Malawi a dare esecuzione alla richiesta di cooperazione emessa dalla Corte in relazione all'arresto e alla consegna di Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, par. 43: “the Chamber finds that customary international law creates an exception to the Head of State immunity when international courts seek a Head of State's arrest for the commission of international crimes. There is no conflict between Malawi's obligations towards the Court and its obligations under customary international law; therefore, Article 98(1) of the Statute does not apply”.

¹⁰³¹ CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, sentenza d'appello del 6 maggio 2019, cit., par. 115: “The Appeals Chamber considers that the absence of a rule of customary international law recognizing Head of State immunity *vis-à-vis* an international court is also explained by the different character of international courts when compared with domestic jurisdictions. While the latter are essentially an expression of a State's sovereign power, which is necessarily limited by the sovereign power of the other States, [international courts], when adjudicating international crimes, do not act on behalf of a particular State or States. Rather, international courts act on behalf of the international community as a whole. Accordingly, the principle *par in parem non habet imperium*, which is based on the sovereign equality of States, finds no application in relation to an international court such as the International Criminal Court”.

la situazione in Darfur alla CPI implichi che il Sudan non possa invocare l'immunità del Capo di Stato. Per tale motivo, la Camera d'appello ha confermato che la Giordania non si trovava di fronte a obblighi contrastanti (da un lato, dei confronti della Corte e, dall'altro lato, nei confronti del Sudan)¹⁰³². Dunque, la Camera d'appello ha implicitamente confermato la correttezza del ragionamento, impostato sul bilanciamento, seguito nella decisione sulla emissione del mandato d'arresto.

A differenza dei tribunali *ad hoc*, poi, la Corte è anche molto più restia a ricorrere al bilanciamento per risolvere questioni di carattere procedurale, rispetto alle quali tende a mantenere un approccio restrittivo e a riconoscere la competenza esclusiva dell'Assemblea degli Stati Parte per quanto riguarda la creazione del diritto applicabile. Ad esempio, essa ha chiarito che l'interesse alla punizione dei responsabili non possa implicare la violazione o la rimessa in discussione delle garanzie procedurali stabilite a favore degli imputati:

Where the breaches of the rights of the accused are such as to make it impossible for him/her to make his/her defence within the framework of his rights, no fair trial can take place and the proceedings can be stayed. To borrow an expression from the decision of the English Court of Appeal in *Huang v. Secretary of State*, it is the duty of a court: 'to see to the protection of individual fundamental rights which is the particular territory of the courts...'. Unfairness in the treatment of the suspect or the accused may rupture the process to an extent making it impossible to piece together the constituent elements of a fair trial. In those circumstances, the interest of the world community to put persons accused of the most heinous crimes against humanity on trial, great as it is, is outweighed by the need to sustain the efficacy of the judicial process as the potent agent of justice.¹⁰³³

Così, adottando un approccio radicalmente opposto rispetto a quello che si è visto caratterizzare la giurisprudenza del Tribunale per l'Ex Jugoslavia e di quello per il Libano, ha escluso che detto interesse possa giustificare la formulazione di capi di imputazione multipli da parte del Procuratore, in quanto ciò implicherebbe una restrizione eccessiva dei diritti di difesa¹⁰³⁴.

In parte, ciò potrebbe ricondursi alla progressiva rilevanza che la tutela dei diritti di difesa ha assunto per gli Stati della comunità internazionale, in virtù dei diversi trattati in materia di diritti umani, e viste anche le critiche rivolte ai tribunali *ad hoc*, rispetto ai quali si è sostenuto che l'interesse alla repressione dei crimini internazionali è stato usato

¹⁰³² Ivi, par. 145: "For that reason, there were also no 'irreconcilable legal obligations' that Jordan was facing when being asked to arrest and surrender Mr Al-Bashir to the Court".

¹⁰³³ CPI, Camera d'appello, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, caso ICC-01/04-01/06-1401, sentenza d'appello del 3 ottobre 2006 contro la decisione della difesa sulla giurisdizione della Corte, par. 39.

¹⁰³⁴ CPI, Seconda Camera preliminare, *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n. ICC-01/05-01/08-424, decisione del 15 giugno 2009 sui capi di imputazione, par. 202: "the prosecutorial practice of cumulative charging is detrimental to the rights of the Defence since it places an undue burden on the Defence. The Chamber considers that, as a matter of fairness and expeditiousness of the proceedings, only distinct crimes may justify a cumulative charging approach and, ultimately, be confirmed as charges. This is only possible if each statutory provision allegedly breached in relation to one and the same conduct requires at least one additional material element not contained in the other".

(e abusato) per giustificare dei processi iniqui. Tuttavia, la Corte ha rifiutato di integrare il diritto procedurale anche nei casi in cui le lacune in materia andavano a sfavore dei diritti degli imputati, così dimostrando che la principale ragione di tale approccio restrittivo risiede nella deferenza nei confronti degli Stati parte dello Statuto. Si consideri, in particolare, la decisione resa sulla richiesta di risarcimento nel caso *Bemba*, dopo la sua assoluzione all'esito di un processo estremamente lungo. Quest'ultimo chiedeva innanzitutto un risarcimento ai sensi dell'art. 85, par. 3, dello Statuto di Roma, che ne limita il riconoscimento a situazioni di "grave and manifest miscarriages of justice". Avendo escluso che tale ipotesi si fosse verificata nel caso di specie, la CPI ha rigettato la domanda, specificando come un più ampio "right to compensation for an acquitted person has not yet emerged as a general principle of international human rights law, be either in treaty, international customary law or in the jurisprudence of regional and international human rights bodies"¹⁰³⁵. La seconda componente della richiesta del Signor Bemba riguardava, invece, l'asserita negligenza della Corte nel disporre il sequestro e il congelamento delle sue proprietà e nel gestirli nei dieci anni di pendenza del giudizio. Tale domanda è stata fondata, da un punto di vista procedurale, sui poteri inerenti della Corte e, da un punto di vista sostanziale, sulla base del "fundamental human right to property and a[s] a private law claim alleging tortious behavior by the ICC"¹⁰³⁶. Tuttavia, la Corte ha escluso che la teoria dei poteri inerenti potesse giustificare una pronuncia su tale domanda, che non trova alcuna base nelle norme procedurali sancite dagli Stati¹⁰³⁷. Da ultimo, Bemba chiedeva un risarcimento per via della irragionevole durata della custodia cautelare in pendenza del processo, anche questo negato dalla Corte¹⁰³⁸. Al riguardo quest'ultima, pur riconoscendo che in principio la pretesa potesse ritenersi fondata, ha concluso che, in assenza di una specifica disposizione dello Statuto che le conferisse un tale potere, non poteva pronunciarsi sulla domanda¹⁰³⁹.

3.4. I TRIBUNALI E GLI ORGANI DI MONITORAGGIO DEI TRATTATI SUI DIRITTI UMANI

La giurisprudenza degli organi giurisdizionali e quasi-giurisdizionali che monitorano il rispetto dei trattati sui diritti umani è quella che maggiormente ha recepito, in modo

¹⁰³⁵ CPI, Seconda Camera preliminare, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n. ICC-01/05-01/08, decisione del 18 maggio 2020 sulla richiesta del Sig. Bemba di un indennizzo e di un risarcimento dei danni, par. 48.

¹⁰³⁶ Ivi, par. 53: "In Mr Bemba's submission, the Second Component of the Claim could and should be addressed by the Chamber under the Court's inherent powers or, in the alternative, submitted to arbitration 'under UNCITRAL, with all parties (the claimant, the Court and third parties) agreeing to be bound by the outcome'".

¹⁰³⁷ Ivi, par. 62.

¹⁰³⁸ Ivi, par. 65-68.

¹⁰³⁹ Ivi, par. 35.

esplicito, la tecnica del bilanciamento, per come sviluppata dai giudici interni e teorizzata a partire dall'esperienza di questi ultimi¹⁰⁴⁰. Lo stesso oggetto e scopo di tali trattati, infatti, è quello di determinare il giusto equilibrio tra la sovranità statale e la tutela effettiva e pratica dei diritti umani individuali¹⁰⁴¹.

Anche in tale ambito, come si vedrà, il bilanciamento può essere utilizzato per le tre funzioni sopra individuate. Tuttavia, posta la competenza specifica di tali organi – l'interpretazione e applicazione del rispettivo trattato –, *formalmente* quella che viene compiuta è sempre un'operazione di *interpretazione* delle disposizioni pattizie. Nel risultato concreto, però, esso può anche condurre a colmare una lacuna nel testo–individuando nell'ambito di applicazione di una disposizione pattizia, un “diritto nuovo”, in principio non previsto dalla medesima –, o a risolvere un conflitto tra la disposizione interpretata e altre regole, principi o valori dell'ordinamento internazionale.

Si realizzerà in questa Sezione una comparazione tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (Sez. 3.4.1.), della Corte interamericana dei diritti umani (Sez. 3.4.2.), della Corte africana dei diritti umani (Sez. 3.4.3.) e degli organi di monitoraggio istituiti dai trattati universali conclusi nell'ambito dell'ONU (Sez. 3.4.4.). Tuttavia, dato che i vari tribunali regionali e i vari Comitati ONU seguono, in gran parte, l'approccio della Corte europea, sui cui precedenti spesso si sono fondati per costruire progressivamente la propria giurisprudenza, quest'ultimo sarà oggetto di un'analisi più approfondita. Degli altri si metteranno in luce, invece, le peculiarità, spesso non irrilevanti, che sussistono rispetto al modello europeo.

¹⁰⁴⁰ K. CROW, *A Taxonomy of Proportionality in International Courts*, cit., p. 8: “Courts that typically adjudicate human rights [...] tend to favor classic articulations of proportionality, such as Alexy's”.

¹⁰⁴¹ Corte EDU, *Klass and others v. Germany* [Plenary], ricorso n. 5029/71, sentenza del 6 settembre 1978, par. 59: “some compromise between the requirements for defending democratic society and individual rights is inherent in the system of the Convention”; Commissione IADU, *Universalization of the Inter-American System of Human Rights*, Doc. 21, OAS/Ser.L/V/II.152, 14 agosto 2014, par. 9: “ratification of international instruments for the protection of human rights is compatible with State sovereignty. Respect for the sovereignty of the States is an important premise of the universality principle and the process of voluntarily undertaking human rights obligations. Since its establishment, one of the clear objectives of the OAS has been the protection of human rights, consistent with its defense of the sovereignty of States, upheld in Article 1 of the OAS Charter”; Corte IADU, *Tibi v. Ecuador*, Serie C. n. 114, sentenza del 7 settembre 2004, Opinione concorrente dl Giudice Ramírez, par. 3: “In a certain sense, the work of the Court is similar to that undertaken by the constitutional courts. Those examine contested acts—general provisions—in light of the rules, principles and values of fundamental laws. The Inter-American Court, for its part, analyzes the acts within their jurisdiction in relation to the norms, principles, and values of the treaties that form the basis of its jurisdiction. Said in another way, if the constitutional courts control ‘constitutionality’, the international court of human rights decides on the “conventionality” of such acts. Through the control of constitutionality, internal bodies shape the activity of public power—and eventually of other social agents—with the legal order that forms the core of a democratic society. The Inter-American Court, meanwhile, aims to conform to its activities to the international order bestowed during the founding convention for the Court's jurisdiction and accepted by the Party States through the exercising of their sovereignty”.

3.4.1. La Corte europea dei diritti umani

L'intera giurisprudenza della Corte di Strasburgo si fonda su “a general principled outlook to human rights adjudications”¹⁰⁴², in un sistema ove la proporzionalità è senza dubbio considerato un principio generale del diritto, e che è intrinsecamente volto a bilanciare interessi contrastanti: da un lato, gli interessi generali perseguiti dallo Stato e, dall'altro, l'interesse dell'individuo alla protezione dei propri diritti fondamentali¹⁰⁴³. Fin dal celebre *Caso linguistico belga* del 1968, infatti, la Corte EDU ha riconosciuto che la Convenzione europea dei diritti umani “implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers”¹⁰⁴⁴. Ciò corrisponde, del resto, alla teoria dei diritti umani come norme di principio, e dei principi come norme che proteggono interessi che richiedono di essere tutelati nel maggior grado possibile, alla luce delle circostanze giuridiche e fattuali. Allo stesso tempo, come si vedrà, la Convenzione non intende impedire agli Stati di perseguire, nell'esercizio delle facoltà che derivano loro dalla propria sovranità, altri interessi pur legittimi.

Prima di entrare nel merito delle diverse funzioni che la tecnica del bilanciamento svolge nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, qualche osservazione di carattere generale deve essere premessa.

Innanzitutto, quanto alla *struttura* delle operazioni volte a bilanciare interessi contrastanti nel valutare la compatibilità delle condotte o omissioni statali con la Convenzione, può già anticiparsi che la Corte tende a non distinguere analiticamente le diverse fasi del giudizio di proporzionalità, quanto meno per come teorizzato da

¹⁰⁴² P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN e L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 1998, L'Aja, Martinus Nijhoff, p. 81; B. ÇALI, “Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)”, in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press, par. 2; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, 2009, Leiden–Boston, Martinus Nijhoff.

¹⁰⁴³ Corte EDU, *Nait-Liman v. Switzerland* [GC], ricorso n. 51357/07, sentenza del 15 marzo 2018, Opinione dissenziente del giudice Serghides, par. 102: “the principle of proportionality [...] is a basic principle of the Convention and of a democratic society”.

¹⁰⁴⁴ Corte EDU, *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* [Plenary], ricorsi n. 1474/62 e altri, sentenza sul merito del 23 luglio 1968, p. 32, par. 5; Corte EDU, *Soering v. the United Kingdom* [Plenary], ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989, par. 88.

Alexy¹⁰⁴⁵. Come si vedrà, tali fasi vengono solitamente condensate “into a single balancing question”¹⁰⁴⁶.

In secondo luogo, bisogna considerare che, nella giurisprudenza di Strasburgo, le operazioni di bilanciamento sono realizzate alla luce del *principio di sussidiarietà* e della *dottrina del margine di apprezzamento*, tali per cui la responsabilità primaria di rispettare e garantire i diritti protetti dalla Convenzione spetta in prima battuta, come sancito dall’art. 1 CEDU, alle autorità nazionali, che la esercitano sotto il monitoraggio e la supervisione della giurisdizione della Corte, ai sensi dell’art. 32 CEDU. Sussidiarietà e margine d’apprezzamento, oggi espressamente sanciti nel Preambolo della CEDU¹⁰⁴⁷, determinano il grado di deferenza che, nel verificare il rispetto della Convenzione, la Corte presta nei confronti degli Stati membri¹⁰⁴⁸. In via di estrema semplificazione, può dirsi che il principio di sussidiarietà comporta che, sempre che l’individuo non abbia subito un pregiudizio eccessivo¹⁰⁴⁹ e a condizione che le procedure interne abbiano garantito adeguatamente la presa in considerazione di tutti gli interessi coinvolti¹⁰⁵⁰, la Corte non procede a un bilanciamento “when [it] has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court’s case-law”¹⁰⁵¹. Il margine di apprezzamento, per sua parte, determina non solo se la Corte procederà a rivedere il giudizio realizzato dalle autorità nazionali, ma anche l’intensità della revisione realizzata dalla Corte stessa, posto che maggiore sarà il margine di apprezzamento, meno intensa sarà la revisione della Corte. L’ampiezza del margine, che quindi ha importanza fondamentale, “will vary according to the circumstances, the subject matter and its background”¹⁰⁵², inclusa la natura del diritto in questione, la sua importanza, la natura

¹⁰⁴⁵ Corte EDU, *Muhammad and Muhammad v. Romania* [GC], ricorso n. 80982/12, sentenza del 15 ottobre 2020, Opinione concorrente della giudice Elósegui, cit., par. 13-16, secondo cui la Corte “does not perform an analysis of proportionality with the three typical steps established in German constitutional legal doctrine”; D. ŠUŠNJAR, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, 2010, Leiden, Martinus Nijhoff, p. 91; *contra* M. KLATT e M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012, Oxford, Oxford University Press, p. 9: “Alexy’s analysis of the proportionality test is as neatly in accordance with the jurisprudence of the ECtHR as possible”.

¹⁰⁴⁶ S. GREER, ‘Balancing’ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, 2004(2) Cambridge Law Journal, Vol. 63, p. 412 ss., p. 433.

¹⁰⁴⁷ Ciò a partire dall’entrata in vigore, il 1 agosto 2021, del Protocollo n. 15.

¹⁰⁴⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, 2002, Oxford, Intersentia, p. 14.

¹⁰⁴⁹ Corte EDU, *Von Hannover v. Germany* (no. 2) [GC], ricorsi n. 40660/08 e 60641/08, sentenza del 7 febbraio 2012, par. 207.

¹⁰⁵⁰ Nei casi in cui le procedure interne “provided a possibility for weighing the public interest against that of the individual” (Corte EDU, *Allan Jacobson v. Sweden* (no. 1), ricorso n. 10842/83 sentenza del 25 ottobre 1989, par. 62; Corte EDU, *Strand Llobben and others v. Norway* [GC], ricorso n. 37283/13, sentenza del 10 settembre 2019, par. 212).

¹⁰⁵¹ Corte EDU, *Von Hannover v. Germany* (no. 2) [GC], cit., par. 107. In questi casi, infatti, “the Court would require strong reasons to substitute its views for that of the domestic courts”.

¹⁰⁵² Corte EDU, *Shalk and Kopf v. Austria*, ricorso n. 30141/04, sentenza del 24 giugno 2010, par. 98.

dell'interferenza statale in tale diritto e l'obiettivo perseguito dalla stessa¹⁰⁵³. Tra le circostanze rilevanti vi è anche l'esistenza o meno di un *consenso europeo*. Nella maggior parte delle ipotesi in cui è posta di fronte a questioni interpretative nuove, infatti, la Corte realizza un'analisi comparata degli approcci degli Stati membri relativamente alla materia oggetto del giudizio, allo scopo di individuare un "tacit consent", il quale "provides an objective and transnational perspective on the process of 'weighing' the values to be 'balanced' in any dispute"¹⁰⁵⁴. Il margine sarà più ristretto quando gli Stati abbiano adottato, o tendano verso, un approccio comune, mentre sarà maggiore laddove non vi sia uniformità di vedute. Tuttavia, a prescindere dal consenso tra gli Stati membri, il margine sarà più ristretto quando l'interferenza riguardi gli aspetti più intimi della personalità dell'individuo o i diritti di una minoranza¹⁰⁵⁵, mentre sarà più ampio ove si tratti di interrogativi di carattere etico o morale¹⁰⁵⁶. Infine, il margine di apprezzamento può variare a seconda che si tratti di obblighi positivi o negativi¹⁰⁵⁷.

Nonostante la Corte ribadisca costantemente che il margine di apprezzamento "goes hand in hand with European supervision"¹⁰⁵⁸, non può negarsi che l'ampiezza del margine incide sull'intensità del bilanciamento realizzato, dalla Corte stessa, tra gli interessi che vengono in rilievo in un caso concreto¹⁰⁵⁹: ove esso sia ampio, la Corte si limiterà a verificare che la valutazione compiuta delle autorità interne non sia manifestamente irragionevole o arbitraria¹⁰⁶⁰, non richiedendo che esse abbiano adottato

¹⁰⁵³ Corte EDU, *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], ricorsi n. 30562/04 e 30556/04, sentenza del 4 dicembre 2008, par. 102: "The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights [...]. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted [...]. Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider".

¹⁰⁵⁴ A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing & Global Governance. A Comparative & Global Approach*, 2019, Oxford, Oxford University Press, p. 177.

¹⁰⁵⁵ Corte EDU, *Evans v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 6339/05, sentenza del 10 aprile 2007, par. 77.

¹⁰⁵⁶ Corte EDU, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 28957/95, sentenza dell'11 luglio 2002, par. 85; Corte EDU, *Wingrove v. the United Kingdom*, ricorso n. 17419/90, sentenza del 25 novembre 1996, par. 58; Corte EDU, *Lambert and others v. France* [GC], ricorso n. 46043, sentenza del 5 giugno 2015, par. 144-148.

¹⁰⁵⁷ R. ALEX, *Constitutional Rights and Proportionality*, cit., p. 421.

¹⁰⁵⁸ Corte EDU, *Handyside v. the United Kingdom*, cit., par. 49.

¹⁰⁵⁹ D. ŠUŠNJAR, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, cit., p. 80; E. BREMS, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, 1996(1) Heidelberg Journal of International Law, Vol. 56, pp. 230 ss.; H. KELLER e R. WALTHER, "Balancing Test: United Nations Human Rights Bodies", cit., par. 3: "a state's discretion and balancing are interrelated: if a state is permitted latitude, the result of the domestic authorities' own balancing exercise is subjected to a more lenient scrutiny"; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, cit., pp. 195.

¹⁰⁶⁰ Per una critica al riferimento da parte della maggioranza allo standard minimo dell'arbitrarietà, senza alcuna argomentazione volta a giustificazione di tale approccio "minimo" si veda Corte EDU, *H.F.*

“the best solution for dealing with the problem” né che la misura sia necessariamente quella che incida nel minor grado possibile sul diritto individuale in gioco¹⁰⁶¹. In questo senso, quindi, il bilanciamento, per come influenzato dal margine di apprezzamento, opera anche come un “mechanism of coordinating between the ECHR and national legal systems”¹⁰⁶², in quanto determina a monte l’ampiezza della competenza della Corte europea nel pronunciarsi sulla legittimità delle misure statali.

A prima vista, allora, potrebbe ritenersi che la dottrina del margine di apprezzamento metta in discussione l’idea secondo cui diritti umani siano (in quanto principi) dei comandi di ottimizzazione. Potrebbe ritenersi, cioè, che delle circostanze (apparentemente) irrilevanti per il bilanciamento (la deferenza della Corte nei confronti delle autorità interne) incidono sullo stesso. Tuttavia, ove correttamente inteso, il margine di apprezzamento rappresenta, esso stesso, un atto di bilanciamento. Infatti, da un lato, un ampio margine è manifestazione della sovranità degli Stati, la quale implica il diritto di adottare le misure che ritengano necessarie al perseguimento dei propri interessi. La sovranità, e la libertà che essa implica, risulta però restretta dagli obblighi assunti per il tramite della ratifica della Convenzione. E sull’intensità di questa restrizione incidono una serie di circostanze, tra cui il peso astratto del principio che viene in rilievo (uno dei diritti garantiti dalla Convenzione), nonché l’equilibrio tra quell’interesse e quel principio così come esistente nella coscienza della comunità degli Stati membri della CEDU¹⁰⁶³, la natura degli obblighi in questione (se negativi o positivi)¹⁰⁶⁴. In questo senso, il margine di apprezzamento è stato definito come il metodo tramite cui la Corte “balance[s] the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention”¹⁰⁶⁵. Così

and others v. France [GC], ricorsi n. 24384/19 e 44234/20, sentenza del 14 settembre 2022, Opinione dissenziente dei giudici Pavli e Schembri Orland, par. 3: “Why the relatively low threshold of lack of arbitrariness is the appropriate yardstick in this context is not explained, nor is it obvious from the text of Article 3 of Protocol No. 4, its drafting history, object and purpose, or any other interpretative method that can be surmised, at least in the absence of any justification in the judgment itself”.

¹⁰⁶¹ Corte EDU, *James and others v. the United Kingdom*, ricorso n. 8793/79, sentenza del 21 febbraio 1986, par. 51.

¹⁰⁶² J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 2005(1) Cambridge Law Journal, Vol. 65, pp. 174 ss., p. 182.

¹⁰⁶³ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, cit., p. 215; H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, 1996, L’Aja, Brill; secondo M. COHEN-ELIYA e I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., p. 104, il margine di apprezzamento è una manifestazione della “inherent flexibility” della proporzionalità.

¹⁰⁶⁴ Generalmente, infatti, si ritiene che lo Stato abbia un margine di apprezzamento più ampio con riferimento agli obblighi positivi, in quanto può scegliere tra diverse possibili misure astrattamente idonee a proteggere il diritto; *contra* Corte EDU, *Lautsi and others v. Italy* [GC], ricorso n. 30814/07, sentenza del 18 marzo 2011, Opinione dissenziente del giudice Malinverni, par. 1: “I incline, rather, to the view that where the States are bound by positive obligations their margin of appreciation is reduced”.

¹⁰⁶⁵ R.S.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 1992, Firenze, Collected Courses of the Academy of European Law, p. 95 ss.; C. RAGNI, “Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice”, cit., p. 334: “the doctrine is aimed at preserving a zone of legality where the State is free to act in order to safeguard its fundamental interests without violating international obligations. [...] The objective is to put the State in

come abbiamo visto nel contenzioso interstatale, pertanto, il margine di apprezzamento è uno degli elementi che consente di determinare il rapporto tra sovranità e obblighi internazionali.

Poste tali premesse, si passerà ora ad esaminare le diverse funzioni che il bilanciamento svolge nella giurisprudenza della Corte EDU. Si è detto che esso può o potrebbe servire a colmare lacune “implicite” o “sopravvenute” nel testo della Convenzione (Sez. 3.4.1.1.); interpretarne e applicarne le disposizioni (Sez. 3.4.1.2.); risolvere conflitti tra diversi diritti garantiti dalla CEDU, o tra questi ultimi e altre norme o valori dell’ordinamento internazionale (Sez. 3.4.1.3.).

3.4.1.1. Il limitato ricorso al bilanciamento nella rilevazione di “diritti nuovi”

Ai sensi dell’art. 32 CEDU, “[t]he jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto”. A prima vista, dunque, la Corte EDU non si troverebbe mai di fronte a una lacuna: se la questione non rientra nel campo di applicazione della Convenzione, un ricorso è inammissibile ai sensi dell’art. 31, par. 3, lett. a), poiché “incompatibile [*ratione materiae*] con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli”. Tuttavia, nella propria giurisprudenza essa ha riconosciuto la possibilità che vi siano delle “lacune” nella Convenzione, da intendersi come situazioni “which would deserve to benefit from the protection afforded by the Convention, but which [are] not expressly contemplated by the Convention’s substantive provisions”¹⁰⁶⁶. Si tratta di quello che nel Capitolo secondo abbiamo definito come *approccio valoriale* alla rilevazione di una lacuna, ossia una situazione in cui i principi e valori vigenti in un sistema giuridico richiedono la protezione di un diritto, senza che tuttavia esistano regole specifiche a tal fine¹⁰⁶⁷.

Nel chiarire se la Corte di Strasburgo ricorre alla tecnica del bilanciamento per colmare tali lacune, bisogna considerare che in principio ad essa è precluso riconoscere diritti ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dal testo della Convenzione¹⁰⁶⁸.

the position to regulate, according to its own fundamental values, matters that traditionally fall within its domestic jurisdiction, yet at the same time without violating the Convention”.

¹⁰⁶⁶ D. SARTORI, *Gap-Filling and Judicial Activism in the Case Law of the European Court of Human Rights*, 2014 Tulane European and Civil Law Forum, Vol. 29, pp. 1 ss. L’autrice richiama Corte EDU, *Wemhoff v. Germany*, ricorso n. 2122/64, sentenza del 27 giugno 1968, Opinione del giudice Favre.

¹⁰⁶⁷ Si veda *supra*, Cap. II, Sez. 2.4.4.1.

¹⁰⁶⁸ Corte EDU, *Austin and others v. the United Kingdom* [GC], ricorsi n. 39692/09 e altri, sentenza del 15 marzo 2012, par. 53: “This does not, however, mean that to respond to present-day needs, conditions, views or standards the Court can create a new right apart from those recognised by the Convention”. La Corte lo ha chiarito, ad esempio, quando ha concluso che dal diritto di contrarre matrimonio, riconosciuto dall’art. 12 CEDU a “uomo e donna”, non deriva il diritto al divorzio (Corte EDU, *Johnston and others v. Ireland* [Plenary], ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 febbraio 1986, par. 52), o il diritto al matrimonio di coppie dello stesso sesso (Corte EDU, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., par. 63) o che l’art. 2 CEDU, nel proteggere il diritto alla vita, riconosca un diritto a morire (Corte EDU, *Pretty v. the United Kingdom*, ricorso n. 2346/02, sentenza del 29 aprile 2002, par. 39).

Tuttavia, in diverse occasioni l'interpretazione delle disposizioni convenzionali realizzata dalla Corte si è rivelata talmente espansiva da finire per far rientrare nel campo di applicazione delle stesse dei "diritti nuovi". La stessa, enfatizzando il proprio ruolo nella promozione di una "greater unity" tra gli Stati membri in materia di tutela dei diritti umani¹⁰⁶⁹, si è riconosciuta una competenza "[to] develop the rules instituted by the Convention"¹⁰⁷⁰. A tal fine, ha sviluppato tecniche che a prima vista non sembrano interamente riconducibili alle fonti del diritto internazionale, così come generalmente intese, e ai relativi criteri interpretativi¹⁰⁷¹.

Si pensi, in particolare, alla tecnica del *consenso europeo*¹⁰⁷². Ai sensi di quest'ultimo, qualora emerga una questione interpretativa nuova, la Corte verifica, tramite un'analisi comparativa, l'approccio che gli Stati membri hanno adottato rispetto alla stessa. È vero che, più che su un bilanciamento, la tecnica del consenso si fonda sulla ricostruzione della *prassi interna* degli Stati membri e sulle più ampie tendenze di sviluppo del diritto internazionale (*prassi esterna*)¹⁰⁷³. Essa potrebbe allora essere spiegata, dal punto di vista del diritto internazionale, in vari modi. Potrebbe trattarsi di interpretazione alla luce della prassi successiva¹⁰⁷⁴, o di un metodo *sui generis* di

¹⁰⁶⁹ Il Preambolo della Convenzione sancisce, *inter alia*, che "that aim is to be pursued is the maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms". Si veda, al riguardo, G. ULFSTEIN, "The International Judiciary", cit., p. 149.

¹⁰⁷⁰ Corte EDU, *Ireland v. the United Kingdom*, ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978, par. 154. Si veda M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 268 ss. L'autore rifiuta la trasposizione della teoria dei principi (di Dworkin e Alexy) al campo del diritto della CEDU, ma riconosce che "les principes qui ont un ancrage dans le texte [...] sont à l'origine de l'introduction d'autres principes dans la jurisprudence de la Cour qui eux n'ont pas de justification dans le texte".

¹⁰⁷¹ G. NOLTE, *The European Court of Human Rights and the Sources of International Law*, cit., p. 2.

¹⁰⁷² Sulla distinzione tra interpretazione evolutiva, sistematica e consenso europeo, si veda V. P. TZEVELEKOS, *The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case-Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of the Teleology of Human rights? Between Evolutive and Systemic Integration*, 2009(2) Michigan Journal of International Law, Vol. 31, pp. 621 ss.

¹⁰⁷³ V. P. TZEVELEKOS, "The Making of International Human Rights Law", p. 348: "[...] instead of relying of that type of generic philosophical foundation [balancing of principles], the ECtHR often attempts to collect the elements that support and offer legitimacy to its 'activism' in state practice within Europe, as well as within the broader international legal system. [...] The consensus-based approach does not rely on majorities in the society, nor is it a form of judicial 'referendum'. What the ECtHR is valuing is *state practice, reflecting the will of sovereigns*. [...] This is besides why the argument has been in this study that the consensus technique is akin to recognition of regional custom" (corsivo aggiunto).

¹⁰⁷⁴ Ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. b) CVDT la prassi successiva "establishes the agreement of the parties regarding interpretation". Si vedano L.A. SICILIANOS, *Interpretation of the European Convention on Human Rights: Remarks on the Court's Approach*, relazione al seminario *The Contribution of the ECtHR to the Development of Public International Law*, organizzato dal Ministro degli affari esteri della Repubblica Ceca in occasione della 59esima sessione del Comitato consultivo per il diritto internazionale pubblico del Consiglio d'Europa, Praga, 23 settembre 2020, p. 8: "[t]he Court continuously refines its methodology in order to establish 'European consensus' as a form of 'subsequent State practice'; A. SEIBERT-FOHR, "The Effect of Subsequent Practice on the European Convention on Human Rights. Considerations from a General International Law Perspective", in A. VAN AAKEN e I. MOTOC (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press, pp. 61 ss.

accertamento della consuetudine particolare¹⁰⁷⁵, che deroga ad alcuni presupposti costitutivi, come la tendenziale regola dell'unanimità tra i membri del gruppo e l'accertamento dell'*opinio juris*¹⁰⁷⁶. In linea di principio, allora, il legame tra consenso europeo e prassi statale escluderebbe che esso possa dar luogo a un bilanciamento tra principi, volto a colmare la lacuna e a individuare un "diritto nuovo" come incluso nel campo di applicazione della CEDU. La Corte, ad esempio, si è fondata sulla prassi e non su un bilanciamento quando ha escluso che la CEDU protegga in quanto tali il diritto a un ambiente sano¹⁰⁷⁷ o il diritto alla protezione del patrimonio culturale¹⁰⁷⁸, nonostante abbia riconosciuto che essi costituiscono interessi e valori condivisi dalla comunità internazionale. Un ulteriore esempio è il caso *Naït-Liman*¹⁰⁷⁹, in cui la Corte, avendo escluso che sussista un obbligo internazionale (consuetudinario¹⁰⁸⁰ o pattizio) di esercitare la giurisdizione civile universale o di garantire un *forum necessitatis* in favore di vittime di crimini internazionali, ha ritenuto sussistente un ampio margine di apprezzamento statale in materia. Di conseguenza, ha ritenuto che la decisione delle autorità giudiziarie svizzere di negare la propria giurisdizione per crimini internazionali commessi all'estero fosse proporzionata rispetto allo scopo perseguito (la corretta amministrazione della giustizia e il mantenimento di relazioni amichevoli tra gli Stati) e, dunque, non costituisse violazione del diritto di accesso alla giustizia¹⁰⁸¹. Secondo il

¹⁰⁷⁵ I. ZIEMELE, "Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights", L. LIJNZAAD e Consiglio d'Europa (eds.), *The Judge and International Custom/Le juge et la coutume internationale*, 2016, Strasburgo, Brill Nijhoff, pp. 75 ss.; I. ZIEMELE, "European Consensus and International Law", in A. VAN AAKEN e I. MOTOC (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press, pp. 23 ss.; V. TZEVELEKOS, "The Making of International Human Rights Law", cit., p. 348.

¹⁰⁷⁶ V.P. TZEVELEKOS e K. DZEHTSIAROU, "International Custom Making and the ECtHR's European Consensus Method of Interpretation", in W. BENEDEK, F. BENOÎT-ROHMER, M.C. KATTEMANN, R. KLAUSHOFFER e M. NOWAK (eds.), *European Yearbook on Human Rights 2016*, 2017, Cambridge, Intersentia, pp. 313 ss.: "[...] for a social reality to be transformed into law in the context of custom, it needs to be identified and recognized as a customary rule. [...] This allows drawing one more parallel between custom and [European Consensus]. Beyond the fact that they both may be perceived as *methods (processes) for the establishment of non-written standards/rules* that emanate from the society (of states), the recognition/identification of the normative force of their outputs owes a lot to judicial interpretation" (corsivo aggiunto).

¹⁰⁷⁷ Si veda, *ex multis*, Corte EDU, *Hamer c. Belgio*, ricorso n. 21861/03, sentenza del 27 novembre 2007, par. 79. Tuttavia, si vedano le recenti evoluzioni in tema di obblighi positivi ai sensi dell'art. 8, descritte *infra*, Sez. 3.4.1.2.2. (iii).

¹⁰⁷⁸ Corte EDU, *Auhnabay et autres c. Turquie*, ricorso n. 6080/06, decisione del 29 gennaio 2019, par. 25.

¹⁰⁷⁹ Corte EDU, *Naït-Liman v. Switzerland* [GC], ricorso n. 51357/07, sentenza del 15 marzo 2018, par. 97. Il Governo riteneva che "Article 6 § 1 of the Convention [can]not create, by way of interpretation, a substantive civil right which [has] no legal basis in the State concerned" (ivi, par. 103).

¹⁰⁸⁰ Ivi, par. 187 e par. 201. Su tale aspetto la Corte ha preso atto di recenti sviluppi nella prassi internazionali, ma ha ritenuto che non fossero sufficienti a fondare un corrispettivo obbligo consuetudinario.

¹⁰⁸¹ Ivi, par. 216. pur riconoscendo l'impossibilità di imporre obblighi non ancora consolidati nella prassi, la Grande Camera ha invitato gli Stati ad adoperarsi per garantire tale sviluppo nel diritto (ivi, par. 220).

giudice Dedov, invece, posta l'assenza di una regola, tale obbligo avrebbe potuto essere individuato sulla base di un bilanciamento dei principi rilevanti¹⁰⁸² ossia, da un lato, il principio di non interferenza negli affari interni di uno Stato e, dall'altro, il diritto e un rimedio effettivo in caso di crimini internazionali¹⁰⁸³. Inoltre, tanto il giudice Dedov quanto il giudice Serghides hanno ritenuto che la decisione fosse contraria alla stessa giurisprudenza della Corte in materia di bilanciamento, in quanto finisce per ammettere l'annullamento dell'essenza stessa del diritto e, dunque, è incompatibile con il principio di proporzionalità, secondo cui una limitazione del diritto di accesso alla giustizia non può spingersi fino ad incidere sull'essenza stessa del diritto¹⁰⁸⁴. Le opinioni dei due giudici, quindi, dimostrano che la Corte ben potrebbe ricorrere alla tecnica del bilanciamento per individuare, alla luce dei principi rilevanti e dell'importanza assunta dagli stessi nell'ordinamento internazionale, ulteriori obblighi statali di tutela dei diritti umani. Il consenso europeo, infatti, invece che *precludere* un bilanciamento, potrebbe *precludere* allo stesso. L'esistenza di un consenso consente infatti alla Corte di prendere atto dell'emersione di nuovi *valori* nella coscienza giuridica degli Stati membri, che possono giustificare un'espansione della tutela fornita dalla Convenzione¹⁰⁸⁵. Tali valori sono poi implicitamente bilanciati con la sovranità e con il connesso principio *in dubio pro mitius*, secondo cui la Corte non può in linea di principio (presumere e) imporre obblighi ulteriori rispetto a quelli assunti dagli Stati tramite della ratifica del trattato¹⁰⁸⁶.

La realizzazione di un bilanciamento per colmare le lacune e integrare la Convenzione emerge poi in modo più evidente in quelle ipotesi in cui, pur in mancanza di un consenso, la Corte individua in ogni caso "diritti" non originariamente previsti dal

¹⁰⁸² Corte EDU, *Naït-Liman v. Switzerland* [GC], ricorso n. 51357/07, sentenza del 15 marzo 2018, Opinione dissenziente del giudice Dedov: "where there is not pre-existing rule on a national level to decide whether universal jurisdiction should apply or not, the judges should apply principles. [...] Moreover, since judges have an obligation to protect rights, they must step in and make decisions to protect such rights. [Dworkin] believed that a correct decision accurately weighs up principles, protect natural rights, and is consistent with society's morals".

¹⁰⁸³ A suo parere, "in finding no violation of the Convention, the present judgment attaches too much importance to the principle of non-interference, notwithstanding the circumstances of the case and the two relevant treaties", ossia l'obbligo, derivante dall'art. 14 della Convenzione ONU contro la tortura, di istituire dei rimedi effettivi per le vittime di tortura, e l'obbligo secondo cui un rifugiato deve godere degli stessi diritti dei cittadini, sancito dall'art. 16 della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato. In mancanza di regole esplicite, la Corte sarebbe dovuta partire dal presupposto per cui "the national authorities are bound by common values, and they are obliged to do everything to give reality to the right to access to a court" in caso di crimini internazionali.

¹⁰⁸⁴ Corte EDU, *Naït-Liman v. Switzerland* [GC], ricorso n. 51357/07, sentenza del 15 marzo 2018, Opinione dissenziente del giudice Serghides, par. 103: "[e]ven in a case where the aim is legitimate, if the proportionality test leads to no access to a court at all, without merely regulating this right, it is certain that there must be an error somewhere in the balancing test".

¹⁰⁸⁵ Corte EDU, *Demir and Bayakara v. Turkey* [GC], ricorso n. 34503/97, sentenza del 12 novembre 2009, par. 85.

¹⁰⁸⁶ C. DJEFFAL, "Consensus, Stasis, Evolution: Reconstructing Argumentative Patterns in Evolutive ECHR Jurisprudence", cit., pp. 71 ss., p. p. 79; R. KOLB, *Les droits fondamentaux de l'individu comme principes normatifs d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux: dix exemples tirées de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 134.

testo della Convenzione come rientranti nel campo di applicazione della stessa¹⁰⁸⁷. Ciò, in particolare, quando nel bilanciamento entri in gioco il principio di dignità umana¹⁰⁸⁸. Si pensi alle pronunce *Vinter*¹⁰⁸⁹ e *Viola*¹⁰⁹⁰, in cui la Corte ha ritenuto che la mancanza di consenso europeo in merito alla durata della pena non esclude che, in ragione del principio di dignità umana, una condanna irriducibile all'ergastolo sia incompatibile con l'art. 3 CEDU. Nel caso *Khamtokhu e Aksenchin* la Corte ha riconosciuto l'inesistenza di un consenso sull'abolizione dell'ergastolo, ma ha ritenuto che l'esenzione di certi gruppi di individui dalla stessa rispecchi il progresso della società e possa essere adottata dagli Stati nel perseguimento dei principi di giustizia e umanità¹⁰⁹¹. In questi casi, infatti, sembra che la lesione della dignità umana sia considerata sproporzionata di per sé e, dunque, in contrasto con la Convenzione. Ne deriva, quindi, l'individuazione del corrispondente diritto come rientrante tra quelli protetti dalla CEDU¹⁰⁹².

3.4.1.2. Il bilanciamento come tecnica interpretativa

Molto più ampia è la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul bilanciamento come tecnica di interpretazione e applicazione delle disposizioni della Convenzione europea. Salvi casi isolati, in cui la Corte ha rideterminato il contenuto di regole di diritto internazionale generale, alla luce dei valori che sottendono alla CEDU (come in materia

¹⁰⁸⁷ V. TZEVELEKOS, "The Making of International Human Rights Law", cit., p. 349. Si vedano Corte EDU, *Mennesson c. France*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 giugno 2014, par. 77-81; Corte EDU, *Labasee c. France*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014 (in materia di filiazione); Corte EDU, *Matthews v. the United Kingdom*, ricorso n. 24833/94, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 39: "The mere fact that a body was not envisaged by the drafters of the Convention cannot prevent that body from falling within the scope of the Convention"

¹⁰⁸⁸ Corte EDU, *Nait-Liman v. Switzerland* [GC], ricorso n. 51357/07, sentenza del 15 marzo 2018, Opinione dissenziente del giudice Dedov: "[t]he prevalence of values leaves much less importance to both consensus and margin of appreciation tests".

¹⁰⁸⁹ Corte EDU, *Vinter and others v. the United Kingdom* [GC], ricorsi n. 66069/09, 130/10 e 3896/10, sentenza del 9 luglio 2013. Nonostante il Governo opponesse che "[t]here was a lack of consensus among the Contracting States in respect of life sentences" (par. 92), la Corte ha ritenuto che una condanna irriducibile all'ergastolo sarebbe in ogni caso di per sé contraria al sistema convenzionale, "the very essence of which, as the Court has often stated, is respect for human dignity" (par. 113).

¹⁰⁹⁰ Corte EDU, *Marcello Viola c. Italie* (n. 2), ricorso n. 77633/16, sentenza del 13 giugno 2019, par. 136.

¹⁰⁹¹ Corte EDU, *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC], ricorsi n. 60367/08 e 961/11, sentenza del 24 gennaio 2017, par. 86-87.

¹⁰⁹² Si ribadisce che, anche in questo caso, l'operazione realizzata consiste nell'*interpretazione* del testo della Convenzione, in quanto quest'ultima è la competenza attribuita alla Corte. Tuttavia, qualora l'operazione risulti talmente espansiva per riconoscere un diritto nuovo o implicito nel testo, essa può più propriamente considerarsi come un'operazione di integrazione di una lacuna.

di riserve ai trattati¹⁰⁹³ e di successione degli Stati nei trattati¹⁰⁹⁴), tale tecnica viene infatti utilizzata per interpretare e applicare le disposizioni della Convenzione¹⁰⁹⁵. E ciò in relazione alla determinazione del *campo di applicazione* dei diritti garantiti dalla stessa (Sez. 3.4.1.2.1.) o del *contenuto dei diritti obblighi* in esse sanciti¹⁰⁹⁶ (Sez. 3.4.1.2.2.), all'interpretazione delle *clausole generali* contenute nelle disposizioni pattizie (Sez. 3.4.1.2.3.) all'interpretazione e applicazione delle *clausole di limitazione* (Sez. 3.4.1.2.4.) e, infine, della *clausola di deroga* di cui all'art. 15 CEDU (Sez. 3.4.1.2.5.). Dato che sarebbe possibile ricostruirla integralmente, si forniranno qui di seguito gli elementi essenziali della giurisprudenza in oggetto.

3.4.1.2.1. La determinazione del campo di applicazione materiale delle disposizioni

In linea di principio nella giurisprudenza della Corte EDU non trova applicazione il *definitional balancing*, che abbiamo visto caratterizzare, in particolare, l'approccio della Corte suprema statunitense. La determinazione del campo di applicazione materiale (*ratione materiae*) e personale (*ratione personae*) di numerose disposizioni della Convenzione europea, infatti, si fonda sul superamento di una *soglia* minima di gravità dell'incidenza della misura statale sulla sfera dell'individuo e, quindi, sul godimento del diritto preso in considerazione¹⁰⁹⁷, e non sul bilanciamento tra gli interessi che sottendono al riconoscimento di determinato diritto e quelli che si oppongono allo stesso. Nella giurisprudenza, tuttavia, sono rinvenibili degli esempi di ricorso alla logica del bilanciamento nell'ambito della determinazione della soglia di gravità necessaria per far scattare l'applicazione di una disposizione convenzionale, e questo tanto (i) allo scopo di *estendere* ma anche di (ii) *ridurre* tale campo di applicazione.

¹⁰⁹³ Corte EDU, *Loizidou v. Turkey*, ricorso n. 15318/89, sentenza sulle eccezioni preliminari del 23 marzo 1995, par. 90-98; Corte EDU, *Belilos v. Switzerland*, ricorso n. 10328/83, sentenza del 29 aprile 1988, par. 60. La Corte ha infatti affermato che l'invalidità di una riserva non preclude, al contrario di quanto previsto dal diritto internazionale generale, che lo Stato sia vincolato dal trattato, inclusa peraltro la disposizione cui ha apposto la riserva invalida (principio dell'*utile per inutile non vitiatur*). Si veda anche Corte EDU, *Grande Stevens v. Italy*, ricorsi n. 18640/10 e altri, sentenza del 4 marzo 2014, par. 211.

¹⁰⁹⁴ Corte EDU, *Matter v. Slovakia*, ricorso n. 31534/96, sentenza del 5 luglio 1999. La Corte ha implicitamente derogato alla regola della *tabula rasa*, affermando che lo Stato succede automaticamente, nei limiti del proprio territorio, agli obblighi pattizi assunti dallo Stato predecessore.

¹⁰⁹⁵ Corte EDU, *Voynov v. Russia*, ricorso n. 39747/10, sentenza del 3 luglio 2018, Opinione concorrente del giudice Elósegui, par. 1: "For the Court, the proportionality test is a tool to secure the protection of Convention rights. It is not an end itself, but a method for weighing Convention rights in the balance where there are conflicting interests between the parties, to ascertain whether or not there has been a violation of a rights, or if an interference by the State with an individual right has been justified".

¹⁰⁹⁶ Ciò sul presupposto che la determinazione del "campo di applicazione" di un diritto e quella del "contenuto" degli obblighi statali che ne derivano sono due operazioni distinte. Si veda L. LAVRYSEN, "The Scope of Rights and the Scope of Obligations", in E. BREMS e J. GERARDS (eds.), *Shaping Rights in the ECHR*, 2013, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 162 ss.

¹⁰⁹⁷ Corte EDU, *Muršić v. Croatia* [GC], ricorso n. 7334/13, sentenza del 20 ottobre 2016, par. 97; Corte EDU, *Wainwright v. the United Kingdom*, ricorso n. 12350/04, sentenza del 26 settembre 2006, par. 43.

(i) *L'espansione del campo di applicazione materiale*

È noto che l'art. 3 CEDU, che sancisce il divieto di tortura e trattamenti o pene inumani e degradanti, riconosce un diritto assoluto, che non può essere oggetto di bilanciamento¹⁰⁹⁸. La determinazione di cosa costituisca tortura o trattamento inumano o degradante deriva sempre dall'esame delle circostanze del caso concreto ma si fonda, principalmente, sulla logica della soglia descritta sopra: qualora la condotta raggiunga una determinata soglia di gravità, rientrerà nel campo di applicazione della disposizione e, non essendo ammesse giustificazioni, costituirà violazione della stessa¹⁰⁹⁹. Tuttavia, vi sono casi in cui la tecnica del bilanciamento emerge anche in tale ambito. Un chiaro esempio è il noto caso *Soering*, in cui la Corte doveva stabilire se l'art. 3 CEDU vietasse agli Stati membri non solo di infliggere essi stessi dei trattamenti inumani e degradanti, ma anche di estradare un individuo verso uno Stato (terzo rispetto alla Convenzione) ove avrebbe corso il rischio di subirli. La Corte ha risolto la questione alla luce degli interessi che si contrapponevano nel caso di specie, affermando che

inherent in the whole Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the individuals' fundamental rights. As movement about the world becomes easier and crimes takes on a larger international dimension, it is increasingly the interest of all nations that suspected offenders who flee abroad should be brought to justice. Conversely, the establishment of safe havens for fugitives would not only result in danger for the State obliged to harbor the protected person but also tend to undermine the foundations of extradition.¹¹⁰⁰

Il bilanciamento è stato poi utilizzato per sostenere che l'attesa indeterminata nel braccio della morte, a seguito di una condanna alla pena della morte, costituisce un trattamento inumano e che, pertanto, gli Stati membri della Convenzione in questa ipotesi non possono procedere all'estradizione¹¹⁰¹.

Una volta stabilito che un atto rientra nel campo di applicazione dell'art. 3, tuttavia, un bilanciamento con esigenze contrapposte per giustificare una limitazione del diritto è, in principio, proibito¹¹⁰². In principio in quanto, nella giurisprudenza della Corte,

¹⁰⁹⁸ Corte EDU, *Gäfgen v. Germany* [GC], ricorso n. 22978/05, sentenza del 1 giugno 2010, par. 107: "The philosophical basis underpinning the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions or justifying factors or balancing of interests, irrespective of the condition of the person and the nature of the offence at issue".

¹⁰⁹⁹ Corte EDU, *Selmouni v. France* [GC], ricorso n. 25804/94, sentenza del 28 luglio 1999, par. 99.

¹¹⁰⁰ Corte EDU, *Soering v. the United Kingdom* [Plenary], cit., par. 88-89.

¹¹⁰¹ M.A. EISSEN, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", in L.E. PETTITI, E. DECAUX e P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 1999, Parigi, Economica, pp. 65 ss., pp. 74-75, per cui la Corte realizza un bilanciamento per stabilire se l'estradizione sia contrario al divieto di trattamenti inumani e degradanti.

¹¹⁰² Corte EDU, *Saadi v. Italy* [GC], ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008, par. 139: "the argument based on the balancing of the risk of harm if the person is sent back against the dangerousness he or she represents to the community if not sent back is misconceived. The concepts of 'risk' and 'dangerousness' in this context do not lend themselves to a balancing test because they are notions that can

sono rinvenibili delle decisioni di segno contrario. Quando, ad esempio, il trattamento inumano consista nel rischio che una persona subirebbe in caso di espulsione verso uno Stato che non è in grado di garantire cure mediche appropriate, la Corte afferma che bisogna bilanciare il diritto dello Stato di espellere gli stranieri con le condizioni mediche che si oppongono all'espulsione¹¹⁰³. Anche in tali ipotesi, tuttavia, il risultato del bilanciamento non è quello di ammettere una limitazione del diritto assoluto, bensì di escludere che la soglia minima di gravità per l'applicazione dell'art. 3 sia stata raggiunta¹¹⁰⁴.

Un altro esempio in cui il bilanciamento è stato implicitamente utilizzato pur nell'ambito della logica della "soglia" è il caso *Bouydin*, in cui la Grande Camera doveva stabilire se uno schiaffo – dunque, una condotta di per sé non particolarmente grave – dato da un agente di polizia a una persona sottoposta interrogatorio rientrasse nel campo di applicazione dell'art. 3 della Convenzione. Sulla base della giurisprudenza della Corte, con molta probabilità, tale soglia non era raggiunta nel caso di specie. Tuttavia, facendo riferimento alla lesione alla dignità umana implicita in qualsiasi utilizzo non necessario della forza da parte delle forze dell'ordine nei confronti di una persona che si trova sotto la loro custodia, la Corte ha ritenuto che la condotta configurasse un trattamento degradante¹¹⁰⁵. La Grande Camera non ha espressamente menzionato il bilanciamento. Tuttavia, ha ampiamente ricostruito l'importanza del principio di dignità umana, tanto nel diritto internazionale quanto nel sistema CEDU, e tale principio è stato utilizzato per estendere il campo di applicazione della disposizione a un'ipotesi, in principio, non coperta.

(ii) La restrizione del campo di applicazione materiale

In determinati casi la Corte ricorre alla logica del bilanciamento anche per escludere dal campo di applicazione di determinate disposizioni convenzionali delle situazioni che, altrimenti, vi rientrerebbero.

Tale approccio può risultare problematico nel momento in cui venga utilizzato per determinare il campo di applicazione di diritti soggetti a eccezioni tassative, come il diritto alla libertà personale e alla sicurezza garantito dall'art. 5 CEDU. Come è noto, l'applicabilità di tale disposizione richiede che la misura statale cui il ricorrente è stato sottoposto raggiunga una soglia di gravità, alla luce della totalità delle circostanze fattuali

only be assessed independently of each other. Either the evidence adduced before the Court reveals that there is a substantial risk if the person is sent back or it does not. The prospect that he may pose a serious threat to the community if not returned does not reduce in any way the degree of risk of ill-treatment that the person may be subject to on return”.

¹¹⁰³ Si veda, ad esempio, Corte EDU, *N. v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 26565/05, sentenza del 27 maggio 2008, par. 44.

¹¹⁰⁴ Corte EDU, *Savran v. Denmark* [GC], ricorso n. 57467/15, sentenza del 7 dicembre 2021, par. 147.

¹¹⁰⁵ Corte EDU, *Bouydin v. Belgium* [GC], ricorso n. 23380/09, sentenza del 28 settembre 2015, par. 88.

e giuridiche del caso, tale da poter essere qualificata come una “deprivation of liberty”¹¹⁰⁶. Una volta che una misura sia qualificata come tale, le possibili giustificazioni della stessa sono espressamente e tassativamente previste dai sotto-paragrafi dell’art. 5, par. 1¹¹⁰⁷. Al di fuori di tali situazioni, e come già affermato dalla Corte in passato, nessun bilanciamento tra il diritto alla libertà personale e gli scopi pur in astratto legittimi perseguiti dalle pubbliche autorità è consentito:

The Court does not accept the Government’s argument that Article 5 § 1 permits a balance to be struck between the individual’s right to liberty and the State’s interest in protecting its population from terrorist threat. [...] If detention does not fit within the confines of the paragraphs as interpreted by the Court, it cannot be made to fit by an appeal to the needs to balance the interests of the States against those of the detainee¹¹⁰⁸.

Tuttavia, tali principi sono stati messi in discussione, sia pur solo implicitamente, nel caso *Austin*, che aveva ad oggetto la misura del *kettling*, ovvero il contenimento fisico di un gruppo di persone che si trovano in uno spazio pubblico da parte delle forze di polizia inglesi, per motivi di sicurezza di ordine pubblico. Nonostante la Corte abbia ribadito che essa non può introdurre eccezioni alla libertà personale non espressamente previste dal testo della disposizione¹¹⁰⁹, essa ha, di fatto, realizzato tale operazione. Ed infatti, nel determinare se la sottoposizione di un individuo alla misura in oggetto raggiungesse la soglia di gravità necessaria a far scattare l’applicabilità *ratione materiae* dell’art. 5 (e, segnatamente, nel determinare se si trattasse di una “privazione della libertà”), la Corte ha introdotto un ragionamento fondato sul bilanciamento degli interessi rilevanti. In primo luogo, infatti, ha sottolineato, riprendendo un elemento tipico della determinazione dello standard da applicare nel giudizio di proporzionalità, che alla polizia deve essere concesso un certo margine di discrezionalità nell’adottare misure volte al mantenimento dell’ordine pubblico¹¹¹⁰. In secondo luogo, ha riconosciuto che, in linea di principio, e alla luce dei criteri ordinariamente applicati, la misura sarebbe stata qualificabile come

¹¹⁰⁶ Corte EDU, *De Tommaso v. Italy* [GC], ricorso n. 43395/09, sentenza del 23 febbraio 2017, par. 80: “[Article 5] is not concerned with mere restrictions on liberty of movement, which are governed by Article 2 of Protocol No. 4. In order to determine whether someone has been “deprived of his liberty” within the meaning of Article 5, the starting-point must be his or her specific situation and account must be taken of a whole range of factors such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. The difference between deprivation and restriction of liberty is one of degree or intensity, and not one of nature or substance”.

¹¹⁰⁷ Tali eccezioni sono tassative (Corte EDU, *Engels and Others v. the Netherlands* [Plenary], ricorsi n. 5100/71 e altri, sentenza dell’8 giugno 1976, par. 57), e soggette a interpretazione restrittiva (Corte EDU, *Ciulla v. Italy* [Plenary], ricorso n. 11152/84, sentenza del 22 febbraio 1989, par. 41).

¹¹⁰⁸ Corte EDU, *A. and others v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 3455/95, sentenza del 19 febbraio 2009, par. 171; Corte EDU, *Jendrowiak v. Germany*, ricorso n. 30060/04, sentenza del 14 aprile 2011, par. 38.

¹¹⁰⁹ Corte EDU, *Austin and others v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 53: “This does not, however, mean that to respond to present-day needs, conditions, views or standards the Court [...] can whittle down an existing right or create a new ‘exception’ or ‘justification’ which is not expressly recognised in the Convention”.

¹¹¹⁰ Ivi, par. 56.

una privazione della libertà personale¹¹¹¹. Tuttavia, la Corte ha ritenuto di dover prendere in considerazione anche il “tipo” di misura e le “modalità della sua esecuzione”¹¹¹². Se tale affermazione è in linea di principio in linea con la giurisprudenza in materia, nel caso concreto tale valutazione si è risolta, di fatto, in un giudizio di proporzionalità, che ha sottolineato che “the measure was imposed to isolate and contain a large crowd, in volatile and dangerous conditions”, e “was the least intrusive and most effective means to be applied”¹¹¹³. A detta della Corte, quindi, gli “specific and exceptional facts of this case” portavano alla conclusione secondo cui la misura non costituisse una privazione della libertà, con ciò rendendo non necessario valutare se essa fosse giustificata alla luce di uno dei sottoparagrafi dell’art. 5, par. 1, della Convenzione¹¹¹⁴. Dato che questi ultimi non consentono di applicare misure privative della libertà personale per motivi di ordine pubblico, al di fuori di soggetti che siano sospettati di aver commesso un reato o di essere in procinto di farlo, il ragionamento sviluppato in relazione al campo di applicazione dell’art. 5 CEDU ha, in concreto, creato un’eccezione implicita, ulteriore rispetto a quelle tassativamente previste, aggirando però tale divieto in quanto, formalmente, la Corte si è limitata ad escludere implicasse l’applicabilità della disposizione¹¹¹⁵.

Meno problematico è, invece, il ricorso al bilanciamento e, in parte, alla teoria dell’abuso del diritto¹¹¹⁶ nella determinazione del campo di applicazione materiale del diritto alla libertà di espressione¹¹¹⁷, garantito dall’art. 10 CEDU. In linea di principio, infatti, quest’ultimo protegge ogni forma di manifestazione del pensiero, incluse quelle che ledano i diritti o la sensibilità di altri soggetti o dello Stato; le restrizioni della stessa, invece, devono essere compatibili con le condizioni indicate nella clausola di limitazione

¹¹¹¹ Ivi, par. 64: “In accordance with the *Engels and Others* criteria, the Court considers that the coercive nature of the containment within the cordon, its duration and its effects on the applicants, in terms of physical discomfort and inability to leave Oxford Circus, point towards a deprivation of liberty”.

¹¹¹² Ivi, par. 65.

¹¹¹³ Ivi, par. 66.

¹¹¹⁴ Ivi, par. 68.

¹¹¹⁵ Si veda, al riguardo, l’opinione dissenziente dei giudici Tulkens, Spielmann e Garlicki, i quali sottolineano come lo scopo di una misura sia irrilevante al fine di determinare se essa implichi una privazione della libertà, in quanto “Article 5 in itself strikes the fair balance inherent in the Convention between the public interest and the individual right to liberty by expressly limiting the purposes which a deprivation of liberty may legitimately pursue” (par. 4), e che, di conseguenza, “there is no reason to treat deprivations of liberty resulting from public-order considerations any differently from other kinds of deprivation of liberty for which this provision is invoked” (par. 5). Si veda anche D. MEAD, *The Right to Protest Contained by Strasbourg: An Analysis of Austin v. UK and the Constitutional Pluralist Issues it Throws Up*, Strasbourg Observers, 17 April 2012: “There is no warrant in any previous decision for the balancing that the Court adopted”.

¹¹¹⁶ Sul rapporto tra bilanciamento e teoria dell’abuso del diritto si veda *supra*, Cap. II, Sez. 2.4.1.

¹¹¹⁷ Si ricordi come il *definitional balancing* sia la tecnica utilizzata dalla Corte suprema statunitense proprio per determinare quali forme di manifestazione del pensiero siano coperte dalla libertà di espressione e quali, in quanto eccessivamente lesive di interessi e valori contrastanti, non lo siano. Si veda *supra*, Cap. II, Sez. 2.2.2.2.

sancita dal secondo paragrafo della disposizione¹¹¹⁸. Tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte vi possono essere sono determinate tipologie di manifestazione del pensiero, come le più gravi forme di *hate speech*, che per la Corte fuoriescono dal campo di applicazione dell'art. 10 sulla base dell'applicazione del divieto di abuso dei diritti convenzionalmente garantiti, sancito dall'art. 17:

Article 17 is [...] only applicable on an exceptional basis and in extreme cases [...]. Its effect is to negate the exercise of the Convention right that the applicant seeks to vindicate in the proceedings before the Court. In cases concerning Article 10 of the Convention, it should only be resorted to if it is immediately clear that the impugned statements sought to deflect this Article from its real purpose by employing the right to freedom of expression for ends clearly contrary to the values of the Convention¹¹¹⁹.

Qualora, dunque, il diritto venga utilizzato per scopi che manifestamente fuoriescono dallo scopo per cui è riconosciuto, in quanto unicamente volto a ledere i diritti e la libertà di altri, il ricorso sarà dichiarato inammissibile in quanto abusivo.

3.4.1.2.2. La determinazione del contenuto dei diritti e degli obblighi convenzionali

La Corte di Strasburgo ricorre alla tecnica del bilanciamento anche per determinare il concreto contenuto dei diritti garantiti dalla Convenzione europea e dei corrispettivi obblighi statali. Questo, in particolare, quanto (i) alla determinazione del *nucleo duro* dei diritti, in quanto tale a sua volta non suscettibile di bilanciamento; (ii) l'individuazione di *diritti impliciti* che, pur non espressamente menzionati, vengono considerati come necessariamente protetti dalla Convenzione; (iii) la determinazione del contenuto e dell'estensione degli *obblighi positivi* di protezione dei diritti convenzionalmente garantiti; e, da ultimo, (iv) l'individuazione di *eccezioni implicite* ai diritti protetti dalla CEDU.

(i) La determinazione del nucleo duro dei diritti convenzionali

Implicita nella teoria del bilanciamento vi è la necessità di evitare che “having recourse to proportionality may result in rendering void the [human] rights when facing public interests”¹¹²⁰. L'idea del *noyau dure* dei diritti umani si basa sulla “justification blocking

¹¹¹⁸ Corte EDU, *Handyside v. the United Kingdom* [Plenary], ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976, par. 49: “Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’”.

¹¹¹⁹ Corte EDU, *Perinçek v. Switzerland* [GC], ricorso n. 7510, sentenza del 15 ottobre 2015, par. 114; Corte EDU, *Lilliendahl v. Iceland*, ricorso n. 29297/18, sentenza del 12 maggio 2020, par. 34.

¹¹²⁰ P. DE SENA, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some ... “Utilitarian” Reflections*, cit., p. 1010.

theory” secondo cui tali diritti sono caratterizzati da una peculiare inviolabilità in ragione del loro carattere non derivativo e fondamentale¹¹²¹.

Secondo l’opinione maggioritaria, la determinazione dell’essenza del diritto, non suscettibile di bilanciamento, è un’operazione distinta dal bilanciamento¹¹²². Tuttavia, secondo altri la stessa determinazione del contenuto del diritto che non può essere oggetto di limitazione costituisce un atto di bilanciamento¹¹²³, in quanto una restrizione che compromette l’essenza del diritto sarebbe sproporzionata per definizione. Infatti, la Corte EDU procede a tale valutazione nell’ambito del giudizio di proporzionalità, sottolineando come “the limitations applied must not restrict or reduce [the right] in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired”¹¹²⁴.

(ii) I diritti impliciti

In alcuni la Corte EDU, sulla base di un’interpretazione teleologica, ma anche di un bilanciamento tra i limiti che derivano dal consenso statale e l’interesse protetto dalla Convenzione alla tutela pratica ed effettiva dei diritti umani, riconosce determinati diritti come *implicitamente protetti* dalla CEDU, in quanto ontologicamente e necessariamente connessi alla tutela di un diritto espressamente riconosciuto.

L’esempio più emblematico è il caso *Golder*, in cui la Corte ha interpretato il testo dell’art. 6 CEDU alla luce dei principi generali del diritto internazionale, e affermato che, nel tutelare il diritto a un giusto processo, esso necessariamente include, come “diritto implicito”, il diritto di accesso al giudice¹¹²⁵.

Più di recente, la teoria dei diritti impliciti, così come applicata nel caso ora citato, è stata utilizzata dal giudice Serghides per giustificare l’estensione degli obblighi positivi in materia ambientale sancita dalla Corte nei casi *Pavlov e altri* e *Kotov e altri*¹¹²⁶. Egli ha sostenuto, in particolare, che il principio della tutela effettiva dei diritti umani giustifichi, oggi, un’interpretazione del diritto alla vita (e all’integrità fisica) garantito dall’art. 8 CEDU tale da includere un “implicito sotto-diritto a un ambiente sano”¹¹²⁷.

¹¹²¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971, Harvard, Harvard University Press.

¹¹²² Corte EDU, *Muhammad and Muhammad v Romania* [GC], cit., Opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque, par. 6; Corte EDU, *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], ricorso n. 16354/06, sentenza del 13 luglio 2012, Opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, nota 32: “the test of proportionality (or ‘reasonableness’ or ‘fair balance’) does not overlap entirely with the protection of the minimum core (or the ‘essence’) of the rights and freedoms at stake”.

¹¹²³ R. ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 325-326; G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., p. 552: “

¹¹²⁴ Corte EDU, *Ashingdane v. the United Kingdom*, ricorso n. 8225/78, sentenza del 28 maggio 1985, par. 57.

¹¹²⁵ Corte EDU, *Golder v. the United Kingdom* [Plenary], ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975, par. 36. Ma si veda l’opinione dissenziente del giudice Sir Fitzmaurice, secondo cui il principio di sovranità e del consenso statale all’assunzione di obblighi internazionali avrebbe imposto di adottare un’interpretazione restrittiva rispetto a una questione non chiara alla luce del testo del trattato (par. 39).

¹¹²⁶ Si veda *infra*, nella Sezione sugli obblighi positivi nella giurisprudenza della Corte EDU.

¹¹²⁷ Corte EDU, *Pavlov and others v. Russia*, n. 31612/09, sentenza dell’11 ottobre 2022, Opinione concorrente del giudice Serghides, par. 11: “It is my further submission that the foundation of the

(iii) *Gli obblighi positivi*

L'esempio più rilevante, in quanto applicato su larga scala alla maggior parte dei diritti garantiti dalla CEDU, di ricorso al bilanciamento per determinare il contenuto degli obblighi convenzionalmente assunti dagli Stati (e, di converso, dei diritti individuali garantiti dalla Convenzione) è costituito dalla giurisprudenza sull'individuazione degli *obblighi positivi* e sulla determinazione del loro contenuto.

Fin dal caso *Osman* la Corte EDU ha riconosciuto che la Convenzione può imporre agli Stati obblighi positivi di proteggere i diritti convenzionalmente garantiti rispetto a condotte che non sono imputabili allo Stato, bensì a terzi. Secondo tale giurisprudenza, il contenuto degli obblighi positivi non può essere ricostruito nel senso di imporre allo Stato oneri sproporzionati rispetto alle proprie capacità e, pertanto, si sostanzia in quelle misure che, alla luce delle circostanze concrete, possono ragionevolmente attendersi dallo stesso¹¹²⁸. Come può facilmente osservarsi, gli obblighi positivi, che costituiscono applicazione al settore dei diritti umani dei principi in materia di obblighi internazionali di *due diligence*¹¹²⁹, sono esattamente il risultato di un bilanciamento tra, da un lato, il generale obbligo degli Stati sancito dall'art. 1 CEDU di rispettare e garantire i diritti sanciti nella Convenzione¹¹³⁰ e, dall'altro lato, la libertà e

environmental protection in the Convention is the norm of effectiveness enshrined in a Convention provision. It is the said norm of effectiveness, as a fundamental matrix or source which nurtures, generates and develops a right, in this case the Article 8 right, taking into account the object and purpose of the Convention, in particular of Article 8, and which right also necessitates and entails the implicit sub-right to a healthy environment which is indispensable for the exercise and enjoyment of the right to respect for one's private life. This sub-right of Article 8 is an implied or implicit or "emergent human right" of an environmental character".

¹¹²⁸ Corte EDU, *Osman v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 23452/94, sentenza del 28 ottobre 1998, par. 116: "bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. [...] In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person [...] it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk".

¹¹²⁹ B. BAADE, "Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights", in H. KRIEGER, A. PETERS e L. KREUZER (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 92 ss., p. 97: "Due diligence is the standard used to determine whether positive human rights obligations, which safeguard a legal interest and are characterized by their generality and initial indeterminacy, have been complied with. [...] this standard of conduct is developed from the even more general standard of reasonableness, which requires striking a fair balance between the individual and community interests involved. The case-by-case balancing that reasonableness requires is applied to the general and indeterminate positive obligation";

¹¹³⁰ Ad esempio, Corte EDU, *Talpis v. Italy*, ricorso n. 41237/14, sentenza del 2 marzo 2017, par. 102: "the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not

sovranità degli Stati nel perseguimento dei propri interessi, e la conseguente discrezionalità che gli stessi mantengono anche nell'adempimento dei propri obblighi internazionali¹¹³¹. Per tali ragioni, un obbligo positivo emergerà quando la Corte ritenga che lo Stato sapeva o poteva sapere (*knew or could have known*) dell'esistenza di un rischio o pericolo¹¹³² per un interesse legalmente protetto dalla Convenzione (un diritto dalla stessa riconosciuto): tanto più il rischio sia prevedibile e l'interesse rilevante¹¹³³, tanto più stringente sarà l'obbligo a carico dello Stato¹¹³⁴. In tali ipotesi, il contenuto dell'obbligo statale si determina alla luce di interessi contrastanti, quali la limitata capacità dello Stato¹¹³⁵ (tenendo a mente, tuttavia, che in alcuni casi gli Stati sono obbligati a fare in modo di avere risorse sufficienti a proteggere determinati diritti, tanto dal punto di vista finanziario, quanto dal punto di vista di una legislazione¹¹³⁶ e un ordinamento giudiziario¹¹³⁷ in grado di proteggere l'interesse in gioco), la discrezionalità dello stesso nello scegliere tra più misure astrattamente idonea a raggiungere il medesimo obiettivo¹¹³⁸, e la necessaria protezione di diritti e interessi contrastanti¹¹³⁹, non solo dello Stato ma anche di altri individui¹¹⁴⁰.

Gli obblighi positivi, in determinati casi, costituiscono uno strumento per aggirare i limiti individuati nella Sezione precedente e incorporare nella Convenzione la protezione di diritti in principio non riconosciuti dalla stessa. Ad esempio, tramite gli obblighi positivi (espressamente definiti di *due diligence*) di tutela del diritto alla vita privata, la Corte è arrivata a integrare nella Convenzione, di fatto, anche la tutela

subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, even administered by private individuals”.

¹¹³¹ B. BAADE, “Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights”, cit., p. 107: “Due diligence is a pragmatic standard that strives to minimize the risks to human rights no matter the source of the risk, but without disproportionately limiting individual freedom or state sovereignty – a sovereignty”; H. KRIEGER e A. PETERS, “Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order”, cit., p. 369.

¹¹³² Corte EDU, *X and others v. Bulgaria* [GC], ricorso n. 22457/16, sentenza del 2 febbraio 2021, par. 183.

¹¹³³ H. KRIEGER e A. PETERS, “Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order”, cit., p. 370.

¹¹³⁴ Corte EDU, *Budayeva and others v. Russia*, ricorsi n. 15539/02 e altri, sentenza del 20 marzo 2008, par. 152.

¹¹³⁵ B. BAADE, “Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights”, cit., p. 101: “States’ sovereign right to manage their own budgets accords them a wide margin of appreciation”.

¹¹³⁶ Corte EDU, *X and others v. Bulgaria*, cit., par. 179: “The positive obligation under Article 3 of the Convention necessitates in particular establishing a legislative and regulatory framework to shield individuals adequately from breaches of their physical and psychological integrity, particularly, in the most serious cases, through the enactment of criminal-law provisions and their effective application in practice”.

¹¹³⁷ Corte EDU, *Sinim v. Turkey*, ricorso n. 9441/10, sentenza del 6 giugno 2017, par. 59: “the duty under Article 2 of the Convention must also be considered to require the State to have in place an effective independent judicial system so as to secure legal means capable of establishing the facts, holding accountable those at fault and providing appropriate redress to the victim”.

¹¹³⁸ Corte EDU, *Opuz v. Turkey*, cit., par. 165; Corte EDU, *Talpis v. Italy*, cit., par. 103.

¹¹³⁹ Corte EDU, *Pavlov and others v. Russia*, cit., par. 75.

¹¹⁴⁰ Corte EDU, *Osman v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 116

dell'ambiente, nonostante, come si è già detto, tale diritto non sia espressamente previsto dal trattato:

The Court reiterates that it is not its task to determine what precise practical steps should have been taken in the present situation to reduce pollution in a more efficient way. However, it is within its jurisdiction to assess whether the State approached the problem with due diligence and gave consideration to all the competing interests. [...]. The Court accordingly finds that the entirety of the material submitted by the parties and examined by the Court allows it to conclude that [...] the authorities did not diligently address the unfavourable environmental situation in Lipetsk and thus failed in their positive obligation to protect the applicants' right to respect for private life, safeguarded by Article 8 of the Convention, during that period.¹¹⁴¹

Infatti, a detta della Corte, l'inquinamento può costituire un'ingerenza nel diritto alla vita privata. A tal fine, è necessario che sia raggiunta una *soglia minima di gravità*, la quale “depends on all the circumstances of the case, such as the intensity and duration of the nuisance and its physical or mental effects on the individual's health or quality of life”¹¹⁴². Nella giurisprudenza iniziale uno dei criteri, pressoché predominante, era la vicinanza della residenza dell'individuo dalla fonte di inquinamento e la dimostrazione di una connessione tra l'inquinamento e un deterioramento della salute o della qualità della vita del ricorrente¹¹⁴³. Più di recente, tuttavia, la Corte ha riconosciuto tale connessione anche in caso di ricorrenti che vivevano a molti chilometri dalla fonte dell'inquinamento, e sulla base dell'esistenza di un mero rischio¹¹⁴⁴. È infatti evidente che, più si estende l'applicabilità dell'art. 8 CEDU a situazioni di rischio, e il conseguente riconoscimento di obblighi positivi di protezione, più la tutela si svincola dall'effettiva integrità psico-fisica del singolo individuo per tutelare, più ampiamente e almeno implicitamente, il diritto a vivere in un ambiente sano.

In alcuni casi, tuttavia, la Corte adotta uno standard meno stringente della ragionevolezza e della proporzionalità nel determinare il contenuto degli obblighi positivi ai sensi della Convenzione. Ad esempio, nella recente sentenza della Grande camera relativa al diritto di ognuno di entrare nel territorio del proprio Stato di cittadinanza, garantito dall'art. 3, Prot. 4, della Convenzione, la Corte si è limitata ad affermare che gli

¹¹⁴¹ Corte EDU, *Pavlov and others v. Russia*, cit., par. 90-91.

¹¹⁴² Corte EDU, *Dubetska and others v. Ukraine*, no. 30499/03, sentenza del 10 febbraio 2011, par. 105.

¹¹⁴³ Corte EDU, *Fadeyeva v. Russia*, ricorso n. 55723/00, sentenza del 9 giugno 2005; Corte EDU, *Tătar v. Romania*, ricorso n. 67021/01, sentenza del 27 gennaio 2009.

¹¹⁴⁴ Corte EDU, *Pavlov and others v. Russia*, cit., par. 68: “Even though it cannot be said, owing to the lack of medical evidence, that the industrial air pollution necessarily caused damage to the applicants' health, the Court considers it established, on the basis of the ample evidence submitted by both parties, including the official reports and the domestic courts' decisions, that living in the area marked by pollution in clear excess of applicable safety standards exposed the applicants to an elevated risk to health”; Corte EDU, *Kotov and others v. Russia*, ricorsi n. 6142/18 e altri, sentenza dell'11 ottobre 2022, par. 107.

Stati hanno l'obbligo di garantire delle più limitate garanzie contro l'abuso e l'arbitrarietà¹¹⁴⁵.

(iv) *Le eccezioni implicite*

Tuttavia, così come il bilanciamento può essere utilizzato con individuare dei diritti impliciti, o per estendere il contenuto degli obblighi statali di tutela dei diritti umani, esso può anche portare, al contrario, a ridurre tale estensione, individuando delle *eccezioni implicite*, pur non espressamente previste dal testo della Convenzione. Così, se rispetto a numerosi diritti convenzionalmente protetti le eccezioni sono espressamente previste dalle rispettive clausole di limitazione, anche i diritti “non condizionati”, ossia sprovvisti di clausole di limitazione, possono subire delle limitazioni giustificate dalla necessità di garantire allo Stato la possibilità di perseguire determinati interessi considerati legittimi, ossia meritevoli di tutela, dalla Corte. Ad esempio, se la Corte ha riconosciuto il diritto di accesso alla giustizia come protetto dall'art. 6 CEDU, ha anche affermato che esso “is not absolute” e che, pertanto, “there is room, apart from the bounds delimiting the very content of any right, for limitations permitted by implication”¹¹⁴⁶. Anche rispetto al diritto all'educazione, di cui all'art. 2, Prot. 1, CEDU, la Corte ha ritenuto che pur in assenza di una clausola di limitazione esso non è un diritto assoluto, in quanto si presta per sua natura a restrizioni che derivano dal bilanciamento con interessi statali o altri diritti protetti dalla Convenzione¹¹⁴⁷. Così, ad esempio, nel caso *Lautsi* la Grande camera della Corte ha ritenuto che le autorità italiane avessero adeguatamente bilanciato l'interesse generale alla tutela della tradizione (secondo cui nelle aule delle scuole pubbliche è apposto il crocefisso) e il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni filosofiche e religiose¹¹⁴⁸. In altri casi, come ad esempio in relazione al diritto alle libere elezioni di cui all'art. 3, Prot. 1, le eccezioni implicite sono consentite dal testo della

¹¹⁴⁵ Corte EDU, *H.F. and others v. France* [GC], cit. par. 272-276.

¹¹⁴⁶ Corte EDU, *Golder v. the United Kingdom* [Plenary], cit. par. 38.

¹¹⁴⁷ Corte EDU, *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* [Plenary], cit., par. 5 (della parte in diritto): “The right to education guaranteed by the first sentence of Article 2 of the Protocol (P1-2) by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals. It goes without saying that such regulation must never injure the substance of the right to education nor conflict with other rights enshrined in the Convention. The Court considers that the general aim set for themselves by the Contracting Parties through the medium of the European Convention on Human Rights, was to provide effective protection of fundamental human rights, and this, without doubt not only because of the historical context in which the Convention was concluded, but also of the social and technical developments in our age which offer to States considerable possibilities for regulating the exercise of these rights. The Convention therefore implies a just balance between the protection of the general interest of the Community and the respect due to fundamental human rights while attaching particular importance to the latter”; Corte EDU, *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], ricorso n. 44774/98, sentenza del 10 novembre 2005, par. 154.

¹¹⁴⁸ Corte EDU, *Lautsi and others v. Italy* [GC], cit., par. 76. Si veda anche l'opinione concorrente del Giudice Rozakis, secondo cui “[t]he main issue to be resolved in this case in the effect of the application of the proportionality test to the facts”.

clausola di limitazione, laddove esso non preveda espressamente quali sono gli interessi che possono giustificare la restrizione del diritto¹¹⁴⁹. La stessa logica si applica quando le eccezioni implicite a un diritto garantito dalla CEDU derivano dall'applicazione di norme di diritto internazionale, principalmente consuetudinario, che riconoscono diritti e facoltà agli Stati¹¹⁵⁰.

Un esempio più recente è la sentenza *Muhammad e Muhammad*, in cui la Grande camera si è pronunciata per la prima volta sulle garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri, previste dall'art. 1, Prot. 7, CEDU. La disposizione sancisce che uno straniero non può essere espulso dallo Stato in cui risiede regolarmente, se non sulla base di una decisione assunta nel rispetto della legge e sempre che gli sia garantito (a) di presentare le proprie ragioni, (b) di richiedere una revisione della decisione e (c) di essere rappresentato dinanzi alle autorità competenti. Il secondo paragrafo aggiunge che l'espulsione può avvenire *prima* (ma, si desume, non senza) che tali garanzie siano concesse, quando realizzata “in the interest of public order or is grounded on reasons of national security”. Dopo aver riconosciuto che il diritto ad accedere ai documenti necessari per preparare la difesa, nel caso concreto negato ai ricorrenti, è tutelato dalla disposizione in oggetto¹¹⁵¹, la Corte ha verificato se vi fossero interessi contrastanti che ne giustificassero la limitazione. Ha quindi affermato che i diritti tutelati dal primo paragrafo devono essere bilanciati con l'interesse alla sicurezza dello Stato, e non possono essere applicati “in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the competent authorities in taking effective measures to counter terrorism and other serious crimes”¹¹⁵², a condizione che le limitazioni non ledano l'essenza stessa di tali garanzie¹¹⁵³. La limitazione, quindi, sarebbe ammissibile se (i) giustificata dalle circostanze e (ii) controbilanciata da garanzie volte a salvaguardare l'essenza del diritto¹¹⁵⁴. Tale ultimo accertamento, secondo la Grande camera, deve essere svolto sulla base di due principi guida, secondo cui le “contro-garanzie” devono essere maggiori quando il volume di informazioni trasmesse al ricorrente è limitato e quando via siano conseguenze negative di particolare rilevanza in capo al ricorrente. In ogni caso, secondo la Corte, bisogna anche

¹¹⁴⁹ Corte EDU, *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece* [GC], ricorso n. 42202/07, sentenza del 15 marzo 2012, par. 64: “Given that Article 3 of Protocol No. 1 is not limited by a specific list of ‘legitimate aims’ such as those enumerated in Articles 8 to 11 of the Convention, the Contracting States are free to rely on an aim not contained in such a list to justify a restriction, provided that the compatibility of that aim with the principle of the rule of law and the general objectives of the Convention is proved in the particular circumstances of the case”.

¹¹⁵⁰ *Infra*, Sez. 3.4.1.3.2.

¹¹⁵¹ Corte EDU, *Muhammad and Muhammad v Romania* [GC], par. 126-128; *contra*, Opinione dissenziente dei giudici Yudkivska, Motoc e Paczolay: “the majority [...] have developed procedural safeguards that not only were never intended by the ‘forefathers’ of the Convention, they are not the subject of a European consensus either”.

¹¹⁵² *Ivi*, par. 132.

¹¹⁵³ *Ivi*, par. 133.

¹¹⁵⁴ *Ivi*, par. 137. Alla Corte EDU spetterebbe, dunque, valutare se le autorità nazionali “duly identified the interests at stake and weighted up the national security interests and the alien’s interests” (par. 143).

tenere conto del fatto che non sussiste un consenso europeo – e, dunque, gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento – in merito al contenuto di tali “contro-garanzie”¹¹⁵⁵. Avendo accertato che alcuna informazione sulle ragioni del procedimento era stata fornita ai ricorrenti, e nonostante il fatto che gli stessi avessero avuto la possibilità di sottoporre la questione alle autorità interne, la Corte ha concluso che “such a safeguard does not suffice in itself to compensate for the limitation of procedural rights” e che, dunque, l’art. 1, Prot. 7, CEDU era stato violato. Quindi, nonostante nel caso concreto la decisione sia stata favorevole al ricorrente, la Grande camera ha ammesso che l’interesse alla sicurezza dello Stato produca un’eccezione implicita alle garanzie procedurali sancite nella disposizione.

3.4.1.2.3. L’interpretazione delle clausole generali

La Corte EDU ricorre al bilanciamento anche per interpretare e applicare le clausole generali contenute in numerose disposizioni della Convenzione.

Nel *Caso linguistico belga* il bilanciamento è stato utilizzato per interpretare l’espressione “discriminazione” di cui all’art. 14 CEDU. La Corte ha affermato che una disparità di trattamento è qualificabile come discriminazione quando non esista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e la misura perseguita¹¹⁵⁶. Una discriminazione, dunque, consiste in un “different treatment, without an objective and reasonable justification, of persons in similar situations”¹¹⁵⁷.

Anche la determinazione della “ragionevole durata del processo”, ai sensi dell’art. 6 CEDU, richiede un bilanciamento tra la durata del processo e la qualità dell’esame della controversia. Tale valutazione non può che essere realizzata alla luce di tutte le circostanze del caso concreto¹¹⁵⁸. Nel pronunciarsi, quindi, sulla violazione o meno di tale obbligo, la Corte è tenuta a realizzare un bilanciamento tra la speditezza del processo e l’interesse alla corretta amministrazione della giustizia¹¹⁵⁹. Tale approccio caratterizza

¹¹⁵⁵ Ivi, par. 146.

¹¹⁵⁶ Corte EDU, *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* [Plenary], cit., p. 32. Si veda anche Corte EDU, *Advisory opinion on the difference in treatment between landowners’ associations “having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters’ association” and landowners’ associations set up after that date*, cit., in cui la Corte ha realizzato i vari step del giudizio di proporzionalità, affermando che al tal fine bisogna verificare che la misura sia adeguata al perseguimento dello scopo legittimo (par. 102), che siano quanto meno prese in considerazione misure alternative meno restrittive (par. 104-105), e che la misura non incida in modo eccessivo sull’interesse sacrificato o, quanto meno, la lesione sia controbilanciata dai altri fattori, quale il pagamento di una compensazione (par. 106-110).

¹¹⁵⁷ Corte EDU, *Observer and Guardian v. the United Kingdom* [Plenary], ricorso n. 13585/88, sentenza del 26 novembre 1991, par. 73.

¹¹⁵⁸ Corte EDU, *Bara and Kola v. Albania*, ricorsi n. 43391/18 e 17766/19, sentenza del 12 ottobre 2021, par. 63: “the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case”.

¹¹⁵⁹ Corte EDU, *Meshcheryakov v. Russia*, ricorso n. 24564/04, sentenza del 3 febbraio 2021, par. 44; Corte EDU, *Boddaert v. Belgium*, ricorso n. 12919/87, sentenza del 12 ottobre 1992, par. 39: “Article 6 [...] commands that judicial proceedings be expeditious, but it also lays down the more general principle

anche la nozione di “speditezza”, di cui all’art. 5, par. 3, secondo cui una persona privata della libertà “shall be brought promptly before a judge or another officer authorised by law to exercise judicial power”¹¹⁶⁰, e l’analoga previsione di essere processato “within a reasonable time” o di essere rilasciato durante la pendenza del giudizio.

Ma il bilanciamento e la proporzionalità sono concetti essenziali anche per quanto riguarda la determinazione di altre clausole generali contenute nelle disposizioni convenzionali, come la stessa nozione di “equo processo” di cui all’art. 6, che viene interpretata dalla Corte prendendo in considerazione la “overall fairness of the proceedings”¹¹⁶¹.

3.4.1.2.4. L’applicazione delle clausole di limitazione

Diverse disposizioni della CEDU sono corredate da espresse clausole di limitazione, le quali stabiliscono che i diritti in esse sanciti possono essere limitati sulla base di misure “previste dalla legge” che siano “necessarie in una società democratica” per il perseguimento di una serie di scopi legittimi espressamente indicati¹¹⁶². Come chiarito fin dal caso *Handyside*, ove la Corte ritenga che sussista un’interferenza nel godimento di uno dei diritti “condizionati”, in quanto corredate da una clausola di limitazione, essa realizza un giudizio di proporzionalità volto a bilanciare le restrizioni rispetto alle ragioni che le giustificano¹¹⁶³. Nel caso *Sunday Time (n.1)*, infatti, la Corte ha precisato la natura del requisito della “necessità in una società democratica”:

of the proper administration of justice. In the circumstances of the case, the conduct of the authorities was consistent with the fair balance which has to be struck between the various aspects of this fundamental requirement”.

¹¹⁶⁰ Al riguardo, la Corte ha fissato un limite massimo (quattro giorni), oltre il quale la disposizione è sempre violata. Tuttavia, ha anche chiarito che, alla luce delle circostanze del caso, anche una durata minore può risultare incompatibile con il requisito della speditezza (Corte EDU, *Gutsanovi v. Bulgaria*, ricorso n. 34529/10, sentenza del 15 ottobre 2013, par. 154-159).

¹¹⁶¹ Corte EDU, *Ibrahim and others v. the United Kingdom* [GC], ricorsi n. 50541/08 e altri, sentenza del 13 settembre 2016, par. 250-251: “250. The right to a fair trial under Article 6 § 1 is an unqualified right. However, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case [...] The Court’s primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings [...] Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident, although it cannot be excluded that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings”. Per una critica di tale approccio, secondo cui l’approccio globale fondato sul bilanciamento finirebbe per elidere, specialmente in materia penale, le più specifiche garanzie procedurali sancite dal terzo paragrafo, si veda A. SAMARTZIS, *Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2021(2) Human Rights Law Review, Vol. 21, pp. 409 ss.

¹¹⁶² Si considerino i par. 2 degli artt. 8-11; i due paragrafi dell’art. 1, Prot. 1, per come interpretati dalla Corte; il par. 3 dell’art. 2, Prot. 4.

¹¹⁶³ Corte EDU, *Handyside v. the United Kingdom* [Plenary], cit., par. 49: “[The Court’s] supervision concerns both the aim of the measure and its “necessity” [...]. This means, among other things, that every “formality”, “condition” “restriction” of “penalty” imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued”.

whilst the adjective ‘necessary’ [...] is not synonymous with ‘indispensable’, neither has it the flexibility of such expressions as ‘admissible’, ‘ordinary’, ‘useful’, ‘reasonable’ or ‘desirable’ and [...] it implies the existence of a ‘pressing social need’.¹¹⁶⁴

Per determinare se la misura può dirsi sorretta da un “pressing social need”, la Corte realizza un giudizio complessivo volto a verificare che essa (1) sia idonea a perseguire lo scopo legittimo, (2) incida nel minor grado possibile nel diritto individuale, e (3) che la limitazione del diritto sia proporzionata rispetto allo scopo. Tuttavia, come indicato, non sempre la Corte svolge in modo separato i tre gli accertamenti, secondo il modello analitico analizzato nel Capitolo secondo.

(i) L’assenza, salvi rari casi, di un test autonomo dell’adeguatezza della misura

In primo luogo, quanto al *test di adeguatezza*, bisogna notare che ogni misura statale la cui legittimità ai sensi della Convenzione sia valutata deve essere volta al perseguimento di uno scopo ritenuto legittimo¹¹⁶⁵. Tuttavia, la Corte tende ad accettare come legittimo pressoché qualsiasi scopo invocato dallo Stato convenuto¹¹⁶⁶ e, in rari casi, riconosce come legittimi anche interessi non espressamente indicati dalla rispettiva clausola di limitazione¹¹⁶⁷. Nell’identificazione dello scopo legittimo, quindi, la Corte tende ad adottare un approccio particolarmente deferente nei confronti delle autorità statali, spesso mettendo in risalto che, in ragione del loro contatto con la società, esse sono maggiormente in grado di individuare gli interessi generali e le misure (in principio) da

¹¹⁶⁴ Corte EDU, *Sunday Times v. the United Kingdom* (n. 1), cit., par. 59; Corte EDU, *Dudgeon v. the United Kingdom*, ricorso n. 7525/76, sentenza del 22 ottobre 1981, par. 53: ““a restriction of a Convention right cannot be regarded as “necessary in a democratic society” [...] unless, amongst other things, it is proportionate to the legitimate aim pursued”.

¹¹⁶⁵ Corte EDU, *Beyeler v. Italy* [GC], ricorso n. 33202/96, sentenza del 5 gennaio 2000, par. 111: “Any interference with the enjoyment of a right or freedom recognised by the Convention must, as can be inferred from Article 18 of the Convention [...] pursue a legitimate aim”.

¹¹⁶⁶ B. ÇALI, “Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)”, cit., par. 18: “the Court continues to defer to States when accepting aims provided by them as legitimate”; A. ZYSSET, “A Culture of Justification or a Culture of Presumption? The Turn to Procedural Review and the Normative Function of Proportionality at the European Court of Human Rights”, cit., p. 227: “the Court treat this [...] step as an exercise of classification rather than justification”.

¹¹⁶⁷ Corte EDU, *S.A.S. v. France* [GC], *S.A.S. v. France* [GC], ricorso n. 43835/11, sentenza del 1 luglio 2014, par. 122, in cui ha ritenuto che il divieto di indossare il velo islamico in pubblico persegua uno scopo legittimo ai sensi del secondo paragrafo dell’art. 9 (quello di “vivere in comunità”). In tale caso è stata la stessa Corte a riconoscere che “[t]he Court’s practice is to be quite succinct when it verifies the existence of a legitimate aim within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 to 11” (par. 114).

adottare per perseguirli¹¹⁶⁸. A volte, peraltro, è stato lo stesso Governo a riconoscere che la misura non perseguisse uno scopo legittimo ai sensi della Convenzione¹¹⁶⁹.

Solo in eccezionalmente la Corte ritiene che lo Stato convenuto non abbia dimostrato che la misura perseguisse uno scopo legittimo, come nel caso della previsione della perdita automatica dell'esercizio della responsabilità genitoriale in conseguenza di una condanna per un reato non legato alla tutela dei minori¹¹⁷⁰, o che lo Stato abbia oltrepassato i limiti delle misure giustificabili sulla base di uno scopo in astratto legittimo¹¹⁷¹. In altri casi, sempre rari, la Corte realizza una valutazione autonoma ed approfondita dell'esistenza di una connessione razionale tra la misura statale e lo scopo asseritamente perseguito, e l'adequatezza della prima a conseguire il secondo. Si pensi al caso *Bayev*, che riguardava una sanzione, imposta nei confronti coppia di attivisti omosessuali che aveva tenuto lezioni di educazione sessuale LGBTI, per l'illecito amministrativo di "promozione in pubblico e tra minori dell'omosessualità". Il Governo invocava, come scopi legittimi, la protezione della morale, della salute pubblica, dello sviluppo demografico e dei diritti dei minori. La Corte ha concluso che la misura non fosse "necessaria in una società democratica" in quanto palesemente inidonea al perseguimento di tali scopi¹¹⁷². Quanto alla protezione della morale, ha ritenuto che il Governo non avesse dimostrato in che modo l'esercizio della libertà di espressione LGBTI potesse ledere la tutela dei valori legati alle "famiglie tradizionali" e che, invece, esse alimentavano pregiudizi che si giustificano impropriamente sulla base della tradizione e della morale. Quanto alla tutela della salute e dello sviluppo demografico, la Corte ha considerato che sanzionare la "promozione dell'omosessualità" fosse una misura

¹¹⁶⁸ Corte EDU, *Beyeler v. Italy* [GC], cit., par. 112: "the national authorities enjoy a certain margin of appreciation in determining what is in the general interest of the community". Questo in particolare con riferimento alle misure adottate nell'"interesse generale" che interferiscono con il diritto di proprietà di cui all'art. 1, Prot. 1. Si veda, ad esempio, Corte EDU, *Balsamo v. San Marino*, ricorsi n. 20319/17 e 21414/17, sentenza dell'8 ottobre 2019, par. 87: "Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to decide what is 'in the public interest'. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment as to the existence of a problem of public concern warranting measures interfering with the peaceful enjoyment of possessions".

¹¹⁶⁹ Corte EDU, *Darby v. Sweden*, ricorso n. 11581/85, sentenza del 23 ottobre 1990, par. 33.

¹¹⁷⁰ Corte EDU, *Sabou et Pircalab c. Romania*, ricorso n. 46572/99, sentenza del 28 settembre 2004, par. 49.

¹¹⁷¹ Corte EDU, *Thlimmenos v. Greece* [GC], ricorso n. 34369/97, sentenza del 6 aprile 2000, par. 47.

¹¹⁷² Corte EDU, *Bayev and others v. Russia*, ricorsi n. 67667/09 e altri, sentenza del 20 giugno 2017, par. 83: "the legal provisions in question do not serve to advance the legitimate aim of the protection of morals, [...] such measures are likely to be counterproductive in achieving the declared legitimate aim of the protection of others".

assolutamente inidonea a raggiungere lo scopo¹¹⁷³. Di recente lo stesso approccio è stato seguito anche dalla Grande camera¹¹⁷⁴.

Peraltro, il margine lasciato alle autorità nell'individuazione degli scopi legittimi e nell'individuazione delle misure idonee a perseguirli varia a seconda dell'importanza degli interessi in gioco. Ad esempio, quando si tratti di misure volte a tutelare l'ambiente o il patrimonio culturale, la Corte si rimette solitamente alla valutazione di adeguatezza delle autorità nazionali¹¹⁷⁵. Lo stesso con riferimento alle misure adottate nel contesto di ampie riforme economiche e sociali, rispetto alle quali la Corte si limita a verificare che esse non siano “manifestly devoid of any reasonable foundation”¹¹⁷⁶.

(ii) I dubbi sull'esistenza di un autonomo test della misura alternativa meno restrittiva

In secondo luogo, anche il test di necessità (cd. *least restrictive alternative test*) non viene sempre realizzato in modo autonomo e separato. Vi sono tuttavia ipotesi in cui, per determinare se la misura sia necessaria in una società democratica, la Corte prende in considerazione l'esistenza di misure alternative, le quali avrebbero consentito il raggiungimento dello scopo, ma ledendo in misura inferiore il diritto individuale in gioco. Nella giurisprudenza sono rinvenibili due versioni di tale test, una sostanziale e una procedurale. Anche se spesso la Corte le menziona entrambe, solitamente ne realizza una sola¹¹⁷⁷.

Secondo la *versione sostanziale*, la misura non supera il test (e, pertanto, è sproporzionata in quanto non necessaria) qualora la Corte ritenga che esistesse e fosse disponibile una misura alternativa, che le autorità avrebbero pertanto dovuto preferire rispetto a quella concretamente adottata¹¹⁷⁸. Tuttavia, nel solco della crescente rilevanza

¹¹⁷³ Ivi, par. 72: “the Court considers it improbable that a restriction on potential freedom of expression concerning LGBT issues would be conducive to a reduction of health risks. Quite the contrary, disseminating knowledge on sex and gender identity issues and raising awareness of any associated risks and of methods of protecting oneself against those risks, presented objectively and scientifically, would be an indispensable part [...] of a general public-health policy”; par. 73: “It is equally difficult to see how the law prohibiting promotion of homosexuality or non-traditional sexual relations among minors could help in achieving the desired demographic targets [...]. Suppression of information about same-sex relationships is not a method by which a negative demographic trend may be reversed”.

¹¹⁷⁴ Corte EDU, *Macaté v. Lithuania* [GC], ricorso n. 61435/19, sentenza del 23 gennaio 2023, par. 216.

¹¹⁷⁵ Corte EDU, *Kozavioglu v. Turkey* [GC], ricorso n. 2334/03, sentenza del 19 febbraio 2009, par. 53.

¹¹⁷⁶ Corte EDU, *Savickis and others v. Latvia* [GC], ricorso n. 49270/11, sentenza del 9 giugno 2022, par. 184: “Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature’s policy choice unless it is ‘manifestly without reasonable foundation’”.

¹¹⁷⁷ E. BREMS e L. LAVRYSEN, *‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, cit., p. 11.

¹¹⁷⁸ Corte EDU, *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], cit., par. 75; Corte EDU, *Nada v. Switzerland* [GC], ricorso n. 10593/08, sentenza del 12 settembre 2012, par. 183: “the possibility of recourse to an alternative measure that would cause less damage to the fundamental right in issue while fulfilling the same aim must be ruled out”.

della sussidiarietà, tale approccio è stato criticato, poiché restringerebbe eccessivamente il margine di apprezzamento statale nella scelta delle misure astrattamente idonee a perseguire i propri scopi¹¹⁷⁹.

Il principio ora menzionato indurrebbe a preferire la *versione procedurale* del test, ove la Corte si accontenta del fatto che il processo decisionale interno abbia preso seriamente in considerazione l'esistenza alternative, e giustificato eventualmente per quale ragione la scelta sia ricaduta su quella concretamente adottata¹¹⁸⁰. Anche tale versione, però, non è pacificamente riconosciuta. Secondo alcuni giudici, infatti, dalle clausole di limitazione annesse a diverse disposizioni della Convenzione non deriverebbe un obbligo procedurale generalizzato di prendere in considerazione (ed escludere) l'esistenza di misure alternative meno restrittive, che invece sorgerebbe solo alla luce di circostanze peculiari¹¹⁸¹. Secondo tale orientamento, quando tale obbligo non sia rinvenibile il test di necessità (per come inteso nella teoria del giudizio di proporzionalità) non sarebbe ammissibile. Chi sostiene tale tesi afferma che, invece, la mancata presa in considerazione di misure alternative sia una delle circostanze da valutare nel giudizio sulla proporzionalità in senso stretto della misura, ma non implicherebbe di per sé che la misura sia sproporzionata e costiusca, quindi, una violazione del diritto preso in considerazione¹¹⁸². Così facendo, tuttavia, si fa collassare il giudizio di necessità, che è un test autonomo del giudizio di proporzionalità, tra i vari elementi del giudizio di proporzionalità *stricto sensu*, che ne costituisce solo l'ultima fase.

(iii) *La tendenza a realizzare una valutazione complessiva nell'ambito del bilanciamento*
Quest'ultimo è, in ogni caso, l'approccio "globale" prevalentemente seguito nella giurisprudenza della Corte. Nella maggior parte dei casi, infatti, le questioni legate all'adequatezza e alla necessità della misura, ove considerate, sono valutate nell'ambito

¹¹⁷⁹ Corte EDU, *Gülbahar Özen and Yusuf Özen v. Turkey*, ricorso n. 64406/09, sentenza del 29 maggio 2018, Opinione concorrente del giudice Lemmens, par. 3: "To suggest that in a given situation only one option, namely the least restrictive one, is valid, without accepting that other, more restrictive options might be equally compatible with the Convention, amounts to disregarding the national authorities' margin of appreciation".

¹¹⁸⁰ Corte EDU, *United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, ricorso n. 27585/13, sentenza del 22 maggio 2018, par. 29: "it was the authorities' duty to reflect on possible alternative solutions and propose other arrangements [...]"; Corte EDU, *Advisory opinion on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date*, richiesta n. P16-2021-002, opinione consultiva del 13 luglio 2022, par. 104-105.

¹¹⁸¹ Corte EDU, *United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, cit., Opinione dissenziente dei giudici Yudkivska, Ranzoni e Ravarani, par. 12.

¹¹⁸² Corte EDU, *Gülbahar Özen and Yusuf Özen v. Turkey*, cit., Opinione concorrente del giudice Lemmens, par. 4: "The choice of the least restrictive measure is thus not a *conditio sine qua non* for the compatibility with the Convention of the measure adopted, but the failure to adopt a less restrictive measure is an element, among others, that may lead to the conclusion that the measure actually adopted was not "necessary".

della fase della proporzionalità in senso stretto¹¹⁸³. Lo stesso contenuto di tale valutazione complessiva di proporzionalità, però, non è sempre costante. In alcuni casi la Corte afferma che il bilanciamento deve essere realizzato, in generale, tra il diritto individuale e l'interesse legittimo posto a fondamento della limitazione¹¹⁸⁴; in altri, che il bilanciamento deve essere realizzato tra il *diritto* convenzionalmente garantito e la *necessità* di imporre una restrizione al medesimo¹¹⁸⁵. Il ragionevole rapporto di proporzionalità, poi, è richiesto in alcuni casi nell'ambito del rapporto tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito¹¹⁸⁶; in altri con riferimento al rapporto tra i mezzi usati e la limitazione del diritto e, quindi, il pregiudizio arrecato all'individuo¹¹⁸⁷. Sia pur formulato con riferimento all'art. 10, l'approccio seguito dalla Corte nel valutare la proporzionalità di una misura è il seguente:

The adjective “necessary” in Article 10 § 2 implies the existence of a pressing social need. The High Contracting Parties have a margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the law and the decisions that apply it, even those given by independent courts. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restriction” can be reconciled with freedom of expression.

The Court’s task is not to take the place of the competent national authorities but to review the decisions that they made under Article 10. This does not mean that the Court’s supervision is limited to ascertaining whether these authorities exercised their discretion reasonably, carefully and in good faith. The Court must rather examine the interference in the light of the case as a whole and determine whether it was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it were relevant and sufficient. In doing so, the Court has to satisfy itself that these

¹¹⁸³ B. ÇALI, “Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)”, cit., par. 122: “the Court uses democratic necessity and proportionality as a combined test in its case law”. Per una critica: Corte EDU, *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], Opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque; Corte EDU, *Voynov v. Russia*, ricorso n. 39747/10, Opinione concorrente della giudice Elósegui, par. 1.

¹¹⁸⁴ Corte EDU, *Sporrong and Lönnroth* [Plenary], ricorsi n. 7151/75 e 7152/75, sentenza del 23 settembre 1982, par. 69: “the Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights”; Corte EDU, *Vogt v. Germany*, ricorso n. 17851/91, sentenza del 26 settembre 1995, par. 53.

¹¹⁸⁵ Corte EDU, *Klass v. Germany* [Plenary], cit., par. 59: “a balance must be sought between the exercise by the individual of the right guaranteed to him under paragraph 1 [...] and the necessity under paragraph 2 [...]”; Corte EDU, *Murray v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 14301/88, sentenza del 28 ottobre 1994, par. 91.

¹¹⁸⁶ Corte EDU, *Jahn and others v. Germany* [GC], ricorsi n. 46720/99 e altri, sentenza del 30 giugno 2007, par. 93: “here must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”.

¹¹⁸⁷ Corte EDU, *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, ricorsi n. 7601/76 e 7806/77, sentenza del 13 agosto 1981, par. 63 e 65: “the detriment suffered [...] went further than was required to achieve a proper balance between the conflicting interests of those involved and cannot be regarded as proportionate to the aims pursued”; Corte EDU, *Dudgeon v. the United Kingdom* [Plenary], cit., par. 60: “On the issue of proportionality, the Court considers that such justifications as there are for retaining the law in force unamended are outweighed by the detrimental effects which the very existence of the legislative provisions in question can have on the life of a person of homosexual orientation like the applicant”; Corte EDU, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, cit., par. 89-93.

authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and relied on an acceptable assessment of the relevant facts.¹¹⁸⁸

Pur se l'approccio della Corte non è sempre costante, nell'ambito del giudizio di proporzionalità essa tende a prendere in considerazione l'intensità dell'interferenza con il diritto individuale, l'importanza del diritto in questione alla luce delle circostanze del caso concreto, il fatto le autorità interne abbiano fornito della "ragioni rilevanti e sufficienti" quanto all'esistenza di un "bisogno sociale" di adottare la misura in questione e si siano fondate su un ragionevole e corretto accertamento dei fatti del caso, nonché le garanzie procedurali riconosciute all'individuo nel corso della procedura, le quali devono quanto meno consentire di poter addurre le proprie ragioni nel corso della procedura.

Alcuni ritengono che vi siano ipotesi in cui la Corte non realizzi affatto un bilanciamento, pur nell'applicare le clausole di limitazione. Ciò in quei casi in cui afferma che non sussiste un "pressing social need" che giustifica la limitazione del diritto¹¹⁸⁹. In realtà, la giurisprudenza conferma che tale ragionamento costituisce, esso stesso, un bilanciamento¹¹⁹⁰. La Corte individua l'importanza in astratto dei diritti: tanto più il diritto è rilevante, tanto più deve essere intenso il "pressing social need". Si considerino, ad esempio, i casi in materia di libertà di pensiero e di espressione, ai sensi degli artt. 9 e 10 CEDU, in cui la Corte sottolinea che essi costituiscono valori fondamentali di una società democratica¹¹⁹¹. Di conseguenza, le eccezioni devono essere ricostruite in modo restrittivo¹¹⁹²: ciò vuol dire lo scopo legittimo e il bisogno di proteggerlo devono essere particolarmente stringenti per avere un peso sufficiente nel bilanciamento¹¹⁹³.

(iv) La recente tendenza alla "revisione procedurale"

Infine, bisogna sottolineare la tendenza recente della Corte a limitarsi ad una *revisione procedurale* del procedimento, amministrativo, giudiziario o legislativo, nell'ambito del quale il bilanciamento è stato realizzato *sul piano interno*. Tale tendenza tende ad enfatizzare il ruolo del principio di sussidiarietà e del margine di apprezzamento nazionale e, di conseguenza, la responsabilità primaria della autorità interne a garantire il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e il ruolo di monitoraggio ultimo svolto dalla Corte. In molti casi ciò implica che la Corte rinuncia a realizzare essa stessa il bilanciamento, e anche a pronunciarsi sul se il bilanciamento realizzato a livello interno

¹¹⁸⁸ Corte EDU, *Perinçek v. Switzerland* [GC], cit., par. 196.

¹¹⁸⁹ B. ÇALI, "Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)", cit., par. 20-21.

¹¹⁹⁰ L. CARILOU, "The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights", in E. BREMS (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, 2008, Antwerp, Intersentia, pp. 249 ss.

¹¹⁹¹ Corte EDU, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], ricorsi n. 21279/02 e 36448/02, sentenza del 22 ottobre 2007, par. 45.

¹¹⁹² Corte EDU, *Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, cit., par. 65.

¹¹⁹³ Ivi, par. 67: "the interference complained of did not correspond to a social need sufficiently pressing to outweigh the public interest in freedom of expression".

sia compatibile con gli obblighi derivanti dalla Convenzione¹¹⁹⁴; nel caso in cui il risultato sia stato raggiunto sulla base di una procedura trasparente, legittima, nell'ambito della quale la giurisprudenza della Corte sia stata presa in considerazione, il risultato concreto nel merito non sarebbe rilevante o, meglio, si presume che esso realizzi un bilanciamento adeguato anche nel merito¹¹⁹⁵.

Certamente tale approccio, come si vedrà anche più avanti, è volto a favorire la democratizzazione dei procedimenti legislativi interni e la legittimazione dei suoi risultati, nonché la maggiore responsabilizzazione delle autorità amministrative e giudiziarie. Tuttavia, non può non rilevarsi come “the very function of human rights is to counter-balance majority decisions: [t]his cannot be done by reviewing the procedure only”¹¹⁹⁶. Si pensi, ad esempio, al celebre caso *S.A.S. c. Francia*, in cui la Corte non ha

¹¹⁹⁴ Si vedano, ad esempio, Corte EDU, *Axel Springer AG v. Germany* [GC], ricorso n. 39954/08, sentenza del 7 febbraio 2012, par. 88: “Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court’s case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts” (in materia di bilanciamento tra libertà di espressione e tutela nella vita privata, nei casi di discorsi d’odio); Corte EDU, *Pavlov and others v. Russia*, cit., par. 76: “As in other cases concerning serious industrial pollution, in assessing whether the national authorities performed a balancing exercise in accordance with Article 8 of the Convention, the Court in the present case will examine primarily, although not exclusively, the findings of the domestic courts [...]. As a general rule, where domestic proceedings have taken place, it is not the Court’s task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and it is for the latter to establish the facts on the basis of the evidence before them [...]. However, it reiterates in this connection that, being sensitive to the subsidiary nature of its role and cautious about taking on the role of a first-instance tribunal of fact, the Court nevertheless is not bound by the findings of domestic courts and may depart from them where this is rendered unavoidable by the circumstances of a particular case [...]. It is the Court’s function to review the reasoning adduced by domestic judicial authorities from the point of view of the Convention and to determine whether the national authorities have struck a fair balance between the competing interests of different private actors in this sphere” (in materia ambientale); Corte EDU, *Otite v. the United Kingdom*, ricorso n. 18339/19, sentenza del 27 settembre 2022, par. 40 e la giurisprudenza ivi citata (in materia di espulsione di stranieri regolarmente residenti); Corte EDU, *Advisory opinion on the difference in treatment between landowners’ associations “having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters’ association” and landowners’ associations set up after that date*, cit., par. 84, in cui la Corte ha chiarito in modo particolarmente dettagliato gli step del giudizio di proporzionalità ai sensi dell’art. 1 del Protocollo 1, chiarendo che sarà poi il giudice interno remittente a dover procedere all’applicazione in concreto dello stesso; Corte EDU, *A.M. v. Norway*, ricorso n. 30254/18, sentenza del 24 marzo 2022, par. 134: “the Court takes note that the case, while it was clearly the applicant that had been put in a difficult situation, nonetheless required an examination of the interests of all the parties involved, and to some degree also a balancing of conflicting interests. That balancing exercise was, in the Court’s assessment, also meticulously carried out by the Borgarting High Court and the Court finds that the outcome must be considered to fall within the margin of appreciation afforded to domestic authorities in cases such as the present” (in materia di gestazione per altri e riconoscimento della genitorialità del genitore intenzionale).

¹¹⁹⁵ A. ZYSSET, “A Culture of Justification or a Culture of Presumption? The Turn to Procedural Review and the Normative Function of Proportionality at the European Court of Human Rights”, cit., p. 225; A. NUSSBERGER, “Procedural Review by the ECHR: View from the Court”, in E. BREMS e J. GERARDS, (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, 2017, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 161 ss., p. 174; A. ZYSSET, “A Culture of Justification or a Culture of Presumption? The Turn to Procedural Review and the Normative Function of Proportionality at the European Court of Human Rights”, cit., p. 228: “a majoritarian approach to the democratic process cannot simply be presumed to have respected the right to justification of its subjects”.

¹¹⁹⁶ Ivi, p. 167.

valutato se il divieto di indossare il velo islamico in Francia fosse giustificato alla luce di un bilanciamento delle esigenze, tra cui quella di “living together”, limitandosi a rilevare come “in matters of general policy [...] the role of the domestic policy-maker should be given special weight”¹¹⁹⁷.

In altri casi, invece, tale revisione procedurale sembra addirittura perdere di vista l’obiettivo suindicato. Si consideri la recente sentenza della Grande camera nel caso *L.B. c. Ungheria*, in cui la stessa ha ritenuto che la misura oggetto del giudizio – la pubblicazione dei dati del ricorrente, debitori nei confronti dell’agenzia fiscale ungherese, sul sito internet di quest’ultima, “is not in itself problematic”¹¹⁹⁸. Tuttavia, sulla base di una revisione astratta del procedimento legislativo che ha condotto all’adozione della legge in materia¹¹⁹⁹, la Corte è arrivata a tale conclusione sulla base della circostanza per cui il Parlamento non avrebbe indicato in modo adeguato le ragioni a giustificazione della legge e i criteri del bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti¹²⁰⁰. Nel far ciò, la Corte ha ritenuto in astratto “non problematica” una misura che si applica automaticamente a tutti i contribuenti inadempienti nei confronti del fisco, indipendentemente da una valutazione della proporzionalità nel caso concreto della misura. – circostanza, questa, senza dubbio problematica alla luce della giurisprudenza della Corte, ma ha ritenuto che vi fosse una violazione per il semplice fatto che il Parlamento non abbia giustificato adeguatamente la propria decisione¹²⁰¹.

3.4.1.2.5. L’applicazione della clausola di deroga

Il bilanciamento viene stato utilizzato dalla Corte in relazione all’applicazione della clausola di deroga di cui all’art. 15 CEDU, posto che le misure adottate per fronteggiare una minaccia per la vita della Nazione devono limitarsi “to the extent strictly required by the exigencies of the situation”. In tale ambito, tuttavia, il margine di apprezzamento è particolarmente ampio. La Corte, infatti, riconosce un ampio margine di discrezionalità

¹¹⁹⁷ Corte EDU, *S.A.S. v. France* [GC], cit., par. 154.

¹¹⁹⁸ Corte EDU, *L.B. v. Hungary* [GC], ricorso n. 36345/16, sentenza del 9 marzo 2023, par. 130.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*: “the Court must assess the legislative choices which lay behind the impugned interference and whether the legislature weighed up the competing interests at stake, given the inclusion of personal data such as a home address. In that context the quality of the parliamentary review of the necessity of the interference is of central importance in assessing the proportionality of a general measure [...] In this regard, as stated above, the central question is not whether less restrictive rules should have been adopted, but whether the legislature acted within the margin of appreciation afforded to it in adopting the general measure and striking the balance it did”.

¹²⁰⁰ *Ivi*, par. 139: “the Court is not satisfied, notwithstanding the margin of appreciation of the respondent State, that the reasons relied on by the Hungarian legislature [...] although relevant, were sufficient to show that the interference complained of was ‘necessary in a democratic society’ and that the authorities of the respondent State struck a fair balance between the competing interests at stake”.

¹²⁰¹ Sul punto, si vedano l’Opinione concorrente del giudice Küris, secondo cui la violazione avrebbe dovuto fondarsi sul carattere indiscriminato della misura, e sull’assenza del potere delle autorità di valutarne la necessità nel singolo caso concreto, e quella parzialmente concorrente e parzialmente concordante del giudice Serghides, che sottolinea l’assenza di proporzionalità *stricto sensu* della misura, sulla base degli stessi rilievi.

agli Stati (ma non di arbitrio) nel determinare quando una circostanza costituisca un pericolo per la vita della Nazione¹²⁰². Laddove la Corte esamini la validità nel merito di una deroga, si limita a verificare che le autorità nazionali non abbiano ecceduto i limiti di tale margine¹²⁰³, prendendo in considerazione la natura dei diritti ristretti, le ragioni della deroga, e la durata della situazione di emergenza¹²⁰⁴, nonché il fatto che l'essenza dei diritti derogati non sia compromessa¹²⁰⁵.

3.4.1.3. La soluzione dei conflitti

Infine, il bilanciamento viene utilizzato dalla Corte EDU come tecnica di soluzione dei conflitti normativi tra diritti garantiti dalla Convenzione (Sez. 2.4.1.3.1.) o tra i diritti garantiti dalla Convenzione e altre norme di diritto internazionale (Sez. 2.4.1.3.2.).

3.4.1.3.1. I conflitti interni

La Corte europea procede a un bilanciamento tra i diritti garantiti dalla Convenzione, spesso laddove si tratti di applicare clausole di limitazione che prevedono la possibilità di limitare i diritti sulla base dell'esigenza di proteggere i diritti di altri. Tale bilanciamento può essere realizzato tanto (i) tra diritti diversi di diversi soggetti, quanto (ii) tra lo stesso diritto ma di soggetti diversi o, infine, (iii) tra diversi diritti dello stesso soggetto.

(i) I conflitti tra diritti diversi di diversi soggetti

Il bilanciamento come tecnica di soluzione dei conflitti normativi tende a confondersi con il bilanciamento interpretativo nelle ipotesi in cui è la stessa clausola di limitazione a prevedere che un diritto possa essere limitato per tutelare i diritti altrui. Esempi tipici sono i casi in cui l'esercizio della libertà di espressione, garantita dall'art. 10 CEDU, può risultare lesivo di diritti di altri soggetti protetti dall'art. 8 – come la reputazione¹²⁰⁶ o

¹²⁰² Corte EDU, *Ireland v. the United Kingdom* [Plenary], cit., par. 207: "It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for 'the life of [its] nation', to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 [...] leaves those authorities a wide margin of appreciation. Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of the States' engagements (Article 19) [...], is empowered to rule on whether the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis [...] The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision".

¹²⁰³ Corte EDU, *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* [Planary], ricorsi n. 14553/89 e 14554/89, sentenza del 26 maggio 1993, par. 45.

¹²⁰⁴ Ivi, par. 43.

¹²⁰⁵ Corte EDU, *Aksoy v. Turkey*, ricorso n. 21987/93, sentenza del 18 dicembre 1996, par. 71-84.

¹²⁰⁶ Corte EDU, *Axel Springer AG v. Germany* [GC], cit., par. 84: "When examining the necessity of an interference in a democratic society in the interests of the "protection of the reputation or rights of others", the Court may be required to verify whether the domestic authorities struck a fair balance when

anche l'integrità psico-fisica, messa in pericolo dai discorsi d'odio¹²⁰⁷ – e dall'art. 9, in particolare la libertà religiosa.

Quanto al bilanciamento tra libertà di espressione e libertà religiosa, si consideri il caso *Wingrove*, relativo al divieto di distribuzione di un cortometraggio dal contenuto asseritamente blasfemo, ritenuto quindi in contrasto con la libertà religiosa di coloro che avrebbero potuto esserne offesi. La Commissione aveva considerato che non vi fossero “particularly concerning reasons” per il divieto, dato che il video avvertiva del proprio contenuto e sarebbe stato vietato ai minori; dunque, la restrizione era sproporzionata rispetto allo scopo. Secondo la Corte, invece, alla luce del margine di apprezzamento statale e del consenso europeo in materia, la misura era necessaria a tutelare il diritto della comunità cristiana a non veder offendere la propria religione¹²⁰⁸.

Quanto al bilanciamento tra libertà di espressione e diritto alla vita privata, può citarsi il caso *Delfi*, che riguardava l'eventuale responsabilità dell'*internet service provider* per commenti pubblicati online (anonimamente e no), che costituiscano forme di incitamento all'odio e alla violenza. Avendo la Corte ritenuto che l'attività del *provider* costituisce una forma di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero¹²⁰⁹, essa ha notato che esisteva un conflitto tra due diritti che “deserve equal respect”¹²¹⁰. Pertanto, la Corte si è pronunciata alla luce dell'intensità dell'interferenza, nell'uno e nell'altro diritto, nel caso concreto¹²¹¹. Secondo Alexy, nel sottolineare il carattere illegale dei discorsi d'odio, e i notevoli rischi che derivano dalla loro diffusione *online*, la Corte ha qualificato l'interferenza nel diritto di cui all'art. 8 CEDU come particolarmente intensa¹²¹². Ha poi ritenuto che la misura (la responsabilità del *service provider*) fosse necessaria al fine di tutelare la personalità delle vittime, posto che altre possibili misure non risultano altrettanto efficaci¹²¹³. Pertanto, la restrizione della libertà di espressione del *provider* non risultava sproporzionata rispetto allo scopo¹²¹⁴, anche in quanto la

protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in certain cases, namely, on the one hand, freedom of expression protected by Article 10 and, on the other, the right to respect for private life enshrined in Article 8”.

¹²⁰⁷ Corte EDU, *Perniçek v. Switzerland* [GC], cit., par. 198-199.

¹²⁰⁸ Corte EDU, *Wingrove v. the United Kingdom*, cit., par. 57: “there is as yet not sufficient common ground in the legal and social orders of the member States of the Council of Europe to conclude that a system whereby a State can impose restrictions on the propagation of material on the basis that it is blasphemous is, in itself, unnecessary in a democratic society”.

¹²⁰⁹ Corte EDU, *Delfi AS v. Estonia* [GC], cit., par. 110.

¹²¹⁰ Ivi, par. 110 e 139.

¹²¹¹ R. ALEXY, *The Responsibility of Internet Service Providers for Readers' Comments. Argumentation and Balancing in the Case of Delfi AS v. Estonia*, cit., p. 208.

¹²¹² Ivi, p. 209.

¹²¹³ Corte EDU, *Delfi AS v. Estonia* [GC], cit., p. 211.

¹²¹⁴ Ivi, par. 153: “The Court does not consider that the imposition on the applicant company of an obligation to remove from its website, without delay after publication, comments that amounted to hate speech or incitement to violence, and were thus clearly lawless on their face, amounted, in principle, to a disproportionate interference with its freedom of expression”.

società ricorrente otteneva un vantaggio economico dall'attività di pubblicazione¹²¹⁵, e in ragione dell'importo limitato della sanzione. Di recente, peraltro, la Corte ha espressamente chiarito i principi applicabili al bilanciamento tra i diritti garantiti dagli artt. 8 e 10¹²¹⁶.

(ii) I conflitti tra lo stesso diritto di diversi soggetti

A volte è lo stesso diritto, di soggetti diversi, che deve essere bilanciato. Ciò emerge in particolare nei casi in materia di art. 8 CEDU.

Nel celebre caso *Evans*, in cui alla ricorrente era stato precluso l'impianto di embrioni congelati in quanto il suo precedente compagno aveva revocato il proprio consenso, emergeva un conflitto tra il diritto alla vita privata di due diversi soggetti: il diritto della ricorrente di diventare genitore; quello dell'ex compagno di revocare il consenso¹²¹⁷, conflitto risolto dalla Corte sulla base di un bilanciamento, che l'ha portata a concludere che il diritto della ricorrente a diventare genitore non potesse prevalere sul secondo¹²¹⁸.

Ancora più evidente è tale conflitto nei casi che coinvolgono minori, in cui il diritto alla vita privata e familiare degli stessi in conflitto con quelli dei genitori o di altri soggetti. Il bilanciamento, in questo caso, viene realizzato alla luce del principio dei *best interests of the child*, sancito all'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e considerato dalla Corte come norma di diritto internazionale generale¹²¹⁹. Per tale

¹²¹⁵ Ivi, par. 144.

¹²¹⁶ Corte EDU, *Perinçek v. Switzerland* [GC], cit., par. 198: "The general principles applicable to cases in which the right to freedom of expression under Article 10 of the Convention has to be balanced against the right to respect for private life under Article 8 of the Convention [...] can be summarised as follows. (i) In such cases, the outcome should not vary depending on whether the application was brought under Article 8 by the person who was the subject of the statement or under Article 10 by the person who has made it, because in principle the rights under these Articles deserve equal respect. (ii) The choice of the means to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the High Contracting Party's margin of appreciation, whether the obligations on it are positive or negative. [...] (iii) Likewise, under Article 10 of the Convention, the High Contracting Parties have a margin of appreciation in assessing whether and to what extent an interference with the right to freedom of expression is necessary. (iv) The margin of appreciation, however, goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by independent courts. In exercising its supervisory function, the Court does not have to take the place of the national courts but to review, in the light of the case as a whole, whether their decisions were compatible with the provisions of the Convention relied on (v) If the balancing exercise has been carried out by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for theirs".

¹²¹⁷ Corte EDU, *Evans v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 90.

¹²¹⁸ Tuttavia, dato che alla ricorrente sarebbe stato precluso in assoluto di diventare genitore (in quanto divenuta sterile), il diritto della stessa è stato di fatto compresso totalmente. Si guardi l'opinione dissenziente dei giudici Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann e Ziemele, secondo cui "[r]endering empty or meaningless a decision of one of the two parties cannot be considering as balancing the interests" (par. 7).

¹²¹⁹ Corte EDU, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], ricorso n. 41615/07, sentenza del 6 luglio 2007, par. 135: "The Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount".

ragione, gli interessi dei minori hanno in principio un peso maggiore, su cui solo contro-interessi particolarmente rilevanti dei genitori possono prevalere¹²²⁰.

(iii) I conflitti tra diritti diversi di uno stesso soggetto

Vi sono situazioni in cui il caso sottoposto alla Corte solleva un problema di conflitto tra diversi diritti di un medesimo soggetto.

Un chiaro esempio riguarda i soggetti detenuti che, per varie ragioni, decidano di intraprendere uno sciopero della fame, con ciò creando volontariamente un pericolo per la propria integrità fisica e per la propria stessa vita. Secondo la giurisprudenza della Corte, infatti, l'alimentazione forzata di un detenuto in sciopero della fame può costituire una forma di trattamento inumano e degradante, in contrasto con l'art. 3. Allo stesso tempo, tuttavia, il diritto alla vita garantito dall'art. 2 CEDU implica il sorgere di obblighi positivi di protezione. Secondo la Corte, questo conflitto non è in sé risolvibile ai sensi della Convenzione:

The Court notes that in previous case-law the Commission held that the 'forced-feeding of a person does involve degrading elements which in certain circumstances may be regarded as prohibited by Article 3 of the Convention'. When, however, as in the present case, a detained person maintains a hunger strike this may inevitably lead to a conflict between an individual's right to physical integrity and the High Contracting Party's positive obligation under Article 2 of the Convention – a conflict which is not solved by the Convention itself'.¹²²¹

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte ha poi indicato dei criteri per risolvere tale conflitto, avendo affermato che laddove l'alimentazione forzata sia disposta in caso di estrema necessità medica di salvare la vita della persona, la decisione sia adottata nel rispetto di sufficienti garanzie procedurali, e l'amministrazione del trattamento sia effettuata con modalità compatibili con il rispetto della dignità umana, il trattamento non sarà considerato degradante e, quindi, sarà compatibile con l'art. 3 della Convenzione¹²²².

Una situazione simile si verifica più in generale quando gli obblighi positivi di protezione della vita di un soggetto da condotte autolesionistiche entrano in contrasto con il diritto all'autodeterminazione, protetto dall'art. 8 della Convenzione¹²²³.

¹²²⁰ Si veda, tra le tante, Corte EDU, *Strand Lobben and others v. Norway* [GC], cit., par. 206: "In instances where the respective interests of a child and those of the parents come into conflict, Article 8 requires that the domestic authorities should strike a fair balance between those interests and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child".

¹²²¹ Corte EDU, *Nevmerhitsky v. Ukraine*, ricorso n. 54825/00, sentenza del 5 aprile 2005, par. 93.

¹²²² Corte EDU, *Özgül c. Turquie*, ricorso n. 7715/02, decisione del 6 marzo 2007.

¹²²³ Si veda, tra le tante, Corte EDU, *Renolde c. France*, ricorso n. 5608/05, sentenza del 16 ottobre 2008, par. 83: "La Cour a déjà eu l'occasion de souligner que les détenus sont en situation de vulnérabilité et que les autorités ont le devoir de les protéger [...]. De même, les autorités pénitentiaires doivent s'acquitter de leurs tâches de manière compatible avec les droits et libertés de l'individu concerné. Des mesures et précautions générales peuvent être prises afin de diminuer les risques d'automutilation sans empiéter sur l'autonomie individuelle".

3.4.1.3.2. I conflitti esterni

In alcuni casi la Corte ricorre al bilanciamento come tecnica per determinare il rapporto che sussiste tra i diritti garantiti dalla Convenzione e altre norme di diritto internazionale, qualora gli obblighi CEDU entrino in contrasto effettivo o potenziale con obblighi (o diritti) derivanti dal diritto internazionale generale o da altri trattati. La necessità di procedere a un bilanciamento alla luce delle circostanze del caso concreto deriva dal fatto che dall'assenza di una gerarchia normativa nell'ordinamento internazionale, con la conseguenza che i diritti umani non prevalgono, in quanto tali, su altri obblighi internazionali:

despite their universality, human rights are still governed by international law, and under international law as such they do not bear any specific character that would allow to weigh more than other rules of international law in general.¹²²⁴

In assenza di criteri specifici per risolvere i conflitti tra diverse norme di diritto internazionale, il bilanciamento può allora assumere “the shape of a criterion for balancing human rights principles with some conflicting legal rules, traditionally intended to protect the *raison d'État*”¹²²⁵. In numerosi casi, tale conflitto finisce per restringere l'ambito dei diritti convenzionalmente garantiti. Ed infatti, pur invocando il bilanciamento, quando vengano in gioco norme di diritto internazionale generale, in particolare volte a tutelare diritti sovrani, la Corte tende implicitamente a trattarlo come “gerarchicamente superiore” rispetto alla CEDU¹²²⁶. Si è detto anche che, formalmente, in tali ipotesi la Corte *interpreta* il contenuto delle disposizioni convenzionali; tuttavia, di fatto, risolve il conflitto che insorga tra queste e altre norme di diritto internazionale: l'esito sarà una regola che tenga conto del bilanciamento tra la tutela dei diritti convenzionali e la sovranità statale.

(i) Il diritto degli Stati di controllare le proprie frontiere

Si pensi alle ipotesi in cui, in assenza di previsione testuale, i diritti garantiti dalla Convenzione risultano ristretti dal diritto degli Stati, derivante dal diritto consuetudinario, di controllare le proprie frontiere e di adottare norme che disciplinino l'immigrazione. Nel caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali* la Corte ha infatti affermato per la prima volta che

¹²²⁴ E. HENNEQUET, “*Jus Cogens and Human Rights, Interactions Between Two Factors of Harmonisation of International Law*”, in N. Weiß e J.M. THOUVENIN (eds.), *The Influence of Human Rights on International Law*, 2015, Cham–Heidelberg–New York–Dordrecht–Londra, Springer, pp. 13 ss., p. 14.

¹²²⁵ P. DE SENA, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some ... “Utilitarian” Reflections*, cit., p. 1016.

¹²²⁶ K. CROW, *A Taxonomy of Proportionality in International Courts*, cit., p. 9, secondo cui la Corte “avoid[s] applying proportionality when cases potentially concern international law that is ‘hierarchically superior’ to the treaties on which those courts are established”.

the Court cannot ignore that the present case is concerned not only with family life but also with immigration and [...] as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory.¹²²⁷

Tale diritto degli Stati ha finito per produrre, in materia di immigrazione, rilevanti eccezioni non espressamente previste nel testo della CEDU. Nel corso del tempo, peraltro, la Corte ha accentuato il riferimento all'interesse a controllare le frontiere¹²²⁸, alla luce anche degli intensi flussi migratori¹²²⁹. Contemporaneamente, ha ribadito che tali interessi non giustificano prassi contrarie ai diritti convenzionali e devono essere compatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione¹²³⁰. Ma in numerosi casi il diritto degli Stati di controllare le frontiere ha finito per prevalere *tout court* sull'interesse alla tutela effettiva dei diritti umani, producendo rilevanti eccezioni in materia, ad esempio, di detenzione dei migranti¹²³¹ e di espulsioni collettive alle frontiere terrestri¹²³². Di recente, tale diritto degli Stati è stato invocato per escludere la possibilità di considerare che la presentazione di una richiesta di visto di ingresso presso un'ambasciata o un consolato implichi l'esercizio, da parte dello Stato che rigetti la richiesta, della propria giurisdizione extraterritoriale ai sensi dell'art. 1 CEDU¹²³³.

¹²²⁷ Corte EDU, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* [Plenary], ricorsi n. 9214/80, 9473/81 e 9474/81, sentenza del 28 maggio 1985, par. 67; Corte EDU, *N.D. and N.T. v. Spain* [GC], ricorsi n. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 13 febbraio 2020, art. 167: "as a matter of general international law, and subject to their treaty obligations, including those arising from the Convention, Contracting States have the right to control the entry, residence and removal of aliens [...]. The Court also reiterates the right of States to establish their immigration policies".

¹²²⁸ Ivi, par. 168: "the Court stresses the importance of managing and protecting borders and of the role played in that regard, for those States concerned, by the Schengen Borders Code [...]"

¹²²⁹ Ivi, par. 169: "the Court has previously emphasized the challenges facing European States in terms of immigration control as a result of the economic crisis and recent social and political changes which have had a particular impact on certain regions of Africa and the Middle East".

¹²³⁰ Ivi, par. 171. Si veda, tra le tante, Corte EDU, *Khlaifia v. Italy* [GC], ricorso n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016, par. 184: "having regard to the absolute character of Article 3, an increasing influx of migrants cannot absolve a State of its obligations under that provision".

¹²³¹ P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *'Figli di un dio minore': migranti e rifugiati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2021(2) Diritti umani e diritto internazionale, Vol. 15, pp. 259 ss., p. 260: "la detenzione dei migranti ha posto delle vere sfide a carico della Corte e mostra due interessi in gioco in conflitto tra loro: da un lato, la Corte deve tenere in considerazione il diritto degli Stati di controllare i propri confini, ma dall'altro, deve proteggere il diritto dell'individuo di non subire torture o trattamenti inumani. Per un verso, è inopinabile che gli Stati abbiano il diritto di proteggere i propri confini e di assicurare che i singoli non tentino di violare le restrizioni in materia di migrazione. Ove accompagnata da adeguate tutele per la persona interessata, la detenzione dello straniero è accettabile allo scopo di consentire agli Stati di prevenire l'immigrazione illegale. Nondimeno, anche in queste limitate circostanze, gli Stati devono garantire di continuare ad attenersi agli obblighi internazionali [...]".

¹²³² Corte EDU, *N.D. and N.T. v. Spain* [GC], cit., par. 167.

¹²³³ Corte EDU, *M.N. and others v. Belgium*, ricorso n. 3599/18, decisione del 5 maggio 2020, par. 124: "Such an extension of the Convention's scope of application would also have the effect of negating the well-established principle of public international law, recognised by the Court, according to which the States Parties [...] have the right to control the entry, residence and expulsion of aliens".

(ii) *L'applicazione delle norme in materia di immunità dalla giurisdizione*

L'effetto "limitativo" del diritto internazionale generale sui diritti garantiti dalla Convenzione emerge anche con riferimento alla tutela del diritto di accesso alla giustizia, implicitamente tutelato dall'art. 6 CEDU¹²³⁴. Si è già detto che, pur in assenza di una clausola di limitazione, la Corte ritiene che si tratti di un diritto soggetto a limitazioni implicite, a condizione esse non inficino l'essenza stessa del diritto, siano previste per legge, nel perseguimento di uno scopo legittimo e sussista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra mezzi utilizzati e scopo perseguito¹²³⁵. In numerosi casi, tali limitazioni derivano dal diritto internazionale generale e, quindi, dal bilanciamento tra il diritto in questione e principi e valori esterni rispetto alla Convenzione e volti tipicamente a tutelare diritti e interessi statali o di altre organizzazioni internazionali. Tuttavia, se rispetto alle seconde la Corte realizza un genuino bilanciamento, rispetto ai diritti degli Stati e alle Nazioni Unite, essa lo invoca tale tipologia di ragionamento in modo solo meramente formale, finendo invece per far prevalere in astratto le norme sull'immunità.

Quando si tratti di *immunità delle organizzazioni internazionali* (diverse dalle Nazioni Unite), il bilanciamento con il diritto di accesso alla giustizia è stato propriamente realizzato. Nei noti casi *Waite e Kenney* e *Beer e Regan*, in tema di immunità dell'Agenzia spaziale europea per le controversie di lavoro, la Corte ha affermato che una restrizione del diritto di accesso alla giustizia è ammissibile a condizione che risulti proporzionata rispetto allo scopo perseguito dalla norma di diritto internazionale che produce la limitazione¹²³⁶. E affinché la restrizione sia proporzionata, è necessario che gli individui dispongano di "reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention"¹²³⁷. Dunque, la soluzione che comporta un adeguato bilanciamento non è quella che impone allo Stato di escludere in ogni caso l'immunità dell'organizzazione¹²³⁸, laddove quest'ultima contenga al proprio interno un organo para-giurisdizionale o altro rimedio competente in materia di controversie di lavoro¹²³⁹. Alle stesse conclusioni è giunta in materia di immunità della NATO¹²⁴⁰.

¹²³⁴ Corte EDU, *Golder v. the United Kingdom* [Plenary], cit., par. 36.

¹²³⁵ Corte EDU, *Osman v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 147.

¹²³⁶ Corte EDU, *Beer and Regan v. Germany* [GC], ricorso n. 28934/95, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 53: "the attribution of privileges and immunities to international organizations is an essential means of securing the proper functioning of such organizations free from unilateral interference by individual governments. The immunity from jurisdiction commonly accorded by States to international organizations' constituent instruments or supplementary agreements is a long-standing practice established in the interest of the good working of these organisations"; Corte EDU, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 63.

¹²³⁷ Corte EDU, *Beer and Regan v. Germany* [GC], cit., par. 59; Corte EDU, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], cit., par. 68.

¹²³⁸ Corte EDU, *Beer and Regan v. Germany* [GC], cit., par. 62; Corte EDU, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], cit., par. 72.

¹²³⁹ Corte EDU, *Beer and Regan v. Germany*, cit., par. 63; Corte EDU, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], par. 74.

¹²⁴⁰ Corte EDU, *Chapman v. Belgium*, ricorso n. 39610/06, decisione del 5 marzo 2013.

Diverso è l'approccio della Corte di Strasburgo quando si tratti di *immunità degli Stati, degli organi statali e delle Nazioni Unite*. Pur invocando formalmente il principio di proporzionalità e la necessità di non nullificare l'essenza del diritto, in quei casi la Corte ritiene giustificata una limitazione totale del diritto di accesso alla giustizia, senza verificare l'esistenza di rimedi alternativi. La questione si è posta per la prima volta nel caso *McElhinney*, ove, però, la Corte ha osservato che il ricorrente avrebbe avuto un rimedio alternativo¹²⁴¹, anche se la concreta utilità ed esperibilità dello stesso è stata contestata dai giudici dissenzienti Caflish, Cabral Barreto e Vajić. Il principio di proporzionalità è stato invece completamente messo da parte nel caso *Al-Adsani*, in materia di immunità degli Stati e degli organi statali in procedimenti civili volti a ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di atti di tortura, riconosciuta dai giudici inglesi. Per la Corte, infatti, la norma sull'immunità persegue uno scopo legittimo¹²⁴². Nel valutare successivamente “whether the restriction was proportionate to the aim pursued”¹²⁴³, essa ha affermato che, dovendo l'art. 6 CEDU interpretarsi alla luce della norma sull'immunità in virtù dell'art. 31, par. 3, lett. c), VCDT,

measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right to access to a court [...]. some restrictions in access may likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity.¹²⁴⁴

Nel far ciò, non ha realizzato un bilanciamento – il quale avrebbe implicato, quanto meno, verificare l'esistenza di mezzi alternativi per la tutela dei diritti del ricorrente – limitandosi a sostenere che la limitazione del diritto di accesso al giudice è *per definizione proporzionata* quando volta ad applicare le norme in materia di immunità, considerate prevalenti a prescindere da qualsiasi circostanza. Il giudice Loucaides ha invece sottolineato l'esigenza che vi sia sempre un bilanciamento tra gli interessi che sottendono al riconoscimento dell'immunità e quelli che propendono per l'accesso al giudice come, nel caso di specie, il fatto che ad essere violata fosse una norma di *jus cogens*¹²⁴⁵. Tale

¹²⁴¹ Corte EDU, *McElhinney v. Ireland* [GC], ricorso n. 31253/96, sentenza del 21 novembre 2001, par. 39.

¹²⁴² Corte EDU, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001, par. 54: “sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which States shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty”.

¹²⁴³ Ivi, par. 54.

¹²⁴⁴ Ivi, par. 56.

¹²⁴⁵ Corte EDU, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001, Opinione dissenziente del giudice Loucaides: “Any form of blanket immunity, whether based on international law or national law, which is applied by a court in order to block completely the judicial determination of a civil right without balancing the competing interests, namely those connected with the particular immunity and those relating to the specific claim which is the subject matter of the relevant proceedings, is a disproportionate limitation of Article 6, para. 1 [...]. The courts should be in a position to

approccio è stato confermato in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera¹²⁴⁶, di immunità dell'Organizzazione delle Nazioni Unite¹²⁴⁷ e di immunità degli organi statali¹²⁴⁸. La stessa posizione è stata recentemente ribadita nel caso *Hussein*, in cui la Corte ha ritenuto che la chiusura del procedimento penale a carico di asseriti autori di crimini internazionali nella Guerra del Golfo, sulla base della modifica del criterio del criterio della giurisdizione universale (a seguito della sentenza della CIG nel caso sul *Mandato di arresto*), fosse compatibile con l'art. 6 CEDU, anche in ragione del fatto che limitazioni di tale diritto in base alle norme sull'immunità sono "proporzionate"¹²⁴⁹.

Una posizione intermedia, tra quella relativa alle organizzazioni internazionali e quella adottata in relazione agli Stati, è stata seguita dalla Corte EDU con riferimento all'immunità della Santa Sede¹²⁵⁰. Nel caso *J.C. e altri* un gruppo di ricorrenti aveva portato dinanzi ai giudici belgi delle richieste di risarcimento del danno nei confronti della Santa Sede, della Chiesa cattolica e di alcuni membri del clero, in ragione dei danni subiti in quanto asserite vittime di violenze sessuali. La Corte EDU, presupponendo che la Santa Sede sia un ente sovrano o che quanto meno goda ai sensi del diritto internazionale degli stessi diritti e delle stesse facoltà, ha seguito l'approccio sviluppato in relazione all'immunità degli Stati, affermando che una limitazione del diritto di accesso al giudice determinata dall'applicazione del diritto internazionale generale in materia di immunità è proporzionata anche laddove non esistano mezzi alternativi di ricorso in capo alle vittime¹²⁵¹, e che pertanto nel caso di specie alcuna violazione dell'art. 6 CEDU si

weigh the competing interests in favour of upholding an immunity or allowing a judicial determination of a civil right [...]. It is true that in the present case the absurd and unjust results of applying immunity without regard to any considerations connected with the specific proceedings are more evident because the immunity prevented accountability for a grave violation of an international peremptory norm, namely the prohibition of torture. However, this does not mean that the relevant immunities can only be found incompatible with Article 6, par. 1 in a case like the present one. In my opinion, they are incompatible with Article 6, para 1 in those cases where their application is automatic without a balancing of the competing interests"

¹²⁴⁶ Corte EDU, *Kalogeropoulou e altri c. Grecia e Germania*, ricorso n. 59021/00, decisione del 12 dicembre 2002.

¹²⁴⁷ Corte EDU, *Stitching Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands*, ricorso n. 65542/12, decisione dell'11 giugno 2013.

¹²⁴⁸ Corte EDU, *Jones and others v. the United Kingdom*, ricorsi n. 34356/06 e 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2014, par. 189. Si veda anche, più di recente, Corte EDU, *Association des familles des victimes du Joola c. France*, ricorso n. 21119/19, decisione del 27 gennaio 2022, par. 28.

¹²⁴⁹ Corte EDU, *Hussein and others v. Belgium*, ricorso n. 45187/12, sentenza del 16 marzo 2021.

¹²⁵⁰ Secondo C. RYNGAERT, *The Immunity of the Holy See in Sexual Abuse Cases. Reflections on the Judgment of the European Court of Human Rights in J.C. v. Belgium*, Volkerrechtsblog, 24 novembre 2021, ciò dimostrerebbe una certa esitazione della Corte nel riconoscere che la Santa Sede sia a tutti gli effetti equiparabile a uno Stato.

¹²⁵¹ Corte EDU, *J.C. and others v. Belgium*, ricorso n. 11625/17, sentenza del 12 ottobre 2021, par. 71: "[l]a Cour rappelle à cet égard que la compatibilité de l'octroi de l'immunité de juridiction de l'État avec l'article 6, par. 1 de la Convention ne dépend pas de l'existence d'alternatives raisonnables pour la résolution du litige"; sul punto si veda anche Corte EDU, *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, ricorso n. 16874/12, sentenza del 5 febbraio 2019, par. 64.

era realizzata¹²⁵². Tuttavia, ha anche sottolineato che nel caso specifico le vittime avevano a disposizione dei mezzi alternativi¹²⁵³. Alcuni hanno interpretato tale chiarimento da parte della Corte come un'intenzione di sottolineare il complesso bilanciamento tra immunità e diritti umani, e come una potenziale opportunità per insistere sul riconoscimento di un'eccezione alla prima nel caso di grave violazione dei secondi¹²⁵⁴.

(iii) Gli obblighi derivanti dalla partecipazione ad altre organizzazioni internazionali

Un altro ambito in cui la Corte procede a un bilanciamento come tecnica di risoluzione dei conflitti tra diversi obblighi internazionali è quello relativo al rapporto tra i diritti garantiti dalla Convenzione e gli obblighi degli Stati membri derivanti dalla partecipazione ad altre organizzazioni internazionali. La *teoria della protezione equivalente*, che la Corte applica in tali ambiti, costituisce infatti l'esito di un bilanciamento. In questo caso i principi che si contrappongono sono, da un lato, l'esigenza di cooperazione internazionale che sottende alla partecipazione ad altre organizzazioni internazionali e, dall'altro, il principio di protezione pratica ed effettiva dei diritti garantiti dalla CEDU. Nella giurisprudenza di Strasburgo, in linea di principio, tale bilanciamento propende per il rispetto degli altri obblighi internazionali degli Stati, laddove essi derivino da un sistema che garantisca almeno un livello *equivalente* alla CEDU di protezione dei diritti fondamentali¹²⁵⁵. L'interesse alla cooperazione internazionale, infatti, giustifica delle differenze nel livello di tutela di tali diritti, dato che questo deve risultare "comparabile" ma non necessariamente "identico". Tuttavia, laddove nel caso di specie il livello di protezione dei diritti fondamentali sia manifestamente inadeguato, la presunzione viene meno e il principio di protezione dei diritti umani torna a prevalere sull'interesse alla cooperazione internazionale:

any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's

¹²⁵² Corte EDU, *J.C. and others v. Belgium*, cit., par. 75: "la Court estime que le rejet par les tribunaux belges de leur juridiction pour connaître de l'action en responsabilité introduite par les requérants contre le Saint-Siège ne s'est pas écarté des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des États et que l'on ne serait dès lors considérer la restriction au droit d'accès à un tribunal comme disproportionné par rapport aux buts légitimes poursuivis".

¹²⁵³ Ivi, par. 71: "la Cour est également conscience du fait que les intérêts en jeu pour les requérants sont très sérieux [...] et que l'existence d'une alternative est pour le moins souhaitable. Or, à cet égard et à titre surabondant, la Cour note que les requérants ne se sont pas trouvés dans une situation d'absence de tout recours".

¹²⁵⁴ A. STANLEY-RYAN, *J.C. and others v. Belgium: The Delicate Balance of State Immunity and Human Dignity*, Strasbourg Observers, 21 gennaio 2022.

¹²⁵⁵ Corte EDU, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, ricorso n. 45038/98, sentenza del 30 giugno 2005, par. 155: "If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organization". Si veda anche Corte EDU, *Michaud v. France*, ricorso n. 12323/11, sentenza del 6 dicembre 2012, par. 102-104.

role as a ‘constitutional instrument of European public order’ in the field of human rights¹²⁵⁶.

La Corte ha applicato tale teoria ai rapporti tra la CEDU e l’Unione europea, in materia di trasferimento dei migranti alla luce del Regolamento Dublino III¹²⁵⁷, del riconoscimento delle decisioni giudiziarie fondato sul principio del mutuo consenso fra Stati membri dell’UE¹²⁵⁸ e alla protezione dei detenuti da condizioni di detenzione contrarie al divieto di trattamenti inumani e degradanti, in relazione al Mandato di arresto europeo¹²⁵⁹.

La teoria della protezione equivalente è stata riproposta anche con riferimento ai rapporti tra la CEDU e il sistema di sicurezza collettiva di cui al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Già nel caso *Nada*, infatti, la Corte aveva affermato che le restrizioni alla libertà di movimento, pur imposte da sanzioni individuali adottate dal Consiglio di sicurezza nell’ambito della lotta al terrorismo, devono essere proporzionate rispetto allo scopo legittimo perseguito¹²⁶⁰. Nella sentenza *Al-Dulimi* resa dalla Camera, poi, il rapporto tra la CEDU e il sistema di sicurezza collettivo è stato affrontato sulla base della teoria della protezione equivalente. Tale approccio è stato in parte modificato dalla Grande Camera nel 2016, che tuttavia ha pur fatto riferimento al bilanciamento. In quel caso la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con l’art. 6 CEDU delle limitazioni al diritto di accesso alla giustizia derivanti dall’impossibilità di sindacare davanti ai giudici interni le misure adottate dai rispettivi Stati in esecuzione delle sanzioni individuali in materia di lotta al terrorismo. La Grande Camera – che ha concluso che il testo della Risoluzione 1483, che imponeva le sanzioni rilevanti nel caso di specie, può essere interpretato nel senso per cui le autorità giudiziarie interne possono esercitare il proprio sindacato sulle misure in questione, allo scopo quanto meno di escludere che esse siano arbitrarie – ha raggiunto tale conclusione alla luce di un bilanciamento. Ha infatti affermato che tale conclusione consentiva di bilanciare la necessità di tutelare i diritti

¹²⁵⁶ Ivi, par. 155.

¹²⁵⁷ Corte EDU, *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], ricorso n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011, par. 338-340.

¹²⁵⁸ Corte EDU, *Avotins v. Latvia* [GC], ricorso n. 17502/07, sentenza del 23 maggio 2013, par. 101.

¹²⁵⁹ Corte EDU, *Bivolaru et Moldovan c. France*, ricorsi n. 40324/16 e 12623/17, sentenza del 25 marzo 2021, par. 116. Si veda anche E. JULIÉ e J. FAUVARQUE, *Bivolaru and Moldovan v. France: A New Challenge for Mutual Trust in the European Union*, in *Strasbourg Observers*, 22 giugno 2021.

¹²⁶⁰ Corte EDU, *Nada v. Switzerland* [GC], cit., par. 196: “In the light of the Convention’s special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms [...], the Court finds that the respondent State could not validly confine itself to relying to the binding nature of Security Council resolutions, but should have persuaded the Court that it had taken – or at least attempted to take – all possible measures to adapt the sanctions regime to the applicant’s individual situation”. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che il bilanciamento non fosse stato adeguatamente realizzato. Nella sua opinione dissenziente il giudice Malinverni ha sottolineato come emergesse una questione di “balance that States should strike between the requirements of collective security and respect for fundamental rights” (par. 21).

umani dei destinatari delle misure in oggetto e l'interesse al mantenimento della pace e sicurezza internazionali, perseguito dalle misure stesse¹²⁶¹:

By limiting that scrutiny to arbitrariness, the Court takes account of the nature and purpose of the measures provided for by the Resolution in question, in order to strike a fair balance between the necessity of ensuring respect for human rights and the imperatives of the protection of international peace and security¹²⁶²

Il giudice Sicilianos ha sottolineato come questa fosse la soluzione più adeguata a bilanciare gli interessi che si contrapponevano nel caso di specie, ovvero quelli protetti dalla Convenzione e quelli di cui al Capitolo VII della Carta¹²⁶³. Se, tuttavia, la Corte e il giudice Sicilianos hanno escluso che sussistesse un vero e proprio conflitto normativo tra tali strumenti (e tra gli obblighi statali che ne derivano), tale conflitto è stato enfatizzato nell'Opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque, condivisa dai giudici Hajiyeve, Pejchal e Dedov. A detta del medesimo, infatti, gli Stati membri della Corte si trovano, da un lato, tenuti a dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, che non prevedono alcuna garanzia di revisione giurisdizionale e, dall'altro, a rispettare il diritto di accesso al giudice. Dato che il secondo ne risulta irrimediabilmente compromesso nell'essenza, esso sarebbe violato a prescindere da qualsiasi bilanciamento da realizzare nel caso concreto¹²⁶⁴.

3.4.2. La Corte interamericana dei diritti umani

Anche la Corte interamericana dei diritti umani (Corte IADU) ricorre alla tecnica bilanciamento (*ponderación*) nell'interpretare e applicare la Convenzione interamericana dei diritti umani (CIADU). Tuttavia, la relativa giurisprudenza è poco sviluppata, in quanto per lungo tempo tale Corte si è occupata principalmente di violazioni gravi, massicce e sistematiche di diritti assoluti, che non ammettono di essere bilanciati con altri diritti o interessi¹²⁶⁵. In ogni caso, possono riscontrarsi esempi di ricorso alla tecnica del

¹²⁶¹ C. DE KOKER, *Al Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland: Normative Conflict between UNSC Resolution and ECHR*, Strasbourg Observer, 5 settembre 2016; M. BUSCEMI, *La Corte di Strasburgo opta per una soluzione soffice nel coordinare gli obblighi della Convenzione con quelli derivanti dalle Nazioni Unite: alcune riflessioni a margine della sentenza Al-Dulimi*, 2016(3) Osservatorio AIC.

¹²⁶² Corte EDU, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], cit., par. 146: "By limiting that scrutiny to arbitrariness, the Court takes account of the nature and purpose of the measures provided for by the Resolution in question, in order to strike a fair balance between the necessity of ensuring respect for human rights and the imperatives of the protection of international peace and security".

¹²⁶³ Corte EDU, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], Opinione separata del giudice Sicilianos, par. 22-23.

¹²⁶⁴ Corte EDU, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], Opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque, par. 37.

¹²⁶⁵ Come affermato da un ex Presidente della Commissione interamericana dei diritti umani, "[a]s long as Governments were simply torturing and maiming, interpretation was hardly necessary. But with Governments striving with varying degrees of effort to establish the rule of law, the Commission naturally began to receive more cases from the grey borderland where the state's authority to promote the general interest collides with individual rights" (T. FARER, *The Rise of the Inter-American Human Rights Regime*:

bilanciamento nel rilevare dei diritti come compresi tra quelli protetti dalla Convenzione interamericana (Sez. 3.4.2.1.), nell'interpretare e applicare la Convenzione stessa (Sez. 3.4.2.2.) e, infine, nel risolvere dei conflitti (Sez. 3.4.2.3.).

3.4.2.1. La rilevazione dei diritti garantiti dalla CIADU

Per la stessa ragione, nella Corte di San José può riscontrarsi un approccio molto espansivo nella interpretazione dei diritti garantiti dalla CIADU e dei corrispettivi obblighi statali. Essa non ha ancora sviluppato una dottrina del margine di apprezzamento¹²⁶⁶ o del “consenso interamericano”¹²⁶⁷. Ne consegue che la Corte interamericana ricorre molto più facilmente a valori e principi nel colmare delle ritenute lacune nella CIADU e ad individuare regole non scritte che sanciscano “nuovi diritti”, anche in assenza di relativa prassi statale o in contrasto con la medesima. Infatti, la Corte IADU ha in vari casi sostenuto che la mancanza di consenso tra gli Stati membri circa la tutela di un determinato diritto non esclude che i *valori o principi* che propendono per la tutela di tale diritto ne giustifichino la qualificazione come obbligo statale. Ciò è stato sostenuto, ad esempio, in merito alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale e alla protezione delle minoranze sessuali. Nel caso *Atala Riffo* la Corte ha affermato che

*lack of consensus regarding sexual orientation as a prohibited category for discrimination [or] regarding full respect for the rights of sexual minorities cannot be considered a valid argument to deny or restrict their [human rights] or to perpetuate or reproduce the historical and structural discrimination that these minorities have suffered.*¹²⁶⁸

Sulla base di un'argomentazione simile, la Corte interamericana anche ha espressamente riconosciuto, a differenza della Corte europea, l'esistenza di un *diritto umano a un ambiente sano*, anche in ragione dei valori collettivi che sottendono alla tutela del medesimo¹²⁶⁹.

No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox, 1997(3) Human Rights Quarterly, Vol. 19, pp. 510 ss.). Si veda anche L. LIXINSKI, “Balancing Test: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)”, in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019, Oxford, Oxford University Press, par. 4.

¹²⁶⁶ B. DUHAIME, “Subsidiarity in the Americas. What Room is There for Deference in the Inter-American System?”, in L. GRUSZCZYNSKI e W. WERNER (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 289 ss. Ma si veda, ad esempio, Corte IADU, Series C n. 107, sentenza del 2 luglio 2004, par. 161: “While States have a margin of discretion in regulating the exercise of that remedy, they may not establish restrictions or requirements inimical to the very essence of the right to appeal a judgment”.

¹²⁶⁷ L. LIXINSKI, “The Inter-American Court of Human Rights’ Tentative Search for Latin American Consensus”, in P. KAPOTAS e V. TZEVELEKOS (eds.), *Building Consensus on European Consensus*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 337 ss.

¹²⁶⁸ Corte IADU, *Atala Riffo and Children v. Chile*, Series C n. 236, sentenza del 24 febbraio 2012, para. 136 (corsivo aggiunto).

¹²⁶⁹ Corte IADU, *The Environment and Human Rights*, opinione consultiva OC-23/17 del 15 novembre 2017, par. 59.

3.4.2.2. Il bilanciamento come tecnica interpretativa

Anche la Corte interamericana ricorre alla tecnica del bilanciamento per interpretare le disposizioni della Patto di San José. Nonostante solo di recente tale Corte abbia iniziato a pronunciarsi in casi relativi alla tutela di diritti non assoluti, vi sono esempi di ricorso al bilanciamento per determinare il contenuto degli obblighi statali (Sez. 3.4.2.2.1.), per interpretare le clausole generali contenute nelle disposizioni pattizie (Sez. 3.4.2.2.2.), nonché la clausola generale di limitazione di cui all'art. 30 CADU (Sez. 3.4.2.2.3.).

3.4.2.2.1. La determinazione del contenuto degli obblighi statali

Anche rispetto ai diritti non espressamente provvisti di una clausola di limitazione la Corte ricorre al bilanciamento per determinare il concreto contenuto degli obblighi statali alla luce delle circostanze del caso, come ad esempio in materia di restrizioni alla libertà personale¹²⁷⁰ o del diritto di accesso al giudice¹²⁷¹.

3.4.2.2.2. L'interpretazione delle clausole generali

Anche la Corte IADU ricorre al bilanciamento per interpretare delle clausole generali, come ad esempio per qualificare come discriminazione ai sensi dell'art. 24 CADU una disparità di trattamento¹²⁷². Lo stesso ha affermato con riferimento alla determinazione del principio del *best interests of the child*, al cui scopo per la Corte “it is necessary to weigh not only the requirement of special measures, but also the specific characteristics of the situation of the child”¹²⁷³.

3.4.2.2.2. L'applicazione della clausola generale di limitazione

A differenza della CEDU, la CIADU contiene una clausola generale di limitazione che viene applicata in relazione a tutti i diritti (non assoluti) tutelati, anche se alcune

¹²⁷⁰ Corte IADU, *Barreto Leiva v. Venezuela*, Series C n. 206, sentenza del 17 novembre 2009, par. 122: “The preventive detention is limited by the principle of proportionality, by virtue of which a person that is presumed innocent cannot be treated or worse than a convicted person. The State must avoid that the measure of procedural coercion be equal to or more harmful for the defendant than the punishment in case of conviction”.

¹²⁷¹ Corte IADU, *Cantos v. Argentina*, Series C n. 97, sentenza del 28 novembre 2002, par. 54: “This Court considers that while the right of access to a court is not an absolute and therefore may be subject to certain discretionary limitations set by the State, the fact remains that the means used must be proportional to the aim sought. The right of access to a court of law cannot be denied because of filing fees”.

¹²⁷² Corte IADU, *Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, Series C n. 282, sentenza del 28 agosto 2014, par. 316: “a difference in treatment is discriminatory when it does not have a reasonable and objective justification; in other words, when it does not seek a legitimate purpose and there is no reasonable proportional relationship between the means used and the end sought”. Nel caso concreto, la Corte si è fermata al giudizio di adeguatezza, avendo riscontrato che non sussisteva una connessione razionale tra la misura adottata e lo scopo perseguito.

¹²⁷³ Corte IADU, *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, cit., par. 61.

disposizioni sono poi corredate da più specifiche clausole di limitazione. L'art. 30 della Convenzione dispone infatti che

[t]he restrictions that, pursuant to this Convention, may be placed on the enjoyment or exercise of the rights or freedoms recognized herein may not be applied except in accordance with laws enacted for reasons of general interest and in accordance with the purpose for which such restrictions have been established.

La Corte IADU ha quindi riconosciuto che le limitazioni devono essere disposte dalla legge, nel perseguimento di uno scopo legittimo, ed essere “tailored for the pursuance of that interest”¹²⁷⁴. È in quest'ultima valutazione che il bilanciamento entra in gioco:

the “necessity” and, therefore, the legality of the restrictions [...] will depend on whether they are designed to fulfill an overriding public interest. Among the options available to achieve such purpose, *that which is less restrictive of the protected right should be chosen*. Given this standard, it is not sufficient to prove, for example, that the law *serves a useful or suitable purpose*. To be compatible with the Convention, the restrictions must be justified on the basis of collective purposes that, given their importance, *clearly override the social need for the full enjoyment of the right* [...], and must not restrict, beyond what is strictly necessary, the right enshrined therein. In other words, the restriction must be *proportionate to the underlying interest and in direct furtherance of such legitimate purpose*, interfering as little as possible with the effective exercise of the right to freedom of thought and expression.¹²⁷⁵

Lo stesso ragionamento viene seguito quando si trattati di specifiche clausole di limitazione, come quella prevista dall'art. 22, in relazione alla libertà di movimento. Dato che il terzo paragrafo di tale disposizione dispone che “[t]he exercise of the foregoing rights may be restricted only pursuant to a law to the extent necessary in a democratic society” per il perseguimento di una serie di scopi legittimi, la Corte IADU ha affermato che nel limitare tali diritti bisogna rispettare “the requirements of legality, necessity and proportionality”¹²⁷⁶.

3.4.2.3. Il bilanciamento come tecnica di soluzione dei conflitti normativi

Da ultimo, la Corte interamericana ricorre al bilanciamento anche come tecnica di soluzione dei conflitti normativi, tanto (i) interni alla stessa Convenzione, tra diversi diritti garantiti dalla stessa, quanto (ii) esterni, ossia quelli che si producono tra gli obblighi sanciti dalla Convenzione interamericana e altre norme di diritto internazionale.

(i) I conflitti interni

Nel primo gruppo di casi rientrano sicuramente quelli introdotti da popolazioni indigene in quanto tali, i cui diritti possono entrare in conflitto con quelli di altri soggetti. In tali ipotesi viene in gioco l'art. 32, par. 2, secondo cui “[t]he rights of each person are limited

¹²⁷⁴ L. LIXINSKI, “Balancing Test: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)”, cit., par. 7.

¹²⁷⁵ Corte IADU, *Palamara-Iribarne v. Chile*, Series C n. 135, sentenza del 22 novembre 2005, par. 85.

¹²⁷⁶ Ivi, par. 123.

by the rights of others, by the security of all and by the just demands of the general welfare, in a democratic society”. Nel caso *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, in particolare, si scontravano, da un lato, il diritto alla proprietà della popolazione indigena in quanto tale sulle proprie terre ancestrali e, dall’altro lato, il diritto di proprietà acquisito da singoli individui sulle medesime terre¹²⁷⁷. Al riguardo, la Corte interamericana ha espressamente indicato i criteri da seguire nel bilanciare tali diritti:

when indigenous communal property and individual private property are in real or apparent contradiction, the American Convention itself and the jurisprudence of the Court provide guidelines to establish admissible restrictions to the enjoyment and exercise of those rights, that is: a) they must be established by law; b) they must be necessary; c) they must be proportional, and d) their purpose must be to attain a legitimate goal in a democratic society. [...] The necessity of legally established restrictions will depend on whether they are geared toward satisfying an imperative public interest [...]. Proportionality is based on the restriction being closely adjusted to the attainment of a legitimate objective, interfering as little as possible with the effective exercise of the restricted right. Finally, for the restriction to be compatible with the Convention, they must be justified by collective objectives that, because of their importance, clearly prevail over the necessity of full enjoyment of the restricted right.¹²⁷⁸

La Corte ha chiarito che tali conflitti devono essere risolti caso per caso, prendendo in considerazione gli effetti della restrizione dell’uno e dell’altro diritto, come ad esempio il fatto che le terre ancestrali di una popolazione indigena ne garantiscono la preservazione delle tradizioni culturali e la stessa sopravvivenza¹²⁷⁹. Ha però anche precisato, e in qui emerge l’essenza del bilanciamento, che

[t]his does not mean that every time there is a conflict between the interests of private individuals or of the State and those of members of indigenous communities, the latter must prevail over the former.

È infatti possibile che, sulla base di una serie di circostanze, gli interessi individuali dei singoli proprietari o più ampiamente gli interessi statali prevalgano su quelli della comunità indigena. Tuttavia, a detta della Corte, la necessità di realizzare un adeguato bilanciamento impone anche, in tali ipotesi, di ristabilire il necessario equilibrio tra gli interessi contrapposti per il tramite del pagamento di un adeguato risarcimento nei confronti della popolazione indigena¹²⁸⁰.

Lo stesso ragionamento viene seguito in altre ipotesi in cui diversi diritti garantiti dalla CIADU, o i medesimi diritti di diversi soggetti, entrino in contrasto tra loro. Si pensi

¹²⁷⁷ Sul punto, si veda P. NIKKEN, “Balancing Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, in P.M. DUPUY, E.U. PETERSMANN e F. FRANCONI (eds.), *Human Rights in International Investment Law Arbitration*, 2009, Oxford, Oxford University Press, pp. 246 ss.; Corte IADU, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Series C n. 125, sentenza del 17 giugno 2005, par. 143: “both the private property of individuals and communal property of the members of the indigenous communities are protected by Article 21 of the American Convention”.

¹²⁷⁸ Ivi, par. 144-45.

¹²⁷⁹ Ivi, par. 146.

¹²⁸⁰ Ivi, par. 150.

caso, che si verifica sempre più spesso, di contrasto tra libertà di espressione di un soggetto e la tutela della privacy di un altro¹²⁸¹. O ancora, può osservarsi che nel determinare se lo Stato possa legittimamente limitare l’impianto di un embrione (nell’ambito di pratiche di fecondazione in vitro), la Corte è partita dal presupposto per cui il diritto alla vita di un embrione non ancora impiantato non è assoluto, e quindi può essere legittimamente bilanciato con altri diritti e interessi¹²⁸². Nel realizzare tale bilanciamento, ha espressamente richiamato i criteri stabiliti nella *law of balancing* di Alexy:

in order to weigh these factors the Court must analyze: (i) the level of harm to one of the rights at stake, determining whether the level of this harm was serious, intermediate or moderate; (ii) the importance of ensuring the contrary right; and (iii) whether ensuring the latter justifies restricting the former.¹²⁸³

(ii) I conflitti esterni

Le controversie relative alla tutela dei diritti delle popolazioni indigene mostrano anche come la Corte IADU ricorra al bilanciamento nella soluzione dei conflitti normativi tra, da un lato, la propria Convenzione istitutiva e, dall’altro, i trattati bilaterali di investimento¹²⁸⁴. Nel caso *Sawhoyamaya Indigenous Community* il Paraguay sosteneva di non poter dare esecuzione al progetto di restituzione della terra ancestrale della comunità ricorrente in quanto tenuto al rispetto del BIT concluso con la Germania.

¹²⁸¹ Corte IADU, *Fontevecchia and D’Amico v. Argentina*, Series C n. 238, sentenza del 29 novembre 2011, par. 50-51: “the Court must find the balance between private life and freedom of expression that, not being absolute, are two fundamental rights guaranteed by the American Convention and of great importance in a democratic society. The Court recalls that every fundamental right is to be exercised with regard to other fundamental rights. [...] Given these considerations [...], the Court will consider if the measure of further liability imposed, namely the civil penalty applied in this case met the above requirements that are said to be provided for in the law, pursue a legitimate end, and are appropriate, necessary, and proportionate”.

¹²⁸² Corte IADU, *Artavia Murillo et al (“In vitro fertilization”) v. Costa Rica*, Series C n. 257, sentenza del 28 novembre 2012, par. 273: “the Court has established that a right may be restricted by the States provided that the interferences are not abusive or arbitrary; consequently, they must be substantively and formally established by law, pursue a legitimate aim, and comply with the requirements of suitability, necessity and proportionality. In the instant case, the Court has underlined that the ‘absolute right to life of the embryo’ as grounds for the restriction of the rights involved, is not supported by the American Convention [...]; thus, it is not necessary to make a detailed analysis of each of these requirements [...]. Despite the foregoing, the Court considers it appropriate to indicate the way in which the sacrifice of the rights involved in this case was excessive in comparison to the benefit referred to with the protection of the embryo”.

¹²⁸³ Ivi, par. 274.

¹²⁸⁴ Sul punto si veda anche Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, UN Doc. A/HRC/33/42, 11 agosto 2016, par. 69: “In addition to acknowledging the need to reform dispute resolution systems, States emphasized the need to guarantee the regulatory space necessary for the realization of indigenous peoples’ rights, including the requirement for prior consultation with the objective of free, prior and informed consent. The responses suggest that the intent and expectation of home and host States when entering into international investment agreements was not to place limitations on their ability to fulfil indigenous peoples’ rights, the presumption being that the State maintains the right to regulate without facing compensation demands and that, where necessary, protections afforded to investors must be balanced in a proportionate manner against the duty to protect indigenous peoples’ rights”.

Nonostante la Corte non si sia espressamente pronunciata sul conflitto tra la Convenzione e il BIT¹²⁸⁵, facendo implicitamente ricorso al bilanciamento ha ritenuto che il Paraguay avrebbe potuto invocare l'eccezione espressamente prevista nel BIT allo scopo di sottrarsi a tali obblighi e adempiere a quelli previsti dalla Convenzione IADU¹²⁸⁶.

3.4.3. La Corte africana dei diritti umani e dei popoli

A differenza degli altri trattati, regionali e universali, in materia di protezione dei diritti umani, la Carta africana dei diritti umani e dei popoli (CADUP), adottata a Banjul il 27 giugno 1981, non contiene né una clausola generale di deroga, né specifiche clausole di limitazione annesse alle singole disposizioni pattizie. Di conseguenza, secondo la formulazione testuale del trattato, sembrerebbe che tutti i diritti siano garantiti in modo assoluto e che, dunque, non possano essere limitati nel perseguimento di scopi pur legittimi.

L'art. 27, par. 2, della Carta, tuttavia, prevede che “[t]he rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality, and common interest”¹²⁸⁷. Già la Commissione¹²⁸⁸ e poi la Corte africana dei diritti umani e dei popoli (Corte ADUP) hanno compensato tale lacuna, ossia

¹²⁸⁵ P. NIKKEN, “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, cit., p. 267: “the Court attempted a balance that gave priority to the Convention over the bilateral treaty in two ways. In the first place, because Germany’s investment in Paraguay could be ‘nationalized for a public purpose or interest, which could justify land restitution to indigenous people’. The Court thus attempted to harmonize the Convention and the treaty by applying the same principle that it applied for a conflict between private property and that of indigenous communities, repairing the interference of the former with compensation, while requiring restitution for the latter. [...] it went further and suggested certain bases to recognize a higher hierarchy or, at least, a preferred standard of application of the Convention over the treaty: (1) the Convention ‘is a multilateral treaty on human rights’; (2) it ‘stands in a class of its own’; (3) it ‘generated rights for individual human beings’; and (4) it ‘does not depend entirely on reciprocity among States’”.

¹²⁸⁶ Corte IADU, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Series C n. 146, sentenza del 29 marzo 2006, par. 140: “the Court has not been furnished with the aforementioned treaty between Germany and Paraguay, but, according to the State, said convention allows for capital investments made by a contracting party to be condemned or nationalized for a “public purpose or interest”, which could justify land restitution to indigenous people. Moreover, the Court considers that the enforcement of bilateral commercial treaties negates vindication of non-compliance with state obligations under the American Convention; on the contrary, their enforcement should always be compatible with the American Convention, which is a multilateral treaty on human rights that stands in a class of its own and that generates rights for individual human beings and does not depend entirely on reciprocity among States”.

¹²⁸⁷ Tale disposizione somiglia, più che a una clausola generale di limitazione, a una clausola che sancisce il divieto di abuso dei diritti, sul modello dell’art. 17 CEDU, anche se estende il divieto non solo all’abuso in senso stretto, ma al ricorso ai diritti medesimi per scopi lesivi di interessi con essi contrastanti.

¹²⁸⁸ Commissione ADUP, *Media Rights Agenda and others v. Nigeria*, ricorsi n. 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, rapporto del 31 ottobre 1998, par. 67-70: “In contrast to other international human rights instruments, the African Charter does not contain a derogation clause. [...] The only legitimate reasons for limitations [...] are found in Article 27.2 [...]. The reasons for possible limitations must be founded in a legitimate state interest and the evils of limitations of rights must be strictly proportionate with and absolutely necessary for the advantages which are to be obtained. Even more important, a limitations may never have as a consequences that the right itself becomes illusory”.

l'assenza di una possibilità espressa di limitare i diritti convenzionalmente garantiti, “using judicial creativity”¹²⁸⁹. Nel caso *Tanganyika Law Society* la Corte ha dovuto pronunciarsi, infatti, sull'asserita violazione del diritto alla libera partecipazione alla vita politica, garantito dall'art. 13 CADUP. Facendo espresso riferimento al summenzionato art. 27, par. 2, nonché alla giurisprudenza degli omologhi tribunali in ambito europeo e interamericano e del Comitato ONU per i diritti umani, la Corte africana ha riconosciuto che

jurisprudence regarding the restrictions on the exercise of rights has developed the principle that the restrictions must be necessary in a democratic society; they must be reasonably proportionate to the legitimate aim pursued. Once the complainant has established that there is a prima facie violation of a right, the respondent state may argue that the right has been legitimately restricted by ‘law’, by providing evidence that the restriction serves one of the purposes set out in Article 27 (2) of the Charter.¹²⁹⁰

Nonostante l'approccio della Corte di considerare l'art. 27 come una clausola di limitazione generale sia stato criticato dalla dottrina, gli Stati parte non lo hanno mai contestato¹²⁹¹. Del resto, come si è visto, anche negli altri sistemi regionali in materia di tutela di diritti umani il bilanciamento viene utilizzato per determinare il contenuto degli obblighi pattizi, a prescindere dal se la relativa disposizione sancisca o meno una clausola di limitazione. Ciò risponde alla stessa struttura delle disposizioni pattizie sui diritti umani, formulate in termini di principio.

In altri casi la Corte ha fondato la possibilità di limitare un diritto, sulla base di un bilanciamento, alla luce di specifiche disposizioni pattizie. Ad esempio, l'art. 9, par. 2, della Carta africana prevede che la libertà di espressione debba essere esercitata “within the law”, e la Commissione ha fondato la possibilità di limitare il diritto sul rinvio implicito al diritto internazionale, che espressamente consente di limitare determinati diritti nel perseguimento di scopi legittimi, che tale espressione conterrebbe¹²⁹².

¹²⁸⁹ A. RACHOVITSA, “Balancing Test: African Court of Human Rights (ECtHR)”, in H. RUIZ-FABRI (ed), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021, Oxford, Oxford University Press, par. 8.

¹²⁹⁰ Corte ADUP, *Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R Mtikila v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 009/2011, sentenza del 14 giugno 2013, par. 106.1.

¹²⁹¹ A. RACHOVITSA, “Balancing Test: African Court on Human and People’s Rights (ACtHPR)”, cit., par. 9.

¹²⁹² Commissione ADUP, *Lohé Issa Konaté v. The Republic of Burkina Faso*, par. 188: “Though in the African Charter the grounds of limitation to freedom of expression are not expressly provided as in other international and regional human rights treaties, the phrase ‘within the law’ under Article 9(2) provides a leeway to cautiously fit in legitimate and justifiable individual, collective and national interests as grounds for limitation. [...] ‘the expression within the law must be interpreted in reference to international norms’ which, among others, can provide grounds of limitation on freedom of expression”.

La Corte ricorre al bilanciamento anche nell'interpretare clausole generali¹²⁹³, come il concetto di discriminazione¹²⁹⁴, quello di irragionevole ritardo¹²⁹⁵, l'equità complessiva di un procedimento e il concetto di arbitraria privazione della libertà¹²⁹⁶. Allo stesso modo, ricorre al bilanciamento in caso di conflitto tra diversi diritti garantiti dalla Carta africana. Ad esempio, la Corte ha riconosciuto che la protezione della reputazione e della privacy altrui costituisce uno scopo legittimo, che può giustificare limitazioni della libertà di espressione¹²⁹⁷. La misura che implica la limitazione, tuttavia, deve essere “a proportionate measure to achieve the set objective”¹²⁹⁸.

Nell'applicazione pratica della tecnica del bilanciamento, la Corte africana segue, in generale, l'approccio consolidato nella giurisprudenza della Corte europea. Così, in alcuni casi si limita a concludere per la violazione della disposizione rilevante in ragione dell'assenza di uno scopo legittimo perseguito dalla misura statale¹²⁹⁹. Può notarsi, però, una più stringente applicazione del test di adeguatezza: la Corte africana non si limita a prendere atto dello scopo invocato dallo Stato, ma realizza una attenta analisi dell'esistenza di uno scopo legittimo¹³⁰⁰ e dell'idoneità della misura statale a perseguirlo¹³⁰¹ (idoneità che, peraltro, deve essere dimostrata dallo Stato)¹³⁰². Qualora la misura persegua lo scopo invocato dallo Stato, e questo sia ritenuto legittimo dalla Corte,

¹²⁹³ A. RACHOVITSA, “Balancing Test: African Court on Human and People’s Rights (ACtHPR)”, cit., par. 42: “The balancing test may not be prominently evident, but in searching and conceptualizing the concepts of fairness, reasonableness, and arbitrariness, the Court essentially balances a series of criteria and factors”.

¹²⁹⁴ Corte ADUP, *Jebra Kambole v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 18/2018, sentenza del 15 luglio 2020, par. 72: “A distinction or differential treatment becomes discrimination, contrary to Article 2, when it does not have any objective and reasonable justification and, in circumstances where it is not necessary and proportional”.

¹²⁹⁵ Corte ADUP, *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, ricorso n. 005/2013, sentenza del 20 novembre 2005, par. 104.

¹²⁹⁶ A. RACHOVITSA, “Balancing Test: African Court on Human and People’s Rights (ACtHPR)”, cit., par. 52 ss.

¹²⁹⁷ Corte ADUP, *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*, ricorso n. 003/2013, sentenza del 5 dicembre 2014, par. 137.

¹²⁹⁸ par. 145.

¹²⁹⁹ Corte ADUP, *Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R Mtikila v. United Republic of Tanzania*, cit., par. 107.

¹³⁰⁰ Commissione ADUP, *Media Rights Agenda and others v. Nigeria*, cit., par. 73: “the Government has provided no evidence that seizure of the magazine was for any other reason than simple criticism of the government. [...] there seems to have been no information threatening to, for example, national security or public order in it”.

¹³⁰¹ Corte ADUP, *African Commission on Human and Peoples’ Rights v. Kenya*, ricorso n. 006/2012, sentenza del 26 maggio 2017, par. 188: “the mere assertion by a State Party of the existence of a common interest warranting interference with the right to culture is not sufficient to allow the restriction of the right or sweep away the essence of the right in its entirety. Instead, in the circumstances of each case, the State Party should substantiate that its interference was indeed genuinely prompted by the need to protect such common interest”.

¹³⁰² Corte ADUP, *Jebra Kambole v. United Republic of Tanzania*, cit., par. 78: “the Respondent State has not provided details as to how the distinction [...] is necessary to protect its sovereignty or how its sovereignty would be jeopardized if the provision would be repealed or amended”.

quest'ultima ne verifica, nell'ambito di un unico test, la necessità e proporzionalità¹³⁰³. Anche il test di necessità (o *least alternative measure*) tende ad essere realizzato in modo più stringente rispetto all'omologa europea, in quanto la Corte africana si spinge fino a suggerire le misure meno restrittive che lo Stato avrebbe potuto adottare per perseguire lo scopo legittimo invocato¹³⁰⁴.

3.4.4. Gli organi di monitoraggio dei trattati conclusi nell'ambito delle Nazioni Unite

Anche i comitati istituiti dai trattati universali sui diritti umani, conclusi nell'ambito delle Nazioni Unite, ricorrono alla tecnica del bilanciamento. Essi riconoscono, in particolare, la proporzionalità è un principio generale che guida l'esercizio del potere di restringere o derogare alla protezione dei diritti umani¹³⁰⁵. Tale principio, infatti, è stato riconosciuto prima in modo implicito¹³⁰⁶ e poi espressamente¹³⁰⁷ nella giurisprudenza dei comitati. Può rilevarsi che, per quanto riguarda il ricorso al bilanciamento per applicare le clausole di limitazione¹³⁰⁸ e di deroga¹³⁰⁹ contenute nelle disposizioni convenzionali, o per risolvere contrasti tra diversi diritti individuali, non si vi sono particolarità degne di nota rispetto all'approccio della Corte EDU.

Tra le peculiarità di tale ambito, può notarsi un ricorso più ampio al bilanciamento per interpretare le numerose *clausole generali* incluse nei rispettivi strumenti pattizi, posto che tali trattati ne fanno un uso ancor più esteso rispetto ai trattati regionali.

¹³⁰³ Ibidem: "the Court has held that any interference with the rights and freedoms guaranteed in the Charter shall be necessary and proportional to the legitimate interest sought to be attained by such interference". Si veda A. RACHOVITSA, "Balancing Test: African Court on Human and People's Rights (ACtHPR)", cit., par. 15.

¹³⁰⁴ Corte ADUP, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Kenya*, cit., par. 167: "rather than evicting the Ogieks from the Mau Forest [...] there were other less onerous measures that the Respondent could have put in place that would have ensured their continued enjoyment of this right while ensuring the maintenance of law and order and public health".

¹³⁰⁵ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 29. States of Emergency (Article 4)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 agosto 2001, par. 4: "the obligation to limit any derogations to those strictly required by the exigencies of the situation reflects the principle of proportionality which is common to limitation and derogation powers".

¹³⁰⁶ Comitato dei diritti umani, *Weinberger v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/11/D/28/1978, 29 ottobre 1980, par. 14: "The Human Rights Committee has considered whether acts and treatment, which are *prima facie* not in conformity with the Covenant, could for any reasons be justified under the Covenant in the circumstances".

¹³⁰⁷ Comitato dei diritti umani, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, UN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979, 31 marzo 1982, par. 13.3.

¹³⁰⁸ Comitato dei diritti umani, *Ballantyne v. Canada*, UN Doc. CCPR/C/47/D/385/1989, 31 marzo 1993, par. 11.4: "Any restriction [...] must cumulatively meet the following conditions: it must be provided for by law, it must address one of the aims enumerated in paragraph 3(a) and (b) of article 19, and must be necessary to achieve the legitimate purpose"; Comitato dei diritti umani, *Velichkin v. Belarus*, UN Doc. CCPR/C/85/D/1022/2001, 20 ottobre 2005, par. 7.3; Comitato dei diritti umani, *Kim v. Republic of Korea*, UN Doc. CCPR/C/64/D/574/1994, 4 gennaio 1999, par. 12.2.

¹³⁰⁹ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 29. States of Emergency (Article 4)*, cit., par. 4.

L'interpretazione e la specificazione del contenuto di tali clausole è stata definita, infatti, come una delle “others forms of weighing of interests and values”¹³¹⁰. In primo luogo, un bilanciamento è utilizzato per applicare tutte quelle disposizioni convenzionali che sanciscono *obblighi statali di mezzi*¹³¹¹ e, in particolare, obblighi “to take steps” o obblighi di “due diligence”. Un obbligo di questo tipo, infatti “inevitably involves balancing considerations”¹³¹². Si pensi all'art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali¹³¹³, o all'art. 2, lett. c), della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, secondo cui gli Stati devono “take all appropriate measures to eliminate discrimination against women”. Il Comitato istituito da tale Convenzione ha chiarito che la determinazione delle misure necessarie a proteggere una donna, ad esempio in caso di violenza domestica, deve avvenire sulla base di un bilanciamento e alla luce del principio di proporzionalità¹³¹⁴. Ma si pensi anche alla determinazione della nozione di “accomodamento ragionevole”, di cui alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. Il concetto stesso di accomodamenti ragionevoli richiede la realizzazione di un bilanciamento, in quanto esso è definito dall'art. 2 della Convenzione come quei

necessary and appropriate modification and adjustments *not imposing a disproportionate or undue burden*, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms.

La mancata adozione di tali misure da parte dello Stato, nel caso in esse cui fossero non eccessivamente gravose, costituisce discriminazione. Al riguardo, il Comitato dei diritti delle persone con disabilità ha chiarito che “when assessing the reasonableness and

¹³¹⁰ H. KELLER e R. WALTHER, “Balancing Test: United Nations Human Rights Bodies”, cit. par. 8.

¹³¹¹ H. KRIEGER e A. PETERS, “Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order”, cit., p. 371, ssia “[g]oal oriented obligations [that] do not prescribe a specific conduct through which a goal shall be reached out but only define the goal itself”.

¹³¹² Ivi, par. 9.

¹³¹³ Il par. 1 sancisce che “[e]ach State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”. Si vedano Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, 14 dicembre 1990; Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 agosto 2017.

¹³¹⁴ Comitato sull'eliminazione della discriminazione contro le donne, *Goekce v. Austria*, UN Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005, 6 agosto 2007, par. 12.1.5.: “Although, the State party rightly maintains that, it is necessary in each case to determine whether detention would amount to a disproportionate interference in the basic rights and fundamental freedoms of a perpetrator of domestic violence, such as the right to freedom of movement and to a fair trial, the Committee is of the view [...] that the perpetrator's rights cannot supersede women's human rights to life and to physical and mental integrity”; Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, *Fatma Yildirim (deceased) v. Austria*, UN Doc. CEDAW/C/39/D/6/2005, 1 ottobre 2007, par. 12.1.5.

proportionality of accommodation measures, States Parties enjoy certain margin of appreciation”¹³¹⁵, ma ha anche precisato che l’onere di dimostrare l’esistenza di un onere sproporzionato grava in ogni caso in capo allo Stato¹³¹⁶.

Inoltre, anche con riferimento a disposizioni non formulate per il tramite di clausole generali, i Comitati ONU riconoscono che i trattati in materia di diritti umani non sanciscono solo obblighi negativi di non interferire nel godimento dei rispettivi diritti, ma anche obblighi positivi di *due diligence*. Il contenuto concreto di tali obblighi viene determinato alla luce di un bilanciamento¹³¹⁷.

Infine, anche la nozione di *best interests of the child*, di cui all’art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, deve essere determinata alla luce di un bilanciamento che, in questo caso, è *duplice*. In primo luogo, la determinazione di cosa costituisce superiore interesse del minore richiede una valutazione delle specifiche circostanze del caso concreto e un bilanciamento delle medesime¹³¹⁸. In secondo luogo, l’art. 3 dispone che il *best interests of the child* debba essere per le autorità statali una considerazione primaria, ma non unica. Pertanto, l’interesse del minore può entrare in conflitto, ed essere bilanciato, con altri interessi (statali o di altri individui, tra cui ad esempio quelli dei genitori)¹³¹⁹.

¹³¹⁵ Comitato dei diritti delle persone con disabilità, *Beasley v. Australia*, UN Doc. CRPD/C/15/D/11/2013, 25 maggio 2016, par. 8.4: “States Parties must ensure that such an assessment is made in a thorough and objective manner, covering all the pertinent elements, before reaching the conclusion that the respective support and adaptation measures would constitute a disproportionate or undue burden for the State Party”. Si vedano anche Comitato dei diritti delle persone con disabilità, *Lockrey v. Australia*, UN Doc. CRPD/C/15/D/13/2013, 30 maggio 2016, par. 8.5; Comitato dei diritti delle persone con disabilità, *Jüngelin v. Sweden*, CRPD/C/12/D/5/2011, 2 ottobre 2014, para. 10.5.

¹³¹⁶ Comitato dei diritti delle persone con disabilità, *Given v. Australia*, UN Doc. CRPD/C/19/D/19/2014, 29 marzo 2018, par. 8.9.

¹³¹⁷ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 36 on Article 36 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36, 30 ottobre 2018, par. 21: “The duty to take positive measures to protect the right to life derives from the general duty to ensure the rights recognized in the Covenant, which is articulated in article 2, paragraph 1, when read in conjunction with article 6, as well as from the specific duty to protect the right to life by law which is articulated in the second sentence of article 6. States parties are thus under a due diligence obligation to undertake reasonable positive measures, which do not impose on them disproportionate burdens, in response to reasonably foreseeable threats to life originating from private persons and entities, whose conduct is not attributable to the State”.

¹³¹⁸ Comitato dei diritti del fanciullo, *General Comment No. 14 (2013) on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken into Primary Consideration*, UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 maggio 2013, par. 48. Si vedano anche i par. 80-82: “the basic best-interest assessment is a general assessment of all relevant elements of the child’s best interests, the weight of each element depending on the others. Not all the elements will be relevant to every case, and different elements can be used in different ways in different cases. [...] The elements in the best-interests assessment may be in conflict when considering a specific case and its circumstances. [...] In weighing the various elements, one needs to bear in mind that the purpose of assessing and determining the best interests of the child is to ensure the full and effective enjoyment of the rights recognized in the Convention”.

¹³¹⁹ Ivi, par. 39: “The best interests of the child – once assessed and determined – might conflict with other interests or rights (e.g. of other children, the public, parents, etc.). Potential conflicts between the best interests of the child, considered individually, and those of a group of children or children in general have to be resolved on a case-by-case basis, carefully balancing the interests of all parties and finding a suitable compromise”.

3.5. I TRIBUNALI ARBITRALI INVESTITORE-STATO

Nella giurisprudenza dei tribunali arbitrali investitore-Stato (costituiti ai sensi della Convenzione sulla risoluzione delle controversie tra Stati e cittadini di altri Stati, qui di seguito ICSID, o di altri trattati) la tecnica del bilanciamento ha acquisito un rilievo sempre maggiore¹³²⁰. I trattati bilaterali di investimento (BIT) e, più ampiamente, il diritto internazionale degli investimenti, infatti, sono volti a raggiungere un delicato equilibrio tra l'interesse degli Stati all'attrazione di investimenti stranieri, tramite la protezione dei diritti degli investitori, e la possibilità dello Stato dell'investimento di perseguire i propri interessi, nell'esercizio della propria stessa sovranità¹³²¹. Inoltre, tale equilibrio, così come sancito nei negoziati tra gli Stati nelle disposizioni pattizie, è poi spesso destinato ad essere rimesso in discussione nell'ambito delle controversie davanti ai tribunali arbitrali, in cui le parti non sono i due Stati che hanno negoziato il trattato, bensì uno di essi e un soggetto privato¹³²².

Prima di esaminare la giurisprudenza rilevante, bisogna sottolineare che anche i tribunali arbitrali investitore-Stato, come i tribunali in materia di tutela dei diritti umani, sono competenti ad applicare i singoli BIT e le norme spesso indicate nelle clausole sul diritto applicabile, che spesso includono anche più ampiamente i principi e le regole rilevanti di diritto internazionale e, in alcuni casi, anche il diritto interno. Pertanto, non è sempre agevole distinguere le diverse funzioni svolte dal bilanciamento, che tendono spesso a sovrapporsi tra loro nella giurisprudenza.

Poste tali premesse, qui di seguito si tratterà del bilanciamento come tecnica di rilevazione di norme (procedurali) non scritte (Sez. 3.5.1.), come tecnica di interpretazione e applicazione delle disposizioni dei BIT (Sez. 3.5.2.) e come tecnica di

¹³²⁰ Si vedano, tra i tanti, A. TANZI, *On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration in the Public Utilities Sector*, 2012(1) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 13, pp. 47 ss.; F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, 2022(1) *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 71, pp. 139 ss.

¹³²¹ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, lodo parziale del 17 marzo 2006, par. 300. Si veda anche A. MILLS, "The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in International Investment Law and Arbitration", cit., p. 439: "each bilateral investment treaty (BIT) or other international investment agreement can be viewed as an equilibrium established between two (or more) states, which at least in part reflects their counter-balancing interests and negotiating strengths"; *D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, lodo parziale del 13 novembre 2000, par. 263: "a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders".

¹³²² Ivi, p. 445: "the dispute settlement process may itself be viewed as a further equilibrium, which involves interpretation and application of particular provisions of a BIT to determine the balance of rights between the two parties to the dispute".

soluzione dei conflitti tra le disposizioni dei BIT e altre norme di diritto internazionale (Sez. 3.5.3.).

3.5.1. La rilevazione di norme procedurali non scritte

Anche negli arbitrati investitore-Stato il bilanciamento è stato utilizzato come tecnica di *gap-filling*, quanto meno con riferimento alle lacune nel diritto procedurale.

Nel caso *Abaclat* un tribunale ICSID ha ritenuto di avere, in virtù dell'art. 19 delle *Arbitration Rules* e dell'art. 44 ICSID – ai sensi dei quali il tribunale adotta ordinanze volte a disciplinare la procedura e decide sulle questioni procedurali non espressamente disciplinate – il potere di colmare lacune procedurali nel sistema¹³²³, a condizione che tale potere non sia esercitato allo scopo di modificare regole esistenti¹³²⁴ e i suoi effetti siano limitati al caso di specie¹³²⁵. Nel caso di specie il tribunale arbitrale doveva stabilire se, nonostante il silenzio delle regole procedurali, un ricorso collettivo contro uno Stato fosse ammissibile e, se del caso, come procedere all'esame di un tale ricorso. Avendo ritenuto che degli adattamenti delle regole procedurali fossero necessari per esaminare adeguatamente il ricorso collettivo¹³²⁶, e che tale adattamento avrebbe garantito a numerosi dei ricorrenti di esercitare il proprio diritto di accesso al sistema di risoluzione delle controversie e al sistema di funzionare adeguatamente¹³²⁷, ma anche che tali adattamenti avrebbero implicato reciproche limitazioni dei diritti di difesa, il tribunale ha affermato di dover risolvere la questione alla luce di un bilanciamento:

Thus, the question arises whether in the light of the present circumstance it would be justified to set strict boundaries to certain of the Parties' procedural rights, while adapting a method of examination so as to give actual effective protection to the investment. The challenge lies in the right balance. In the search for the right balance, the Tribunal considers the following issues to be relevant: (i) under what conditions it is acceptable to change the method of examination from individual to group treatment; (ii) to what extent are Argentina's defense rights affected in comparison to 60,000 separate proceedings; and (iii) is it admissible to deprive claimants of certain procedural rights [...]?¹³²⁸

Il tribunale ha quindi ritenuto che l'esame collettivo fosse ammissibile “where claims raised by a multitude of claimants are to be considered identical or at least sufficiently

¹³²³ *Abaclat and others v. the Argentine Republic*, ICSID caso n. ARB/07/5, lodo del 28 ottobre 2011, par. 520.

¹³²⁴ Ivi, par. 522.

¹³²⁵ Ivi, par. 523.

¹³²⁶ Ivi, par. 531.

¹³²⁷ Ivi, par. 537: “the Tribunal finds that not only would it be cost prohibitive for many Claimants to file individuals claims but that it would be practically impossible for ICSID to deal separately with 60,000 individual arbitrations. Thus, the rejection of the admissibility of the present claims may equal a denial of justice. This would be shocking given that the investment at stake is protected under the BIT, which expressly provides for ICSID jurisdiction and arbitration”.

¹³²⁸ Ivi, par. 538-539.

homogeneous”¹³²⁹, che la limitazione dei diritti procedurali dello Stato convenuto sarebbe stata “limited and relative” e, in ogni caso, vantaggiosa se comparata con l’instaurazione contro lo stesso di circa 60 mila procedure arbitrali¹³³⁰, e che le limitazioni dei diritti procedurali dei ricorrenti fossero limitate e, in ogni caso, volontarie¹³³¹. Il tribunale ha inoltre concluso che non vi fossero “policy arguments”, derivanti dalla tutela della sovranità dello Stato convenuto, che si opponessero alla decisione di procedere in tal senso¹³³². Pertanto, alla luce di un bilanciamento tra gli interessi rilevanti, protetti dai principi di corretta amministrazione della giustizia, accesso alla giustizia, equo processo e tutela degli interessi dello Stato convenuto, il tribunale ha risolto una questione procedurale non altrimenti disciplinata dal sistema normativo in questione.

3.5.2. L’interpretazione e applicazione dei BIT

Anche nell’ambito degli arbitrati internazionali in materia di investimenti è possibile distinguere tra il ricorso al bilanciamento per determinare il concreto contenuto dei diritti degli investitori, e dei correlativi obblighi statali derivanti dalle disposizioni dei BIT (Sez. 3.5.1.1.), o per applicare le clausole di limitazione o deroga espressamente sancite dai trattati stessi (Sez. 3.5.1.2.).

3.5.2.1. La determinazione del contenuto dei diritti garantiti dai BIT

Nell’ambito degli arbitrati sugli investimenti, la determinazione dell’ampiezza e del contenuto dei diritti riconosciuti agli investitori dai BIT, e dei corrispettivi obblighi statali, viene spesso realizzata sulla base di un bilanciamento tra questi ultimi e il diritto dello Stato in cui viene realizzato l’investimento di adottare le misure che necessarie a perseguire i propri interessi. Quest’ultimo potere – che, come attributo inerente della sovranità, emerge nel contenzioso davanti a tutti i tribunali internazionali – nel sistema degli investimenti viene solitamente definito tramite la dottrina dei *police power* o del *right to regulate*. In alcuni casi tale diritto viene espressamente menzionato nei preamboli¹³³³, o in specifiche clausole, dei BIT¹³³⁴. Alcuni tribunali arbitrali si sono pertanto interrogati sul se, in mancanza di clausole analoghe, tale potere sia riconosciuto

¹³²⁹ Ivi, par. 540.

¹³³⁰ Ivi, par. 545.

¹³³¹ Ivi, par. 546.,

¹³³² Ivi, par. 549.

¹³³³ Il Preambolo dell’Accordo tra Canada, Stati Uniti e Messico “recognizes the inherent right to regulate [...] in accordance with the rights and obligations provided in this Agreement”.

¹³³⁴ L’art. 12 dell’Accordo Comprensivo tra Unione europea e Canada in materia di economia e commercio (CETA) prevede che “the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity”.

da una specifica norma consuetudinaria¹³³⁵. Tuttavia, tale incorporazione non sembra necessaria. Come si è detto, tale “potere regolamentare” costituisce un elemento inerente alla sovranità di ciascuno Stato¹³³⁶. Ciò che occorre determinare è il grado di limitazione di tale potere, alla luce degli obblighi internazionali assunti dagli Stati, ed è proprio a tal fine che viene in rilievo la tecnica del bilanciamento¹³³⁷: se lo Stato adotta misure ragionevolmente volte al perseguimento di un interesse legittimo, senza ledere in modo sproporzionato gli interessi degli investitori, tali misure saranno considerate compatibili con il trattato, a prescindere dall’esistenza di clausole di limitazione o deroga¹³³⁸.

3.5.2.1.1. La nozione di espropriazione

Un primo esempio riguarda l’interpretazione della nozione di *espropriazione indiretta*: una misura statale che incide in modo consistente sugli interessi patrimoniali di un investitore straniero, protetti tra un trattato bilaterale o multilaterale in materia di tutela degli investimenti, costituisce espropriazione – e, pertanto, implica il sorgere di un obbligo di risarcimento in capo allo Stato – solo se essa non costituisce legittimo esercizio del *potere regolamentare* dello Stato¹³³⁹. Rispetto a tale valutazione, tuttavia, possono rinvenirsi nella giurisprudenza dei tribunali due diversi approcci, i quali procedono all’analisi in ordine inverso.

Secondo un *primo orientamento*, meno diffuso, prima si valuta se la misura potenzialmente espropriativa costituisca legittimo esercizio dei poteri regolamentari dello

¹³³⁵ Alcuni tribunali arbitrali (si veda, ad esempio, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID, caso n. ARB/10/7, lodo dell’8 luglio 2016, par. 301) hanno ritenuto che le disposizioni pattizie dei BIT che fanno riferimento ai *police powers* debbano essere intese come volte a incorporare nel trattato la relativa norma di diritto internazionale consuetudinario.

¹³³⁶ F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, cit., pp. 159-60: “States have the right to regulate all matters in the territory under their effective control. This right does not need to be recognized in any treaty – it is part and parcel of what it means to be ‘a State’. States might voluntarily limit their sovereign rights through the conclusion of particular treaties [...] but the default position is that wherever a right to regulate with regard a specific issue has not been explicitly restricted through an international commitments, that State retains its full regulatory rights”; J. VINUALES, “Sovereignty in Foreign Investment Law”, in Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN e J. VINUALES, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 317 ss.

¹³³⁷ B. KINGSBURY e S. W. SCHILL, “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality”, cit., pp. 75 ss., p. 77: “investor-state arbitral tribunals are called upon to weight a measure taken by a state in exercise of its regulatory power, against the economic damage done to a foreign investor by that measure”.

¹³³⁸ F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, cit., p. 157: “several investment tribunals have had to assess alleged violations of investment protection standards, which respondent States claimed were justified because of public health [or human rights or environmental] reasons, without any guidance from the treaty upon which their jurisdiction was founded. [...] in nearly all of these cases, tribunals have nevertheless allowed public health reasons to prevail over investment interests”.

¹³³⁹ *Saluka Investments BV*, cit., par. 255; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. the United Mexican States*, ICSID, caso n. ARB(AF)/00/2, lodo del 29 maggio 2003, par. 119.

Stato e, solo successivamente, se essa abbia inciso in modo talmente significativo sul valore dell'investimento da costituire una "substantial deprivation" dell'investimento stesso, che in quanto tale deve raggiungere una determinata soglia di incidenza sul diritto di proprietà¹³⁴⁰. Si consideri il lodo reso nel caso *Saluka*, in cui il tribunale arbitrale ha sostenuto che

It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner *bona fide* regulations that are aimed at the general welfare.

Dunque, se la misura costituisce esercizio legittimo del potere regolamentare dello Stato, in quanto adottata nel perseguimento di uno scopo legittimo ed è proporzionata a tal fine, non si valuta il grado di incidenza sui diritti e gli interessi patrimoniali dell'investitore.

Ai sensi di un *secondo orientamento*, invece, si procede prima a determinare se la misura statale abbia implicato una "substantial deprivation" dell'investimento, secondo un ragionamento simile a quello della "soglia" che, si è visto, fonda l'applicabilità di diversi diritti garantiti dai trattati in materia di diritti umani: si va In caso positivo, si valuta se la misura non sia comunque qualificabile come espropriazione, in quanto costituisce legittimo esercizio del potere regolamentare dello Stato. Solo successivamente, ossia qualora la misura abbia un'incidenza talmente rilevante da essere qualificata come una *sostanziale privazione* del valore dello stesso, si procede a valutare se esse sia stata adottata nell'ambito del valido esercizio del potere regolamentare dello Stato, in quest'ultimo caso escludendo che la misura sia in sé qualificabile come espropriazione. Nel caso *Chemtura*¹³⁴¹, il Canada si difendeva sostenendo che la misura adottata non costituisse un'espropriazione. Esso ammetteva di aver realizzato una "substantial deprivation", nel senso di aver inciso ampiamente sul valore dell'investimento. Tuttavia, affermava che "there was still no expropriation because the decision [...] was a valid exercise of Canada's police power to protect public health and the environment"¹³⁴². Tuttavia, il tribunale non si è pronunciato sulla questione in quanto ha ritenuto, a monte, che mancasse una "substantial deprivation" idonea a costituire, *prima facie*, un'espropriazione, e non ha quindi proceduto a valutare la difesa basata sulla dottrina dei *police powers*.

Lo stesso orientamento è riscontrabile in una serie di altri casi, in cui, tuttavia, le difese degli Stati sono state rigettate, in quanto le misure non sono state considerate come legittimo esercizio del potere regolamentare. Nel caso *Tecmed* il tribunale arbitrale doveva stabilire se l'ordine di chiusura di un'impresa straniera, asseritamente adottato a tutela dell'ambiente e della salute, fosse compatibile con il divieto di espropriazione e con il principio del trattamento equo, come stabiliti dal BIT concluso tra Spagna-Messico.

¹³⁴⁰ *Saluka Investments BV*, cit., par. 255-275.

¹³⁴¹ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, lodo del 2 agosto 2010, par. 138.

¹³⁴² Ivi, par. 254.

Il tribunale ha riconosciuto che le misure validamente adottate nell'esercizio dei *police powers* dello Stato non costituiscono espropriazione ai sensi del trattato e non implicano, pertanto, un obbligo di risarcimento¹³⁴³. A tal fine, secondo il tribunale, è necessario valutare

whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significant of such impact as a key role upon deciding the proportionality”¹³⁴⁴.

Nel caso concreto, tuttavia, il tribunale arbitrale, sulla base del test di adeguatezza, ha escluso che le misure perseguissero gli scopi, invocati dallo Stato, di tutela della salute, dell'equilibrio ecologico e dell'ambiente¹³⁴⁵. Pertanto, ha ritenuto di non doversi pronunciare sulla proporzionalità tra gli obblighi in materia di tutela degli investimenti e i poteri dello Stato volti al perseguimento dei propri interessi¹³⁴⁶. Nel caso *Vivendi*, invece, il tribunale si è fermato al test di necessità: ha riconosciuto che la misura statale oggetto del giudizio perseguiva l'interesse essenziale alla tutela del diritto all'acqua e alla salute¹³⁴⁷. Tuttavia, ha concluso che esistevano misure meno lesive dei diritti dell'investitore, egualmente idonee a raggiungere tale scopo.

In altri casi, invece, la condotta dello Stato è stata considerata compatibile con gli obblighi sanciti dal BIT rilevante proprio in quanto volta a razionalmente perseguire degli scopi legittimi. Nel caso *Roussalis* l'imprenditore era stato soggetto a importanti sanzioni e poi alla chiusura forzata dell'impresa, in ragione del fatto che non aveva rispettato la normativa UE in materia di sicurezza e salute alimentare. Il tribunale ha riconosciuto che le misure in questione “were justified by an important public safety purpose, namely, serious public health and safety considerations”¹³⁴⁸ ed erano idonee a raggiungere tale

¹³⁴³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A.*, cit., par. 119.

¹³⁴⁴ *Ivi*, par. 122: “Although the analysis start at the due reference owing to the State when defining the issues that affect its public policy or the interests of society as a whole, as well as the actions that will be implemented to protect such values, such situation does not prevent the Arbitral Tribunal, without thereby questioning such due deference, from examining the actions of the State in light of Article 5(1) of the Agreement to determine whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation. There must be a *reasonable relationship of proportionality* between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure”.

¹³⁴⁵ *Ivi*, par. 124 e 129.

¹³⁴⁶ F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, cit., pp. 150-51.

¹³⁴⁷ *Suex, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. The Argentine Republic*, ICSID, n. ARB/03/10, lodo del 30 luglio 2010, par. 260: “[t]he provision of water and sewage services to the metropolitan area of Buenos Aires certainly was vital to the health and well-being of nearly ten million people and was therefore an essential interest of the Argentine State”.

¹³⁴⁸ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID, caso n. ARB/06/1, lodo del 7 dicembre 2011, par. 664; par. 686: “food and safety policies are commonplace in many countries and promote important public safety purpose, namely public health. Each of the State authorities’ decisions was motivated in regard to these food and safety regulations”.

scopo¹³⁴⁹. Inoltre, sono state ritenute necessarie in quanto imposte solo all'esito di diverse sanzioni volte a far adeguare l'investitore alla normativa rilevante, e da quest'ultimo non rispettate¹³⁵⁰. A detta del tribunale, pertanto, "the claimant did not prove that the measures of which he here complains were unjustifiable, disproportionate or discriminatory"¹³⁵¹. Ma si consideri anche il caso *Philip Morris*, relativo alle misure prese dall'Uruguay in materia di obblighi, volti alla tutela della salute, di uniformare i prodotti del tabacco e di evitare in questo ambito il ricorso a marchi riconoscibili. L'azienda Philip Morris riteneva che tali misure costituissero una espropriazione di fatto e il tribunale, oltre ad aver ritenuto che non si fosse realizzata una perdita abbastanza ampia di valore per essere qualificata come tale¹³⁵², ha anche osservato come le misure contestate fossero "a fair valid exercise of the State's police powers, with the consequence of defeating the claim for expropriation under Article 5(1)"¹³⁵³. Invocando l'obbligo di interpretazione sistematica di cui all'art. 31, par. 3, lett. c) CVDT¹³⁵⁴, il tribunale ha ritenuto di dover prendere in considerazione la norma consuetudinaria sui *police powers* dello Stato, e che "protecting public health has since long been recognized as an essential manifestation of the State's police power"¹³⁵⁵. Per stabilire se l'esercizio di tale potere, qualora implichi una lesione degli interessi degli investitori tutelata dal BIT, faccia sorgere un obbligo di compensazione, il tribunale ha chiarito che "the action has to comply with certain conditions" e, in particolare, "must be taken *bona fide* for the purpose of protecting the public welfare, must be non-discriminatory and proportionate"¹³⁵⁶. Ha quindi affermato che le misure erano dirette, e idonee, a tutelare la salute, anche in ragione del fatto che erano imposte da obblighi nazionali e internazionali dello Stato; che avevano un'incidenza ristretta sui diritti degli investitori, e che i dati dimostravano che, invece, contribuivano in maniera ampia al raggiungimento dello scopo.

Da ultimo, tale approccio è stato seguito anche nel recente caso *Eco Oro*, in cui il tribunale arbitrale investito della controversia doveva stabilire se la revoca, per motivi di tutela ambientale, di una concessione mineraria, costituisse espropriazione indiretta ai

¹³⁴⁹ Ivi, par. 687: "suspending or revoking operating permits may be regarded a reasonable and appropriate measure to penalize serious irregularities to the food and safety regulations".

¹³⁵⁰ Ivi, par. 665: "in the light of the acknowledged deficiencies and the company's repeated failure to remedy those deficiencies, the [State]'s actions were not only justified, but also necessary".

¹³⁵¹ Ivi, par. 690.

¹³⁵²

¹³⁵³ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., par. 287. Già nella decisione sulla giurisdizione il tribunale aveva affermato, senza concludere sul punto, che gli obblighi derivanti dal BIT "[do] not prevent Uruguay, in the exercise of its sovereign powers, from regulating harmful products in order to protect public health after investments in this field have been admitted". Per una critica si veda P. RANJAN, *Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay*, 2019(1) *Asian Journal of International Law*, Vol. 9, pp. 98 ss.

¹³⁵⁴ Ivi, par. 290.

¹³⁵⁵ Ivi, par. 291 ss.

¹³⁵⁶ Ivi, par. 305.

sensi dell'art. 811 del *Colombia-Canada Free Trade Agreement*. Dopo aver ritenuto che la misura fosse di gravità tale “to be a substantial deprivation, such as to amount to an indirect expropriation”¹³⁵⁷, il tribunale ha proceduto a valutare se essa costituisse legittimo esercizio del potere regolamentare dello Stato. A tal fine, ha in primo luogo sottolineato come la misura fosse volta a perseguire lo scopo legittimo della tutela dell'ambiente¹³⁵⁸ e che non fosse discriminatoria¹³⁵⁹. A detta del tribunale, quindi, le autorità interne “had to balance the competing interests of the environment and of the economic rights of private persons”¹³⁶⁰, ha concluso che

the Challenged Measures were not discriminatory and designed and applied to protect a legitimate public welfare objective, namely the protection of the environment. They were adopted in good faith. The Challenged Measures were therefore a legitimate exercise by Colombia of its police powers unless they comprise a rare circumstance such that they constitute indirect expropriation pursuant to Annex 811(2)(a).¹³⁶¹

Il tribunale ha dunque riconosciuto che l'importanza dell'interesse alla tutela dell'ambiente fosse pacifica per le parti. Esse, invece, avevano opinioni contrastanti con riferimento alla proporzionalità della misura rispetto allo scopo perseguito. Tuttavia, tenendo in considerazione anche il principio di precauzione in materia ambientale, il tribunale ha ritenuto che le misure fossero ragionevoli¹³⁶². Sulla base di tali considerazioni, il tribunale ha concluso che

The majority of the Tribunal therefore does not find the Challenged Measures to have been so severe that they cannot be reasonably viewed as having been undertaken in good faith. The majority of the Tribunal finds that they were motivated both by a genuine belief in the importance of protecting the *páramo* ecosystem and pursuant to Colombia's longstanding legal obligation to protect it. In sum, the Challenged Measures were adopted in good faith, are non-discriminatory and designed and applied to protect the environment such that they are a legitimate exercise of Colombia's police powers and do not constitute indirect expropriation.¹³⁶³

Nel caso concreto, tuttavia, pur avendo escluso che la misura costituisse una “espropriazione indiretta” per i motivi indicati sopra, il tribunale arbitrale ha comunque ritenuto che sorgesse in capo allo Stato un obbligo di risarcimento nei confronti dell'investitore.

¹³⁵⁷ *Eco Oro Minerals Corp. v. the Republic of Colombia*, cit., par. 634.

¹³⁵⁸ Ivi, par. 636.

¹³⁵⁹ Ivi, par. 640.

¹³⁶⁰ Ivi, par. 641.

¹³⁶¹ Ivi, par. 642.

¹³⁶² Ivi, par. 655.

¹³⁶³ Ivi, par. 699.

3.5.2.1.2. *Le nozioni di fair and equitable treatment e di aspettativa legittima*

Anche le disposizioni, presenti nei BIT, in materia di trattamento equo e giusto (*fair and equitable treatment*, FET), sono spesso interpretate alla luce di un bilanciamento tra i rilevanti interessi delle parti della controversia.

Si consideri, ancora una volta, la controversia tra l'azienda Philip Morris e l'Uruguay. La prima sosteneva che le misure in materia di *packaging* del tabacco costituivano anche una violazione della clausola sul trattamento equo e giusto. Nel procedere alla valutazione, il tribunale ha notato che le misure non apparivano arbitrarie¹³⁶⁴, in quanto adottate allo scopo di tutelare la salute¹³⁶⁵, e idonee a tal fine, sulla base dei dati scientifici disponibili. Inoltre, esse costituivano un mezzo effettivo per adempiere agli obblighi di tutela del diritto umano alla salute, così come sanciti nella Convenzione quadro sul controllo del tabacco (FCTC), conclusa nell'ambito dell'Organizzazione mondiale della salute¹³⁶⁶, e rientravano pertanto nel margine di apprezzamento che a tal fine deve essere riconosciuto allo Stato¹³⁶⁷. Con riferimento alla misura del packaging uniforme, il tribunale ha poi realizzato le tre fasi del giudizio di proporzionalità¹³⁶⁸.

Un ragionamento simile è stato seguito nel lodo reso nel caso *Urbaser*, in cui l'investitore si lamentava delle tariffe imposte dall'Argentina (ridotte di due terzi rispetto a quanto originariamente stabilito nel contratto) per una concessione del servizio di approvvigionamento idrico, ritenendo che la riduzione costituisse una violazione della clausola FET. Il tribunale ha innanzitutto ricordato che la clausola FET è una clausola generale, che deve essere interpretata alla luce delle circostanze del caso concreto¹³⁶⁹, e che risulta strettamente connessa alla nozione di aspettativa legittima dell'investitore¹³⁷⁰.

¹³⁶⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., par. 390.

¹³⁶⁵ Ivi, par. 391.

¹³⁶⁶ Ivi, par. 392-96.

¹³⁶⁷ Ivi, par. 399, secondo cui il margine di apprezzamento, così come sviluppato dalla Corte EDU, "applies equally to claims arising under BITs".

¹³⁶⁸ Ivi, par. 410: "In short, the SPR was a reasonable, not arbitrary, grossly unfair, unjust, discriminatory or disproportionate measure, and this is especially so considering its relatively minor impact on Albal's business"; par. 418: "the present case concerns a legislative policy decision taken against the background of a strong scientific consensus as to the lethal effects of tobacco. Substantial deference is due in that regard to national authorities' decisions as to the measures which should be taken to address an acknowledged and major public health problem. [...] Some limit had to be set, and the balance to be struck between conflicting considerations was very largely matter for the government".

¹³⁶⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzeurgoa v. the Argentine Republic*, cit., par. 611: "There is certainly room for accepting the idea that the fair and equitable treatment concept must refer or be related to the circumstances of the particular case. Each of the three words "fair," "equitable" and "treatment" implies such a component".

¹³⁷⁰ Ivi, par. 615: "the interpretation of this standard is usually focusing on the legitimate expectations of the investor, covering all acts and omissions of the host State that are embraced by the fair and equitable treatment standard. The objective is twofold: On the one hand, the host State complies with its Treaty obligations as long as it operates within the range of events that the investor had to expect, and on the other

Inoltre, il ha precisato che, per determinare quali misure l'imprenditore debba potersi aspettare dallo Stato, devono prendersi in considerazione non solo i termini del regolamento contrattuale (privatistico) dell'investimento, ma la totalità di diritti e degli obblighi dello Stato e delle sue autorità:

these contractual rights should not be considered in isolation. They are placed in a legal framework embracing the rights and obligations of the host State and its authorities, subject to the protections established in the BIT.¹³⁷¹

L'investitore, quindi, nel formarsi un'aspettativa quanto al trattamento ricevuto nell'esecuzione del contratto relativo all'investimento, deve prendere in considerazione la totalità del diritto applicabile, compresi gli altri obblighi internazionali assunti dallo Stato¹³⁷², tra cui anche "the obligation [...] to ensure the population's health and access to water and to take all measures required to that effect"¹³⁷³. Il tribunale arbitrale ha dunque applicato la clausola FET bilanciando, tra un lato, gli interessi dell'investitore e, dall'altro, gli obblighi internazionali dello Stato in materia di diritti umani. Ha infatti rilevato, in primo luogo, che la misura adottata dall'Argentina perseguisse lo scopo di garantire il diritto umano fondamentale all'acqua per milioni di cittadini¹³⁷⁴. In secondo luogo, il tribunale ha affermato che per valutare la sussistenza di una violazione della clausola FET bisogna prendere in considerazione il grado di interferenza nei diritti dell'investitore, il quale "must be of some importance"¹³⁷⁵, il grado di trasparenza delle condotte delle autorità statali e il coinvolgimento dell'investitore nella procedura decisionale¹³⁷⁶ e, in terzo luogo, "[the] intensity and gravity [dell'interferenza], both factors being subject to variations in relation to the duration of their impact in the particular case"¹³⁷⁷. Sulla base di tali criteri, il tribunale arbitrale ha ritenuto che le misure adottate dall'Argentina fossero, in linea di principio, in violazione del trattato e dei relativi diritti dell'investitore. Tuttavia, ha aggiunto che tale violazione dovesse ritenersi scusata in applicazione dell'art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, che codifica la norma consuetudinaria che riconosce lo stato di necessità come causa di esclusione della responsabilità¹³⁷⁸.

hand, the investor relies on a BIT protection that events not to be expected will not occur, or, if they do, will trigger the host State's responsibility".

¹³⁷¹ Ivi, par. 619.

¹³⁷² Ivi, par. 621.

¹³⁷³ Ivi, par. 622.

¹³⁷⁴ Ivi, par. 624.

¹³⁷⁵ Ivi, par. 626.

¹³⁷⁶ Ivi, par. 628.

¹³⁷⁷ Ivi, par. 629.

¹³⁷⁸ Ivi, par. 728. Sull'applicazione della scusante della necessità, si veda più ampiamente *infra*, Sez. 3.5.3.1.

3.5.2.2. L'applicazione delle clausole di limitazione o deroga

Nei BIT, specie in quelli più recenti, sono progressivamente emerse delle clausole di necessità o deroga, costruite sul modello del summenzionato art. XX GATT o che incorporano direttamente quest'ultimo nel relativo trattato¹³⁷⁹. Nel sistema degli investimenti esse prendono il nome di *non precluded measures clauses* (NPM) ed hanno lo scopo di escludere la responsabilità dello Stato ai sensi del relativo trattato nell'ipotesi in cui la restrizione dei diritti degli investitori derivi da misure adottate sulla base di *public policy reasons* e, dunque, sia adottata nel perseguimento di determinati ritenuti scopi legittimi dal trattato, che spesso li indica espressamente¹³⁸⁰. Anche in tale ambito, quindi, può considerarsi che dette clausole incorporino, all'interno del trattato, interessi e valori ulteriori, come la tutela della sicurezza, dell'ordine pubblico, della salute, dell'ambiente, del lavoro o dell'ambiente.

In alcuni casi, e specie con riferimento ai trattati più risalenti nel tempo, tali clausole sono *self-judging*, con la conseguenza che lo Stato è esente da responsabilità qualora esso stesso ritenga di aver adottato le misure in questione nel perseguimento di uno degli scopi indicati dalla norma¹³⁸¹. Molto più spesso, e soprattutto di recente, esse invece sono *non-self-judging*. Pertanto, sarà il tribunale arbitrale a pronunciarsi sul se la misura sia "necessaria" al raggiungimento dello scopo¹³⁸². Da un punto di vista di tecnica giudiziaria e decisionale, tali clausole facilitano il ricorso alla tecnica del bilanciamento¹³⁸³, in quanto costituiscono un appiglio normativo per i tribunali¹³⁸⁴, che spesso tendono a fare riferimento alla giurisprudenza dei panel e dell'Organo d'appello dell'OMC¹³⁸⁵, ma anche della Corte EDU. E nonostante la dottrina si divida tra coloro

¹³⁷⁹ L'art. 28.3.1. del CETA stabilisce che "[f]or the purposes of [...] Sections B Establishment of investment) and C (Non-discriminatory treatment) of Chapter Eight (Investment), Article XX of the GATT 1994 is incorporated into and made part of this Agreement. The Parties understand that the measures referred to in Article XX (b) of the GATT 1994 include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health [...]".

¹³⁸⁰ Si consideri, tuttavia, che alcuni autori ritengono che vi siano importanti differenze tra l'art. XX GATT e le NPM, con la conseguenza che la tecnica di applicazione sviluppata in relazione al primo non potrebbe essere estesa ai secondi (J. KURTZ, *Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis*, 2010(2) *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, pp. 325 ss., p. 367; J.E. ALVAREZ e T. BRINK, *Revisiting the Necessity Defence*, 2010 *Yearbook on International Investment Law and Policy*, pp. 319 ss., p. 349). Tuttavia, come si vedrà di seguito, la giurisprudenza dei tribunali arbitrali sembra smentire tale affermazione.

¹³⁸¹ Si veda *supra*, Sez. 3.2.2.2.1., per l'applicazione di clausole simili da parte della CIG.

¹³⁸² A. STONE SWEET, *Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier*, 2010(1) *Law and Ethics of Human Rights*, Vol. 4, pp. 48 ss.

¹³⁸³ *Contra*, *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, UNCITRAL, caso n. UNCT/02/1, lodo del 24 maggio 2007, Dichiarazione separata dell'arbitro Cass, par. 117, che ritiene che l'applicazione di tali clausole per il tramite della tecnica del bilanciamento implichi l'esercizio di un eccessivo margine di discrezionalità da parte dei tribunali arbitrali.

¹³⁸⁴ F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, cit., p. 162.

¹³⁸⁵ Si veda T. VOON, A. MITCHELL e J. MUNRO, "Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths and Risks", in L. SACHS, L. JOHNSON e J.

che ritengono la proporzionalità e bilanciamento siano le tecniche più appropriate per applicare tali clausole anche nell'ambito del sistema degli investimenti¹³⁸⁶, e chi invece ritiene che ciò non sia opportuno¹³⁸⁷, possono trovarsi svariati esempi nella prassi. Si pensi, ad esempio, all'art. XI del BIT Stati Uniti-Argentina, il quale sancisce che

The treaty shall not preclude the application by either Party of measures *necessary* for the maintenance of public order, the fulfilment of its obligation with respect to the maintenance or restoration of international peace and security, or the protection of its own essential security interest.

Se inizialmente tale clausola era stata applicata sulla base dell'art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati (che codifica la norma consuetudinaria che ritiene scusata la condotta illecita tenuta in condizioni di necessità), nel caso *Continental Casualty* essa è stata applicata per la prima volta sulla base di un giudizio di proporzionalità. Avendo ritenuto che la misura adottata dall'Argentina nell'ambito della crisi economico-finanziaria fosse volta alla protezione di propri "interessi essenziali", il tribunale ha espressamente affermato di trarre ispirazione dalla giurisprudenza dell'Organo di appello dell'OMC relativa all'art. XX GATT¹³⁸⁸. E con argomentazioni che rinviano chiaramente alla giurisprudenza di quest'ultimo, ma anche della Corte EDU, ha affermato che per stabilire se una misura, pur non indispensabile a perseguire uno scopo legittimo, sia comunque necessaria, bisogna realizzare un'operazione di "weighing and balancing", tenendo in conto le circostanze del caso concreto e, in particolare, dell'esistenza di alternative ragionevoli. Dunque, il tribunale ha innanzitutto realizzato un test di adeguatezza, sottolineando come la misura in oggetto (la svalutazione del peso argentino e la commutazione in pesos dei depositi bancari in dollari, unita alla sospensione dei pagamenti e alla ristrutturazione dei debiti) "contributed materially to the realization of their legitimate aims under Article XI"¹³⁸⁹. In secondo luogo, ha ritenuto che dette misure, tra quelle astrattamente disponibili, fossero quelle meno restrittive possibili dei diritti dell'investitore. Nel compiere il giudizio di proporzionalità in senso stretto il tribunale, richiamando implicitamente la dottrina del margine di apprezzamento così come sviluppata nel sistema CEDU, ha affermato che un certo grado di deferenza

COLEMAN (eds.), *Yearbook of International Law and Policy* 2017, 2019, Oxford, Oxford University Press, pp. 354 ss.

¹³⁸⁶ B. KINGSBURY e S. W. SCHILL, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality", cit.

¹³⁸⁷ J. PAINE, *Autonomy to Set the Level of Regulatory Protection in International Investment Law*, 2021(3) *International and Comparative Law Quarterly*, 2021, pp. 697 ss.

¹³⁸⁸ *Continental Casualty Company v. the Argentine Republic*, ICSID caso n. ARB/03/9, lodo del 5 settembre 2008, par. 193: "Since the text of Art. XI derives from the parallel model clause of the U.S. FCN treaties and these treaties in turn reflect the formulation of Art. XX of GATT 1947, the Tribunal finds it more appropriate to refer to the GATT and the WTO case law which has extensively dealt with the concept and requirements of necessity in the context of economic measures derogating to the obligations contained in GATT, rather than to refer to the requirement of necessity under customary international law".

¹³⁸⁹ Ivi, par. 196-97.

deve essere riconosciuto nei confronti dello Stato¹³⁹⁰. Nel realizzare, quindi, il bilanciamento tra gli interessi contrapposti, il tribunale arbitrale ha concluso che l'Argentina "[had] struck a fair balance" tra i medesimi¹³⁹¹ e che le misure in oggetto erano state "applied in a reasonable and proportionate way"¹³⁹². Il lodo, sottoposto a richiesta di annullamento, è stato confermato anche sulla parte relativa all'applicazione di tale clausola.

Più di recente, una clausola simile è stata applicata sulla base di un bilanciamento nel caso *Eco Oro c. Colombia*. L'art. 2201, par. 3, del *Colombia-Canada Free Trade Agreement* prevede un'eccezione agli obblighi in materia di tutela degli investimenti, stabilendo che "nothing [in the FTA investment chapter] shall be construed to prevent a Parties from adopting or enforcing measures necessary" alla protezione dell'ambiente, a condizione che tali misure non costituiscano discriminazioni arbitrarie o restrizioni arbitrarie del commercio e degli investimenti. Tuttavia, in quel caso il tribunale arbitrale ha concluso che una misura ragionevolmente e proporzionalmente adottata allo scopo di tutelare l'ambiente, pur non costituendo una violazione del trattato, implica comunque un obbligo di risarcimento da parte dello Stato nei confronti dell'investitore¹³⁹³.

3.5.3. La soluzione dei conflitti

In alcuni casi formulano le proprie difese secondo la logica, più volte evidenziata, del conflitto normativo o del conflitto tra interessi. Indipendentemente dal contenuto dell'obbligo asseritamente violato o dal fatto che siano previste o meno delle clausole di deroga, infatti, gli Stati possono sostenere che la condotta posta in essere fosse necessaria al perseguimento di quelli che essi considerano "interessi essenziali" (Sez. 3.5.3.1.), ovvero al rispetto di altri obblighi internazionali assunti dagli Stati, anche volti alla protezione di interessi collettivi della comunità internazionale (Sez. 3.5.3.2.).

3.5.3.1. I conflitti con gli "interessi essenziali" dello Stato tramite la scusante della necessità

Come si è visto, alcuni trattati in materia di investimento includono espressamente delle clausole di deroga che consentono allo Stato di invocare il perseguimento dei propri interessi essenziali per giustificare la violazione degli obblighi in materia di tutela degli investimenti stranieri. In alcune controversie, in assenza delle stesse o, se presenti, prescindendo dall'applicazione, gli Stati convenuti dagli investitori hanno invocato dinnanzi ai tribunali arbitrali la scusante consuetudinaria della necessità, così come

¹³⁹⁰ Ivi, par. 191: "the Tribunal is not called upon to make any political or economic judgment on Argentina's policies and of the measures adopted to pursued them".

¹³⁹¹ Ivi, par. 227.

¹³⁹² Ivi, par. 232.

¹³⁹³ *Eco Oro Minerals Corp. v. the Republic of Colombia*, cit., par. 830 ss.

codificata all'art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati. Come è noto, quest'ultimo dispone che uno Stato *non* possa invocare, per giustificare un illecito, la necessità, a meno che la condotta non fosse l'*unico modo* per proteggere un proprio *interesse essenziale* da un pericolo grave e imminente, e sempre che la misura non leda gravemente un interesse essenziale dello Stato nei confronti del quale si è assunto l'obbligo violato o della comunità internazionale nel suo complesso. Tale norma, come chiarito dalla stessa CDI¹³⁹⁴ e per come oggi generalmente intesa¹³⁹⁵, è propria volta a realizzare un bilanciamento tra l'interesse essenziale invocato dallo Stato e quelli della controparte o della comunità internazionale nel suo complesso, secondo la logica del "lesser-of-the-two-evils"¹³⁹⁶.

La giurisprudenza dei tribunali arbitrali investitore-Stato sul punto, tuttavia, non è particolarmente illuminante sul ruolo che gli "interessi essenziali" degli Stati potrebbero avere nel bilanciamento con gli obblighi internazionali degli stessi. In primo luogo, numerosi dei lodi che hanno fatto applicazione di tale norma sono stati successivamente annullati per errori di diritto, ritenendo che la difesa degli Stati avrebbe dovuto essere valutata nell'ambito delle clausole NPM contenute nei rispettivi trattati. In secondo luogo, ad oggi nessun tribunale ha espressamente e chiaramente realizzato il bilanciamento indicato dall'art. 25 del Progetto di articoli¹³⁹⁷. Ad esempio, nel caso *Enron c. Argentina* ha rigettato la difesa dello Stato formulata sulla base della necessità sul presupposto che le misure statali oggetto della controversia avevano inciso su un interesse essenziale dell'investitore, senza fornire alcuna motivazione al riguardo¹³⁹⁸, mentre nel caso *Sempra*

¹³⁹⁴ Nel Commentario all'art. 25, infatti, la Commissione ha chiarito che "the interest relied on must outweigh all other considerations [...] on a reasonable assessment of the competing interests, whether these are individual or collective" (par. 17) e che "the plea is excluded if there are others (otherwise lawful) means available, even if they may be more costly or less convenient" (par. 15). Il Relatore speciale Ago, nell'ambito dei lavori della CDI, aveva anche espressamente affermato che si tratta di una valutazione di "proportionality between the interest the State wanted to protect and the interest sacrificed".

¹³⁹⁵ F. PADDEU, *Justification and Excuse in International Law. Concept and Theory of General Defences*, 2018, Cambridge, Cambridge University Press, p. 412, secondo cui la norma "is currently understood to concern a predicament resulting from a clash of interests", il quale richiede di prendere in considerazione "the situation as a whole and determine [...] what interest ought to prevail or"; R. SLOANE, *On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility*, cit., p. 447. Si veda anche Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 648, secondo cui si tratta di una "unique rule of general international law that explicitly provides for a balancing exercise involving State interests".

¹³⁹⁶ F. PADDEU, *Justification and Excuse in International Law. Concept and Theory of General Defences*, cit., p. 415.

¹³⁹⁷ Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 681: "up to now no tribunal had defeated a necessity plea for failing the balancing test. Intuitively this makes sense, as it is easy to assume that the essential interest of the host State (such as maintenance of social order) always prevail over the interest of a single corporate investor".

¹³⁹⁸ *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. the Argentine Republic*, ICSID, caso n. ARB/01/3, lodo del 22 maggio 2007, par. 342: "in the context of investment treaties there is still the need to take into consideration the interests of the private entities who are the ultimate beneficiaries of those obligations, as explained by the English court case in OPEC noted. The essential interest of the Claimants would certainly be seriously impaired by the operation of Article XI or state of necessity in this case". Peraltro, il lodo è

c. *Argentina* il tribunale ha riconosciuto che le misure adottate dallo Stato fossero volte a proteggere un proprio interesse essenziale e non ledessero interessi essenziali di altri Stati o della comunità internazionale, ma ha rigettato la difesa in quanto ha concluso che l'Argentina avesse contribuito a creare la situazione di necessità¹³⁹⁹. In alcuni casi la difesa della necessità è stata accolta, ma ancora senza un'adeguata motivazione in merito al bilanciamento tra gli interessi contrapposti. Ad esempio, in *CMS c. Argentina* il tribunale dopo aver ritenuto che l'interesse dell'Argentina ad affrontare la gravissima crisi economica in corso si qualificasse come "essenziale", ha escluso altri interessi essenziali fossero lesi dalle misure in esame:

be that as it may, the fact is that this particular kind of treaty is also of interest to investors as they are specific beneficiaries and for investors the matter is indeed essential. For the purpose of this case, and looking at the Treaty just in the context of its States parties, the Tribunal concludes that it does not appear that an essential interest of the State to which the obligation exists has been impaired, nor have those of the international community as a whole. Accordingly, the plea of necessity would not be precluded on this count.¹⁴⁰⁰

Tale approccio è stato criticato nella giurisprudenza successiva, che ha esso in luce come nei lodi ora menzionati vi fossero delle gravi lacune nel metodo applicativo della scusante della necessità¹⁴⁰¹.

Nel caso *Bernhard c. Zimbabwe* il tribunale arbitrale ha ritenuto che, allo scopo di determinare se la misura rispetto alla quale si invocava la necessità fosse eccessivamente lesiva di interessi essenziali di altri Stati o della comunità internazionale era necessario stabilire se essa costituisse discriminazione razziale¹⁴⁰². Avendo ritenuto che le misure adottate dallo Stato costituissero una forma di discriminazione razziale, il tribunale arbitrale ha escluso che potessero essere giustificate sulla base della necessità¹⁴⁰³.

stato annullato dal Comitato appositamente istituito anche sul presupposto di un errore di diritto nell'applicazione dell'art. 25 del Progetto di articoli (si veda il par. 383 della decisione di annullamento).

¹³⁹⁹ *Sempra Energy International v. the Argentine Republic*, ICSID, caso n. ARB/02/16, lodo del 28 settembre 2007, par. 354.

¹⁴⁰⁰ *CSM Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, ICSID, caso n. ARB/01/8, lodo del 12 maggio 2005, par. 358. Si veda anche *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID, caso n. ARB/03/19, lodo del 10 luglio 2010, par.

¹⁴⁰¹ *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID, caso n. ARB/10/15, lodo 18 luglio 2015, par. 647: "Insofar as ICSID jurisprudence is concerned, the process of assessment of this condition by the tribunals in CMS, Sempra, Enron and LG&E was notably lacking, a criticism echoed by the subsequent annulment committees. Accordingly, a lacuna exists that needs to be filled".

¹⁴⁰² Ivi, par. 648: "In order to determine whether the Respondent's acts seriously impair an essential interest of other States or the international community as a whole, the Tribunal must determine whether the Respondent's acts constitute acts of racial discrimination, which are undisputedly obligations erga omnes".

¹⁴⁰³ Ivi, par. 657: "Accordingly it cannot be said that Zimbabwe has provided a legitimate reason for implementing an unjustified policy that discriminated against the landowners on the basis of their skin-color and foreign ancestral heritage, thereby contravening its obligation erga omnes not to engage in racial discrimination".

3.5.3.2. I conflitti con altri obblighi internazionali dello Stato

Nella giurisprudenza dei tribunali arbitrali investitore-Stato non è rinvenibile un approccio costante e coerente alla soluzione dei conflitti tra le disposizioni dei singoli BIT e altri obblighi internazionali (o interessi della comunità internazionale) che gli Stati invocano per giustificare la violazione. Ciò deriva anche dalla mancanza di un consenso in merito al se tali tribunali abbiano competenza ad applicare norme diverse da quelle espressamente indicate come diritto applicabile, in particolare quelle in materia di tutela dei diritti umani e dell'ambiente. Come si è visto sopra, i tribunali preferiscono pertanto presentare la questione in termini di interpretazione del trattato di investimento applicabile alla controversia, utilizzando eventualmente altre norme di diritto internazionale a tal fine.

Un esempio rilevante è però il caso *Philip Morris* esaminato sopra. Nonostante formalmente il tribunale abbia interpretato, sulla base di un bilanciamento, la nozione di espropriazione e gli obblighi derivanti dalla clausola FET, esso ha anche giustificato le misure adottate dall'Uruguay in materia di commercializzazione dei prodotti di tabacco alla luce degli obblighi di tutela della salute assunti dallo Stato nel contesto dell'OMC¹⁴⁰⁴. O ancora, nel caso *Urbaser* il tribunale ha espressamente fatto riferimento, nell'interpretare la clausola FET, agli obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti umani fondamentali e, in particolare, del diritto all'acqua¹⁴⁰⁵.

La questione è stata posta espressamente in termini di conflitto normativo, invece, nel caso *Glamis Gold*. Alla compagnia ricorrente era stata negata la possibilità di sfruttare un'area che costituiva la terra ancestrale della popolazione tribale dei Quechan. La popolazione era anche intervenuta nel giudizio con un *amicus curie*, sostenendo che il tribunale avrebbe dovuto decidere anche in base al diritto internazionale dei diritti umani come diritto applicabile e, quindi, avrebbe dovuto risolvere il conflitto tra questi ultimi e gli obblighi in materia di tutela dei diritti degli investitori¹⁴⁰⁶. Tuttavia, il tribunale, nel

¹⁴⁰⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., par. 392-396.

¹⁴⁰⁵ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzeurgoa v. the Argentine Republic*, cit., par. 624.

¹⁴⁰⁶ *Glamis Gold, Ltd., v. the United States of America*, UNCITRAL, *amicus curiae* della popolazione indigena Quechan, p. 8: "In any dispute that directly involves the rights and/or interests of indigenous peoples, it is patent that international law norms establishing or otherwise concerning indigenous peoples should be considered as being included in the 'rules of international law' that are 'applicable' with respect to that dispute. This is true regardless of whether indigenous peoples serve as parties to an international dispute; or the dispute is between two States; or the dispute involves the claim of an investor brought pursuant to an agreement between two States providing for the adjudication of its claim. In all circumstances, if a dispute directly involves the rights and/or interests of indigenous peoples, a body of international law exists that must be considered in resolution of that dispute. In other words, under NAFTA Article 1131(1), the Tribunal is required to be mindful of how it construes the provisions at issue in this claim, Articles 1105 and 1110, so that they do not require or authorize State conduct of the kind that would conflict with international norms protecting indigenous people generally, and the citizens of the Quechan

pronunciarsi a favore dello Stato, ha ritenuto che il proprio ruolo fosse quello di verificare se lo standard del FET, come consuetudinariamente consolidatosi, fosse stato rispettato nel caso di specie, e non di bilanciare gli obblighi dello Stato ai sensi del BIT e quelli derivanti dai trattati in materia di tutela dei diritti umani¹⁴⁰⁷.

3.6. CONCLUSIONI PRELIMINARI

Ciò che emerge dell'esame della giurisprudenza dei tribunali internazionali è che ciascuno di essi ricorre, in modo più o meno evidente, alla tecnica del bilanciamento, allo scopo di rilevare, interpretare e applicare le norme risolutive della controversia, nonché per risolvere eventuali conflitti tra queste e altre norme di diritto internazionale.

Possono a questo punto trarsi alcune conclusioni preliminari. L'analisi mostra, in primo luogo, numerosi punti di convergenza con l'esperienza giuridica interna esaminata nel Capitolo primo del presente lavoro, da cui sono state sviluppate le più volte menzionate teorie di Dworkin e Alexy. Tuttavia, essa mostra anche che nell'ordinamento internazionale il bilanciamento si è sviluppato in modo parallelo rispetto a tali esperienze, e quindi si è autonomamente consolidato come tecnica utilizzata nella giurisprudenza dei giudici internazionali. In tale ambito, infatti, il bilanciamento risulta intrinsecamente connesso ad uno dei principi fondamentali di tale peculiare orientamento, ossia al principio di sovranità statale, ed è infatti costantemente invocato in relazione al rapporto tra la sovranità di diversi, o tra la sovranità di uno Stato e gli obblighi internazionali assunti dallo stesso, o ancora tra la sovranità e gli interessi collettivi della comunità internazionale. In secondo luogo, dall'analisi emerge che, anche nella giurisprudenza internazionale, sono rinvenibili le tre funzioni che la teoria generale del diritto attribuisce alla tecnica del bilanciamento. Infine, e al netto di alcune differenze terminologiche o peculiarità derivanti dalle caratteristiche proprie e dalle funzioni di ciascun tribunale, può dirsi la struttura di fondo del ragionamento giudiziario fondato sul bilanciamento è analoga nella giurisprudenza di tutti i tribunali esaminati.

Quanto al *primo* aspetto, si è visto che riferimenti al bilanciamento degli interessi delle parti della controversia sono rinvenibili in lodi arbitrali fin dalla fine del Diciannovesimo secolo. Di conseguenza, contrariamente a quanto generalmente si ritiene, il bilanciamento non sembra essere una tecnica giudiziaria che si è sviluppata negli ordinamenti interni ed è stata poi progressivamente recepita nella giurisprudenza dei giudici internazionali¹⁴⁰⁸ a partire, in particolare, dall'esperienza dei tribunali sui diritti

Tribe in particular. Such an approach is the only way to ensure consistency in wider public international law and is also mandated in the customary international law rules on treaty interpretation”.

¹⁴⁰⁷ *Glamis Gold, Ltd., v. the United States of America*, UNCITRAL, lodo dell'8 giugno 2009, par. 8.

¹⁴⁰⁸ Si ricordi che, ad esempio, G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, cit., p. 58, riconduceva il bilanciamento realizzato dal giudice internazionale alla tecnica del bilanciamento di interessi statunitense, mentre R. KOLB, *Les droits*

umani¹⁴⁰⁹. Dall'analisi realizzata emerge, invece, come il bilanciamento si sia affermato autonomamente quale tecnica decisionale propria del giudice internazionale, in ragione della necessità di tener conto, nella risoluzione delle controversie internazionali, di uno dei principi fondamentali di tale peculiare ordinamento, il principio di sovranità statale e i relativi principi di eguaglianza sovrana e di sovranità territoriale, e dei connessi poteri statali nel perseguimento dei propri interessi, che derivano intrinsecamente dalla sovranità stessa¹⁴¹⁰. Le decisioni giudiziarie che si fondano su un bilanciamento, infatti, partono dall'assunto per cui ciascuno Stato ha, in teoria, una libertà di azione assoluta nel perseguimento di propri scopi e interessi. E questo tanto con riferimento alle condotte uno Stato che pone in essere nel proprio territorio e che possono produrre effetti sui diritti e interessi di altri Stati o della comunità internazionale (espressione della propria sovranità territoriale), quanto con riferimento alle condotte che pone in essere, o che producono effetti, al di fuori del proprio territorio, laddove non risultino di per sé vietate da norme di diritto internazionale (espressione della libertà di ciascuno Stato, riconosciuta in virtù del principio di uguaglianza sovrana). Tuttavia, la giurisprudenza mostra che tale libertà risulta necessariamente e inevitabilmente ristretta (i) dall'esistenza di altri Stati e, di conseguenza, dai diritti e dagli interessi di questi ultimi, (ii) dagli obblighi internazionali assunti dagli stessi Stati nelle sempre più disparate materie e, da ultimo, (iii) dagli interessi collettivi della comunità internazionale nel suo complesso, o di individui o di altri soggetti o attori della comunità internazionale.

Ed è qui che emerge il *secondo* punto sottolineato sopra, relativo alle funzioni del bilanciamento nella giurisprudenza internazionale. L'analisi mostra che lo scopo di tale tecnica è proprio quello di determinare il grado di limitazione della sovranità statale che, nel caso concreto, derivi dall'esistenza di altri Stati, da specifici obblighi di diritto internazionale, nonché dagli interessi che quest'ultimo riconosce e i valori che esso protegge.

Così, qualora manchino precise regole consuetudinarie o pattizie, non necessariamente l'azione o omissione della cui legalità si discuta risulta consentita dal, o irrilevante per il, diritto internazionale¹⁴¹¹. La giurisprudenza esaminata mostra, infatti,

fondamentaux de l'individu comme principes normatifs d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux: dix exemples tirées de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 125, rinviava all'esperienza del giudizio di proporzionalità così come sviluppato nella giurisprudenza amministrativa prussiana e costituzionale tedesca. Si veda più ampiamente *supra*, Cap. II, Sez. 2.1.

¹⁴⁰⁹ G. NOLTE, *Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law*, cit., p. 246-47.

¹⁴¹⁰ Si veda E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 435, secondo cui quella del bilanciamento sarebbe una "tecnica normativa tipica dell'esperienza giuridica internazionale [che] vi si è affermata con tratti di assoluta originalità".

¹⁴¹¹ Peraltro, ciò è stato riconosciuto dalla CDI fin dal progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati. Si veda CDI, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, cit., p. 54-55, Art. 12 (Existence of a breach of an international obligation): "There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that

che la legalità di quella condotta può essere valutata alla luce del bilanciamento tra, da un lato, il principio di sovranità, il quale attribuisce allo Stato la competenza esclusiva di attuare le condotte che ritiene necessarie al perseguimento dei propri interessi¹⁴¹² e, dall'altro lato, gli interessi di altri Stati o della comunità internazionale che da quella condotta possano essere lesi. In assenza di chiare regole, tale valutazione dovrà necessariamente essere realizzata alla luce dei principi che vengano in rilievo nel caso concreto¹⁴¹³. Peraltro, si è visto che anche la legalità delle condotte di individui che siano rilevanti per il diritto internazionale (in quanto qualificabili come crimini internazionali) può essere valutata alla luce del bilanciamento tra i principi rilevanti¹⁴¹⁴. Consentendo la rilevazione di una regola che contemperi adeguatamente gli interessi in gioco, il bilanciamento opera come metodo di *gap-filling*¹⁴¹⁵, individuando una regola non scritta pur in assenza di prassi statale o di norme pattizie che disciplinino la specifica questione, e che consente di pronunciarsi sulla legalità o illegalità, ai sensi del diritto internazionale, di una condotta non disciplinata da consuetudini o trattati.

Laddove, invece, vi siano norme applicabili al caso di specie, il bilanciamento viene utilizzato dai tribunali come tecnica di interpretazione delle medesime. E questo tanto allo scopo di determinare il corretto *equilibrio tra sovranità statale e limitazione della stessa in virtù di obblighi internazionali* liberamente assunti dallo Stato, quanto di chiarire la *portata dei diritti e delle facoltà* che esse attribuiscono, ancora una volta alla luce dei diritti e degli interessi di altri Stati o della comunità internazionale. Tutti i

obligation, regardless of its origin" (corsivo aggiunto). Il par. 3 del Commentario all'art. 12 precisa che "[i]nternational obligations may be established by a customary rule of international law, by a treaty or by a general principle applicable within the international legal order". Si veda anche CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., Dichiarazione del giudice Herczegh, p. 275: "In the fields where certain acts are not totally and universally prohibited 'as such', the application of the general principles of law makes it possible to regulate the behaviour of subjects of the international legal order, obliging them or authorizing them, as the case may be, to act or refrain from acting in one way or another".

¹⁴¹² *Arbitral Award Rendered in Conformity with the Special Agreement Concluded on January 23, 1925 between the United States of America and the Netherlands Relating to the Arbitration of Differences Respecting Sovereignty over the Islands of Palmas (or Miangas)*, cit., p. 838: "the principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory [is established] in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations".

¹⁴¹³ *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd (Great Britain v. United States)*, lodo del 9 novembre 1923, Reports of International Arbitral Awards, Vol. VI, pp. 112 ss., p. 114: "International law, as well as domestic law, may not contain, and generally does not contain, express rules decisive of particular cases; but the function of jurisprudence is to resolve the conflict of opposing rights and interests by applying in default of any specific provision of law, the corollaries of general principles, and so to find – exactly as in the mathematical sciences – the solution of the problem".

¹⁴¹⁴ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Furuzija*, cit., par. 185.

¹⁴¹⁵ Si veda, al riguardo, CDI, *Third report on general principles of law*, cit. Il Relatore speciale della CDI sui principi generali del diritto, dopo aver affermato che quella di *gap-filling* "can be regarded as the essential function of general principles of law and defines their basic role in the international legal system" (par. 39), tratta della specifica funzione che essi svolgono come "independent basis of primary rights and obligations" (par. 110). Il Relatore speciale non si occupa del procedimento o della metodologia per il tramite del quale diritti e obblighi possano essere dedotti dai principi generali. Tuttavia, nel dar conto di tale funzione dei principi prende in considerazione numerose delle pronunce in cui, come si è visto dal Capitolo precedente, la tecnica utilizzata dai giudici era riconducibile al bilanciamento.

tribunali, infatti, concordano nel ritenere che il diritto di ciascuno Stato di realizzare le condotte che ritiene necessarie a tutelare i propri interessi, ontologicamente connesso al principio di sovranità, deve essere esercitato con modalità ragionevolmente connesse al perseguimento di determinati scopi ritenuti legittimi, per non risultare in contrasto con gli obblighi internazionali dello Stato¹⁴¹⁶. Allo stesso modo, la legalità di una condotta realizzata nell'esercizio di un diritto o di una facoltà conferiti allo Stato da una norma di diritto internazionale viene valutata alla luce della sua concreta idoneità funzionale a perseguire lo scopo per cui il diritto o la facoltà sono conferiti, senza eccessivamente ledere diritti o interessi di altri Stati¹⁴¹⁷. Spesso, poi, tale operazione è imposta (e guidata) dalla presenza di clausole di limitazione e di deroga nel trattato, che per propria natura richiedono di essere applicate sulla base di un bilanciamento¹⁴¹⁸.

Si è visto poi che il bilanciamento consente anche di risolvere conflitti tra diritti e obblighi degli Stati, o tra questi e interessi della comunità internazionale. Data l'inadeguatezza dei tradizionali metodi di soluzione delle antinomie (segnatamente, i criteri gerarchico, temporale e di specialità) ad operare in un ordinamento decentrato e non gerarchico, infatti, la soluzione dei possibili conflitti tra diversi obblighi internazionali assunti dagli Stati non può che fare riferimento alle circostanze del caso concreto. Così il bilanciamento è stato utilizzato dai tribunali internazionali per risolvere conflitti tra diversi trattati¹⁴¹⁹ o tra questi ultimi e norme consuetudinarie¹⁴²⁰, e anche tra

¹⁴¹⁶ Si rinvia, *inter alia*, a: *The North Atlantic Coast Fisheries Case*, cit., p. 188-89; CPGI, *Oscar Chinn*, cit., par. 79. Corte EDU, *Belgian Linguistic Case*, cit., par. 5; Corte IADU, *Cantos v. Argentina*, cit., par. 54; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. the United Mexican States*, cit., par. 122.

¹⁴¹⁷ Si vedano, tra i tanti, CIG, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand intervening)*, cit., par. 67; CIG, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., che afferma che il principio di buona fede “obliges the Parties [to a treaty] to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized”; CIG, *Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, cit., Dichiarazione del giudice Keith, par. 5, secondo cui la giurisprudenza della Corte “support not only absence of good faith but also abuse of rights as a restraint on the exercise by a State of a power conferred on it by a treaty”, e chiarisce che “[t]hose principles require the State agency in question to exercise the power for the purposes for which it was conferred and without regard to improper purposes or irrelevant factors”.

¹⁴¹⁸ Le clausole di limitazione o deroga “are designed to preserve the exercise of a State’s sovereignty in areas which are traditionally considered as unsuitable for judicial assessment [...]. The application of this kind of norm therefore requires a balance between the international obligation required by international law and the interest of the State concerned by its implementation” (C. RAGNI, “Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice”, cit., p. 323). L’applicazione di tali clausole sembra richiedere, per propria natura, un bilanciamento: “in the case where an international norm by itself grants a State a margin of appreciation with respect to its application or enforcement of the reasonableness principle—the respect of which may be ensured *inter alia* through the provision of procedural safeguards—could be regarded as an effective means both to assess that a particular conduct was exercised in good faith and to balance the latitude of discretion left to public authorities against the need to preserve international obligations and interests” (ivi, p. 332).

¹⁴¹⁹ Corte IADU, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, cit., par. 140:

¹⁴²⁰ Si rinvia al riguarda alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di immunità degli Stati e organi statali, e alle problematiche individuate con riferimento al bilanciamento realizzato in quei casi. Si veda *supra*, Sez. 3.4.1.3.2.

gli obblighi statali derivanti dalla partecipazione a diverse organizzazioni internazionali¹⁴²¹.

Quanto, infine, alla *struttura dell'argomentazione* fondata sul bilanciamento, e al netto delle differenze stilistiche o terminologiche proprie di ciascun tribunale, il ragionamento presenta delle caratteristiche di fondo comuni. Nel pronunciarsi sulla legalità o illegalità di un'azione o omissione statale ai sensi del diritto internazionale, i giudici procedono a individuare gli scopi cui l'azione o omissione tendano, e a valutare se tali scopi possano considerarsi legittimi ai sensi del diritto internazionale, nel senso per cui devono perseguire gli interessi che risultano meritevoli di tutela per l'ordinamento internazionale stesso in quanto protetti da un principio, o ai sensi dello specifico trattato della cui applicazione il tribunale si occupa. Nel caso in cui la risposta sia affermativa, essi procedono ad accertare l'esistenza di un rapporto funzionale tra l'azione od omissione e il perseguimento dello scopo, nel senso per cui la medesima deve essere concretamente idonea a raggiungerlo. Da ultimo, e a seconda dello standard di giudizio che ciascun tribunale adotti, si valuta l'intensità di tale connessione funzionale: la misura dovrà quindi essere ragionevolmente o proporzionalmente connessa al raggiungimento di tale scopo, senza eccessivamente ledere gli interessi che ad esso si contrappongono. Tali ultimi accertamenti non vengono tuttavia realizzati in modo uniforme da parte di tutti i tribunali, e neppure nella giurisprudenza di uno stesso tribunale a seconda della materia oggetto del giudizio e delle questioni sollevate dalla controversia. In determinati casi, l'accertamento di tale rapporto funzionale si limita ad escludere situazioni di arbitrarietà o di abuso del diritto o della facoltà in questione; in altri in giudizio è realizzato alla luce del principio di ragionevolezza, che impone l'esistenza di una connessione funzionale tra la misura e lo scopo per cui tende e, quanto meno, l'idoneità della prima a conseguire il

¹⁴²¹ Quanto ai rapporti tra sistema CEDU e UE, si veda, *ex multis*, Corte EDU, *Michaud v. France*, cit., par. 103: "any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's role as a 'constitutional instrument of European public order' in the field of human rights". Quanto ai rapporti tra sistema CEDU e Nazioni Unite si veda Corte EDU, *Nada v. Switzerland* [GC], cit., par. 196. Quanto ai rapporti tra UE e Nazioni Unite, si veda Corte GUE, *European Commission and Others v Yassin Abdullah Kadi* [GC], casi riuniti C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, sentenza del 18 luglio 2013, par. 87: "In the first place, the General Court's approach does not disregard international law. Judicial review of the lawfulness of the contested regulation is not equivalent to review of the validity of the resolution which that regulation implements. That review does not challenge either the primary responsibility of the Security Council in the area concerned or the primacy of the Charter of the United Nations over any other international agreement. Nor is such judicial review intended to substitute the political judgment of the Courts of the European Union for that of the competent international authorities. Its purpose is solely to ensure observance of the requirement that Security Council Resolutions are implemented within the European Union in a manner compatible with the fundamental principles of European Union law. More specifically, such review contributes to ensuring that a balance is struck between the requirements of international peace and security, on the one hand, and the protection of fundamental rights, on the other". Quanto ai rapporti tra obblighi in materia commerciale derivanti dalla partecipazione all'OMC e quelli di tutela della salute derivanti dalla partecipazione all'OMS, si veda *Australia – Tobacco Packaging*, cit., par. 7-2604.

secondo; in altri casi, viene realizzato un giudizio più stringente, alla luce del principio di proporzionalità, che impone anche che la misura garantisca un grado elevato di perseguimento dell'interesse rilevante senza ledere eccessivamente su quello sacrificato.

Tuttavia, dall'analisi emergono anche importanti differenze tra gli approcci di ciascun tribunale. In particolare, alcuni di essi sembrano fare ricorso più di altri al bilanciamento; alcuni lo fanno in modo più evidente; altri sembrano aver abbandonato progressivamente tale tecnica come metodo decisionale; altri ancora sembrano averla sviluppata solo di recente. La propensione di ciascun giudice internazionale a ricorrere al bilanciamento, infatti, sembra mutare a seconda delle specificità di ciascuno di essi ma anche, nella giurisprudenza di uno stesso tribunale, a seconda del momento storico e delle condizioni politiche nell'ambito del quale lo stesso si trovi ad operare.

CAPITOLO

QUARTO

LE RAGIONI DELLA DIVERSA PROPENSIONE DEI TRIBUNALI INTERNAZIONALI A RICORRERE AL BILANCIAMENTO

SOMMARIO. 4.1. Introduzione. – 4.2. La natura degli interessi rilevanti e il loro rapporto con la sovranità dello Stato o degli Stati parte della controversia. – 4.2.1. Gli “interessi essenziali” degli Stati come limite al bilanciamento? – 4.2.2. Gli “interessi collettivi” come incentivo al bilanciamento? – 4.3. L’incidenza del fondamento consensuale della giurisdizione sulla scelta dei metodi decisionali. – 4.3.1. Il fondamento giurisdizionale del tribunale. – 4.3.2. Il grado di effettività del tribunale e la sua legittimazione di fronte agli Stati membri. – 4.4. Il grado di esaustività del diritto applicabile e la chiarezza delle relative norme. – 4.4.1. L’esaustività e chiarezza del diritto applicabile per come sancito dagli Stati. – 4.4.2. L’incremento dell’esaustività e chiarezza come esito della funzione di accertamento del diritto esercitata dal giudice internazionale. – 4.5. Conclusioni preliminari.

4.1. INTRODUZIONE

L’analisi realizzata nel Capitolo precedente mostra come il ricorso alla tecnica del bilanciamento tra principi, interessi e valori sia riscontrabile, in modo più o meno esplicito, nella giurisprudenza di tutti i tribunali internazionali presi in considerazione, e che al netto di alcune differenze l’approccio di fondo seguito dagli stessi non muta in modo significativo. Peraltro, il ricorso a tale tecnica è facilitato dal fatto che, nella gran parte dei casi, sono gli stessi Stati, nella formulazione delle proprie difese, ad invocare soluzioni di compromesso, che tengano in debita considerazione i diversi interessi in gioco¹⁴²². Così, qualora le azioni od omissioni, della cui legalità ai sensi del diritto internazionale si discuta nel giudizio, non siano espressamente e chiaramente disciplinate da regole di diritto internazionale consuetudinario o pattizio, gli Stati tendono a giustificarle in quanto *ragionevolmente o necessariamente* volte al raggiungimento di determinati scopi *ritenuti* legittimi e, in ogni caso, in quanto ritenute non eccessivamente lesive di diritti o interessi di altri Stati, di individui o della comunità internazionale¹⁴²³; o

¹⁴²² G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit., p. 322.

¹⁴²³ Si consideri la difesa del Regno Unito nel caso sullo *Stretto di Corfù* (CIG, *Corfu Channel*, Discussione orale (prima parte), Sir Eric Beckett, 11 novembre 1948), che ha sostenuto che la marina inglese, rimuovendo le mine dal mare territoriale Albanese, “did no more than was necessary to discover and abate a danger to navigation and to preserve the evidence of a dastardly trap laid for four ships, a trap which caught two ships and killed forty-four men”. E ancora, nelle repliche scritte il Regno Unito ha chiarito che stava agendo in una situazione di “extreme urgency” e “immediate necessity” (si veda Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit.,

ancora, essi sostengono che il campo di applicazione della disposizione rilevante debba essere determinato alla luce di un bilanciamento tra l'interesse protetto dalla stessa e i contrapposti interessi perseguiti dallo Stato con la misura oggetto del giudizio¹⁴²⁴. Se tali difese sono certamente comuni nelle controversie in cui le disposizioni applicabili includono delle clausole di limitazione o di deroga¹⁴²⁵, che espressamente richiedono un bilanciamento tra l'interesse protetto dall'obbligo asseritamente violato e gli interessi espressamente indicati nella clausola, è interessante notare come gli Stati vi procedano anche al fine di determinare il contenuto degli obblighi derivanti da disposizioni che non contengono tali clausole¹⁴²⁶, e addirittura nel caso in cui il carattere assoluto e inderogabile dell'obbligo asseritamente violato esclude espressamente la possibilità di procedere a un tale bilanciamento¹⁴²⁷. In altri casi, gli Stati sostengono che i diritti e le

p. 673). O ancora, si veda la difesa dell'Italia nel processo sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato* dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, la quale si fondava, *inter alia*, sull'argomento per cui "the application of jurisdictional immunity must be balanced in terms of the need to avoid such application leading to the sanctioning of an irremediable breach of the principle of international law, itself fundamental and, moreover, non derogable, regarding the obligation to offer effective reparation to the victims of war crimes and crimes against humanity" (CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, Memoria di replica dell'Italia, 22 dicembre 2009, par. 1.10). In dottrina si veda, ad esempio, M BEDJAOUI, "L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de justice", cit., p. 563.

¹⁴²⁴ Si veda, ad esempio, la difesa inglese in Corte EDU, *Austin and others v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 40, secondo cui per stabilire se una misura costituisce una privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 CEDU, bisogna considerare anche l'interesse alla sicurezza e all'ordine pubblico perseguito dallo Stato con detta misura ("The Government [...] emphasised that it was one of the most basic principles inherent in the Convention that a fair balance should be struck between the interests of the community and the protection of the rights of the individual. The need to strike such a balance [...] should also be taken into account when determining the existence of a deprivation of liberty"). Sulle problematiche di tale approccio in relazione a un diritto soggetto ad eccezioni tassative, tale per cui una volta accertata l'esistenza di una privazione della libertà non possono esservi interessi ulteriori, diversi da quelli indicati dalla disposizione, che possono giustificarla, si veda *supra*, Cap. III, Sez. 3.4.1.2.1.(iii). Si veda anche la memoria sulle eccezioni preliminari sollevate dagli Stati Uniti il 23 agosto 2019 nel caso CIG, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights*, cit., in cui si afferma che l'eccezione fondata sulla clausola di deroga del relativo trattato, invece di essere nel merito e dopo aver accertato una eventuale violazione dello stesso, andrebbe anticipata alla fase delle eccezioni preliminari, in quanto concernente il campo di applicazione del trattato stesso (par. 6.15: "the whole point of Article XX(1) is to provide circumstances in which obligations established elsewhere in the Treaty will not apply"). In quel caso, quindi, la Corte avrebbe dovuto realizzare un bilanciamento tra l'interessi alla sicurezza invocato dagli Stati Uniti e l'interesse dell'Iran al rispetto tra trattato allo scopo di determinare l'applicabilità degli obblighi pattizi.

¹⁴²⁵ Questo è piuttosto scontato con riferimento alle clausole di limitazione e deroga dei trattati in materia di diritti umani e, sempre più spesso, di investimenti. Più di recente, tuttavia, una simile difesa è stata invocata anche in controversie davanti alla CIG relative a diversi trattati. Si veda, ad esempio, CIG, *Certain Iranian Assets*, cit., par. 105: "The Applicant points out that [...] [i]t falls to the Court to ascertain whether the 'essential interests' invoked are real and the contested measure necessary. According to the Applicant, the criterion of necessity involves consideration of proportionality, which must be assessed in light of the damage inflicted by the measures concerned".

¹⁴²⁶ Si ricordi l'arbitrato sull'uso delle acque del Lago Lanoux, in cui la Francia sosteneva che la realizzazione di un progetto non avrebbe violato l'Annesso al trattato sul confine con la Spagna, in quando valido esercizio del proprio potere sovrano di utilizzare il proprio territorio ai propri scopi, che non ledeva in modo eccessivo o sproporzionato gli interessi dello Stato confinante (*Affaire du lac Lanoux*, cit., p. 299).

¹⁴²⁷ Si veda Corte EDU, *Saadi v. Italy* [GC], cit., par. 114: "[According to the Government], the 'benefit of the doubt' should be given to the State which intended to deport the applicant and whose national

facoltà conferiti da norme di diritto internazionale debbano essere esercitati in buona fede, e tendere ragionevolmente al raggiungimento dello scopo per cui sono riconosciuti, senza ledere eccessivamente interessi contrastanti¹⁴²⁸. Altre volte ancora, gli Stati giustificano le proprie condotte, potenzialmente incompatibili con i propri obblighi, in quanto a loro parere volte ad adempiere altri obblighi internazionali¹⁴²⁹ o proteggere interessi collettivi della comunità internazionale¹⁴³⁰.

Tuttavia, dall'esame della giurisprudenza emerge anche una diversa propensione dei tribunali internazionali a decidere le controversie loro sottoposte alla luce di un bilanciamento tra i principi o gli interessi rilevanti. In alcuni settori dell'ordinamento, poi, come nel contenzioso interstatale e nei giudizi davanti ai tribunali penali internazionali, l'analisi mostra la progressiva scomparsa di tale tecnica o, comunque, un sostanziale ridimensionamento del suo ruolo. In altri ambiti, come nella giurisprudenza della Corte europea, è emerso un netto mutamento di approccio quanto al ruolo che viene attribuito a tale tecnica. E ancora, alcuni tribunali come, in particolare, la CIG, non ricorrono

interests were threatened by his presence. In that connection, account had to be taken of the scale of the terrorist threat in the world of today [...], regard being had not only to the risks in the event of deportation but also to those which would arise in the absence of deportation" (in relazione all'art. 3 CEDU, che sancisce un diritto assoluto, segnatamente il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti). Ma si considerino anche i casi sulla *Legalità dell'uso della forza*, relativi ai bombardamenti NATO nel corso della guerra in Ex Jugoslavia, in cui la scusante della necessità allo scopo di proteggere interessi essenziali degli Stati che sono intervenuti e della comunità internazionale veniva addirittura invocata come giustificazione per la violazione di una norma di *jus cogens*.

¹⁴²⁸ Si considerino le dichiarazioni di intervento depositate da numerosi Stati nel giudizio instaurato dall'Ucraina contro la Russia, a seguito dell'aggressione armata del 24 febbraio 2022, ove si fa riferimento alla necessità che gli obblighi sanciti dalla Convenzione contro il genocidio siano interpretati e applicati alla luce del principio di buona fede. La dichiarazione di intervento della Francia, ad esempio, sostiene che "[p]rincipe bien établi du droit international, la bonne foi exige ainsi d'interpréter un texte 'à la lumière de son objet et de son but'. Cela interdit, par exemple, toute interprétation abusive et orientée" (si veda <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220912-WRI-01-00-FR.pdf>, par. 22).

¹⁴²⁹ Si ricordino le difese formulate da Malawi, Sudafrica e Giordania, nei giudizi davanti alla CPI relativi alla violazione, da parte degli stessi, degli obblighi di cooperazione con la Corte. Tali Stati avevano rifiutato di dare esecuzione al mandato di arresto e consegna emesso dalla Corte penale internazionale nei confronti di Al-Bashir, Capo di Stato del Sudan, per i crimini in Darfur. Ed essi invocavano un conflitto normativo irrisolvibile tra, da un lato, l'obbligo verticale (nei confronti della CPI) di cooperazione e, dall'altro lato, l'obbligo orizzontale (nei confronti del Sudan), di riconoscere l'immunità e l'inviolabilità di un Capo di Stato. Come è noto (si veda *supra*, Cap. III, Sez. 3.3.3.1.), la CPI ha escluso, sulla base di varie argomentazioni tra cui il bilanciamento degli interessi rilevanti, che un Capo di Stato possa invocare la propria immunità dinnanzi a un tribunale penale internazionale, con ciò escludendo a monte l'esistenza di un conflitto normativo (che sarebbe stato invece risolto dall'applicazione dell'art. 98, par. 1, dello Statuto).

¹⁴³⁰ Si vedano, ad esempio, le difese della Colombia nel citato caso sul *Mare dei Caraibi*, che invocavano l'obbligo di tutela dell'ambiente e di prevenzione del danno ambientale, e l'interesse comune ad esso connesso (si veda <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/155-20161117-WRI-01-00-EN.pdf>, par. 3.25 ss.). O ancora, spesso gli Stati giustificano presunte violazioni dei diritti umani sulla base della necessità di adempiere altri obblighi internazionali: Corte EDU, *Nada v. Switzerland* [GC], cit., par. 175 (obblighi derivanti dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza in materia di sanzioni individuali nell'ambito della lotta al terrorismo); Corte EDU, *Hirsi Jamaa and others v. Italy* [GC], ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, par. 93-94; (quanto ad obblighi derivanti da trattati bilaterali di cooperazione); Corte EDU, *Bivolaru et Moldovan c. France*, cit., par. 73 (quanto gli obblighi derivanti dal diritto UE).

espressamente al linguaggio del bilanciamento, e tendono a “mascherare” tale tecnica dietro al riferimento alla prassi e all’*opinio juris*, o all’interpretazione delle norme rilevanti alla luce della volontà degli Stati. Il quadro composito che emerge dall’esame della giurisprudenza mostra, quindi, che la propensione a ricorrere al bilanciamento come tecnica decisionale varia non solo da un tribunale internazionale all’altro ma anche, nella giurisprudenza di uno stesso tribunale, a seconda del momento storico in cui la decisione viene adottata, della materia oggetto del giudizio e del diritto applicabile alla controversia¹⁴³¹.

Come si vedrà, le possibili spiegazioni di tale diversità di approcci sono in gran parte riconducibili all’idea secondo cui il bilanciamento implicherebbe una forma di *attivismo giudiziario*¹⁴³²: dato l’ampio margine di discrezionalità che esso riconosce al giudice – tanto nell’individuazione dei principi e degli interessi rilevanti nel caso di specie, quanto nella determinazione della regola ritenuta in grado di contemperarli adeguatamente alla luce delle concrete circostanze del caso– il bilanciamento viene generalmente associato all’idea della creazione giudiziale del diritto o, in ogni caso, ritenuto implicare un’ingerenza eccessiva, da parte del giudice, nella discrezionalità politica degli Stati sovrani, quanto alle scelte adottate dai medesimi nel perseguimento degli interessi che essi ritengano rilevanti e nella stessa scelta delle misure necessarie a rispettare i propri obblighi internazionali¹⁴³³.

Entrando più nello specifico, la giurisprudenza induce a ritenere che siano almeno *tre* i fattori che incidono sulla propensione dei tribunali internazionali a risolvere le controversie loro sottoposte sulla base della tecnica del bilanciamento. In primo luogo, un ruolo importante è giocato dalla *natura degli interessi* che vengono in rilievo davanti ciascun tribunale e al rapporto che, nelle dinamiche di tali giudizi, si instaura tra gli stessi e la *sovranità* dello Stato o degli Stati coinvolti nella controversia (Sez. 4.2.). In secondo luogo, l’approccio di tutti i tribunali sembra influenzato dai limiti derivanti dal *fondamento consensuale* della loro giurisdizione, dal fatto che l’attuazione delle sentenze sia, di fatto e in ultima analisi, rimesso alla volontà degli Stati e, di conseguenza, dalla necessità di preservare la propensione degli Stati a sottoporsi a tale giurisdizione e a dare esecuzione alle decisioni (Sez. 4.3.). In terzo luogo, la progressiva evoluzione del grado di *esaustività* (nel senso di ampiezza delle questioni disciplinate) e *chiarezza* (intesa come determinatezza del campo di applicazione delle singole norme e del contenuto dei diritti

¹⁴³¹ A. VON BOGDANDY e I. VENZKE, “The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals”, cit., p. 518-519: “An institutions’ self-understanding [is] often influenced by the field of law in which it operates”.

¹⁴³² F. ZARBIYEV, *Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis*, 2012(2) Journal of International Dispute Settlement, Vol. 3, pp. 247 ss., p. 254: “some interpretative methodologies are frequently associated with, and considered to support, judicial activism”.

¹⁴³³ Y. SHANY, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, cit., p. 909.

e degli obblighi in esse sanciti) *del diritto applicabile* sembra, da un lato, aver portato a una maggiore formalizzazione dei metodi di rilevazione e interpretazione del diritto internazionale e, dall'altro, incidere sulla stessa necessità, per il giudice, di ricorrere al bilanciamento (Sez. 4.4.). Nelle conclusioni si tenterà di chiarire in che termini tali fattori sembrano entrare in rapporto tra loro; in particolare, si evidenzierà come il più ampio o ridotto ricorso alla tecnica del bilanciamento sembri legato alla percezione che ciascun tribunale abbia, in un dato momento, della funzione giurisdizionale internazionale e del proprio ruolo nell'ambito del sistema normativo di riferimento e, più in generale, dell'ordinamento internazionale (Sez. 4.5.). Ciò si manifesta proprio nella scelta dei metodi decisionali e nell'intensità dell'ingerenza del giudice nella valutazione del carattere giustificato o meno, ai sensi del diritto internazionale, delle azioni ed omissioni degli Stati.

4.2. LA NATURA DEGLI INTERESSI RILEVANTI E IL LORO RAPPORTO CON LA SOVRANITÀ DELLO STATO O DEGLI STATI PARTE DELLA CONTROVERSIA

Si è detto che la natura degli interessi si contrappongono nei giudizi davanti a diversi tribunali internazionali, e il rapporto che si instaura tra tali interessi e la sovranità dello Stato o degli Stati coinvolti nella controversia, può incidere sul maggiore o minore ricorso alla tecnica del bilanciamento o, quanto meno, indurre il giudice a riconoscere un più ampio margine di discrezionalità alle autorità statali e, quindi, ad adottare un approccio maggiormente deferente nei confronti delle stesse. La deferenza di un tribunale verso la sovranità statale, che in un modo o nell'altro viene ad essere incisa dalle decisioni dello stesso, incide quindi sulla stessa scelta di ricorrere al bilanciamento come tecnica decisionale, o sull'intensità dello stesso.

Ciò non significa che il bilanciamento sia strutturalmente incompatibile con i giudizi davanti ai tribunali internazionali o, più nello specifico, con la risoluzione delle controversie interstatali, ove si contrappongano orizzontalmente i diritti e gli interessi di enti sovrani¹⁴³⁴. Anzi, come è emerso nell'analisi realizzata, è proprio nei lodi resi dai tribunali interstatali *ad hoc* istituiti tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento che si rinvencono i primi, nonché più evidenti, esempi di ricorso alla tecnica del bilanciamento da parte del giudice internazionale¹⁴³⁵. Tali decisioni si fondano sull'idea

¹⁴³⁴ Tale posizione è stata sostenuta, in particolare, da K. CROW, *A Taxonomy of Proportionality in International Courts*, cit., p. 11, secondo cui l'assenza di riferimenti alla tecnica del bilanciamento nella giurisprudenza della CIG "is best explained by the inherent difficulties faced by courts that govern disputes between two sovereign entities; how can judges balance the proportionality of each sovereign's domestic assessment of a 'just' act against the other?". L'autore, invece, sostiene che il bilanciamento sarebbe adeguato in quei giudizi in cui si contrappongono verticalmente interessi di individui e interessi statali, o questi ultimi e interessi collettivi della comunità internazionale. Non sarebbe invece adatto alle controversie interstatali.

¹⁴³⁵ *Supra*, Cap. III, Sez. 3.2.1.

secondo cui il contenuto della sovranità è relativo, poiché dipendente dall'insieme delle limitazioni della stessa che derivano dagli obblighi assunti da uno Stato in un dato momento¹⁴³⁶, dai diritti e interessi di altri Stati¹⁴³⁷ nonché, nell'ordinamento internazionale contemporaneo, da quelli di individui e dagli interessi collettivi della comunità internazionale¹⁴³⁸. Al riguardo, già nel 1923 la CPGI affermava, con riferimento alla nozione di *domaine réservé* o *exclusive jurisdiction*, principio oggi sancito all'art. 2, par. 7, della Carta delle Nazioni Unite¹⁴³⁹ e nella Dichiarazione dell'Assemblea generale sui principi relativi alle relazioni amichevoli tra gli Stati¹⁴⁴⁰, quanto segue:

the jurisdiction of a State is *exclusive* within the limits fixed by international law – using that expression in its wide sense, that is to say, embracing both customary law and general as well as particular treaty law. [...] The question of whether a certain matter is or not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relationships.¹⁴⁴¹

Dato che all'epoca dei lodi arbitrali esaminati spesso mancavano chiare regole (consuetudinarie o pattizie) idonee a disciplinare le sempre più intense relazioni internazionali in nuovi e più disparati settori, le controversie loro sottoposte non potevano che essere impostate da tali organi in termini di conflitto tra la sovranità degli Stati contrapposti (o, meglio, tra gli interessi sovrani invocati dagli stessi). Tale conflitto, proprio in assenza di dette regole, veniva risolto alla luce di un equo bilanciamento tra le contrapposte pretese degli Stati, con l'intento di raggiungere una conclusione che sacrificasse il meno possibile l'uno e l'altro¹⁴⁴². Così, la tecnica del bilanciamento è stata

¹⁴³⁶ M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, cit., p. 17; A. PELLET, *State Sovereignty and the Protection of Fundamental Human Rights: An International Perspective*, Pugwash Occasional Papers n. I:i, 2000, p. 1: “sovereignty is not – and has never been – an unlimited power to do all that is not expressly forbidden by international law. It can only be defined as the very criterion of States, by virtue of which such an entity ‘possesses the totality of international rights and duties *recognized by international law*’ as long as it has not limited them in particular terms by concluding a treaty”.

¹⁴³⁷ La questione si pone in termini di conflitto tra il principio di eguaglianza sovrana, che consente agli Stati di perseguire come ritengono i propri interessi, e il principio di sovranità e integrità territoriale, che difende ciascuno Stato da attacchi ai propri interessi derivanti dall'esercizio della libertà degli altri Stati.

¹⁴³⁸ Tuttavia, si è visto che gli interessi di individui e della comunità internazionale nel suo complesso emergono ancora piuttosto raramente nel contenzioso interstatale. Ma si ricordino, ad esempio, i riferimenti al principio delle basiche considerazioni di umanità nel caso *Nautila*, nella sentenza sullo *Stretto di Corfù* o nell'opinione consultiva sul parere in merito alle riserve alla Convenzione contro il genocidio.

¹⁴³⁹ Il quale dispone che “[n]othing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to interfere in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter”.

¹⁴⁴⁰ Che riconosce “the principle concerning the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any State, in accordance with the Charter”. Essa precisa quindi che “[n]o State or group of States has the right to intervene, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State”.

¹⁴⁴¹ CPGI, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, opinione consultiva del 7 febbraio 1923, Series B n. 4, p. 24.

¹⁴⁴² J.J.A. SALMON, “Quelques observations sur les lacunes en droit international public”, cit., p. 317: “s’il est vrai que, dans une mesure appréciable, la liberté des sujets de droit constitue, sous le forme du principe de la souveraineté des États, un règle qui sera fréquemment appliquée en l’absence d’un texte imposant une obligation, il ne s’agit nullement d’un principe absolu. [...] Dans une série de cas, le principe

utilizzata per decidere numerose questioni, non disciplinate da regole espresse, attinenti al contenuto della sovranità statale, nel momento in cui questa si scontri territorialmente o funzionalmente con la sovranità di altri Stati¹⁴⁴³: solo per fare alcuni esempi tra i casi esaminati, da controversie territoriali¹⁴⁴⁴ ai danni derivanti dall'inquinamento transfrontaliero¹⁴⁴⁵, dalla disciplina dei corsi d'acqua internazionali¹⁴⁴⁶ ai diritti di pesca nelle diverse aree marittime¹⁴⁴⁷, dagli obblighi in materia di conduzione delle ostilità¹⁴⁴⁸ a quelli di neutralità nel corso di un conflitto armato¹⁴⁴⁹ e di protezione di cittadini stranieri che si trovano sul territorio di uno Stato¹⁴⁵⁰. La relativa assenza di riferimenti al bilanciamento nell'ambito dell'attuale giurisprudenza di tribunali che risolvono controversie interstatali (e, in particolare, della CIG), quindi, non si spiega in virtù dell'impossibilità di bilanciare tra loro gli interessi di diversi enti sovrani, ma alla luce di altre ragioni che saranno in seguito esposte¹⁴⁵¹. Peraltro, l'affermazione secondo cui il bilanciamento sarebbe incompatibile con la sovranità statale e, quindi, con i giudizi interstatali, non tiene in considerazione che, in un modo o nell'altro, nei giudizi dinnanzi a tutti tribunali internazionali (non solo quelli interstatali) è sempre in gioco una limitazione della sovranità degli Stati, come si vedrà di qui a poco.

Un peculiare del rapporto (trilaterale) tra gli interessi in gioco e la sovranità statale si instaura nei giudizi davanti ai tribunali penali internazionali, cui pur formalmente non partecipa, in qualità di parte, alcuno Stato. Come si è visto, la giurisprudenza di tali tribunali mostra una contrapposizione tra, da un lato, il principio di dignità umana, e l'interesse collettivo della comunità internazionale a perseguire e punire i colpevoli dei più gravi crimini internazionali¹⁴⁵², e, dall'altro lato, il principio di legalità in materia

de la liberté des États ne peut trouver application: ainsi, lorsque ce principe est en contradiction avec un autre principe général ou se concile difficilement avec lui: ainsi le conflit liberté-égalité ou liberté-coexistence. Quand deux sujets de droit aux intérêts opposés réclament l'exercice d'une liberté, le problème sera de trouver le point d'équilibre entre leur libertés respectives, l'une et l'autre dignes d'intérêt".

¹⁴⁴³ Per una critica, M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, cit., p. 14: "[t]hough this has seemed to work well, the question arises as to whether such practice can be adequately explained in terms of the Rule of Law".

¹⁴⁴⁴ *Arbitral Award Rendered in Conformity with the Special Agreement Concluded on January 23, 1925 between the United States of America and the Netherlands Relating to the Arbitration of Differences Respecting Sovereignty over the Islands of Palmas (or Miangas)*, cit., p. 870; *Honduras Borders*, cit., p. 1341; CIG, *Frontier Dispute*, cit., par. 20.

¹⁴⁴⁵ *Trail Smelter*, cit., p. 1963.

¹⁴⁴⁶ *Affaire du lac Lanoux*, cit., pp. 281 ss.

¹⁴⁴⁷ *The North Atlantic Coast Fisheries Case*, cit., pp. 188-89; *Filleting within the Gulf of St Lawrence between Canada and France*, cit., par. 54; CIG, *Anglo-Norwegian Fisheries*, cit., p. 133.

¹⁴⁴⁸ *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd*, cit., p. 114.

¹⁴⁴⁹ *Alabama Claims*, cit., p. 129.

¹⁴⁵⁰ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, cit., p. 642.

¹⁴⁵¹ Come si vedrà *infra*, Sez. 4.4., essa, invece, sembra la conseguenza, in gran parte fisiologica, dell'espansione del diritto internazionale, con la conseguenza che attualmente, nella maggioranza dei casi, vi saranno già regole applicabili alla controversia sottoposta al giudice.

¹⁴⁵² Si è visto che tale interesse è stato spesso invocato dai tribunali penali internazionali *ad hoc* a fondamento della loro stessa esistenza. Il Preambolo dello Statuto di Roma sancisce che "Determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such

penale¹⁴⁵³, che richiede la conoscibilità e prevedibilità da parte dell'imputato delle norme, procedurali e sostanziali, applicate nel giudizio¹⁴⁵⁴ e che, pertanto, è anche volto anche a prevenire "a court from creating new law or from interpreting existing law beyond the reasonable limits of acceptable clarification"¹⁴⁵⁵. Implicitamente ma in modo tutt'altro che rilevante, tuttavia, in tali giudizi vengono in rilievo anche gli interessi degli Stati che avrebbero giurisdizione sui crimini rilevanti, in quanto essi vengono privati di uno degli attributi essenziali della propria sovranità, segnatamente la potestà punitiva. Il problema del rispetto o della deferenza rispetto alla sovranità statale non si poneva per i tribunali *ad hoc* istituiti negli anni Novanta: non solo la giurisdizione degli stessi si basava su risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza adottate ai sensi del Capitolo VII della Carta ONU, ma detta giurisdizione, pur in principio concorrente a quella dei giudici interni, poteva essere dichiarata prevalente per espressa previsione degli Statuti¹⁴⁵⁶. Al contrario, come espressamente riconosciuto dalla stessa CPI, lo Statuto di Roma realizza di per sé una delicata operazione di bilanciamento tra la sovranità degli Stati parte (e la

crimes... Determined to these ends and for the sake of present and future generations, to establish an independent permanent International Criminal Court... Resolved to guarantee lasting respect for and the enforcement of international justice".

¹⁴⁵³ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Galić*, caso n. IT-98-29, sentenza del 5 dicembre 2003, par. 93: il principio di legalità "is meant to prevent the prosecution and punishment of a person for acts which were not reasonably, and with knowledge of the laws in force, believed by that person not to be criminal at the time of their commission". All'epoca del processo di Norimberga tale principio è stato considerato come una "moral maxim destined to yield to superior exigencies whenever it would have been contrary to justice not to hold persons accountable for appalling atrocities". Si veda M.C. BASSIOUNI e P. MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 1996, New York, Transnational Publishers, p. 265: "The principles of legality in international law [...] must balance the needs of justice for the world community and fairness of the accused in the context of the Rule of Law".

¹⁴⁵⁴ Sulla nozione di prevedibilità imposta dal principio di legalità si veda, tra le tante, Corte EDU, *Vasiliauskas v. Lithuania* [GC], cit., par. 153-155. Sull'applicazione di tali principi anche rispetto alle norme di diritto internazionale umanitario la cui violazione implica la commissione di crimini internazionali, si veda, di recente, Corte EDU, *Milanković v. Croatia*, ricorso n. 33351/20, sentenza del 20 gennaio 2022, par. 52 ss. Sul bilanciamento tra tali esigenze nella giurisprudenza della Corte EDU, si veda A CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes Against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law: The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, 2006(2) *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, pp. 410 ss.

¹⁴⁵⁵ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n. IT-97-25-T, sentenza del 15 marzo 2002, par. 186, chiarisce che, in virtù del principio di legalità, il fatto "the primary purpose of humanitarian law is to safeguard human dignity" non conferisce al giudice penale internazionale il potere di creare nuovo diritto o di modificare le norme esistenti.

¹⁴⁵⁶ Questo ai sensi dell'art. 9, par. 2, dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, e dell'art. 8, par. 2, dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda. Si veda Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor Duško Tadić a/k/a "DULE"*, cit., par. 59: "Before leaving this question relating to the violation of the sovereignty of States, it should be noted that the crimes which the International Tribunal has been called upon to try are not crimes of a purely domestic nature. They are really crimes which are universal in nature, well recognised in international law as serious breaches of international humanitarian law, and transcending the interest of any one State. The Trial Chamber agrees that in such circumstances, the sovereign rights of States cannot and should not take precedence over the right of the international community to act appropriately as they affect the whole of mankind and shock the conscience of all nations of the world. There can therefore be no objection to an international tribunal properly constituted trying these crimes on behalf of the international community".

connessa potestà punitiva degli stessi), e l'interesse collettivo della comunità internazionale a perseguire e reprimere i più gravi crimini internazionali. Tale bilanciamento si sostanzia nel principio di complementarità su cui si fonda l'ammissibilità dei casi portati davanti alla stessa¹⁴⁵⁷, oltre che sulle limitazioni derivanti dal principio del consenso alla giurisdizione, che saranno esaminate più avanti. Ciò implica l'accertamento dell'incapacità o della mancanza di volontà (*inability or unwillingness*) delle giurisdizioni nazionali di perseguire i crimini che rientrano nella giurisdizione della Corte. Pertanto, nel valutare e decidere sulla sussistenza di tali condizioni, la CPI prende decisioni che incidono in modo evidente e diretto sulla sovranità degli Stati coinvolti¹⁴⁵⁸. Ne deriva che, nel successivo giudizio, pur non essendo i singoli Stati parte dei giudizi, un approccio particolarmente creativo da parte del giudice penale internazionale può incidere in modo rilevante sulla loro sovranità, già ampiamente ristretta. Nei propri giudizi, pertanto, la Corte tende a prendere atto del bilanciamento realizzato dagli Stati¹⁴⁵⁹, per come cristallizzato nello Statuto, astenendosi dal rimetterlo in discussione.

Nella giurisprudenza dei diversi tribunali specializzati (non penali) tende poi a instaurarsi una contrapposizione bilaterale tra due interessi contrastanti: da un lato, l'interesse protetto dal trattato o dai trattati applicabili dal tribunale (che in materia commerciale è di fatto protetto dallo Stato che agisce per tutelare i propri interessi individuali) e, dall'altro, la sovranità dello Stato che ha posto in essere le condotte della cui legalità si discute. I tribunali specializzati sono infatti istituiti dagli Stati per il perseguimento di un determinato fine, che non si limita alla risoluzione pacifica delle controversie relative a una determinata materia¹⁴⁶⁰: per il tramite dell'interpretazione e

¹⁴⁵⁷ CPI, Seconda Camera preliminare, *Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, caso n. ICC-02/04-01/05-337, decisione sull'ammissibilità del caso ai sensi dell'art. 19, par. 1, dello Statuto del 10 marzo 2009, par. 34: "Complementarity is the principle reconciling the States' persisting duty to exercise jurisdiction over international crimes with the establishment of a permanent international criminal court having competence over the same crimes; admissibility is the criterion which enables the determination, in respect of a given case, whether it is for a national jurisdiction or for the Court to proceed".

¹⁴⁵⁸ H.P. KAUL e E. CHAITIDOU, "Balancing Individual and Community Interests: Reflections on the International Criminal Court", cit., pp. 980.

¹⁴⁵⁹ Si veda anche CPI, Seconda Camera preliminare, *Situation in the Republic of Kenya*, caso n. ICC-01/09-19, decisione ai sensi dell'art. 15 dello Statuto sull'autorizzazione ad aprire un'indagine del 31 marzo 2010, par. 18: "his concern prompted the drafters of the Statute to seek a balanced approach that rendered the *proprio motu* power of the Prosecutor to initiate an investigation acceptable to those who feared it".

¹⁴⁶⁰ Tale funzione, come si vedrà, sembra essere quella prevalente per quanto concerne la CIG (l'art. 38, par. 1, dello Statuto stabilisce che "the function [of the Court] is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it"). Essa, in ogni caso, caratterizza anche gli altri organi giudiziari internazionali. Ad esempio, l'art. 3, par. 3, del *Dispute Settlement Understanding* prevede che "The prompt settlement of situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another Member is essential to the effective functioning of the WTO and the maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members". O ancora, nella Dichiarazione di Interlaken sul futuro della Corte EDU,

della corretta applicazione dei trattati sul cui rispetto monitorano, tali organi contribuiscono alla protezione dell'interesse o valore che sottende ai relativi obblighi¹⁴⁶¹, quali la liberalizzazione degli scambi commerciali (per i panel e l'Organo d'appello dell'OMC)¹⁴⁶², l'attrazione di investimenti stranieri (quanto ai tribunali arbitrali investitore-Stato)¹⁴⁶³, o la tutela della dignità umana, che fonda l'interesse alla tutela pratica ed effettiva dei diritti umani (su cui vigilano i rispettivi tribunali e comitati)¹⁴⁶⁴. Ora, si è già detto che nell'accettare degli obblighi internazionali in una determinata materia, gli Stati necessariamente e inevitabilmente limitano la propria sovranità¹⁴⁶⁵. Allora, nell'interpretare e applicare tali obblighi, ciascun tribunale viene a determinare il rapporto tra gli stessi e la sovranità statale: essi bilanciano la libertà degli Stati di perseguire come meglio ritengono i propri scopi con i limiti che derivano dagli interessi perseguiti dagli stessi Stati con la creazione di obblighi internazionali (siano essi in materia di commercio¹⁴⁶⁶, di protezione dei diritti umani¹⁴⁶⁷, o dei diritti di investitori

nel 2010, gli Stati hanno riaffermato “the fundamental importance of the right of individual petition as a cornerstone of the Convention system”.

¹⁴⁶¹ R.H. HELFER, “The Effectiveness of International Adjudication”, in C.P.R. ROMANO, K. ALTER e Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2013, Oxford, Oxford University Press, pp. 464 ss., p. 464.

¹⁴⁶² Art. 3, par. 2, *Dispute Settlement Understanding*: “The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law”.

¹⁴⁶³ Il Prembolo della Convenzione ICSID considera “the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment” e intende facilitare la risoluzione delle relative controversie. Si veda ad esempio *CSM Gas Transmission Company*, cit., par. 357: “If the treaty was made to protect investors it must be assumed that this is an important interest of the State parties”.

¹⁴⁶⁴ 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”.

¹⁴⁶⁵ Su tale approccio all'interpretazione degli obblighi internazionali si veda E. COSAN DEMIRKOL, *A Theory of Interpretation of International Obligations of the State: Sovereignty as Necessary Implication*, tesi di dottorato, 2020, Ginevra, Graduate Institute of International and Development Studies. Sul ruolo del bilanciamento in tale ambito, Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 681: “[p]roportionality *stricto sensu* in this context functions to balance the regulatory autonomy of the State and the rights of the individual”.

¹⁴⁶⁶ Organo d'appello, *China – Measures Affecting Trading rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China – Publications)*, cit., par. 222, Organo d'appello, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China – Raw Materials)*, cit., par. 306, secondo cui l'accordo istitutivo dell'OMC riflette “the balance struck by WTO Members between trade and non-trade related concerns”; H. KRIEGER e A. PETERS, “Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order”, cit., p. 354; H. ANDERSEN, *Protection of Non-Trade Values in WTO Appellate Body Jurisprudence: Exceptions, Economic Arguments, and Eluding Questions*, 2015(2) *Journal of International Economic Law*, Vol. 18, pp. 383 ss.; R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, cit., p. 44, secondo cui la giurisprudenza dell'Organo d'appello si fonda su: “[t]he notion that WTO treaties reflect a kind of fundamental balance or equilibrium between an inherent right to regulate and specific disciplines on its use in the trade context, and that the fundamental task of dispute settlement is to preserve this equilibrium over time”.

¹⁴⁶⁷ Corte EDU, *Klass and others v. Germany* [Plenary], cit., par. 59: “some compromise between the requirements for defending democratic society and individual rights is inherent in the system of the

stranieri¹⁴⁶⁸. Sono gli Stati, quindi, che attribuiscono ai tribunali specializzati la funzione di individuare, alla luce delle circostanze del caso, tale equilibrio. Data la funzione attribuita a tali organi, nel realizzare tale bilanciamento essi, in linea di principio, saranno inclini a far prevalere l'interesse o valore protetto dal rispettivo trattato sulla sovranità statale¹⁴⁶⁹. Si tratta di un'eventualità in un certo senso prevista e accettata dagli stessi Stati, dal momento che l'oggetto e lo scopo guidano l'interpretazione dei trattati e, quindi, guideranno l'attività interpretativa dei tribunali specializzati¹⁴⁷⁰. Tuttavia, come si vedrà, in alcuni casi tale tendenza ha suscitato forti critiche e reazioni da parte degli Stati, che hanno rivendicato porzioni di sovranità asseritamente lese dallo sviluppo di una giurisprudenza ritenuta eccessivamente espansiva¹⁴⁷¹. In altri casi, invece, è stato l'abbandono di tale approccio – segnatamente, la tendenza a far prevalere interessi contrastanti rispetto a quello perseguito dal trattato rilevante – a dare adito a forti reazioni degli Stati¹⁴⁷².

Convention”. Si veda R.S.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., secondo cui il margine di apprezzamento “balance[s] the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention”.

¹⁴⁶⁸ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, cit., par. 300: “The protection of foreign investments is not the sole aim of the Treaty, but rather a necessary element alongside the overall aim of encouraging foreign investment and extending and intensifying the parties’ economic relations. That in turn calls for a balanced approach to the interpretation of the Treaty’s substantive provisions for the protection of investments, since an interpretation which exaggerates the protection to be accorded to foreign investments may serve to dissuade host States from admitting foreign investments and so undermine the overall aim of extending and intensifying the parties’ mutual economic relations”; *Total S.A. c. Argentine Republic*, cit., par. 123.

¹⁴⁶⁹ Corte EDU, *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* [Plenary], cit., par. 5: “The Convention therefore implies a just balance between the protection of the general interest of the community and the respect due to fundamental human rights while attaching particular importance to the latter”; A. MILLS, “The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in International Investment Law and Arbitration”, cit., p. 452: “it may be argued that [...] investment arbitration as a whole might be viewed as having an incentive to make pro-investors decisions (maximizing their collective demand)”.

¹⁴⁷⁰ A. FOLLESDAL, *The Legitimacy of International Courts*, cit., p. 485: “the [international courts]’s extensive interpretation and even law making is arguably foreseen by states when they choose the treaty format. [...] the [international court] is often authorized to follow rules of treaty interpretation agreed by the states, including such guides as the ‘object and purpose’ of the treaty”. Ad esempio, quanto ai diritti umani, si veda Corte EDU, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], ricorso n. 18030/11, sentenza dell’8 novembre 2016, par. 121: “the object and purpose of the Convention, as an instrument for the protection of human rights, requires that its provisions must be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory”; quanto al commercio internazionale, un membro dell’Organo d’appello ha espressamente dichiarato che “much of the reasoning in interpretation is informed by the object and purpose, either consciously or subconsciously, [...] even though they may not figure explicitly as such in the analysis” (G. ABI-SAAB, “The Appellate Body and Treaty Interpretation”, in G. SACERDOTI, A. YANOVICH e J. BOHANNES (eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, 2006, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 453 ss.

¹⁴⁷¹ R.H. HELFER, “The Effectiveness of International Adjudication”, cit., p. 466: “an [international court] that is adroit at developing international legal norms or embedding its judgments in domestic law may, as a result, narrow the discretion of government policymakers or diminish state sovereignty”.

¹⁴⁷² Si veda *infra*, Sez. 4.3., su come gli Stati hanno percepito gli sviluppi della giurisprudenza dell’Organo d’appello, che ha progressivamente bilanciato gli obblighi in materia di liberalizzazione del commercio con gli interessi alla tutela dei diritti umani e dell’ambiente.

Quelle descritte sono le dinamiche che normalmente si instaurano, nei giudizi dinnanzi ai diversi tribunali internazionali, tra la sovranità statale ed altri interessi. Spesso, tuttavia, gli Stati tendono ad alterare in qualche modo tali dinamiche invocando, alternativamente, quelli che essi considerano essere dei propri “interessi essenziali” (Sez. 4.2.1.) o, al contrario, il fatto che nel giudizio vengano in rilievo degli “interessi collettivi” della comunità internazionale nel suo complesso (Sez. 4.2.2.).

4.2.1. Gli “interessi essenziali” degli Stati come limite al bilanciamento?

L’analisi mostra che gli Stati invocano spesso il carattere asseritamente “essenziale” o l’importanza fondamentale dei propri interessi in gioco, e ciò allo scopo di sostenere che il giudice internazionale dovrebbe astenersi dal pronunciarsi sulla legalità, ai sensi dei rilevanti obblighi internazionali, di una condotta volta a proteggerli o, in ogni caso, dovrebbe limitarsi a una valutazione particolarmente blanda. Se si esaminano tali difese nell’ottica del bilanciamento tra gli interessi che si contrappongono nei giudizi dinnanzi ai diversi tribunali internazionali, per come indicati nel paragrafo precedente, esse equivalgono a sostenere che gli interessi statali essenziali o particolarmente importanti debbano prevalere *a priori* su interessi contrapposti, in assenza di un qualsiasi bilanciamento (Sez. 4.2.1.1.), o che ad essi debba essere riconosciuto un peso particolarmente rilevante e che, di conseguenza, lo scrutinio del tribunale sia possibile solo nel caso in cui le misure poste in essere dallo Stato siano manifestamente ingiustificate (Sez. 4.2.1.2.).

Prima di esaminare tali questioni, bisogna notare che non è possibile desumere dalla giurisprudenza una definizione di “interessi essenziali” degli Stati, né dei criteri allo scopo di stabilire quali debbano essere ritenuti maggiormente importanti di altri. Pur utilizzata nel testo delle clausole di deroga di diversi trattati e dell’art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati¹⁴⁷³, il contenuto di tale nozione resta piuttosto sfumato e oscuro. Se è chiaro che esso include l’interesse alla stessa sopravvivenza dello Stato¹⁴⁷⁴, per il resto essa tende ad essere oggetto di una valutazione caso per caso e

¹⁴⁷³ Sulla rilevanza di tale disposizione, si veda *Sempra Energy International*, cit., par. 375: “in view of the fact that the Treaty does not define what is to be understood by an ‘essential security interest’, the requirements for a state of necessity under customary international law, as outlined above in connection with their expression in Article 25 of the Articles on State Responsibility, become relevant to the matter of establishing whether the necessary conditions have been met for its invocation under the Treaty. Different might have been the case if the Treaty had defined this concept and the conditions for its exercise, but this was not the case”.

¹⁴⁷⁴ *Bernhard von Pezold and Others*, cit., par. 631: “The Respondent has clearly demonstrated that the essential interest was to ensure the survival of the incumbent Government and its President at a political level. Such a conclusion is reasonably satisfied by the fact that the uprising was wholly instigated and performed by those who were traditionally faithful to the incumbent party. Indeed, it is not uncommon for an incumbent government to fall out of favour with the voting majority, or even their most staunch supporters, only to be replaced by a new government in an election. Accordingly, it cannot automatically

rispetto alla quale raramente vengono fornite delle motivazioni. Ad esempio, nel caso *Nicaragua* la CIG ha affermato che la nozione di “essential security interests”, utilizzata nel testo della clausola di deroga del trattato applicabile, “certainly extends beyond the concept of an armed attack, and has been subject to a very broad interpretation”¹⁴⁷⁵. Nella sentenza *Gabčíkovo Nagymaros* ha poi considerato la protezione dell’ambiente come un interesse essenziale¹⁴⁷⁶. Negli arbitrati in materia di investimenti in tale nozione si sono fatte rientrare anche gravi crisi economiche, a prescindere dal fatto che esse avessero raggiunto una soglia di gravità da creare tumulti in grado di minacciare l’esistenza dello Stato¹⁴⁷⁷, e la necessità di tutelare la salute e il diritto all’acqua della popolazione¹⁴⁷⁸. Anche nella giurisprudenza della Corte europea, dove vengono in rilievo una molteplicità di interessi statali, in carattere più o meno rilevante, o fondamentale, degli stessi viene ogni volta meramente asserito, senza fornire una vera e propria motivazione.

4.2.1.1. La scarsa rilevanza della dottrina degli “interessi essenziali”

In ogni caso, gli Stati tendono ad invocare l’esistenza di interessi di carattere asseritamente essenziali allo scopo di escludere una revisione giudiziaria della compatibilità delle proprie condotte con gli obblighi internazionali potenzialmente violati dalle stesse¹⁴⁷⁹. Secondo tale difesa, rispetto all’esistenza di tali interessi e alle misure

follow that a threat to the existence of a political party is a threat to the existence of a State and therefore an essential interest that is necessary to protect at all costs. The Respondent has failed to demonstrate how this threat to the survival of the incumbent party at a political level was a threat to the State itself.”. par. 632: “Accordingly, it must follow that there was no threat demonstrated by the Settlers/War Veterans to an essential interest of the State that would satisfy the essential interest requirement in ILC Article 25(1)(a).”

¹⁴⁷⁵ CIG, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, cit., par. 224. Si vedano anche l’Opinione separata della giudice Sebutinde, secondo cui tale nozione comprenderebbe quanto meno l’interesse, invocato dagli Stati Uniti, al contrasto al terrorismo, e alla prevenzione del contrabbando e della produzione illecita di armi, e quella del giudice Iwasawa, che afferma che “essential security interests relate to the State’s most vital interests”.

¹⁴⁷⁶ CIG, *Gabčíkovo Nagymaros Project*, cit., par. 53.

¹⁴⁷⁷ *CSM Gas Transmission Company*, cit., par. 359-361: “The third issue the Tribunal must determine is whether Article XI of the Treaty can be interpreted in such a way as to provide that it includes economic emergency as an essential security interest. While the text of the Article does not refer to economic crises of that particular kind [...] there is nothing in the context of customary international law or the object and purpose of the Treaty that could on its own exclude major economic crises from the scope of Article XI. [...] If the concept of essential security interests were to be limited to immediate political and national security concerns, particularly of an international character, and were to exclude other interests, for example, major economic emergencies, it could well result in an unbalanced understanding of Article XI. [...] Again, the issue is then to establish how grave an economic crisis must be so as to qualify as an essential security interest [...]”. Il tribunale ha quindi ritenuto che una grave crisi economica sollevi una questione di “interessi essenziali alla sicurezza dello Stato”.

¹⁴⁷⁸ *Suex, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. The Argentine Republic*, cit., par. 260: “[t]he provision of water and sewage services to the metropolitan area of Buenos Aires certainly was vital to the health and well-being of nearly ten million people and was therefore an essential interest of the Argentine State”.

¹⁴⁷⁹ J. UDICH, “Vital Interests”, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, Oxford, Oxford University Press, par. 1: “The notion of vital interests (*intérêts vitaux*) is the claim by a State to exclude certain matters that are considered important from legal assessment, which constitutes a potential exception to otherwise binding legal obligations”.

necessarie a proteggerli “each State is the sole judge”¹⁴⁸⁰. Ne conseguirebbe che il giudice internazionale dovrebbe astenersi dal compiere una valutazione sull’esistenza in concreto dell’interesse, sul fatto che la misura in discussione lo perseguisse concretamente, e sull’eventuale lesione di interessi contrastanti.

Senonché, analogamente alla ormai datata teoria delle controversie politiche¹⁴⁸¹, la difesa degli interessi essenziali non sembra aver trovato accoglimento da parte dei tribunali internazionali¹⁴⁸². Già nell’opinione consultiva sui decreti sulla nazionalità in Tunisia e Marocco la CPGI aveva affermato che il fatto che uno Stato eserciti un potere che rientri nel proprio *domaine réservé* non esclude un giudizio sulle modalità di esercizio di quel potere¹⁴⁸³. Nel caso *Oscan Chinn*, poi, pur avendo riconosciuto che uno Stato è “sole judge” nel decidere quali misure adottare per fronteggiare una situazione eccezionale, come una crisi economica particolarmente grave, dette misure sono comunque soggette al rispetto degli obblighi internazionali assunti dallo Stato¹⁴⁸⁴. La stessa scusante della necessità, di cui al menzionato art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, quando invocata dagli Stati viene soggetta a uno scrutinio giudiziario particolarmente stringente da parte dei tribunali internazionali¹⁴⁸⁵.

Anche quando siano espresse clausole pattizie a conferire allo Stato la facoltà di adottare misure in contrasto con gli obblighi sanciti nel trattato quando necessarie alla protezione di propri interessi essenziali, si tende a negare ciò escluda di per sé una valutazione del giudice internazionale su dette misure. I tribunali internazionali ritengono,

¹⁴⁸⁰ CPGI, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, cit., p. 24: “The words ‘solely within the domestic jurisdiction’ seem rather to contemplate certain matters which, though they may closely concern the interests of more than one State, are not, in principle, regulated by international law”.

¹⁴⁸¹ *Supra*, Cap. I, Sez. 1.5.1.

¹⁴⁸² Si veda *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, cit., p. 642, secondo cui in linea di principio “le principe d’indépendance des États exclut que leur politique intérieure ou extérieure fasse dans le doute l’objet d’une juridiction internationale”, ma che poi riconosce che delle limitazioni possono derivare dall’esistenza di principi contrapposti, da cui possono sorgere specifici organi in capo allo Stato territoriale il cui rispetto è sottoposto al controllo del giudice internazionale.

¹⁴⁸³ CPGI, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, cit., p. 25: “in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain”. Tuttavia, “it may well happen that, in a matter which, like nationality, is not, in principle, regulated by international law, the right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States. In such a case, jurisdiction which, in principle, belongs solely to the State, is limited by rules of international law. Article 15, paragraph 8, thus ceases to apply as regards those States which are entitled to invoke such rules, and the dispute as to the question whether a State has or has not the right to take certain measures becomes in these circumstances a dispute of an international character and falls outside the scope of the exception contained in this paragraph. To hold that a State has not exclusive jurisdiction does not in any way prejudice the final decision as to whether that State has a right to adopt such measures”.

¹⁴⁸⁴ CPGI, *Oscar Chinn*, cit., par. 79. “the Belgian Government was the sole judge of this critical situation and of the remedies that it called for, subject of course to its duty of respecting international obligations”.

¹⁴⁸⁵ CIG, *Gabčíkovo Nagymaros Project*, cit., p. 40: “the state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions [...]; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met”.

infatti, che carattere *self-judging* di tali clausole – e, quindi, il rinvio alla valutazione discrezionale e tendenzialmente insindacabile dello Stato che invoca i propri interessi essenziali – sia un’ipotesi eccezionale. A tal fine, è necessario che dal testo della clausola sia possibile concludere che gli Stati intendevano conferirsi una tale facoltà:

The Tribunal is convinced that when States intend to create for themselves a right to determine unilaterally the legitimacy of extraordinary measures importing non-compliance with obligations assumed in a treaty, they do so expressly.¹⁴⁸⁶

Ma anche laddove tale carattere sia riconosciuto, si tende a negare che ciò precluda qualsiasi scrutinio del giudice internazionale. In particolare, si è visto che nel caso sull’*Assistenza reciproca in materia penale* la CIG ha riconosciuto il carattere *self-judging* di una clausola che consentiva di rifiutare di fornire assistenza giudiziaria qualora lo Stato ritenesse che l’esecuzione della richiesta sarebbe stata “likely to prejudice its sovereignty, its security, its *ordre public* or other of its essential interests”¹⁴⁸⁷. Tuttavia, la Corte ha ritenuto di dover in ogni caso verificare che la facoltà conferita dal trattato fosse stata esercitata in buona fede¹⁴⁸⁸.

Un ambito limitato in cui la dottrina degli interessi essenziali degli Stati, sia pur diversamente declinata, sembra trovare applicazione è quello dei diritti umani, anche in questo caso sulla base della formulazione testuale di determinate disposizioni pattizie. Ad esempio, l’art. 6 CEDU riconosce il diritto ad un equo processo nei procedimenti giudiziari instaurati a tutela dei propri “diritti civili”. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che le questioni relative all’esercizio del “nucleo duro” del potere pubblico, che pur potenzialmente incidono su diritti civili dell’individuo, fuoriescono dal campo di applicazione di tale disposizione. Così, essa ha ritenuto che detta disposizione non è applicabile a procedimenti giudiziari relativi a materie che formano parte “of the hard-core of public-authority prerogatives”, come quella tributaria¹⁴⁸⁹ e doganale¹⁴⁹⁰, o che attengono all’esercizio del diritto degli Stati, riconosciuto “as a matter of well-established international law”, di controllare l’ingresso, la residenza e l’uscita degli stranieri dal proprio territorio¹⁴⁹¹, come in materia di espulsione¹⁴⁹², estradizione¹⁴⁹³ e riconoscimento

¹⁴⁸⁶ *CSM Gas Transmission Company*, cit., par. 370. Si veda anche *Sempra Energy International*, cit., par. 379: “Truly exceptional and extraordinary clauses, such as a self-judging provision, must be expressly drafted to reflect that intent, as otherwise there can well be a presumption that they do not have such meaning in view of their exceptional nature”.

¹⁴⁸⁷ CIG, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, cit., par. 135.

¹⁴⁸⁸ Come chiarito in J. UDICH, “Vital Interests”, cit., par. 21, la CIG non ha in realtà preso posizione netta sul fatto che il proprio scrutinio sia di per sé escluso dall’esistenza di una clausola ritenuta *self-judging*.

¹⁴⁸⁹ Corte EDU, *Ferrazzini v. Italy* [GC], ricorso n. 44759/98, sentenza del 12 luglio 2001, par. 29.

¹⁴⁹⁰ Corte EDU, *Emesa Sugar N.V. v. the Netherlands*, ricorso n. 62023/00, decisione del 13 gennaio 2005.

¹⁴⁹¹ Corte EDU, *N.D. and N.T. v. Spain* [GC], cit., par. 167.

¹⁴⁹² Corte EDU, *Maaouia v. France* [GC], ricorso n. 39652/98, sentenza del 5 ottobre 2000, par. 35-38.

¹⁴⁹³ Corte EDU, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], ricorsi n. 46827/99 e 46951/99, sentenza del 4 febbraio 2005, par. 81-83.

dello status di rifugiato¹⁴⁹⁴. Quando, quindi, lo Stato eserciti tali prerogative sovrane, ritenute essenziali dalla Corte, alcune garanzie sancite dalla Convenzione non risultano applicabili, e la Corte non ha quindi giurisdizione sulla questione. È come se l'esercizio di tali poteri sovrani ritenuti essenziali costituisca un limite all'idea secondo cui gli obblighi in tale materia si applicano alla luce di un bilanciamento tra l'interesse alla protezione dei diritti dell'individuo, perseguito dal trattato, e gli interessi legittimi perseguiti dagli Stati nell'esercizio dei propri poteri sovrani. In tali ipotesi, infatti, può notarsi l'assoluta prevalenza, in assenza di qualsiasi bilanciamento, dei diritti dello Stato sullo scopo perseguito dal trattato. Tuttavia, tali casi mostrano anche come il contenuto di quello che viene considerato il nucleo duro del potere pubblico sia flessibile o relativo, e soggetto quindi a mutamenti nel corso del tempo. Ad esempio, pur nell'escludere che la materia fiscale rientri nel campo di applicazione del diritto all'equo processo, la Corte EDU ha esaminato se vi fossero state delle evoluzioni, dal momento dell'adozione della Convenzione, che giustificassero una conclusione diversa¹⁴⁹⁵. Una tale evoluzione, ad esempio, si è verificata per ciò che concerne le controversie in materia di rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione di soggetti "holders of posts involving responsibilities in the general interest or participation in the exercise of powers conferred by public law wielded a portion of the State's sovereign power". Se, inizialmente, secondo la giurisprudenza della Corte le controversie in questa materia fuoriuscivano in quanto tali dal campo di applicazione del diritto all'equo processo¹⁴⁹⁶, essa ha poi mutato approccio, tentando di bilanciare la tutela delle prerogative sovrane con la protezione del diritto di accesso al giudice nella determinazione dello stesso campo di applicazione della disposizione¹⁴⁹⁷.

4.2.1.2. La crescente rilevanza della dottrina del "margine di apprezzamento"

Se, quindi, il carattere essenziale o particolarmente rilevante degli interessi statali in gioco non esclude la possibilità di una revisione giudiziaria, sempre più spesso esso sembra incidere sull'intensità di quest'ultima. In questo caso, il giudice non rinuncia a pronunciarsi sul bilanciamento tra l'interesse invocato dallo Stato e quelli protetti dall'obbligo potenzialmente violato ma, riconoscendo un margine di discrezionalità alle autorità statali, adotta un approccio maggiormente deferente nei confronti delle scelte di quest'ultime¹⁴⁹⁸. Tale approccio, generalmente ricondotto alla dottrina del "margine di

¹⁴⁹⁴ Corte EDU, *Panjeheighalehei v. Denmark*, ricorso n. 11230/07, decisione del 13 ottobre 2009.

¹⁴⁹⁵ Corte EDU, *Ferrazzini v. Italy* [GC], cit., par. 29.

¹⁴⁹⁶ Corte EDU, *Pellegrin v. France* [GC], ricorso n. 28541/95, sentenza dell'8 dicembre 1999, par. 67.

¹⁴⁹⁷ Corte EDU, *Vilho Eskelinen and others v. Finland* [GC], ricorso n. 63235/00, sentenza del 19 aprile 2007, par. 62.

¹⁴⁹⁸ Il livello di deferenza che lo stesso eserciterà nei confronti degli Stati e, quindi, sul margine di apprezzamento riconosciuto agli stessi: più il margine è ampio, più un tribunale si asterrà dal compiere un bilanciamento tra gli interessi rilevanti, ritenendo che tale competenza spetti agli Stati, nell'esercizio dei propri poteri sovrani. Si veda, ad esempio, A. MILLS, "The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in

apprezzamento” per come sviluppata dalla Corte di Strasburgo¹⁴⁹⁹, implica quindi che l’esistenza di interessi statali ritenuti particolarmente rilevanti “does not preclude judicial review, but rather works to limit its scope of operation”¹⁵⁰⁰, con ciò incidendo anche sullo stesso contenuto degli obblighi statali che vengono in rilievo¹⁵⁰¹. Ora, anche se tale dottrina non è unanimemente riconosciuta nella giurisprudenza, essa sembra più diffusa.

Nella giurisprudenza della CIG possono rinvenirsi solo alcuni riferimenti impliciti a tale dottrina¹⁵⁰². Tuttavia, nei casi *Nicaragua* e *Piattaforme petrolifere*, rispetto a clausole di deroga che consentivano allo Stato di adottare misure, incompatibili con il trattato rilevante, volte a proteggere i propri “essential security interests”, essa ha affermato che la valutazione del carattere giustificato o meno di tali misure si fonda sulla oggettiva necessità delle stesse a proteggere l’interesse invocato, senza che possa essere lasciato alcun “margin of discrezionalità” alle autorità statali¹⁵⁰³. Questo non significa,

International Investment Law and Arbitration”, cit., p. 456: “unless states have *clearly* agreed to limitations of their regulatory capacities, arbitral tribunals should be expected to exercise deference to state policy, and thus find difficult cases in favor of host states – applying a limited ‘standard of review’”.

¹⁴⁹⁹ Per una definizione generale, Y. SHANY, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, cit., pp. 909-910: “The margin of appreciation doctrine [...] establishes a methodology for scrutiny by international courts of the decisions of national authorities – i.e. national governments, national courts and other national actors”. L’autore chiarisce che, al netto delle differenze tra diversi tribunali internazionali, essa si caratterizza per: (1) il riconoscimento di un certo margine di *deferenza* da parte del tribunale internazionale rispetto alla discrezionalità degli Stati nel modo in cui adempiere ai propri obblighi internazionali; e questo (2) nell’ambito di un margine di *flessibilità normativa*, in quanto le norme rispetto alle quali tale dottrina viene applicata sono “open-ended or unsettled”, in quanto impongono delle linee guida agli Stati su come agire ma lasciano aperta “a significant ‘zone of legality’ within which States are free to operate”. Si veda anche C. RAGNI, “Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice”, cit., p. 334: “the doctrine is aimed at preserving a zone of legality where the State is free to act in order to safeguard its fundamental interests without violating international obligations

¹⁵⁰⁰ Y. SHANY, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, cit., p. 911.

¹⁵⁰¹ L. GRUSZCZYNSKI e W. WERNER, “Introduction”, in L. GRUSZCZYNSKI e W. WERNER (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 1 ss., p. 1: “Rights and obligations of States are determined by rules of international law. Indirectly, however, they may be also controlled by specific legal methodologies used by international courts and tribunals when adjudicating matters involving States’ measures and actions. Both the standard of review and/or margin of appreciation are examples of such methodological devices. International courts use them, implicitly or explicitly, as tools to determine the degree of deference that is granted to States in their implementation of international legal obligations. Although the issue may appear to be of a technical nature, in practice it can have far-reaching consequences, determining the extent of international obligations and, as a consequence, the outcomes of adjudications”.

¹⁵⁰² CIG, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, cit., par. 282: “whether a measure is necessary to protect the essential security interests is not [...] purely a question for the subjective judgment of the party”; CIG, *Gabčíkovo Nagymaros Project*, cit., p. 40: “the state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions [...]; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met”.

¹⁵⁰³ CIG, *Oil Platforms*, cit., par. 73: “the United States claims that it considered in good faith that the attacks on the platform were necessary to protect its essential security interests, and suggests that ‘a measure of discretion should be afforded to a party’s good faith application of measures to protect its essential security interest’. [...] The Court does not however have to decide whether the United States interpretation of Article XX, paragraph 1 (d) on this point is correct, since the requirement of international law that measures taken avowedly in self-defence must have been necessary for that purpose is strict and objective, leaving no room for any ‘measure of discretion’”.

tuttavia, che la CIG escluda *in assoluto* la rilevanza di tale dottrina. In quei casi, infatti, le misure statali oggetto del giudizio implicavano l'uso della forza armata, vietato da una norma di *jus cogens*, e potrebbe essere questa la ragione per cui la Corte ha escluso l'esistenza di un qualsiasi margine di discrezionalità dello Stato¹⁵⁰⁴. La necessità di applicare tale dottrina è stata poi invocata dai giudici Bourghenthal e Kooijmans. Secondo quest'ultimo, in particolare, la Corte dovrebbe distinguere tra due diverse valutazioni: da un lato, l'accertamento dell'*esistenza* di interessi essenziali dello Stato, rispetto al quale dovrebbe riconoscersi un ampio margine di discrezionalità alle autorità statali; dall'altro lato, la valutazione della compatibilità delle misure scelte per proteggere quegli interessi con gli obblighi internazionali dello Stato, oggetto di una valutazione più stringente¹⁵⁰⁵. La maggioranza della Corte ha in parte seguito tale approccio nel caso sulla *Pesca delle balene*, in cui ha adottato un approccio particolarmente deferente nei confronti della valutazione dello Stato quanto all'esistenza dell'interesse (consentito dal trattato) alla ricerca scientifica e uno, più stringente, nel valutare la ragionevolezza delle stesse rispetto al raggiungimento di tal fine¹⁵⁰⁶. Tuttavia, nel più recente caso su *Certi beni iraniani* la Corte ha nuovamente esercitato un controllo stringente sull'esistenza degli interessi essenziali invocati dagli Stati Uniti, e ne ha escluso la sussistenza nel caso di specie. Al contrario, l'unico caso in cui la Corte ha espressamente fatto riferimento a un "very considerable discretion" delle autorità statali riguardava, come si è visto, una clausola ritenuta *self-judging*, il cui testo rimandava espressamente alla valutazione delle autorità statali quanto all'esistenza di un interesse essenziale¹⁵⁰⁷.

La dottrina del margine di apprezzamento (ormai espressamente sancita nel Preambolo della CEDU), e il rapporto che sussiste tra l'ampiezza dello stesso e l'importanza degli interessi statali coinvolti, sono invece ben consolidati nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha chiarito che

A margin of appreciation must, inevitably, be left to the national authorities, who by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions [...]. This margin will vary according to the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities restricted, as well as *the nature of the aim pursued by the restrictions*.¹⁵⁰⁸

¹⁵⁰⁴ J. UDICH, "Vital Interests", cit., par. 23; Y. SHANY, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, cit., p. 932.

¹⁵⁰⁵ CIG, *Oil Platform*, cit., Opinione separata del giudice Kooijmans, par. 44.

¹⁵⁰⁶ CIG, *Whaling in the Antarctic*, cit., par. 97. Si veda anche E. CANNIZZARO, *Proportionality and Margin of Appreciation in the Whaling Case: Reconciling Antithetical Doctrines?*, cit., p. 1062.

¹⁵⁰⁷ CIG, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, cit., par. 145: "while it is correct, as France claims, that the terms of Article 2 provide a State to which a request for assistance has been made with a very considerable discretion, this exercise of discretion is still subject to the obligation of good faith codified in Article 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties".

¹⁵⁰⁸ Corte EDU, *A.-M.V. v. Finland*, ricorso n. 53251/13, sentenza del 23 marzo 2017, par. 83.

Se sul ruolo sempre più rilevante di tale dottrina e sulla concreta modalità di applicazione della stessa si dirà ampiamente più avanti¹⁵⁰⁹, basta qui rilevare come l'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto alle autorità statali dipende proprio, tra le altre cose, dall'importanza degli interessi statali invocati¹⁵¹⁰. In alcuni casi, il margine di apprezzamento e l'interesse invocato dallo Stato finiscono per rendere assolutamente teorico ed illusorio il relativo diritto. Si pensi alle sentenze in materia di limitazioni del diritto di accesso alla giustizia derivanti dall'applicazione da parte dei giudici interni delle norme consuetudinarie sull'immunità degli Stati e degli organi statali dalla giurisdizione di altri Stati: in ragione degli scopi perseguiti da tali norme (l'attuazione del principio di eguaglianza sovrana e il mantenimento della pace e di relazioni amichevoli tra gli Stati), la limitazione del diritto di agire in giudizio a tutela dei diritti umani fondamentali (come, ad esempio, del diritto a non essere sottoposti a tortura) è stata ritenuta dalla Corte di Strasburgo proporzionata per definizione, in assenza di qualsiasi tentativo di effettivo bilanciamento, proprio solo ed in quanto volta a proteggere tali interessi¹⁵¹¹.

Come si è anticipato, la dottrina del margine di apprezzamento è stata di recente accolta anche nella giurisprudenza di altri tribunali. In particolare, diversi tribunali arbitrali investitore-Stato hanno cominciato a farvi riferimento. Nel già citato caso *Continental Casualty*¹⁵¹² ciò è stato fatto con riferimento a una clausola di deroga sul modello di quelle descritte sopra, volta a garantire la possibilità per lo Stato di proteggere i propri interessi essenziali. Nel caso *Saluka*, invece, un tribunale vi ha fatto riferimento nel determinare se la misura statale, potenzialmente espropriativa, fosse giustificabile in quanto ragionevole esercizio del potere regolamentare dello Stato¹⁵¹³, mentre il tribunale che ha deciso il caso *Philip Morris*¹⁵¹⁴ vi ha fatto riferimento nell'interpretazione di una

¹⁵⁰⁹ *Infra*, Sez. 4.3.2.

¹⁵¹⁰ Corte EDU, *Kozavioglu v. Turkey* [GC], cit., par. 53.

¹⁵¹¹ Tra le tante, Corte EDU, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 56: “measures [...] which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court”.

¹⁵¹² *Continental Casualty Company*, cit, par. 181: “An interpretation of a bilateral reciprocal treaty that accommodates the different interests and concerns of the parties in conformity with its terms accords with an effective interpretation of the treaty. Moreover, in the Tribunal’s view, this objective assessment must contain a significant margin of appreciation for the State applying the particular measure”. Si vedano anche *Electrabel v. Hungary*, ICSID, caso n. ARB/07/19, lodo del 30 novembre 2012, par. 8.35, che ha fatto riferimento a un “reasonable margin of appreciation” da lasciare allo Stato, e *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID, caso n. ARB/06/08, lodo del 14 gennaio 2010, par. 505, che ha affermato di dover avere verso lo Stato una “high measure of deference”; *S.D. Mayer, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, lodo parziale del 12 novembre 2000, par. 263, secondo cui la decisione “must be made in light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their borders”.

¹⁵¹³ *Saluka Investments B.V.*, cit., par. 272: “[the State] enjoyed a margin of discretion in the exercise of that responsibility. In reaching its decision, it took into consideration facts which, in the opinion of the Tribunal, it was very reasonable for it to consider. It then applied the pertinent Czech legislation to those facts – again, in a manner that the Tribunal considers reasonable”.

¹⁵¹⁴ *Philip Morris*, cit., par. 399: “The responsibility for public health measures rests with the government and investment tribunals should pay great deference to governmental judgments of national

clausola FET, affermando che quando sussiste un margine di discrezionalità il tribunale dovrebbe limitarsi a valutare la non irrazionalità e buona fede delle misure statali. Bisogna vi è chi ritiene che tale dottrina non sia adatta all'ambito degli investimenti¹⁵¹⁵, quanto meno per come sviluppata dalla Corte di Strasburgo¹⁵¹⁶, e che tale posizione è stata accolta anche da alcuni tribunali¹⁵¹⁷. Tuttavia, anche chi critica la trasposizione della dottrina del margine di apprezzamento in quanto tale, tende a riconoscere che i tribunali arbitrali debbano adottare una standard di giudizio che risulti “in a substantial degree of deference for sovereign regulatory judgments”¹⁵¹⁸.

Nella giurisprudenza dell'Organo d'appello dell'OMC la dottrina del margine di apprezzamento ha trovato un riconoscimento almeno implicito, in quanto secondo lo stesso lo standard di deferenza mostrato nei confronti degli Stati determina la distribuzione di competenze tra esso e gli Stati tenuti a rispettare gli obblighi rilevanti¹⁵¹⁹. Tale margine di deferenza non significa esclusione di qualsiasi controllo, ma richiede una valutazione oggettiva della giustificazione della misura statale rispetto al perseguimento dello scopo¹⁵²⁰.

Da ultimo, il Tribunale internazionale per il diritto del mare non ha ad oggi fatto riferimento a tale dottrina, la quale è invece stata invocata in alcune opinioni separate annesse ai giudizi¹⁵²¹.

needs in matters such as the protection of public health. In such cases respect is due to the discretionary exercise of sovereign power, not made irrationally and not exercised in bad faith”.

¹⁵¹⁵ Si veda l'Opinione dissenziente dell'arbitro Born nel caso *Philip Morris*, secondo cui il riconoscimento di un margine di discrezionalità dello Stato può giustificarsi solo sulla base di determinate formulazioni delle disposizioni pattizie, ma che si oppone all'applicazione generale, nel settore degli investimenti, della dottrina del margine di apprezzamento, per come formulata dalla Corte europea.

¹⁵¹⁶ G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in the Light of Philip Morris v. Uruguay*, cit., p. 108. L'autore sottolinea come il margine di apprezzamento nell'ambito CEDU serva a tenere in considerazione i diversi approcci dei numerosi Stati membri rispetto alle questioni interpretative, nonché il ruolo sussidiario che spetta alla Corte, circostanze che mancano rispetto ai tribunali arbitrali che applicano i singoli trattati bilaterali di investimento.

¹⁵¹⁷ *Quasar de Valores SICAV S.A. and others v. the Russian Federation*, SCC, caso n. 24/2007, lodo del 20 luglio 2012, par. 22.

¹⁵¹⁸ *Philip Morris*, cit., Opinione dissenziente dell'arbitro Born, par. 191.

¹⁵¹⁹ Organo di appello, *EC-Hormones*, cit., par. 115: “[it] must reflect the balance established [...] between the jurisdictional competences conceded by the Members to the WTO and the jurisdictional competences retained by the Members for themselves”.

¹⁵²⁰ Ivi, par. 117: “the applicable standard is neither *de novo* review as such, nor ‘total deference’, but rather the ‘objective assessment of the facts’. Many panels have in the past refused to undertake *de novo* review, wisely, since under current practice and systems, they are in any case poorly suited to engage in such review. On the other hand, ‘total deference to the findings of the national authorities’, it has been well said, ‘could not ensure an objective assessment as foreseen by Article 11 of the DSU’”.

¹⁵²¹ Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The Camouco Case*, cit. Opinione dissenziente del giudice Wolfrum, par. 14: “in implementing the national system on arrest and bonding, the French authorities had a considerable margin of appreciation. Here again, the power of the Tribunal to challenge decisions taken, namely the decision on the amount of the bond, is restricted. The Tribunal is in a situation which is not dissimilar to that faced by international human rights courts which, in general, have to verify whether national decisions or measures are in conformity with an international human rights agreement. They restrict themselves, generally speaking, to ascertaining whether such a decision or measure was

4.2.2. Gli “interessi collettivi” come incentivo al bilanciamento?

Accanto all’invocazione di supposti interessi essenziali dei singoli Stati, nella giurisprudenza esaminata può spesso notarsi che gli Stati parte del giudizio tendono a sottolineare il carattere asseritamente collettivo o condiviso dalla comunità internazionale degli interessi perseguiti dalle azioni od omissioni della cui legalità si discute in giudizio. Si è già anticipato che secondo parte della dottrina sarebbe proprio la progressiva importanza di tali interessi nell’ordinamento internazionale ad indurre i tribunali internazionali a ricorrere alla tecnica del bilanciamento per attribuire agli stessi rilevanza pur nell’interpretazione e applicazione di norme di diritto internazionale di tipo “tradizionale”, nel senso di incentrate sulla protezione in condizioni di reciprocità degli interessi dei singoli Stati¹⁵²².

L’analisi mostra che l’invocazione di tali interessi può avere una certa rilevanza, quanto meno dal punto dell’argomentazione posta a sostegno delle decisioni. Si è visto, infatti, che spesso lo Stato parte della controversia tenta di giustificare le proprie azioni od omissioni, potenzialmente incompatibili con degli obblighi internazionali, in quanto, afferma, “legittimo” esercizio dei propri poteri sovrani. Si è visto anche che, in numerosi casi, la “legittimità” ai sensi del diritto internazionale degli interessi perseguiti dallo Stato è sancita dagli stessi obblighi del cui rispetto si discute, nel caso in cui siano corredati da clausole di limitazione o deroga che espressamente indicano gli scopi che possono giustificare delle misure incompatibili con gli stessi¹⁵²³. Qualora tali interessi non siano espressamente indicati, invece, la loro legittimità tende ad essere ricostruita ai sensi dell’ordinamento internazionale considerato nel suo complesso, in quanto corrispondente a valori protetti e perseguiti dallo stesso¹⁵²⁴. In entrambi i casi, tanto gli Stati che li

unlawful under international law, or was arbitrary, or constituted an abuse of authority, or was made in bad faith, or was disproportionate”; si veda, nello stesso caso, l’Opinione dissenziente del giudice Anderson; Tribunale internazionale per il diritto del mare, *The Volga Case*, cit., Opinione separata del giudice Cot, par. 14 ss., che considera si tratti di un principio di diritto internazionale;

¹⁵²² K. CROW, *A Taxonomy of Proportionality in International Courts*, cit., p. 11; P. DE SENA, *Proportionality and Human Rights in International Law: Some ... ‘Utilitarian’ Reflections*, cit., p. 1009; “The protection of community interests has caused structural transformations in the international legal order [...]. By doing so, however, states have not renounced the protection of other individual interests, and most particularly the central role attributed to sovereignty in their mutual relations. Today, international law thus evolves in a search of balance between the emerging need to protect community interests and the continuing preservation of interests attached to the personal sphere of individual states. [...] the proposed construction [is] based on an assessment of the underlying interests protected by international legal norms. [...] The usefulness of this approach is evidenced by practice: whenever judicial bodies [...] have faced sensitive questions as to the state of international law in a field subject to evolution and controversy, they have felt the need to revert to the level of the subjacent interests involved in order to identify the contents of the relevant international norms.”.

¹⁵²³ Si ricordino ancora una volta gli art. 8-11 e simili della CEDU, l’art. XX GATT e le altre clausole di necessità contenute nei trattati OMC, nei BIT o in vari trattati bilaterali di amicizia e cooperazione.

¹⁵²⁴ CIG, *South West Africa*, 1966, cit., Opinione dissenziente del giudice Tanaka, p. 252: “The historical development of law demonstrates the continual process of the cultural enrichment of the legal order by taking into consideration values or interests which had previously been excluded from the sphere

invocato quanto i tribunali che ne riconoscono la “legittimità” tendono a sottolineare carattere il collettivo o condiviso degli interessi perseguiti, come la tutela della salute, dell’ambiente, del patrimonio culturale, della dignità umana o più ampiamente diritti umani. In tal modo, si tende a giustificare maggiormente la prevalenza rispetto ad interessi contrastanti.

Tuttavia, la giurisprudenza esaminata induce a ritenere che si tratti di un espediente principalmente argomentativo, volto a giustificare la decisione agli occhi dei titolari degli interessi contrastanti, e non di una vera tendenza a bilanciare tali interessi collettivi con, e farli prevalere su, interessi dei singoli Stati. Si è visto infatti che nel contenzioso interstate più recente, in particolare davanti alla CIG, raramente il carattere asseritamente collettivo e anche fondamentale degli interessi invocati ha avuto un ruolo determinante sulla decisione. Nei giudizi in cui tali interessi sembrano prevalere più spesso, invece, ciò sembra derivare da una particolare circostanza, segnatamente dal fatto che essi coincidono e coincidono nel caso concreto con l’interesse individuale perseguito dello Stato nell’esercizio della propria sfera di sovranità.

In particolare, la crescente fortuna del bilanciamento nel sistema degli investimenti sembra spiegarsi in quanto in tale ambito gli interessi invocati per giustificare l’inadempimento di un obbligo pattizio non si scontrano con il principio di sovranità, bensì sono proprio gli scopi cui tende l’esercizio delle prerogative statali¹⁵²⁵. Ed anzi, la tecnica del bilanciamento sembra proprio una risposta alla crisi di legittimità del sistema di risoluzione delle controversie in materia di investimenti, criticato per un eccessivo favore nei confronti degli interessi degli investitori, a scapito dei poteri dello Stato di perseguire i propri interessi¹⁵²⁶. Così, la tutela della salute umana¹⁵²⁷, del diritto

of law. [...] By being given an organizational form, these interests take the nature of ‘legal interest’ and require to be protected by specific procedural means”.

¹⁵²⁵ Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 696: “due to the still largely bilateral international dispute settlement mechanism, the chances of directly litigating community interests is not high”.

¹⁵²⁶ X. QIAN, *Revisiting Proportionality in International Arbitration: Theory, Methodology, and Interpretation*, 2022 Chinese Journal of International Law, Vol. 21, pp. 547 ss., p. 548: “concerns about State sovereignty are on the rise, particularly because there is a perception that tribunals are failing to strike a proper balance between investors’ economic interests and host State’s regulatory power to further their non-economic interests”.

¹⁵²⁷ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID, cit., par. 664; par. 686: “food and safety policies are commonplace in many countries and promote important public safety purpose, namely public health. Each of the State authorities’ decisions was motivated in regard to these food and safety regulations”; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, cit., par. 287: “[the BIT does] not prevent Uruguay, in the exercise of its sovereign powers, from regulating harmful products in order to protect public health after investments in this field have been admitted”.

all'acqua della popolazione¹⁵²⁸, o dell'ambiente¹⁵²⁹, in questi giudizi, non vengono a prevalere sugli interessi degli investitori in quanto interessi collettivi della comunità internazionale, bensì quali interessi degli Stati, protetti dagli stessi nell'esercizio della propria sovranità. Lo stesso vale per il contenzioso interstatale davanti agli organi di risoluzione delle controversie dell'organizzazione mondiale del commercio, in cui gli Stati invocano altri interessi per giustificare la violazione degli obblighi in materia di scambi commerciali internazionali. Anche in quei casi, pur finendo per attribuire in concreto rilevanza a interessi che sono anche condivisi dalla comunità internazionale (come, ancora una volta, l'ambiente¹⁵³⁰ o la salute umana¹⁵³¹), il giudizio si concentra principalmente sugli interessi sovrani degli Stati parte¹⁵³².

Del resto, che non siano gli interessi collettivi a indurre i tribunali internazionali a ricorrere alla tecnica del bilanciamento, né necessariamente a prevalere sulla sovranità statale, è dimostrato dalle recenti tendenze della giurisprudenza in materia di diritti umani. Si consideri, ed esempio, la crescente attenzione per l'interesse alla sicurezza dello Stato e a quanto essa rilevi nella giurisprudenza della EDU in materia di terrorismo¹⁵³³ o immigrazione¹⁵³⁴. Tale giurisprudenza si fonda su un assunto teorico e su un'impostazione metodologica della Corte che sono condivisibili, e secondo cui anche i tribunali internazionali sui diritti umani sono chiamati a ricercare un giusto equilibrio tra la sovranità statale e i diritti individuali in essi sanciti, senza che tale bilanciamento sia a senso unico, ossia solo *pro persona*¹⁵³⁵. Tuttavia, la giurisprudenza mostra anche come

¹⁵²⁸ *Suex, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. The Argentine Republic*, cit., par. 260: “[t]he provision of water and sewage services to the metropolitan area of Buenos Aires certainly was vital to the health and well-being of nearly ten million people and was therefore an essential interest of the Argentine State”.

¹⁵²⁹ *Eco Oro Minerals Corp.*, cit., par. 642: “the Challenged Measures were not discriminatory and designed and applied to protect a legitimate public welfare objective, namely the protection of the environment”.

¹⁵³⁰ Organo di appello, *United States – Shrimps-Turtle*, cit., par. 129 ss.

¹⁵³¹ Organo di appello, *Brazil – Tyres*, cit., par. 179.

¹⁵³² Organo d'appello, *China – Measures Affecting Trading rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China – Publications)*, WT/DS363/AB/R, report del 19 gennaio 2010, par. 222: “we see the ‘right to regulate’, in the abstract, as an inherent power enjoyed by a Member's government, rather than a right bestowed by international treaties such as the WTO Agreement. With respect to trade, the WTO Agreement and its Annexes instead operate to, among other things, discipline the exercise of each Member's inherent power to regulate by requiring WTO Members to comply with the obligations that they have assumed thereunder. When what is being regulated is trade, then the reference in the introductory clause to “consistent with the WTO Agreement” constrains the exercise of that regulatory power such that China's regulatory measures must be shown to conform to WTO disciplines”.

¹⁵³³ Corte EDU, *Muhammad and Muhammad v Romania* [GC], cit., Opinione concorrente del giudice Serghides, par. 16, secondo cui ad esempio tale interesse ha finito per giustificare la limitazione di un diritto – le garanzie procedurali sancite dall'art. 1, Prot. 7, CEDU – che secondo la sua formulazione testuale sarebbe assoluto.

¹⁵³⁴ Si veda *supra*, Cap. III, Sez. 3.4.1.3.2.

¹⁵³⁵ *Contra*, B. ÇALI, “Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)”, cit., par. 15: “the Court does not openly embrace balancing [as] [i]t starts from the presumptions that rights enjoy priority over public interests”.

gli interessi degli Stati finiscano sempre più spesso per svuotare di contenuto i diritti convenzionalmente garantiti.

4.3. L'INCIDENZA DEL FONDAMENTO CONSENSUALE DELLA GIURISDIZIONE SUI METODI DECISIONALI

Un'ulteriore e ragione della diversa propensione dei tribunali internazionali a fare ricorso alla tecnica del bilanciamento è rinvenibile, invece, nel rapporto che sussiste tra, da un lato, l'ampio margine di discrezionalità che tale tecnica riconosce al giudice e, dall'altro lato, il fondamento consensuale della giurisdizione del giudice internazionale e l'assenza di meccanismi di esecuzione coattiva delle decisioni dello stesso¹⁵³⁶. Dall'esame della giurisprudenza emerge, infatti, come la scelta da parte di ciascun tribunale dei metodi decisionali sia influenzata da una serie di *limiti istituzionali*. Tali limiti operano su un duplice livello¹⁵³⁷: tanto *in astratto*, sulla base delle regole che disciplinano la giurisdizione (più o meno stabile) di ciascun tribunale¹⁵³⁸ (Sez. 4.3.1.), quanto *in concreto*, alla luce delle vicende relative quella stessa giurisdizione e, in particolare, del grado di effettività di un tribunale e la legittimazione dello stesso, di fronte ai propri Stati membri, in un dato momento¹⁵³⁹ (Sez. 4.3.2.).

Tali fattori, considerati tanto autonomamente quanto nella loro interazione, sono almeno in parte in grado di spiegare perché alcuni tribunali ricorrano più di altri alla tecnica del bilanciamento, nonché i mutamenti di approcci che nel tempo sono riscontrabili nella giurisprudenza di uno stesso tribunale. È infatti innegabile che sussista un interesse dei tribunali internazionali a preservare la propria giurisdizione, affinché gli siano sottoposte future controversie, e la propria legittimazione e credibilità, allo scopo

¹⁵³⁶ Nonostante l'obbligatorietà delle decisioni dei tribunali internazionali, anche nei sistemi più sviluppati l'attuazione è essenzialmente rimessa alla volontà degli Stati. Solo per fare degli esempi, l'art. 94, par. 2, della Carta ONU, che conferisce al Consiglio di Sicurezza il potere di fare raccomandazioni e decidere sulle misure per portare ad esecuzione le sentenze della CIG, è rimasto praticamente inapplicato; anche nel sistema europeo dei diritti umani, in cui l'art. 46, par. 2, CEDU istituisce una procedura complessa e particolarmente efficace di monitoraggio sull'attuazione delle sentenze (la cui competenza spetta al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa) le percentuali di non esecuzione restano particolarmente elevate.

¹⁵³⁷ T. GINSBURG, "Political Constraints on International Courts", in C.P.R. ROMANO, K. ALTER e Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2013, Oxford, Oxford University Press, p. 483 ss., p. 487, distingue tra "ex ante political constraints", che sono "implemented before decisions are made and include the definition of jurisdiction; formal appointment mechanisms that shape the court; and discursive techniques to get judges to internalize state values", e "ex post political constraints", "are exercised after the judges render a decision, and include efforts to ignore, overrule, or reject decisions".

¹⁵³⁸ N. PETERSEN, *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, cit., p. 360.

¹⁵³⁹ A. FOLLESDAL, *The Legitimacy of International Courts*, cit., p. 477: "How States regard an [international court]'s authority is therefore crucial to induce states to consent to it, convince parties to defer to interpretations and judgments, and to keep them from exiting its jurisdiction – or even closing [it] down"; G. TSEBELIS, *What Determines the Judicial Discretion of the European Court of Human Rights*, 2022(3) *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol. 3, pp. 301 ss., p. 306.

di garantire l'attuazione delle proprie decisioni. Tale può incidere sulla scelta di metodi decisionali maggiormente deferenti nei confronti della sovranità degli Stati¹⁵⁴⁰ o, entrando esso stesso nell'ambito del bilanciamento, ad esempio determinando lo standard di giudizio, determinarne gli esiti¹⁵⁴¹. In linea generale, il ricorso alla tecnica del bilanciamento tende ad essere ridotto nella giurisprudenza dei tribunali che, più di altri, devono preoccuparsi di preservare il consenso degli Stati a sottoporsi alla giurisdizione, e di quelli che, per varie ragioni, abbiano perso (o mai acquisito) credibilità e legittimazione e devono, pertanto, riconquistarne (o conquistarne) la fiducia e garantire che attuino le sentenze.

4.3.1. Il fondamento giurisdizionale del tribunale

Iniziando dal primo dei fattori sopra evidenziati, occorre ricordare che il potere del giudice internazionale è *doppiamente* limitato. Ai limiti propri della funzione giudiziaria in quanto tale (tali per cui il giudice deve decidere in base al diritto vigente, e non crearlo), si aggiungono quelli derivanti dal carattere in ultima analisi arbitrale della giurisdizione, dato che l'obbligo di sottoporsi alla stessa non può che fondarsi sul consenso statale¹⁵⁴². Inoltre, il carattere volontario dell'esecuzione delle sentenze richiede che gli Stati percepiscano come "accettabili" le decisioni che sono giuridicamente tenuti ad attuare, ma di fatto liberi di ignorare. Da questo punto di vista, il giudice internazionale deve in primo luogo preoccuparsi di adottare decisioni che non appaiano "creative" del diritto o incompatibili con gli equilibri tra gli interessi delle parti, così come cristallizzati nelle norme applicate¹⁵⁴³. Ma dal principio consensuale deriva anche che la giurisdizione di ciascun tribunale non sia generale, bensì circoscritta – dal punto di vista temporale, territoriale, personale e materiale – da limiti del consenso stesso, oltre il cui ambito lo stesso non può spingersi¹⁵⁴⁴. Da questa prospettiva, il rischio è che decisioni fondate su un bilanciamento tra principi (anche ulteriori rispetto a quelli che sottendono alle norme

¹⁵⁴⁰ T. GINSBURG, "Political Constraints on International Courts", cit., p. 486; A. FOLLESDAL, *The Legitimacy of International Courts*, cit., p. 365.

¹⁵⁴¹ Sullo standard di giudizio si veda anche *supra*, Sez. 4.2.1.2.

¹⁵⁴² A. ORAKHELASHVILI, "Consensual Principle", in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, par. 1.

¹⁵⁴³ A. MILLS, "The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in International Investment Law and Arbitration", cit., p. 453: "This balancing may, however, be viewed as a destabilization of the *systemic* balance between competing interest which is struck [...] in the particular treaty framework under contention".

¹⁵⁴⁴ Salva la giurisdizione fondata sulla dichiarazione unilaterale di accettazione della CIG, ai sensi dell'art. 36, par. 2, del suo Statuto, che in principio è generale e universale, ma soggetta alla condizione di reciprocità e ad eventuali ulteriori limitazioni indicate nella dichiarazione stessa.

più strettamente rilevanti nel caso di specie) sia percepito come esorbitante dai limitati poteri che gli Stati conferiscono al tribunale¹⁵⁴⁵.

Tale rischio sembra essere tenuto in considerazione dai tribunali internazionali in modo diverso a seconda delle regole che ne fondano la giurisdizione e, in particolare, della stabilità della stessa. L'analisi mostra, infatti, che il bilanciamento risulta scarsamente utilizzato da parte dei tribunali la cui giurisdizione sia maggiormente "precaria": essi, infatti, tendono ad evitare metodi decisionali che possano "scare their clients"¹⁵⁴⁶ (gli Stati), inducendoli a ritirare il proprio consenso alla giurisdizione. Al contrario, il bilanciamento si è consolidato nella giurisprudenza di tribunali la cui giurisdizione sia "obbligatoria", poiché accettata preventivamente e come condizione per la partecipazione a una determinata organizzazione¹⁵⁴⁷: in tali casi, infatti, la revoca del consenso alla giurisdizione, pur sempre possibile, è resa meno plausibile dalle rilevanti conseguenze politiche che il recesso avrebbe per quello Stato sul piano delle relazioni internazionali¹⁵⁴⁸.

Ciò spiega per quale motivo la tecnica del bilanciamento abbia un ruolo ridotto nella giurisprudenza della CIG¹⁵⁴⁹, rispetto alla quale manca un meccanismo di

¹⁵⁴⁵ *Abaclat and others v. the Argentine Republic*, cit., Opinione dissenziente di G. Abi-Saab, par. 257-261: "it is [...] out of place and even odd in international law to speak in general of an absence of a competent forum [...] in terms of 'denial of justice'. [...] all international courts and tribunals are tribunals of attributed jurisdiction (*jurisdiction d'attribution*); a jurisdiction based on the consent of the parties or litigants and confined within the limits of this consent. [...] the majority tries to claim the same powers as a tribunal of plenary or general jurisdiction through interpretation by calling on the 'spirit', 'aim' and/or 'object and purpose' of the ICSID Convention and the BIT [...]. In the specific context of 'balancing of interests' discussed here, the majority award solicites the object and purpose of the ICSID Convention and the BIT, according to its subjective and partial interpretation of them as being exclusively the effective protection of the investment, notwithstanding the legitimate interests of the host State, in order to answer in the affirmative the rhetorical question it put at the outset. [...] Put in simple words, the answer is that the Tribunal can abridge the procedural rights of one party, the Respondent, against its will, in order to give greater ('actual effective') protection to the investment, i.e. to the other Party, the Claimants' investors. The one-sidedness of this alleged balancing of interests is too glaring to need any further elaboration. [...] Needless to say, this strategy has very little to do with rigorous legal reasoning and deciding by law and all the characteristics of sheer policy".

¹⁵⁴⁶ E. MCWHINNEY, *The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy*, 2006 Chinese Journal of International Law, Vol. 5, pp. 3 ss., p. 7; N. PETERSEN, *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, cit., p. 364: "courts cannot act independently of the preferences of the political actors who are affected by their decisions".

¹⁵⁴⁷ Si veda V. LAMM, "Compulsory Jurisdiction", in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, par. 8.

¹⁵⁴⁸ A. VON BOGDANDY e I. VENZKE, "The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals", cit., p. 518, per cui la creatività giudiziaria è "more likely when the costs of exiting a regime are higher, the argument again being that courts are less constrained by the possibility of a member's exit".

¹⁵⁴⁹ N. PETERSEN, *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, cit., p. 365: "it is unlikely that the ICJ will show significant activism. Instead, the Court will try to signal impartiality. It will base its decisions only on those customary norms that are generally acceptable to states".

giurisdizione obbligatoria, nei termini di cui sopra¹⁵⁵⁰. Peraltro, i rischi di decisioni, fondate sul bilanciamento, che siano percepite come eccessivamente espansive, si sono in alcuni casi concretizzati. Si pensi al caso della *Caccia alle balene* in cui, come si è visto, la CIG ha concluso che il programma autorizzato dal Giappone non fosse ragionevolmente volto al raggiungimento dello scopo, consentito dalla Convenzione internazionale per la regolamentazione della pesca delle balene, di ricerca scientifica. Il 6 ottobre 2015, dopo poco più di un anno dalla sentenza, il Giappone ha modificato la propria dichiarazione di accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte, introducendo una riserva che esclude “any dispute arising out of, concerning, or relating to research on, or conservation, management or exploitation of, living resources at sea”¹⁵⁵¹. Successivamente, alla fine del 2018, ha denunciato la suddetta Convenzione.

Al contrario, ampio ricorso alla tecnica del bilanciamento è rinvenibile nella giurisprudenza di quei tribunali la cui giurisdizione sia obbligatoria, come la Corte EDU¹⁵⁵² e l’Organo d’appello dell’OMC¹⁵⁵³. In tali ambiti, tuttavia, il ricorso al bilanciamento e ad approcci eccessivamente “creativi” ha prodotto delle conseguenze non indifferenti sull’effettività e sulla legittimazione dei rispettivi organi, che saranno esaminate a breve.

Il nesso tra il fondamento giurisdizionale e il più o meno ampio ricorso alla tecnica del bilanciamento emerge poi in modo evidente se si guarda ai tribunali penali internazionali. La necessità di preservare il consenso statale era infatti del tutto assente nella giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* istituiti negli anni Novanta, la cui giurisdizione, limitata a fatti e territori specifici, si fondava su risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza¹⁵⁵⁴. Ciò ha favorito una giurisprudenza particolarmente estensiva, e il frequente ricorso al bilanciamento allo scopo, in particolare, di dare ampio rilievo al principio di tutela della dignità umana¹⁵⁵⁵. La CPI, invece, nella cui giurisprudenza la tecnica del bilanciamento ha avuto un ruolo estremamente ridotto, ha giurisdizione potenzialmente

¹⁵⁵⁰ La summenzionata dichiarazione di accettazione incondizionata della giurisdizione, infatti, è modificabile e revocabile in ogni momento. Per il resto, la giurisdizione si fonda su singoli trattati generali di arbitrato, sulle clausole compromissorie incluse nei trattati o su singoli compromessi.

¹⁵⁵¹ M.A. BECKER, *Japan’s New Optional Clause Declaration at the ICJ: A Pre-Emptive Strike*, EJIL Talk!, 20 ottobre 2015.

¹⁵⁵² Ai sensi dell’art. 32 della CEDU.

¹⁵⁵³ Il sistema di risoluzione delle controversie, disciplinato dall’Annesso II (l’*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*) all’Accordo istitutivo dell’OMC, è obbligatorio.

¹⁵⁵⁴ Rispettivamente, la Risoluzione S/RES/827 del 25 maggio 1993 (quanto al Tribunale penale internazionale per l’Ex Jugoslavia), e la Risoluzione S/RES/995 dell’8 novembre 1994 (quanto al Tribunale penale internazionale per il Ruanda).

¹⁵⁵⁵ T. HOFFMANN, “The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict”, in L. VAN HERIK, C. STAHN (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, 2010, L’Aja, Springer, p. 58 ss., p. 80, ha sostenuto che “it is very unlikely that there could ever come again a moment in history – at least in the field of international criminal law – when various factors are in such a constellation as to enable a similar accomplishment”, con quest’ultimo intendendo un’attività estremamente “creativa” della giurisprudenza.

universale (ma soggetta al principio di complementarità) sui crimini internazionali indicati dallo Statuto di Roma¹⁵⁵⁶. Tuttavia, salve eccezioni, ai sensi dell'art. 12 è richiesto il consenso, prestato tramite la ratifica dello Statuto, dello Stato ove i crimini siano stati commessi o i cui cittadini ne siano presunti autori¹⁵⁵⁷. La CPI è, pertanto, molto più esposta alla pressione di dover preservare la propria giurisdizione, visto anche il successo ridotto che lo Statuto di Roma ha avuto rispetto alle aspettative iniziali (si ricordi il rifiuto degli Stati Uniti di ratificarlo), e la contestazione cui, fin dalle origini, è stata esposta e che permane tutt'oggi (si pensi al recesso del Sud Africa il 19 ottobre 2016, poi revocato, e a quelli del Burundi, il 28 ottobre 2017, e delle Filippine, il 17 marzo 2019).

L'esperienza dei tribunali penali internazionali, poi, consente una ulteriore osservazione. Sembra, infatti, che sulla propensione dei diversi tribunali a ricorrere al bilanciamento incida anche il carattere, permanente o *ad hoc*, dello specifico organo. Tenzialmente, organi *ad hoc* possono contare, da un lato, sull'assenza di preoccupazione a preservare la propria giurisdizione e, dall'altro lato, sulla evidente volontà degli Stati di risolvere definitivamente la controversia loro sottoposta, la quale può favorire la ricerca di soluzioni di compromesso bilanciando i rispettivi interessi delle parti¹⁵⁵⁸. Inoltre, alcuni autori mettono in evidenza come i singoli arbitri potrebbero avere un interesse ad essere percepiti come *ragionevoli*, allo scopo di essere nominati nuovamente in future controversie¹⁵⁵⁹. E nel perseguire tale intento potrebbero pertanto ricorrere al bilanciamento come ragionamento che, in quanto volto temperare i contrapposti diritti e interessi delle parti, possa essere accettato da entrambe.

L'analisi, mostra, tuttavia, che il ricorso alla tecnica del bilanciamento è ampio non solo nella giurisprudenza dei tribunali istituzionalmente "forti", in quanto dotati di giurisdizione obbligatoria e di complessi meccanismi di monitoraggio sull'attuazione delle sentenze. Esso, infatti, sembra avere ruolo importante anche nella giurisprudenza di tribunali "deboli" dal punto di vista istituzionale. Si pensi, in particolare, alla

¹⁵⁵⁶ Si veda H.P. KAUL e E. CHAITIDOU, "Balancing Individual and Community Interests: Reflections on the International Criminal Court", cit., p. 981, secondo cui lo Statuto di Roma ha optato per un approccio restrittivo alla giurisdizione della Corte, e che questo sia "[an] indication that the drafters [...] had a pragmatic and realistic approach to bilateral sensitivities".

¹⁵⁵⁷ Le eccezioni riguardano il caso in cui, ai sensi dell'art. 12, par. 3, uno Stato accetti espressamente la giurisdizione della Corte tramite una dichiarazione unilaterale, o il caso di *referral* di una situazione alla Corte da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, ai sensi dell'art. 13, lett. b), dello Statuto.

¹⁵⁵⁸ G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit., p. 321: "in submitting a case to its jurisdiction, the parties intend to eliminate the source of potential or actual friction and to have their dispute finally settled. Then, it has a tendency to resort to an intricate, and not always articulated, balancing process".

¹⁵⁵⁹ A. MILLS, "The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in International Investment Law and Arbitration", cit., p. 453: "Although technically required to determine the 'right' decision, arbitrators do have a professional interest in being perceived as 'reasonable' and 'balance' in their determinations, as well as accurate. [...] In mediating between competing parties and arguments, arbitrators may ultimately seek to find a middle ground which gives their decision an imprimatur of reasonableness. [...] Another way of expressing this possible concern is to say that some arbitrators may seek to 'balance the interests' of the parties at the level of *each individual case*".

giurisprudenza degli organi di monitoraggio dei trattati ONU sui diritti umani. Data la mancata previsione del carattere giuridicamente vincolante delle *views* rese dagli stessi nell'ambito delle procedure di comunicazione individuale, tali organi non devono preoccuparsi di mantenere un certo *self-restraint*, in quanto in ogni caso l'attuazione di dette decisioni è interamente rimessa alla discrezionalità degli Stati. Ne deriva una maggiore propensione ad adottare decisioni "di principio", visto che in ogni caso l'attuazione delle stesse sarebbe rimesso alla decisione dei singoli Stati.

4.3.2. Il grado di effettività del tribunale e la sua legittimazione di fronte agli Stati membri

A prescindere dalle regole relative al fondamento giurisdizionale, più o meno stabile, anche le vicende che interessano l'operato di ciascun tribunale possono incidere sulla scelta dei metodi decisionali e, quindi, sul ricorso a tecniche che implicano l'esercizio di un più ampio margine di discrezionalità¹⁵⁶⁰. Tale correlazione tra consenso, effettività e legittimazione di un tribunale¹⁵⁶¹, così come determinati da una serie di fattori sociopolitici, da un lato, e scelta dei metodi decisionali, dall'altro, è infatti idonea a spiegare i diversi approcci che, a seconda del periodo storico, sono rinvenibili nella giurisprudenza di uno stesso tribunale¹⁵⁶². Ciò che sembra emergere dall'analisi è che quanto più un tribunale sia "forte" (in concreto) in un dato momento storico – ossia, tanto più goda del supporto degli Stati sottoposti alla sua giurisdizione – tanto meno dovrà preoccuparsi di esercitare un certo *self-restraint* nel risolvere le controversie che gli vengano sottoposte.

Nella maggior parte dei casi¹⁵⁶³, si è potuto notare che la tecnica del bilanciamento è progressivamente scomparsa dalla giurisprudenza del giudice internazionale¹⁵⁶⁴ o che, in ogni caso, il suo ruolo si è drasticamente ridimensionato¹⁵⁶⁵. Ciò sembra spiegarsi in quanto nei primi anni di esercizio delle proprie funzioni un tribunale internazionale gode,

¹⁵⁶⁰ T. GINSBURG, "Political Constraints on International Courts", cit., definisce come "*ex post political constraints*" sull'operato dei tribunali il recesso (nei casi estremi), o la protesta (rifiuto di dare esecuzione alle sentenze, modifiche ai trattati, o tentativo di promuovere una sorta di "judicial passivity" dei giudici).

¹⁵⁶¹ Per legittimazione si intende "a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull towards compliance on those addressed normatively" (T.M. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990, Oxford, Oxford University Press, p. 3).

¹⁵⁶² A. P. TZEVELEKOS e K. DZEHTSISAROU, *The Judicial Discretion of the European Court of Human Rights: The Years of Plenty and the Lean Years*, cit., p. 288: "what prompts a court that has ample discretion [...] to exercise this discretion in the direction of self-restraint? [...] This is determined by a number of socio-political factors, including social consensus/support for the standard at issue and the power of the ones who are called to implement the standard".

¹⁵⁶³ Ma si veda *infra* quanto all'Organo d'appello dell'OMC e ai tribunali arbitrali investitore-Stato.

¹⁵⁶⁴ In particolare, per ciò che concerne la CIG.

¹⁵⁶⁵ Si fa riferimento, in particolare, alla Corte EDU, le cui vicende saranno esaminate di qui a poco.

in genere, di un ampio supporto nell'ambito della comunità degli Stati¹⁵⁶⁶, concordi sulla necessità di un foro per la risoluzione pacifica delle proprie controversie e, quanto ai tribunali specializzati, sulla necessità di proteggere determinati interessi tramite una forma di monitoraggio da parte di un organo terzo e imparziale degli obblighi assunti a tal fine¹⁵⁶⁷. Se ciascun tribunale internazionale sembra affrontare prima o dopo la perdita di tale supporto, per ragioni specifiche che saranno esposte di seguito, bisogna anche considerare, più in generale, l'attuale clima di contestazione nei confronti della giustizia internazionale in quanto tale. Possiamo qui limitarci a ricordare che l'estrema fiducia degli Stati nella giustizia internazionale a seguito della Seconda guerra mondiale, con l'entrata in funzione della CIG e dei tribunali militari internazionali; a seguito della caduta dei blocchi, poi, si è assistito alla proliferazione di organi specializzati di risoluzione delle controversie nei più disparati settori. Tuttavia, nell'ultimo ventennio la propensione degli Stati a sottoporsi alla giurisdizione di tali organi si è ridotta drasticamente¹⁵⁶⁸, e diversi Stati hanno minacciato o proceduto al recesso da trattati che conferiscono giurisdizione a tribunali del cui operato non siano soddisfatti. Ciò ha determinato, per tali organi, la necessità di sviluppare quelle che parte della dottrina ha definito come delle "strategie di sopravvivenza" (*coping strategies*)¹⁵⁶⁹.

Nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC tale fenomeno (di perdita di supporto e legittimazione) si è manifestato in modo evidente: l'approccio dell'Organo d'appello al bilanciamento tra l'interesse alla liberalizzazione del commercio e interessi contrastanti ha infatti avuto conseguenze rilevanti sull'autorità dello stesso. Si è visto che, nella giurisprudenza più risalente, l'interesse alla liberalizzazione del commercio aveva un ruolo predominante: nonostante la presenza di clausole di deroga, come l'art. XX GATT, era pressoché impossibile per gli Stati giustificare misure incompatibili con gli obblighi sanciti nel medesimo¹⁵⁷⁰. Il successivo emergere della tecnica del bilanciamento sembra aver avuto lo scopo di rafforzare la legittimazione

¹⁵⁶⁶ M. SWART, *Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY*, 2011(3) Goettingen Journal of International Law, Vol. 3, pp. 985 ss., p. 1005.

¹⁵⁶⁷ *Contra*, A. FOLLESDAL, *The Legitimacy of International Courts*, cit., p. 478. Se l'autore concorda sul forte consenso degli Stati attorno al ruolo di un nuovo tribunale nella protezione di determinati interessi, ritiene che "young [courts] often appear concerned to build their descriptive legitimacy by issuing judgments with low costs on all states"; Y. SHANY, *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach*, 2012(2) The American Journal of International Law, Vol. 106, pp. 225 ss., p. 267.

¹⁵⁶⁸ R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process Based Review and the Rule of Law*, 2018(3) Human Rights Law Review, Vol. 18, pp. 473 ss., p. 478.

¹⁵⁶⁹ B. ÇALI e C. COSTELLO, *Coping Strategies: Domestic and International Courts in Times of Backlash*, Verfassungsblog, 26 settembre 2022; M. RASK MADSEN, P. CEBULAK e M. WIEBUSCH, *Backlash Against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts*, 2018(2) International Journal of Law in Context, Vol. 14, pp. 197 ss.

¹⁵⁷⁰ Si riteneva sempre che esistessero almeno in astratto delle misure alternative che, pur idonee al perseguimento dell'interesse invocato dallo Stato convenuto, avrebbero inciso in misura inferiore sugli scambi commerciali internazionali. Si vedano *supra*, Cap. III, Sez. 3.2.3., le citate decisioni nei casi *Thai Cigarettes* e *US Reformulated Gasoline*.

esterna del sistema dell'OMC, largamente criticato, fin dai negoziati che hanno portato alla sua istituzione, di anteporre un progetto neoliberista e capitalista a scapito di interessi pur essenziali, all'epoca sulla spinta principalmente della società civile, quali la tutela della salute umana, dell'ambiente, del lavoro, delle economie e dell'agricoltura locali e, più ampiamente, dei diritti umani¹⁵⁷¹. Allo stesso tempo, il fallimento dei successivi negoziati, che ha mostrato l'incapacità degli Stati di modificare i trattati allo scopo di prendere adeguatamente in considerazione tali interessi, ha creato una situazione di incertezza in merito al futuro del sistema. Attraverso la tecnica del bilanciamento l'Organo d'appello sembra essersi fatto carico del compito di colmare questa lacuna, riconoscendo agli Stati un più ampio margine di manovra nel valutare la compatibilità di misure volte a proteggere tali interessi con gli obblighi di liberalizzazione degli scambi commerciali¹⁵⁷². Tuttavia, tale tentativo di ampliamento della legittimazione esterna, in particolare rispetto alla società civile, ha prodotto importanti reazioni sul fronte della legittimazione *interna*, vale a dire rispetto agli Stati membri dell'Organizzazione. Ed infatti, la giurisprudenza esaminata è stata fortemente contestata dagli Stati. In particolare, nelle contestazioni rivolte dagli Stati Uniti all'operato dell'Organo d'appello si criticano, *inter alia*, l'approccio creativo¹⁵⁷³ e la conseguente lesione della sovranità degli Stati parte¹⁵⁷⁴. Ma anche altri Stati membri ritengono che la giurisprudenza troppo espansiva dell'Organo d'appello abbia violato l'obbligo (sancito nell'art. 3, par. 2, del *Dispute Settlement Understanding*) di non alterare il bilanciamento tra diritti e obblighi degli Stati parte, così come negoziato dagli Stati e cristallizzato nei trattati OMC¹⁵⁷⁵. Più in generale,

¹⁵⁷¹ A. LANG, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 2017(4) European Journal of International Law, Vol. 27, pp. 1095 ss., p. 1004: "though the 'jurisprudence of balance' [...] the Appellate Body has provided a strong answer to those who were concerned that the WTO may be biased in favor of 'trade values' over 'non-trade values' [...]. One of the great virtues of the Appellate Body's approach has been to demonstrate that WTO law has sufficient resources internally to respond adequately to problems of value conflict, without the need to always resort to normative and other resources outside the law of the WTO".

¹⁵⁷² R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, cit., p. 53.

¹⁵⁷³ United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, febbraio 2020, p. 94: gli Stati Uniti ritengono che la giurisprudenza si sia spinta fino a creare obblighi non previsti dai trattati.

¹⁵⁷⁴ E. FABRY e E. TATE, *Saving the WTO Appellate Body or Returning to the Wild Est of Trade?*, Notre Europe, Policy Paper n. 225, 7 giugno 2017, p. 8: "The increasing recourse to the AB is said to reflect the dysfunctionality of the WTO's negotiating leg and, sometimes circumvents the sovereign rights of WTO members [...]. The jurisprudence of the AB even limits the ability of the United States to use trade defence instruments. In other words, if the AB is not responsible for the structural imbalance that has developed between the judicial law-making and the legislative rule-making in the WTO, it has nonetheless exacerbated it", si veda anche p. 10: "According to the United States, the AB is based on academic legal constructions rather than on the reality of distortions of competition caused by non-WTO compliant state subsidies. The AB's case law is even said to have disrupted the very balance between liberalisation and trade defence on which the WTO agreements rest".

¹⁵⁷⁵ M. FIORINI e altri, *WTO Dispute Settlement and the Appellate Body Crisis: Insider Perceptions and Members' Revealed Preferences*, 2020(5) Journal of World Trade, Vol. 54, pp. 667 ss., p. 686: "42% of respondents [States] believe the AB has gone beyond its mandate, violating the quintessential obligation

l'Organo d'appello è stato accusato di essersi autonomamente eretto a indipendente e separato organo giudiziario dell'Organizzazione, che non prende in considerazione le politiche e gli interessi degli Stati membri e del sistema cui appartiene¹⁵⁷⁶. Tali critiche non solo hanno comportato la mancata attuazione di diverse decisioni, ma hanno anche portato alla paralisi del funzionamento dello stesso, in ragione del rifiuto degli Stati Uniti di prestare il proprio consenso alla nomina di nuovi membri al punto che, scaduti tutti i precedenti mandati, esso non è operativo. L'esperienza dell'Organo d'appello quindi, mostra come i tribunali internazionali possano trovarsi di fronte a dilemmi che richiedono una presa di posizione in merito al proprio stesso ruolo: in questo caso, tra l'accordare eccessiva rilevanza a interessi diversi da quelli neo-liberali, suscitando la reazione degli Stati che ritengono che l'Organo d'appello sia venuto meno al ruolo che gli è Stato attribuito (quello di interpretare e far rispettare gli obblighi in materia di liberalizzazione degli scambi commerciali e integrazione progressiva dei mercati); dall'altro lato, restare insensibili rispetto ad altre, pur evidenti, esigenze della comunità internazionale e della società civile¹⁵⁷⁷. Inoltre, tali vicende mostrano come non necessariamente la stabilità in astratto del sistema – garantita dalla previsione di una giurisdizione di fatto obbligatoria e dall'esistenza di meccanismi volti a salvaguardarne l'autonomia, il funzionamento, e la vincolatività delle decisioni di un tribunale¹⁵⁷⁸ – riesca in concreto a preservarne l'effettività e legittimazione. E ciò nel caso in cui gli Stati membri non condividano l'approccio seguito dal tribunale, e la percezione che lo stesso abbia del proprio ruolo, così come manifestata dalle decisioni.

In altri casi il legame tra il grado di effettività del tribunale e la sua legittimazione di fronte agli Stati membri, da un lato, e il ricorso alla tecnica del bilanciamento o ad altri metodi non formalizzati di decisione risulta meno evidente ma pur sempre riscontrabile. Si pensi alla CIG: nelle primissime decisioni rese dalla stessa, infatti, il bilanciamento ha consentito di prendere in considerazione l'emersione delle cd. “basic considerations of humanity”¹⁵⁷⁹ e di valori collettivi dall'intera comunità internazionale¹⁵⁸⁰. Ciò corrispondeva al clima politico immediatamente successivo al termine della Seconda guerra mondiale, caratterizzato dalla fiducia degli Stati nel ruolo dei meccanismi di risoluzione pacifica delle controversie, e dalla volontà degli stessi di ricostruire una

established in the DSU (Article 3.2) not to undo the balance of rights and obligations as struck by the Membership”.

¹⁵⁷⁶ R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, cit., p. 27.

¹⁵⁷⁷ Ivi, p. 30.

¹⁵⁷⁸ In particolare, il meccanismo di *consensus* negativo introdotto nell'*Uruguay Round* per determinare l'adozione e il carattere vincolante, delle decisioni dei panel e dell'Organo d'appello, implica che “[t]hese would be adopted, except in the implausible situation where even the winning party voted against it. [...]” (R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, cit., p. 28).

¹⁵⁷⁹ CIG, *Corfu Channel*, cit., p. 12.

¹⁵⁸⁰ CIG, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., p. 23.

comunità internazionale fondata sul rispetto di valori condivisi, quali la pace, la sicurezza, l'autodeterminazione dei popoli e la tutela della dignità umana. Come emerge da alcune opinioni annesse a tali prime decisioni, il bilanciamento sembrava poter garantire una rinnovata idea di giustizia internazionale, in grado di incorporare tali interessi e valori nel vecchio *corpus* di regole di diritto internazionale. Si consideri, ad esempio, l'opinione del giudice Alvarez resa nel caso sullo *Stretto di Corfù*, la quale sottolineava che, in tale nuova società internazionale, la CIG era chiamata non solo ad applicare il diritto *esistente*, ma anche a *svilupparlo* in conformità alle esigenze emerse successivamente al termine della Seconda guerra mondiale e alla luce dei nuovi "grandi" principi del diritto internazionale¹⁵⁸¹. Egli ha sottolineato come, quando le regole risultino mancanti, obsolete, o in ipotesi di conflitto tra i diritti e gli interessi degli Stati, la Corte dovrebbe fornire soluzioni nuove, tenendo conto delle esigenze effettive della vita delle relazioni internazionali¹⁵⁸². Se tale slancio innovatore ha caratterizzato i primi anni di funzionamento della Corte, un momento di cesura è rinvenibile nella decisione sulle eccezioni preliminari nel caso sul *Sud-ovest africano*, in cui la CIG ha chiaramente escluso tale approccio:

"49. Throughout this case it has been suggested, directly or indirectly, that humanitarian considerations are sufficient in themselves to generate legal rights and obligations, and that the Court can and should proceed accordingly. The Court does not think so. It is a Court of law, and can take account of moral principles only insofar as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered.

50. Humanitarian considerations may constitute the inspirational basis for rules of law [...]. Such considerations do not, however, in themselves amount to rules of law. All

¹⁵⁸¹ CIG, *Corfu Channel*, cit., Opinione del giudice Alvarez, p. 39, p. 40: "The Court has [...] at the present moment three functions: (a) the former function, which consisted in elucidating the existing law, and in defining and conforming it; (b) that of modifying, in conformity with existing conditions of international relations, provisions which, though in force, have become out of date; (c) that of creating and formulating new precepts, both for old problems where no rules exist and also for new problems. The two latter functions of the Court have their origin in the fact that international life is in a state of constant evolution, and that international law must always be a reflection of that life. In exercising these functions the Court must not proceed arbitrarily, but must gain its inspiration from the great principles of the new international law".

¹⁵⁸² Ivi, p. 42: "D. – The rights of two States are in conflict; this results, to a large extent, from the individualized regime which admits hardly any limitations to the rights which it recognizes. How are such conflicts to be resolved? E. – A State does not possess the right to perform certain acts in the territory of another State, but its vital interests, or the general interest, impel it to perform these acts, thus violating the sovereignty of another State and international law. [...] In all these situations, political considerations will play a very important part in the attitude of the States concerned". Si veda anche CIG, *Anglo-Norwegian Fisheries*, cit., Opinione del giudice Alvarez, p. 147: "regard must also be had [...] to the modification that [general] principles may have undergone as a result of the great changes which have occurred in international life; indeed, if no principles exist covering a given question, principles must be *created* to conform to those conditions. [...] many of the principles, particularly the great principles, have their origin in the legal conscience of people [...]".

States are interested – have an interest – in such matters. But the existence of an ‘interest’ does not of itself entail that this interest is specifically juridical in character.

51. It is in the light of these considerations that the Court must examine what is perhaps the most important contention of a general character that has been advanced in connection with this aspect of the case, namely the contention by which it is sought to derive a legal right or interest in the conduct of the mandate from the simple existence, or principle, of the "sacred trust". The sacred trust, it is said, is a ‘sacred trust of civilization’. Hence all civilized nations have an interest in seeing that it is carried out. An interest, no doubt; but in order that this interest may take on a specifically legal character, the sacred trust itself must be or become something more than a moral or humanitarian ideal. In order to generate legal rights and obligations, it must be given juridical expression and be clothed in legal form. One such form might be the United Nations trusteeship system, another, as contained in Chapter XI of the Charter concerning non-self-governing territories, which makes express reference to ‘a sacred trust’. In each case the legal rights and obligations are those, and only those, provided for by the relevant texts, whatever these may be”.¹⁵⁸³

È noto che tale decisione ha solo segnato l’inizio di un periodo di estrema sfiducia degli Stati africani sorti dal processo di decolonizzazione nei confronti della Corte. Nei decenni successivi, per varie ragioni, il numero delle controversie sottoposte alla stessa si è notevolmente ridotto, così come più ampiamente il supporto da parte della comunità internazionale¹⁵⁸⁴. Se è innegabile che l’approccio che aveva caratterizzato i primi anni di attività e progressivamente scomparso, in favore di un maggiore *self-restraint*”, l’ampio contesto politico e normativo nel cui ambito si inserisce l’attività della Corte non permette di tracciare una netta correlazione tra tali fenomeni. Da un punto di vista empirico, tuttavia, può notarsi che la scomparsa del bilanciamento dalla giurisprudenza della Corte si accompagna al progressivo consolidamento dell’approccio restrittivo della stessa.

Una tendenza simile è riscontrabile nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali dove, come si è detto, emerge una certa tensione tra esigenze di *effettività* nello svolgimento del proprio ruolo, che propendono verso la punizione dei colpevoli dei più gravi crimini internazionali¹⁵⁸⁵, e la preservazione della *legittimazione* del tribunale, che si fonda sul rispetto tanto della sovranità degli Stati (tramite la corretta rilevazione del diritto applicabile) che dei diritti di difesa degli imputati¹⁵⁸⁶. Si è visto che il ricorso

¹⁵⁸³ CIG, *South West Africa*, cit., par. 49-51.

¹⁵⁸⁴ I. VENZKE, “The international Court of Justice During the Battle for International Law (1955-1975): Colonial Imprints and Possibilities for Change”, in J. VON BERNSTORFF e P. DANN (eds.), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, 2019, Oxford, Oxford University Press, pp. 235 ss.

¹⁵⁸⁵ T. RAUTER, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, cit., p. 117-118: “international criminal tribunals dealt with large-scale atrocities that are exposed to public expectations and pressure. From this perspective, it is perfectly understandable that international criminal tribunals are tempted not only to adjudicate upon the existing law [...] but also to adjudicate upon the law as it should be”.

¹⁵⁸⁶ S. ZAPPALÀ, “Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice”, cit., p. 217, secondo cui il compito di tali organi è comprendere “how a balance can be found between *effectiveness* (in the pursuit of the object and purpose of the system: i.e. to ensure that there is no space for impunity) and *legitimacy* (which demands or at least implies that international courts must not violate the fundamental

al bilanciamento è stato più ampio da parte dei tribunali penali internazionali *ad hoc* istituiti negli anni '90. Anche tale fenomeno può spiegarsi, almeno in parte, alla luce del consenso della comunità internazionale e alla diversa autorità e legittimazione di tali organi. Ed infatti, nonostante le critiche relative al fondamento normativo della loro istituzione¹⁵⁸⁷, all'epoca dei tribunali *ad hoc* vi era un forte consenso¹⁵⁸⁸ in merito alla necessità di perseguire e punire i colpevoli dei più gravi crimini internazionali¹⁵⁸⁹. Al contrario, le criticità che hanno caratterizzato l'istituzione della CPI, tra cui il rifiuto degli Stati Uniti di firmare lo Statuto di Roma e l'attuale contestazione radicale di numerosi Stati africani, ne hanno minato l'autorità fin dall'istituzione. Ciò implica la necessità, per la CPI, di preservare la propria legittimazione di fronte agli Stati che hanno prestato il consenso a sottoporsi alla propria giurisdizione. Di qui, verosimilmente, l'approccio estremamente più restrittivo della stessa¹⁵⁹⁰.

Nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani e in quello degli investimenti, poi, lo stretto legame che sussiste tra la legittimazione del giudice (e del sistema in cui opera) di fronte ai propri Stati membri, da un lato, e il ruolo del bilanciamento nella giurisprudenza del relativo tribunale, dall'altro lato, emerge in modo palese. Il confronto tra la giurisprudenza in questi due ambiti mostra, però, che non necessariamente il ricorso al bilanciamento diminuisce alla perdita di legittimazione del tribunale. Nell'ambito degli investimenti, infatti, il bilanciamento sembra essere stato

rights of defendants, including the principle of legality) To a certain extent activism can be interpreted as a form of greater concern for effectiveness, while restraint could be viewed as the expression of greater concern for legitimacy"; N. JAIN, *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, cit., p. 138: "While the principles of legality and state consent perform vital legitimating functions in international criminal law, the effectiveness of international criminal law in attaining the object of ending impunity is an equally important goal that must be weighed against these legitimacy concerns".

¹⁵⁸⁷ M. SWART, *Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY*, cit., pp. 985 ss.

¹⁵⁸⁸ Questo è quanto generalmente si afferma. Ma si guardi anche quanto dichiarato da Cassese: "We faced quite a few problems. The most obvious were that we had no budget, and little support from governments. Madeleine Albright had often said that in the Security Council, she was the only one out of 15 ambassadors who really believed in this tribunal. She said nobody thought that the tribunal would take off because it was seen as a sort of poor fallback solution" (H. VERRIJN STUART e M. SIMONS, "The Judge: Interview with Antonio Cassese", in H. VERRIJN STUART e M. SIMONS (eds.), *The Prosecutor and the Judge. Benjamin Ferencz and Antonio Cassese – Interviews and Writings*, Amsterdam, Amsterdam University Press).

¹⁵⁸⁹ T. HOFFMANN, "The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict", cit., p. 16: "the decisions of the ICTY generally reflected the positions of the most powerful countries. Furthermore, the atrocious nature of the crimes committed rendered almost impossible any criticism [...]. Due to the 'atrocious factor' the [*Tadić*] decision was viewed as 'illegal but legitimate' and most observers supported it not the methodology but 'the rationale and goals of the discussion of customary law'. The inherently moral nature of the norms in question led to a significant public support for their approval"; M. SWART, *Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY*, cit., p. 1005.

¹⁵⁹⁰ Si veda *supra*, Cap. III, Sez. 2.3.3., per il confronto tra l'approccio del Tribunale per il Ruanda e quello della CPI in merito al ricorso al bilanciamento per colmare lacune procedurali, in particolare con riferimento al potere di riconoscere un risarcimento per la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo.

parte di una strategia di legittimazione del sistema nel suo complesso, e dei mezzi pacifici di risoluzione delle controversie che esso prevede, ossia l'arbitrato. Ed infatti, i trattati bilaterali di investimento originariamente si occupavano poco o affatto del rapporto tra l'interesse da essi tutelato (la tutela degli investimenti stranieri) e altri interessi degli Stati o della comunità internazionale¹⁵⁹¹. A fronte delle critiche suscitate da tale situazione¹⁵⁹², e nonostante il silenzio dei trattati, i tribunali arbitrali hanno quindi cominciato progressivamente a bilanciare gli obblighi derivanti dai BIT con altri interessi legittimi invocati dagli Stati stessi, come la protezione dell'ambiente o della salute umana¹⁵⁹³.

Invece, nella giurisprudenza della Corte EDU il bilanciamento, pur non essendo scomparso, ha progressivamente mutato funzione. In termini generali, e nonostante alcune eccezioni¹⁵⁹⁴, all'incredibile apporto creativo dei primi anni della giurisprudenza di Strasburgo, ha fatto seguito un approccio decisamente più restrittivo¹⁵⁹⁵. E questo, in primo luogo, in termini di ridotta propensione ad adottare interpretazioni estensive che finiscano per riconoscere "diritti nuovi"¹⁵⁹⁶ o ad imporre agli Stati degli specifici standard normativi in assenza di prassi statale che consenta di riscontrare l'esistenza di un "consenso europeo"¹⁵⁹⁷. In secondo luogo, enfatizzando il principio di sussidiarietà¹⁵⁹⁸ e

¹⁵⁹¹ F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, cit., p. 140.

¹⁵⁹² Ivi, p. 154. Si vedano anche G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, 2017(2) *Brazilian Journal of International Law*, Vol 14, pp. 95 ss., p. 96; K. POLONSKAYA, "Arbitral Institutions' Response to Perceived Legitimacy Deficits: Promoting Diversity, Transparency and Expedition in Investor-State Arbitration" in F. BAETENS (ed.), *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 371 ss.

¹⁵⁹³ *Eco Oro Minerals Corp v Republic of Colombia*, cit., Opinione parzialmente dissenziente di Sands, par. 33: "In the age of climate change and significant loss of biological diversity, it is clear that society finds itself in a state of transition. The law – including international law – must take account of that state of transition, which gives rise to numerous uncertainties. Adjudicators – judges and arbitrators – recognise the need to proceed with caution at a time of transition and uncertainty".

¹⁵⁹⁴ Si pensi allo sviluppo della giurisprudenza in materia ambientale: Corte EDU, *Pavlov and others v. Russia*, cit., Corte EDU, *Kotov and others v. Russia*, cit., che secondo le parole del Giudice Serghides, avrebbero riconosciuto "the implicit sub-right to a healthy environment" (opinione concordante, par. 11). Per una critica, si veda l'opinione dissenziente del giudice Lobov, secondo cui "[t]aking account of the nature and limited scope of its assessment and of the State's margin of appreciation, the Court should be more prudent, realistic and respectful of national operational choices" (par. 21).

¹⁵⁹⁵ A. P. TZEVELEKOS e K. DZEHTSISAROU, *The Judicial Discretion of the European Court of Human Rights: The Years of Plenty and the Lean Years*, cit., p. 290, definiscono tale mutamento di approccio come il passaggio dagli "years of plenty" ai "lean years".

¹⁵⁹⁶ Oltre alle ben note sentenze sull'immunità degli Stati, si ricordino i casi in materia di giurisdizione civile universale (*Naït-Liman*) o di diritto alla tutela del patrimonio culturale (*Auhnbay e altri*).

¹⁵⁹⁷ Corte EDU, *Lautsi and others v. Italy* [GC], cit., Opinione concorrente del Giudice Rozakis: "the Court is a court of law, not a legislative body. [...] it can, of course, afford to develop that protection at a level higher than the one offered by a specific respondent State, but on condition that there are strong indications that a great number of other European States have already adopted that degree of protection, or that there is a clear trend towards an increased level of protection".

¹⁵⁹⁸ Tale principio opera, nella giurisprudenza della Corte, come "an institutional norm of power distribution between the States and the Strasbourg Court" (R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process Based Review and the Rule of Law*, cit., p. 484).

del margine di apprezzamento statale¹⁵⁹⁹ – ora espressamente sanciti nel Preambolo della CEDU – la Corte ha sviluppato, nei confronti degli Stati, un approccio maggiormente deferente quanto al bilanciamento tra diritti individuali e interessi confliggenti. In particolare, essa si astiene dal realizzare un bilanciamento qualora ritenga che la procedura nell’ambito del quale esso sia stato realizzato sul piano interno si sia svolta davanti autorità indipendenti e imparziali, sia stata equa e abbia preso in considerazione e ponderato i diversi interessi in gioco, anche alla luce della propria giurisprudenza:

The requirement for “European supervision” does not mean that in determining whether an impugned measure struck a fair balance between the relevant interests, it is necessarily the Court’s task to conduct the Article 8 proportionality assessment afresh. On the contrary, in Article 8 cases the Court has generally understood the margin of appreciation to mean that, where the independent and impartial domestic courts have carefully examined the facts, applying the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law, and adequately balanced the applicant’s personal interests against the more general public interest in the case, it is not for it to substitute its own assessment of the merits (including, in particular, its own assessment of the factual details of proportionality) for that of the competent national authorities. The only exception to this is where there are shown to be strong reasons for doing so.¹⁶⁰⁰

Questo “turn to procedural review”¹⁶⁰¹ – definito in termini più critici, come una “organised retreat” dalla valutazione della proporzionalità delle interferenze nel godimento dei diritti convenzionalmente garantiti¹⁶⁰² – implica che laddove la Corte ritenga adeguata la procedura nell’ambito del quale le autorità interne hanno bilanciato

¹⁵⁹⁹ Corte EDU, *S.A.S. v. France* [GC], cit., par. 129: “it is also important to emphasise the fundamentally subsidiary role of the Convention mechanism. The national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight”; Corte EDU, *Lautsi and others v. Italy* [GC], cit., par. 70.

¹⁶⁰⁰ Corte EDU, *Otite v. the United Kingdom*, cit., par. 40.

¹⁶⁰¹ A. ZYSSET, “A Culture of Justification or a Culture of Presumption? The Turn to Procedural Review and the Normative Function of Proportionality at the European Court of Human Rights”, in M. KOTZUR, S. SCHIEDERMAIR, D. STEIGER e M. WENDEL (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2022, Baden-Baden, Nomos, pp. 215 ss., p. 215: “rather than reviewing the (substantive) merits of cases independently within the proportionality assessment, [it] focuses on the quality of the domestic procedure by which (potentially infringing) law [of judgment] under consideration was adopted and applied”; O.M. ARNODÓTTIR, *The ‘Procedural Turn’ under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance*, 2017(1) International Journal of Constitutional Law, Vol. 15, pp. 9 ss.; B. ÇALI, “From Flexible to Variable Standards of Judicial Review: The Responsible Domestic Courts Doctrine at the European Court of Human Rights”, in O.M. ARNODÓTTIR e A. BUYSE (eds.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection*, 2016, Routledge, London, pp. 144 ss.; J. GERARDS, “Procedural Review by the ECHR – A Typology”, in J. GERARDS e E. BREMS (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, 2017, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 127 ss..

¹⁶⁰² O.M. ARNADÓTTIR, *Organized Retreat? The Move from ‘Substantive’ to ‘Procedural’ Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation*, European Society of International Law (ESIL) 2015 Annual Conference (Oslo). Si veda anche Corte EDU, *Lautsi and others v. Italy* [GC], cit., Opinione dissenziente del giudice Malinverni: “the doctrine of the margin of appreciation should not in any circumstances exempt the Court from the duty to exercise the function conferred on it under Article 19 of the Convention, which is to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties”.

gli interessi contrastanti, essa non si pronuncerà sull'adeguatezza, nel merito, di quel bilanciamento¹⁶⁰³.

Ora, se si esamina il tale mutamento di approccio alla luce del parametro indicato sopra – il legame tra la legittimazione di un tribunale e la scelta dei metodi decisionali – emerge come esso costituisca la reazione a importanti mutamenti sociopolitici. Se in precedenza gli Stati sembravano disposti ad accettare il ruolo propulsivo che la Corte si era attribuita quanto allo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa (anche con riferimento allo stesso catalogo dei diritti)¹⁶⁰⁴, diversi fattori hanno progressivamente portato a un clima di forte contestazione nei confronti della stessa. Si consideri, *in primis*, il cambiamento degli equilibri politici all'interno del Consiglio d'Europa: istituito dagli Stati dell'Europa occidentale, con una forte tradizione di democrazie liberali, a seguito del crollo dei blocchi vi è stato l'accesso degli Stati orientali, aventi tradizioni politiche e giuridiche estremamente eterogenee. Più di recente, in diversi Stati vi è stata una forte regressione verso regimi totalitari o, quanto meno, democrazie illiberali¹⁶⁰⁵. Allo stesso tempo, le stesse democrazie occidentali reclamano porzioni di sovranità asseritamente lese da una giurisprudenza ritenuta troppo espansiva¹⁶⁰⁶. Se, nella normalità dei casi, la contestazione del ruolo della Corte si è mantenuto all'interno delle dinamiche del

¹⁶⁰³ A. ZYSSET, "A Culture of Justification or a Culture of Presumption? The Turn to Procedural Review and the Normative Function of Proportionality at the European Court of Human Rights", p. 218: "the Court tends to refrain from reviewing the balancing performed by the domestic authorities between the protected provision and the norm interfering with it on its own terms, or at least assigns greater weight to the quality of the domestic procedure in the same balancing step of the proportionality test".

¹⁶⁰⁴ A. P. TZEVELEKOS e K. DZEHTSISAROU, *The Judicial Discretion of the European Court of Human Rights: The Years of Plenty and the Lean Years*, cit., pp. 289-290: "One of us had the chance to ask late Judge Benedetto Conforti [...] whether he thought that the ECtHR has in certain instances overreached with standard-setting. The answer by Judge Conforti was that, for as long as the member states continue to implement the Court's judgments without complaining or without withdrawing from the Council of Europe, then the Court is right to abstain from self-restraining its adjudicatory and standard-setting powers. These were the 'years of plenty'. Judge Conforti was not only sincere in his answer, but also right and, in a sense, prophetic. The years of plenty have been followed by the era of subsidiarity. The Court continues to set standards when it deems it appropriate, as it also had to demonstrate many instances of self-restraint during the years of plenty. However, now, the Court has (been prompted to) become increasingly sympathetic to the national sensitivities and to local preferences".

¹⁶⁰⁵ Si pensi alle fortissime resistenze manifestate di recente dalla Corte costituzionale polacca quanto all'attuazione delle sentenze e delle misure cautelari rese dalla Corte EDU in materia di diritto a un tribunale indipendente e imparziale costituito dalla legge (si veda, al riguardo, il comunicato stampa rilasciato dalla Corte europea il 16 febbraio 2023, in materia di *Non-compliance with interim measures in Polish judiciary cases*, che fa riferimento alla sentenza resa dalla Corte costituzionale polacca nel marzo 2023, che mette in discussione l'autorità della Corte EDU in questa materia e rifiuta di dare attuazione).

¹⁶⁰⁶ O. STIANSEN e E. VOETEN, *Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights*, 2020(4) *International Studies Quarterly*, Vol. 64, pp. 770 ss., p. 771; R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process Based Review and the Rule of Law*, cit., p. 479: "The argument goes that the Court's interpretations have lost their rational connection to the expected original meaning held by the ratifying States, perceived as a sovereignty [...]. It is claimed that at the stage of balancing individual rights and the public interest [...], the legal aspect of the assessment has in the strict sense ceased, and solely political and policy factors come into play, in the adjudication of which the Strasbourg Court is not in a more knowledgeable position than the domestic decision-maker".

sistema¹⁶⁰⁷, alcuni Stati si sono spinti a minacciare il recesso¹⁶⁰⁸ o di ridurre la portata degli obblighi convenzionali nell'ordinamento interno¹⁶⁰⁹. Da questa prospettiva, la revisione procedurale, e la rinuncia a pronunciarsi sull'adeguatezza del bilanciamento realizzato dalle autorità interne, costituirebbe una di quelle strategie di sopravvivenza menzionate sopra¹⁶¹⁰: ingerendosi in misura ridotta nelle scelte sovrane, la Corte tenterebbe di evitare che gli Stati escano dal sistema, pur senza abdicare al, ed anzi formalmente enfatizzando il, proprio ruolo di supervisione del rispetto degli obblighi assunti dagli stessi con la ratifica della Convenzione.

Vi è tuttavia anche chi ritiene che lo sviluppo della revisione procedurale si fondi su ragioni diverse: essa non sarebbe una dimostrazione della crisi del sistema e di perdita di legittimazione della Corte europea ma, al contrario, la naturale conseguenza del suo successo. Tra i principali sostenitori di questa tesi vi è Robert Spano, ex Presidente della Corte, il quale ritiene che tale mutamento di approccio sia “both empirically correct and normatively justified” e che “looking to the future, this shift may be beneficial for the Convention system’s sustained effectiveness”¹⁶¹¹. Secondo Spano, la Corte sarebbe passata da una fase iniziale di “creazione” dei principi in materia di tutela dei diritti umani, a una in cui si impegna a garantire che essi siano correttamente applicati negli ordinamenti interni degli Stati membri¹⁶¹². La revisione procedurale avrebbe la funzione di indurre le autorità nazionali ad adempiere alla propria primaria responsabilità, sancita dall’art. 1 CEDU, di garantire i diritti riconosciuti dalla Convenzione, facendo appello alla “buona fede” che gli Stati nel tempo avrebbero manifestato quanto all’adempimento dei propri obblighi¹⁶¹³. Inoltre, tale approccio tenderebbe a promuovere l’attuazione di

¹⁶⁰⁷ Si pensi alla Dichiarazione di Copenhagen del 2018, in cui gli Stati hanno sottolineato che la Corte non dovrebbe sostituirsi alla valutazione dei giudici interni “unless there are strong reasons for doing so”.

¹⁶⁰⁸ S. STEININGER, *Harder, Better, Faster, Stronger*, Verfassungsblog, 1 ottobre 2022.

¹⁶⁰⁹ Primi fra tutti il Regno Unito (M. MILANOVIC, *The Sad and Cynical Spectacle of the British Bill of Rights*, EJIL Talk!, 23 giugno 2022; M. AMOS, *The Value of the European Convention on Human Rights to the United Kingdom*, 2017(3) European Journal of International Law, Vol. 28, pp. 763 ss.). Ma si consideri anche l’insistenza della Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 49 del 14 gennaio 2015, sul “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”, o l’affermazione, da parte della Corte costituzionale federale tedesca sancita nella sentenza *Görgülü* del 14 ottobre 2004, della possibilità di far prevalere i principi della Legge fondamentale tedesca sugli obblighi sanciti nella Convenzione.

¹⁶¹⁰ E. VOETENK, *The ECtHR’s Coping Strategy: The Pitfalls of Subsidiarity and Deference as Strategies to Avoid Backlash*, Verfassungsblog, 30 settembre 2022; A. HARATYUNYAN, *The Future of the European Court of Human Rights in the Era of Radical Democracy*, 2021(1) European Convention on Human Rights Law Review, Vol. 2, pp. 20 ss.

¹⁶¹¹ R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process Based Review and the Rule of Law*, cit., p. 480. p. 492. Si veda anche R. SPANO, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, 2014(3) Human Rights Law Review, Vol. 14, pp. 487 ss.

¹⁶¹² Ivi, p. 475. Spano fa riferimento, a tal fine, al concetto di “embeddedness effective” di un tribunale internazionale, intesa come capacità dello stesso di “enhance the ability of domestic actors to prevent or remedy violations of international rules ‘at home’, thus avoiding the need for international litigation” (R.H. HELFER, “The Effectiveness of International Adjudication”, cit., p. 474).

¹⁶¹³ R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process Based Review and the Rule of Law*, cit., p. 480. p. 492.

altri valori fondamentali tutelati dal Consiglio d'Europa e dalla CEDU, e menzionati nel suo Preambolo, quali lo stato di diritto¹⁶¹⁴ e la democrazia¹⁶¹⁵.

Ora, nonostante la revisione procedurale sia stata, e resti tutt'ora, oggetto di un acceso dibattito e di critiche¹⁶¹⁶, può condividersi la posizione secondo cui essa sarebbe “normativamente giustificata” dalle ragioni suindicate. Al contempo, tuttavia, non può non considerarsi come tale scelta sembri anche “politicamente imposta” dal clima di contestazione evidenziato. Peraltro, il fatto che il mutamento di approccio della Corte di Strasburgo sia (cumulativamente) spiegabile alla luce di tali elementi trova conferma se si confronta il sistema europeo con gli altri sistemi regionali sui diritti umani e con la giurisprudenza degli organi di monitoraggio dei trattati ONU. Infatti, se la revisione procedurale sviluppata a Strasburgo si fonda, almeno nelle sue intenzioni, sulla ritenuta capacità strutturale delle autorità interne a realizzare in buona fede un adeguato bilanciamento tra diritti individuali e interessi collettivi¹⁶¹⁷, tale presupposto è in gran parte mancante negli altri sistemi esaminati, dove di conseguenza la dottrina del margine di apprezzamento ha avuto un ruolo particolarmente limitato¹⁶¹⁸.

Se si guarda alla giurisprudenza della Corte interamericana, i riferimenti al principio di sussidiarietà sono rari, non è stata ancora sviluppata una dottrina del margine di apprezzamento¹⁶¹⁹, né si fa sistematicamente ricorso alla tecnica “consenso

¹⁶¹⁴ Dato che alle autorità interne, amministrative e giudiziarie, è richiesto di prendere seriamente in considerazione le doglianze relative alla presunta violazione di tali diritti, alla luce dei principi e dei criteri stabiliti dalla Corte EDU, così prevenendo ingerenze arbitrarie del potere pubblico nella sfera dell'individuo.

¹⁶¹⁵ La revisione procedurale può essere applicata anche ai dibattiti parlamentari che portano all'adozione di leggi che incidono sui diritti convenzionalmente garantiti. La Corte richiede che i dibattiti siano trasparenti, garantiscano una adeguata partecipazione delle minoranze e la presa in considerazione delle loro posizioni, e si sforzino di bilanciare adeguatamente gli interessi in gioco, anche alla luce delle indicazioni derivanti dalla giurisprudenza della Corte. Si vedano, ad esempio, Corte EDU, *Parrillo v. Italy* [GC], ricorso n. 46470/11, sentenza del 27 agosto 2015, par. 183: “the State's margin of appreciation is not unlimited and it is the Court's task to examine the arguments to which the legislature has had regard in reaching the solutions it has retained and to determine whether a fair balance has been struck between the interests of the State and those of the individuals directly affected by the solutions in question”; Corte EDU, *Lekič v. Slovenia* [GC], ricorso n. 36480/07, sentenza dell'11 dicembre 2018, par. 109.

¹⁶¹⁶ In particolare, vi è chi fa notare che non sempre una procedura adeguata sia idonea a garantire una decisione corretta nel merito. Si vedano A. NUSSBERGER, “Procedural Review by the ECHR: View from the Court”, cit., p. 174, e Corte EDU, *H.F. and others v. France* [GC], cit., Opinione dissenziente dei giudici Pavli e Schembri Orland, par. 2: “As has often been said, great injustice has been perpetrated throughout human history on the basis of seemingly correct procedures”.

¹⁶¹⁷ R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process Based Review and the Rule of Law*, cit., p. 493; Y. SHANY, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, cit., p. 922: “the good faith presumption which comity conveys encourage reciprocal cooperation and coordination between international and national institutions”.

¹⁶¹⁸ Ivi, p. 929.

¹⁶¹⁹ B. DUHAIME, “Subsidiarity in the Americas. What Room is There for Deference in the Inter-American System?”, cit. Per un raro esempio, si veda Corte IADU, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, Series A n. 4, opinione consultiva del 19 gennaio 1984, par. 58: “One is here dealing with values which take concrete dimensions in the face of those real situations in which they have to be applied and which permit in each case a certain margin of appreciation in giving expression to them”.

interamericano”¹⁶²⁰. La Corte di San José ricorre spesso ai principi e valori che sottendono a una determinata questione allo scopo di individuare obblighi statali in tutela dei diritti umani, mentre riconosce raramente un margine di discrezionalità statale nell’adempimento di tali obblighi. Tale approccio – al contempo creativo (quando all’individuazione degli obblighi) e rigido (quanto alla revisione esercitata sull’adempimento degli stessi e alla stessa determinazione degli obblighi di riparazione e alla indicazione di misure di carattere generale volte a rimediare ma anche prevenire le violazioni accertate¹⁶²¹) – sembra spiegarsi in ragione dell’assenza di quella “preoccupazione” alla preservazione della propria legittimazione e della volontà degli Stati di dare attuazione alle sentenze. E questo in quanto tale sistema, a differenza di quello europeo, non sembra aver ancora raggiunto un forte grado di legittimazione ed effettività, mentre il numero relativamente scarso di decisioni adottate ha impedito lo sviluppo di un’ampia e consolidata giurisprudenza¹⁶²². Si ricordi che solo 20 dei 35 Stati membri dell’Organizzazione degli Stati americani (OAS) hanno accettato la giurisdizione della Corte¹⁶²³; peraltro, la Convenzione è stata denunciata nel maggio 1999 da Trinidad e Tobago e nel settembre 2013 dal Venezuela, mentre la Repubblica Dominicana aveva in passato paventato il recesso, poi non effettuato. La percentuale di non esecuzione delle sentenze è estremamente alta¹⁶²⁴, e la procedura di monitoraggio in materia è molto meno efficace dell’omologo meccanismo europeo¹⁶²⁵. Allo stesso tempo, vi è un generale clima

¹⁶²⁰ L. LIXINSKI, “The Inter-American Court of Human Rights’ Tentative Search for Latin American Consensus”, cit.

¹⁶²¹ A differenza della Corte europea, quella interamericana indica in modo dettagliato le misure che gli Stati sono tenuti ad adottare per rispettare i propri obblighi di *restitutio in integrum* in caso di accertate violazioni. Ad esempio, nel caso Corte IADU, “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos and others*) v. *Chile*, Series C n. 73, sentenza del 5 febbraio 2001, la Corte ha di fatto chiesto allo Stato di cambiare la disposizione della propria Costituzione in materia di libertà di espressione (peraltro, si tratta di uno dei pochi casi in cui è stata data piena attuazione alla sentenza). Più di recente, si veda Corte IADU, *Workers of the Fireworks Factory in Santo Antonio de Jesus and Their Families v. Brazil*, Series C n. 407, sentenza del 15 luglio 2020, par. 257 ss., in cui la Corte ha indicato le misure di riparazione in modo particolarmente specifico, incluse riforme strutturali di portata ampia volte a rimediare alla situazione di “discriminazione strutturale” dovuta alla povertà della Regione in cui l’incidente oggetto del ricorso si era verificato. O

¹⁶²² Commissione IADU, *Universalization of the Inter-American System of Human Rights*, cit., par. 37. Si consideri, ad esempio, che nel 2021 la Commissione ha presentato 40 casi davanti alla Corte, e questa ha adottato nello stesso anno, in totale, 27 sentenze.

¹⁶²³ Tra questi, mancano gli Stati del Nord America (Stati Uniti, Canada e Caraibi). Come è noto, invece, la Commissione IADU può ricevere petizioni anche con riferimento a Stati che non hanno accettato la giurisdizione della Corte. Nel 2021, ad esempio, la Commissione ha ricevuto 2327 petizioni, e adottato 183 decisioni (a casi pendenti in quel momento ammontavano a circa 3177).

¹⁶²⁴ Ad oggi sono pendenti 258 casi davanti all’unità di monitoraggio dell’esecuzione. La procedura di esecuzione può concludersi soltanto qualora la Corte ritenga che sia stata data piena attuazione agli obblighi sanciti nella sentenza, non essendo possibili risoluzioni che sanciscono la “partial compliance” con la sentenza. La completa esecuzione si è verificata esclusivamente in 45 casi (per una percentuale di esecuzione delle sentenze del 14,5%). A titolo di esempio, il numero più alto di sentenze non eseguite riguarda i casi in materia di sparizioni forzate contro il Perù.

¹⁶²⁵ Ai sensi dell’art. 33 (b) CIADU, infatti, il monitoraggio è realizzato dalla stessa Corte, che nel 2015 ha creato una specifica unità nella propria organizzazione interna. La funzione di monitoraggio è

più ampio di contestazione dell'istituzione da parte degli Stati membri¹⁶²⁶. In un tale contesto, la Corte interamericana sembra svolgere la propria funzione assegnando maggiore rilevanza allo sviluppo delle norme in materia di diritti umani, invece che alla concreta attuazione delle stesse nel caso concreto¹⁶²⁷. Inoltre, la scarsa propensione degli Stati all'attuazione delle sentenze giustifica, agli occhi della Corte stessa, il mancato sviluppo di un approccio deferente nei confronti delle loro valutazioni, tanto per quanto riguarda il rispetto degli obblighi convenzionali, quanto con riferimento all'attuazione delle sentenze e, quindi, alle modalità di riparazione delle violazioni accertate dalla Corte.

Lo stesso può dirsi della Corte africana, anche se nella giurisprudenza della stessa l'intensità della revisione svolta dipende, tra le altre cose¹⁶²⁸, dal margine di discrezionalità che la Corte stessa riconosce agli Stati¹⁶²⁹. Se tanto la Commissione¹⁶³⁰ quanto la Corte africana hanno riconosciuto l'importanza del margine di apprezzamento, quest'ultima ha anche chiarito che ciò non la priva del potere di monitorare il rispetto della Carta africana e di determinare il giusto bilanciamento degli interessi in gioco¹⁶³¹.

formalmente attribuita al Presidente, che decide poi come organizzarla (l'attuale Presidenza ha attribuito a ciascun giudice il compito di monitorare l'attuazione delle sentenze da parte di determinati Stati). Ai sensi dell'art. 30 dello Statuto e dell'art. 69 del Regolamento di procedura, lo Stato rispetto al quale sia stata riscontrata la violazione è tenuto ad inviare entro un anno un rapporto sull'attuazione della sentenza. La Corte può successivamente organizzare delle udienze allo scopo di ottenere informazioni dalle parti e da terzi (specialmente ONG) sulle misure adottate per dare attuazione alle sentenze, e adotta a tal fine delle raccomandazioni e risoluzioni (che, in alcuni casi, si spingono fino ad includere delle interpretazioni della sentenza precedentemente resa e degli obblighi di riparazione che ne sorgono; si guardi, ad esempio, la risoluzione adottata nel caso *Fontevecchia e D'Amico*, citata sopra). Ai sensi dell'art. 65 della Convenzione, la Corte può riferire i casi di non esecuzione delle sentenze all'Assemblea generale dell'OAS, affinché prenda le opportune determinazioni. Tuttavia, questa procedura è stata attivata ad oggi esclusivamente in 21 casi, e in nessuno di essi ha portato alla successiva esecuzione della sentenza (in molti di questi, peraltro, si trattava di Stati che hanno successivamente denunciato la Convenzione).

¹⁶²⁶ T. GINSBURG, "Political Constraints on International Courts", cit., p. 501: "the IACtHR seems to have neglected the need to have a core constituency willing and able to defend it against attacks from governments. By simultaneously challenging what were perceived as core policies of several states at once, including some that had a strong amount of domestic political support, the court seems to have provoked a serious backlash".

¹⁶²⁷ Secondo la distinzione tracciata da Shany, essa attribuirebbe meno rilevanza alla "compliance" nel caso concreto, concentrandosi sulla "effectiveness" della giurisprudenza in astratto (Y. SHANY, *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach*, cit., p. 227).

¹⁶²⁸ Corte ADUP, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Kenya*, cit., par. 188.

¹⁶²⁹ A. RACHOVITSA, "Balancing Test: African Court on Human and People's Rights (ACtHPR)", cit., par. 31.

¹⁶³⁰ Commissione ADUP, *Prince v. South Africa*, 2004, par. 51: "the margin of appreciation doctrine informs the African Charter in that it recognises the respondent state in being better disposed in adopting national rules, policies and guidelines in promoting and protecting human and peoples' rights as it indeed has direct and continuous knowledge of its society, its needs, resources, economic and political situation, legal practices, and the fine balance that need to be struck between the competing and sometimes conflicting forces that shape its society".

¹⁶³¹ Corte ADUP, *Jebra Kambole v. United Republic of Tanzania*, cit., par. 81: "the Court emphasises that while it is for a particular State to determine the mechanisms or steps to be taken for purposes of implementing the Charter, it retains jurisdiction to assess and review the steps taken for compliance with the Charter and other applicable human rights standards. In particular, the Court's duty is to assess if a fair balance has been struck between societal interests and the interests of the individual as protected under the

Nonostante non sia possibile trarre delle conclusioni certe in virtù della scarsa giurisprudenza ad oggi disponibile, sembra che essa sia meno propensa a riconoscere agli Stati un margine di apprezzamento, anche in questo caso in ragione della scarsa volontà degli Stati di attuare in buona fede gli obblighi pattizi.

Neppure la dottrina del margine di apprezzamento si è consolidata nella giurisprudenza degli organi di monitoraggio istituiti dai trattati ONU. Pur se applicata da singoli Comitati con riferimento a specifiche questioni¹⁶³², la proposta di inserire un riferimento alla stessa nei Preamboli dei Protocolli addizionali sul diritto di comunicazione individuale al Comitato dei diritti economici, sociali e culturali¹⁶³³ e al Comitato sui diritti del fanciullo¹⁶³⁴ è stata espressamente rigettata dagli Stati. Il Comitato dei diritti umani, che sembra aver applicato tale dottrina in un unico risalente caso¹⁶³⁵, l'ha successivamente rigettata in modo espresso¹⁶³⁶. Se alcuni hanno criticato il differente approccio rispetto al sistema europeo¹⁶³⁷, bisogna riconoscere il motivo su cui tale differenza si fonda: tali trattati vedono la partecipazione di Stati che si sono impegnati solo formalmente al rispetto degli obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti umani, mentre nella prassi li ignorano costantemente. Il rigetto della dottrina del margine

Charter. The doctrine of margin of appreciation, therefore, while recognizing legitimate leverage by States in the implementation of the Charter, cannot be used by States to oust the Court's supervisory jurisdiction".

¹⁶³² Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant)*, UN Doc. E/C.12/2005/4, 11 agosto 2005, par. 32: "Every State party has a *margin of discretion* in adopting appropriate measures in complying with its primary and immediate obligation to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all their economic, social and cultural rights"; Comitato dei diritti delle persone con disabilità, *Beasley v. Australia*, cit., par. 8.4: "when assessing the reasonableness and proportionality of accommodation measures, States Parties enjoy certain margin of appreciation".

¹⁶³³ Ma l'art. 8, par. 4, del Protocollo addizionale, sancisce che "the Committee shall consider the reasonableness of the steps taken by the State Party in accordance with part II of the Covenant. In doing so, the Committee shall bear in mind that the State Party may adopt a *range of possible policy measures* for the implementation of the rights set forth in the Covenant".

¹⁶³⁴ Lo stesso è previsto dall'art. 10, par. 4, del Protocollo addizionale sul diritto di comunicazione individuale al Comitato per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

¹⁶³⁵ Comitato dei diritti umani, *Hertzberg v. Finland*, UN Doc. CCPR/C/15/D/61/1979, 2 aprile 1982, par. 10.3.: "public morals differ widely. There is no universally applicable common standard. Consequently [...] a certain margin of discretion must be accorded to the responsible national authorities".

¹⁶³⁶ Comitato dei diritti umani, *Länsman and others. v. Finland*, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, 8 novembre 1994, par. 9.4. Con riferimento all'art. 27, sui diritti delle minoranze, ha affermato che "The scope of [State's] freedom to do so is not to be assessed by reference to a margin of appreciation, but by reference to the obligations it has undertaken in Article 27"; Comitato dei diritti umani, *Vjateslaw Borzov v. Estonia*, UN Doc. CCPR/C/81/D/1136/2002, 25 agosto 2004, par. 7.3.: "While the Committee cannot leave it to the unfettered discretion of a State party whether reasons related to national security existed in an individual case, it recognizes that its own role in reviewing the existence and relevance of such considerations will depend on the circumstances of the case and the relevant provision of the Covenant"; Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 34. Article 19: Freedom of Opinion and Expression*, UN Doc. CCPR/C/GC/34, 12 settembre 2011, par. 36: "the scope of this freedom [of expression] is not to be assessed by reference to a 'margin of appreciation'". Si veda S. JOSEPH, J. SCHULTZ e M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Seconda edizione, 2004, Oxford, Oxford University Press, p. 30, che ritengono che tale rigetto sia solo apparente.

¹⁶³⁷ D. MCGOLDRICK, *A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee*, 2016(1) *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, pp. 21 ss.

di apprezzamento, pertanto, può spiegarsi alla luce della sfiducia di tali organi nei confronti degli Stati e, in un'ottica di bilanciamento, in base al prevalere dell'esigenza di tutela effettiva dei diritti umani, rispetto a quella di favorire la cooperazione degli Stati¹⁶³⁸.

4.4. IL GRADO DI ESAUSTIVITÀ DEL DIRITTO APPLICABILE E LA CHIAREZZA DELLE RELATIVE NORME

Da ultimo, la maggiore o minore propensione dei tribunali internazionali a ricorrere alla tecnica del bilanciamento sembra dipendere anche dal grado di *esaustività* (nel senso di ampiezza delle diverse problematiche disciplinate) e *chiarezza* (nel senso di grado di determinatezza del campo di applicazione e del contenuto delle singole norme) del diritto applicabile, e dalla percezione dei tribunali stessi di quelli che sono considerati metodi adeguati di rilevazione, interpretazione e applicazione di tale diritto. Ed infatti, tra le principali critiche al bilanciamento quale tecnica di rilevazione, interpretazione e interpretazione del diritto internazionale vi è quella secondo cui il bilanciamento tra principi, interessi e valori sarebbe realizzato esclusivamente (dagli Stati) nel momento in cui si producono norme di diritto internazionale (siano esse consuetudinarie o pattizie)¹⁶³⁹, e non (dai giudici) nel momento in cui queste vengono rilevate e applicate per risolvere una specifica controversia¹⁶⁴⁰. Rilievi simili sono formulati da coloro che

¹⁶³⁸ Ivi, pp. 56-7.

¹⁶³⁹ CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 18.

¹⁶⁴⁰ Si vedano, ad esempio, Tribunale ICSID, *Abaclat and others v. the Argentine Republic*, cit., Opinione dissenziente di Georges Abi-Saab, par. 248-252: "On the basis of this exercise of 'balancing the interests' of the Parties' at stake, according to its own subjective representation and evaluation of these stakes, the majority award finds that the 'adaptations', i.e. 'the procedure necessary to deal with the Claimants' claims in a collective way', are 'admissible and acceptable under Article 44 ICSID Convention, Rule 39 Arbitration Rules, as well as under the more general spirit, object and aim of the ICSID Convention' [...]. This exercise of balancing of interests calls for critical examination. It is intrinsically wrong, lied beyond the powers of the Tribunal and is based on wrong premises, as shown in what follows. The 'balancing of interests' as operated by the majority award is intrinsically wrong because...the majority award is treating [the rights of the parties] as 'variables' (or rather as dependant variables), whose recognition, scope and enforceability by the Tribunal are to be determined as a function of the Tribunal's subjective evaluation of the right balance of interests between the parties, which thus becomes, according to this logic, the parametric gauge of these rights. This is standing the legal logic on its head. A tribunal is duty bound to apply the law, i.e. to enforce rights not to put them in question, according to its own evaluation of extra-legal (or opportunity) considerations, be they its subjective representation of the interests of the parties". It is at that level, the legislative or conventional level, that the balance of interests takes place, the level of establishing the rules, not of applying them, which is that of tribunals. It is not open to the Tribunal to arrogate to itself the legislative jurisdiction or power of re-examining the rules in order to revise [or] refashion them, in the name of a rebalancing of interests of its own, according to its will or whim. In other words, such an exercise of 'balancing of interests' is clearly *ultra vires* the powers of the Tribunal. Apart from the illegality and *ultra vires* character of the 'balancing of interests', as represented and operated in the majority award, substantively the exercise is based on false premises of law and fact"; Tribunale ICSID, *Eco Oro Minerals Corp v Republic of Colombia*, cit., Opinione parzialmente dissenziente dell'arbitro Sands, par. 30: "arbitrators and judges, as well as other adjudicators, must take care to remain within the arbitral or judicial function: they must not legislate, and they must take care not to trespass into a forbidden

ritengono che i principi generali del diritto non costituiscano autonoma fonte di diritti e obblighi di diritto internazionale, in quanto essi costituirebbero una scappatoia per rilevare gli stessi in assenza di chiara prassi o in mancanza di trattati espressamente adottati dagli Stati rispetto a una determinata materia¹⁶⁴¹.

Si è visto che tale posizione teorica estrema¹⁶⁴² risulta largamente smentita dalla prassi dei tribunali internazionali esaminata nel Capitolo precedente. Tuttavia, se ridimensionata, tale tesi coglie nel segno, in quanto è ben possibile che il bilanciamento realizzato dagli Stati nel momento in cui producono norme di diritto internazionale escluda la possibilità (e la stessa necessità) che il giudice ricorra al bilanciamento. Si ricordi, infatti, che il bilanciamento è la tecnica di applicazione di quelle norme, definite “principi”¹⁶⁴³, che si caratterizzano per un elevato grado di generalità e astrazione e che spesso presentano un contenuto assiologico o valoriale. Il giudice tende a fare ricorso al bilanciamento tra principi qualora non vi siano chiare regole risolutive della controversia; o qualora queste, pur esistendo, siano generiche o imprecise, o corredate da clausole di limitazione o deroga che espressamente richiedono di contemperare gli interessi protetti dall’obbligo asseritamente violato e altri interessi ritenuti legittimi; o, ancora, quando gli interessi protetti dalla norma da applicare entrino in contrasto con quelli protetti da altre norme presenti nell’ordinamento. Non a caso, gran parte delle decisioni dei giudici internazionali che ricorrono a un bilanciamento tendono a menzionare, in apertura, l’assenza di chiare regole consuetudinarie o pattizie applicabili alla controversia¹⁶⁴⁴,

domain by imposing their own policy preferences where the legislative branch – and perhaps also a divided executive arm – oscillates over time between competing social objectives and policy goals”.

¹⁶⁴¹ Si veda, come risposta a tale critica, CDI, *Third Report on General Principles of Law*, cit., par. 24.

¹⁶⁴² G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit., p. 294: “rules [...] would enable international courts and tribunals to perform the function which they inevitably must fulfil of balancing conflicting rules against each other on a more rational basis than, otherwise, is feasible. Correspondingly, the finding of international courts and tribunals would become more persuasive than *dicta* which are based of merely inarticulate balancing processes and, then, inevitably convey the impression of somewhat subjective preferences in favour of one set of rules as compared with another. Two extremes must be avoided. The one is the kind of so-called positivism, in reality an arbitrary form of voluntarism, which, notwithstanding sufficient evidence to the contrary, refuses to accept any reception of natural law or morality into international law. The other is a sophisticated type of neo-naturalism which, armed with suitable maxims and the vaguest legal principles, is as subjective as naturalism has ever been”;

¹⁶⁴³ Nonostante non tutti i trattati istitutivi e gli statuti dei diversi tribunali internazionali indichino espressamente i principi generali tra il diritto applicabile (come, ed esempio, l’art. 38 dello Statuto CIG o l’art. 42 ICSID), si ritiene generalmente che essi siano applicabili da parte di tutti i tribunali (CDI, *Second report on general principles of law*, cit., p. 10, nota 27) e che, anzi, questi siano tenuti ad applicarli, ove rilevanti, in virtù del principio *jura novit curia* (G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit. p. 211). Si veda in ogni caso *supra*, Cap. I, Sez. 1.1.4.2., sulla distinzione tra “principi” come categoria di norme e “principi generali del diritto” quali fonti del diritto internazionale.

¹⁶⁴⁴ Si vedano, ad esempio, *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd*, cit., p. 114; *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, cit., pp. 639-640; *Trail Smelter*, cit., p. 1965; CIG, *Anglo-Norwegian Fisheries*, cit., p. 131; CIG, *North Sea Continental Shelf*, cit., p. 45; Tribunale penale internazionale per l’Ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, cit., par. 181; Tribunale penale internazionale per l’Ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al*, cit., par. 669; Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. Ayyash*, cit., par. 32; CPI, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, cit., par. 40. In generale, le pronunce di tribunali internazionali, specie interstatali e penali, che hanno fatto

l'impossibilità di applicarle laddove esistenti¹⁶⁴⁵, la circostanza per cui il significato di una determinata disposizione o di una nozione contenuta all'interno di una disposizione non possa che essere determinato alla luce delle circostanze fattuali e giuridiche del caso¹⁶⁴⁶, o, ancora, a sottolineare l'assenza di criteri determinati per risolvere il conflitto tra diverse norme vincolanti per lo Stato o gli Stati parte della controversia¹⁶⁴⁷. È proprio in tali casi, infatti, che i giudici sono tenuti a ricorrere a tecniche argomentative, fondate sui principi di buona fede, ragionevolezza e proporzionalità, per rilevare, interpretare e applicare la regola risolutiva del caso e risolvere quindi i dubbi che lo stesso solleva¹⁶⁴⁸.

Ne deriva, quindi, che il grado di esaustività e precisione del diritto applicabile da parte di ciascun tribunale incide sulla scelta della tecnica decisionale proprio in quanto esso determina la stessa necessità, o meno, di ricorrere a un bilanciamento tra i principi rilevanti alla luce delle circostanze del caso¹⁶⁴⁹. Di conseguenza, anche il periodo storico in cui una decisione viene adottata – e, quindi, il *contesto normativo* nel cui ambito un tribunale si trova ad operare – assume una rilevanza determinante. Da questa prospettiva, si è visto che il bilanciamento ha caratterizzato le decisioni rese dai tribunali arbitrali tra le fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, così come nelle primissime decisioni rese dalla CPGI e dalla CIG, in un momento storico in cui, a fronte dell'incremento delle relazioni internazionali tra gli Stati, il diritto internazionale era costituito da un *corpus* relativamente scarso di principi di carattere generalissimo. Allo stesso modo, bisogna considerare che al momento dell'istituzione della Corte EDU, primo tribunale internazionale in materia di diritti umani, questi ultimi erano concetti ancora altamente astratti, raramente considerati come vere e proprie norme giuridiche¹⁶⁵⁰. La stessa

ricorso a tale tecnica riguardavano ambito dell'ordinamento “where the law [was] of very recent origin” (CIG, *North Sea Continental Shelf*, cit., Opinione dissenziente del giudice Lachs, p. 220),

¹⁶⁴⁵ *Honduras Borders*, cit., p. 1341.

¹⁶⁴⁶ *Alabama Claims*, cit., p. 129; *Naulilaa Arbitration*, cit., p. 1011 ss.; *The North Atlantic Coast Fisheries Case*, p. 188-89; *Affaire du lac Lanoux*, cit., *Filleting within the Gulf of St Lawrence between Canada and France*, cit., par. 54; CPGI, *Oscar Chinn*, cit., par. 79; CIG, *Whaling in the Antarctic*, cit., par. 67.

¹⁶⁴⁷ Corte EDU, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, cit., par. 155; Corte EDU, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], cit., par. 146.

¹⁶⁴⁸ V. LOWE, “The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?”, in M. BYERS (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, 2001, Oxford, Oxford University Press, pp. 207 ss., pp. 212-13.

¹⁶⁴⁹ Con riferimento ai principi generali, si veda P. PALCHETTI e B. BONAFÉ, “Relying on General Principles in International Law”, in C. BRÖLMANN e Y. RADİ (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 160 ss., p. 172: “recourse to general principles would be more frequent with respect to new fields of international law. [...] This can also explain, at least in part, the declining success of general principles in specific fields of international law where these principles have gradually turned into more precise customary or treaty rules”.

¹⁶⁵⁰ R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process Based Review and the Rule of Law*, cit., p. 474: “the historical trajectory of the Strasbourg Court [...] can be characterized by the Court starting from scratch, by rendering judgments at the outset into a human rights void”.

osservazione può farsi quanto al diritto internazionale penale, le cui norme sono state progressivamente chiarite e precisate nella giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*¹⁶⁵¹.

Nella normalità dei casi, quindi, può dirsi che la progressiva riduzione della rilevanza della tecnica del bilanciamento nella giurisprudenza dei diversi tribunali internazionali sia una conseguenza fisiologica dello sviluppo del diritto internazionale verso un sistema sempre più completo e in grado di disciplinare le diverse questioni che emergono nella vita delle relazioni internazionali. Ciò può derivare tanto da una scelta consapevole degli Stati, i quali possono decidere di precisare le norme applicabili o modificare le competenze dei tribunali (Sez. 4.5.1.), quanto essere la conseguenza fisiologica della discrezionalità precedentemente esercitata dal tribunale stesso nella rilevazione e interpretazione delle norme applicabili (Sez. 4.5.2.).

4.4.1. L'esaustività e chiarezza del diritto applicabile per come sancito dagli Stati

In alcuni casi la riduzione del margine di discrezionalità lasciato a un tribunale e, di conseguenza, la ridotta rilevanza del bilanciamento nella giurisprudenza dello stesso, costituisce del progressivo sviluppo del grado di esaustività e chiarezza del diritto applicabile, per come sancito degli stessi Stati. Questi ultimi, infatti, possono decidere deliberatamente di procedere a una maggiore specificazione del diritto applicabile o a disciplinare espressamente i rapporti, e i possibili conflitti, che possano insorgere tra quest'ultimo e altri principi o regole presenti nell'ordinamento¹⁶⁵². La regolamentazione di questioni precedentemente non disciplinate e la formulazione di norme maggiormente dettagliate sono certamente, nelle intenzioni delle parti, volte a disciplinare con maggiore chiarezza i rapporti tra gli stessi, nell'interesse alla certezza e prevedibilità dei propri rapporti giuridici. In alcuni casi, tuttavia, nel far ciò gli Stati possono anche (espressamente o, quanto meno, implicitamente) voler procedere a circoscrivere il margine di discrezionalità esercitato dal giudice internazionale nel rilevare, interpretare e applicare il diritto.

¹⁶⁵¹ S. ZAPPALÀ, "Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice", cit., p. 217: "the contention can be made that, at least initially, judges in international criminal tribunals [...] had to be activist, because they had to apply a relatively new body of law which, in many respects, was unclear or incomplete"; M. SWART, "Judicial Lawmaking at the *ad hoc* Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and 'Adventurous Interpretation'", 2010(3) *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 70, pp. 459 ss.; M. SWART, *Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY*, cit., p. 1006-1007.

¹⁶⁵² A. VAN AAKEN, "Control Mechanisms in International Investment Law", in Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN e J. VINUALES (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 409 ss., p. 420; T. GINSBURG, "Political Constraints on International Courts", cit., p. 487.

Tale fenomeno è stato evidente nell'ambito del diritto internazionale penale che, come si è già sottolineato, all'epoca dell'istituzione dei tribunali *ad hoc* era ancora estremamente lacunoso: gli strumenti istitutivi, da un lato, non specificavano il diritto applicabile, ma solo i crimini compresi nella giurisdizione del tribunale e, dall'altro lato, attribuivano agli stessi tribunali la competenza ad adottare le proprie regole procedurali. Lo Statuto di Roma, invece, non solo definisce in modo dettagliato le fattispecie dei crimini su cui la CPI ha giurisdizione ma, all'art. 21, indica espressamente le fonti del diritto applicabile. Come è stato rilevato, tale rigida predeterminazione tendeva proprio a salvaguardare la sovranità degli Stati parte:

In order to reach concrete definitions of genuine norms of international criminal law, the delegations of States in Rome undertook a balancing process with a view to reconciling the community interest of putting an end to impunity with the interest of States to protect themselves against unwarranted interventionism. [...] it seems permitted to conclude that in denying the jurisdiction *ratione materiae* of the Court, the Statute strikes a balance between the 'communalized' interests to prosecute the most serious crimes of concern to the international community as a whole, and sensitivities of States to withstand judicial activism in grey areas and jurisdictional overlap.¹⁶⁵³

Inoltre, la CPI non ha competenza ad adottare le proprie regole procedurali, rimessa invece all'Assemblea degli Stati Parte. Ciò non significa che il ricorso al bilanciamento sia escluso *a priori*¹⁶⁵⁴. Tuttavia, dato il rigore e il dettaglio con cui lo Statuto è stato redatto, lo spazio lasciato all'interpretazione e alla rilevazione giudiziale del diritto è estremamente ristretto. È evidente che gli Stati, a fronte dell'esperienza "creativa" dei tribunali *ad hoc* e vista la diversa estensione della giurisdizione della CPI¹⁶⁵⁵, hanno inteso riaffermare il proprio ruolo predominante nella produzione del diritto, così riducendo il margine di discrezionalità lasciato ai giudici¹⁶⁵⁶.

La riduzione della discrezionalità giudiziaria come conseguenza di interventi normativi degli Stati è poi riscontrabile, anche se in misura ridotta, nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti. I trattati in materia, infatti, sanciscono alcuni principi di portata generalissima (come la clausola del trattamento equo) che, per definizione,

¹⁶⁵³ H.P. KAUL e E. CHAITIDOU, "Balancing Individual and Community Interests: Reflections on the International Criminal Court", cit., pp. 984 e 986.

¹⁶⁵⁴ L'art. 21, par. 1, lett. b), consente l'applicazione di "principles and rules of international law, including the established principles of international law of armed conflicts".

¹⁶⁵⁵ Cassese, in un'intervista, ha dichiarato che "[t]he draftsmen of the Rome Statute during negotiating process simply did not trust judges. I was told there was also this fear of the 'Cassese approach', namely judges overdoing it, becoming dangerous by, say, producing judgments that can be innovative" (H. VERRIJN STUART e M. SIMONS, "The Judge: Interview with Antonio Cassese", cit.).

¹⁶⁵⁶ T. HOFFMANN, "The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict", cit., p. 77: "No doubt being concerned about the possibility of another burst of creative jurisprudence, the Rome Statute severely restricts judicial discretion"; A. VON BOGDANDY e I. VENZKE, "The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals", cit., p. 514; S. ZAPPALÀ, "Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice", cit., p. 217: "Subsequently [dopo i tribunali *ad hoc*] there has been an increasing tendency towards restraint, and this tendency was clearly supported by states when negotiating the [Rome Statute]"

lasciano ampio spazio al giudice in sede applicativa. Nella prima generazione di tali trattati, inoltre, numerose questioni restavano aperte: tra queste, in particolare, il rapporto tra gli obblighi in essi sanciti e altri interessi, pur rilevanti, come la tutela dei diritti umani e dell'ambiente. Tuttavia, nel momento in cui tali interessi hanno acquisito rilevanza sempre maggiore nell'ordinamento internazionale, i tribunali arbitrali hanno cominciato a bilanciarli con l'interesse alla tutela degli investimenti stranieri¹⁶⁵⁷. Si è detto che tale prassi ha contribuito a fondare legittimazione del sistema di tutela degli investimenti, criticato per essere impermeabile ad altri interessi e valori. Allo stesso tempo, però, l'esercizio di tale discrezionalità è stato ritenuto pericoloso per l'equilibrio dei diversi interessi, così come sancito nei trattati¹⁶⁵⁸. Pertanto, allo scopo di ridurre la discrezionalità giudiziaria¹⁶⁵⁹ e, almeno nelle intenzioni, garantire maggiore certezza del diritto¹⁶⁶⁰, nel negoziare le nuove generazioni di BIT gli Stati hanno proceduto alla formulazione di obblighi più specifici e all'inserimento di clausole volte a disciplinare il rapporto tra gli obblighi sanciti e altri interessi rilevanti¹⁶⁶¹. Tuttavia, nel momento in cui tali clausole si limitano a chiarire che le misure ragionevolmente e/o proporzionalmente adottate nel perseguimento di determinati scopi non sono incompatibili con tali trattati, esse non impediscono il ricorso al bilanciamento da parte dei tribunali arbitrali ma, anzi, costituiscono un appiglio normativo espresso affinché essi vi procedano¹⁶⁶². Ne deriva che, verosimilmente, l'effetto di ridurre il margine di discrezionalità dei tribunali sarà piuttosto ridotto.

Tuttavia, in alcuni casi gli Stati si rivelano incapaci di ridurre la discrezionalità giudiziaria tramite la formulazione di regole più specifiche, come dimostra il settore del

¹⁶⁵⁷ F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, cit., p. 172.

¹⁶⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁵⁹ A. MILLS, "The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in International Investment Law and Arbitration", cit., p. 462-63: "if states wish to ensure that the interpretation of the provisions of their BIT closely maps the intention of their subjective agreement, the most appropriate way to do so would be through the adoption of more detailed and cleared BIT obligations, providing greater textual guidance to arbitrators (and indeed there are perhaps signs that this is occurring in practice) – although this of course offers limited assistance with respect to existing BITs".

¹⁶⁶⁰ F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, cit., p. 158:

¹⁶⁶¹ Ad esempio, la spiegazione annessa all'art. 3 del Modello di BIT norvegese del 2015 (clausola della nazione più favorita), chiarisce che "[a] measure that requires an investment to use a technology to meet generally applicable health, labour rights, human rights, safety or environmental requirements shall not be construed to be inconsistent with paragraph 1 of this Article". Il Preambolo del Model BIT danese del 2018 prevede che "considering that these objectives can be achieved without compromising the right of the Contracting Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate police objectives, such as the protection of public health, safety, environment, public morals, labour rights, animal welfare, social or consumer protection or for prudential or financial reasons".

¹⁶⁶² F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, cit., p. 162.

commercio internazionale; in altri, invece, tale operazione risulta materialmente impossibile, come nell'ambito dei diritti umani¹⁶⁶³.

Nella giurisprudenza dell'Organo d'appello dell'OMC, analogamente al settore degli investimenti, il consolidamento della tecnica del bilanciamento come tecnica decisionale è stato la conseguenza della formulazione volutamente generica di diversi obblighi sanciti nei trattati rilevanti e dell'inserimento negli stessi delle clausole di deroga¹⁶⁶⁴. Come si è già avuto modo di sottolineare, inoltre, tali trattati si sono rivelati in gran parte insensibili a esigenze sociali sempre più forti, quali la tutela della salute umane e dell'ambiente¹⁶⁶⁵, che l'Organo d'appello ha progressivamente cominciato a bilanciare con gli obblighi derivanti dai trattati in materia commerciale¹⁶⁶⁶. Tuttavia, la paralisi del sistema del punto di visto dei negoziati diplomatici e della produzione normativa ha impedito che gli Stati riuscissero a esercitare un effettivo controllo sull'operato dell'Organo d'appello, eventualmente reagendo a interpretazioni degli obblighi ritenute inaccettabili o chiarendo gli obblighi in modo da evitare interpretazioni eccessivamente creative e restringerne il margine di discrezionalità¹⁶⁶⁷. Nonostante alcuni

¹⁶⁶³ T. GINSBURG, "Political Constraints on International Courts", cit., p. 489: "Sometimes [...] States will be unable or unwilling to articulate rules with sufficient precision to constraint judges".

¹⁶⁶⁴ P. ALA'I, *The Vital Role of the WTO Appellate Body in the Promotion of Rule of Law and International Cooperation: A Case Study*, 2019(1) *The Yale Journal of International Law*, Vol. 44, pp. 86 ss., p. 95: "The disproportionate impact of Appellate Body reports is largely due to political stalemate and a non-functioning legislative body at the WTO. The way to avoid 'activist judging' is for government to have successful negotiations and avoid bringing cases to the WTO dispute settlement dispute that implicate difficult balancing issues or are essentially intractable disputes that have not been amenable to diplomatic solutions"; R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, cit., p. 21, che, sottolinea come gli accordi conclusi nell'ambito dell'*Uruguay Round* siano consapevolmente incompleti e, tra le altre cose, hanno previsto delle clausole di eccezione e deroga, che lasciano spazio a un bilanciamento proprio per colmare tale incompletezza.

¹⁶⁶⁵ Su come, tuttavia, questo sia in un certo senso un fallimento degli Stati nell'ambito dei negoziati, e la cui soluzione non dovrebbe spettare a un organo di risoluzione delle controversie, di veda J. BACCHUS, "Not in Clinical Isolation", in G. MARCEAU (ed.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, 2015, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 507 ss., pp. 515-516: "I am an outspoken advocate for negotiations that would broaden the scope of the WTO treaty to bring within it many more 'twenty-first century' global economic and commercial concerns. [...] To my mind, this must be resolved by negotiation and not by litigation. The responsibilities of the WTO should only be extended at the instigation of the WTO Members themselves. The responsibilities of the WTO should not be extended in the context of discrete disputes as a result of decisions by WTO jurists responding to innovate claims that are beyond the current scope of the WTO treaty".

¹⁶⁶⁶ R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, cit., p. 26: "the Appellate Body viewed itself as being, in some sense, accountable to those out in the world, stakeholders representing other values and interests than those given primacy by the trade policy insiders".

¹⁶⁶⁷ Ivi, p. 28: "the combined effective of the negative consensus rule for dispute ruling and the positive consensus requirement (at a time of political dissensus, if not impasse, within the WTO), the insider community of trade diplomats and officials could not plausibly reverse an approach taken by the Appellate Body which was at odds with its (typically neo-liberal) view of the WTO system and its purposes"; M. MATSUSHITA, in "WTO Appellate Body Roundtable" in the *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2005, p. 181: "In national governments, there is a Supreme Court and there is also the legislature. If the Supreme Court decision is unacceptable for legal or political reasons, the legislature may be able to adopt a new law or to reverse it. In the WTO context, the legislature is the

tentativi – come, ad esempio, l’impegno nella Dichiarazione di Doha a disciplinare i rapporti tra gli obblighi OMC e i trattati multilaterali in materia ambientale¹⁶⁶⁸, e la dichiarazione di Doha in materia di proprietà intellettuale e salute pubblica¹⁶⁶⁹ – il sistema non è stato in grado di evolvere e prendere in considerazione tali interessi essenziali¹⁶⁷⁰, con ciò reagendo all’assunzione di questa responsabilità da parte dell’Organo d’appello. Non a caso, tra le varie proposte per la risoluzione dell’attuale crisi del sistema di risoluzione delle controversie vi è quella di procedere a una maggiore specificazione degli obblighi sanciti nei trattati, allo scopo di ridurre l’eccessiva discrezionalità giudiziaria di cui l’Organo di appello viene accusato.

Il settore dei diritti umani dimostra, invece, come in alcuni casi tale operazione di precisazione del diritto applicabile allo scopo di ridurre la discrezionalità giudiziaria sia materialmente impossibile. Dato che i principi in materia di diritti umani non si prestano a una cristallizzazione in regole predeterminate, precise ed immutabili¹⁶⁷¹, i relativi trattati inevitabilmente sanciscono disposizioni generiche¹⁶⁷² la cui applicazione richiede un notevole sforzo interpretativo, volto all’adattamento al caso concreto e al mutato contesto storico-sociale rispetto a quello esistente al momento dell’adozione del trattato¹⁶⁷³. Vero è che, nell’impossibilità di incidere sulle norme materiali, gli Stati sono comunque intervenuti allo scopo di ridurre la discrezionalità giudiziaria della Corte europea. Ed infatti, dopo aver ribadito in diverse Conferenze la necessità che la Corte si limiti a un approccio restrittivo, con il Protocollo n. 15 essi hanno espressamente indicato

ministerial conference. Yet it is not operating so well”; J. LACARTE-MURO, *ivi*, p. 177: “In ten years, the membership of the WTO has never even made a gesture toward interpreting a provision, let alone approved an interpretation, and let alone made an amendment to the WTO Agreements”.

¹⁶⁶⁸ Ad esempio, l’impegno nella dichiarazione di Doha a negoziare il rapporto tra gli obblighi OMC e altri interessi (“The ministers also take note of the non-trade concerns (such as environmental protection, food security, rural development, etc) reflected in the negotiating proposals already submitted. They confirm that the negotiations will take these into account”).

¹⁶⁶⁹ Nella dichiarazione si afferma espressamente “We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members’ right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all”.

¹⁶⁷⁰ R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, cit., p. 43 ricorda che, ad esempio, nel momento in cui è emersa la questione di trattare il cambiamento climatico, il Direttore generale dell’OMC ha insistito sulla necessità di risolvere prima altre problematiche.

¹⁶⁷¹ A. P. TZEVELEKOS e K. DZEHTSISAROU, *The Judicial Discretion of the European Court of Human Rights: The Years of Plenty and the Lean Years*, cit., pp. 285-286.

¹⁶⁷² Sulla qualificazione delle norme in materia di diritti umani, tanto di diritto internazionale generale quanto pattizio, in termini di principio, si vedano: B. SIMMA, P. ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Customs, Jus Cogens and General Principles*, cit.; P. DE SENA, *Prassi, consuetudine e principi nel campo dei diritti dell’uomo. Riflessioni internazionalistiche*, Ragion Pratica, Vol. 38, N. 2, 2014, pp. 511-540; T. KLEINLEIN, *Customary International Law and General Principles: Rethinking Their Relationship*, cit., p. 147.

¹⁶⁷³ F. TULKENS, *Judicial Activism v Judicial Restraint: Practical Experience of This (False) Dilemma at the European Court of Human Rights*, 2022(3) *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol. 3, pp. 293 ss., p. 295.

il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento nel Preambolo della CEDU, come principi che devono guidare l'attività della Corte. Secondo alcuni studi, è proprio a partire da tali interventi che la Corte ha cominciato a riconoscere un più ampio margine di apprezzamento agli Stati, fino ad arrivare alla formulazione dell'approccio della revisione procedurale descritto sopra¹⁶⁷⁴.

Sempre gli Stati, poi, controllano l'esercizio della discrezionalità giudiziaria in materia di regole procedurali. Laddove essi attribuiscono a un tribunale la competenza ad adottare le proprie regole procedurali, non si porrà alcun problema nell'individuare le stesse sulla base di un bilanciamento. Quando tale potere non sia previsto, tale eventualità è piuttosto rara. Un chiaro esempio deriva dal confronto tra l'approccio della CPI e quello dei tribunali penali internazionali *ad hoc*. Si è visto, infatti, che nel caso *Bemba* la CPI ha concluso che, in assenza di una specifica disposizione nel proprio Regolamento di procedura, essa non ha il potere di riconoscere all'imputato, poi assolto, un risarcimento per l'irragionevole durata del giudizio o altre violazioni dei diritti di difesa. Posto di fronte alla medesima lacuna, invece, il Tribunale penale internazionale per il Ruanda era giunto a opposte conclusioni, superando il silenzio dello Statuto in base al "combined effect of the Tribunal's inherent powers and its obligation to respect generally accepted international human rights norms", e riconoscendosi "the inherent power to provide an accused or former accused with an effective remedy for violations of his or her human rights while being prosecuted or tried before [the] Tribunal"¹⁶⁷⁵. In altri casi, esso ha più nello specifico sottolineato come il diritto al risarcimento potesse essere rilevato sulla base del principio generale per cui, nel caso di violazione del principio dell'equo processo che causi un danno all'imputato, quest'ultimo ha diritto al risarcimento, nel caso in cui sia stato prosciolto, o alla riduzione della condanna, nel caso in cui sia stato condannato¹⁶⁷⁶.

4.4.2. L'incremento dell'esaustività e chiarezza come esito della funzione di accertamento del diritto esercitata dal giudice internazionale

La riduzione della discrezionalità esercitabile dai singoli tribunali, tuttavia, non necessariamente deriva da scelte consapevoli degli Stati. In numerosi casi, infatti, essa

¹⁶⁷⁴ M.R. MADSEN, *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, 2018(2) *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9, pp. 199 ss.; O. STIANSEN e E. VOETEN, *Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights*, cit..

¹⁶⁷⁵ Tribunale penale internazionale per il Ruanda, Camera d'appello, *Prosecutor v. Berayagwiza*, caso n. ICTR-98-44C-T, decisione sulla riparazione adeguata del 31 gennaio 2007, para. 40.

¹⁶⁷⁶ Tribunale penale internazionale per il Ruanda, Camera d'appello, *Prosecutor v. Berayagwiza*, caso n. ICTR-97-19-AR72, decisione sulla richiesta di revisione del procuratore, 31 marzo 2000, par. 75; Tribunale penale internazionale per il Ruanda, Camera d'appello, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, caso n. ICTR-97-20-A, decisione del 31 maggio 2000, par. 129(6).

costituisce la conseguenza fisiologica dell'esercizio di quella stessa discrezionalità, in quanto i tribunali saranno portati a seguire i propri precedenti (Sez. 4.4.2.1.) mentre, in altri casi, le regole dagli stessi rilevate sulla base di un bilanciamento possono essere progressivamente riconosciute dagli Stati (Sez. 4.4.2.2.).

4.4.2.1. I precedenti giudiziari

Da un lato, infatti, se al bilanciamento i tribunali internazionali ricorrono per risolvere i cd. “casi difficili”, è probabile che la necessità di ricorrere al medesimo sia progressivamente ridotto dalla formazione di un corpus di giurisprudenza cui è possibile fare riferimento per risolvere una data questione¹⁶⁷⁷. È noto che nell'ordinamento internazionale manca un principio simile a quello di *common law* dello *stare decisis*¹⁶⁷⁸. Tuttavia, i tribunali internazionali considerano che, nell'interesse della certezza e della prevedibilità del diritto e in virtù del principio di uguaglianza di fronte alla legge, in assenza di “very strict reasons” o “cogent reasons” essi seguiranno l'interpretazione da essi precedentemente resa nei propri precedenti¹⁶⁷⁹. Inoltre, nonostante decisioni rese siano formalmente vincolanti solo per gli Stati parte della controversia, diversi tribunali ritengono che l'interpretazione delle disposizioni pattizie sancita in una sentenza abbia efficacia *erga omnes partes*, nel senso che sia vincolante per tutti gli Stati parte del sistema¹⁶⁸⁰, e questo è stato riconosciuto espressamente dagli Stati¹⁶⁸¹. Tale “dottrina del

¹⁶⁷⁷ Sul contributo dei precedenti alla “creazione” del diritto si veda A. VON BOGDANDY e I. VENZKE, “The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals”, cit., pp. 507 ss.

¹⁶⁷⁸ *Contra*, Corte EDU, *D.B. et autres c. Suisse*, cit., Opinione parzialmente dissenziente della giudice Elósegui, par. 7, che ritiene che il principio dello *stare decisis* dovrebbe impedire che i principi sanciti dalla Corte europea in un'opinione consultiva resa siano applicabili (oltre che a uno Stato che non ha ratificato il Protocollo n. 16) rispetto a fatti antecedenti all'opinione stessa.

¹⁶⁷⁹ CPGI, *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. Great Britain)*, sentenza sulla giurisdizione del 10 ottobre 1927, Series A n. 11, pp. 18 ss.; CIG, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, sentenza del 3 febbraio 2015, ICJ Rep. 2015, p. 3, par. 54; Organo d'appello, *United States—Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, rapporto del 20 aprile 2008, par. 160; Corte EDU, *Cossey v. the United Kingdom* [Plenary], ricorso n. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990, par. 35; Corte EDU, *Chapman v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 70; *El Paso v. Argentina*, ICSID, caso n. ARB/03/15, decisione sulla giurisdizione, 27 aprile 2006, par. 39; *contra*, *Romak S. A. v. Uzbekistan*, UNCITRAL, caso n. AA 280, lodo del 26 novembre 2009, par. 171. secondo cui il tribunale arbitrale “has not been entrusted, by the Parties or otherwise, with a mission to ensure the coherence or development of arbitral jurisprudence”.

¹⁶⁸⁰ Corte EDU, *Karner v. Austria*, ricorso n. 40016/98, sentenza del 24 luglio 2007, par. 26; Organo d'appello, *United States—Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, cit., par. 160. Quanto alla Corte europea, si veda anche Corte EDU, *D.B. et autres c. Suisse*, Opinione concordante del giudice Krenč, par. 25: “il est difficilement contestable que l'interprétation des dispositions de la Convention donnée par la Cour dans ses avis consultatifs comme dans ses arrêts n'est pas limitée aux situations postérieures au prononcé dudit avis ou arrêt. Cette interprétation est, en effet, censée faire corps avec le texte de la Convention. En ratifiant celle-ci et en conférant expressément à la Cour la compétence de l'interpréter (article 32 de la Convention), les États contractants ont accepté de se soumettre à des obligations dont le contenu, en raison de leur libellé, est nécessairement appelé à être précisé par la Cour”.

¹⁶⁸¹ Gli Stati membri della CEDU, nella Dichiarazione di Interlaken del 19 febbraio 2010, hanno espressamente affermato che, allo scopo di ridurre il backlog di casi pendenti, essi sono tenuti a tenere in

precedente”¹⁶⁸², in sostanza, implica che una volta realizzato un determinato bilanciamento, sarà sufficiente fare riferimento al precedente in casi simili, a condizione che non vi siano valide ragioni per rimetterlo in discussione¹⁶⁸³. Pertanto, lo sviluppo di una giurisprudenza ampia e consistente produce l’effetto di ridurre il margine di discrezionalità esercitato da un tribunale¹⁶⁸⁴. Dal punto di vista della teoria indicata sopra, si può dire che, salvo che sussistano elementi tali da rimetterlo in dubbio, un tribunale applicherà in casi simili la regola rilevata all’esito di un bilanciamento, così come sancita nel precedente rilevante¹⁶⁸⁵.

4.4.2.2. La progressiva formazione di regole

Dall’altro lato, la riduzione della discrezionalità di un tribunale costituisce anche conseguenza dell’assenso degli Stati agli esiti della stessa¹⁶⁸⁶. In particolare, laddove emerga che la regola volta alla soluzione del caso concreto, individuata dal giudice sulla base di un bilanciamento, sia in grado di comporre in modo adeguato gli interessi in gioco in una data situazione, è possibile che quella soluzione venga progressivamente accolta dagli stessi Stati, nell’esercizio della loro funzione di produzione del diritto internazionale¹⁶⁸⁷. Sono spesso gli stessi Stati, infatti, a seguire nella prassi le regole individuate sulla base di un bilanciamento o a sancirle in disposizioni pattizie; in altri casi è stata la CDI a recepirle in lavori che sono poi culminati in trattati di codificazione. Per tale ragione, può dirsi che nel risolvere il caso concreto il giudice internazionale sia in

considerazione “the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system”.

¹⁶⁸² Si veda J.G. DEVANEY, *The Role of Precedents in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Constructive Interpretation*, cit., che definisce “horizontal stare decisis” la prassi della CIG di fare riferimento, pur non essendovi formalmente vincolata, ai suoi precedenti, li prende in considerazione e, in assenza di valide ragioni per non farlo, li segue.

¹⁶⁸³ CIG, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, cit., Opinione separata del giudice Takana, p. 65: “the requirement of the consistency of jurisprudence is never absolute. It cannot be maintained at the sacrifice of the requirements of justice and reason. The Court should not hesitate to overrule the precedents and should not be too preoccupied with the authority of its past decisions. The formal authority of the Court's decision must not be maintained to the detriment of its substantive authority”.

¹⁶⁸⁴ R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process Based Review and the Rule of Law*, cit., p. 476: “it is thus relatively rare that a case that comes before the [ECtHR] confronts us with a truly novel question of Convention law”.

¹⁶⁸⁵ R. KOLB, *Les droits fondamentaux de l’individu comme principes normatifs d’optimisation de valeurs et d’intérêts sociaux: dix exemples tirées de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme*, cit., p. 126: “Ces deux prépositions extraites de la *ratio decidendi* de la Cour peuvent être perçues comme deux règles juridiques produites par l’analyse casuistique. Elles peuvent être appliquées à des cas similaires dans l’avenir en offrant des analogies, car elles expriment une allocation de valeurs”.

¹⁶⁸⁶ Da questa prospettiva, “[the] central question regarding international tribunals...is whether [and the conditions under which] they affect the production, consolidation, and application of international law “ (A. VON BOGDANY e I. VENZKE, “Beyond Dispute: International Judicial Institution as Lawmakers”, cit., p. 18).

¹⁶⁸⁷ Si veda G.I. HERNÁNDEZ, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, cit., p. 277, che descrive il processo secondo cui “the imprimatur of legality given by a judgment to a norm would arguably provide normative justification and influence the future behaviour of States” come una progressiva ossificazione del diritto internazionale.

grado – laddove fornisca una soluzione ragionevolmente argomentata, comprensibile e condivisibile di una data questione – di incidere sullo sviluppo progressivo del diritto internazionale nel suo complesso¹⁶⁸⁸. Nel far ciò, tuttavia, i tribunali riducono anche il margine di discrezionalità che essi potranno esercitare in futuri casi simili: colmando progressivamente le lacune normative presenti nell'ordinamento, la necessità di ricorrere al bilanciamento per la soluzione di “casi difficili” tende a restringersi.

Il fenomeno indicato sopra sembra essersi verificato con riferimento a numerose delle decisioni esaminate nel Capitolo precedente. Un primo esempio è relativo agli obblighi di *due diligence*¹⁶⁸⁹. Si pensi, in particolare, al lodo reso nella controversia sui cittadini e *protégés* inglesi nella zona spagnola del Marocco: il tribunale, dopo aver rilevato l'assenza di norme consuetudinarie e pattizie, il tribunale arbitrale ha ritenuto esistenti, a carico dello Stato territoriale, degli obblighi di protezione, e ha chiarito che il contenuto di tali obblighi si concretizzasse in ciò che fosse da intendere come ragionevole e proporzionato alla luce delle capacità dello Stato nel caso concreto¹⁶⁹⁰. Le conclusioni raggiunte in quel caso, evidentemente basate su un bilanciamento degli interessi in gioco, hanno in gran parte fondato la successiva evoluzione del diritto internazionale in tema di obblighi di *due diligence*¹⁶⁹¹, poco dopo inclusi nel progetto di codificazione della *Harvard Law School* e nei lavori della Conferenza di codificazione organizzata nel 1930 dalla Società delle Nazioni¹⁶⁹². Si consideri poi il lodo arbitrale reso nel caso *Trail Smelter*: la cd. *no harm rule*¹⁶⁹³, oltre a consolidarsi come norma di diritto internazionale consuetudinario, ha costituito la base del moderno principio di prevenzione

¹⁶⁸⁸ V. LOWE, “The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?”, cit., p. 217: “The effect of interstitial norms is to set the tone of the approach of international law to contemporary problems, bringing subtlety and depth to the relatively crude, black and with quality of primary norms [...] during a phase in the development of international law analogous to the development of equity in English law”.

¹⁶⁸⁹ G. BARTOLINI, “The Historical Roots of the Due Diligence Standard”, in H. KRIEGER, A. PETERS e L. KREUZER (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 23 ss., p. 28. Come rileva l'A., le regole applicate dal tribunale arbitrale nel caso *Alabama* sono state codificate dall'*Institut de Droit International* nel 1865 e dalla *Hague Convention concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval Wars* del 1907.

¹⁶⁹⁰ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, cit., par. 644.

¹⁶⁹¹ G. BARTOLINI, “The Historical Roots of the Due Diligence Standard”, cit., p. 23: “due diligence acted ‘as a counterbalance to state sovereignty’: while sovereignty implied a state’s exclusive jurisdiction over its territory, due diligence obligations emphasized certain measures states were expected to undertake in order to protect the interests of other states. [...] Secondly, the inherently flexible character of due diligence, namely its being able to accommodate different concerns, favored its emergence and thereby permitted the avoidance of cumbersome standard of protection disproportionately limiting state sovereignty. [...] Third, and most significantly, ‘once the turn to arbitration had been established’, case law largely assumed a ‘creative’ function, providing the possibility to ‘empirically establish the rules of law’ related to due diligence through a bottom-up approach”; H. KRIEGER e A. PETERS, “Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order”, cit., p. 357.

¹⁶⁹² Ivi, p. 25. Si vedano gli ulteriori lodi arbitrali resi in quegli anni in materia di obblighi di “due diligence to protect” e “reasonable diligence”, citati dall'A. a pagina 26.

¹⁶⁹³ *Trail Smelter (United States of America/Canada)*, cit., p. 1965.

ambientale¹⁶⁹⁴. Quest'ultimo, anch'esso ormai seguito nella prassi statale, è stato enunciato al Principio 21 della dichiarazione di Stoccolma del 16 giugno 1972 e al Principio 2 della Dichiarazione di Rio del 13 giugno 1992. Più di recente, è stata la stessa CDI che, dopo aver menzionato nel Preambolo dei lavori sul danno transfrontaliero da attività pericolose i principi rilevanti e la necessità di bilanciarli, ha preso in considerazione le conclusioni del caso menzionato e a sviluppare ulteriormente la disciplina della materia¹⁶⁹⁵. Nell'evoluzione giurisprudenziale di tali principi, il riferimento al territorio dello Stato è stato gradualmente sostituito dal riferimento alla giurisdizione dello Stato, cosicché oggi si debba ritenere che uno Stato non possa porre in essere condotte lesive di interessi di altri Stati o della comunità internazionale non solo nel proprio territorio, ma nell'ambito di ogni attività che si eserciti sotto la sua giurisdizione¹⁶⁹⁶. Tale principio è oggi ampiamente utilizzato dagli Stati per disciplinare settori innovativi dell'ordinamento, che causano rischi prevedibili ma non determinabili con certezza¹⁶⁹⁷. Ma anche la stessa regola consuetudinaria sulla legittimità delle contromisure, codificata all'art. 51 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, ha recepito l'elemento della proporzionalità così come inserito, in assenza di prassi precedente, dal tribunale arbitrale nel caso *Nautila*¹⁶⁹⁸.

Lo stesso può dirsi delle decisioni della CIG fondate su un bilanciamento. È noto, infatti, che la pronuncia sullo *Stretto di Corfù* ha influenzato i lavori della CDI sul diritto del mare e favorito il consolidamento di una prassi statale in materia¹⁶⁹⁹. L'obbligo di notifica dell'esistenza di un campo di mine nel mare territoriale di uno Stato è stato inserito all'art. 16, par. 2, del progetto di articoli sul diritto del mare del 1956, e all'art. 15, par. 2, della Convenzione di Ginevra del 1958 sul mare territoriale e sulla zona

¹⁶⁹⁴ L.A. DUVIC-PAOLI, "Prevention of Environmental Harm", cit., p. 283.

¹⁶⁹⁵ CDI, *Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. 2, Part II, Preambolo: "Bearing in mind the principle of territorial sovereignty of States over the natural resources within their territory or otherwise under their jurisdiction or control; Bearing also in mind that the freedom of State to carry on or permit activities in their territory or otherwise under their jurisdiction or control is not unlimited".

¹⁶⁹⁶ CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 241: "the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is not part of the corpus of international law relating to the environment".

¹⁶⁹⁷ H. KRIEGER e A. PETERS, "Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order", cit., p. 374: "Due to its openness and its inherent feature of balancing to identify what is 'due', due diligence appears as a particularly suitable legal tool for assigning accountability in international relations".

¹⁶⁹⁸ L'art. 51 sancisce, infatti, che "[c]ountermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the right in question". Si veda, sul punto, Y. LIU, *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, cit., p. 668, secondo cui tale bilanciamento tra il pregiudizio sofferto tra i due Stati "is closer to Alexy's principle of balancing". Tale approccio viene seguito anche nella giurisprudenza; si veda CIG, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 23: "Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube [...] failed to respect the proportionality which is required by international law".

¹⁶⁹⁹ M.A. FITZMAURICE, "The Corfu Channel Case and the Development of International Law", in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, 2002, L'Aja, Kluwer Law International, pp. 119 ss., p. 146.

contigua. Oggi è sancito dall'art. 24, par. 2, UNCLOS, e viene generalmente ritenuto un obbligo consuetudinario¹⁷⁰⁰. E ancora, la pronuncia resa dalla Corte nel caso sulle peschierie anglo-norvegesi ha generato prassi statale e orientato il successivo sviluppo del diritto¹⁷⁰¹; la regola delle linee rette è stata codificata nella Convenzione del 1958 sul mare territoriale e sulla zona contigua, all'art. 4, ed è sancita all'art. 7 della UNCLOS. Anche il noto parere sulle riserve ha indotto “a process of formation of another rule, capable of reflecting more closely the emerging needs of the international community and the changing social custom”¹⁷⁰²: essa ha generato prassi statale, è stata presa in considerazione dalla CDI nei lavori sul diritto dei trattati, per poi essere codificata agli artt. 19 ss. della CVDT.

Quanto ai tribunali penali internazionali *ad hoc*, non solo essi hanno contribuito a fondare lo stesso concetto di diritto penale internazionale e alla creazione della CPI¹⁷⁰³, ma le regole dagli stessi individuate sulla base di un bilanciamento sono state successivamente accolte dagli Stati¹⁷⁰⁴. Si pensi alla stessa nozione di crimini contro la pace sviluppata dai tribunali istituiti successivamente alla Seconda guerra mondiale¹⁷⁰⁵, e in gran parte codificate nello Statuto della CPI e negli *Elements of Crimes*. O ancora, la fattispecie di stupro, così come ricostruita nella sentenza *Furundzija*, è stata codificata all'art. 8, par. 2, lett. b) (xxii)-1, relativo al crimine contro l'umanità di stupro. Tale settore, tuttavia, è anche emblematico di come gli Stati possano decidere di non recepire le conclusioni raggiunte dai tribunali sulla base del bilanciamento. Si ricordi che nel caso *Kupreskić* il Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia aveva specificato una serie di regole in materia di modifica del capo di imputazione nel corso del giudizio, confermate poi anche dal Tribunale speciale per il Libano nella decisione sul diritto applicabile resa nel caso *Ayyash*. L'art. 128 del Regolamento di procedura della CPI, invece, prevede una disciplina dettagliata della modifica del capo di imputazione, che si discosta dagli approcci di tali tribunali. O ancora, se i tribunali *ad hoc* avevano colmato le lacune nel proprio Statuto riconoscendosi il potere di riconoscere agli imputati un

¹⁷⁰⁰ P. PALCHETTI, “The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Law”, cit., p. 51.

¹⁷⁰¹ A. SEIBERT-FOHR, “Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)”, cit., par. 11.

¹⁷⁰² E. CANNIZZARO, “Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)”, cit., par. 73.

¹⁷⁰³ M. SWART, *Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY*, cit., p. 987 e p. 989; S. KATZENSTEIN, *In the Shadow of Crisis: The Creation of International Courts in the Twentieth Century*, 2014(1) Harvard International Law Journal, Vol. 55, pp. 151 ss., p. 192.

¹⁷⁰⁴ G. I. HERNÁNDEZ, “International Judicial Lawmaking”, cit., p. 215; A. VON BOGDANDY e I. VENZKE, “The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals”, cit., p. 514.

¹⁷⁰⁵ C. TOMUSCHAT, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, cit., p. 302: “principles upon which the IMT predicated its judgment have been generally acknowledged as being in full harmony with the international legal order. If one wishes to avoid the cynical conclusion that Nuremberg was a case of victors' justice over the vanquished, no other avenue would appear to permit a consistent construction than direct deduction of the rules in issue from the values that are part and parcel of the legal groundwork of the international community. Of course, this legal groundwork has been approved by States, expressly or tacitly. It was not imposed on the international community by nature or by divine forces”.

risarcimento per l'irragionevole durata dei giudizi o per altre violazioni dei loro diritti di difesa, alcuna disposizione in tal senso è stata inserita nello Statuto di Roma.

Nel settore del diritto internazionale degli investimenti il bilanciamento tra l'interesse alla protezione di questi ultimi e altre esigenze statali, realizzato dai tribunali arbitrali, è stato progressivamente introdotto nei nuovi trattati conclusi dagli Stati¹⁷⁰⁶. Ed infatti, a seguito di numerosi dei lodi esaminati, gli Stati hanno iniziato ad adottare i cd. BITs di seconda generazione, che contengono espressamente clausole volte alla tutela dei diritti umani, della salute, dell'ambiente, e di altri interessi essenziali degli Stati e della comunità internazionale.

4.5. CONCLUSIONI PRELIMINARI

I fattori che sembrano influenzare la propensione dei tribunali internazionali a ricorrere alla tecnica del bilanciamento sono dunque molteplici. Essi sono complessivamente riconducibili ai limiti imposti alla funzione giurisdizionale internazionale dalla sovranità degli Stati che li istituiscono, e dalla connessa discrezionalità politica degli stessi, sotto diversi profili: l'assunzione di obblighi internazionali, e la valutazione delle misure che essi ritengono idonee a rispettarli; il consenso a sottoporsi alla giurisdizione dei tribunali che istituiscono; e, da ultimo, la formulazione delle norme di diritto internazionale al cui rispetto si impegnano. Nessuno di essi, preso singolarmente, è idoneo a giustificare la scelta di un determinato approccio del giudice internazionale all'esercizio della propria funzione. Ad esempio, si è visto che un più ampio ricorso alla tecnica del bilanciamento può essere favorito tanto dall'alto grado di effettività e di legittimazione di un tribunale, quanto al contrario dalla debolezza istituzionale dello stesso. O ancora, il carattere vago e indeterminato degli obblighi in una determinata materia può giustificare tanto un approccio restrittivo rispetto alla valutazione della conformità delle condotte statali rispetto agli stessi, quanto un ruolo propulsivo della specificazione e nello sviluppo del contenuto di detti obblighi. Bisogna quindi considerare che tali fattori non operano in isolamento gli uni dagli altri. Si tratta, invece, di considerazioni che vengono contestualmente e cumulativamente ad emergere nella giurisprudenza di ciascun tribunale. Essi, inoltre, possono entrare in diverso rapporto tra loro, spingendo i giudici internazionali, a seconda delle circostanze, a preferire un approccio rispetto ad un altro.

In apertura del presente lavoro ci si è chiesti se il ricorso alla tecnica del bilanciamento, dato l'ampio margine di discrezionalità giudiziaria che essa implica, rifletta la percezione che i diversi tribunali internazionali, e i singoli giudici che li compongono, abbiano rispetto al proprio *ruolo* e alla propria *funzione*, tanto nel sistema

¹⁷⁰⁶ F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, cit., p. 158:

normativo nel cui ambito sono istituiti quanto, più ampiamente, nell'ordinamento internazionale nel suo complesso¹⁷⁰⁷. In particolare, e alla luce di quanto sostenuto in dottrina, si è ipotizzato che un maggiore ricorso a tale tecnica decisionale rifletta il prevalere di una specifica concezione della funzione giurisdizionale internazionale. Su quest'ultimo aspetto si suole infatti distinguere idealmente tra due diversi approcci, cui corrispondono due contrapposte correnti dottrinali: ad un estremo, vi è chi ritiene che il ruolo del giudice internazionale sia limitato alla *soluzione del singolo caso concreto* che gli venga sottoposto, sulla base della stretta applicazione delle regole del diritto applicabile allo stesso¹⁷⁰⁸; all'estremo opposto, invece, vi è l'idea secondo cui ciascun tribunale, in quanto organo della comunità internazionale nel suo complesso, può o deve contribuire allo *sviluppo progressivo* del diritto internazionale e alla protezione dei valori fondamentali su cui esso poggia¹⁷⁰⁹.

Ora, l'analisi qui realizzata porta a smentire, almeno in parte, l'idea condivisa da molti secondo cui il ricorso a metodi decisionali che lasciano uno spazio di discrezionalità e di creatività giudiziaria tende a prevalere nella giurisprudenza di quei tribunali che manifestano, espressamente o implicitamente, di condividere la seconda delle concezioni ora descritte. A sostegno di una tale affermazione si portano, come esempi, le diverse esperienze della CIG, da un lato, e della Corte EDU e dei tribunali penali internazionali *ad hoc*, dall'altro lato¹⁷¹⁰. Quanto alla CIG – enfatizzando anche il testo del primo

¹⁷⁰⁷ Ma la domanda potrebbe essere posta nel senso opposto, ovvero ci si potrebbe chiedere se sia la percezione della funzione del giudice a determinare il grado di ricorso a tecniche creative. Si veda, ad esempio, A. VON BOGDANDY e I. VENZKE, "The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals", cit., p. 518-519: "An institutions' self-understanding [...] further impacts the degree to which judicial lawmaking is likely".

¹⁷⁰⁸ Un tribunale che si percepisca in tal modo tenderà ad argomentare nel seguente modo: *Glamis Gold, Ltd.*, cit., par. 8, secondo cui "a tribunal should confine its decision to the issues presented by the dispute before it. The Tribunal is aware that the decision in this proceeding has been awaited by private and public entities concerned with environmental regulation, the interests of indigenous peoples, and the tension sometimes seen between private rights in property and the need of the State to regulate the use of property. These issues were extensively argued in this case and considered by the Tribunal. However, given the Tribunal's holdings, the Tribunal is not required to decide many of the most controversial issues raised in this proceeding. The Tribunal observes that a few awards have made statements not required by the case before it. The Tribunal does not agree with this tendency; it believes that its case-specific mandate and the respect demanded for the difficult task faced squarely by some future tribunal instead argues for it to confine its decision to the issues presented".

¹⁷⁰⁹ Oltre le affermazioni in tal senso della Corte europea, di cui si dirà più ampiamente di qui a poco, si vedano le innumerevoli opinioni dissenzienti e separate annesse dal giudice Cançado Trindade alle sentenze della CIG. Solo per fare un esempio, si veda CIG, *Pulp Mills*, cit., Opinione separata del giudice Cançado Trindade, par. 218: "The ICJ, in settling peacefully the disputes submitted to it, is perfectly entitled to resort to general principles of law [...], and should do so. If it, furthermore, wishes, in the faithful exercise of its functions, to not only settle the disputes brought into its cognizance but concomitantly to foster the progressive development of international law — as in my view it should — it will have to devote greater attention to those general principles, encompassing, as they surely do, the principles of international law as a whole, and the principles proper to particular domains of international law".

¹⁷¹⁰ Si veda A. VON BOGDANDY e I. VENZKE, "The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals", cit., p. 518-519: "international courts may understand themselves as instruments for the settlement of disputes between the parties—the ICJ is often inspired by this worldview—and would

paragrafo dell'art. 38 del suo Statuto, secondo cui “the function [of the Court] is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it” – si tende a ritenere che essa percepisca il proprio ruolo come principalmente volto alla soluzione delle singole controversie che le vengano sottoposte, sulla base della stretta applicazione del diritto vigente¹⁷¹¹; al contrario, essa non si riconoscerebbe un ruolo nello sviluppo del diritto internazionale e nella protezione di determinati valori¹⁷¹². La Corte EDU, invece, sottolineando anche il proprio ruolo di guardiana dell’“ordine pubblico europeo” istituito dagli Stati membri del Consiglio d'Europa e protetto dalla CEDU¹⁷¹³, e l'interesse collettivo degli stessi all'innalzamento progressivo del livello di tutela dei diritti umani¹⁷¹⁴, ha sempre sostenuto che le proprie sentenze non sono unicamente volte alla soluzione dei singoli casi, ma anche a “chiarire, garantire e sviluppare” le regole sancite nella Convenzione europea¹⁷¹⁵. Allo stesso modo, i tribunali internazionali penali *ad hoc*

then be less inclined to ‘contribute to the harmonious development of the law.’ Second, courts may understand themselves as organs of the international community and may be more disposed to engage in lawmaking if it protects fundamental values of the community; the ECtHR and international criminal tribunals provide cases in point”.

¹⁷¹¹ J.G. DEVANEY, *The Role of Precedents in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Constructive Interpretation*, cit., p. 657, secondo cui il principale valore alla luce del quale esaminare la giurisprudenza della CIG è quello della “contextual justice” intesa come “arriving at the most just solution in the particular dispute all things considered”.

¹⁷¹² CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 18: “the Court cannot legislate, and, in the circumstances of the present 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 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”; CIG, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, cit., par. 89: “the Court is not a legislative body [...] [i]ts duty is to apply the law as it finds it, not to make it”; CIG, *Fisheries Jurisdiction*, cit., par. 53: “the Court, as a Court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae*, or anticipate the law before the legislator has laid it down”.

¹⁷¹³ Corte EDU, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], cit., par. 133: “the Court must also bear in mind the special character of the Convention as an instrument of the European public order (*ordre public*) for the protection of individual human beings and its own mission, as set out in Article 19, ‘to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting parties’ to the Convention.

¹⁷¹⁴ Corte EDU, *Karner v. Austria*, ricorso n. 40016/98, sentenza del 24 luglio 2003, par. 26: “Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence through the community of the Convention States”; Corte EDU, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, ricorso n. 49429/99, sentenza del 24 novembre 2005, par. 78: “Human rights cases before the Court generally also have a moral dimension, which it must take into account when considering whether to continue with the examination of an application after the applicant has ceased to exist. All the more so if the issues raised by the case transcend the person and the interests of the applicant”.

¹⁷¹⁵ Corte EDU, *Ireland v. the United Kingdom* [Plenary], ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978, par. 154: “The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before it 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”. Più di recente, si veda Corte EDU, *Konstantin Markin v. Russia* [GC], ricorso n. 30078/06, sentenza del 22 marzo 2012, par. 89, e la giurisprudenza ivi citata.

hanno ampiamente enfatizzato il proprio ruolo di organi della comunità internazionale nel suo complesso¹⁷¹⁶, e la propria funzione volta anche alla ricerca, in caso di lacune, del diritto nell'ambito dell'ordinamento internazionale nel suo complesso¹⁷¹⁷ e allo sviluppo del diritto internazionale penale, visto il suo carattere all'epoca rudimentale¹⁷¹⁸. Ciò porterebbe a ritenere che il ricorso alla tecnica del bilanciamento, poco (o in modo mai evidente) usata dalla CIG, e invece ampiamente consolidata nella giurisprudenza delle Corte EDU e dei tribunali penali internazionali *ad hoc*, corrisponda alla concezione “propulsiva” del ruolo del giudice internazionale, che generalmente si attribuisce a questi ultimi. Tuttavia, l'analisi qui realizzata porta a concludere, per una serie di ragioni, che il ricorso alla tecnica del bilanciamento non appare strettamente legato a tale concezione.

In primo luogo, in quanto risulta difficile se non arbitrario inquadrare nettamente ciascun tribunale nell'una o nell'altra concezione, al punto di ritenere che la scelta di determinati metodi decisionali o tecniche argomentative corrisponda esclusivamente ad una di esse. Esse sembrano invece coesistere, in proporzioni diverse e in costante oscillazione, nella giurisprudenza di tutti i tribunali presi in considerazione. Così, se la CIG viene generalmente considerata come un esempio di giudice che ritiene di doversi limitare alla soluzione del caso concreto, essa riconosce anche di svolgere una più ampia funzione nell'ambito dell'ordinamento internazionale, volta alla protezione dei valori della Carta delle Nazioni Unite¹⁷¹⁹. Allo stesso modo, anche l'art. 19 CEDU attribuisce alla Corte di Strasburgo la funzione limitata di monitorare sul rispetto degli obblighi convenzionali, nei limiti giurisdizionali fissati dall'art. 32. Essa non ha mai messo in dubbio che la funzione ad essa attribuita dagli Stati è quella di risolvere le singole controversie che le sono sottoposte¹⁷²⁰. E nonostante, come indicato sopra, si riconosca

¹⁷¹⁶ Si veda Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor Duško Tadić a/k/a “DULE”*, cit., par. 59, secondo cui si tratta di “an international tribunal properly constituted [for] trying these crimes on behalf of the international community”.

¹⁷¹⁷ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al*, cit., par. 669: “this search for and examination of the relevant legal standards, and the consequent enunciation of the principles applicable at the international level, the Trial Chamber might be deemed to set out a sort of *ius praetorium*”.

¹⁷¹⁸ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al*, cit., par. 669: “at present, international criminal rules are still in a rudimentary state. They need to be elaborated and rendered more specific either by international law-making or by international case law so as to give rise to general rules”.

¹⁷¹⁹ Ma si veda CIG, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Ukraine v. Russia Federation*, ordinanza sulle misure provvisorie del 16 marzo 2022, par. 18: “The Court is mindful of the purposes and principles of the United Nations Charter and of its own responsibilities in the maintenance of international peace and security as well as in the peaceful settlement of disputes under the Charter and the Statute of the Court. It deems it necessary to emphasize that all States must act in conformity with their obligations under the United Nations Charter and other rules of international law, including international humanitarian law”.

¹⁷²⁰ Corte EDU, *Tănase v. Moldova* [GC], ricorso n. 7/08, sentenza del 27 aprile 2010, par. 104: “the Convention does not envisage the bringing of an *actio popularis* for the interpretation of the rights it contains or permit individuals to complain about a provision of national law simply because they consider, without having been directly affected by it, that it may contravene the Convention”.

un ruolo nello sviluppo del diritto convenzionale, essa riconosce che tale finalità non consente in ogni caso di spingersi oltre i limiti propri della funzione giudiziaria¹⁷²¹, oltre i quali non può far altro che invitare gli Stati a prendere una determinata direzione¹⁷²². Peraltro, il limite tra un'interpretazione evolutiva e una che finisce, invece, per essere creativa è spesso talmente sottile da essere rimesso alla sensibilità dei diversi giudici, come dimostrano spesso le opinioni annesse alle sentenze¹⁷²³. Gli stessi tribunali penali *ad hoc*, che pure si consideravano organi della comunità internazionale, operavano proprio sull'assunto di una competenza estremamente limitata nello spazio e nel tempo, che quindi può aver favorito quello specifico approccio. Inoltre, anche nella loro giurisprudenza¹⁷²⁴ e nelle opinioni di alcuni giudici¹⁷²⁵ non mancano pesanti critiche all'idea dello sviluppo e della creazione del diritto.

In secondo luogo, l'analisi mostra che non necessariamente il bilanciamento corrisponde alla seconda delle concezioni descritte. Si è visto infatti, che i tribunali arbitrali interstatali *ad hoc*, la cui funzione è per definizione quella di risolvere una specifica controversia loro sottomessa, hanno ampiamente fatto ricorso alla tecnica del bilanciamento, invocando a tal fine la volontà degli Stati, espressa nel *compromis*, di raggiungere una soluzione non solo definitiva, ma anche giusta ed equa, della controversia stessa¹⁷²⁶. E nel far ciò, come si è visto, hanno ampiamente contribuito allo

¹⁷²¹ ¹⁷²¹ Corte EDU, *Austin and others v. the United Kingdom* [GC], cit., 53: "This does not, however, mean that to respond to present-day needs, conditions, views or standards the Court can create a new right apart from those recognised by the Convention".

¹⁷²² Corte EDU, *Naït-Liman v. Switzerland* [GC], cit., par. 220: "given the dynamic nature of this area, the Court does not rule out the possibility of developments in the future. Accordingly, and although it concludes that there has been no violation of Article 6 § 1 in the present case, the Court invites the States Parties to the Convention to take account in their legal orders of any developments facilitating effective implementation of the right to compensation for acts of torture, while assessing carefully any claim of this nature so as to identify, where appropriate, the elements which would oblige their courts to assume jurisdiction to examine it";

¹⁷²³ Solo per fare un esempio, si veda Corte EDU, *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], ricorso n. 74025/01, sentenza del 6 ottobre 2005, Opinione dissenziente dei giudici Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler e Jebens, par. 6: "it is essential to bear in mind that the Court is not a legislator and should be careful not to assume legislative functions. An 'evolutive' or 'dynamic' interpretation should have a sufficient basis in changing conditions in the societies of the Contracting States, including an emerging consensus as to the standards to be achieved. We fail to see that this is so in the present case".

¹⁷²⁴ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Krnojelac*, cit, ar. 186, secondo cui il principio di legalità è volto anche a prevenire "a court from creating new law or from interpreting existing law beyond the reasonable limits of acceptable clarification".

¹⁷²⁵ Come esempio, può citarsi un'opinione dello stesso Cassese, celebre proprio per il contributo che ha fornito allo sviluppo giudiziale del diritto: Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, Camera d'appello, *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, caso n. IT-96-22, sentenza del 7 ottobre 1997, Opinione dissenziente e separata del giudice Cassese, par. 48: "to uphold in this area the concept of recourse to policy-directed choice is tantamount to running foul of the customary principle *nullum crimen sine lege*. An international court must apply *lex lata*, that is to say, the existing rules of international law as they are created through the sources of the international legal system. If it has instead recourse to policy considerations or moral principles, it acts *ultra vires*".

¹⁷²⁶ In dottrina, si vedano: G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, cit., p. 83; L.B. ORFIELD, *Equity as a Concept of*

sviluppo di diverse regole oggi alla base dei rapporti interstatali nei più disparati settori¹⁷²⁷. Lo stesso può dirsi dei tribunali arbitrali investitore-Stato, cui gli Stati hanno inteso attribuire una funzione volta alla stretta risoluzione delle singole controversie proprio sul modello dell'arbitrato *ad hoc*¹⁷²⁸. Come è emerso, invece, sempre più spesso tali tribunali ricorrono alla tecnica del bilanciamento nell'interpretare e applicare i trattati in materia di investimento alla luce di principi e valori ulteriori rispetto a quelli protetti dagli stessi, e le conclusioni raggiunte dagli stessi quanto all'equilibrio tra i diversi interessi in gioco sono state a volte prese in considerazione dagli Stati nel concludere i più recenti trattati in materia.

Infine, ad entrambe le concezioni indicate potrebbero, in realtà, corrispondere approcci diversi quanto ai metodi decisionali e allo stesso ricorso alla tecnica del bilanciamento. Ad esempio, la percezione da parte di un tribunale del proprio ruolo di "organo della comunità internazionale" non necessariamente spinge verso un approccio creativo e volto allo sviluppo del diritto internazionale ma anche, al contrario, può costituire un incentivo ad adottare un approccio restrittivo e limitato alla stretta applicazione di regole chiare e precise¹⁷²⁹. Allo stesso tempo, l'intenzione di raggiungere una soluzione corretta ed equa della controversia può anche giustificare la conclusione secondo cui un giudice è tenuto ad applicare in modo stringente ed oggettivo il diritto, indipendentemente dalle aspettative delle parti¹⁷³⁰.

International Law, cit., pp. 31-32; G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, cit., p. 321; in giurisprudenza, si veda *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, cit., p. 640.

¹⁷²⁷ S.W. SCHILL, *The Overlooked Role of Arbitration in International Adjudication Theory*, 2015(2) ESIL Reflections, Vol. 4, p. 4.

¹⁷²⁸ Si veda, in particolare, Y. ZHANG, *The Judicial Function of Investment Tribunals: Taking Foundational Assumptions Seriously*, 2022(1) *Journal of International Economic Law*, Vol. 25, pp. 129 ss., p. 146, che alla luce dei negoziati che hanno portato alla conclusione della ICSID, e del progetto di riforma della stessa, conclude che "the drafters' original assumption about the judicial function was a consciously narrow one, focusing on the resolution of specific disputes in relation to specific parties. [...] The apparent breadth of the jurisdictional scope was not intended to promote judicial activism but to preserve the freedom of states in specifying justiciable disputes. Similarly, the loosely defined reference to international law in the applicable law provision was associated with the possibility of applying international law instead of proactive judicial lawmaking, as existing general principles and future treaty-making were thought to address the inadequacy of substantive laws".

¹⁷²⁹ Ad esempio, si consideri CIG, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit, Opinione del giudice Bula-Bula, par. 17 ss., secondo cui "the Court does not decide disputes on the basis of international morality. [...] There are two possible ways in which the notion of "organ responsible for the integrity of international law" is generally understood. For some, it involves a 'duty to preserve the integrity of law as a discipline - distinct from considerations of politics, morality, expediency and so on'. In my view, it ought also to mean that the Court is under an obligation to ensure respect for international law in its totality. As regards the specific nature of the task of a judicial organ in comparison with that of a political organ, such as the Security Council, there is already plentiful case law on this point".

¹⁷³⁰ CIG, *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, sentenza sulle eccezioni preliminari del 2 dicembre 1963, ICJ Rep. 1963, p. 15, p. 29: "There are inherent limitations on the exercise of the judicial function which the Court, as a court of justice, can never ignore. There may thus be an incompatibility between the desires of an applicant, or, indeed, of both parties to a case, on the one hand, and on the other hand the duty of the Court to maintain its judicial character".

Quindi, nonostante per definizione essa garantisca un ampio margine di discrezionalità giudiziaria, il maggiore o minore ricorso alla tecnica del bilanciamento non sembra di per sé indice della prevalenza, in un tribunale o nell'altro, di una netta presa di posizione quanto al ruolo della funzione giudiziaria nell'ordinamento internazionale. Come si è visto, ciascun tribunale oscilla tra l'attribuire prevalenza all'una o all'altra convenzione, sulla base tanto dell'interazione tra i fattori esaminati quanto, a volte, anche della sensibilità dei singoli giudici, come dimostrano le numerose opinioni individuali prese in considerazione nel presente lavoro. Il ricorso alla tecnica del bilanciamento, quindi, non sembra caratterizzare una delle due concezioni di giustizia internazionale. Ciò che emerge è che esso aumenta, invece, quanto più un tribunale enfatizzi uno dei due estremi: il giudice potrà infatti giustificare il proprio ragionamento, alternativamente, alla luce dello scopo di raggiungere una soluzione equa e ragionevole della specifica controversia, che prenda in debita considerazione gli interessi di entrambe le parti, ovvero di quello di chiarire e sviluppare il diritto, alla luce di una serie di valori ritenuti condivisi nell'ambito della comunità internazionale.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il ricorso alla tecnica del bilanciamento non sembra, quindi, caratterizzare una specifica concezione del ruolo del giudice nell'ambito dell'ordinamento internazionale, in quanto esso è riscontrabile tanto quando i tribunali enfatizzano la necessità di risolvere in modo adeguato e giusto la specifica controversia loro sottoposta, quanto ove ritengano di poter e dover contribuire allo sviluppo progressivo del diritto internazionale.

Questo sembra in linea con le indicazioni che emergono all'esito del presente lavoro. Si è infatti messo in luce come le caratteristiche strutturali dell'ordinamento internazionale, esaminate nel Capitolo primo, non sembrano di per sé opporsi al ricorso a tale tecnica, così come definita a seguito della ricostruzione storica e teoria realizzata nel Capitolo secondo, da parte del giudice internazionale. Ed infatti, l'analisi empirica realizzata nel Capitolo terzo ha mostrato come tutti i tribunali internazionali presi in considerazione – a prescindere dalle differenze tra gli stessi in termini di scopo e funzione, giurisdizione, materia di competenza e diritto applicabile –, abbiano fatto o facciano ricorso alla tecnica del bilanciamento. A seconda della competenza di ciascun tribunale, la tecnica del bilanciamento può essere utilizzata per uno o più diversi scopi della stessa: la rilevazione di norme non scritte, l'interpretazione e applicazione del diritto applicabile o la soluzione di conflitti normativi. Si è visto anche che l'approccio di fondo e la struttura dell'argomentazione sono in genere condivisi tra i diversi tribunali. Tuttavia, l'analisi realizzata non induce solo riflessioni di carattere meramente teorico o metodologico. Come è emerso nel Capitolo quarto, le scelte dei tribunali quanto al metodo decisionale, allo standard del giudizio e all'argomentazione con cui giustificano le proprie conclusioni sono influenzate da una serie di fattori più ampi, di carattere non solo teorico e normativo, ma anche sociale e politico. E tali scelte sembrano riflettere l'equilibrio che, alla luce di tali fattori, si instaura tra il ruolo del giudice internazionale, da un lato, e la sovranità degli Stati che lo istituiscono, dall'altro lato. Ora, anche rispetto a tale rapporto possono, in astratto, individuarsi due posizioni antitetiche.

Secondo una concezione che si potrebbe dire *minimalista* del ruolo del giudice, quest'ultimo dovrebbe assumere un approccio particolarmente deferente nei confronti delle scelte sovrane degli Stati. E questo tanto con riferimento alla scelta di impegnarsi al rispetto di determinati obblighi internazionali – preferendo, nella rilevazione e interpretazione del diritto, la conclusione meno restrittiva possibile della sovranità statale¹⁷³¹ –, quanto in relazione alla scelta da parte delle autorità statali delle misure

¹⁷³¹ Corte EDU, *Golder v. the United Kingdom* [Plenary], cit., Opinione dissenziente del giudice Sir Fitzmaurice, par. 39: "These various factors could justify even a somewhat restrictive interpretation of the Convention but, without going as far as that, they must be said, unquestionably, not only to justify, but positively to demand, a cautious and conservative interpretation, particularly as regards any provisions the meaning of which may be uncertain, and where extensive constructions might have the effect of imposing

necessarie a perseguire i propri interessi, pur nel rispetto di tali obblighi – evitando di ingerirsi eccessivamente in esse e limitandosi a prevenire gli abusi, verificando solo che gli Stati agiscano in buona fede e in modo ragionevole¹⁷³². A tale concezione della funzione del giudice corrisponderebbero, quanto alla rilevazione e interpretazione del diritto, un approccio restrittivo in parte riconducibile al principio *in dubio mitios*¹⁷³³ e, in relazione alla sua applicazione nel caso concreto, un ampio ricorso a dottrine quali il margine di apprezzamento statale o simili standard di giudizio che mostrano una deferenza del giudice nei confronti delle scelte delle autorità statali¹⁷³⁴.

Ai sensi, al contrario, di una concezione *massimalista*, il ruolo del giudice internazionale sarebbe quello di rilevare e interpretare il diritto alla luce della totalità dei principi e dei valori vigenti nell'ordinamento internazionale contemporaneo¹⁷³⁵ – anche qualora ciò finisca per limitare la sovranità degli Stati¹⁷³⁶ – e, nell'applicare il diritto, quello di valutare in modo stringente la conformità delle azioni ed omissioni statali con lo stesso, esaminandone l'adequatezza, necessità e proporzionalità rispetto al raggiungimento dello scopo perseguito¹⁷³⁷. In questo caso, prevarrebbe un approccio

upon the contracting States obligations they had not really meant to assume, or would not have understood themselves to be assuming. [...] Any serious doubt must therefore be resolved in favour of, rather than against, the government concerned"; Corte EDU, *Beeler v. Switzerland* [GC], ricorso n. 78630/12, sentenza dell'11 novembre 2022, Opinione dissenziente dei giudici Kjølbros, Kucsko-Stadlmayer, Mourou-Vikström, Koskelo e Roosma, par. 4: "such an expansion of the ambit of Article 8 could be perceived as a way of circumventing the will of States not to be bound by a specific international obligation and could thereby harm confidence in the Convention system".

¹⁷³² Si veda, ad esempio, CIG, *Certain Iranian Assets*, cit., Opinione del giudice Iwasawa, par. 29: "[a]n international court should be wary of substituting itself for the State to override the latter's decisions *ex post facto*. On the other hand, it is the function of an international court to prevent abuse by reviewing a measure taken by a State with a view to ensuring that discretion is exercised reasonably and in good faith".

¹⁷³³ Ma si consideri che raramente i tribunali internazionali hanno fatto espressamente ricorso a tale principio, mentre la maggior parte di essi ha negato che si tratti di un principio generale di interpretazione del diritto internazionale. Sul punto, si rinvia a J.H. FAHNER, In *Dubio Mitius: Advancing Clarity and Modesty in Treaty Interpretation*, 2021(3) *European Journal of International Law*, Vol 32, pp. 835 ss., pp. 837 ss.

¹⁷³⁴ Y. SHANY, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, cit., p. 907.

¹⁷³⁵ Si veda, ad esempio, Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. Ayyash*, cit., par. 29 secondo cui il principio *in dubio mitius* era "emblematic of the old international community, which consisted only of sovereign States [...]. Today the interests of the world community tend to prevail over those of individual sovereign States; universal values take pride of place restraining reciprocity and bilateralism in international dealings; and the doctrine of human rights has acquitted paramount importance in the world community".

¹⁷³⁶ CIG, *Navigational and Related Rights*, cit., par. 48: "While it is certainly true that limitations of the sovereign of a State over its territory cannot be presumed, this does not mean that treaty provisions establishing such limitations [...] should for this reason be interpreted *a priori* in a restrictive way. A treaty provision which has the purpose of limiting the sovereign powers of a State must be interpreted like any other provision of a treaty".

¹⁷³⁷ Tra le tante, si rinvia a Corte EDU, *Observer and Guardian v. the United Kingdom* [Plenary], ricorso n. 13585/88, sentenza del 26 novembre 1991, par. 59: "The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review [...] the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light

valoriale e teleologico alla rilevazione e interpretazione delle norme di diritto internazionale¹⁷³⁸ e, nell'applicazione delle stesse, il rifiuto di riconoscere margini di discrezionalità alle autorità statali¹⁷³⁹.

Anche su tale aspetto, l'analisi realizzata mostra come sia impossibile concludere che l'una o l'altra concezione prevalgono nella giurisprudenza di un tribunale o di un altro. Ciascun tribunale può oscillare tra l'uno e l'altro estremo, alla luce, ancora una volta, dell'interazione dei fattori indicati. Da una prospettiva più generale, però, l'esame della giurisprudenza sembra mostrare una certa tendenza della giustizia internazionale, considerata nel suo complesso, verso uno dei due estremi, segnatamente quello restrittivo.

Su questo aspetto, e nel solco della crescente attenzione della dottrina internazionalista per i concetti di comunità internazionale, interessi collettivi e valori fondamentali, si tende a ritenere che l'ordinamento internazionale sia nel corso di un processo di evoluzione verso un più intenso riconoscimento degli stessi. Il progressivo prevalere, nella giustizia internazionale, di un ruolo più propulsivo costituirebbe, al contempo, una manifestazione e un ulteriore fattore di sviluppo di tale processo. Secondo tale idea, infatti, il ricorso alla tecnica del bilanciamento da parte dei tribunali internazionali, vista la provenienza dalle esperienze costituzionali interne e la capacità di applicare e concretizzare principi e valori, sarebbe uno degli strumenti utili a tale progressiva incorporazione degli interessi collettivi nel *corpus* di regole di diritto internazionale, tradizionalmente volte alla tutela degli interessi sovrani dei singoli Stati¹⁷⁴⁰. Tuttavia, tale idea non sembra trovare conferma nelle tendenze della giurisprudenza messe in luce nel presente lavoro. Non si intende certamente mettere in dubbio come la descritta traiettoria di sviluppo dell'ordinamento internazionale abbia per lungo tempo trovato diversi riscontri nella giurisprudenza internazionale, in particolare

of the case as a whole and determine whether it was 'proportionate to the legitimate aim pursued' and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient'".

¹⁷³⁸ Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. Ayyash*, cit., par. 29: "The principle *in dubio mitius* is emblematic of the old international community, which consisted only of sovereign states, where individuals did not play any role and there did not yet exist intergovernmental organizations such as the United Nations tasked to safeguard such universal values as peace, human rights, self-determination of peoples and justice. [...] Today the interests of the world community tend to prevail over those of individual sovereign states; universal values take pride of place restraining reciprocity and bilateralism in international dealings; and the doctrine of human rights has acquired paramountcy throughout the world community".

¹⁷³⁹ Comitato dei diritti umani, *Länsman and others. v. Finland*, cit., par. 9.4. "The scope of [State's] freedom to do so is not to be assessed by reference to a margin of appreciation, but by reference to the obligations it has undertaken"; CIG, *Oil Platforms*, cit., par. 73: "the requirement of international law that measures taken avowedly in self-defence must have been necessary for that purpose is strict and objective, leaving no room for any 'measure of discretion'".

¹⁷⁴⁰ Si vedano, ad esempio, S. VILLALPANDO, *The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law*, cit., p. 419, e la dottrina citata. Più in generale, tale idea è sostenuta dalla corrente dottrinale che sostiene l'idea di un processo in corso di progressiva costituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale, per cui si rinvia a J. KLABBERS, A. PETERS e J. ULFSTEIN (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, Oxford, Oxford University Press.

nei periodi successivi alla Seconda guerra mondiale e alla Guerra fredda. Si ricordino, ancora una volta, la rilevanza delle considerazioni basiche di umanità e dei valori condivisi nelle prime decisioni rese dalla CIG, e il successivo riconoscimento, da parte della stessa, della protezione dell'ambiente come interesse essenziale degli Stati. Parallelamente la Corte EDU si faceva promotrice, seguita dagli altri tribunali regionali e dai vari organi di monitoraggio dei trattati universali, di un approccio particolarmente estensivo all'interpretazione degli obblighi internazionali in materia di diritti umani, invocando l'interesse collettivo alla tutela della dignità umana. Negli anni Novanta, poi, i tribunali penali internazionali *ad hoc* hanno materialmente contribuito allo sviluppo del diritto internazionale penale e umanitario, alla luce dell'interesse collettivo alla repressione dei crimini internazionali. Nel contenzioso in materia commerciale e di investimenti, più di recente, interessi quali la protezione dell'ambiente, della salute umana e dei diritti umani hanno ottenuto un riconoscimento sempre maggiore. E si è visto che il ricorso alla tecnica del bilanciamento ha caratterizzato gli approcci di tutti i tribunali impegnati in tale attività di promozione di quelli che consideravano essere i valori collettivi della comunità internazionale.

Tuttavia, tale tendenza sembra aver di recente incontrato quanto meno una battuta d'arresto, se non una vera e propria inversione. La giurisprudenza internazionale più recente mostra, infatti, un approccio dei tribunali di maggiore deferenza nei confronti degli Stati, tanto con riferimento alla scelta di assumere obblighi internazionali, quanto nella valutazione della compatibilità delle condotte degli stessi con tali obblighi. Questo sembra indurre un approccio restrittivo tanto nella rilevazione e interpretazione delle norme che limitano la sovranità statale, quanto nell'applicazione delle stesse al caso concreto. Nella generalità dei casi, inoltre, non sembra che il fatto che nel giudizio vengono in rilievo degli interessi collettivi rimetta in discussione tale tendenza.

Nel contenzioso interstatale più recente, al di fuori della limitata rilevanza pratica degli obblighi *erga omnes* e di *jus cogens*, raramente gli interessi collettivi hanno ottenuto un serio riconoscimento: si è visto che la CIG ha escluso che la protezione della dignità umana, che fonda l'interesse alla repressione dei crimini internazionali, possa limitare di per sé le prerogative statali protette delle norme in materia di immunità delle alte cariche statali¹⁷⁴¹ o degli Stati¹⁷⁴², o che l'interesse alla tutela dell'ambiente possa giustificare delle ingerenze nella sfera di sovranità di altri Stati¹⁷⁴³. Anche laddove si occupi di questioni attinenti ai diritti umani o all'ambiente, la CIG mantiene un approccio moderato, quando non particolarmente restrittivo, e non si impegna certamente a favorire

¹⁷⁴¹ CIG, *Arrest Warrant of 11 April 2000*, cit., par. 58.

¹⁷⁴² CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 106-108.

¹⁷⁴³ CIG, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*, par.101.

una maggiore protezione di tali interessi a scapito della sovranità statale¹⁷⁴⁴. E ancora, se essa adotta un approccio particolarmente stringente quanto si tratti di valutare la legalità di condotte statali che implicano l'uso della forza armata¹⁷⁴⁵, ha anche velatamente ammesso che l'interesse alla sopravvivenza di singolo Stato potrebbe giustificare condotte che avrebbero conseguenze devastanti per la totalità di quelli che vengono considerati come interessi collettivi della comunità internazionale¹⁷⁴⁶. Anche nella giustizia penale internazionale si è rilevata una forte inversione di tendenza, quanto alla spinta che deriva dall'interesse collettivo alla repressione dei crimini internazionali, verso una più marcata attenzione per la sovranità degli Stati parte dello Statuto di Roma. Questo può accogliersi con favore quando sia giustificato dalla CPI alla luce della necessità di preservare l'esercizio dei diritti di difesa¹⁷⁴⁷, per come sanciti nelle norme procedurali e in ragione della crescente importanza dei diritti degli imputati nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Tuttavia, bisogna notare che anche quando erano questi ultimi ad essere invocati per giustificare un approccio innovativo della CPI, essa ha ritenuto comunque di rimettersi alla sovranità e discrezionalità degli Stati¹⁷⁴⁸. In materia di diritti umani, poi, e quanto meno nella giurisprudenza europea, è innegabile una sempre più marcata attenzione alla sfera di sovranità degli Stati membri. È vero che fin dai primi anni di attività la Corte di Strasburgo aveva chiarito che le autorità statali godono di un margine di apprezzamento, il quale tuttavia “goes hand in hand with European supervision”, che consiste nel verificare che le decisioni assunte nell'esercizio di tale

¹⁷⁴⁴ Si veda, ad esempio, CIG, *Pulp Mills*, cit., Opinione dissenziente dei giudici Al-Khasawneh e Simma, par. 29. Facendo riferimento al fatto che la controversia era stata sottoposta alla Corte anche ai sensi dell'art. 12 del suo Statuto, hanno ritenuto che “the Court could and should have engaged in a different kind of reasoning that would have been more responsive to the prospective and preventive aspects the Statute ascribes to the role of the Court. Against this background, the Court would not have had to limit its own role simply to assess ex post facto the damages that have occurred, but could have looked, in a more comprehensive manner, at the risk factors involved and the importance of the procedural obligations that the Parties have undertaken precisely to minimize that risk”.

¹⁷⁴⁵ Si vedano, ancora una volta, CIG, *Oil Platforms*, cit., par. 73, e CIG, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, cit., par. 282.

¹⁷⁴⁶ CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 97.

¹⁷⁴⁷ CPI, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, cit., par. 39: “the interest of the world community to put persons accused of the most heinous crimes against humanity on trial, great as it is, is outweighed by the need to sustain the efficacy of the judicial process as the potent agent of justice”.

¹⁷⁴⁸ CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, indennizzo, cit., par. 69: “The Chamber finds that [...] ten years is a significant amount of time to spend in custody, likely to result in personal suffering, which would trigger compensation in many national systems for violation of the fundamental fair trial right to be tried expeditiously. Whilst the statutory constraints [...] are such as to make it impossible for the Chamber to compensate this, it seems unquestionable that the Bemba case provides a case in point as to the seriousness of the consequences entailed by the absence of statutory limits as to the duration either of the proceedings or, even more critically, of custodial detention. The Chamber finds it urgent for the States Parties to embark on a review of the Statute so as to consider addressing those limitations; until then, it will be the Court's own responsibility to be mindful of the expeditiousness of the proceedings as a fundamental tenet of the right to a fair trial and to streamline its own proceedings accordingly”.

discrezionalità siano compatibili con gli obblighi sanciti nella CEDU¹⁷⁴⁹. Nel tempo, tuttavia, la Corte ha attribuito sempre maggiore rilievo alla sussidiarietà del proprio ruolo rispetto a quello primario delle autorità interne¹⁷⁵⁰. In passato, salvi casi eccezionali, sussidiarietà e margine di apprezzamento implicavano che la Corte europea si astenesse dal procedere essa stessa a un bilanciamento tra gli interessi in gioco, limitandosi a valutare se quello realizzato dalla autorità interne fosse compatibile con gli obblighi convenzionali¹⁷⁵¹; oggi, sempre più spesso, l'approccio della "revisione procedurale" implica un'astensione anche dalla valutazione del carattere giustificato, nel merito, di quel bilanciamento; essa si limita a valutare l'adeguatezza del procedimento legislativo, amministrativo o giudiziario in cui esso è stato realizzato dalle autorità interne¹⁷⁵². E anche quando quel bilanciamento sia realizzato dalla Corte, interessi degli Stati – quali la lotta al terrorismo¹⁷⁵³ e la sicurezza¹⁷⁵⁴, e il controllo dei flussi migratori e delle frontiere¹⁷⁵⁵ – hanno un peso sempre maggiore, come emerge dallo stesso linguaggio delle sentenze. Da ultimo, anche nei giudizi dove interessi collettivi come la tutela dell'ambiente, della salute umana e dei diritti umani tendono di recente ad accrescere la propria rilevanza (lo si ripete, nel contenzioso in materia commerciale e di investimenti¹⁷⁵⁶), questo sembra comunque legato al riconoscimento, da parte del giudice internazionale, di un più ampio margine di libertà degli Stati nel perseguimento dei propri

¹⁷⁴⁹ Corte EDU, *Handyside v. the United Kingdom* [Plenary], cit., par. 50: "It follows from this that it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review [...] the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation".

¹⁷⁵⁰ Corte EDU, *Hatton v. the United Kingdom* [GC], cit., par. 97: "the Court reiterates the fundamentally subsidiary role of the Convention. The national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions [...]. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight".

¹⁷⁵¹ Si veda ancora Corte EDU, *Observer and Guardian v. the United Kingdom* [Plenary], cit., par. 59, citato per esteso qui sopra, alla nota 1737.

¹⁷⁵² Corte EDU, *Otiite v. the United Kingdom*, cit., par. 40: "the Court has generally understood the margin of appreciation to mean that, where the independent and impartial domestic courts have carefully examined the facts, applying the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law, and adequately balanced the applicant's personal interests against the more general public interest in the case, it is not for it to substitute its own assessment of the merits (including, in particular, its own assessment of the factual details of proportionality) for that of the competent national authorities. The only exception to this is where there are shown to be strong reasons for doing so".

¹⁷⁵³ Corte EDU, *Muhammad and Muhammad v. Romania* [GC], par. 139: "The Court accepts that there may be duly justified reasons, such as the need to protect national security, for limitations to be imposed on the alien's procedural rights".

¹⁷⁵⁴ Corte EDU, *N.M. c. Belgique*, ricorso n. 43966/19, sentenza del 18 aprile 2023, par. 95: "la Cour constate que [...] la présente affaire est marquée par des préoccupations pour l'ordre public et la sécurité nationale qui ont pesé lourdement dans le choix de maintenir le requérant en détention durant l'examen de sa demande d'asile".

¹⁷⁵⁵ Corte EDU, *N.D. and N.T. v. Spain* [GC], cit., par. 168-169: "the Court stresses the importance of managing and protecting borders and of the role played in that regard, for those States concerned, by the Schengen Borders Code [...]. Furthermore, the Court has previously emphasised the challenges facing European States in terms of immigration control as a result of the economic crisis and recent social and political changes which have had a particular impact on certain regions of Africa and the Middle East".

¹⁷⁵⁶ Si vedano i vari casi menzionati *supra*, Cap. IV, Sez. 4.2.2.

interessi sovrani. Se il risultato pratico può essere guardato con favore, non può desumersi da tali esperienze una tendenza verso un declino della sovranità statale, a vantaggio di presunti interessi collettivi della comunità internazionale.

Da una prospettiva generale, sembra quindi che nell'intento di preservare il proprio ruolo i tribunali internazionali si siano progressivamente ritirati verso un approccio minimalista allo svolgimento dello stesso, di monitoraggio delle condotte statali senza ingerirsi eccessivamente sulle stesse. Tale tendenza è in gran parte una reazione al clima di contestazione messo in atto dagli Stati nei confronti della giustizia internazionale.

Per concludere con una nota d'ottimismo (si intenda, almeno con riferimento al tema del presente lavoro), può però notarsi che i più recenti sviluppi sembrano mostrare una rinnovata fiducia della comunità degli Stati nei confronti della giustizia internazionale e la riemersione della retorica degli interessi collettivi. Si tratta, in particolare, dei rischi derivanti, da un lato, dall'aggressione armata attuata dalla Russia nel febbraio 2022 nei confronti dell'Ucraina e, dall'altro lato, dal cambiamento climatico. Il conflitto armato in corso ha indotto la CIG ad adottare un approccio interpretativo particolarmente creativo nella fase delle misure provvisorie del giudizio instaurato dall'Ucraina, sulla base della clausola compromissoria della Convenzione contro il genocidio, contro la Russia; tale interpretazione ha poi trovato il supporto dei numerosi Stati che hanno chiesto di intervenire nella procedura. Contestualmente, un numero senza precedenti di Stati ha chiesto l'intervento della CPI la quale, nell'emettere un mandato d'arresto nei confronti di Putin e Belova, ha almeno per il momento escluso che gli interessi sovrani di uno Stato non parte dello Statuto di Roma, e la connessa immunità di un Capo di Stato in carica, possano impedire alla Corte di procedere. Allo stesso tempo, diversi Stati sono intervenuti a sostegno dell'Ucraina nei giudizi instaurati contro la Russia davanti la Corte EDU. Da ultimo, moltissimi Governi nonché l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa hanno paventato l'istituzione di un tribunale penale *ad hoc* competente per il crimine di aggressione. Quanto al cambiamento climatico, le richieste di opinioni consultive – formulate dall'Assemblea generale, su proposta dello Stato di Vanuatu, nei confronti della CIG, da Cile e Colombia nei confronti della Corte interamericana, e da un gruppo di Stati insulari (riuniti nella *Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*) nei confronti del Tribunale internazionale per il diritto del mare – mostrano come gli Stati intendano rivolgersi alla giustizia internazionale per individuare degli obblighi che consentano loro di affrontare tale difficile sfida. È certamente presto per desumere da tali eventi un mutamento della direzione della giustizia internazionale o, più in generale, della comunità internazionale. Il supporto alle iniziative giudiziarie relative al contesto armato potrebbe fondarsi su mere valutazioni politiche individuali; allo stesso tempo, le difese dei Governi francese e svizzero nelle udienze recentemente celebrate dinnanzi alla Grande camera della Corte

EDU sui primi casi contenziosi introdotti in materia di cambiamento climatico dimostrano come gli Stati tendano anche a ritenere che le politiche climatiche e ambientali siano parte della propria discrezionalità, e che sulle stesse il giudice internazionale dovrebbe omettere di pronunciarsi.

La presente ricerca ha cercato di mettere in luce se, come e perché il giudice internazionale ricorra alla tecnica del bilanciamento. Ne è emerso che le condizioni affinché ciò avvenga non possono spiegarsi alla luce di una “tecnica” o “teoria”, ma in virtù del continuo mutare degli equilibri di poteri, interessi e valori nell’ambito di una comunità internazionale in cui, tutt’oggi, dominano la figura dello Stato e la sua sovranità.

BIBLIOGRAFIA

ARTICOLI IN RIVISTE

- ABI-SAAB G., *Whither the International Community?*, 1998(1) *European Journal of International Law*, Vol. 9, pp. 248 ss.
- ALA'I P., *The Vital Role of the WTO Appellate Body in the Promotion of Rule of Law and International Cooperation: A Case Study*, 2019(1) *The Yale Journal of International Law*, Vol. 44, pp. 86 ss.
- ALEINIKOFF A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 1987(5) *Yale Law Journal*, Vol. 96, pp. 943 ss.
- ALEXY R., *Constitutional Rights and Proportionality*, 2014(1) *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 22, pp. 51 ss.
- ALEXY R., *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, 2003(2) *Ratio Juris*, Vol. 16, pp. 131 ss.
- ALEXY R., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, 2003(4) *Ratio Juris*, Vol. 16, pp. 433 ss.
- ALEXY R., *On the Structure of Legal Principles*, 2000(1) *Ratio Juris*, Vol. 13, pp. 294 ss.
- ALVAREZ J.E. e BRINK T., *Revisiting the Necessity Defence*, 2010 *Yearbook on International Investment Law and Policy*, pp. 319 ss.
- AMOS M., *The Value of the European Convention on Human Rights to the United Kingdom*, 2017(3) *European Journal of International Law*, Vol. 28, pp. 763 ss.
- ANDERSEN H., *Protection of Non-Trade Values in WTO Appellate Body Jurisprudence: Exceptions, Economic Arguments, and Eluding Questions*, 2015(2) *Journal of International Economic Law*, Vol. 18, pp. 383 ss.
- ARNODÓTTIR O.M., *The 'Procedural Turn' under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance*, 2017(1) *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, pp. 9 ss.
- BALLAGUER CALLEJON F., *Niveaux et techniques internes et internationaux de réalisation des droits en Europe. Une perspective constitutionnelle*, 2004(2) *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 60, pp. 675 ss.
- BARAK A., *Proportionality and Principled Balancing*, 2010(1) *Law and Ethics of Human Rights*, Vol. 4, pp. 1 ss.
- BARILE G., *Il metodo logico-storico di rilevazione del diritto internazionale non scritto e le sue origini giusnaturalistiche*, 1989(1) *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 72, pp. 7 ss.
- BASSIOUNI M.C., *A Functional Approach to 'General Principles of International Law'*, 1990(3) *Michigan Journal of International Law*, Vol. 11, pp. 768 ss.
- BEATENS F., *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, 2022(1) *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 71, pp. 139 ss.

- BECKETT J.A., *Behind Relative Normativity: Rules and Processes as Prerequisites of Law*, 2001(4) *European Journal of International Law*, Vol. 12, pp. 627 ss.
- BLOCHER J., *Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis*, 2009(2) *New York University Law Review*, Vol. 84, pp. 375 ss.
- BOMHOFF J., *Balancing the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 2008(2) *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31, pp. 558 ss.
- BOURGENTHAL T., *Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?*, 2001(1) *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, pp. 267 ss.
- BOUSTA R., *Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes*, 2011(4) *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 88, pp. 913 ss.
- BREMS E. e LAVRYSEN L., *Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, 2015(1) *Human Rights Law Review*, Vol. 15, pp. 1 ss.
- BREMS E., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, 1996(1) *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 56, pp. 230 ss.
- BREWER S., *Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy*, 1996(5) *Harvard Law Review*, Vol. 109, pp. 923 ss.
- BUSCEMI M., *La Corte di Strasburgo opta per una soluzione soffice nel coordinare gli obblighi della Convenzione con quelli derivanti dalle Nazioni Unite: alcune riflessioni a margine della sentenza Al-Dulimi*, 2016(3) *Osservatorio AIC*.
- ÇALI B., *On Interpretativism and International Law*, 2009(3) *European Journal of International Law*, Vol. 20, pp. 805 ss.
- CANNIZZARO E. e RASI A., *I principi generali nell'esperienza giuridica internazionale*, 2014(1) *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, pp. 230 ss.
- CANNIZZARO E., *Proportionality and Margin of Appreciation in the Whaling Case: Reconciling Antithetical Doctrines?*, 2017(4) *European Journal of International Law*, Vol. 27, pp. 1061 ss.
- CASSESE A., *Balancing the Prosecution of Crimes Against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law: The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, 2006(2) *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, pp. 410 ss.
- CASSESE A., *Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoublement fonctionnel) in International Law*, 1990(1) *European Journal of International Law*, Vol. 1, pp. 210 ss.
- CASSESE A., *The ICTY: A Living and Vital Reality*, 2004(2) *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, pp. 585 ss.
- CASSESE A., *The Martens Clause: Half a Loaf of Simply Pie in the Sky?*, 2000(1) *European Journal of International Law*, Vol. 11, pp. 187 ss.
- CHIASSONI L., *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, 2018(1) *Lo Stato*, Vol. 11, pp. 1 ss.

- COHEN ELIYA M. e PORAT I., *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 2010(2) *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, pp. 263 ss.
- COHEN-ELIYA M. e PORAT I., *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 2009(2) *San Diego Law Review*, Vol. 46, pp. 367 ss.
- COLANGELO A.J., *A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization*, 2016(1) *New York Journal of International Law and Politics*, Vol. 49, pp. 1 ss.
- DE BÚRCA G., *Proportionality and Wednesbury Unreasonableness. The Influence of European Concepts on UK Law*, 1997(4) *European Public Law*, Vol. 3, pp. 561 ss.
- DE SENA P. e DE VITTOR F., *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, 2005(1) *European Journal of International Law*, Vol. 16, pp. 89 ss.
- DE SENA P., *Prassi, consuetudine e principi nel campo dei diritti dell'uomo. Riflessioni internazionalistiche*, 2014(2) *Ragion Pratica*, Vol. 50, pp. 511 ss.
- DE SENA P., *Proportionality and Human Rights in International Law: Some... 'Utilitarian' Reflections*, 2016(4) *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 99, pp. 1009 ss.
- DE VITTOR F., *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e risarcimento del danno per violazione dei diritti fondamentali: il caso Mantelli*, 2008(3) *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 2, pp. 632 ss.
- DE WET E. e VIDIMAR J., *Conflicts between International Paradigms: Hierarchy versus Systemic Integration*, 2013(2) *Global Constitutionalism*, Vol. 2, pp. 196 ss.
- DESMEDT A., *Proportionality in WTO Law*, 2001(3) *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, pp. 441 ss.
- DEVANEY J.G., *The Role of Precedents in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Constructive Interpretation*, 2022(3) *Leiden Journal of International Law*, Vol. 35, pp. 641 ss.
- DUPUY P.M., *Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal of Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi*, 2005 *European Journal of International Law*, 2005, p. 131 ss.
- EDWARD WHITE G., *From Sociological Jurisprudence to Legal Realism: Jurisprudence and Social Change in the Early Twentieth Century*, 1972(6) *Virginia Law Review*, Vol. 58, pp. 999 ss.
- EECKHOUT P., *The Scales of Trade – Reflections on the Growth and Functions of the WTO Adjudicative Branch*, 2010(1) *Journal of International Economic Law*, Vol. 13, pp. 3 ss.,
- EGGETT C., *The Role of Principles and General Principles in the 'Constitutional Processes' of International Law*, 2019 *Netherlands International Law Review*, Vol. 66, pp. 197 ss.
- EQBAL M.T., *Historicizing the Dual Categorization of General Principles of Law by the ILC*, 2020(2) *Asian Journal of International Law*, Vol. 10, pp. 187 ss.
- FARER T., *The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox*, 1997(3) *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, pp. 510 ss.

- FIORINI M. e altri, *WTO Dispute Settlement and the Appellate Body Crisis: Insider Perceptions and Members' Revealed Preferences*, 2020(5) *Journal of World Trade*, Vol. 54, pp. 667 ss.
- FORLATI S., *Interpretazione giudiziale e sviluppo del diritto internazionale*, 2020(1) *Ars interpretandi*, Vol. 6, pp. 51 ss.
- GARDBAUM S., *The Myth and Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 2007(3) *Michigan Law Review*, Vol. 107, pp. 391 ss.
- GARRIDO-MUÑOZ A., *Managing Uncertainty: The International Court of Justice, 'Objective Reasonableness' and the Judicial Function*, 2017(2) *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30, pp. 457 ss.
- GERBER D.J., *Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws*, 1984(1) *Yale Journal of International Law*, Vol. 10, pp. 185 ss.
- GHUORI A.A., *Determining Hierarchy Between Conflicting Treaties: Are There Vertical Rules in the Horizontal System?*, 2012 *Asian Journal of International Law*, Vol. 2, pp. 1 ss.
- GOESEL-LE BIHAN V., *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*, 2007 *Chaire du Conseil constitutionnel*, Vol. 22.
- GRADONI L. e TANZI A., *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento. Note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, 2012(2) *La Comunità Internazionale*, pp. 203 ss.
- GRADONI L., *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, 2012(3) *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 95, pp. 704 ss.
- GREER S., *'Balancing' and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate*, 2004(2) *Cambridge Law Journal*, Vol. 63, p. 412 ss.
- GRIMM D., *Proportionality in Canadian and German Constitutional Law*, 2007(3) *University of Toronto Law Journal*, Vol. 57, pp. 383 ss.
- GUASTINI R., *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, bilanciamento, concretizzazione*, 2019 *Roma Tre Press*, pp. 313 ss.
- HARATYUNYAN A., *The Future of the European Court of Human Rights in the Era of Radical Democracy*, 2021(1) *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol. 2, pp. 20 ss.
- HENDERSON I. e REECE K., *Proportionality under International Humanitarian Law: The 'Reasonable Military Commander Standard and Reverberating Effects'*, 2018(5) *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 51, pp. 835 ss.
- HENKIN L., *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, 1978(5) *Columbia Law Review*, Vol. 78, pp. 1022 ss.
- HICKMAN T.R., *The Reasonableness Principle: Reassessing its Space in the Public Sphere*, 2004(1) *Cambridge Law Journal*, Vol. 63, pp. 166 ss.
- HIGGINS R., *Policy Considerations and the International Judicial Process*, 1968(1) *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, pp. 58 ss.

- HILF M., *Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?*, 2001(3) *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, pp. 111 ss.,
- HOLLIS D., *Why Consent Still Matters: Non-State Actors, Treaties and the Changing Sources of International Law*, 2005(1) *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 23, pp. 1 ss.
- HOLMES W.O., *The Path of the Law*, 1897(8) *Harvard Law Review*, Vol. 10, pp. 457 ss.
- HOWSE R., *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, 2016(1) *European Journal of International Law*, Vol. 27, pp. 9 ss.
- JACKSON V.C., *Constitutional Law in the Age of Proportionality*, 2015(8) *Yale Law Journal*, Vol. 124, pp. 2680 ss.
- JAIN N., *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, 2016(1) *Harvard International Law Journal*, Vol. 57, pp. 111 ss.
- JENKS C.W., *Conflict of Law-Making Treaties*, 1953 *British Yearbook of International Law*, Vol. 30, pp. 401 ss.
- JENNINGS R.Y., *The Judiciary, International and National, and the Development of International Law*, 1996(1) *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, pp. 1 ss.
- KATZENSTEIN S., *In the Shadow of Crisis: The Creation of International Courts in the Twentieth Century*, 2014(1) *Harvard International Law Journal*, Vol. 55, pp. 151 ss.
- KELSEN H., *The Concept of the Legal Order*, 1982(1) *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 27, pp. 64 ss.
- KLATT M., *Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Competences*, 2015(2) *Global Constitutionalism*, Vol 4, pp. 195 ss.
- KOLB R., *Les droits fondamentaux de l'individu comme principes normatifs d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux: dix exemples tirées de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1999(4-6) *Revue universelle des droits de l'homme*, Vol. 11, pp. 125 ss.
- KOLB R., *Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)*, 2006(1) *Netherlands International Law Review*, Vol. 53, pp. 1 ss.
- KOSKENNIEMI M., *The Politics of International Law*, 1990(1) *European Journal of International Law*, Vol. 1, pp. 4 ss., pp. 16 ss.
- KUMM M., *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, 2004(3) *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, pp. 574 ss.
- KUO M.S., *Resolving the Question of Intern-Scalar Legitimacy into Law? A Hard Look at Proportionality Balancing in Global Governance*, 2018(4) *Leiden Journal of International Law*, Vol. 31, pp. 793 ss.
- KURTZ J., *Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis*, 2010(2) *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, pp. 325 ss.
- KWIECIEN R., *General Principles of Law: The Gentle Guardians of Systemic Integration of International Law*, 2017 *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 37, pp. 235 ss.

- LANG A., *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 2017(4) *European Journal of International Law*, Vol. 27, pp. 1095 ss.
- LANGENCUEHER K., *Argument by Analogy in European Law*, 1998(3) *Cambridge Law Journal*, Vol. 57, pp. 481 ss.
- LEDFORD K.F., *Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Law Court (1876-1914)*, 2004(1) *Central European History*, Vol. 37, pp. 203 ss.
- LIU Y., *Proportionality Balancing under General International Law: the Case of Article 25(1)(b) of ARSIWA*, 2022 *Chinese Journal of International Law*, Vol. 21, pp. 647 ss.
- MACCORMIK N., *Principles of Law*, 1974(1) *Juridical Review*, Vol. 19, pp. 217 ss.
- MADSEN M.R., *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, 2018(2) *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9, pp. 199 ss.
- MAIER H.G., *Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction*, 1983(4) *American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, pp. 579 ss.
- MARTIN M. e HORNE H., *Proportionality: Principles and Pitfalls – Some Lessons from Germany*, 2008(3) *Judicial Review*, Vol. 13, pp. 169 ss.
- MARTINEAU A.C., *La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans le discours juridiques)*, 2007(4) *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Vol. 123, pp. 991 ss.
- MATHIS J.H., *Balancing and Proportionality in US Commerce Clause Cases*, 2008(3) *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 35, pp. 273 ss.
- MATZ-LUCK N., *Harmonization, Systemic Integration and Mutual Supportiveness as Conflict-Solution Techniques: Different Modes of Interpretation as a Challenge to Negative Effects of Fragmentation*, 2006(1) *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 17, pp. 39 ss.
- MCFADDEN M., *The Balancing Test*, 1988(3) *Boston College Law Review*, Vol. 29, pp. 586 ss.
- MCGOLDRICK D., *A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee*, 2016(1) *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, pp. 21 ss.
- MCWHINNEY E., *The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy*, 2006 *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, pp. 3 ss.
- MICELI V., *La completezza dell'ordinamento giuridico*, 1925(1) *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Vol. 5, pp. 86 ss.
- MICHAELS R. e PAUWELYN J., *Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law*, 2012(3) *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22, pp. 349 ss.
- NEUMANN J. e TÜRK E., *Necessity Revised: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines*, 2003(1) *Journal of World Trade*, Vol. 37, pp. 199 ss.

- NOLTE G., *Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law*, 2010(1) *Law and Ethics of Human Rights*, Vol. 4, pp. 244 ss.
- OCHOA C., *The Individual and Customary International Law Formation*, 2007(1) *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, pp. 119 ss.
- OELLERS-FRAHM K., *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions*, 2001 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, pp. 67 ss.
- ORFIELD R.B., *Equity as a Concept of International Law*, 1929(1) *Kentucky Law Journal*, Vol. 18, pp. 31 ss.
- PADULA C., *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, 2015(19) *Federalismi.it*.
- PAINE J., *Autonomy to Set the Level of Regulatory Protection in International Investment Law*, 2021(3) *International and Comparative Law Quarterly*, 2021, pp. 697 ss.
- PEDRINI F., *Clausole generali e principi costituzionali*, 2015 *Forum costituzionale*.
- PERLINGIERI G., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, 2019 *Actualidad Juridica Iberoamericana*, Vol. 10, pp. 10 ss.
- PETERS A., *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, 2009(3) *European Journal of International Law*, Vol. 20, pp. 513 ss.
- PETERS A., *The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization*, 2017(3) *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, pp. 671 ss.
- PETERSEN N. e CHATZIATHANASIOU K., *Balancing Competences? Proportionality as an Instrument to Regulate the Exercise of Competences after the PSPP Judgment of the Bundesverfassungsgericht*, 2021(2) *European Constitutional Law Review*, Vol. 17, pp. 314 ss.
- PETERSEN N., *Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation*, 2007(2) *American University International Law Review*, Vol. 23, pp. 275 ss.
- PETERSEN N., *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, 2017(2) *European Journal of International Law*, Vol. 28, pp. 357 ss.
- PHILIPPE X., *El principio de proporcionalidad en el derecho público francés*, 1998(5) *Cuadernos de Derecho Publico*, pp. 255 ss.
- PINO P., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, 2007(1) *Ragion Pratica*, Vol. 28, pp. 219 ss.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, *'Figli di un dio minore': migranti e rifugiati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2021(2) *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 15, pp. 259 ss.
- POUND R., *A Survey of Social Interests*, 1943(1) *Harvard Law Review*, Vol. 57, pp. 1 ss.
- POUND R., *Mechanical Jurisprudence*, 1908(8) *Columbia Law Review*, Vol. 8, pp. 605 ss.

- PULIDO C.B., *The Migration of Proportionality Across Europe*, 2013(3) New Zealand Journal of Public International Law, Vol. 11, pp. 483 ss.
- RANJAN P., *Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay*, 2019(1) Asian Journal of International Law, Vol. 9, pp. 98 ss.
- RASK MADSEN M., CEBULAK P. e WIEBUSCH M., *Backlash Against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts*, 2018(2) International Journal of Law in Context, Vol. 14, pp. 197 ss.
- RAZ J., *Legal Principles and the Limits of Law*, 1972(5) Yale Law Journal, Vol. 81, pp. 838 ss.
- RIBES D., *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, 2007 Cahier du Conseil constitutionnel, Vol. 22.
- RIVERS J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 2005(1) Cambridge Law Journal, Vol. 65, pp. 174 ss.
- ROBERTS A.E. e SIVAKUMARAN S., *Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law*, 2012(1) Yale Journal of International Law, Vol. 37, pp. 102 ss.
- ROBERTS A.E., *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, 2011(1) International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60, No. 1, 2011, pp. 57 ss.
- ROBERTS A.E., *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 2001(4) American Journal of International Law, Vol. 95, pp. 757 ss.
- ROMANO C.P.R., *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, 1999(4) New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 31, pp. 709 ss.
- RYNGAERT C., *Non-State Actors: Carving Out a Space in a State-Centred International Legal System*, 2016(2) Netherlands International Law Review, Vol. 63, pp. 183 ss.
- SAMARTZIS A., *Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2021(2) Human Rights Law Review, Vol. 21, pp. 409 ss.
- SCHILL S.W., *Cross-Regime Harmonization through Proportionality Analysis: The Case of International Investment Law, the Law of State Immunity and Human Rights*, 2012(1) ICSID Review, Vol. 27, pp. 87 ss.
- SCHILL S.W., *The Overlooked Role of Arbitration in International Adjudication Theory*, 2015(2) ESIL Reflections, Vol. 4.
- SCHLINK B., *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?*, 2012(1) Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 22, pp. 291 ss.
- SHANY Y., *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach*, 2012(2) The American Journal of International Law, Vol. 106, pp. 225 ss.

- SHANY Y., *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary*, 2009(1) *European Journal of International Law*, Vol. 20, pp. 73 ss.
- SHANY Y., *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, 2006(5) *European Journal of International Law*, Vol. 16, pp. 907 ss.
- SHAO X., *What We Talk about When We Talk about General Principles of Law*, 2021 *Chinese Journal of International Law*, Vol. 20.
- SIMMA B. e ALSTON P., *The Sources of Human Rights Law: Customs, Jus Cogens and General Principles*, 1988-1989 *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, pp. 83 ss.
- SLOANE R., *On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility*, 2012(3) *American Journal of International Law*, Vol. 106, p. 447 ss., p. 478.
- SPANO R., *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process Based Review and the Rule of Law*, 2018(3) *Human Rights Law Review*, Vol. 18, pp. 473 ss.
- SPANO R., *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, 2014(3) *Human Rights Law Review*, Vol. 14, pp. 487 ss.
- STIANSEN O. e VOETEN E., *Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights*, 2020(4) *International Studies Quarterly*, Vol. 64, pp. 770 ss.
- STOLLEIS V.M., *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, 2003(1) *Ratio Juris*, Vol. 16, pp. 266 ss.
- STONE H.R., *The Common Law of the United States*, 1936(1) *Harvard Law Review*, Vol. 50, pp. 4 ss.
- STONE SWEET A. e MATHEWS J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 2008(1) *Colombia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, pp. 72 ss.
- STONE SWEET A., *Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier*, 2010(1) *Law and Ethics of Human Rights*, Vol. 4, pp. 48 ss.
- SWART M., "Judicial Lawmaking at the *ad hoc* Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and 'Adventurous Interpretation'", 2010(3) *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 70, pp. 459 ss.
- SWART M., *Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY*, 2011(3) *Göttingen Journal of International Law*, Vol. 3, pp. 985 ss.
- TALMON S., *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, 2015(2) *European Journal of International Law*, Vol. 26, pp. 417 ss.
- TANZI A., *On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration in the Public Utilities Sector*, 2012(1) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 13, pp. 47 ss.
- TAPPER C., *A Note on Principles*, 1971(2) *The Modern Law Review*, Vol. 34, pp. 628 ss.
- TASIOULAS J., *International Law and the Limits of Fairness*, 2002(4) *European Journal of International Law*, Vol. 13, pp. 993 ss.

- TSEBELIS G., *What Determines the Judicial Discretion of the European Court of Human Rights*, 2022(3) *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol. 3, pp. 301 ss.
- TULKENS F., *Judicial Activism v Judicial Restraint: Practical Experience of This (False) Dilemma at the European Court of Human Rights*, 2022(3) *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol. 3, pp. 293 ss.
- TZEVELEKOS A.P. e DZEHTSISAROU K., *The Judicial Discretion of the European Court of Human Rights: The Years of Plenty and the Lean Years*, 2022(3) *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol. 3, pp. 285 ss.
- TZEVELEKOS, *The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case-Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of the Teleology of Human rights? Between Evolutive and Systemic Integration*, 2009(2) *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31, pp. 621 ss.
- UCARYILMAZ T., *The Principle of Proportionality in Modern Ius Gentium*, 2021(1) *Utrecht Journal of International and European Law*, pp. 14 ss.
- VADI V., *The Migration of Constitutional Ideas to Regional and International Economic Law: The Case of Proportionality*, 2015(3) *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 35, pp. 557 ss.
- VAN AAKEN A., *Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal*, 2009(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, pp. 483 ss.
- VAN SCHAACK B., *Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*, 2008(1) *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, pp. 199 ss.
- VARUHAS J., *Keeping Things in Proportion: The Judiciary, Executive Action and Human Rights*, 2006(2) *New Zealand University Law Review*, Vol. 22, pp. 300 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Diritto per: valori, principi o regole?*, 2002(2) *Quaderni fiorentini*, Vol. 31, pp. 865 ss.
- ZARBIYEV F., *Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis*, 2012(2) *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, pp. 247 ss.
- ZARRA G., *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, 2017(2) *Brazilian Journal of International Law*, Vol 14, pp. 95 ss.
- ZHANG Y., *The Judicial Function of Investment Tribunals: Taking Foundational Assumptions Seriously*, 2022(1) *Journal of International Economic Law*, Vol. 25, pp. 129 ss.

BLOG POST E RIVISTE ONLINE

- ASMELASH H. e STOPPIONI S., *Balancing between Trade and Public Health Concerns: The Latest Step in the Plain Packaging Saga*, EJIL Talks”, 8 agosto 2018, disponibile su <https://www.ejiltalk.org/balancing-between-trade-and-public-health-concerns-the-latest-step-in-the-plain-packaging-saga/>.

- BECKER M.A., *Japan's New Optional Clause Declaration at the ICJ: A Pre-Emptive Strike*, EJIL Talk!, 20 ottobre 2015, disponibile su <https://www.ejiltalk.org/japans-new-optional-clause-declaration-at-the-icj-a-pre-emptive-strike/>.
- ÇALI B. e COSTELLO C., *Coping Strategies: Domestic and International Courts in Times of Backlash*, Verfassungsblog, 26 settembre 2022, disponibile su <https://verfassungsblog.de/coping-strategies-domestic-and-international-courts-in-times-of-backlash/>.
- DE KOKER C., *Al Dulimi and Montana Management Inc. v. Switerland: Normative Conflict between UNSC Resolution and ECHR*, Strasbourg Observer, 5 settembre 2016, disponibile su <https://strasbourgobservers.com/2016/09/05/al-dulimi-and-montana-management-inc-v-switzerland-norm-conflict-between-uns-c-resolution-and-echr/>.
- GUASTINI R., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, AmbienteDiritto.it, disponibile su <https://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/Discrezionali%C3%83%C2%A0%20giudiziale.htm>.
- ISHII Y., *Violations of Sovereign Rights at t Foreign EEZ: Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, EJIL Talk!, 7 luglio 2022, disponibile su <https://www.ejiltalk.org/violations-of-sovereign-rights-at-a-foreign-eez-alleged-violations-of-sovereign-rights-and-maritime-spaces-in-the-caribbean-sea-nicaragua-v-colombia/>.
- JULIÉ E. e FAUVARQUE J., *Bivolaru and Moldovan v. France: A New Challenge for Mutual Trust in the European Union*, in *Strasbourg Observers*, 22 giugno 2021, disponibile su: <https://strasbourgobservers.com/2021/06/22/bivolaru-and-moldovan-v-france-a-new-challenge-for-mutual-trust-in-the-european-union/>.
- LAVRYSEN L., *On Sledgehammers and Nutcrackers: Recent Developments in the Court's Less Restrictive Means Doctrine*, Strasbourg Observer, 20 giugno 2018, disponibile su <https://strasbourgobservers.com/2018/06/20/on-sledgehammers-and-nutcrackers-recent-developments-in-the-courts-less-restrictive-means-doctrine/>.
- MEAD D., *The Right to Protest Contained by Strasbourg: An Analysis of Austin v. UK and the Constitutional Pluralist Issues it Throws Up*, Strasbourg Observers, 17 April 2012, disponibile su <https://strasbourgobservers.com/2012/04/17/the-right-to-protest-contained-by-strasbourg-an-analysis-of-austin-v-uk-the-constitutional-pluralist-issues-it-throws-up/>.
- MILANOVIC M., *The Sad and Cynical Spectacle of the British Bill of Rights*, EJIL Talk!, 23 giugno 2022, disponibile su <https://www.ejiltalk.org/the-sad-and-cynical-spectacle-of-the-draft-british-bill-of-rights/>.
- RYNGAERT C., *The Immunity of the Holy See in Sexual Abuse Cases. Reflections on the Judgment of the European Court of Human Rights in J.C. v. Belgium*, Volkerrechtsblog, 24 novembre 2021, disponibile su <https://voelkerrechtsblog.org/the-immunity-of-the-holy-see-in-sexual-abuse-cases/>.
- STANLEY-RYAN A., *J.C. and others v. Belgium: The Delicate Balance of State Immunity and Human Dignity*, Strasbourg Observers, 21 gennaio 2022, disponibile su <https://strasbourgobservers.com/2022/01/12/j-c-and-others-v-belgium-the-delicate-balance-of-state-immunity-and-human-dignity/>.

STEININGER S., *Harder, Better, Faster, Stronger*, Verfassungsblog, 1 ottobre 2022, disponibile su <https://verfassungsblog.de/harder-better-faster-stronger/>.

VOETENK E., *The ECtHR's Coping Strategy: The Pitfalls of Subsidiarity and Deference as Strategies to Avoid Backlash*, Verfassungsblog, 30 settembre 2022, disponibile su <https://verfassungsblog.de/the-ecthrs-coping-strategy/>.

CONTRIBUTI IN OPERE COLLETTIVE

ABI-SAAB G., “International Criminal Tribunals and the Development of International Humanitarian and Human Rights Law”, in YAKPO E.K. e BOUMEDRA T. (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, 1999, L’Aja–Londra–Boston, Kluwer Law International, pp. 649 ss.

ABI-SAAB G., “The Appellate Body and Treaty Interpretation”, in SACERDOTI G., YANOVICH A. e BOHANES J. (eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, 2006, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 453 ss.

ALEXY R., “The Responsibility of Internet Service Providers for Readers’ Comments. Argumentation and Balancing in the Case of *Delfi AS v. Estonia*”, in ELÓSEGUI M., MIRON A. e MOTOC I. (eds.), *The Rule of Law in Europe. Recent Challenges and Judicial Responses*, 2021, Cham, Springer, pp. 199 ss.

ANDENAS M. e CHIUSSI L., “Cohesion, Convergence and Coherence of International Law” in ANDENAS M., FITZMAURICE M., TANZI A., WOUTERS J. e CHIUSSI L. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, 2019, Leiden, Brill Nijhoff, pp. 9 ss.

BACCHUS J., “Not in Clinical Isolation”, in MARCEAU G. (ed.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, 2015, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 507 ss.

BAADE B., “Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights”, in KRIEGER H., PETERS A. e KREUZER L. (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 92 ss.

BARDONNET, D., “Équité et frontières terrestres”, in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unite et diversité*, 1981, Paris, Pedone.

BARTOLINI G., “The Historical Roots of the Due Diligence Standard”, in KRIEGER H., PETERS A. e KREUZER L. (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 23 ss.

BECKETT J., “Microwaving Dreams? Why There Is No Point in Reheating the Hart-Dworkin Debate for International Law”, in DEPLANO R. e TSAGOURIAS N. (eds.), *Research Methods in International Law. A Handbook*, 2021, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 111 ss.

BEDJAOUI M., “L’opportunité dans les décisions de la Cour internationale de justice”, in L. BOISSON DE CHAZOURNES e V. GOWLLAND-DEBAS (eds.), *The International Legal System in Quest for Equity and Universality / L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et d’universalité. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, 2001, L’Aja, Martinus Nijhoff, pp. 563 ss.

- BENVENUTI P., “Principi generali del diritto, giurisdizionali internazionali e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale”, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2004, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 295 ss.
- BESSON S., “Theorizing the Sources of International Law”, in BESSON S. e TASIOULAS J. (eds.), *The Philosophy of International Law*, 2010, Oxford, Oxford University Press.
- BESSON S., “General Principles in International Law – Whose Principles?”, in BESSON S. e PICHONNAZ P. (eds.), *Les principes en droit européen — Principles in European Law*, 2011, Zurigo, Schulthess, pp. 19 ss.
- BOMHOFF J., “The Rights and Freedoms of Others: The ECHR and its Peculiar Category of Conflicts between Fundamental Rights”, in BREMS E. (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, 2008, Cambridge, Intersentia, pp. 619 ss.
- BRÖLMANN C. e RADY Y., “Introduction: International Lawmaking in a Global World”, in BRÖLMANN C. e RADY Y. (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 1 ss.
- BUSCEMI M., LAZZERINI N., MAGI L. e RUSSO D. (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law*, 2020, Leiden–Boston, Brill Nijhoff.
- BURKE-WHITE W.W. e VON STADEN A., “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations”, in SCHILL S.W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Law*, 2010, Oxford, Oxford University Press, pp. 689 ss.
- ÇALI B., “From Flexible to Variable Standards of Judicial Review: The Responsible Domestic Courts Doctrine at the European Court of Human Rights”, in ARNODÓTTIR O.M. e BUYSE A. (eds.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection*, 2016, Routledge, London, pp. 144 ss.
- CANARIS C.W., “De la manière de combler les lacunes de la loi en droit Allemand”, in C. PERELMAN (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, 1968, Bruxelles, Bruylant, pp. 161 ss.
- CANNIZZARO E., “Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach v. Value-Oriented Approach”, in CANNIZZARO E. e PALCHETTI P. (eds.), *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, 2005, Leiden–Boston, Martinus Nijhoff, pp. 245 ss.
- CANNIZZARO E., “Margin of Appreciation and Reasonableness in the ICJ’s Decision in the Whaling Case”, in D’ARGENT P., BONAFÉ B. e COMBACAU J. (eds.), *The Limits of International Law: Essays in Honour of Joe Verhoeven*, 2015, Bruxelles, Bruylant, pp. 449 ss.
- CANNIZZARO E., “Unità e pluralità dei metodi di accertamento del diritto consuetudinario”, in PALCHETTI P. (ed.), *L’incidenza del diritto non scritto nel diritto internazionale ed europeo*, 2016, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 23 ss.
- CARIOLOU L., “The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights”, in BREMS E. (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, 2008, Antwerp, Intersentia, pp. 249 ss.

- CARPANELLI E., *General Principles of International Law: Struggling with a Slippery Concept*, in PINESCHI L. (ed.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, 2015, Cham, Springer, pp. 125 ss.
- CASSESE A., “Soliloquy”, in CASSESE A., GAETA P. e ZAPPALÀ S. (eds.), *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, 2008, Oxford, Oxford University Press, pp. lix ss.
- CASSESE A. e WEILER J.H.H. (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, 1988, Berlino–New York, Walter de Gruyter.
- CLÉRICO L., “Proportionality in Social Rights Adjudication: Making It Workable”, in D. DUARTE e J. SILVA SAMPAIO (eds.), *Proportionality in Law*, 2018, Cham, Springer, pp. 25 ss.
- COHEN A. e ZLOTOGORSKI D. (eds.), *Proportionality in International Humanitarian Law. Consequences, Precautions, and Procedures*, 2021, Oxford, Oxford University Press.
- COTTIER T., “Limits to International Trade: The Constitutional Challenge”, in The American Society of International Law (ed.), *International Law in Ferment: A New Vision for Theory and Practice, Proceedings of the 94th Annual Meeting*, Washington D.C., 5-8 aprile 2000.
- CUMBACAU J., “Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge en droit international public”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant. La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges (Journées italiennes de Florence)*, 1981.
- DE WET E. e VIDIMAR J., “Introduction”, in DE WET E. e VIDIMAR J. (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place for Human Rights*, 2012, Oxford, Oxford University Press.
- DJEFFAL C., “Consensus, Stasis, Evolution: Reconstructing Argumentative Patterns in Evolutive ECHR Jurisprudence”, in KAPOTAS P. e TZEVELEKOS V. (eds.), *Building Consensus on European Consensus*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 71 ss.
- DUHAIME B., “Subsidiarity in the Americas. What Room is There for Deference in the Inter-American System?”, in GRUSZCZYNSKI L. e WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 289 ss.
- DUVIC-PAOLI L.A., “Prevention of Environmental Harm”, in VINUALES J. (ed.), *The UN Friendly Declaration at 50. An Assessment of the Foundational Principles of International Law*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 283 ss.
- EISSEN M.A., “Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in PETTITI L.E., DECAUX E. e IMBERT P.H., *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, 1999, Parigi, Economica, pp. 65 ss.
- FITZMAURICE M.A., “The Corfu Channel Case and the Development of International Law”, in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, 2002, L’Aja, Kluwer Law International, pp. 119 ss.
- GERARDS J., “Procedural Review by the ECHR – A Typology”, in GERARDS J. and BREMS E. (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, 2017, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 127 ss.

- GILL-PEDRO E. e LINDERFALK U., “Introduction”, in GILL-PEDRO E. e LINDERFALK U. (eds.), *Revisiting Proportionality in International and European Law. Interests and Interests-Holders*, 2021, Leiden–Boston, Brill Nijhoff, pp. 1 ss.
- GINSBURG T., “Political Constraints on International Courts”, in ROMANO C.P.R., ALTER K. e SHANY Y. (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2013, Oxford, Oxford University Press, p. 483 ss.
- GRUSZCZYNSKI L. e WERNER W., “Introduction”, in GRUSZCZYNSKI L. e WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 1 ss.
- JENNINGS R.Y., “The Identification of International Law”, in CHENG B. (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, 1982, Londra, Stevens, pp. 3 ss.
- KINGSBURY B. e SCHILL S.W., “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights with State Regulatory Actions in the Public Interests – The Concept of Proportionality”, in SCHILL S.W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, Oxford, Oxford University Press, pp. 75 ss.
- KLABBERS J., PETERS A. e ULFSTEIN J. (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, Oxford, Oxford University Press.
- KLABBERS J., “Law-Making and Constitutionalism”, in KLABBERS J., PETERS A. e ULFSTEIN G. (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, Oxford, Oxford University Press, pp. 81 ss.
- KLABBERS J., “Beyond the Vienna Convention: Conflicting Treaty Provisions”, in CANNIZZARO E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, Oxford, Oxford University Press, pp. 192 ss.
- KLEINLEIN T., “Judicial Lawmaking by Judicial Restraint: The Potential of Balancing in International Economic Law”, in VON BOGDANY A. e VENZKE I. (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Springer, pp. 251 ss.
- KLEINLEIN T., “Customary International Law and General Principles: Rethinking Their Relationship”, in LEPARD B.D. (ed.), *Reexamining Customary International Law*, 2017, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 130 ss.
- KOOPMANS T., “The Roots of Judicial Activism”, in F. MATSCHER e H. PETZOLD (eds.), *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne. Mélanges en l’honneur de Gérard J. Warda*, 2eme Edition, 1990, Köln-Berlin-Bonn-München, pp. 317 ss.
- KOSKENIEMMI M., “C Schmitt, Hans Morgenthau and the Image of Law in International Relations”, in BYERS M. (ed.), *The Role of Law in International Politics*, 2000, Oxford, Oxford University Press, pp. 17 ss.
- HAGE J., WALTERMANN A. e AROSEMENA G., “Exceptions in International Law”, in BARTELS L. e PADDEU F., *Exceptions in International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 11 ss.
- HARDCASTLE L., “Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court”, in KREMNITZER M., STEINER T. e LANG A., *Proportionality in Action. Comparative and*

- Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 134 ss.
- HECK P., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, estratti tradotti in M. MAGDALENA SCHOCH e L.L. FULLER (eds.), *The Jurisprudence of Interests. Selected Writings of Max Rümelin, Philip Heck, Paul Oertmann, Heinrich Stoll, Julius Binder, Hermann Isay*, 1948, Londra, Harvard University Press.
- HEINISCH R., “Methodological Challenges in Ascertaining Customary International Humanitarian Law: Can Customary International Law Respond to Changing Circumstances in Warfare?”, in KRIEGER H. e PÜSCHMANN J. (eds.), *Law-Making and Legitimacy in International Humanitarian Law*, 2021, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 170 ss.
- HELPER R.H., “The Effectiveness of International Adjudication”, in ROMANO C.P.R., ALTER K. e SHANY Y. (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2013, Oxford, Oxford University Press, pp. 464 ss.
- HENNEQUET E., “*Jus Cogens* and Human Rights, Interactions Between Two Factors of Harmonisation of International Law”, in WEIß N. e THOUVENIN J.M. (eds.), *The Influence of Human Rights on International Law*, 2015, Cham–Heidelberg–New York–Dordrecht–Londra, Springer, pp. 13 ss.
- HERNÁNDEZ G.I., “International Judicial Lawmaking”, in BRÖLMANN C. e RADY Y. (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 200 ss.
- HESTERMAYER H., “International Human Rights Law and Dispute Settlement in the World Trade Organization”, in SCHEININ M. (ed.), *Human Rights Norms in ‘Other’ International Courts*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 199 ss.
- HOFFMANN T., “The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict”, in VAN HERIK L., STAHN C. (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, 2010, L’Aja, Springer, p. 58 ss.
- HUBER M., *Observation*, 1931, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. 36-I, pp. 77 ss.
- M. IOANNIDIS, “Beyond the Standard of Review. Deference Criteria in WTO Law and the Case for a Procedural Approach”, in GRUSZCZYNSKI L. e WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 91 ss.
- IOVANE M., “Domestic Courts Should Embrace Sound Interpretative Strategies in the Development of Human Right-Oriented International Law”, in *Realizing Utopia: The Future of International Law. The Late Antonio Cassese*, 2012, Oxford, Oxford University Press, pp. 607 ss.
- LAVRYSEN L., “The Scope of Rights and the Scope of Obligations”, in BREMS E. e GERARDS J. (eds.), *Shaping Rights in the ECHR*, 2013, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 162 ss.

- LIXINSKI L., “The Inter-American Court of Human Rights’ Tentative Search for Latin American Consensus”, in KAPOTAS P. e TZEVELEKOS V. (eds.), *Building Consensus on European Consensus*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 337 ss.
- LOWE V., “The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?”, in BYERS M. (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, 2001, Oxford, Oxford University Press, pp. 207 ss.
- JEUTNER V., “Both the Rule and the Exception. The Concept of a Legal Dilemma and the Survival of the State”, in BARTELS L. e PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 242 ss.
- KAUL H.P. e CHAITIDOU E., “Balancing Individual and Community Interests: Reflections on the International Criminal Court”, in FASTENRATH U. e altri (eds.), *From Bilateralism to Community Interests: Essays in Honour of Bruno Simma*, 2011, Oxford, Oxford University Press, pp. 975 ss.
- KRIEGER H. e PETERS A., “Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order”, in KRIEGER H., PETERS A. e KREUZER L. (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 352 ss.
- MATZ-LUCK N., “Norm Interpretation across International Regimes: Competences and Legitimacy”, in YOUNG M.A. (ed.), *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*, 2012, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 201 ss.
- MELCHIOR M., “Notions ‘vagues’ ou ‘indéterminées’ et ‘lacunes’ dans la Convention européenne des droits de l’homme”, in MATSCHER F. e PETZOLD H. (eds.), *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne. Mélanges en l’honneur de Gérard J. Warda*, Seconda Edizione, 1990, Köln–Berlino–Bonn–Monaco, Carl Heymanns, pp. 411 ss.
- METHYMAKI E., TZANAKOPOULOUS A., “Freedom with Their Exception. Jurisdiction and Immunity as Rules and Exception”, in BARTELS L. e PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 225 ss.
- MILLS A., “The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in International Investment Law and Arbitration”, in DOUGLAS Z., PAUWELYN J. e VINUALES J. (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 437 ss.
- NIKKEN P., “Balancing Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, in DUPUY P.M., PETERSMANN E.U. e FRANCIONI F. (eds.), *Human Rights in International Investment Law Arbitration*, 2009, Oxford, Oxford University Press, pp. 246 ss.
- NUSSBERGER A., “Procedural Review by the ECHR: View from the Court”, in BREMS E. e GERARDS J., (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, 2017, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 161 ss.
- OELLERS-FRAHM K., “Lawmaking Through Advisory Opinions”, in VON BOGDANY A. e VENZKE I. (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Springer, pp. 69 ss.

- OREJA M., “Souveraineté des États et respect des droits de l’homme”, in MATSCHER F. e PETZOLD H. (eds.), *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne. Mélanges en l’honneur de Gérard J. Warda*, 2eme Edition, 1990, Köln-Berlino-Bonn-Monaco, pp. 7 ss.
- PALCHETTI P. e BONAFE B., “Relying on General Principles in International Law”, in BRÖLMANN C. e RADY Y. (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 160 ss.
- PALCHETTI P., “The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Rules”, in ANDENAS M., FITZMAURICE M., TANZI A., WOUTERS J. e CHIUSI L. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, 2019, Leiden–Boston, Brill Nijhoff, pp. 47 ss.
- PALOMBELLA G., “Principles and Disagreements in International Law (with a View from Dworkin’s Legal Theory)”, in PINESCHI L. (ed.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, 2015, Cham, Springer, pp. 3 ss.
- PELLET A., “Revisiting the Sources of Applicable Law before the ICC”, in DE GUZMAN M.M. e AMANN D.M. (eds.), *Arcs of Global Justice*, 2018, Oxford, Oxford University Press, pp. 227 ss.
- PETERS A., “Fragmentation and Constitutionalization”, in ORFORD C. e HOFFMANN F. (eds.), *The Oxford Handbook on the Theory of International Law*, 2016, Oxford, Oxford University Press, pp. 1011 ss.
- PERELMAN C., “Le problème de lacunes en droit, essai de synthèse”, in PERELMAN C. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, 1968, Bruxelles, Bruylant, pp. 537 ss.
- POLONSKAYA K., “‘Arbitral Institutions’ Response to Perceived Legitimacy Deficits: Promoting Diversity, Transparency and Expedition in Investor-State Arbitration” in BAETENS F. (ed.), *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication*, 2019, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 371 ss.
- RAGNI C., “Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice”, in GRUSZCZYNSKI L. e WERNER E. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 319 ss.
- RAYFUSE R., “Standard of Review in the International Tribunal for the Law of the Sea”, in GRUSZCZYNSKI L. e WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 337 ss.
- REISMAN M., “The View from the New Haven School of International Law”, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 1992, Vol. 86, pp. 118 ss.
- RIEDEL E., “Human Rights Protection as a Principle”, J.E. VIÑUALES J.E. (ed.), *The UN Friendly Relations Declaration at 50. An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 231 ss.
- SALMON J.H.A., “Les antinomies en droit international public”, in PERELMAN C. (ed.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 285 ss.

- SALMON J.J.A., “Quelques observations sur les lacunes en droit international public”, in PERELMAN C. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, 1968, Bruxelles, Bruylant, pp. 313 ss.
- SALMON J.J.A., “Le concept de raisonnable en droit international public”, in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, 1981, Parigi, Pedone, pp. 447 ss.
- SCHEININ M., “How and Why to Assess the Relevance of Human Rights Norms in ‘Other’ International Courts”, in SCHEININ M. (ed.), *Human Rights in ‘Other’ International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 1 ss.
- SERENI A.P., “Le opinioni separate dei giudici dei tribunali internazionali”, in C. MORTATI (ed.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, 1964, Milano, Giuffrè, pp. 113 ss.
- SEIBERT-FOHR A., “The Effect of Subsequent Practice on the European Convention on Human Rights. Considerations from a General International Law Perspective”, in VAN AAKEN A. e MOTOC I. (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press, pp. 61 ss.
- SMET S. e BREMS E. (eds.), *Why Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?*, 2017, Oxford, Oxford University Press.
- STEINER T., “Proportionality Analysis by the Israeli Supreme Court”, in M. KREMNITZER, T. STEINER e A. LANG, *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 285 ss.
- TIGNINO M., “Quasi-Judicial Bodies”, in VON BOGDANY A. e VENZKE I. (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Springer, pp. 242 ss.
- TREVES T. e HINRICHS X., “The International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law”, in LIJNZAAD L. e Consiglio d’Europa (eds.), *The Judge and International Custom/Le juge et la coutume internationale*, 2016, Strasburgo, Brill Nijhoff, pp. 25 ss.
- TZEVELEKOS V.P. e DZEHTSIAROU K., “International Custom Making and the ECtHR’s European Consensus Method of Interpretation”, in BENEDEK W., BENOÎT-ROHMER F., KATTEMANN M.C., KLAUSHOFER R. e NOWAK M. (eds.), *European Yearbook on Human Rights 2016*, 2017, Cambridge, Intersentia, pp. 313 ss.
- VENZKE I., “The international Court of Justice During the Battle for International Law (1955-1975): Colonial Imprints and Possibilities for Change”, in VON BERNSTORFF J. e DANN P. (eds.), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, 2019, Oxford, Oxford University Press, pp. 235 ss.
- VERRIJN STUART H. e SIMONS M., “The Judge: Interview with Antonio Cassese”, in VERRIJN H. STUART e SIMONS M. (eds.), *The Prosecutor and the Judge. Benjamin Ferencz and Antonio Cassese – Interviews and Writings*, Amsterdam, Amsterdam University Press.
- VINUALES, “Sovereignty in Foreign Investment Law”, in DOUGLAS Z., PAUWELYN J. e VINUALES J., *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 317 ss.

- VINUALES J., “The Fundamental Principles of International Law – An Enduring Ideal?”, in VINUALES J. (ed.), *The UN Friendly Declaration at 50. An Assessment of the Foundational Principles of International Law*, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1 ss.
- VINUALES J., “Seven Ways of Escaping a Rule. Of Exceptions and Their Avatars in International Law”, in BARTELS L., PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press, pp. 65 ss.
- VON BOGDANDY A., “General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field”, in VON BOGDANDY A., WOLFRUM R., VON BERNSTORFF J., DANN P. e GOLDMANN M. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, 2010, Springer, Heidelberg, pp. 727 ss.
- VOON T., MITCHELL A. e MUNRO J., “Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths and Risks”, in SACHS L., JOHNSON L. e COLEMAN J. (eds.), *Yearbook of International Law and Policy 2017*, 2019, Oxford, Oxford University Press, pp. 354 ss.
- WERNER W.G., “State Consent as a Foundational Myth”, in BRÖLMANN C. e RADI Y. (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 13 ss.
- WHITE N.D., “Lawmaking”, in KATZ COGAN J., HURD I. e JOHNSTONE I. (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, pp. 559 ss.
- TANZI A., “Le forme della codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale”, in NESI G. e GARGIULO P. (eds.), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 151 ss.
- TZEVELEKOS V.P., “The Making of International Human Rights Law”, in BRÖLMANN C. e RADI Y. (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 2016, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing, pp. 329 ss.
- VAN AAKEN A., “Control Mechanisms in International Investment Law”, in DOUGLAS Z., PAUWELYN J. e VINUALES J. (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, 2014, Oxford, Oxford University Press, pp. 409 ss.
- ZAPPALÀ S., “Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice”, in CASSESE A., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, Oxford, Oxford University Press, pp. 216 ss.
- ZIEMELE I., “Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights”, in LUNZAAD L. e Consiglio d’Europa (eds.), *The Judge and International Custom/Le juge et la coutume internationale*, 2016, Strasburgo, Brill Nijhoff, pp. 75 ss.
- ZIEMELE I., “European Consensus and International Law”, in VAN AAKEN A. e MOTOC I. (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press, pp. 23 ss.
- ZYSSET A., “A Culture of Justification or a Culture of Presumption? The Turn to Procedural Review and the Normative Function of Proportionality at the European Court of Human Rights”, in KOTZUR M., SCHIEDERMAIR S., STEIGER D. e WENDEL M. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2022, Baden–Baden, Nomos, pp. 215 ss.

DISCORSI PRESSO ISTITUZIONI INTERNAZIONALI, CONFERENZE E WORKING PAPERS

- ANDENAS M. e ZLEPTNIG S., *Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective*, EAIEL Policy Paper No. 2, 2006.
- ARNADÓTTIR O.M., *Organized Retreat? The Move from ‘Substantive’ to ‘Procedural’ Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation*, European Society of International Law (ESIL) 2015 Annual Conference (Oslo).
- CARON D.D., *Contemporary International Law Issues in the Asia Pacific: The Importance and Challenge of the Difference Between Rules and Principles*, Conferenza regionale Asia-Pacifico della International Law Association, sessione conclusiva del 31 maggio 2011.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola.
- CROW K., *A Taxonomy of Proportionality in International Courts*, 2014 iCourts Working Paper n. 107/2017.
- FABRY E. e TATE E., *Saving the WTO Appellate Body or Returning to the Wild Est of Trade?*, Notre Europe, Policy Paper n. 225, 7 giugno 2017.
- GROSSI P., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, lezione presso la Scuola superiore della magistratura.
- GUILLAUME G., *The Proliferation of International Judicial Bodies*, discorso del Presidente della CIG all’Assemblea generale delle Nazioni Unite, New York, 26 ottobre 2000.
- LANAERTS K., *Proportionality as a Matrix Principle Promoting the Effectiveness of EU Law and the Legitimacy of EU Action*, relazione del Presidente della CGUE alla ECB Legal Conference 2021 *Continuity and Change – How the Challenges of Today Prepare the Ground for Tomorrow*, organizzato dalla Banca centrale europea, Lussemburgo, 25 novembre 2021.
- MATSUSHITA M., in “WTO Appellate Body Roundtable” in the *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2005.
- NOLTE G., *The European Court of Human Rights and the Sources of International Law*, relazione al seminario *The Contribution of the ECtHR to the Development of Public International Law*, organizzato dal Ministro degli affari esteri della Repubblica Ceca in occasione della 59esima sessione del Comitato consultivo per il diritto internazionale pubblico del Consiglio d’Europa, Praga, 23 settembre 2020.
- PALOMBELLA G., *The Principles of International Law: Interpretativism and its Judicial Consequences*, 2014 EUI Working Papers n. 2014/70.
- PELLET A., *State Sovereignty and the Protection of Fundamental Human Rights: An International Perspective*, Pugwash Occasional Papers n. I:i, 2000.
- PETERS P., *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, 2016, MPIL Research Paper Series n. 2016-10.

- PETERSMANN, *Human Rights, Constitutional Justice and International Economic Adjudication: Legal Methodology Problems*, 2018/18 EUI Working Papers.
- PISILLO MAZZESCHI R., *Coordination of Different Principles and Values in International Law*, Conferenza ESIL, Napoli, 7–9 Settembre 2017, Conference Paper n. 11/2017.
- RUSSO R., *The Use of Proportionality in the Recent Case-Law of the ICJ*, 2015(15) University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series.
- SICILIANOS L.A., *Interpretation of the European Convention on Human Rights: Remarks on the Court's Approach*, relazione al seminario *The Contribution of the ECtHR to the Development of Public International Law*, organizzato dal Ministro degli affari esteri della Repubblica Ceca in occasione della 59esima sessione del Comitato consultivo per il diritto internazionale pubblico del Consiglio d'Europa, Praga, 23 settembre 2020.
- SIECKMANN J., *The Principle of Proportionality: A German Perspective*, Report at the International Conference on *Constitutional Justice and the Principle of Proportionality*, 7 dicembre 2018, Sucre, Bolivia, CDL-JU(2018)002.
- YUSUF A.A., *The International Court of Justice and Unwritten Sources of International Law*, Discorso del Presidente della Corte internazionale di giustizia davanti al Sesto Comitato dell'Assemblea Generale delle NU, New York, 1 novembre 2019, par. 34 ss.

MONOGRAFIE E MANUALI

- ABBRUZZESE M. e ZUBALLI U., *Il metodo del bilanciamento nel diritto amministrativo*, 2011, Roma, Aracne editore
- AGO R., *Scienza giuridica e diritto internazionale*, 1950, Milano, Giuffrè.
- AGO R., *Lezioni di diritto internazionale*, 1958, Milano, Giuffrè.
- ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, 1986, Oxford, Oxford University Press, traduzione a cura di J. RIVER.
- ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, 1928, Roma, Athenaeum.
- ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, 2002, Oxford, Intersentia.
- BALLADORE PALLIERI G., *I "principi generali del diritto riconosciuti dalle Nazioni Civili" nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale*, 1931, Torino, Istituto giuridico della Reale Università.
- BARAK A., *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, 2012, Cambridge, Cambridge University Press.
- BARILE G., *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, 1953, Milano, Giuffrè.
- BASSIOUNI M.C. e MANIKAS P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 1996, New York, Transnational Publishers.
- BEATTY D.M., *The Ultimate Rule of Law*, 2004, Oxford, Oxford University Press.
- BENNOUNA M., *Le droit international entre la lettre et l'esprit*, 2017, L'Aja, Pocket Books of The Hague Academy of International Law, Brill.

- BIANCHI A., *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, 2016, Oxford, Oxford University Press.
- BIN R., *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, 1992, Milano, Giuffrè.
- BOUMGHAR M., *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, 2010, Parigi, Pedone.
- BÜCHELER G., *Proportionality in Investor-State Arbitration*, 2015, Oxford, Oxford University Press.
- CANNIZZARO E., *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000, Milano, Giuffrè Editore.
- CASSESE A., *Diritto internazionale*, Seconda edizione, 2006, Bologna, Il Mulino.
- CASSESE A., *Il diritto internazionale in Italia*, 2021, Bologna, Il Mulino, a cura di M. FRULLI.
- CICERONE M.T., *On the Commonwealth and On the Laws*, 1999, Cambridge, Cambridge University Press, traduzione di J. ZETZEL.
- CHENG B., *Studies in International Space Law*, 1997, Oxford, Oxford University Press.
- CHRISTOFFERSEN J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, 2009, Leiden–Boston, Martinus Nijhoff.
- COHEN ELIYA M. e PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, 2013, Cambridge, Cambridge University Press.
- CONDORELLI L., *L'autorité des décisions des juridictions internationales permanentes*, 1987, Société française de droit international.
- CRAWFORD J., *Brownlie's Principles of public International Law*, 7th Edition, 2012, Oxford, Oxford University Press.
- CRAWFORD J., *Change, Order, Change: The Course of International Law*, 2013, L'Aja, Recueil des cours, Vol. 365.
- D'ASPREMONT J., *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, 2011, Oxford, Oxford University Press.
- DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, 1999, Bruxelles, Bruylant.
- DE VISSCHER C., *De l'équité dans le règlement arbitral u judiciaire des litiges de droit international public*, 1972, Parigi, Pedone.
- DONATI D., *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, 1910, Milano, Società editrice libraria.
- DUCLERCQ J.B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 2015, Parigi, LGDJ.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, 2010, Bologna, Il Mulino.
- FEDOZZI P., *Introduzione al diritto internazionale e parte generale*, 1933, Padova, CEDAM.

- FERRARI BRAVO L., *Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États*, 1985, L'Aja, Recueil des Cours, Vol. 92.
- FITZMAURICE G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 1957, L'Aja, Recueil des Cours, Vol. 92.
- FOCARELLI C., *Diritto internazionale*, 2019, Padova, CEDAM.
- FOCARELLI C., *International Law*, 2019, Cheltenham–Northampton, Edward Elgar Publishing.
- FORLATI S., *The International Court of Justice. An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*, 2014, Cham–Heidelberg–New York–Dordrecht–Londra, Springer.
- FRANCK T.M., *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990, Oxford, Oxford University Press.
- FRANZINA P., *Introduzione al diritto internazionale privato*, 2021, Torino, Giappichelli.
- FRIEDMANN W., *The Changing Structure of International Law*, 1964, New York, Columbia University Press.
- GARDAM J., *Necessity, Proportionality and the Use of Force*, 2004, Cambridge, Cambridge University Press.
- GOTTLIEB SVAREZ C., *Vorträge über recht und stadt*, 1960, Westdeutscher Verlag, Hermann Conrad & Gerd Kleinheyer Eds.
- GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, Seconda edizione, 2014, Torino, Giappichelli.
- HARBO T.I., *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, 2015, Leiden–Boston, Brill Nijhoff.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, 1961, Oxford, Clarendon Press.
- HECTOR P., *Das völkerrechtliche Abwägungsgebot. Abgrenzung des Souveränitätssphären durch Verfahren*, 1992, Berlino, Dunker & Humblot.
- HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, 2015, Cambridge, Cambridge University Press.
- HERNÁNDEZ G.I., *The International Court of Justice and the Judicial Function*, 2014, Oxford, Oxford University Press.
- HIGGINS R., *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 1994, Oxford, Clarendon Press.
- JESSUP P. e TAUBENFELD H.J., *Controls for Outer Space and the Antarctic Analogy*, 1959, London, Oxford University Press.
- JEUTNER V., *Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma*, 2017, Oxford, Oxford University Press.
- JOSEPH S., SCHULTZ J. e CASTAN M., *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Seconda edizione, 2004, Oxford, Oxford University Press.
- KELSEN H., *Principles of International Law*, 1952, New York, Rinehart & Co.

- KLABBERS J., *Treaty Conflict and the European Union*, 2008, Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge.
- KLATT M. e MEISTER M., *The Constitutional Structure of Proportionality*, 2012, Oxford, Oxford University Press.
- KOMMERS D.P. e MILLER R.A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Of Germany*, Terza Edizione, 2012, Durham–Londra, Duke University Press.
- KOREMENOS B., *The Continent of International Law: Exploring Agreement Design*, 2016, Cambridge, Cambridge University Press.
- KOSKENNIEMI M., *From Apology to Utopia*, 2006, Cambridge, Cambridge University Press.
- LAUTERPACHT H., *The Function of Law in the International Community*, 1933, Oxford, Oxford University Press,
- LAUTERPACHT H., *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, 1958, Londra, Stevens & Sons Limited.
- LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, 2012, Oxford, Oxford University Press.
- LUSA BORDIN F., *The Analogy between States and International Organizations* 2018, Cambridge, Cambridge University Press.
- MAURI D., *Autonomous Weapons Systems and the Protection of the Human Person*, 2022, Cheltenham–Northampton, Edward Edgar Publishing.
- MORELLI G., *La théorie générale du procès international*, 1938, L’Aja, Recueil des Cours, Vol. 61.
- MORGENTHAU H., *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, 1929, Leipzig: Universitätsverlag Noske.
- MORRISON JR C.C., *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, 1981, L’Aja–Boston–Londra, Martinus Nijhoff.
- NEWTON M. e LARRY M., *Proportionality in International Law*, 2014, Oxford, Oxford University Press.
- OLLINO A., *Due Diligence in International Law*, 2022, Cambridge, Cambridge University Press.
- ORAKHELASHVILI V.A., *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 2008, Oxford, Oxford University Press.
- PADDEU F., *Justification and Excuse in International Law. Concept and Theory of General Defences*, 2018, Cambridge, Cambridge University Press.
- PERELMAN C., *Le raisonnement et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, 1984, Parigi, LGDJ.
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, 2015, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- PIRKER B., *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A Theoretical and Comparative Study*, 2013, Groningen–Amsterdam, Europa Law Publishing.

- PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, 1990, Aix-en-Provence, Economica.
- PONTHOREAU M.C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, 1993, Parigi, Economica.
- PULKOWSKI D., *The Law and Politics of International Regime Conflicts*, 2014, Oxford, Oxford University Press,
- QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, 1968, Napoli, Liguori Editore.
- RADI Y., *La standardisation et le droit international – Contours d’une théorie dialectique de la formation du droit*, 2014, Bruxelles, Bruylant.
- RASI A., *Fare norme con principi. Principi generali e prevedibilità nel diritto internazionale penale*, 2021, Bologna, Il Mulino.
- RAUTER T., *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, 2017, Salisburgo, Springer.
- RAWLS J., *A Theory of Justice*, 1971, Harvard, Harvard University Press.
- SCHWARZENBERGER G., *The Fundamental Principles of International Law*, 1955, L’Aja, Recueil des Cours, Vol. 87.
- SHAW K., *The Court of Justice of the European Union. Subsidiarity and Proportionality*, 2018, Leiden–Boston, Brill Nijhoff.
- SIMMA B., *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, 1994, L’Aja, Recueil des cours, Vol. 250.
- SIORAT L., *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l’étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, 1959, Parigi, LGDJ.
- STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing & Global Governance. A Comparative & Global Approach*, 2019, Oxford, Oxford University Press.
- STRUPP J., *Le droit du juge international de statuer selon l’équité*, 1930-III, L’Aja, Recueil des Cours.
- ŠUŠNJAR D., *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, 2010, Leiden, Martinus Nijhoff.
- TANZI A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Sesta edizione, 2019, Vicenza, Wolters Kluwer–CEDAM,
- THIRLWAY H., *The Sources of International Law, Second Edition*, 2019, Oxford, Oxford University Press.
- TOMUSCHAT C., *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, 1993-IV Recueil des Cours, Vol. 241, pp. 195 ss.
- TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 2013, Milano, Giuffrè, F. ANELLI e C. GRANELLI.
- YOUROW H.C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, 1996, L’Aja, Brill.

- URBINA F.J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, 2017, Oxford, Oxford University Press.
- VAN DEN BOOGAARD J.C., *Proportionality in International Humanitarian Law. Principle, Rule and Practice*, 2019, Amsterdam, Amsterdam University.
- VAN DIJK, VAN HOOF F., VAN RIJN A. e ZWAAK L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 1998, L'Aja, Martinus Nijhoff.
- VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, 2010, Milano, Giuffrè.
- VESPAZIANI A., *Interpretazioni e bilanciamento dei diritti fondamentali*, 2002, Padova, CEDAM.
- VIRALLY M., *La pensée juridique*, 1960, Parigi, LGDJ.
- VON KRAUSS R., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, 1955 (traduzione di A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 105).
- WALDOCK H., *General Course of Public International Law*, 1962, L'Aja, Recueil des Cours, Vol. 106,
- XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de constitutionnalité et de légalité en France, Allemagne et Angleterre*, 1995, Parigi, PGDJ.
- XUE H., *Transboundary Damage in International Law*, 2009, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 279 ss.
- WOODWARD B., *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance. Theory and Practice*, 2010, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff.

VOCI DI ENCICLOPEDIA

- ARANGIO-RUIZ G., “Consuetudine, iii) Consuetudine internazionale”, in *Enciclopedia Giuridica*, 1988, Roma, Treccani.
- BOBBIO N., “Antinomia”, in AZARA A., EULA E. (eds.), *Novissimo digesto italiano*, Vol. I, 1957, Torino, Utet, pp. 667 ss.
- ÇALI B., “Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)”, in RUIZ-FABRI H. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press.
- CANNIZZARO E., “Balancing Test: International Court of Justice (ICJ)”, in RUIZ-FABRI H. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021, Oxford, Oxford University Press.
- CORTEN O. e KOLB R., “Reasonableness in International Law”, in PETERS A. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2021, Oxford, Oxford University Press.
- CRAWFORD E., “Proportionality”, in WÖLFRUM R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, Oxford, Oxford University Press.
- DE SENA P. e ACCONCIAMESSA L., “Balancing Test”, in RUIZ-FABRI H., *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021, Oxford, Oxford University Press.

- EPINEY A., “Lac Lanoux Arbitration”, in WOLFRUM R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, Oxford, Oxford University Press.
- FRANCIONI F., “Equity in International Law”, in WÖLFRUM R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press.
- LAMM V., “Compulsory Jurisdiction”, in RUIZ-FABRI H. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press.
- LIXINSKI L., “Balancing Test: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)”, in RUIZ-FABRI H. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019, Oxford, Oxford University Press.
- KOSKENNIEMI M., “Methodology of International Law”, in PETERS A. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Oxford, Oxford University Press.
- MORRONE A., “Bilanciamento (giustizia costituzionale)”, in *Enciclopedia del diritto*, 2002, Milano, Giuffrè.
- ORAKHELASHVILI A., “Consensual Principle”, in RUIZ-FABRI H. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2020, Oxford, Oxford University Press.
- PALADIN L., “Ragionevolezza (principio di)”, in *Enciclopedia del diritto*, 1999, Milano, Giuffrè.
- PALCHETTI P., “Dispute”, in RUIZ-FABRI H. (ed.), *Max Planck Encyclopedia on International Procedural Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press.
- PASQUET L., “De-Fragmentation Techniques”, in RUIZ-FABRI H. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press.
- PFEIL J., “Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)”, in WOLFRUM R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Oxford, Oxford University Press.
- RACHOVITSA A., “Balancing Test: African Court of Human Rights (ECtHR)”, in RUIZ-FABRI H. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021, Oxford, Oxford University Press.
- RATNER S.R., “Legal Realism School”, in WOLFRUM R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Oxford, Oxford University Press.
- REMIRO BROTONS A., “Spanish Zone of Morocco Claims”, in WOLFRUM R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Oxford, Oxford University Press.
- SCOTT S.V. e ANDRADE R.C., “Political Disputes: Inter-State Dispute Settlement”, in RUIZ-FABRI H. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2022, Oxford, Oxford University Press.
- SEIBERT-FOHR A., “Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)”, in WÖLFRUM R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2018, Oxford, Oxford University Press.
- UDICH J., “Vital Interests”, in WOLFRUM R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, Oxford, Oxford University Press.
- VÖNEKY S., “Analogy in International Law”, in WÖLFRUM R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, Oxford, Oxford University Press.

GIURISPRUDENZA CITATA

GIURISPRUDENZA INTERNA

Francia

Consiglio costituzionale, decisione del 18 settembre 1986, n. 86-217 DC.

Consiglio costituzionale, decisione del 16 gennaio 2001, n. 2000-439 DC.

Consiglio costituzionale, decisione del 21 febbraio 2008, n. 2008-582 DC.

Consiglio costituzionale, decisione del 30 luglio 2020, n. 2020-802 DC.

Italia

Corte costituzionale

Corte costituzionale, sentenza del 5 giugno 1956, n. 1.

Corte costituzionale, sentenza del 14 dicembre 1988, n. 1130.

Corte costituzionale, sentenza del 17 giugno 1991, n. 296.

Corte costituzionale, sentenza del 28 gennaio 1993, n. 46.

Corte costituzionale, sentenza del 31 maggio 2000, n. 161.

Corte costituzionale, sentenza del 7 ottobre 2003, n. 303.

Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile 2013, n. 85.

Corte costituzionale, sentenza del 17 giugno 2013, n. 143.

Corte costituzionale, sentenza del 18 novembre 2013, n. 273.

Corte costituzionale, sentenza del 23 ottobre 2014, n. 238.

Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2015, n. 49.

Corte costituzionale, sentenza del 23 marzo 2018, n. 58.

Corte di cassazione

Corte di cassazione, Sezioni unite, sentenza del 24 settembre 1999, n. 10511.

Corte di cassazione, sentenza del 27 ottobre 2005, n. 20909.

Corte di cassazione, sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106.

Corte di cassazione, sentenza del 23 dicembre 2015, n. 25936.

Corte di cassazione, Sezioni unite, sentenza del 25 gennaio 2017, n. 1946.

Corte di cassazione, Sezioni unite, sentenza dell'8 maggio 2019, n.12193

Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2021, n. 26541.

Germania

Laddove non indicato espressamente, la traduzione è quella pubblicata sul sito ufficiale della Corte costituzionale federale tedesca.

Corte amministrativa suprema prussiana (PrOVG), 3 luglio 1886, 13 PrOVGE 426, 427 (traduzione in A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 101).

Corte amministrativa suprema prussiana (PrOVG), 10 aprile 1886, 13 PrOVGE 424, 425.

Corte amministrativa suprema prussiana (PrOVG), 17 maggio 1907, 51 PrOVGE 284, 499 (traduzione in G. BÜCHELER, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, cit., p. 36).

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 11 giugno 1958, *Apothekenurteil-Pharmacy*, 7 BVerfGE 337 (traduzione in D.P. KOMMERS e R.A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Of Germany*, cit., pp. 666 ss.).

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 15 gennaio 1958, *Lüth*, 7, BVerfGE 198 (traduzione di T. WEIR, in P. SCHLECHTRIEM, B. MARKESINIS e S. LORENZ (eds.), *German Law Archive*, 1999, disponibile online su www.germanlawarchive.iuscomp.org).

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 10 giugno 1963, 16 BVerfGE 194.

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 15 giugno 1965, 19 BVerfGE 194.

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 24 febbraio 1971, *Mephisto*, 30, BVerfGE 173, p. 193 (traduzione di T. WEIR, in P. SCHLECHTRIEM, B. MARKESINIS e S. LORENZ (eds.), *German Law Archive*, 1999, disponibile online su www.germanlawarchive.iuscomp.org).

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 11 aprile 1972, *Religious Oath Refusal*, 33 BVerfGE 23, p. 29. (traduzione di D.P. KOMMERS e R.A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Of Germany*, cit., pp. 546-550).

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 5 giugno 1973, *Lebach*, 30, BVerfGE 35, p. 202 (traduzione di T. WEIR, in P. SCHLECHTRIEM, B. MARKESINIS e S. LORENZ (eds.), *German Law Archive*, 1999, disponibile online su www.germanlawarchive.iuscomp.org).

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 12 ottobre 1993, *Maastricht*, 89 BVerfGE 155.

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 14 ottobre 2014, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04.

Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), 5 maggio 2020, *PSPP II*, 2 BvR 859/15.

Regno Unito

Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223 (CA).

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] AC 374, 410.

R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 AC 696 (HL) 15.

R (Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] 2 AC 532.

Stati Uniti

Le sentenze sono reperibili sul sito ufficiale della Corte suprema statunitense.

Robertson v. Baldwin, 334 U.S. 275 (1897).

Court of Appeals of New York, *Philo Riggs, ad Guardian ad litem et al (Appellant) v. Elmer E. Palmer et al (Respondents)*, 115 NY 506 (1889).

Marbury v. Madison, 5. U.S. (1 Cranch) 137 (1903).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

Hudson County Water Co v. McCarter, 209 U.S. 349 (1908).

Helvering v. Gerhardt, 304 U.S. 405 (1938).

Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939).

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

Southern Pacific Co. v. Arizona, 325 U.S. (1945).

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).

Cohen v. Hurley, 366 U.S. 117, 134 (1961).

Scales v. United States, 367 U.S. 203, 261 (1961).

Pike v. Bruce Church Inc., 397 U.S. 137 (1970).

Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

Thomas v. Washington Gas Light Co., 448 U.S. 261 (1980).

Wengler v. Druggist Mutual Ins. Co., 446 U.S. 142 (1980).

Shweiker v. Wilson, 450 U.S. 221 (1981).

Kassel v. Consolidated Freightways Corp, 540 U.S. 662 (1981).

New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).

Maine v. Taylor, 477 U.S. 131 (1986).

Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635, (1987).

Printz v. United States, 512 U.S. (1997).

Nixon v. Shrink Missouri Government PAC, 528 U.S. 377, 402 (2000).

Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514 (2002).

Columbia v. Heller, 128 U.S. (2008).

Ysursa, Secretary of State of Idaho et al v. Pocatello Education, 555 U.S. (2009).

Varie

Corte suprema canadese, *R. v. Oakes* [1986] 1 SCR 103.

Corte suprema neozelandese, *Ministry of Transport v. Noort* [1992] 3 NZLR 260.

Corte suprema israeliana, *Adalah – The Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel et al v. Minister of Defense et al*, HCJ 8276/05, HCJ 8338/05, HCJ 11426/05, sentenza del 12 dicembre 2006.

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

Comitati istituiti dai trattati ONU sui diritti umani

Comitato dei diritti umani, *Weinberger v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/11/D/28/1978, 29 ottobre 1980.

Comitato dei diritti umani, *Hertzberg v. Finland*, UN Doc. CCPR/C/15/D/61/1979, 2 aprile 1982.

Comitato dei diritti umani, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, UN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979, 31 marzo 1982.

Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, 14 dicembre 1990.

Comitato dei diritti umani, *Ballantyne v. Canada*, UN Doc. CCPR/C/47/D/385/1989, 31 marzo 1993.

Comitato dei diritti umani, *Länsman and others. v. Finland*, UN Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, 8 novembre 1994.

Comitato dei diritti umani, *Kim v. Republic of Korea*, UN Doc. CCPR/C/64/D/574/1994, 4 gennaio 1999.

Comitato dei diritti umani, *Vjatseslaw Borzov v. Estonia*, UN Doc. CCPR/C/81/D/1136/2002, 25 agosto 2004.

Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale, *Jewis Community of Oslo v. Norway*, UN Doc. CERD/C/67/D/30/2003, 15 agosto 2005.

Comitato dei diritti umani, *Velichkin v. Belarus*, UN Doc. CCPR/C/85/D/1022/2001, 20 ottobre 2005.

Comitato sull'eliminazione della discriminazione contro le donne, *Goekce v. Austria*, UN Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005, 6 agosto 2007.

Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, *Fatma Yildirim (deceased) v. Austria*, UN Doc. CEDAW/C/39/D/6/2005, 1 ottobre 2007.

Comitato dei diritti delle persone con disabilità, *Jüngelin v. Sweden*, CRPD/C/12/D/5/2011, 2 ottobre 2014.

Comitato dei diritti delle persone con disabilità, *Beasley v. Australia*, UN Doc. CRPD/C/15/D/11/2013, 25 maggio 2016.

Comitato dei diritti delle persone con disabilità, *Lockrey v. Australia*, UN Doc. CRPD/C/15/D/13/2013, 30 maggio 2016.

Comitato dei diritti delle persone con disabilità, *Given v. Australia*, UN Doc. CRPD/C/19/D/19/2014, 29 marzo 2018.

Corte africana dei diritti umani e dei popoli

Commissione, *Media Rights Agenda and others v. Nigeria*, ricorsi n. 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, rapporto del 31 ottobre 1998.

Alex Thomas v. United Republic of Tanzania, ricorso n. 005/2013, sentenza del 20 novembre 2005.

Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R Mtikila v. United Republic of Tanzania, ricorso n. 009/2011, sentenza del 14 giugno 2013.

Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso, ricorso n. 003/2013, sentenza del 5 dicembre 2014.

African Commission on Human and Peoples' Rights v. Kenya, ricorso n. 006/2012, sentenza del 26 maggio 2017.

Jebra Kambole v. United Republic of Tanzania, ricorso n. 18/2018, sentenza del 15 luglio 2020.

Corte di giustizia dell'Unione europea

CG, *Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority of the European Coal and Steel Community*, caso n. 8-55, sentenza del 16 luglio 1956.

CGCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, caso n. 11-70, sentenza del 17 dicembre 1970.

CGUE, *European Commission and Others v Yassin Abdullah Kadi* [GC], casi riuniti C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, sentenza del 18 luglio 2013.

Corte europea dei diritti umani

Tutti i provvedimenti sono disponibili sul database www.hudoc.echr.coe.int.

Si definiscono sentenze quelle in cui la Corte si pronuncia sul merito della controversia, e decisioni quelle relative alla mera ammissibilità.

Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium [Plenary], ricorsi n. 1474/62 e altri, sentenza sul merito del 23 luglio 1968.

Golder v. the United Kingdom [Plenary], ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975.

Engels and Others v. the Netherlands [Plenary], ricorsi n. 5100/71 e altri, sentenza dell'8 giugno 1976.

Handyside v. the United Kingdom [Plenary], ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976.

Ireland v. the United Kingdom [Plenary], ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978.

Klass and others v. Germany [Plenary], ricorso n. 5029/71, sentenza del 6 settembre 1978.

Sunday Times v. the United Kingdom (n. 1), ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979.

Young, James and Webster v. the United Kingdom, ricorsi n. 7601/76 e 7806/77, sentenza del 13 agosto 1981.

Dudgeon v. the United Kingdom [Plenary], ricorso n. 7525/76, sentenza del 22 ottobre 1981.

Sporrong and Lönnroth [Plenary], ricorsi n. 7151/75 e 7152/75, sentenza del 23 settembre 1982.

Ashingdane v. the United Kingdom, ricorso n. 8225/78, sentenza del 28 maggio 1985.

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom [Plenary], ricorsi n. 9214/80, 9473/81 e 9474/81, sentenza del 28 maggio 1985.

Johnston and others v. Ireland [Plenary], ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 febbraio 1986.

James and others v. the United Kingdom, ricorso n. 8793/79, sentenza del 21 febbraio 1986.

Belilos v. Switzerland, ricorso n. 10328/83, sentenza del 29 aprile 1988.

Ciulla v. Italy [Plenary], ricorso n. 11152/84, sentenza del 22 febbraio 1989.

Soering v. the United Kingdom [Plenary], ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989.

Allan Jacobson v. Sweden (no. 1), ricorso n. ,10842/83 sentenza del 25 ottobre 1989.

Cossey v. the United Kingdom [Plenary], ricorso n. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990.

Darby v. Sweden, ricorso n. 11581/85, sentenza del 23 ottobre 1990.

Observer and Guardian v. the United Kingdom [Plenary], ricorso n. 13585/88, sentenza del 26 novembre 1991.

Boddaert v. Belgium, ricorso n. 12919/87, sentenza del 12 ottobre 1992.

Brannigan and McBride v. the United Kingdom [Plenary], ricorsi n. 14553/89 e 14554/89, sentenza del 26 maggio 1993.

Murray v. the United Kingdom [GC], ricorso n. 14301/88, sentenza del 28 ottobre 1994.

Loizidou v. Turkey, ricorso n. 15318/89, sentenza sulle eccezioni preliminari del 23 marzo 1995.

Vogt v. Germany, ricorso n. 17851/91, sentenza del 26 settembre 1995.

Aksoy v. Turkey, ricorso n. 21987/93, sentenza del 18 dicembre 1996.

Wingrove v. the United Kingdom, ricorso n. 17419/90, sentenza del 25 novembre 1996.

Beer and Regan v. Germany [GC], ricorso n. 28934/95, sentenza del 18 febbraio 1999.

Matthews v. the United Kingdom, ricorso n. 24833/94, sentenza del 18 febbraio 1999.

Waite and Kennedy v. Germany [GC], ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999.

Matter v. Slovakia, ricorso n. 31534/96, sentenza del 5 luglio 1999.

Smith and Grady v. the United Kingdom, ricorsi n. 33985/96 e 33986/96, sentenza del 27 settembre 1999.

Pellegrin v. France [GC], ricorso n. 28541/95, sentenza dell'8 dicembre 1999.

Beyeler v. Italy [GC], ricorso n. 33202/96, sentenza del 5 gennaio 2000.

Thlimmenos v. Greece [GC], ricorso n. 34369/97, sentenza del 6 aprile 2000.

Maaouia v. France [GC], ricorso n. 39652/98, sentenza del 5 ottobre 2000.

Ferrazzini v. Italy [GC], ricorso n. 44759/98, sentenza del 12 luglio 2001.

McElhinney v. Ireland [GC], ricorso n. 31253/96, sentenza del 21 novembre 2001.

Al-Adsani v. the United Kingdom, ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001.

Pretty v. the United Kingdom, ricorso n. 2346/02, sentenza del 29 aprile 2002.

Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], ricorso n. 28957/95, sentenza dell'11 luglio 2002.

Kalogeropoulou e altri c. Grecia e Germania, ricorso n. 59021/00, decisione del 12 dicembre 2002.

Sabou et Pircalab c. Romania, ricorso n. 46572/99, sentenza del 28 settembre 2004.

Emesa Sugar N.V. v. the Netherlands, ricorso n. 62023/00, decisione del 13 gennaio 2005.

Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], ricorsi n. 46827/99 e 46951/99, sentenza del 4 febbraio 2005.

Nevmerhitsky v. Ukraine, ricorso n. 54825/00, sentenza del 5 aprile 2005.

Fadeyeva v. Russia, ricorso n. 55723/00, sentenza del 9 giugno 2005.

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, ricorso n. 45038/98, sentenza del 30 giugno 2005.

Leyla Şahin v. Turkey [GC], ricorso n. 44774/98, sentenza del 10 novembre 2005.

Wainwright v. the United Kingdom, ricorso n. 12350/04, sentenza del 26 settembre 2006.

Özgül c. Turquie, ricorso n. 7715/02, decisione del 6 marzo 2007.

Evans v. the United Kingdom [GC], ricorso n. 6339/05, sentenza del 10 aprile 2007.

Vilho Eskelinen and others v. Finland [GC], ricorso n. 63235/00, sentenza del 19 aprile 2007.

Jahn and others v. Germany [GC], ricorsi n. 46720/99 e altri, sentenza del 30 giugno 2007.

Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], ricorso n. 41615/07, sentenza del 6 luglio 2007.

Karner v. Austria, ricorso n. 40016/98, sentenza del 24 luglio 2007.

Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], ricorsi n. 21279/02 e 36448/02, sentenza del 22 ottobre 2007.

Hamer c. Belgio, ricorso n. 21861/03, sentenza del 27 novembre 2007.

Saadi v. Italy [GC], ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008.

Budayeva and others v. Russia, ricorsi n. 15539/02 e altri, sentenza del 20 marzo 2008.

N. v. the United Kingdom [GC], ricorso n. 26565/05, sentenza del 27 maggio 2008.

Renolde c. France, ricorso n. 5608/05, sentenza del 16 ottobre 2008.

S. and Marper v. the United Kingdom [GC], ricorsi n. 30562/04 e 30556/04, sentenza del 4 dicembre 2008.

Tătar v. Romania, ricorso n. 67021/01, sentenza del 27 gennaio 2009.

A. and others v. the United Kingdom [GC], ricorso n. 3455/95, sentenza del 19 febbraio 2009.

Kozavioglu v. Turkey [GC], ricorso n. 2334/03, sentenza del 19 febbraio 2009.

Panjeheighalehei v. Denmark, ricorso n. 11230/07, decisione del 13 ottobre 2009.

Demir and Bayakara v. Turkey [GC], ricorso n. 34503/97, sentenza del 12 novembre 2009.

Gäfgen v. Germany [GC], ricorso n. 22978/05, sentenza del 1 giugno 2010.

Shalk and Kopf v. Austria, ricorso n. 30141/04, sentenza del 24 giugno 2010.

M.S.S. v. Belgium and Greece [GC], ricorso n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011.

Dubetska and others v. Ukraine, no. 30499/03, sentenza del 10 febbraio 2011.

Lautsi and others v. Italy [GC], ricorso n. 30814/07, sentenza del 18 marzo 2011.

Jendrowiak v. Germany, ricorso n. 30060/04, sentenza del 14 aprile 2011.

Al Jedda v. the United Kingdom [GC], ricorso n. 27021/08, sentenza del 7 luglio 2011.

Axel Springer AG v. Germany [GC], ricorso n. 39954/08, sentenza del 7 febbraio 2012.

Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], ricorsi n. 40660/08 e 60641/08, sentenza del 7 febbraio 2012.

Austin and others v. the United Kingdom [GC], ricorsi n. 39692/09 e altri, sentenza del 15 marzo 2012.

Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece [GC], ricorso n. 42202/07, sentenza del 15 marzo 2012.

Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland [GC], ricorso n. 16354/06, sentenza del 13 luglio 2012.

Nada v. Switzerland [GC], ricorso n. 10593/08, sentenza del 12 settembre 2012.

Godelli v. Italy, ricorso n. 33783/09, sentenza del 25 settembre 2012.

Michaud v. France, ricorso n. 12323/11, sentenza del 6 dicembre 2012.

Chapman v. Belgium, ricorso n. 39610/06, decisione del 5 marzo 2013.

Avotins v. Latvia [GC], ricorso n. 17502/07, sentenza del 23 maggio 2013.

Stitching Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands, ricorso n. 65542/12, decisione dell'11 giugno 2013.

Vinter and others v. the United Kingdom [GC], ricorsi n. 66069/09, 130/10 e 3896/10, sentenza del 9 luglio 2013.

Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina [GC], ricorsi n. 2313/08.e 34179/08, sentenza del 28 luglio 2013.

Gutsanovi v. Bulgaria, ricorso n. 34529/10, sentenza del 15 ottobre 2013.

Jones and others v. the United Kingdom, ricorsi n. 34356/06 e 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2014.

Grande Stevens v. Italy, ricorsi n. 18640/10 e altri, sentenza del 4 marzo 2014.

Mennesson c. France, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 giugno 2014.

Labasee c. France, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014.

S.A.S. v. France [GC], *S.A.S. v. France* [GC], ricorso n. 43835/11, sentenza del 1 luglio 2014.

Lambert and others v. France [GC], ricorso n. 46043, sentenza del 5 giugno 2015.

Bouydin v. Belgium [GC], ricorso n. 23380/09, sentenza del 28 settembre 2015.

Delfi AS v. Estonia [GC], ricorso n. 54569/09, sentenza del 16 giugno 2015.

Parrillo v. Italy [GC], ricorso n. 46470/11, sentenza del 27 agosto 2015.

Perinçek v. Switzerland [GC], ricorso n. 7510, sentenza del 15 ottobre 2015.

Vasiliauskas v. Lithuania [GC], ricorso n. 35343/05, sentenza del 20 ottobre 2015.

Al-Dulimi v. Switzerland [GC], ricorso n. 5809/08, sentenza del 21 giugno 2016.

Ibrahim and others v. the United Kingdom [GC], ricorsi n. 50541/08 e altri, sentenza del 13 settembre 2016.

Muršić v. Croatia [GC], ricorso n. 7334/13, sentenza del 20 ottobre 2016.

Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary [GC], ricorso n. 18030/11, sentenza dell'8 novembre 2016.

Khlaifia v. Italy [GC], ricorso n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016.

Khamtokhu and Aksenchik v. Russia [GC], ricorsi n. 60367/08 e 961/11, sentenza del 24 gennaio 2017.

De Tommaso v. Italy [GC], ricorso n. 43395/09, sentenza del 23 febbraio 2017.

A.-M.V. v. Finland, ricorso n. 53251/13, sentenza del 23 marzo 2017.

Podeschi v. San Marino, ricorso n. 66357/14, sentenza del 13 aprile 2017, par. 86.

Sinim v. Turkey, ricorso n. 9441/10, sentenza del 6 giugno 2017.

Bayev and others v. Russia, ricorsi n. 67667/09 e altri, sentenza del 20 giugno 2017.

Naït-Liman v. Switzerland [GC], ricorso n. 51357/07, sentenza del 15 marzo 2018.

United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary, ricorso n. 27585/13, sentenza del 22 maggio 2018.

Gülbahar Özen and Yusuf Özen v. Turkey, ricorso n. 64406/09, sentenza del 29 maggio 2018.

Voynov v. Russia, ricorso n. 39747/10, sentenza del 3 luglio 2018.

Lekič v. Slovenia [GC], ricorso n. 36480/07, sentenza dell'11 dicembre 2018.

Auhnabay et autres c. Turquie, ricorso n. 6080/06, decisione del 29 gennaio 2019.

Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland, ricorso n. 16874/12, sentenza del 5 febbraio 2019.

Marcello Viola c. Italie (n. 2), ricorso n. 77633/16, sentenza del 13 giugno 2019.

Zhdanov and others v. Russia, ricorsi n. 12200/08 e altri, sentenza del 16 luglio 2019.

Strand Lobben and others v. Norway [GC], ricorso n. 37283/13, sentenza del 10 settembre 2019.

Balsamo v. San Marino, ricorsi n. 20319/17 e 21414/17, sentenza dell'8 ottobre 2019.

N.D. and N.T. v. Spain [GC], ricorsi n. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 13 febbraio 2020.

M.N. and others v. Belgium, ricorso n. 3599/18, decisione del 5 maggio 2020.

Lilliendahl v. Iceland, ricorso n. 29297/18, sentenza del 12 maggio 2020.

Muhammad and Muhammad v. Romania [GC], ricorso n. 80982/12, sentenza del 15 ottobre 2020.

X and others v. Bulgaria [GC], ricorso n. 22457/16, sentenza del 2 febbraio 2021.

Meshcheryakov v. Russia, ricorso n. 24564/04, sentenza del 3 febbraio 2021.

Hussein and others v. Belgium, ricorso n. 45187/12, sentenza del 16 marzo 2021.

Bivolaru et Moldovan c. France, ricorsi n. 40324/16 e 12623/17, sentenza del 25 marzo 2021.

Big Brother Watch and others v. the United Kingdom [GC], ricorsi n. 58170/13 e altri, sentenza del 25 maggio 2021.

Bara and Kola v. Albania, ricorsi n. 43391/18 e 17766/19, sentenza del 12 ottobre 2021.

J.C. and others v. Belgium, ricorso n. 11625/17, sentenza del 12 ottobre 2021.

Savran v. Denmark [GC], ricorso n. 57467/15, sentenza del 7 dicembre 2021.

Milanković v. Croatia, ricorso n. 33351/20, sentenza del 20 gennaio 2022.

Association des familles des victimes du Joola c. France, ricorso n. 21119/19, decisione del 27 gennaio 2022.

A.M. v. Norway, ricorso n. 30254/18, sentenza del 24 marzo 2022.

Savickis and others v. Latvia [GC], ricorso n. 49270/11, sentenza del 9 giugno 2022.

Advisory opinion on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date, richiesta n. P16-2021-002, opinione consultiva del 13 luglio 2022.

H.F. and others v. France [GC], ricorsi n. 24384/19 e 44234/20, sentenza del 14 settembre 2022.

Otite v. the United Kingdom, ricorso n. 18339/19, sentenza del 27 settembre 2022.

Pavlov and others v. Russia, n. 31612/09, sentenza dell'11 ottobre 2022.

Kotov and others v. Russia, ricorsi n. 6142/18 e altri, sentenza dell'11 ottobre 2022.

Beeler v. Switzerland [GC], ricorso n. 78630/12, sentenza dell'11 novembre 2022.

D.B. et autres c. Suisse, ricorsi n. 58817/15 e 58252/15, sentenza del 22 ottobre 2022.

Macaté v. Lithuania [GC], ricorso n. 61435/19, sentenza del 23 gennaio 2023.

L.B. v. Hungary [GC], ricorso n. 36345/16, sentenza del 9 marzo 2023.

N.M. c. Belgique, ricorso n. 43966/19, sentenza del 18 aprile 2023

Corte interamericana dei diritti umani

Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica, Series A n. 4, opinione consultiva del 19 gennaio 1984.

Cantos v. Argentina, Series C n. 97, sentenza del 28 novembre 2002.

Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, opinione consultiva n. OC 18/03, 17 settembre 2003.

Herrera-Ulloa v. Costa Rica, Series C n. 107, sentenza del 2 luglio 2004.

Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Series C n. 125, sentenza del 17 giugno 2005.

Palamara-Iribarne v. Chile, Series C n. 135, sentenza del 22 novembre 2005.

Barreto Leiva v. Venezuela, Series C n. 206, sentenza del 17 novembre 2009.

Fontevecchia and D'Amico v. Argentina, Series C n. 238, sentenza del 29 novembre 2011.

Atala Rizzo and Children v. Chile, Series C n. 236, sentenza del 24 febbraio 2012.

Artavia Murillo et al ("In vitro fertilization") v. Costa Rica, Series C n. 257, sentenza del 28 novembre 2012.

Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic, Series C n. 282, sentenza del 28 agosto 2014.

The Environment and Human Rights, opinione consultiva OC-23/17 del 15 novembre 2017.

Workers of the Fireworks Factory in Santo Antonio de Jesus and Their Families v. Brazil, Series C n. 407, sentenza del 15 luglio 2020.

Corte internazionale di giustizia

Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), sentenza del 9 aprile 1949, ICJ Rep. 1949, p. 4.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, opinione consultiva dell'11 aprile 1949, ICJ Rep. 1949, p. 174.

International Status of South West Africa, opinione consultiva dell'11 luglio 1950, ICJ Rep. 1950, p. 128.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, opinione consultiva del 28 maggio 1951, ICJ Rep. 1951, p. 15.

Anglo-Norwegian Fisheries (United Kingdom v. Norway), sentenza del 18 dicembre 1951, ICJ Rep. 1951, p. 116.

Effect of Awards of Compensation made by the UN Administrative Tribunal, opinione consultiva del 13 luglio 1954, ICJ Rep. 1954, p. 47.

Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), sentenza sulle eccezioni preliminari del 26 novembre 1957, ICJ Rep. 1957, p. 125.

Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), opinione consultiva del 20 luglio 1962, ICJ Rep. 1962, p. 151.

South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), sentenza sulle eccezioni preliminari del 21 dicembre 1962, ICJ Rep. 1962, p. 319.

South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), sentenza sulle eccezioni preliminari (seconda fase) del 18 luglio 1966, ICJ Rep. 1966, p. 6.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), sentenza del 20 febbraio 1969, ICJ Rep. 1969, p. 3.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962), sentenza sulle eccezioni preliminari (seconda fase) del 5 febbraio 1970, ICJ Rep. 1970, p. 3.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), sentenza del 25 luglio 1974, ICJ Rep. 1974, p. 3.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine (Canada/United States of America), sentenza del 12 ottobre 1984 resa da una Camera costituita ai sensi dell'ordinanza della Corte del 20 gennaio 1982, ICJ Rep. 1984, p. 246.

Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali), sentenza del 22 dicembre 1986, ICJ Rep. 1986, p. 554.

Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), sentenza del 26 novembre 1986, ICJ Rep. 1986, p. 14.

Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), sentenza del 20 luglio 1989, ICJ Rep. 1989, p. 15.

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), sentenza del 25 settembre 1997, ICJ Rep. 1997, p. 7.

LaGrand (Germany v. United States of America), sentenza del 27 giugno 2001, ICJ Rep. 2001, p. 103.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), sentenza del 14 febbraio 2002, ICJ Rep. 2002, p. 3.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), sentenza del 6 novembre 2003, ICJ Rep. 2003, p. 161.

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), sentenza del 31 maggio 2004, ICJ Rep. 2004, p. 12.

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), sentenza del 4 giugno 2008, ICJ Rep. 2008, p. 177.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), sentenza sulle eccezioni preliminari del 18 novembre 2008, ICJ Rep. 2008, p. 412.

Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), sentenza del 13 luglio 2009, ICJ Rep. 2009, p. 213.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), sentenza del 20 aprile 2010, ICJ Rep. 2010, p. 14.

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, opinione consultiva del 22 luglio 2010, ICJ Rep. 2010, p. 403.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), sentenza del 3 febbraio 2012, ICJ Rep. 2012, p. 99.

Obligation to Prosecute or to Extradite (Belgium v. Senegal), sentenza del 20 luglio 2012, ICJ Rep. 2012, p. 422.

Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan; New Zealand intervening), sentenza del 31 marzo 2014, ICJ Rep. 2014, p. 226.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), sentenza del 3 febbraio 2015, ICJ Rep. 2015, p. 3.

Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), sentenza sulle eccezioni preliminari del 6 giugno 2018, ICJ Rep. 2018, p. 1.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), ordinanza sulla richiesta di indicazione di misure cautelari del 23 gennaio 2020, ICJ Rep. 2020, p. 3.

Alleged Violation of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), sentenza sulle eccezioni preliminari del 3 febbraio 2021.

Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), sentenza del 21 aprile 2022.

Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), sentenza del 30 marzo 2023.

Corte penale internazionale

Camera d'appello, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, caso ICC-01/04-01/06-1401, sentenza d'appello del 3 ottobre 2006 contro la decisione della difesa sulla giurisdizione della Corte.

Prima Camera preliminare, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, caso n. ICC-02/05-01/09-3, decisione del 4 marzo 2009 sulla richiesta del procuratore di un mandato di arresto.

Seconda Camera preliminare, *Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, caso n. ICC-02/04-01/05-337, decisione sull'ammissibilità del caso ai sensi dell'art. 19, par. 1, dello Statuto del 10 marzo 2009.

Seconda Camera preliminare, *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n. ICC-01/05-01/08-424, decisione del 15 giugno 2009 sui capi di imputazione.

Seconda Camera preliminare, *Situation in the Republic of Kenya*, caso n. ICC-01/09-19, decisione ai sensi dell'art. 15 dello Statuto sull'autorizzazione ad aprire un'indagine del 31 marzo 2010.

Camera d'appello, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, caso n. ICC-02/05-01/09, decisione del 13 dicembre 2011, correzione della decisione ai sensi dell'art. 87, par. 7, dello Statuto di Roma sull'omissione della Repubblica del Malawi a dare esecuzione alla richiesta di cooperazione emessa dalla Corte in relazione all'arresto e alla consegna di Omar Hassan Ahmad Al-Bashir.

Camera d'appello, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, caso n. ICC-02/05-01/09, sentenza d'appello del 6 maggio 2019 sul rinvio della Giordania sull'obbligo di cooperazione con la Corte.

Seconda Camera preliminare, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n. ICC-01/05-01/08, decisione del 18 maggio 2020 sulla richiesta del Sig. Bemba di un indennizzo e di un risarcimento dei danni.

Corte permanente di giustizia internazionale

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, opinione consultiva del 7 febbraio 1923, Series B n. 4.

Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain), sentenza del 30 agosto 1924, Series A n. 2.

Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. Great Britain), sentenza sulla giurisdizione del 10 ottobre 1927, Series A n.11.

Oscar Chinn (United Kingdom v. Belgium), sentenza del 12 dicembre 1934, n. 61, Series A/B n. 63.

Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium), sentenza del 28 giugno 1937, PCIJ Series A/B n. 70.

Organi di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio

Panel, *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, L/6439, BISD 36S/345, rapporto del 7 novembre 1989.

Panel, *United States- Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WS/DS2/R, rapporto del 29 gennaio 1996.

Organo di appello, *European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products (EC – Hormones)*, WT/DS48/AB/R, rapporto del 13 febbraio 1998.

Organo di appello, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Shrimp – Turtles)*, AB-1998-4, rapporto del 12 ottobre 1998.

Organo di appello, *Korea – Measures affecting Import of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea – Beef)*, WT/DS161/AB/R e WT/DS169/AB/R, rapporto dell'11 dicembre 2000.

Organo di appello, *Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (EC – Asbestos)*, WT/DS135/AB/R, rapporto del 5 aprile 2001.

Organo di appello, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/AB/R, rapporto del 20 aprile 2005.

Organo di appello, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes (Dominican Republic – Cigarettes)*, WT/DS302/AB/R, rapporto del 25 aprile 2005.

Organo di appello, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres (Brazil – Tyres)*, WT/DS332/AB/R, rapporto del 3 dicembre 2007.

Organo d'appello, *United States—Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, rapporto del 20 aprile 2008.

Organo d'appello, *China – Measures Affecting Trading rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China – Publications)*, WT/DS363/AB/R, rapporto del 19 gennaio 2010.

Organo d'appello, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China – Raw Materials)*, WT/CS394 e 398/AB/R, rapporto del 22 febbraio 2012.

Organo d'appello, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (US – Clove Cigarettes)*, WT/DS406/AB/R, rapporto del 24 aprile 2012.

Organo d'appello, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC – Seal Products)*, WT/DS400/AB/R e WT/DS401/AB/R, rapporto del 18 giugno 2014.

Panel, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Australia – Tobacco)*, WT/DS435/R. e altri, rapporto del 28 giugno 2018.

Organo d'appello, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Australia – Tobacco)*, WT/DS435/R. e altri, rapporto del 29 giugno 2020.

Tribunale internazionale per il diritto del mare

The Camouco Case (Panama v. France), caso n. 5, sentenza del 7 febbraio 2000

The Monte Confurco Case (Seychelles v. France), caso n. 6, sentenza del 18 dicembre 2000.

The Volga Case (Russian Federation v. Australia), caso n. 11, sentenza del 23 dicembre 2002.

The Juno Trader Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea Bissau), caso n. 13, sentenza del 18 settembre 2004.

The Hoshinmaru Case (Japan v. Russian Federation), caso. n. 14, sentenza del 6 agosto 2007.

Tribunali arbitrali interstatali *ad hoc*

- Alabama Claims (United States of America/Great Britain)*, lodo arbitrale del 14 settembre 1872, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXIX, pp. 125 ss.
- Commissione italo-venezuelana per le riparazioni, *Gentini*, lodo del 1 luglio 1903, Reports of International Arbitral Awards, Vol. X, pp. 551 ss.
- The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, lodo del 7 settembre 1910, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XI, pp. 167 ss.
- Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd (Great Britain v. United States)*, lodo del 9 novembre 1923, Reports of International Arbitral Awards, Vol. VI, pp. 112 ss.
- Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, lodo del 1 maggio 1925, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 615 ss.
- Arbitral Award Rendered in Conformity with the Special Agreement Concluded on January 23, 1925 between the United States of America and the Netherlands Relating to the Arbitration of Differences Respecting Sovereignty over the Islands of Palmas (or Miangas)*, lodo del 4 aprile 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. 2, pp. 829 ss.
- Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)*, lodi del 31 luglio 1928 e 30 giugno 1930, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, pp. 1011 ss.
- Honduras Borders (Guatemala, Honduras)*, lodo del 23 gennaio 1933, Report of International Arbitral Awards, Vol. II, pp. 1307 ss.
- Trail Smelter (United States of America/Canada)*, 16 lodo del 11 marzo 1941, Reports of International Arbitral Awards, Vol. III, pp. 1938 ss.
- Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, lodo del 18 novembre 1957, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XIII, pp. 281 ss.
- Filleting within the Gulf of St Lawrence between Canada and France*, lodo del 17 luglio 1986, Report of International Arbitral Awards, Vol. XIX, pp. 225 ss.
- The Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. the United Kingdom)*, CPA, caso n. 2011-03, lodo del 18 marzo 2015.
- Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, CPA, caso n. 2014-02, lodo del 14 agosto 2015.

Tribunali arbitrali investitore-Stato

- S.D. Mayer, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, lodo parziale del 12 novembre 2000.
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. the United Mexican States*, ICSID, caso n. ARB(AF)/00/2, lodo del 29 maggio 2003.
- CSM Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, ICSID, caso n. ARB/01/8, lodo del 12 maggio 2005.

Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, lodo parziale del 17 marzo 2006.

El Paso v Argentina, ICSID, caso n. ARB/03/15, decisione sulla giurisdizione del 27 aprile 2006.

Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID, caso n. ARB/01/3, lodo del 22 maggio 2007.

United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada, UNCITRAL, caso n. UNCT/02/1, lodo del 24 maggio 2007.

Sempra Energy International v. the Argentine Republic, ICSID, caso n. ARB/02/16, lodo del 28 settembre 2007.

Continental Casualty Company v. the Argentine Republic, ICSID, caso n. ARB/03/9, lodo del 5 settembre 2008.

Romak S. A. v. Uzbekistan, UNCITRAL, caso n. AA 280, lodo del 26 novembre 2009.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID, caso n. ARB/06/08, lodo del 14 gennaio 2010.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID, caso n. ARB/03/19, lodo del 10 luglio 2010.

Suex, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. The Argentine Republic, ICSID, n. ARB/03/10, lodo del 30 luglio 2010.

Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, lodo del 2 agosto 2010.

Total S.A. c. Argentine Republic, ICSID, caso n. ARB/04/01, lodo del del 27 dicembre 2010.

Abaclat and others v. the Argentine Republic, ICSID caso n. ARB/07/5, lodo del 28 ottobre 2011.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID, caso n. ARB/06/1, lodo del 7 dicembre 2011.

Cargill Incorporated v. United Mexican States, ICSID, caso n. ARB(AF)/05/4, lodo del 22 maggio 2012.

Quasar de Valores SICAV S.A. and others v. the Russian Federation, SCC, caso n. 24/2007, lodo del 20 luglio 2012.

Electrabel v. Hungary, ICSID, caso n. ARB/07/19, lodo del 30 novembre 2012.

Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID, caso n. ARB/10/15, lodo 18 luglio 2015.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID, caso n. ARB/10/7, lodo dell'8 luglio 2016.

Bluesun S.A., Jean-Pierre Lecorcier e Michael Stein v. Italian Republic, ICSID, caso n. ARB/14/3, lodo del 27 dicembre 2016.

Eco Oro Minerals Corp v Republic of Colombia, ICSID, caso n. ARB/16/41, lodo del 9 settembre 2021.

Tribunali penali post Seconda guerra mondiale

Tribunale militare internazionale di Norimberga, *United States of America c. Wilhelm List et al (Hostage case)*, sentenza del 19 febbraio 1948.

Tribunale militare internazionale per il Far East, *United States et al v Araki*, sentenza del 4 novembre 1948

Tribunale penale internazionale per il Ruanda

Camera d'appello, *Prosecutor v. Berayagwiza*, caso n. ICTR-97-19-AR72, decisione sulla richiesta di revisione del procuratore, 31 marzo 2000.

Camera d'appello, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, caso n. ICTR-97-20-A, decisione del 31 maggio 2000.

Camera d'appello, *Prosecutor v. Berayagwiza*, ICTR-98-44C-T, decisione sulla riparazione adeguata del 31 gennaio 2007.

Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia

Camera d'appello, *Prosecutor Duško Tadić a/k/a "DULE"*, caso n. IT-94-1-A, decisione sulla mozione della difesa per un appello interlocutorio sulla giurisdizione del 2 ottobre 1995.

Camera d'appello, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, caso n. IT-95-14, sentenza sulla richiesta della Croazia di revisione della sentenza resa il 18 luglio 1997 dalla Camera di prima istanza, del 18 luglio 1997.

Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, caso n. IT-95-14, decisione sull'obiezione della Croazia all'adozione di una *Sobpoenae Duces Tecum*, del 18 luglio 1997.

Camera d'appello, *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, caso n. IT-96-22, sentenza del 7 ottobre 1997.

Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Anto Furunzija*, caso n. IT-95-17/1, sentenza del 10 dicembre 1998.

Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al*, caso n. IT-95-16, sentenza del 14 gennaio 2000.

Camera d'appello, *Prosecutor v. Hadzihasanović and Kubura*, caso n. IT-01-47, decisione sulla richiesta di scarcerazione provvisoria del 13 dicembre 2001.

Camera d'appello, *Prosecutor v. Darko Mrdai*, caso n. IT-02-59-PT, decisione sulla richiesta di scarcerazione provvisoria del 2 aprile 2002.

Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n. IT-97-25-T, sentenza del 15 marzo 2002.

Camera di prima istanza, *Prosecutor c. Limaj et al*, caso n. IT-03-66-AR65, decisione sulla richiesta di scarcerazione provvisoria del 31 ottobre 2003.

Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Galić*, caso n. IT-98-29, sentenza del 5 dicembre 2003.

Tribunali penali misti

Tribunale speciale per il Libano, *Prosecutor v. Ayyash*, caso n. STL-11-01/I, decisione interlocutoria sul diritto applicabile del 16 febbraio 2011.

Camere straordinarie per le Corti della Cambogia, Ufficio del giudice co-investigatore, *Prosecutor v. Tith Yim*, caso n. 004/07-09-2009-ECCC/OCIJ, memoria della difesa del 18 ottobre 2021.

STRUMENTI INTERNAZIONALI CITATI

COMMENTI GENERALI DEI COMITATI ISTITUITI DAI TRATTATI ONU SUI DIRITTI UMANI

- Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, 14 dicembre 1990.
- Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 29. States of Emergency (Article 4)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 agosto 2001.
- Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant)*, UN Doc. E/C.12/2005/4, 11 agosto 2005.
- Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 34. Article 19: Freedom of Opinion and Expression*, UN Doc. CCPR/C/GC/34, 12 settembre 2011.
- Comitato dei diritti del fanciullo, *General Comment No. 14 (2013) on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken into Primary Consideration*, UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 maggio 2013.
- Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 agosto 2017.
- Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 36 on Article 36 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36, 30 ottobre 2018.

LAVORI DELLA COMMISSIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

- Draft on arbitral procedure*, in *Yearbook of the International Law Commission 1952*, vol. II, UN Doc. A/2163, p. 63.
- Model Rules on Arbitral Procedure with a general commentary*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, vol. II.
- Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. 2, Part II,
- Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. 2, Part II.
- Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, M. Koskeniemi, Relatore speciale, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006.
- First report on jus cogens*, D. Tladi, Relatore speciale, UN Doc. A/CN.4/693, 8 marzo 2016.
- Report of the International Law Commission*, Settantesima sessione, 30 aprile-1 giugno e 2 luglio-10 agosto 2018, Supplemento n. 10, UN Doc. A/73/10.

First report on general principles of law, M. Vázquez-Bermúdez, Relatore speciale, UN Doc. A/CN.4/732, 5 aprile 2019.

Second report on general principles of law, M. Vázquez-Bermúdez, Relatore speciale, UN Doc. A/CN.4/741, 5 aprile 2020.

Report of the work of the seventy-second session, 24 aprile-4 giugno e 5 luglio-6 agosto 2021, UN Doc. Supplement No. 10 A/76/10.

Third report on general principles of law, M. Vázquez-Bermúdez, Relatore speciale, UN Doc. A/CN.4/753, 18 aprile 2022.

RISOLUZIONI DELL'ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE

International Co-Operation in the Peaceful Uses of Outer Space, risoluzione 1721 (XVI), 20 dicembre 1961.

Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, UN Doc. GA/RES/XXV, 24 ottobre 1970.

Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704, 3 maggio 1993.

We the peoples: the role of the United Nations in the twenty-first century, Rapporto del Segretario generale, UN Doc. A/54/2000, 27 marzo 2000.

Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, UN Doc. A/HRC/33/42, 11 agosto 2016.

VARIE

CPGI (ed.), *Proceedings of the Advisory Committee of Jurists: Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee*, 1920, L'Aja, Van Langenhuysen Brothers.

CPGI, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920)*, with Annexes, 1920, L'Aja, Ann. No. 3.

Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 2000, disponibile su <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>.

United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, febbraio 2020, p. 94, disponibile online su <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/USTR.Appellate.Body.Rpt.Feb2020.pdf>.

LISTA DELLE ABBREVIAZIONI

In alcuni casi, per maggiore notorietà, viene utilizzato l'acronimo inglese.

Accordo generale per i dazi e il commercio (*General Agreement of Tariffs and Trade*): **GATT**

Accordo generale sul commercio di servizi (*General Agreement on Trade in Services*): **GATS**

Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie (*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*): **SPS**

Accordo sugli aspetti della proprietà intellettuale legati al commercio (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*): **TRIPs**

Accordo sulle barriere tecniche agli scambi (*Agreement on Technical Barriers to Trade*): **TBT**

Carta africana dei diritti umani e dei popoli: **CADU**

Commissione del diritto internazionale: **CDI**

Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (*United Nations Convention on the Law of the Sea*): **UNCLOS**

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: **CVDT**

Convenzione europea dei diritti umani: **CEDU**

Convenzione interamericana dei diritti umani: **CIADU**

Corte africana dei diritti umani: **Corte ADU**

Corte europea dei diritti umani: **Corte EDU**

Corte interamericana dei diritti umani: **Corte IADU**

Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati (*International Convention for the Settlement of Investment Disputes*): **ICSID**

Corte internazionale di giustizia: **CIG**

Corte permanente di arbitrato: **CPA**

Corte permanente di giustizia internazionale: **CPGI**

Organizzazione degli Stati americani: **OAS**

Organizzazione mondiale del commercio: **OMC**

Regolamento sulla soluzione delle controversie dell'OMC (*Understanding on the Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes*): **DSU**

Trattato nordamericano di libero scambio (*North American Free Trade Agreement*): **NAFTA**

Trattato sull'Unione europea: **TUE**

Tribunale internazionale del diritto del mare (*International Tribunal for the Law of the Sea*): **ITLOS**

Zona economica esclusiva (*Exclusive Economic Zone*): **EEZ**



**Università
degli Studi
di Palermo**

AREA QUALITÀ, PROGRAMMAZIONE E SUPPORTO
STRATEGICO
SETTORE STRATEGIA PER LA RICERCA
U. O. DOTTORATI



Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti” – Doctorat en “Droit international et européen”

Dipartimento di giurisprudenza – Università di Palermo
École doctorale de droit – Institut de recherche en droit international et européen
(IREDIES) – Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne

La technique du balancement dans la jurisprudence des tribunaux internationaux

Thèse pour l’obtention du grade de Docteur en droit

Presentée par

Lorenzo Acconciamesa

sous la direction de

Monsieur le Professeur Paolo Palchetti

et

Monsieur le Professeur Pasquale De Sena

Résumé

Le balancement des intérêts, des principes ou des valeurs est une technique judiciaire – c'est-à-dire une forme de raisonnement logico-juridique utilisée par le juge pour trancher un litige - de nature argumentative et réflexive. Le juge, lorsqu'il est confronté à une question juridique, prend en considération les circonstances particulières de l'affaire, en identifiant les intérêts, principes ou valeurs pertinents, en déterminant rationnellement l'équilibre approprié entre eux et en formulant une règle qui reflète cet équilibre. En particulier, selon la définition donnée dans cet ouvrage, il s'agit de la forme de raisonnement juridique qui résout une question de droit en la décomposant en termes de conflit et/ou d'interaction entre des principes, des intérêts ou des valeurs et qui, après leur avoir attribué un poids à la fois dans l'abstrait et en raison des circonstances du cas concret, identifie un équilibre normatif entre eux et formule une règle de résolution du

cas qui les prend en compte et les concrétise dans une réglementation précise des faits du litige. Cette technique peut remplir au moins trois fonctions différentes dans la pratique judiciaire, qui se recoupent partiellement. Le juge peut, si le cas à trancher n'est régi par aucune règle expresse, procéder à la recherche de la règle qui protège le mieux les intérêts ou les valeurs en jeu ; ou encore, il peut choisir, parmi plusieurs interprétations abstraitement possibles de la disposition applicable, celle qui protège le mieux ces intérêts ou ces valeurs ; enfin, si plusieurs règles sont pertinentes, et qu'il n'existe pas de critère de coordination entre elles, il peut choisir comme applicable la règle qui protège le mieux l'intérêt prévalent, ou trouver celle qui concilie de manière adéquate les exigences poursuivies par chacune d'entre elles. Il peut ainsi servir à combler les lacunes du droit, à interpréter les règles de droit ou à résoudre les conflits entre ces règles. Il est généralement affirmé que le balancement est la technique de décision pour les cas « difficiles », « inhabituels » ou qui soulèvent des « *primae impressionis* difficulties », c'est-à-dire ceux pour lesquels le droit n'apporte pas de réponse immédiate sous la forme d'une règle qui, quelle que soit sa source, est prête à l'emploi, de sorte que le juge peut se contenter d'y intégrer les faits du litige. La théorie qui sous-tend cette technique veut que dans les cas où il apparaît qu'il peut y avoir des « *dei buchi neri, delle zone di turbolenza, delle aree grigie* » (« trous noirs, des zones de turbulence, des zones grises ») dans le droit (A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, 2021, Bologna, Il Mulino, p. 40, édité par M. FRULLI), le balancement permette de détecter, à la lumière des principes, des valeurs et des intérêts pertinents, la règle de droit à appliquer.

Tout comme dans les relations sociales entre individus, régies par le droit des systèmes juridiques nationaux, les relations internationales entre États, et les litiges qui en découlent inévitablement, soulèvent constamment des questions nouvelles, inattendues, voire imprévisibles. En effet, une telle éventualité se présente probablement plus souvent en droit international qu'en droit interne : d'une part, la principale source de droit général, applicable à tous les sujets, est la coutume, et d'autre part, les procédures d'élaboration des traités sont particulièrement longues et complexes. Comment des questions nouvelles, voire insolites, ont-elles pu faire l'objet d'une pratique constante et répétée dans le temps, accompagnée de la conviction du caractère obligatoire du comportement ? Par exemple, comment aurait-il pu y avoir, au moment de la déclaration du président Truman en 1945, une coutume sur la délimitation du plateau continental, si avant le développement d'une technologie suffisante pour en exploiter les ressources, aucun État n'avait de prétention sur ce plateau ? Ou encore, lorsqu'en 1961 l'Assemblée générale des Nations Unies a consacré le principe de l'interdiction de l'appropriation des corps célestes, comment aurait-il pu y avoir une telle pratique, étant donné l'absence d'instruments pour s'y rendre ? Mais pensons aussi à la discipline des conflits armés, confrontée à l'invention de nouveaux types d'armes, comme les armes autonomes, à l'égard desquelles il y a manifestement un manque de pratique interdisant ou limitant leur

utilisation. Il en va de même pour le droit des traités, fruit de négociations longues et complexes, qu'il est difficile de modifier pour l'adapter à son temps et qui est donc souvent formulé en termes délibérément larges et généraux. Ainsi, en 1950, les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) n'auraient certainement pas pu prévoir que le droit au respect de la vie privée, inscrit à l'article 8, s'appliquerait aux interceptions massives de communications et à la reconnaissance des liens familiaux issus des techniques de gestation pour autrui, ou que la liberté d'expression garantie par l'article 10 serait invoquée à propos des formes de manifestation de la pensée sur les plateformes *en ligne*.

Dans un tel contexte normatif, la technique du balancement paraît en principe tout à fait appropriée pour permettre au juge international, à qui l'on soumet généralement des cas difficiles, "de parer à l'inconnu, à l'imprévu et même à l'imprévisible" (CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juillet 1962, CIJ Rep. 1962, p. 151, opinion individuelle de M. le juge P. Spender, p. 185). Pourtant, dans la doctrine internationaliste, et jusqu'à une date relativement récente, la théorie du droit sous-jacent au balancement n'a eu que peu de suites. En effet, une étude générale du rôle du balancement en droit international général fait défaut à ce jour. En ce qui concerne le rôle de cette technique dans la jurisprudence de la Tribunal international, certaines études se sont concentrées sur des domaines matériels spécifiques du système juridique, tels que les droits de l'homme internationaux, le commerce et le droit des investissements, tandis qu'une étude monocratique comparant systématiquement les approches des différentes cours fait défaut à ce jour. Cependant, on discute de plus en plus de la manière dont cette technique pourrait contribuer au développement progressif du droit international et à la promotion de la protection des valeurs collectives présumées de la communauté des États.

La présente recherche a donc pour but d'examiner le rôle de la technique du balancement dans le raisonnement des tribunaux internationaux. D'un point de vue technique, on tentera de clarifier les fonctions de cette technique et la structure de l'argumentation judiciaire qui en découle, pour autant qu'une approche commune aux différentes juridictions internationales puisse être trouvée. Du point de vue de la politique judiciaire, l'objectif est de fournir quelques explications possibles à la propension différente des différents tribunaux internationaux à utiliser cette technique ou, au sein de la jurisprudence d'un même tribunal international, à l'utilisation différente de cette technique dans le temps ou en fonction de la nature du litige, des parties et de la droit applicable. Enfin, dans le contexte plus large du droit international contemporain, on se demandera si l'utilisation plus ou moins importante de cette technique par les différentes juridictions internationales peut être une indication de la perception que chaque juridiction a de sa propre fonction et, plus largement, du rôle de la fonction judiciaire dans l'ordre juridique international. Ce faisant, la recherche entend s'inscrire dans le débat sur

le rôle du juge dans l'ordre international. La question sera posée de savoir si, face à l'augmentation du nombre de cours et tribunaux internationaux et du nombre de litiges qui leur sont soumis, le juge est devenu un acteur plus important dans cet ordre juridique, où la fonction juridictionnelle est peu développée par rapport aux systèmes juridiques internes, et qui, en contrôlant et en interprétant les règles visant à résoudre des litiges spécifiques, contribue au développement progressif du droit international et à la protection des valeurs sur lesquelles il se fonde.

Ronald Dworkin - qui, comme on le verra, a formulé la théorie des principes à laquelle on rattache généralement le balancement, du moins en ce qui concerne les systèmes juridiques nationaux - estime que ces questions relèvent de la *théorie de la décision*, qui « *deve contenere una teoria della controversia, che stabilisca quali standard i giudici debbano seguire per decidere i casi difficili, e una teoria della giurisdizione, che spieghi perché e quando i giudici, piuttosto che altri gruppi o istituzioni, dovrebbero prendere le decisioni richieste dalla teoria della controversia* » (« doit contenir une *théorie de la controverse*, qui énonce les normes que les juges doivent suivre pour trancher les affaires difficiles, et une *théorie de la compétence*, qui explique pourquoi et quand les juges, plutôt que d'autres groupes ou institutions, doivent prendre les décisions requises par la théorie de la controverse ») (R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, 2010, Bologna, Il Mulino, p. 8). En transposant ces questions à la sphère du système juridique international, il faudra se demander, premièrement, à quels paramètres normatifs le juge international peut (et doit) recourir pour résoudre les cas qui ne sont pas clairement régis par des règles de droit coutumier ou de droit conventionnel ; deuxièmement, il faudra déterminer si une telle opération est justifiée ou si, au contraire, pour les questions douteuses concernant la reconnaissance, l'interprétation et l'application du droit, le juge international doit adopter une approche restrictive et s'en remettre à la discrétion politique des États, tant dans l'acceptation des obligations internationales que dans l'évaluation des mesures nécessaires pour s'y conformer. Ce travail s'attache donc à comprendre si une tendance à un recours plus ou moins important à des techniques non formalistes peut être identifiée dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, en se référant aux intérêts, principes ou valeurs qui, à la lumière des circonstances de l'affaire, entrent en conflit les uns avec les autres, afin d'identifier, d'interpréter et d'appliquer la règle décisive de l'affaire. On tentera également de comprendre quelles caractéristiques du système juridique international, ou quels principes en vigueur dans ce système, peuvent justifier ou s'opposer à une telle pratique. Enfin, on tentera de déterminer si le recours à de telles techniques, qui sont *en quelque sorte* créatrices de droit, bien qu'elles puissent à *première vue* constituer une ingérence du juge dans le pouvoir d'appréciation politique des États, peut néanmoins être reconnu comme une technique de détection et d'interprétation du droit international, indispensable à son fonctionnement et susceptible de contribuer à son développement.

Le sujet est abordé en combinant une approche théorique et une approche empirique. *L'approche théorique* fait abstraction de la réalité de la pratique des tribunaux internationaux et vise à déterminer ce qu'il faut entendre par balancement et quelles fonctions il peut remplir dans la pratique judiciaire. *L'approche empirique* vise à confirmer la transposition (ou la non-transposition) de cette théorie dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux. A la lumière de l'examen de la jurisprudence, on tente d'adapter la théorie du balancement à la réalité de l'ordre juridique international contemporain et, en particulier, de comprendre quelles fonctions cette technique remplit dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, et quelle est la structure de l'argumentation judiciaire basée sur le balancement dans ce contexte. Dans l'ensemble, on peut dire que l'ouvrage suit une *méthode analytique* : après avoir reconstruit les grandes lignes de la théorie du balancement, il examine si elle trouve une confirmation dans la réalité de la pratique des tribunaux internationaux.

L'ouvrage est structuré en quatre chapitres.

Le **CHAPITRE I**, intitulé « **Le balancement dans l'ordre juridique international : source de problèmes ou de solutions ?** », retrace l'état actuel du débat doctrinal sur le sujet et inscrit la technique du balancement dans les caractéristiques structurelles de l'ordre juridique international. Il souligne comment ces caractéristiques, d'une part, semblent s'opposer à l'utilisation de la technique du balancement par le juge international mais, d'autre part, fournissent un cadre favorable à cette utilisation. Le Chapitre s'interroge notamment sur les raisons pour lesquelles la doctrine internationaliste et la pratique des tribunaux internationaux font relativement peu référence à la technique du balancement. Il est exclu que la raison soit simplement *historique*, comme on pourrait le supposer. En effet, le balancement en tant que tel et sous ce nom n'a été théorisé que relativement récemment. En particulier, la théorie des principes et de leur « équilibre » remonte généralement à l'ouvrage *Taking Rights Seriously*, publié par Dworkin en 1977. C'est ensuite Alexy, en 1985, dans *A Theory of Constitutional Rights*, qui a pleinement théorisé le jugement dit de proportionnalité, dans lequel le balancement constitue la dernière des trois phases du raisonnement judiciaire visant à appliquer les normes des droits individuels fondamentaux. Mais une telle explication simplifierait à l'extrême la question, en réduisant le balancement à ce type de raisonnement juridique qui, par la doctrine ou le juge, est expressément *défini* comme tel. En fait, comme le montre l'ouvrage, le recours à une forme de raisonnement juridique qui, pour détecter, interpréter et appliquer le droit, se réfère à des intérêts, des principes ou des valeurs, se retrouve dans la jurisprudence internationale et dans la littérature de droit international, bien avant les ouvrages mentionnés ici. Ce manque d'intérêt, en revanche, semble s'expliquer par l'incompatibilité apparente ou supposée entre l'argumentation par intérêts, principes et

valeurs et certaines caractéristiques structurelles du système juridique international, telles que comprises par la théorie dominante au moins depuis la Seconde Guerre mondiale, à savoir le « positivisme juridique ». La technique du balancement peut en effet sembler inadaptée à la consolidation d'un ordre encore largement caractérisé par la centralité de l'État et fondé sur le principe du *consensus* étatique. Et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, en raison d'une confusion due à la terminologie utilisée et à la méthodologie à laquelle elle se réfère - c'est-à-dire lorsqu'elle est définie comme un équilibre entre des *valeurs* -, il peut sembler que cette technique cherche à franchir la frontière entre ce qui est juridiquement pertinent et ce qui ne l'est pas. En effet, on pourrait penser qu'elle vise à imposer des obligations à l'État sur la base de considérations éthiques, morales ou humanitaires. Deuxièmement, le balancement est une opération qui est typiquement, mais pas exclusivement, effectuée par le juge. Et comme elle se caractérise par un certain élément d'indétermination - à la fois dans l'identification des principes pertinents et dans la détermination du juste équilibre entre eux -, le balancement comporte une large et inévitable marge d'appréciation judiciaire, qui peut être perçue par les États comme un signe d'ingérence du juge dans une fonction, celle de produire du droit international, qui n'est pas de son ressort. Troisièmement, la détermination de la règle décisive du cas d'espèce par le biais d'une mise en balance ne reflète pas les procédures de détermination, d'interprétation et d'application du droit international, telles qu'elles sont *généralement comprises*. C'est pourquoi elle semble remettre en question certaines hypothèses fondamentales de la théorie des sources du droit international. Le chapitre tente donc de montrer comment ces caractéristiques du droit international semblent s'opposer à l'utilisation de la technique du balancement par le juge international, tout en lui fournissant un cadre favorable.

La **Section 1.2.** porte sur le balancement et le problème de la « normativité » du droit international. Elle tente de préciser comment les « intérêts » soumis à le balancement sont à rechercher au niveau des principes et valeurs en vigueur dans l'ordre international et sont, dans une large mesure, rattachés aux principes fondamentaux de l'égalité souveraine et de la souveraineté territoriale des États. Pour ces raisons et ainsi conçue, le balancement ne remettrait pas en cause le postulat de la centralité de l'État dans l'ordre international, mais aurait précisément pour objet de déterminer le contenu concret de la souveraineté étatique lorsqu'elle entre en conflit, territorialement ou fonctionnellement, avec les droits et intérêts d'autres États, d'organisations internationales, de particuliers ou de la communauté internationale dans son ensemble.

La **section 1.3.** sur le balancement et le problème de l'« autorité » de production du droit international montre comment la large marge d'appréciation que le balancement accorde au juge dans la détection, l'interprétation et l'application du droit ne semble pas incompatible avec le fait que les États restent les premiers et principaux détenteurs de la fonction de production normative dans l'ordre international. A l'instar de divers autres

phénomènes dans lesquels d'autres acteurs contribuent à la production de normes internationales, le rôle du juge international en tant qu'*acteur de* la communauté internationale découle de la volonté des États, qui établissent des cours pour poursuivre leurs propres intérêts. En tant qu'acteur du système, et en fonction des compétences qui lui sont attribuées, la cour remplit sa fonction dans un contexte où, en tout état de cause, son activité est soumise au contrôle (préalable et ultérieur) des États.

La **Section 1.4.**, sur le balancement et le problème des « sources », constate que la référence à cette technique est largement omise dans le débat sur les méthodes de recherche, d'interprétation et d'application des sources du droit international, telles qu'elles sont censées être codifiées à l'article 38 du statut de la CIJ, et à la lumière de la prévalence progressive, depuis la Seconde guerre mondiale, des théories et approches formalistes dans ce domaine. Toutefois, elle met également en évidence le fait que le formalisme est de moins en moins en mesure de répondre aux exigences du droit international, en particulier aux lacunes intrinsèques du droit international général et à l'incapacité de la coutume à réglementer des phénomènes nouveaux et inattendus ; au caractère délibérément vague, indéterminé et flexible avec lequel les États formulent les dispositions des traités ; et, enfin, à l'expansion alluviale du droit international conventionnel, avec la formation progressive de corpus normatifs dans des domaines matériels spécifiques qui tendent à se poser comme des "sous-systèmes" partiellement autonomes qui tendent à entrer en conflit les uns avec les autres.

Enfin, la **Section 1.5.** situe le sujet de cette ouvrage dans le contexte du débat, aussi ancien que récent, concernant la fonction judiciaire internationale et ses méthodes, ainsi que la distinction entre règles et principes dans l'ordre juridique international.

Le **CHAPITRE II**, intitulé « **Une définition 'opérationnelle' du balancement** », reconstruit les éléments essentiels de cette technique, dans le but d'identifier une définition basique qui permettrait de vérifier sa transposition dans la jurisprudence des tribunaux internationaux.

La **Section 2.2.**, intitulée « *L'émergence du balancement dans l'expérience juridique nationale* », examine les circonstances historiques qui ont favorisé la consolidation de cette technique dans la jurisprudence des juridictions nationales et procède à l'examen de cette dernière. Elle montre que, de manière extrêmement générale, les concepts de proportionnalité et du balancement se réfèrent à un équilibre entre des nombres ou des grandeurs et que l'idée que la proportion et le balancement sont des éléments à prendre en compte dans la production, l'interprétation et l'application du droit a des origines anciennes, se manifestant dans la métaphore bien connue de la justice comme une balance. Pour ne citer que quelques exemples, on trouve une référence à la proportionnalité dans le code d'Hammourabi, le droit grec classique, le droit romain, la Magna Carta et la pensée juridique médiévale, pleinement développée dans le *De iure*

belli ac pacis de Grotius. Cependant, la proportionnalité et le balancement en tant que *techniques judiciaires* sont des concepts beaucoup plus récents qui, bien que parfois confondus l'un avec l'autre, ont des origines et des développements dans des contextes différents et en partie pour des objectifs différents. L'examen et la classification de ces différentes expériences, en plus d'être imposés par des exigences systématiques, sont nécessaires parce qu'en ce qui concerne l'utilisation de ces techniques par le juge international, il n'y a pas d'uniformité de vue. Selon certains, le balancement effectué par le juge international aurait plus de points de contact avec l'expérience américaine ; selon d'autres, et au moins en ce qui concerne les organismes de droits de l'homme, il y aurait plus d'affinités avec l'expérience allemande. D'autres, enfin, estiment que le balancement effectuée par le juge international n'a aucun rapport avec l'expérience interne qui sera reconstruite ci-dessous, se justifiant plutôt par la formulation et l'aspiration à l'universalité des règles de protection des droits de l'homme ou par le caractère décentralisé particulier du système juridique international, au point que le balancement a été définie comme une « *tecnica normativa tipica dell'esperienza giuridica internazionale [che] vi si è affermata con tratti di assoluta originalità* » (« technique normative typique de l'expérience juridique internationale [qui] s'y est affirmée avec des traits d'une originalité absolue ») (E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000, Milan, Giuffrè, p. 435). Une reconstruction de l'expérience domestique semble donc tout à fait superflue. Elle permettra de comprendre le contexte spécifique d'origine, la structure et les fonctions des techniques en question. En mettant en évidence leurs similitudes et leurs différences, elle permettra également, par la suite, de vérifier si le balancement effectué par le juge international peut être rattachée à l'expérience du juge interne et, le cas échéant, à laquelle.

Le *jugement dit de proportionnalité* s'est développé dans l'expérience juridique prussienne puis allemande (Section 2.2.1.). D'un point de vue théorique, il trouve son origine dans le siècle des Lumières et l'école du droit naturel du 18^e siècle. Cette dernière, insistant sur la nature inhérente des droits individuels et leur préexistence par rapport à l'État, soutenait qu'ils pouvaient être sacrifiés à la poursuite d'intérêts communs, mais seulement dans la mesure strictement nécessaire à cette fin. Carl Gottlieb Svarez, en particulier, a affirmé que le *contrat social* justifie l'exercice du pouvoir de l'autorité étatique uniquement lorsque celui-ci est fonctionnel à la poursuite d'intérêts publics collectifs et dans la mesure où la réalisation de ces intérêts l'emporte substantiellement sur le préjudice porté à la liberté de l'individu. L'arrêt Svarez, en particulier, est généralement considéré comme le "père spirituel" de la disposition législative qui a favorisé le développement du critère de proportionnalité, et sur laquelle ce dernier s'appuie pour trouver ses origines dans le droit positif. Il s'agit de l'article 10, paragraphe II, du titre 17 de la loi générale prussienne de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen*), intitulé « *Pouvoirs de police* », selon lequel les « forces de police » -

entendues, au sens large, comme des autorités administratives - ont pour objet de prendre les mesures nécessaires au maintien de la paix, de la sécurité et de l'ordre. La disposition en question constituait la première base juridique pour l'exercice et la réglementation des pouvoirs publics : l'utilisation du terme « nécessaire » visait à imposer une relation fonctionnelle entre l'exercice du pouvoir et la finalité, prédéterminée par la disposition, qui le justifie. Il en est de même dans la mesure où la disposition est interprétée dans son contexte normatif, faisant partie d'une loi destinée à consacrer et à mettre en œuvre le principe du *Rechtsstaat* (« État de droit »). La conséquence en est que, alors qu'auparavant l'exercice des pouvoirs publics était considéré comme justifié par définition, ces pouvoirs devaient désormais être attribués par une règle de droit, qui en réglementait également l'exercice. En 1875, la Cour administrative suprême de Prusse (*Oberverwaltungsgericht*) a été créée. En statuant sur la légitimité des actes administratifs à la lumière de la règle susmentionnée, elle a jeté les bases du jugement de proportionnalité. L'intégration de la proportionnalité dans le jugement de révision constitutionnelle n'a cependant eu lieu qu'après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*) en 1949. Cette dernière comprend en effet un catalogue des droits fondamentaux des individus. Elle stipule également que la dignité humaine est inviolable et doit être respectée et protégée par toutes les autorités de l'État (art. 1(1)), que l'État est tenu de respecter ces droits (art. 1(3)), que les lois ne peuvent porter atteinte à leur contenu essentiel (art. 19(2)) et que le respect de ces droits est soumis à l'appréciation d'une cour constitutionnelle fédérale. La constitutionnalisation des droits fondamentaux, en particulier, a conduit à d'autres réflexions doctrinales visant à identifier les limites à la possibilité pour les autorités publiques d'interférer avec ces droits. Ces considérations ont été progressivement intégrées dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. Et ce, dans le cadre de l'interprétation des clauses de limitation des droits fondamentaux dans la Constitution et de la résolution des conflits entre les droits individuels "absolus" ou "inconditionnels" et d'autres intérêts garantis par la Constitution.

Le *balancement des intérêts*, en revanche, trouve son origine dans l'expérience juridique des États-Unis (Section 2.2.2.), où elle est apparue en droit privé, et n'a été transposée que plus tard dans la jurisprudence relative aux droits fondamentaux de la Cour suprême des États-Unis et, plus largement, dans le droit constitutionnel. Cela est dû à un certain nombre de contingences. Tout d'abord, la Constitution américaine contient des dispositions extrêmement générales et laconiques, dont l'application à des cas concrets nécessite un effort d'interprétation important, et qui ne contiennent pas de clauses autorisant expressément des exceptions. Deuxièmement, au début du siècle dernier, un nouveau courant doctrinal s'est répandu aux États-Unis, la jurisprudence dite *sociologique*, qui contrastait avec la jurisprudence mécanique et formaliste fondée sur la technique de la "catégorisation" qui avait caractérisé (et caractérise encore aujourd'hui dans une large mesure) le travail de la Cour suprême. Contrairement à la jurisprudence

des intérêts en Allemagne, la jurisprudence sociologique entendait promouvoir un nouvel idéal de justice, visant à mettre sur un pied d'égalité les droits individuels et les intérêts collectifs. Ainsi, dès 1908, Pound soutenait que les droits constitutionnels étaient des intérêts à mettre en balance avec d'autres intérêts sociaux et que l'objet du système juridique, et de la procédure de révision constitutionnelle en particulier, était d'identifier et de "peser" ces intérêts. En 1936, Stone ajoute que le juge dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'identification de la règle à appliquer et que sa tâche consiste à procéder à « *an appraisal and comparison of social values, the result of which may be of decisive weight in determining what rule he is to apply* » (« une évaluation et une comparaison des valeurs sociales, dont le résultat peut avoir un poids décisif dans la détermination de la règle qu'il doit appliquer ») (H.F. STONE, *The Common Law of the United States*, 1936(1) *Harvard Law Review*, Vol. 50, pp. 4 et s., p. 10). La règle à appliquer, comme l'affirme Holmes, devrait être identifiée sur la base de ce processus continu du balancement des différents intérêts en conflit. Cette affirmation implique implicitement l'attribution d'une certaine fonction judiciaire de « création » du droit, que l'école sociologique n'a pas niée et qu'elle a même ouvertement soutenue. Ainsi, le balancement des intérêts s'est progressivement répandu, par exemple, dans la jurisprudence relative au premier amendement (garantissant la liberté d'expression), à la *equal protection clause* inscrite dans le quatorzième amendement, à la *dormant commerce clause* (concernant la répartition des compétences entre l'État fédéral et les États fédérés), avec des caractéristiques qui la distinguent encore d'une partie du jugement de proportionnalité développé dans le contexte européen.

Ces expériences, la première plus que la seconde, ont par la suite influencé la plupart des systèmes juridiques dans le monde, bien qu'à partir de traditions très différentes (Section 2.2.3.). Le jugement de proportionnalité, en particulier, se retrouve aujourd'hui dans la jurisprudence principalement administrative et constitutionnelle d'un grand nombre d'États. Ce n'est pas le lieu de revenir sur ce qui a été décrit comme un phénomène de « migration » du principe de proportionnalité, et de la technique de décision qu'il implique, entre différents systèmes juridiques nationaux et supranationaux, comme cela a déjà été souligné par d'autres auteurs. Il suffit de noter que Barak a esquissé le schéma de développement suivant : à partir de l'expérience allemande, le principe de proportionnalité aurait été incorporé dans le "droit européen" (de l'Union européenne et de la CEDH), et de là, il aurait été progressivement transposé par les États européens de tradition de *civil law* (Autriche, Portugal, Irlande, Espagne, Belgique, Pays-Bas, Suisse, Grèce, Italie et France), mais aussi par les États, européens et non européens, de tradition de *common law* (Canada, Irlande et Royaume-Uni) ; à partir de l'expérience canadienne, la proportionnalité serait transposée en Nouvelle-Zélande, en Australie et en Afrique du Sud ; enfin, elle atteindrait les pays d'Europe de l'Est (Hongrie, Pologne, Lituanie, Slovaquie et République tchèque), d'Asie (Hong Kong, Inde et Corée du Sud) et

d'Amérique du Sud (Argentine, Chili, Colombie, Mexique et Pérou). L'ouvrage se contente donc de relever les similitudes ou les différences qui existent dans l'utilisation de la technique du balancement entre des juridictions de traditions différentes. En particulier, il examine la jurisprudence de deux systèmes de *droit civil* (Italie et France), de deux systèmes de *common law* (Royaume-Uni et Nouvelle-Zélande ; section 2.2.3.2.) et de deux systèmes *mixtes* (Israël et Canada ; section 2.2.3.3.). En fait, à côté des points de vue susmentionnés selon lesquels la proportionnalité et le balancement sont des concepts radicalement distincts ou substantiellement convergents, certains soutiennent que « *balancing itself might mean different things in different times and places* » (« le balancement *lui-même* peut avoir des significations différentes selon les époques et les lieux ») (J. BOMHOFF, *Genealogies of Balancing as a Discourse*, 2010(1) *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, p. 108 et suivantes, p. 109). Il s'ensuit que l'examen des expériences allemande et américaine ne suffit pas à reconstruire un « plus petit dénominateur commun » en ce qui concerne la technique du balancement.

Après l'examen historique, la **Section 2.3**, intitulée « *La théorisation du balancement* », examine les théories auxquelles la littérature fait généralement référence en matière de balancement. En particulier, c'est à la jurisprudence américaine que Ronald Dworkin s'est référé pour formuler la *théorie dite des principes* et le balancement de ceux-ci pour résoudre les *cas dits difficiles*. Partant de là, mais s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, Robert Alexy a théorisé le *jugement de proportionnalité*, qui vise à résoudre les conflits entre les droits individuels, ou entre les droits individuels et les intérêts collectifs. Enfin, il convient de mentionner le *réalisme juridique*, selon lequel le droit est un *processus* continu parallèle à l'évolution sociale, avec pour conséquence que les règles applicables à la résolution d'un cas donné doivent être recherchées non seulement dans celles produites par des procédures formalisées mais, plus largement, dans la réalité socio-historique.

Dworkin part d'une critique du positivisme, tel que formalisé par Hart, qu'il considère comme incapable de prendre en compte la réalité du phénomène juridique (Section 2.3.1.). En particulier, il ne serait pas en mesure d'expliquer les *cas dits difficiles* (lorsqu'il n'y a pas de règles pour résoudre le cas, ou lorsque les règles sont obscures, ou encore lorsque plusieurs règles sont apparemment pertinentes au regard d'un ensemble de faits), sauf à admettre que c'est le juge, *ex post facto*, qui *crée discrétionnairement* la règle. Dworkin, quant à lui, estime que le droit est une pratique d'"*interprétation constructive*" et, plus précisément, cette opération qui consiste à « imposer un but à un objet ou à une pratique ». Il propose donc de dépasser le postulat selon lequel le droit ne consiste qu'en des règles rigides et neutres en termes de valeur, et de reconnaître d'autres *normes* tout aussi juridiques auxquelles le juge peut avoir recours. Il s'agit notamment des principes, qui guident l'activité du juge, par opposition aux *politiques*, qui guident le législateur. Dans la théorie de Dworkin, les règles et les principes sont deux catégories

différentes de normes, distinctes l'une de l'autre par leur structure et leur mode d'application. Une *règle* est un énoncé normatif qui relie l'occurrence de certains faits à une conséquence juridique, selon le schéma bien connu « si A, alors B ». Cette conséquence peut être la plus diverse : l'application d'une sanction, la création d'une obligation ou d'un droit, la validité ou l'invalidité d'un acte. Il s'agit donc d'une *règle fermée*, applicable selon une *logique aut-aut*, comme on dit, « en tout ou rien » (*in an all-or-nothing fashion*): elle prescrit de manière claire et rigide les conséquences juridiques qui découlent de la réalisation des conditions qu'elle énonce. L'existence d'une règle dépend du respect des conditions formelles de validité prévues, à leur tour, par d'autres règles. En cas de conflit entre des règles, soit l'une d'entre elles est invalide, soit une autre règle prévoit que la première doit trouver une exception. Le *principe*, en revanche, constitue une *norme non limitative* applicable selon la *logique inclusive de l'et-et* : il se contente de prescrire des « raisons qui vont dans un sens » sans définir les effets juridiques qui s'attachent à la réalisation de certaines conditions. Le principe indique des *arguments prima facie* pointant dans une direction vers une conclusion concernant la réglementation juridique des faits pertinents. Cependant, ce n'est pas nécessairement le seul possible, car chaque principe est caractérisé par une dimension de *poids* et son rôle est le résultat du poids qu'il a par rapport aux principes concurrents. En cas de conflit entre plusieurs principes, il est donc nécessaire de prendre en considération le poids relatif de chacun d'entre eux à la lumière des faits du litige : le juge est tenu, sur la base de la relation qui existe entre ces principes, d'identifier la règle qui résout l'affaire sur la base de l'équilibre entre les principes. Dworkin soutient notamment que les droits fondamentaux sont des *principes*, même s'il peut y avoir des droits absolus. Il est vrai que cette théorie ne cache pas un certain lien avec la morale. En effet, il estime qu'il existe une *morale juridique* sous-jacente à la résolution juste d'un cas. En effet, pour résoudre les cas difficiles, le juge se réfère à des principes issus des exigences de la justice ou de l'équité. Le caractère juridique de ces principes, le passage du monde de la morale à celui de ce qui est juridiquement contraignant, résulterait cependant du fait qu'une ou plusieurs règles sont fondées sur des principes. À partir de la théorie de Dworkin, on tend aujourd'hui à soutenir que les principes ont deux caractéristiques : l'imprécision et l'indétermination de leur contenu, d'une part, et le caractère fondamental/axiologique, d'autre part. G. Zagrebelsky, en particulier, a clarifié certains aspects de la distinction, également en relation avec le concept de *valeurs*. Reprenant la théorie de J. Habermas, il définit une valeur comme un « *bene fattuale che chiede di realizzarsi attraverso attività teleologicamente orientate* » et que « *vale come autorizzazione all'azione o al giudizio diretti al risultato, non come criterio di azione e di giudizio legittimi* » (« bien factuel qui exige d'être réalisé par des activités téléologiquement orientées » et qui « vaut comme autorisation d'une action ou d'un jugement orienté vers le résultat, et non comme critère d'une action et d'un jugement légitimes »). Dans le cas contraire, un principe serait un

« *bene iniziale che chiede di orientarsi attraverso attività consequenzialmente orientate* » et *che ha “contenuto normativo rispetto all’azione o al giudizio* » (« bien initial qui demande à être orienté par des activités orientées vers la conséquence » et qui a « un contenu normatif par rapport à l'action ou au jugement ») (G. ZAGREBELSKY, *Diritto per : valori, principi o regole ?*, 2002(2) Quaderni fiorentini, Vol. 31, pp. 865 et suivantes, p. 872). Il souligne qu'un même *bien* peut être pris en considération en tant que *valeur* et en tant que *principe*. Cependant, juridiquement, il serait préférable de raisonner en termes de principes, car les valeurs tendent de manière totalitaire à justifier toute action visant à leur poursuite, tandis que les principes admettent d'être protégés dans la mesure permise par la coexistence de principes contradictoires. En tout état de cause, les valeurs, les principes et les règles sont placés dans une séquence d'inférences : « *non c'è una regola che non corrisponda a un principio e non c'è un principio che non si colleghi a un valore* » (« il n'y a pas de règle qui ne corresponde à un principe et il n'y a pas de principe qui ne se rattache à une valeur ») (ibid., p. 877). En droit interne, lorsque cette chaîne est rompue, par exemple lorsqu'un principe contredit une valeur (constitutionnellement pertinente), ou lorsqu'une règle ne repose pas sur un principe, ou est contraire à un principe, cette règle n'est pas justifiée et est donc invalide (au sens d'inconstitutionnelle). Dans ce débat, les intérêts sont donc souvent considérés comme quelque chose de distinct des principes de valeurs. Toutefois, il a été avancé qu'une telle opposition dichotomique n'aurait pas lieu d'être, les intérêts n'étant rien de plus qu'une formule sommaire pour décrire un principe ou, plus vraisemblablement, un groupe de principes (par exemple, l'intérêt pour une bonne administration de la justice). Sur le plan pratique, la distinction entre intérêts, principes et valeurs n'est donc pas pertinente et est donc négligée dans les travaux qui suivent. Ce qu'il faut plutôt souligner, c'est que, adhérant désormais largement à la distinction d'workinienne, la doctrine majoritaire et la jurisprudence constitutionnelle tendent à considérer que les dispositions constitutionnelles, en particulier celles relatives aux droits fondamentaux (et, par conséquent, les dispositions internationales relatives aux droits de l'homme, qui partagent souvent la même formulation), consacrent principalement des normes ayant la structure de principes et non de règles, avec pour conséquence que les conflits éventuels entre elles sont résolus par la technique du balancement.

La théorie de Robert Alexy s'appuie sur la distinction que nous venons d'examiner (Section 2.3.2.). Alors qu'il définit les règles comme des *ordres définitifs*, les principes seraient des ordres d'optimisation (*exigences d'optimisation*), qui indiquent les raisons de parvenir à une certaine décision (R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, 2000(1) Ratio Juris, Vol. 13, pp. 294 et suivantes). Les règles seraient formulées selon le mode « doit » (*must*) ; les principes selon le mode « devrait » (*should*) : ces derniers visent à maximiser la protection des valeurs ou des intérêts sociaux à la lumière des circonstances de l'espèce et, par conséquent, de l'importance d'autres valeurs ou intérêts. Le poids des

principes est déterminé par leur justification dans un contexte donné : un principe « *require optimization relative both to what is factually possible and to what is legally possible* » (« exige une optimisation par rapport à ce qui est possible en fait et à ce qui est possible en droit »). Il doit donc être « *realized to the highest degree* » (« réalisé au plus haut degré »). Alexy approuve l'hypothèse selon laquelle « *competition between principles are played out in a dimension of weight* » (« la concurrence entre les principes se joue dans une dimension de poids ») (R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, 2014(1) *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 22, pp. 51 et suivantes, p. 52) : un principe peut être écarté lorsque le principe concurrent a un poids plus important à la lumière des circonstances. Cette appréciation doit se faire sur la base de ce qu'Alexy appelle la *loi de l'équilibre*, selon laquelle « *the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other* » (« plus le degré de non-satisfaction ou d'atteinte à un principe est grand, plus il doit être important de satisfaire l'autre ») (R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, cit., p. 52.). Alexy structure en trois étapes ce qu'il appelle un jugement de « *proportionnalité au sens large* », visant à déterminer l'ordre de priorité en cas de conflit entre principes. Selon sa théorie, lorsqu'une mesure implique la limitation d'un principe, sa légitimité doit être évaluée à la lumière des tests suivants : (1) le test d'adéquation (*suitability*), selon lequel la mesure doit poursuivre un but « légitime » et être apte à l'atteindre ; (2) le test de nécessité (*necessity or least restrictive alternative test*), selon lequel l'ingérence (c'est-à-dire la limitation d'un principe) doit être limitée au degré le plus bas possible ; enfin, (3) le test de proportionnalité au sens strict (*proportionality stricto sensu*), qui implique le balancement du degré de limitation de l'un ou l'autre principe, en fonction de la solution envisagée, avec les avantages procurés à l'un par la limitation de l'autre. En effet, l'avantage obtenu en sacrifiant un principe doit être supérieur au préjudice causé à l'autre. Cette appréciation doit être faite à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce, telles que l'importance abstraite des deux principes en conflit, l'intensité de l'ingérence, l'existence de mesures alternatives. Le *droit du balancement* tend à répondre à la critique, soulignée plus haut, selon laquelle le balancement implique un subjectivisme judiciaire, étant donné l'absence de critères objectifs sur la base desquels les poids respectifs des principes en conflit peuvent être mis en balance. Elle offre une structure analytique à travers laquelle le juge, en adhérant à des critères et à un raisonnement prédéterminé, garantit la rationalité et la légitimité de la décision, ainsi que la possibilité de la soumettre à un contrôle externe. La phase d'équilibre (ou de proportionnalité au sens strict) est, dans la théorie d'Alexy, elle-même divisée en trois sous-phases : (i) la première vise à déterminer le *degré d'interférence* que la mesure produit sur l'intérêt ou la valeur en conflit, qui se voit attribuer une qualification allant de « légère » à « modérée » à « grave », sur la base de ce qu'Alexy appelle le *principe d'interférence* ; (ii) la deuxième sert à établir le degré

d'importance de l'un et l'autre intérêt, à la lumière du *poids abstrait* – « indépendamment des circonstances de l'espèce » - et du *poids concret* de chacun, ce dernier étant déterminé à la lumière des circonstances ; dans la plupart des cas, seule cette deuxième évaluation sera nécessaire, puisque les principes constitutionnels, en général, et les droits fondamentaux, en particulier, ont le même poids abstrait, étant donné qu'ils ne sont pas hiérarchisés ; (iii) la troisième étape consiste à déterminer le *poids relatif* d'un principe, « en fonction des circonstances ». Cela se fait en établissant une relation entre les éléments précédemment identifiés, sur la base de ce qu'Alexy appelle la *formule du poids* : d'une part, l'intensité du préjudice causé et, d'autre part, l'importance concrète et relative des principes. Dans le cas d'un préjudice important (par exemple, une limitation grave de la liberté d'expression), le principe opposé (par exemple, la protection de la personnalité) doit être plus important. Cette évaluation doit être faite en tenant compte de l'importance des principes ou valeurs en conflit, qui est déterminée par rapport à ce qui constitue le "point de vue commun" et l'étalon de mesure du balancement : la Constitution. En ce sens, le balancement constitue un jugement en termes de « gains et pertes constitutionnels ».

Enfin, la théorie du *réalisme juridique* constitue le développement de la jurisprudence sociologique qui a favorisé l'émergence du balancement dans le système juridique américain et s'est également répandue parmi les théoriciens du droit international (Section 2.3.3.). Inauguré dans les années 1950 et 1960 à Yale, le réalisme considère que l'application stricte des *règles* est inadéquate pour expliquer le phénomène juridique qui, en réalité, est de nature complexe et découle également de l'application du droit par les juges et les autres acteurs du système juridique. Le réalisme se fonde sur la méfiance à l'égard des sources de droit strictement comprises et sur l'hypothèse que les règles juridiques ne peuvent être « découvertes » que lorsqu'elles doivent être appliquées à un litige ou à une question spécifique, attribuant ainsi un rôle « créatif » au juge. Le raisonnement juridique, selon cette théorie, comprend également l'argumentation sur la base de principes, et inclut nécessairement des considérations extra-juridiques. Il s'ensuit que la reconstruction du droit ne peut que découler d'une approche empirique, qui observe la réalité et, en particulier, les décisions rendues par les juges ou d'autres autorités appelées à détecter et à appliquer le droit à des situations concrètes.

La **Section 2.4.** s'appuie sur l'analyse historique et théorique précédente pour tirer des conclusions et définir « *La structure et les fonctions du balancement* » et, en particulier, pour fournir cette « définition opérationnelle » du balancement, mentionnée ci-dessus, qui est suffisamment générale et flexible pour permettre de rechercher sa présence éventuelle dans la jurisprudence internationale. Bien que la jurisprudence nationale examinée présente des différences considérables en raison des caractéristiques de chaque système juridique et de chaque juge, on peut en déduire que le balancement est cette forme de raisonnement juridique qui, pour résoudre une question de droit, la

décompose en termes de conflit entre des principes, des intérêts ou des valeurs. Il s'agit d'identifier celui ou ceux qui doivent prévaloir à la lumière des circonstances de l'espèce et, par conséquent, d'identifier une règle qui tienne compte de cette relation prévalente et qui soit suffisamment précise pour résoudre le litige. La règle est formulée et justifiée par l'utilisation d'un langage argumenté destiné à rendre la décision compréhensible, convaincante et transparente. En ce sens, le balancement se présente comme une forme d'application de principes et constitue une *méthode* ou un *cadre d'analyse* visant à résoudre les tensions entre des intérêts, des principes ou des valeurs. Plus précisément, le balancement est utilisée par le juge comme une opération logique visant à déterminer la *validité d'un acte* (par exemple une loi ou une disposition réglementaire), la *légalité d'un fait* (par exemple le comportement d'une autorité étatique ou une omission de sa part) ou la *légitimité de l'exercice d'un droit, d'un droit, d'une faculté ou d'une compétence* (que le droit, la faculté ou la compétence existe dans l'abstrait parce qu'il est expressément conféré par une disposition légale ou qu'il est invoqué pour justifier son existence même en l'absence d'une disposition légale expresse). La validité, la légalité ou la légitimité sont examinées par rapport au système, ou au système réglementaire de référence, considéré dans son ensemble. Cette appréciation, lorsque la question ne peut être résolue par l'*intégration de la mesure dans une règle*, se fait en la décomposant en termes de conflit d'intérêts, de principes ou de valeurs. Quelle que soit la finalité pour laquelle elle est réalisée, le balancement aboutit à la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence et à la formulation d'une règle qui concrétise et précise les principes équilibrés par rapport aux faits et qui est destinée à résoudre le litige concret. Selon l'opinion largement majoritaire, le balancement serait la technique décisionnelle résultant de l'application du principe de *proportionnalité au sens large*, selon lequel "l'acte d'un État [mais aussi, pourrait-on ajouter, d'un individu] doit être un exercice rationnel et raisonnable de moyens en vue d'atteindre un but admissible, sans empiéter indûment sur les droits protégés d'un individu ou d'un autre État" (E. CRAWFORD, "Proportionality", in R. WÖLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, Oxford, Oxford University Press, para. 1). Toutefois, la référence au principe de proportionnalité (au sens large) et au jugement de proportionnalité (dans les étapes analytiques mentionnées et décrites ci-dessous) n'est pas essentielle à la réalisation d'un équilibre. Par exemple, la Cour suprême des États-Unis exclut la pertinence du principe de proportionnalité dans son propre système, mais met toujours en balance les intérêts sociaux pertinents lors de l'interprétation et de l'application des dispositions constitutionnelles. Dans la théorie de Dworkin, le principe de proportionnalité n'est donc pas mentionné, mais il est reconnu qu'une obligation juridique peut être fondée aussi bien sur une règle que sur une "constellation de principes", en raison de la "pesée" du poids de chacun. De même, la Cour constitutionnelle italienne fonde souvent le balancement des valeurs sur le principe plus général du raisonnable et, sans distinguer les phases

analytiques telles qu'articulées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et théorisées par Alexy, identifie une règle pour résoudre le cas qui soit apte à garantir la meilleure protection des principes qui s'opposent. Enfin, même dans des systèmes comme la France, où le langage de la proportionnalité a été transposé, les trois étapes ne sont pas distinguées analytiquement. En effet, les juridictions italiennes et françaises tendent à effectuer les différentes opérations logiques mentionnées en même temps, en soulignant l'existence d'un rapport fonctionnel suffisamment étroit entre la mesure et la finalité, ainsi que la nécessité de ne pas porter une atteinte excessive à des intérêts opposés. A la lumière de ce qui précède, et avant d'examiner plus précisément la structure et les fonctions du balancement, nous pouvons tenter d'en donner une "définition opérationnelle". Cette définition peut être formulée en termes à la fois généraux et spécifiques. Si l'on adopte une définition *large*, le balancement est cette *forme de raisonnement juridique qui résout une question de droit en la décomposant en termes de conflit et/ou d'interaction entre des principes, des intérêts ou des valeurs et qui, après leur avoir attribué un poids tant dans l'abstrait qu'en raison des circonstances du cas concret, identifie un équilibre normatif entre eux et formule une règle de résolution du cas qui les prend en compte et les concrétise dans une réglementation précise des faits du litige*. Si, en revanche, on souhaitait adopter une définition *spécifique*, tenant compte des différentes étapes telles qu'elles sont marquées par la jurisprudence de certaines juridictions internes, on pourrait dire qu'il s'agit de la *forme de raisonnement juridique visant à statuer sur la validité d'un acte, la licéité d'un fait ou l'exercice légitime d'un droit, d'un droit, d'une faculté ou d'une compétence ("mesure")*, lorsque cette question ne peut être subsumée par des règles expresses, ou peut être subsumée par des règles dont le contenu est excessivement général ou obscur ou qui sont assorties de clauses générales ou de clauses limitatives, ou peut être partiellement subsumée par plusieurs règles contradictoires. L'analyse de la question sous l'angle de la résolution du conflit entre, d'une part, les principes, les intérêts ou les valeurs ("intérêts") que la mesure contribue à protéger et, d'autre part, ceux qui sont affectés, constitue donc un élément essentiel. Elle est généralement divisée en trois étapes logiquement divisibles. Premièrement, le juge identifie les intérêts que la mesure contribue à protéger afin de vérifier qu'il est approprié de les réaliser. Deuxièmement, il s'assure que la mesure est celle, parmi plusieurs possibles, qui lèse le moins possible l'intérêt en conflit. Troisièmement, le juge se prononce sur l'adéquation de la relation fonctionnelle qui lie la mesure à la réalisation de son objectif (relation moyens-fin), en ce sens que plus la restriction d'un intérêt est importante, plus la contribution à la réalisation de l'intérêt opposé doit l'être également. Le résultat du balancement sera l'identification d'un équilibre normatif entre les intérêts en jeu et la formulation d'une règle qui, à la lumière de cet équilibre, est apte à régir le cas concret soumis à la juridiction. Si, comme nous le verrons, le résultat du balancement est toujours la formulation d'une règle de résolution du conflit, applicable au cas concret, le matériau

juridique de départ peut être différent. Dans certains cas, le juge recourt au balancement parce qu'il identifie une lacune dans le système, les faits litigieux n'étant couverts par aucune règle expresse (dans ce cas, il s'agit d'une lacune de la loi). Dans d'autres cas, c'est la disposition applicable ou une partie de celle-ci, telle qu'elle est libellée, qui nécessite d'interpréter et de compléter la règle qu'elle consacre par une opération du balancement (on parlera alors de *lacune de la loi*). Dans d'autres cas enfin, étant donné que plusieurs normes sont pertinentes et potentiellement applicables aux faits, le balancement a pour objet de résoudre le conflit normatif ainsi produit, à la lumière des valeurs sous-jacentes aux normes en conflit (lorsqu'il y a une lacune dans les moyens de résolution des conflits entre normes de droit). Ainsi, selon l'approche suivie dans ce travail, le balancement comprend la réalisation de trois opérations logiques-mentales et juridico-argumentatives différentes. Premièrement, il est nécessaire d'évaluer l'aptitude et l'adéquation de la mesure à poursuivre un objectif « légitime » au sens du système juridique et du système de référence (Section 2.4.1.). Cette phase du jugement est souvent confondue avec l'appréciation de la bonne foi, de l'absence d'arbitraire ou d'abus ou du caractère raisonnable de la mesure considérée. Deuxièmement, après avoir établi que la mesure poursuit un objectif légitime et qu'elle est apte à le réaliser, il est nécessaire d'évaluer le degré d'interférence que la mesure produit sur l'intérêt opposé (Section 2.4.2.). Lorsqu'une mesure est adaptée à la poursuite d'un intérêt légitime, on considère en fait qu'elle ne peut affecter l'intérêt opposé que dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif. Pour cette raison, il est d'abord nécessaire de déterminer quel est le principe, l'intérêt ou la valeur opposés. Cette étape, généralement appelée jugement de nécessité (ou test de la mesure la moins restrictive), consiste à vérifier si l'objectif peut être atteint uniquement par la mesure adoptée, en évaluant s'il n'existe pas de mesures moins onéreuses mais tout aussi appropriées. Parmi plusieurs mesures également adaptées à la poursuite de l'objectif, la préférence doit être donnée à celle qui porte le moins possible atteinte à l'intérêt opposé. La dernière étape consiste à effectuer une "comparaison concrète entre l'intérêt réalisé et l'intérêt comprimé" et donc une comparaison entre le degré de réalisation d'un intérêt et le degré de compression de l'intérêt opposé (Section 2.4.3.). Elle vise à évaluer l'intensité du lien fonctionnel entre la contribution de la mesure à la réalisation de l'objectif poursuivi et la limitation de l'intérêt opposé, à la lumière des circonstances de l'espèce. En effet, il est possible qu'une mesure adaptée à la poursuite de l'objectif et portant le moins possible atteinte à l'intérêt opposé soit néanmoins illégale, puisque le degré de satisfaction de l'intérêt dominant doit justifier le degré de limitation de l'intérêt opposé. Cette étape est généralement qualifiée d'évaluation de la *proportionnalité au sens strict*. Ce dernier principe exige que la contribution de la mesure à la réalisation de l'objectif soit supérieure au préjudice causé à l'intérêt opposé. L'analyse montre que le résultat du balancement est toujours la production d'une règle de résolution des conflits qui incarne le principe dominant, ou le juste équilibre entre les principes en jeu, et qui est suffisamment précise

pour résoudre le cas concret soumis à la juridiction (Section 2.4.4.). Cependant, selon les caractéristiques du système et du juge qui l'utilise, le balancement peut remplir différentes fonctions. En particulier, la règle de résolution des conflits peut viser à *combler* une lacune normative dans le droit, en reprenant la règle du cas d'espèce lorsqu'elle ne peut être subsumée par une règle expresse du système (fonction de *comblement de la lacune*) ; identifier, parmi plusieurs interprétations de la disposition à appliquer, celle qui protège le mieux les principes ou les valeurs pertinents (fonction d'*interprétation* ; qui comprend à son tour la détermination du champ d'application d'une disposition réglementaire et du contenu des droits et obligations qu'elle consacre, ainsi que l'interprétation et l'application des clauses générales ou des clauses de limitation et de dérogation souvent contenues dans les dispositions) ; déterminer, en cas de conflit réglementaire, la règle effectivement applicable, ou trouver celle qui protège le mieux les valeurs protégées par les règles en conflit (fonction de *résolution des conflits réglementaires au sens strict*). Très souvent, cependant, ces fonctions peuvent se chevaucher partiellement, en raison également des caractéristiques du système de référence et de la fonction du juge.

Enfin, la **Section 2.5.** traite de la « *Comparaison entre le balancement et d'autres formes de raisonnement juridique* ». En effet, le balancement n'est pas la seule forme de *raisonnement juridique* visant à résoudre des cas difficiles ou inhabituels. Dans certains cas, les juges, nationaux ou internationaux, peuvent se référer à d'autres types de raisonnement, de type non syllogistique, visant à identifier ou à interpréter la règle qui résout l'affaire. Certains d'entre eux présentent des caractéristiques communes avec le balancement, à savoir : l'analogie ou le raisonnement analogique (Section 2.5.1.), l'équité ou le raisonnement équitable (Section 2.5.2.) et l'*interprétation téléologique* (Section 2.5.3.). Cependant, la distinction entre ces techniques logico-argumentatives et le balancement n'est pas toujours évidente, à tel point qu'il est parfois difficile, voire arbitraire, d'inscrire une décision judiciaire particulière exclusivement dans une typologie.

LE **CHAPITRE III**, intitulé « **Le balancement dans la jurisprudence des tribunaux internationaux** », est de nature purement empirique, puisqu'il examine les arrêts et décisions pertinents des tribunaux internationaux.

La **Section 3.1**, intitulée « *Introduction et notes méthodologiques* », fournit des éclaircissements sur la méthode de sélection des décisions et arrêts pertinents (Section 3.1.1.), ainsi que sur les critères de répartition et d'examen aux fins de l'analyse (Section 3.1.2.). En ce qui concerne le premier aspect, il convient de rappeler que la Tribunal international a tendance à ne pas expliciter la méthodologie utilisée aux fins de la décision, en particulier lorsqu'il s'agit de techniques qui sont *lato sensu* créatrices de droit, ce qui peut mettre en doute la centralité du consensus étatique dans les processus d'élaboration du droit international. Cela n'empêche pas qu'il puisse exister des

hypothèses dans lesquelles le juge international réalise effectivement, ou explicite dans ses motifs, les éléments essentiels du raisonnement fondé sur le balancement. D'un point de vue méthodologique, la recherche du rôle de la technique du balancement dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux pourrait se fonder sur *deux* approches différentes, qui sont soit alternatives, soit complémentaires l'une de l'autre (et c'est cette dernière approche qui est suivie ici). D'une part, la jurisprudence peut être sélectionnée sur la base de l'utilisation expresse, dans les motifs de la juridiction, du terme "mise en balance" ou d'autres expressions similaires. Toutefois, si cette approche était la seule utilisée, il y aurait très peu de cas où de telles références se trouvent dans les décisions des tribunaux internationaux, en particulier en dehors de la sphère limitée des droits de l'homme et, récemment, du commerce et de la protection des investissements étrangers, où le langage du balancement est devenu de plus en plus proéminent. D'autre part, une telle recherche peut viser à identifier, dans le raisonnement du juge, des éléments qui se réfèrent au balancement en tant que technique de décision, même sans la mentionner expressément. C'est précisément parce que le juge international a tendance à ne pas toujours expliciter, ou du moins pas de manière extrêmement claire, la méthodologie suivie pour adopter la décision, que le point de départ de la présente recherche a été le rejet de l'assimilation entre le « langage » et le « raisonnement » du balancement. Dans le même temps, il existe des cas où le recours au langage du balancement ne s'accompagne pas nécessairement d'un recours au modèle de raisonnement pertinent. Les opinions dissidentes et concurrentes jointes aux arrêts et décisions ont également été prises en compte dans la sélection des affaires. En effet, dans de nombreux cas, ces avis présentent l'utilisation de la technique du balancement comme un moyen qui aurait permis de parvenir à une décision différente et plus correcte ou qui aurait justifié les conclusions de la majorité d'une manière plus rationnelle. Le fait que ces avis se réfèrent à cette technique, ainsi qu'aux principes et valeurs qui lui sont opposés à la lumière des faits du litige, montre que la question du choix de la méthode décisionnelle elle-même a eu sa place dans le processus délibératif et dans le débat qui a conduit à la décision. L'absence de mention expresse du balancement de la décision pourrait donc être fondée sur des raisons inavouées, non nécessairement de droit, mais aussi d'opportunité et de politique judiciaire. En ce qui concerne le deuxième aspect, la division de la jurisprudence, les précisions suivantes sont nécessaires. Après avoir défini les fonctions que la technique du balancement peut remplir dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, une approche *systématique* aurait consisté à reposer cette tripartition et, en particulier, à rechercher dans la jurisprudence des juridictions internationales, prise dans son ensemble, des exemples d'utilisation du balancement comme technique de *comblement de lacunes*, comme technique d'interprétation et comme technique de résolution de conflits de normes. Cependant, en combinant cette classification avec une approche *analytique*, elle sera proposée en référence à chaque type de tribunal international. En effet, il existe des

différences considérables entre une tribunal international et une autre, tant sur le plan technico-juridique qu'en ce qui concerne la perception que les États, les autres sujets et acteurs de la communauté internationale, et les juges eux-mêmes, ont du rôle de la cour elle-même dans chaque domaine normatif du système. Cela peut également affecter la propension de la Cour à recourir à la technique du balancement, la manière (explicite ou implicite) dont elle le fait finalement, et les objectifs et modalités par lesquels elle le fait. Ces différences sont souvent si profondes que, de l'avis de l'auteur, il n'est pas possible de mettre sur un pied d'égalité les façons dont les différentes juridictions utilisent la même technique. La recherche visait d'ailleurs précisément à montrer comment ces différences affectent l'utilisation de la technique du balancement et ne peut donc se fonder que sur une classification qui tient compte des caractéristiques de chaque juridiction en termes de compétence, de droit applicable, de nature des parties et de fonctions spécifiques. En ce qui concerne la *compétence*, le fait qu'elle soit facultative ou obligatoire peut influencer sur le degré de déférence du tribunal à l'égard des États membres, tendant dans le premier cas à préférer des solutions qui ne remettent pas en question, du moins en apparence, le rôle du consensus étatique dans la prise en charge des obligations internationales. En même temps, même dans la sphère de la juridiction volontaire, le fait que le consentement soit donné *ad hoc* (dans le cas des tribunaux arbitraux) ou, surtout, *ex ante* (dans le cas des clauses d'arbitrage, des traités généraux d'arbitrage ou de la déclaration au titre de l'article 36(2) du Statut de la CIJ), peut affecter la légitimité de la cour devant les États. Dans le premier cas, en effet, le consentement des États à se soumettre au jugement est beaucoup plus évident, de même que leur volonté de régler définitivement le litige. Dans le second cas, en revanche, le consentement est donné à l'avance mais, au moment du litige, au moins l'État défendeur aura intérêt à se soustraire à la compétence du tribunal en la contestant. Le *droit applicable* par chaque juridiction, y compris son degré de clarté, de précision et de développement, peut également avoir une incidence sur les techniques décisionnelles utilisées par les juges : dans un domaine juridique où le droit est clair, précis et bien établi, le juge aura moins besoin de recourir à des principes généraux et à des techniques d'argumentation visant à compléter, préciser et développer le droit. En revanche, le caractère fragmenté, pluraliste et décentralisé de l'ordre juridique international, où il n'existe pas de hiérarchie normative, signifie que le droit applicable par chaque juridiction peut entrer en conflit, dans l'abstrait ou dans la pratique, avec les principes qui sous-tendent d'autres domaines de l'ordre juridique. Il peut en résulter la nécessité d'équilibrer des principes appartenant à des « régimes » différents, puisque dans de telles hypothèses « *concrete solutions must necessarily be found on a case-by-case base* » (« des solutions concrètes doivent nécessairement être trouvées au cas par cas ») (N. MATZ-LUCK, *Harmonization, Systemic Integration and Mutual Supportiveness as Conflict-Solution Techniques : Different Modes of Interpretation as a Challenge to Negative Effects of Fragmentation*, 2006(1) Finnish Yearbook of International Law, Vol.

17, pp. 39 et suivantes, p. 47). Toujours en ce qui concerne le droit applicable, il faut également considérer que l'institutionnalisation d'organes tiers et impartiaux visant à résoudre les litiges relatifs à certains traités ou secteurs du système juridique signifie que ces règles spécifiques, et les intérêts qu'elles poursuivent, font l'objet d'une attention plus intense de la part de l'organe établi pour les interpréter et les appliquer. Cela peut impliquer une tendance à faire prévaloir les intérêts et les valeurs de ce secteur du système juridique, au détriment des autres. Là encore, le *sujet spécifique traité par* le tribunal peut favoriser ou non l'utilisation de techniques telles que le balancement. La *nature des parties* au litige influe également sur la propension de la juridiction à recourir à telle ou telle technique décisionnelle. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), en revanche, n'a pas été prise en compte, bien qu'elle ait reconnu que la proportionnalité est un principe général du droit et qu'elle fasse largement appel à la technique du balancement. Et ce, non seulement parce que le droit de l'Union européenne (UE) a désormais acquis sa propre autonomie en tant que discipline scientifique, mais aussi et surtout parce que cette Cour, organe d'un « ordre constitutionnel supranational », n'a plus grand-chose à voir avec un tribunal international au sens strict du terme, présentant diverses caractéristiques qui la rapprochent davantage d'une cour suprême nationale. Enfin, en dépit du fait que cela serait imposé par le besoin d'exhaustivité systématique, nous ne considérerons pas non plus la jurisprudence des tribunaux nationaux qui ont recours à la technique du balancement lorsqu'ils étudient, interprètent et appliquent les normes de droit international. Au-delà des spécificités des juridictions individuelles, il convient de noter qu'une analyse distincte de la jurisprudence est également nécessaire à la lumière des études antérieures sur le sujet. Selon certains auteurs, le balancement ou la proportionnalité en tant que techniques de prise de décision ou formes de raisonnement juridique ne seraient pas appliquées uniformément par les différentes juridictions internationales. En outre, il a été avancé que devant les tribunaux internationaux, le problème de l'incommensurabilité de l'objet du balancement, mis en évidence dans le débat sur les tribunaux nationaux, serait amplifié. En particulier, cela impliquerait l'établissement d'une hiérarchie de valeurs inévitablement laissée à la subjectivité de telle ou telle juridiction, voire à la perspective de valeur de ceux qui analysent une situation donnée.

Ainsi, la **Section 3.2.** traite du balancement dans la jurisprudence des « *Juridictions interétatiques* ». Elle montre comment le recours à cette technique consiste à examiner si les droits ou facultés d'un État, ou la liberté d'agir qui, en l'absence d'obligations internationales, découle de sa souveraineté, sont exercés d'une manière compatible avec les intérêts d'autres États ou de la communauté internationale et, rarement, des particuliers. En principe, chaque État est libre d'agir comme il l'entend dans la poursuite de ses propres intérêts. Ce faisant, il doit toutefois respecter les obligations internationales qu'il a librement contractées. Mais même en l'absence d'obligations, cette

liberté est limitée par l'existence même des autres États et la nécessité de ne pas nuire à leurs intérêts. Ainsi, dans les litiges interétatiques, le balancement fonctionne comme un mécanisme permettant d'assurer une "délimitation des sphères de souveraineté des États" lorsqu'elles se chevauchent et/ou entrent en conflit, non seulement sur le plan territorial, mais aussi sur le plan fonctionnel. La jurisprudence a été examinée en distinguant la jurisprudence des tribunaux arbitraux *ad hoc* (Section 3.2.1.), celle des tribunaux interétatiques permanents dotés d'une compétence générale, à savoir la CPJI et la CIJ (Section 3.2.2.), la jurisprudence des organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (section 3.2.3.) et, enfin, celle du Tribunal international du droit de la mer (section 3.2.4.).

Parmi ceux-ci, le domaine dans lequel le balancement a joué un rôle particulièrement important est la jurisprudence des tribunaux interétatiques *ad hoc*, en particulier ceux qui ont été créés à la fin du 19^e et au début du 20^e siècle. Dans ces décisions, la référence aux principes généraux et, en particulier, au principe de souveraineté, avec ses attributs et ses limites, constitue le point de départ de la résolution de la plupart des litiges. Dans de nombreux cas, cette référence s'accompagne de la reconnaissance des intérêts des États parties au différend et de la nécessité de les équilibrer. Cette démarche est souvent justifiée par la volonté des États, souvent exprimée expressément dans le compromis, de résoudre le différend qui les oppose d'une manière définitive et mutuellement satisfaisante. Ainsi, dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, on peut trouver des exemples de recours à la technique du balancement pour ce que nous avons appelé la fonction de comblement des lacunes (comme dans les sentences arbitrales rendues dans les affaires des *Bien britanniques au Maroc espagnol* et des *Fonderies de Trail* ou des droits de pêche dans l'Antarctique) et la fonction d'interprétation de la portée et du contenu de dispositions spécifiques (comme dans les sentences rendues dans l'affaire du *Lac Lanoux* et dans l'affaire des *Filets de poisson dans le golfe du St-Laurent*).

Dans la jurisprudence des tribunaux permanents interétatiques à compétence générale (d'abord la Cour permanente de justice internationale, puis la Cour internationale de justice), il est plus difficile de trouver des références expresses au balancement, compte tenu également de la réticence de ces organes à clarifier expressément la méthodologie utilisée pour trancher les litiges qui leur sont soumis. Cependant, il existe des cas où la décision prise peut être expliquée sur la base de la technique du balancement. Il en est ainsi tant dans l'identification des règles non écrites du droit international (comme dans les arrêts de la CIJ sur le *Détroit de Corfou* et les *Pêcheurs anglo-norvégiens*) que dans l'interprétation des dispositions applicables (parmi lesquelles, à titre d'exemple, l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Oscar Chinn* et l'avis consultatif de la CIJ sur les réserves à la Convention contre le génocide, mais aussi, plus récemment, dans des affaires concernant l'application de diverses clauses dérogatoires, telles que celle sur *Certains*

biens iraniens et celle sur la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*), alors qu'il n'y a pas à ce jour d'affaires dans lesquelles le balancement a été expressément utilisée comme technique de résolution de conflits normatifs (bien qu'elle soit parfois invoquée par les parties, comme dans l'affaire sur les *Immunités juridictionnelles des États* et le récent différend entre la Colombie et le Nicaragua sur les droits souverains dans la *Mer des Caraïbes*).

Par rapport aux lignes directrices générales susmentionnées du contentieux interétatique, il convient de souligner que celui en matière commerciale présente certaines particularités ou, plutôt, une spécification. En effet, le balancement s'est progressivement consolidé en tant que technique décisionnelle, partant de l'hypothèse que l'objectif du système de règlement des différends en la matière est de déterminer et de maintenir un équilibre entre le « droit de réglementer » (*right to regulate*) des États, découlant implicitement de leur souveraineté et impliquant la liberté d'agir dans la poursuite de leurs propres intérêts, et les obligations de libéralisation des échanges établies dans les traités de l'OMC. Ainsi, la technique de l'équilibre a permis de résoudre des conflits entre l'intérêt de la libéralisation du commerce, sur lequel se fonde l'organisation, et d'autres intérêts légitimes des États qui, à leur tour, coïncident souvent avec des intérêts communs de la communauté internationale, tels que la protection des droits de l'homme et de la santé humaine ou de l'environnement. Il en va de même dans les cas où il existe une clause dérogatoire expresse, telle que l'art. XX du GATT, qui permet à l'État de ne pas s'acquitter de ses obligations conventionnelles, dans la poursuite d'intérêts conflictuels jugés légitimes (pensez aux affaires *US – Gambling* et *Brazil – Tyres*), ainsi que dans les cas où, en l'absence de telles clauses, les obligations établies par les traités de l'OMC entrent en conflit avec d'autres intérêts de l'État, y compris celui de s'acquitter d'autres obligations internationales, qui coïncident souvent à leur tour avec les intérêts collectifs de la communauté internationale (comme cela s'est produit par exemple dans le récent différend sur le *Tobacco Packaging*).

Compte tenu de sa création plus récente et du faible nombre de litiges résolus, il est plus difficile de trouver des exemples d'utilisation de la technique du balancement par le Tribunal international du droit de la mer. Toutefois, cette technique a été progressivement utilisée dans le cadre d'affaires de prompt mainlevée concernant des navires et des équipages détenus et arrêtés par les autorités d'un État membre. Pour comprendre l'utilisation du balancement dans de tels arrêts, il est nécessaire de se référer au contexte juridique. Comme on le sait, la CNUDM a reconnu la compétence fonctionnelle de l'État côtier dans la ZEE en ce qui concerne l'exploration, l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles, ainsi que l'application des lois et règlements adoptés dans l'exercice de cette compétence. Mais en même temps, dans la ZEE de l'État côtier, les États tiers jouissent d'un certain nombre de droits, au premier rang desquels la liberté de navigation. Sur la base de ces règles, le Tribunal a reconnu que

l'objectif de la procédure de prompt mainlevée, à la lumière des dispositions conventionnelles pertinentes, est précisément de concilier les intérêts contradictoires de l'État côtier (prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect de ses lois) et de l'État du pavillon (obtenir la prompt mainlevée de l'immobilisation du navire et la libération de son équipage). Ainsi, en statuant sur le respect par l'État côtier de son obligation de procéder à la mainlevée de l'immobilisation du navire et à la libération de son équipage après avoir fixé une caution raisonnable, la Cour a élaboré un *jugement sur le caractère raisonnable* visant à mettre en balance ces intérêts contradictoires, et dans le contexte duquel des références au principe de proportionnalité, ainsi qu'à des considérations d'humanité et de respect des droits de la défense, sont progressivement apparues.

La **Section 3.3.** reconstitue la jurisprudence sur l'utilisation de la technique du balancement par les tribunaux pénaux internationaux, où l'on peut trouver de nombreux exemples où les intérêts, les principes et les valeurs ont joué un rôle particulièrement pertinent dans l'identification, l'interprétation et l'application du droit humanitaire international et du droit pénal international, tant sur le plan matériel que sur le plan procédural. Ici, le principe de protection de la dignité humaine, qui préconise la punition des auteurs des crimes internationaux les plus graves, et le principe de légalité en matière pénale, qui exige l'accessibilité et la prévisibilité des règles de procédure et de fond sur lesquelles se fonde la condamnation de l'accusé, sont mis en contraste. Compte tenu des profondes différences en termes de compétence et de droit applicable, l'ouvrage procède à une analyse distincte de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (Section 3.3.1.), des tribunaux mixtes ou hybrides (Section 3.3.2.) et, enfin, de la Cour pénale internationale (Section 3.3.3.).

Dans le domaine de la justice pénale internationale, les tribunaux *ad hoc* créés dans les années 1990 sont ceux qui ont le plus utilisé le balancement, à la fois pour reprendre des normes non écrites du droit international humanitaire (par exemple, le cas incriminant le crime de viol en tant que crime contre l'humanité, repris par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie sur la base d'un balancement, dans l'affaire *Furundzija*) et du droit procédural (comme dans l'affaire *Kupreskić* tranchée par le même Tribunal en matière d'accusations multiples ou alternatives), ainsi qu'une technique d'interprétation du droit applicable (notamment pour le rendre compatible avec les normes internationales en matière de droits de l'homme ; voir, par exemple, l'affaire *Limaj*) et de résoudre les conflits normatifs, notamment entre les règles procédurales inscrites dans ses statuts et les normes relatives aux droits de l'homme.

Les tribunaux pénaux mixtes ou hybrides ont également eu recours au balancement, à la fois pour combler les lacunes du droit applicable et pour interpréter les dispositions de leurs actes constitutifs. L'exemple le plus emblématique est la décision sur le droit applicable rendue par le Tribunal spécial pour le Liban dans l'affaire *Ayyash*,

dans laquelle le Tribunal a exclu qu'en droit pénal international un tribunal puisse prononcer un *non liquet*, en ayant recours, si nécessaire, à des techniques telles que le balancement. La Cour a notamment reconnu que les différentes sources de droit qui lui sont applicables protègent des intérêts différents, qui ne sont pas nécessairement en harmonie les uns avec les autres, et qu'en cas de conflit, il appartient au tribunal de mettre en balance ces intérêts afin d'identifier ou de préciser la règle applicable. Il a ainsi évoqué l'émergence des droits de l'homme comme valeur au même titre que le principe de souveraineté, et précisé qu'un certain nombre d'autres principes doivent être pris en compte dans l'interprétation du Statut, dont le principe téléologique, qui impose de privilégier « une interprétation qui permette au Tribunal d'atteindre au mieux son objectif d'administration de la justice d'une manière équitable et efficace » ; le principe général de droit pénal de *favor rei*, qui est un corollaire du principe plus général du procès équitable et selon lequel la préférence doit être donnée à « l'interprétation qui est la plus favorable aux droits du suspect ou de l'accusé » ; enfin, le principe de légalité en matière pénale, selon lequel l'application rétroactive et analogique du droit pénal est interdite. Après avoir défini les principes pertinents, la Cour les a concrètement mis en balance pour combler une lacune dans le droit applicable en ce qui concerne les accusations multiples ou alternatives.

L'équilibre et, en général, les approches potentiellement « créatives » du droit, jouent actuellement un rôle beaucoup moins important dans la jurisprudence de la CPI, qui respecte le délicat travail d'équilibre entre les intérêts pertinents effectué par les États lors de la rédaction méticuleuse du Statut de Rome. Un exemple assez isolé est la décision sur la demande d'émission d'un mandat d'arrêt dans l'affaire *Al-Bashir*, où l'exercice d'équilibre a été utilisé pour résoudre une question qui n'est pas expressément réglementée dans les instruments normatifs, à savoir l'immunité du chef d'État d'un État qui n'est pas partie au Statut de Rome. La Cour, en excluant la possibilité d'invoquer l'immunité, a invoqué les principes et valeurs pertinents pour déterminer la règle applicable. Il s'agit, comme indiqué ci-dessus, d'un exemple isolé. En effet, contrairement aux tribunaux *ad hoc*, la Cour est également beaucoup plus réticente à recourir au balancement pour résoudre des questions de nature procédurale, à l'égard desquelles elle tend à maintenir une approche restrictive et à reconnaître la compétence exclusive de l'Assemblée des États parties pour créer le droit applicable. Par exemple, elle a précisé que l'intérêt de punir les auteurs de crimes ne peut impliquer la violation ou la remise en cause des garanties procédurales établies en faveur de l'accusé. Ainsi, adoptant une approche radicalement opposée à celle qui a pu caractériser la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pour le Liban, elle a exclu que cet intérêt puisse justifier la formulation de charges multiples par le Procureur, car cela impliquerait une restriction excessive des droits de la défense. Cela pourrait s'expliquer en partie par la pertinence progressive de la protection des droits de la défense pour les États de la communauté internationale en vertu

des divers traités sur les droits de l'homme, mais aussi par les critiques formulées à l'encontre des tribunaux *ad hoc*, à propos desquels il a été avancé que l'intérêt pour la répression des crimes internationaux a été utilisé (et abusé) pour justifier des procès inéquitables. Cependant, la Cour a refusé de compléter le droit procédural même dans les cas où les lacunes à cet égard étaient au détriment des droits de l'accusé, démontrant ainsi que la principale raison de cette approche restrictive réside dans la déférence à l'égard des États parties au Statut, comme ce fut le cas, par exemple, dans la décision sur la demande dans la fameuse affaire *Bemba*.

La **Section 3.4.** traite de l'utilisation de la technique du balancement dans les jugements rendus par les « *Tribunaux des droits de l'homme et les organes de surveillance des traités en cette matière* ». Il s'agit, comme on peut facilement le deviner, de la jurisprudence, dans l'arène internationale, qui a le plus explicitement incorporé la technique du balancement, du moins telle qu'elle a été développée par les juges nationaux et théorisée à partir de leur expérience. En effet, l'objet même de ces traités est de déterminer le juste équilibre entre la souveraineté de l'État et la protection effective et pratique des droits de l'homme individuels. Ici aussi, il est apparu que le balancement peut être utilisé pour les trois fonctions identifiées ci-dessus. Cependant, étant donné la compétence spécifique de ces organes - l'interprétation et l'application du traité respectif -, il s'agit toujours formellement d'une opération d'interprétation des dispositions du traité. Dans le concret, cependant, cela peut également conduire à combler une lacune dans le texte - en identifiant dans le champ d'application d'une disposition du traité, une « nouveau droit », en principe non prévue par celui-ci -, ou à résoudre un conflit entre la disposition interprétée et d'autres règles, principes ou valeurs de l'ordre international. L'ouvrage compare la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Section 3.4.1.), de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Section 3.4.2.), de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Section 3.4.3.) et des organes de contrôle établis par les traités universels conclus dans le cadre de l'ONU (Section 3.4.4.). Cependant, comme les différentes cours régionales et les comités des Nations Unies suivent largement l'approche de la Cour européenne, sur les précédents de laquelle ils se sont souvent appuyés pour construire progressivement leur propre jurisprudence, cette dernière a fait l'objet d'une analyse plus approfondie. Pour les autres, en revanche, les particularités souvent non négligeables qui existent par rapport au modèle européen ont été mises en exergue dans la règle.

L'ouvrage montre comment l'ensemble de la jurisprudence de la HCDH se fonde sur « *a general principled outlook to human rights adjudications* » (« une perspective générale fondée sur des principes en matière de décisions relatives aux droits de l'homme ») (P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN et L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 1998, La Haye, Martinus Nijhoff, p. 81), dans un système où la proportionnalité est indubitablement considérée comme un principe

général du droit, et qui vise intrinsèquement à équilibrer des intérêts contradictoires : d'une part, les intérêts généraux poursuivis par l'État et, d'autre part, l'intérêt de l'individu dans la protection de ses droits fondamentaux. En fait, depuis la célèbre *Affaire linguistique belge* de 1968, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que la Convention européenne des droits de l'homme « implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers ». D'un point de vue général, il apparaît que, en ce qui concerne la structure des opérations visant à mettre en balance des intérêts contradictoires dans l'évaluation de la compatibilité du comportement ou des omissions de l'État avec la Convention, la Cour européenne tend à ne pas distinguer analytiquement les différentes phases du jugement de proportionnalité, du moins tel que théorisé par Alexy, tandis que les différentes phases de ce dernier sont généralement condensées « *into a single balancing question* » (« en une seule question du balancement ») (S. GREER, "Balancing" and the European Court of Human Rights : A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, 2004(2) Cambridge Law Journal, Vol. 63, p. 412 ff, p. 433.). Toujours dans une perspective générale, il faut considérer que, dans la jurisprudence de Strasbourg, les opérations de balancement sont effectuées à la lumière du principe de subsidiarité et de la doctrine de la marge d'appréciation, qui déterminent le degré de déférence de la Cour à l'égard des États membres. En simplifiant à l'extrême, le principe de subsidiarité implique que, pour autant que l'individu n'ait pas subi de préjudice injustifié et que les procédures internes aient assuré de manière adéquate la prise en compte de tous les intérêts en jeu, la Cour ne procède pas à une mise en balance "lorsqu'elle a été effectuée par les autorités nationales en conformité avec les critères établis dans la jurisprudence de la Cour". L'étendue de la marge "variera en fonction des circonstances, du sujet et de son contexte", et de l'existence ou non d'un *consensus européen*, qui est déterminé sur la base d'une analyse comparative des approches des États membres à l'égard du sujet de l'affaire, afin d'identifier un « consentement tacite », qui « *provides an objective and transnational perspective on the process of 'weighing' the values to be 'balanced' in any dispute* » (« fournit une perspective objective et transnationale sur le processus de 'pesée' des valeurs à "mettre en balance" dans tout litige ») (A. STONE SWEET et J. MATHEWS, *Proportionality Balancing & Global Governance. A Comparative & Global Approach*, 2019, Oxford, Oxford University Press, p. 177). Bien comprise, la marge d'appréciation est elle-même un exercice d'équilibre. En effet, d'une part, une large marge est une manifestation de la souveraineté des États, qui implique le droit d'adopter les mesures qu'ils jugent nécessaires à la poursuite de leurs intérêts. La souveraineté, et la liberté qu'elle implique, est cependant limitée par les obligations contractées par la ratification de la Convention. Et l'intensité de cette restriction est affectée par un certain nombre de circonstances. En ce sens, la marge d'appréciation a été définie comme la méthode par laquelle la Cour « *balance[s]*

the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention » (« met en balance la souveraineté des Parties contractantes et les obligations qui leur incombent en vertu de la Convention ») (R.S.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 1992, Florence, Collected Courses of the Academy of European Law, p. 95 ff.) L'ouvrage examine ensuite les différentes fonctions que le balancement joue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir (rarement) le comblement des lacunes « implicites » ou « intervenantes » du texte de la Convention, l'interprétation et l'application de ses dispositions, et la résolution des conflits entre les différents droits garantis par la CEDH, ou entre ceux-ci et d'autres normes ou valeurs de l'ordre international.

L'analyse montre que la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IADH) utilise également la technique du balancement (*ponderación*) lorsqu'elle interprète et applique la Convention interaméricaine des droits de l'homme (CIADH). Toutefois, la jurisprudence en la matière est peu développée, car pendant longtemps cette Cour a principalement traité de violations graves, massives et systématiques de droits absolus, qui ne peuvent être mis en balance avec d'autres droits ou intérêts. Quoi qu'il en soit, des exemples de l'utilisation de la technique du balancement peuvent être trouvés dans la détection des droits parmi ceux protégés par la Convention interaméricaine, dans l'interprétation et l'application de la Convention elle-même et, enfin, dans la résolution des conflits. En ce qui concerne la reconnaissance des droits, la Cour de San José a adopté une approche très large dans l'interprétation des droits garantis par la CIADH et des obligations correspondantes des États. Elle n'a pas encore développé une doctrine de la marge d'appréciation ou du « consensus interaméricain » ; par conséquent, elle a beaucoup plus facilement recours aux valeurs et aux principes pour combler les lacunes perçues dans la Convention et identifier les règles non écrites consacrant de "nouveaux droits", même en l'absence de pratique étatique pertinente ou contrairement à celle-ci (par exemple, l'affaire *Atala Riffo sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle* et la protection des minorités sexuelles, ou l'avis consultatif dans lequel la Cour a conclu qu'il existe un droit de l'homme à un environnement sain). En ce qui concerne l'interprétation de la Convention interaméricaine, la Cour interaméricaine suit une approche similaire à celle de la Cour européenne lorsqu'il s'agit d'utiliser le balancement pour déterminer le contenu des obligations de l'État, pour interpréter les clauses générales contenues dans les dispositions des pactes, ainsi que la clause générale de limitation de l'article 30 de la CIADH. Outre les conflits entre les différents droits garantis par la Convention interaméricaine, on trouve également des exemples de l'utilisation du balancement comme technique de résolution des conflits normatifs dans les conflits entre les obligations découlant de la Convention et les traités bilatéraux d'investissement (voir les

différentes affaires concernant le droit des peuples indigènes à la protection de leurs terres ancestrales).

En ce qui concerne la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour ADHP), il convient de souligner que la Convention africaine ne contient ni clause générale de dérogation, ni clauses spécifiques de limitation attachées aux dispositions individuelles du traité. Par conséquent, selon le texte du traité, il semblerait que tous les droits soient garantis de manière absolue et ne puissent donc pas être restreints dans la poursuite de buts pourtant légitimes. Toutefois, la Commission puis la Cour ont compensé cette lacune, c'est-à-dire l'absence de possibilité expresse de limiter les droits conventionnellement garantis « *using judicial creativity* » (« en faisant preuve de créativité judiciaire ») (A. RACHOVITSA, "Balancing Test : African Court of Human Rights (ECtHR)", in H. RUIZ-FABRI (ed), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021, Oxford, Oxford University Press, para. 8). Se référant à la jurisprudence européenne, ils ont ainsi reconnu que les droits conventionnellement garantis peuvent être restreints sur la base de mesures nécessaires à la poursuite de certains objectifs légitimes et proportionnés à ces objectifs (voir, par exemple, l'affaire *Tanganyika Law Society*). La Cour a également recours au balancement lors de l'interprétation de clauses générales, telles que la notion de discrimination, la notion de délai déraisonnable, l'équité globale de la procédure et la notion de privation arbitraire de liberté. De même, elle recourt au balancement en cas de conflit entre différents droits garantis par la Charte africaine. Dans l'application pratique de la technique du balancement, la Cour africaine suit généralement l'approche établie dans la jurisprudence de la Cour européenne. Toutefois, on peut noter une application plus stricte du test d'adéquation : la Cour africaine ne se contente pas de prendre note du but invoqué par l'État, mais procède à une analyse minutieuse de l'existence d'un but légitime et de l'adéquation de la mesure étatique à la poursuite de ce but. Si la mesure poursuit le but invoqué par l'État, et que celui-ci est jugé légitime par la Cour, celle-ci vérifie, selon un critère unique, sa nécessité et sa proportionnalité. Le critère de la nécessité (ou de la *less restrictive alternative measure*) tend également à être appliqué de manière plus stricte que son équivalent européen, puisque la Cour africaine va jusqu'à suggérer les mesures les moins restrictives que l'État aurait pu prendre pour poursuivre l'objectif invoqué.

Les comités établis par les traités universels relatifs aux droits de l'homme conclus au sein des Nations unies utilisent également la technique du balancement. Ils reconnaissent notamment que la proportionnalité est un principe général guidant l'exercice du pouvoir de restreindre la protection des droits de l'homme ou d'y déroger. En ce qui concerne l'utilisation du balancement pour appliquer les clauses de limitation et de dérogation contenues dans les dispositions conventionnelles, ou pour résoudre les contrastes entre différents droits individuels, il n'y a pas de particularités notables par rapport à l'approche de la CEDH. Parmi les particularités de ce domaine, on peut plutôt

noter une utilisation plus large du balancement pour interpréter les nombreuses *clauses générales* incluses dans les instruments conventionnels respectifs, étant donné que ces traités y ont encore plus recours que les traités régionaux. Tout d'abord, le balancement est utilisée pour appliquer toutes les dispositions conventionnelles qui consacrent les obligations de moyens des États et, en particulier, les obligations de « prendre des mesures » ou les obligations de « diligence raisonnable », telles que l'obligation prévue à l'article 2(c) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, selon laquelle les États doivent « prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes », ou la détermination de la notion d'« aménagements raisonnables » à l'article 2 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, ou la notion d'*intérêt supérieur de l'enfant*, telle que visée à l'article 3 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. En outre, même en ce qui concerne les dispositions qui ne sont pas formulées dans des clauses générales, les comités des Nations unies reconnaissent que les traités relatifs aux droits de l'homme ne consacrent pas seulement des obligations négatives de ne pas entraver la jouissance des droits respectifs, mais aussi des obligations positives de diligence raisonnable. Le contenu concret de ces obligations est déterminé à la lumière d'un exercice de balancement.

Enfin, la **Section 3.5.** traite du rôle de la technique du balancement dans la jurisprudence des « *Tribunaux d'arbitrage investisseur-État* ». Les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et, plus généralement, le droit international de l'investissement, visent en fait à établir un équilibre délicat entre l'intérêt des États à attirer les investissements étrangers, par la protection des droits des investisseurs, et la capacité de l'État investisseur à poursuivre ses propres intérêts, dans l'exercice de sa propre souveraineté. Les tribunaux arbitraux investisseur-État, comme les tribunaux des droits de l'homme, sont également compétents pour appliquer les TBI individuels et les règles souvent énoncées dans les clauses de droit applicable, qui comprennent souvent aussi les principes et règles pertinents du droit international et, dans certains cas, le droit national de manière plus générale. Il n'est donc pas toujours facile de distinguer les différentes fonctions exercées par le balancement, qui ont souvent tendance à se chevaucher dans la jurisprudence. Quoi qu'il en soit, on peut trouver dans la jurisprudence pertinente des exemples de recours à la technique du balancement pour détecter des règles (de procédure) non écrites (comme dans l'affaire *Abaclat*), pour interpréter et appliquer les différentes dispositions des TBI - à la fois pour déterminer le contenu des droits qu'ils garantissent, par exemple les notions d'expropriation (voir les affaires *Saluka Investments*, *Chemtura* et *Tecmed*) ou de traitement juste et équitable (par exemple dans les affaires *Philip Morris* et *Urbaser*), ainsi que pour appliquer des clauses dérogatoires (comme dans les affaires *Continental Casualty* et *Eco Oro*) - que comme technique de résolution des

conflits entre les dispositions des TBI et d'autres normes de droit international (comme ce fut le cas, une fois de plus, dans l'affaire *Philip Morris*).

La **Section 3.6.** tire des « *Conclusions préliminaires* ». Ce qui ressort de l'examen de la jurisprudence des juridictions internationales, c'est que chacune d'entre elles utilise, dans une mesure plus ou moins grande, la technique du balancement. L'analyse montre tout d'abord de nombreux points de convergence avec l'expérience juridique interne, mais aussi que dans l'ordre juridique international, le balancement s'est développé parallèlement à ces expériences, et s'est donc consolidée de manière autonome en tant que technique utilisée dans la jurisprudence des juridictions internationales. En fait, le balancement est intrinsèquement lié à l'un des principes fondamentaux de cette orientation particulière, à savoir le principe de la souveraineté de l'État, et est en fait constamment invoquée en ce qui concerne la relation entre la souveraineté de plusieurs États, ou entre la souveraineté d'un État et les obligations internationales assumées par ce dernier, ou même entre la souveraineté et les intérêts collectifs de la communauté internationale. Ensuite, l'analyse montre que les trois fonctions que la théorie juridique générale attribue à la technique de du balancement se retrouvent dans la jurisprudence internationale. Enfin, et malgré certaines différences terminologiques ou particularités liées aux caractéristiques et fonctions propres à chaque juridiction, on peut dire que la structure de base du raisonnement judiciaire fondé sur le balancement est similaire dans la jurisprudence de toutes les juridictions examinées. Toutefois, l'analyse révèle également des différences importantes entre les approches de chaque juridiction. En particulier, certaines d'entre elles semblent avoir davantage recours au balancement que d'autres ; certaines le font de manière plus marquée ; d'autres semblent avoir progressivement abandonné cette technique en tant que méthode de prise de décision ; d'autres encore semblent ne l'avoir développée que récemment. La propension de chaque juridiction internationale à recourir au balancement semble en fait évoluer en fonction des spécificités de chacune d'entre elles mais aussi, dans la jurisprudence d'une même juridiction, en fonction du moment historique et des conditions politiques dans lesquelles elle opère.

Sur la base de ces conclusions préliminaires, le **CHAPITRE IV** tente de mettre en lumière « **Les raisons de la propension différente des cours et tribunaux internationaux à recourir à la technique du balancement** ». En particulier, l'image composite qui se dégage de l'examen de la jurisprudence montre que cette propension varie non seulement d'un tribunal international à l'autre mais aussi, dans la jurisprudence d'un même tribunal, en fonction du moment historique dans lequel la décision est adoptée, de l'objet de l'affaire et de la droit applicable au litige. Cette diversité d'approches peut s'expliquer en grande partie par l'idée que le balancement implique une forme d'*activisme judiciaire* : étant donné la grande marge d'appréciation qu'elle accorde au juge - à la fois

pour identifier les principes et les intérêts pertinents dans l'affaire et pour déterminer la règle considérée comme capable de les équilibrer de manière adéquate à la lumière des circonstances concrètes de l'affaire - le balancement est généralement associée à l'idée d'une création judiciaire du droit ou, en tout état de cause, considérée comme impliquant une ingérence excessive de la Cour dans le pouvoir d'appréciation politique des États souverains, quant aux choix qu'ils adoptent dans la poursuite des intérêts qu'ils considèrent comme pertinents et dans le choix même des mesures nécessaires pour se conformer à leurs obligations internationales. Plus précisément, les facteurs qui influencent la propension des cours et tribunaux internationaux à recourir à la technique du balancement sont au moins au nombre de trois.

La **Section 4.2.** précise « *La nature des intérêts pertinents et leur relation avec la souveraineté de l'État ou des États parties au différend* ». En effet, l'analyse montre que ces facteurs peuvent affecter le recours plus ou moins important à la technique du balancement ou, à tout le moins, conduire le tribunal à reconnaître une marge d'appréciation plus large aux autorités étatiques et, par conséquent, à adopter une approche plus déférente à leur égard. La déférence du juge à l'égard de la souveraineté étatique, qui est d'une manière ou d'une autre affectée par ses décisions, affecte donc le choix même de recourir au balancement comme technique de décision, ou l'intensité de celle-ci.

Cela ne signifie pas que le balancement soit structurellement incompatible avec les jugements rendus par les juridictions internationales ou, plus précisément, avec la résolution des litiges interétatiques, où les droits et les intérêts des entités souveraines sont horizontalement opposés. En effet, comme il ressort de l'analyse effectuée, c'est précisément dans les sentences rendues par les tribunaux interétatiques *ad hoc* créés à la fin du 19e et au début du 20e siècle que l'on trouve les exemples les plus anciens et les plus évidents de recours à la technique du balancement par le juge international. Ces décisions reposent sur l'idée que le contenu de la souveraineté est relatif, puisqu'il dépend de toutes les limitations de la souveraineté qui découlent des obligations assumées par un État à un moment donné, des droits et des intérêts des autres États et, dans l'ordre international contemporain, de ceux des individus et des intérêts collectifs de la communauté internationale. Étant donné qu'à l'époque des sentences arbitrales examinées, il manquait souvent des règles claires (coutumières ou conventionnelles) capables de réguler les relations internationales de plus en plus intenses dans des domaines nouveaux et de plus en plus disparates, les litiges qui leur étaient soumis ne pouvaient être formulés par ces organes qu'en termes de conflit entre les souverainetés des États opposés (ou, plutôt, entre les intérêts souverains invoqués par eux). Ce conflit, précisément en l'absence de telles règles, était résolu à la lumière d'une juste mise en balance des prétentions des États opposés, dans le but de parvenir à une conclusion sacrifiant le moins possible à l'un ou à l'autre.

Une relation (trilatérale) particulière entre les intérêts en jeu et la souveraineté de l'État apparaît dans les jugements rendus par les tribunaux pénaux internationaux, auxquels, bien que formellement, aucun État ne participe en tant que partie. La jurisprudence de ces tribunaux fait apparaître un contraste entre, d'une part, le principe de la dignité humaine et l'intérêt collectif de la communauté internationale à poursuivre et à punir les auteurs des crimes internationaux les plus graves et, d'autre part, le principe de légalité en matière pénale, qui exige que l'accusé connaisse et prévoie les règles, procédurales et substantielles, appliquées dans le procès. Implicitement, mais dans une moindre mesure, les intérêts des États qui seraient compétents pour les crimes en question sont également en jeu dans ces jugements, car ils sont privés d'un des attributs essentiels de leur souveraineté, à savoir le pouvoir de punir. Le problème du respect ou de la déférence à l'égard de la souveraineté des États ne s'est pas posé pour les tribunaux *ad hoc* créés dans les années 1990, dont la compétence a prévalu sur celle des États concernés en vertu d'une disposition expresse des statuts. Au contraire, comme le reconnaît expressément la CPI elle-même, le statut de Rome établit un équilibre délicat entre la souveraineté des États parties et l'intérêt collectif de la communauté internationale à poursuivre et à punir les crimes internationaux les plus graves. Cet équilibre est incarné par le principe de complémentarité sur lequel repose la recevabilité des affaires portées devant la CPI. Il s'ensuit que, lors d'un jugement ultérieur, bien que les États ne soient pas partis à la procédure, une approche créative de la part de la Cour pénale internationale peut affecter de manière significative leur souveraineté déjà largement restreinte. Dans ses arrêts, la Cour tend donc à prendre note de l'équilibre atteint par les États, tel qu'il est cristallisé dans le Statut, en s'abstenant de le remettre en question.

La jurisprudence des différentes juridictions spécialisées tend à opposer de manière bilatérale deux intérêts contradictoires : d'une part, l'intérêt protégé par le ou les traités applicables par la juridiction et, d'autre part, la souveraineté de l'État qui a adopté le comportement dont la légalité est mise en cause. Les juridictions spécialisées sont en effet créées par les États pour poursuivre une certaine finalité, qui ne se limite pas au règlement pacifique des différends sur une question donnée : par l'interprétation et l'application correcte des traités dont ils contrôlent le respect, ces organes contribuent à la protection de l'intérêt ou de la valeur qui sous-tend les obligations pertinentes, comme la libéralisation des échanges, l'attraction des investissements étrangers, ou la protection de la dignité humaine, qui sous-tend l'intérêt d'une protection concrète et effective des droits de l'homme. Il a déjà été dit qu'en acceptant des obligations internationales dans un domaine donné, les États limitent nécessairement et inévitablement leur souveraineté. Ainsi, en interprétant et en appliquant ces obligations, chaque juridiction en vient à déterminer la relation entre celles-ci et la souveraineté de l'État : elles mettent en balance la liberté des États de poursuivre leurs propres objectifs comme ils l'entendent avec les limites qui découlent des intérêts poursuivis par les États eux-mêmes en créant des

obligations internationales. Ce sont donc les États qui confient aux juridictions spécialisées la fonction de trouver cet équilibre à la lumière des circonstances de l'espèce. Compte tenu de la fonction attribuée à ces organes, ils seront, en principe, enclins à faire prévaloir l'intérêt ou la valeur protégés par le traité respectif sur la souveraineté de l'État. Cela est en quelque sorte attendu et accepté par les États eux-mêmes, puisque l'objet et le but guident l'interprétation des traités et, par conséquent, guideront l'activité interprétative des tribunaux spécialisés.

Il s'agit de la dynamique qui est normalement établie, dans les jugements rendus par les différentes juridictions internationales, entre la souveraineté de l'État et d'autres intérêts. Souvent, cependant, les États ont tendance à modifier cette dynamique d'une manière ou d'une autre en invoquant, alternativement, ce qu'ils considèrent comme leurs propres « intérêts essentiels » afin d'exclure tout contrôle judiciaire de leur conduite ou d'invoquer une large marge de déférence du tribunal respectif à leur égard (Section 4.2.1.) ou, à l'inverse, le fait que les « intérêts collectifs » de la communauté internationale dans son ensemble sont en jeu dans l'arrêt (section 4.2.2.).

La **Section 4.3.** traite de « *L'impact du fondement consensuel de la compétence juridictionnelle sur les méthodes de décision* ». En effet, la jurisprudence examinée montre un lien entre, d'une part, la large marge d'appréciation que l'équilibre reconnaît à la cour et, d'autre part, le fondement consensuel de la compétence de la tribunal international et l'absence de mécanismes d'exécution coercitive de ses décisions. Le choix des modes de décision de chaque juridiction est en effet influencé par une série de *limites institutionnelles*, qui agissent à un double niveau : à la fois dans l'*abstrait*, sur la base des règles régissant la compétence (plus ou moins stable) de chaque juridiction (Section 4.3.1.), et dans le *concret*, à la lumière des événements relatifs à cette même compétence et, en particulier, du degré d'efficacité d'une juridiction et de sa légitimité, vis-à-vis de ses États membres, à un moment donné (Section 4.3.2.). Ces facteurs, considérés à la fois indépendamment et dans leur interaction, sont au moins partiellement en mesure d'expliquer pourquoi certaines juridictions ont davantage recours à la technique du balancement que d'autres, ainsi que les changements d'approche que l'on peut observer dans la jurisprudence d'une même juridiction au fil du temps. En effet, il est indéniable que les cours et tribunaux internationaux ont intérêt à préserver leur compétence, afin que de futurs litiges puissent être portés devant eux, ainsi que leur légitimité et leur crédibilité, afin d'assurer la mise en œuvre de leurs décisions. Cela peut affecter le choix de méthodes de prise de décision plus respectueuses de la souveraineté des États ou, en entrant dans l'arène du balancement elle-même, par exemple en déterminant la norme de jugement, en déterminer l'issue. D'une manière générale, le recours au balancement tend à être réduit dans la jurisprudence des juridictions qui, plus que d'autres, doivent se préoccuper de préserver le consentement des États à se soumettre à leur juridiction, et de celles qui, pour diverses raisons, ont perdu (ou n'ont jamais gagné) leur crédibilité et leur légitimité et

doivent donc regagner (ou gagner) leur confiance et s'assurer qu'elles mettent en œuvre les jugements.

En commençant par le premier des facteurs mis en évidence, « *La base juridictionnelle du tribunal* », il faut rappeler que le pouvoir du juge international est *doublement* limité. Aux limites inhérentes à la fonction juridictionnelle en tant que telle (le juge doit se prononcer sur la base du droit existant et non le créer), s'ajoutent celles découlant du caractère finalement arbitral de la compétence, puisque l'obligation de s'y soumettre ne peut reposer que sur le consentement des États. En outre, le caractère volontaire de l'exécution des jugements exige que les États perçoivent comme « acceptables » les décisions qu'ils sont juridiquement tenus d'exécuter, mais qu'ils sont en fait libres d'ignorer. De ce point de vue, le juge international doit avant tout s'attacher à prendre des décisions qui n'apparaissent pas « créatives » en droit ou incompatibles avec l'équilibre entre les intérêts des parties, tel qu'il est cristallisé dans les règles appliquées. Mais il découle également du principe du consensus que la compétence de chaque juridiction n'est pas générale, mais circonscrite - temporellement, territorialement, personnellement et matériellement - par les limites du consensus lui-même, au-delà desquelles elle ne peut aller. De ce point de vue, le risque est que les décisions fondées sur une mise en balance de principes (même autres que ceux qui sous-tendent les règles les plus strictement pertinentes pour l'affaire) soient perçues comme dépassant les pouvoirs limités que les États confèrent à la juridiction. Ce risque semble être pris en compte par les cours et tribunaux internationaux de différentes manières en fonction des règles qui fondent leur compétence et, en particulier, de la stabilité de celles-ci. L'analyse montre en effet que le balancement est peu utilisé par les juridictions dont la compétence est plus « précaire » (comme notamment la CIJ et la CPI) : elles tendent en effet à éviter les modes de décision qui pourraient « scare their clients » (« effrayer leurs clients ») (les États) (E. MCWHINNEY, *The International Court of Justice and International Law-Making : The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy*, 2006 Chinese Journal of International Law, Vol. 5, pp. 3 et suivantes), les incitant à retirer leur consentement à la compétence. Au contraire, l'équilibre a été consolidé dans la jurisprudence des tribunaux dont la juridiction est « obligatoire », puisqu'elle est acceptée à l'avance et comme condition de participation à une organisation donnée (comme la Cour européenne des droits de l'homme, l'organe d'appel de l'OMC et, dans une certaine mesure, les tribunaux arbitraux investisseur-État) : dans ces cas, en effet, le retrait du consentement à la juridiction, bien que toujours possible, est rendu moins plausible par les conséquences politiques pertinentes que ce retrait aurait pour l'État en termes de relations internationales. Il en va de même pour les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, dont la compétence est fondée sur des résolutions contraignantes du Conseil de sécurité.

Mais au-delà des règles relatives au fondement juridictionnel plus ou moins stable, les événements affectant « *Le degré d'efficacité du tribunal et sa légitimité devant les*

États membres » peuvent également affecter le choix des méthodes décisionnelles et, par conséquent, le recours à des techniques impliquant l'exercice d'une plus grande marge d'appréciation. Cette corrélation entre le consensus, l'efficacité et la légitimité d'une juridiction, déterminés par un certain nombre de facteurs sociopolitiques, d'une part, et le choix des méthodes décisionnelles, d'autre part, est en effet de nature à expliquer les différentes approches qui, selon la période historique, se retrouvent dans la jurisprudence d'une même juridiction. Ce qui semble ressortir de l'analyse, c'est que plus une juridiction est "forte" (concrètement) à un moment historique donné - c'est-à-dire plus elle bénéficie du soutien des États soumis à sa juridiction - moins elle doit se préoccuper d'exercer une certaine *retenue* dans la résolution des litiges qui lui sont soumis. Dans la plupart des cas, on constate que la technique de l'équilibre a progressivement disparu de la jurisprudence de la juridiction internationale (par exemple dans le domaine du contentieux interétatique et du droit pénal international) ou que, en tout cas, son rôle a été drastiquement réduit (comme dans le cas de la Cour européenne). Cela semble s'expliquer par le fait que dans les premières années d'exercice de ses fonctions, une juridiction internationale bénéficie généralement d'un large soutien au sein de la communauté des États, qui s'accordent sur la nécessité d'un forum pour le règlement pacifique de leurs différends et, comme pour les tribunaux spécialisés, sur la nécessité de protéger certains intérêts par une forme de contrôle, par un organe tiers et impartial, des obligations contractées à cette fin. Si chaque juridiction internationale semble tôt ou tard confrontée à la perte d'un tel soutien, pour des raisons spécifiques examinées plus en détail dans la thèse, il faut aussi considérer, plus généralement, le climat actuel de contestation à l'égard de la justice internationale en tant que telle. On pense à l'extrême dépendance des États à l'égard de la justice internationale au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, avec l'entrée en fonction de la CIJ et des tribunaux militaires internationaux, et après la chute des blocs, avec la prolifération d'organes spécialisés dans le règlement des différends dans un large éventail de domaines. Toutefois, au cours des deux dernières décennies, la propension des États à se soumettre à la juridiction de ces organes a considérablement diminué, et plusieurs États ont menacé ou se sont retirés de traités conférant une juridiction à des tribunaux dont ils n'étaient pas satisfaits. Ces organes ont donc dû développer ce qu'une partie de la doctrine a appelé des « stratégies d'adaptation » (*coping strategies*) qui, selon le cas, ont impliqué soit une approche plus innovante et créative (comme dans le cas de l'organe d'appel de l'OMC, une approche qui a néanmoins conduit à sa propre paralysie), soit une approche plus déférente à l'égard des États (comme dans le cas de la CIJ, de la CPI et de la Cour européenne des droits de l'homme). Dans certains cas, cependant, un faible degré d'efficacité et de légitimité tend, au contraire, vers le choix de méthodes de prise de décision plus créatives, comme cela a pu être observé pour la Cour interaméricaine et les organes de contrôle établis entre les traités des Nations unies relatifs aux droits de l'homme. Ces organes adoptent en effet une approche à la fois créative (en ce qui concerne

l'identification des obligations) et rigide (en ce qui concerne le contrôle exercé sur leur respect et la détermination même des obligations de réparation) qui semble s'expliquer par l'absence de ce « souci » de préservation de leur propre légitimité et de la volonté des États de mettre en œuvre les arrêts. En effet, les traités dont ces organes surveillent le respect voient la participation d'États qui ne se sont engagés que formellement à respecter les obligations internationales en matière de droits de l'homme, alors qu'en pratique, ils les ignorent constamment. Le rejet de la doctrine de la marge d'appréciation peut donc s'expliquer par la méfiance de ces organes à l'égard des États et, dans un souci d'équilibre, par la prévalence de la nécessité d'une protection efficace des droits de l'homme sur celle de la promotion de la coopération entre les États.

La **Section 4.4.** tente de clarifier comment « *Le degré d'exhaustivité du droit applicable et la clarté des règles pertinentes* » affectent l'utilisation plus ou moins importante de la technique du balancement. Par exhaustivité, nous entendons l'étendue des différentes questions couvertes par le droit applicable, tandis que la clarté concerne le degré de détermination du champ d'application et du contenu des règles. Or, parmi les principales critiques du balancement en tant que technique de détection, d'interprétation et d'interprétation du droit international, figure celle selon laquelle le balancement des principes, des intérêts et des valeurs est effectuée exclusivement (par les États) au moment où les normes de droit international (qu'elles soient coutumières ou conventionnelles) sont produites, et non (par les juges) au moment où elles sont détectées et appliquées pour résoudre un litige spécifique. Cette position théorique extrême est largement réfutée par la pratique des tribunaux internationaux examinés. Cependant, si elle est réduite, cette thèse fait mouche, car il est tout à fait possible que le balancement effectué par les États au moment où ils produisent des normes de droit international exclut la possibilité (et la nécessité même) pour le tribunal de recourir au balancement. Il faut en effet rappeler que le juge a tendance à recourir aux principes du balancement lorsqu'il n'existe pas de règles claires pour résoudre le litige ; ou lorsqu'elles existent mais sont génériques ou imprécises, ou sont accompagnées de clauses limitatives ou déroatoires qui exigent expressément que les intérêts protégés par l'obligation prétendument violée soient conciliés avec d'autres intérêts considérés comme légitimes ; ou encore lorsque les intérêts protégés par la règle à appliquer entrent en conflit avec ceux protégés par d'autres règles présentes dans le système. Il s'ensuit que le degré d'exhaustivité et de précision du droit applicable par chaque juridiction influe sur le choix de la technique décisionnelle, précisément parce qu'il détermine la nécessité ou non de recourir à une mise en balance des principes pertinents à la lumière des circonstances de l'espèce. Par conséquent, la période historique au cours de laquelle une décision est rendue - et donc le contexte juridique dans lequel une juridiction opère - est également d'une importance décisive. De ce point de vue, on a vu que le balancement a caractérisé les décisions rendues par les tribunaux arbitraux à la fin du 19e et au début du 20e siècle, ainsi que les toutes premières décisions rendues par

la CPI et la CIJ, à un moment de l'histoire où, face à l'intensification des relations internationales entre les États, le droit international consistait en un *corpus de principes* généraux relativement peu abondant. De même, à l'époque de la création de la Cour européenne des droits de l'homme, première tribunal international en matière, les droits de l'homme étaient encore des concepts très abstraits. La même observation peut être faite en ce qui concerne le droit pénal international, dont les règles ont été progressivement clarifiées et précisées par la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*. Dans le cours normal des événements, on peut donc dire que la réduction progressive de la présence de la technique du balancement est une conséquence physiologique de l'évolution du droit international vers un système de plus en plus complet capable de régler les diverses questions qui se posent dans la vie des relations internationales. Cela peut résulter aussi bien d'un choix conscient des États, qui peuvent décider de préciser les règles applicables ou de modifier la compétence des tribunaux (Section 4.5.1.), que de la conséquence physiologique du pouvoir discrétionnaire précédemment exercé par le tribunal lui-même dans la détection et l'interprétation des règles applicables (Section 4.5.2.).

En premier lieu, donc, la réduction de la marge d'appréciation laissée à un tribunal et, par conséquent, la moindre pertinence du balancement dans sa jurisprudence, découlent du développement progressif du degré d'exhaustivité et de clarté du droit applicable, tel qu'il est sanctionné par les États eux-mêmes. En effet, ces derniers peuvent délibérément décider de préciser davantage le droit applicable ou de régler expressément les relations et les éventuels conflits qui peuvent survenir entre celle-ci et d'autres principes ou règles du système. La réglementation de questions auparavant non réglementées et la formulation de règles plus détaillées sont certainement, dans l'intention des parties, destinées à régler plus clairement les relations entre elles, dans l'intérêt de la certitude et de la prévisibilité de leurs relations juridiques. Dans certains cas, cependant, ce faisant, les États peuvent également (expressément ou, du moins, implicitement) souhaiter circonscrire la marge d'appréciation exercée par le tribunal international dans l'étude, l'interprétation et l'application du droit. Ce phénomène était évident dans le domaine du droit pénal international qui, à l'époque de la création des tribunaux *ad hoc*, était encore extrêmement lacunaire. Le Statut de Rome, en revanche, a non seulement défini en détail les types de crimes relevant de la compétence de la CPI, mais a également indiqué expressément les sources de droit applicables. Cette stricte prédétermination tend précisément à sauvegarder la souveraineté des États parties. En outre, la CPI n'a pas compétence pour adopter ses propres règles de procédure, qui sont laissées à l'Assemblée des États parties. La réduction du pouvoir discrétionnaire des juges en raison des interventions réglementaires des États se retrouve également, quoique dans une moindre mesure, dans le domaine du droit international des investissements. Les traités en la matière consacrent en effet certains principes de portée très générale qui, par définition, laissent une large place au juge dans leur application. D'ailleurs, dans la

première génération de traités bilatéraux d'investissement, de nombreuses questions sont restées en suspens, parmi lesquelles, notamment, la relation entre les obligations qui y sont consacrées et d'autres intérêts, pourtant importants, tels que la protection des droits de l'homme et de l'environnement. Par la suite, afin de réduire le pouvoir discrétionnaire des juges et, du moins dans leurs intentions, d'assurer une plus grande sécurité juridique, lors de la négociation de la nouvelle génération de TBI, les États ont procédé à la formulation d'obligations plus spécifiques et à l'insertion de clauses visant à réglementer la relation entre les obligations consacrées et d'autres intérêts pertinents. Toutefois, dans certains cas, les États se révèlent incapables de réduire le pouvoir discrétionnaire des juges en formulant des règles plus spécifiques, comme c'est le cas dans le domaine du commerce international ; dans d'autres, cependant, une telle opération est matériellement impossible, comme dans le domaine des droits de l'homme, où les États peuvent néanmoins, par le biais d'interventions réglementaires, réduire la marge d'appréciation du juge (pensons au Protocole n° 15 annexé à la CEDH, qui a introduit une référence expresse au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation dans son préambule).

Deuxièmement, l'augmentation de l'exhaustivité et de la clarté du droit applicable, et la réduction consécutive de la marge d'appréciation d'une juridiction internationale, peuvent être le résultat et la conséquence physiologique de la fonction de détermination du droit exercée précédemment par cette même juridiction. En effet, d'une part, les tribunaux sont par nature enclins à suivre leurs propres précédents, même en l'absence d'une règle analogue à la règle de *common law* du *stare decisis* ; d'autre part, les règles relevées par le tribunal international sur la base d'un exercice d'équilibre peuvent ensuite être progressivement reconnues et sanctionnées par les États eux-mêmes. En particulier, lorsqu'il apparaît que la règle visant à résoudre le cas concret, identifiée par le juge sur la base d'une mise en balance, est de nature à équilibrer de manière adéquate les intérêts en jeu dans une situation donnée, il est possible que cette solution soit progressivement acceptée par les États eux-mêmes, dans l'exercice de leur fonction de production du droit international. En effet, ce sont souvent les États eux-mêmes qui suivent en pratique les règles identifiées sur la base d'un exercice du balancement ou qui les consacrent dans des dispositions conventionnelles ; dans d'autres cas, c'est le CDI qui les a transposées dans des travaux qui ont abouti à des traités de codification. C'est pourquoi on peut dire que le juge international est en mesure – lorsqu'il apporte une solution raisonnablement argumentée, compréhensible et acceptable à une question donnée – d'influer sur le développement progressif du droit international dans son ensemble. Ce faisant, cependant, les tribunaux réduisent également la marge d'appréciation qu'ils peuvent exercer dans des affaires similaires futures : en comblant progressivement les lacunes normatives du système juridique, la nécessité de recourir au balancement pour résoudre les « cas difficiles » tend à se réduire. L'ouvrage présente donc divers exemples de la manière dont les règles identifiées par les tribunaux internationaux ont affecté le

développement progressif des obligations internationales de *diligence raisonnable* (par exemple, les sentences rendues dans les affaires *Alabama* et dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*), de la prévention des dommages transfrontaliers (dans l'affaire *Trail Smelter*), de la notification de la présence d'un champ de mines dans la mer territoriale (l'arrêt *Detroit de Corfou*), de la méthode linéaire de calcul de la mer territoriale (approuvée dans l'arrêt *Anglo-Norwegian Fisheries*). Mais pensons aussi à la contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* dans la formulation des règles de droit international et pénal codifiées plus tard dans le Statut de Rome, ou à l'influence de la jurisprudence des tribunaux d'arbitrage investisseur-État dans la formulation des traités bilatéraux d'investissement les plus récents.

La **Section 4.5.** tire des « *Conclusions préliminaires* » concernant les facteurs qui influencent la propension des cours et tribunaux internationaux à utiliser la technique du balancement. Ainsi, il est noté qu'ils sont, dans l'ensemble, attribuables aux limites imposées à la fonction judiciaire internationale par la souveraineté des États qui les établissent, et par la discrétion politique qui en découle, à divers égards : la prise en charge d'obligations internationales, et l'évaluation des mesures qu'ils jugent appropriées pour s'y conformer ; le consentement à se soumettre à la juridiction des tribunaux qu'ils établissent ; et, enfin, la formulation des normes de droit international qu'ils s'engagent à respecter. Aucun de ces éléments, pris individuellement, n'est en mesure de justifier le choix d'une approche particulière d'un tribunal international dans l'exercice de sa fonction. Par exemple, on a vu qu'un recours plus large à la technique de l'équilibre peut être favorisé tant par le haut degré d'efficacité et de légitimité d'une cour que par sa faiblesse institutionnelle. Ou encore, le caractère vague et indéterminé des obligations dans une matière donnée peut justifier à la fois une approche restrictive de l'appréciation de la conformité du comportement de l'État avec celles-ci et un rôle moteur dans la spécification et le développement du contenu de ces obligations. Il faut donc considérer que ces facteurs ne sont pas isolés les uns des autres. Il s'agit plutôt de considérations qui apparaissent de manière contextuelle et cumulative dans la jurisprudence de chaque juridiction. En outre, ils peuvent entretenir des relations différentes les uns avec les autres, incitant les tribunaux internationaux, selon les circonstances, à préférer une approche plutôt qu'une autre.

A la lumière des questions posées au début de l'ouvrage, la section se demande si l'utilisation de la technique du balancement reflète la perception que les différentes cours et tribunaux internationaux, et les juges individuels qui les composent, ont de leur propre *rôle* et *fonction*, à la fois dans le système normatif au sein duquel ils sont établis et, plus largement, dans le système juridique international dans son ensemble. En particulier, et à la lumière de ce qui a été avancé par la doctrine, l'hypothèse avait été émise qu'un recours accru à cette technique décisionnelle reflétait la prévalence d'une conception spécifique de la fonction judiciaire internationale. L'analyse menée ici conduit à réfuter, au moins

en partie, l'idée partagée par beaucoup selon laquelle le recours à des méthodes décisionnelles laissant une place à la discrétion et à la créativité judiciaires tend à prévaloir dans la jurisprudence des juridictions qui manifestent expressément ou implicitement qu'elles partagent l'idée que le rôle d'une juridiction internationale ne se limite pas à la résolution des litiges individuels qui lui sont soumis (ce dont la CIJ est le principal exemple), mais s'étend également au développement progressif du droit international (une approche qui caractériserait la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme). Cependant, l'analyse menée ici permet de conclure, pour plusieurs raisons, que le recours à la technique du balancement ne semble pas étroitement lié à cette conception. D'abord, parce qu'il est difficile, voire arbitraire, d'encadrer clairement chaque juridiction dans l'une ou l'autre conception, au point de considérer que le choix de certaines méthodes décisionnelles ou techniques argumentatives correspondrait exclusivement à l'une d'entre elles. Au contraire, elles semblent coexister, dans des proportions différentes et en oscillation constante, dans la jurisprudence de toutes les juridictions considérées. En second lieu, l'analyse montre que le balancement ne correspond pas nécessairement à la seconde des conceptions décrites. En effet, on a vu que les tribunaux arbitraux interétatiques *ad hoc*, dont la fonction est par définition de résoudre un litige spécifique qui leur est soumis, ont largement recouru à la technique du balancement, invoquant à cette fin la volonté des États, exprimée dans le *compromis*, de parvenir à une solution non seulement définitive, mais aussi juste et équitable du litige lui-même. Il en va de même pour les tribunaux d'arbitrage investisseur-État. Enfin, les deux conceptions indiquées peuvent en fait correspondre à des approches différentes des méthodes de prise de décision et de l'utilisation de la technique du balancement elle-même. Par exemple, la perception par un tribunal de son rôle d'"organe de la communauté internationale" ne le pousse pas nécessairement vers une approche créative visant au développement du droit international, mais peut aussi, au contraire, constituer une incitation à adopter une approche restrictive limitée à l'application stricte de règles claires et précises. En même temps, l'intention de parvenir à une solution juste et équitable du litige peut également justifier la conclusion que l'on est tenu d'appliquer le droit de manière stricte et objective, indépendamment des attentes des parties. Ainsi, bien qu'elle garantisse par définition une large marge d'appréciation judiciaire, l'utilisation plus ou moins importante de la technique du balancement ne semble pas indiquer en soi la prévalence, dans une juridiction ou une autre, d'une position tranchée sur le rôle de la fonction judiciaire dans l'ordre international. Chaque juridiction oscille entre la prévalence de l'une ou l'autre convention, en fonction tant de l'interaction entre les facteurs examinés que de la sensibilité de chaque juge, comme le démontrent les nombreuses opinions individuelles prises en considération dans cet ouvrage. Le recours à la technique de l'équilibre ne semble donc pas caractériser l'une des deux conceptions de la justice internationale. Il apparaît au contraire qu'il augmente au fur et à mesure que

le juge met l'accent sur l'un des deux extrêmes : le juge peut en effet justifier son raisonnement, alternativement, au regard de l'objectif de parvenir à une solution juste et raisonnable du litige concret, qui tienne dûment compte des intérêts des deux parties, ou à celui de clarifier et de développer le droit, à la lumière d'un ensemble de valeurs réputées partagées au sein de la communauté internationale.

À ce stade, il est possible de résumer les **REMARQUES FINALES** qui ressortent des résultats du travail.

Tout d'abord, il a été dit que le recours à la technique du balancement ne semble pas caractériser une conception spécifique du rôle du juge dans l'ordre juridique international, puisqu'il se retrouve à la fois lorsque le juge met l'accent sur la nécessité de résoudre de manière adéquate le litige spécifique qui lui est soumis et lorsqu'il estime qu'il peut et doit contribuer au développement progressif du droit.

Cela semble conforme aux indications qui se dégagent à l'issue du présent travail. En effet, il a été mis en évidence que les caractéristiques structurelles du système juridique international, examinées au Chapitre I, ne semblent pas en elles-mêmes s'opposer à l'utilisation de cette technique, telle que définie à la suite de la reconstruction historique et théorique effectuée au Chapitre II, par la juridiction internationale. En effet, l'analyse empirique effectuée au Chapitre III a montré que toutes les cours et tous les tribunaux internationaux considérés - indépendamment des différences entre eux en termes d'objet et de fonction, de compétence, de compétence matérielle et de droit applicable - ont fait ou font usage de la technique du balancement. Selon la compétence de chaque juridiction, la technique du balancement peut être utilisée à une ou plusieurs fins : la détection de normes non écrites, l'interprétation et l'application du droit applicable, ou la résolution de conflits normatifs. Il a également été constaté que l'approche de base et la structure de l'argumentation sont généralement partagées par les différentes juridictions. Cependant, l'analyse effectuée n'induit pas seulement des réflexions purement théoriques ou méthodologiques. Comme le montre le Chapitre IV, les choix des juridictions en matière de méthode décisionnelle, de critères de jugement et d'argumentation pour justifier leurs conclusions sont influencés par un certain nombre de facteurs plus larges, non seulement théoriques et normatifs, mais aussi sociaux et politiques. Et ces choix semblent refléter l'équilibre qui, à la lumière de ces facteurs, s'établit entre le rôle du juge international d'une part, et la souveraineté des États qui l'instituent d'autre part.

Or, même en ce qui concerne cette relation, deux positions antithétiques peuvent être identifiées dans l'abstrait. Selon une conception que l'on pourrait qualifier de *minimaliste* du rôle du juge, celui-ci devrait se montrer particulièrement déférent à l'égard des choix souverains des États. Et ce, tant en ce qui concerne le choix de s'engager à respecter certaines obligations internationales - en préférant, dans la détection et l'interprétation du droit, la conclusion la moins restrictive possible de la souveraineté

étatique - qu'en ce qui concerne le choix par les autorités étatiques des mesures nécessaires à la poursuite de leurs propres intérêts, dans le respect de ces obligations - en évitant une ingérence excessive dans celles-ci et en se limitant à prévenir les abus, en vérifiant seulement que les États agissent de bonne foi et de manière raisonnable. A une telle conception de la fonction du juge correspondrait, en matière de détection et d'interprétation du droit, une approche restrictive en partie imputable au principe *in dubio mitios* et, en ce qui concerne son application dans le cas concret, un recours important à des doctrines telles que la marge d'appréciation de l'État ou des normes d'appréciation similaires qui montrent la déférence du juge à l'égard des choix des autorités de l'État. Selon une conception *maximaliste*, au contraire, le rôle du juge international serait d'étudier et d'interpréter le droit à la lumière de l'ensemble des principes et valeurs en vigueur dans l'ordre international contemporain - même si cela aboutit à limiter la souveraineté des États - et, en appliquant le droit, d'évaluer rigoureusement la conformité des actions et omissions étatiques avec celui-ci, en examinant leur adéquation, leur nécessité et leur proportionnalité par rapport à la réalisation de l'objectif poursuivi. Dans ce cas, une approche basée sur les valeurs et téléologique de la détection et de l'interprétation des normes de droit international prévaudraient et, dans leur application, le refus de reconnaître des marges d'appréciation aux autorités étatiques. Sur cet aspect également, l'analyse effectuée montre qu'il est impossible de conclure que l'une ou l'autre conception prévaut dans la jurisprudence d'une juridiction ou d'une autre. Chaque juridiction peut osciller entre un extrême et l'autre, à la lumière, encore une fois, de l'interaction des facteurs indiqués.

D'un point de vue plus général, cependant, l'examen de la jurisprudence semble montrer une certaine tendance de la justice internationale, considérée dans son ensemble, vers l'un des deux extrêmes, à savoir l'extrême restrictif. A cet égard, et dans le sillage de l'attention croissante portée par la doctrine internationaliste aux concepts de communauté internationale, d'intérêts collectifs et de valeurs fondamentales, on a tendance à croire que le système juridique international connaît un processus d'évolution vers une reconnaissance plus intense de ces concepts. La prévalence progressive d'un rôle plus propulsif de la justice internationale serait à la fois une manifestation et un facteur supplémentaire dans le développement de ce processus. Selon cette idée, en effet, le recours à la technique du balancement par les juridictions internationales, compte tenu de leur provenance de l'expérience constitutionnelle interne et de leur capacité à appliquer et à concrétiser des principes et des valeurs, serait l'un des instruments utiles à cette incorporation progressive des intérêts collectifs dans le *corpus* des règles du droit international, traditionnellement destinées à protéger les intérêts souverains des États individuels. Cependant, cette idée ne semble pas être confirmée par les tendances jurisprudentielles mises en évidence dans cet ouvrage. Il ne s'agit certainement pas de mettre en doute le fait que la trajectoire décrite du développement du droit international

s'est longtemps reflétée dans la jurisprudence internationale, en particulier dans les périodes qui ont suivi la Seconde guerre mondiale et la Guerre froide. Toutefois, cette tendance semble avoir récemment connu au moins un arrêt, voire un véritable renversement. La jurisprudence internationale la plus récente montre, en effet, une approche des tribunaux consistant à faire preuve d'une plus grande déférence à l'égard des États, tant en ce qui concerne le choix d'assumer des obligations internationales que l'évaluation de la compatibilité de leur comportement avec ces obligations. Cela semble induire une approche restrictive à la fois dans la détection et l'interprétation des normes limitant la souveraineté de l'État et dans leur application au cas concret. De plus, dans la majorité des cas, il ne semble pas que le fait que des intérêts collectifs soient en jeu dans l'affaire remette en cause cette tendance. Dans les litiges interétatiques les plus récents, outre la pertinence pratique limitée des obligations *erga omnes* et du *jus cogens*, les intérêts collectifs ont rarement obtenu une reconnaissance sérieuse : la CIJ a exclu que la protection de la dignité humaine, qui sous-tend l'intérêt pour la répression des crimes internationaux, puisse en soi limiter les prérogatives étatiques protégées des règles sur l'immunité des hautes fonctions étatiques ou des États, ou que l'intérêt pour la protection de l'environnement puisse justifier une ingérence dans la sphère de souveraineté d'autres États. Même lorsqu'elle traite de questions relatives aux droits de l'homme ou à l'environnement, la CIJ maintient une approche modérée, voire particulièrement restrictive, et ne cherche certainement pas à favoriser une plus grande protection de ces intérêts au détriment de la souveraineté de l'État. Pourtant, si elle adopte une approche particulièrement rigoureuse lorsqu'il s'agit d'évaluer la légalité du comportement d'un État impliquant le recours à la force armée, elle a également admis de manière voilée que l'intérêt de la survie d'un seul État pouvait justifier un comportement qui aurait des conséquences dévastatrices pour l'ensemble de ce que l'on considère comme les intérêts collectifs de la communauté internationale. Dans le domaine de la justice pénale internationale également, on a assisté à une forte inversion de l'intérêt collectif pour la répression des crimes internationaux, au profit d'une attention plus prononcée pour la souveraineté des États parties au Statut de Rome. Cette évolution peut être saluée lorsqu'elle est justifiée par la CPI par la nécessité de préserver l'exercice des droits de la défense, tels qu'ils sont consacrés dans les règles de procédure, et par l'importance croissante des droits des défendeurs dans l'ordre juridique international. Toutefois, il convient de noter que même lorsque ce sont ces derniers qui ont été invoqués pour justifier une approche novatrice de la part de la CPI, celle-ci a néanmoins estimé qu'il fallait s'en remettre à la souveraineté et au pouvoir discrétionnaire des États. Dans le domaine des droits de l'homme, donc, et au moins dans la jurisprudence européenne, il est indéniable que l'accent est mis de plus en plus sur la souveraineté des États membres. Il est vrai que, dès ses premières années, la Cour de Strasbourg avait précisé que les autorités étatiques jouissaient d'une marge d'appréciation qui, toutefois, « va de pair avec un contrôle

européen », consistant à vérifier que les décisions prises dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sont compatibles avec les obligations consacrées par la CEDH. Toutefois, au fil du temps, la Cour a de plus en plus souligné la subsidiarité de son rôle par rapport au rôle premier des autorités nationales. Dans le passé, sauf dans des cas exceptionnels, la subsidiarité et la marge d'appréciation impliquaient que la Cour européenne elle-même s'abstienne de mettre en balance les intérêts en jeu, se limitant à évaluer si le balancement effectuée par les autorités nationales était compatible avec les obligations conventionnelles ; aujourd'hui, de plus en plus, l'approche du "contrôle procédural" implique une abstention même d'évaluer si cette mise en balance est justifiée sur le fond ; elle se limite à évaluer l'adéquation de la procédure législative, administrative ou judiciaire dans le cadre de laquelle elle a été effectuée par les autorités nationales. Et même lorsque la Cour procède à cette mise en balance, les intérêts des États - tels que la lutte contre le terrorisme et la sécurité, ainsi que le contrôle des flux migratoires et des frontières - pèsent de plus en plus lourd, comme le montre le libellé même des arrêts. Enfin, même dans les arrêts où les intérêts collectifs tels que la protection de l'environnement, de la santé humaine et des droits de l'homme ont récemment eu tendance à gagner en importance (là encore, dans les litiges relatifs au commerce et à l'investissement), cela semble être lié à la reconnaissance par la Tribunal international d'une plus grande marge de liberté pour les États dans la poursuite de leurs intérêts souverains. Si le résultat pratique peut être considéré favorablement, on ne peut déduire de ces expériences une tendance au déclin de la souveraineté des États, au profit des intérêts collectifs supposés de la communauté internationale. D'un point de vue général, il apparaît donc que, dans un effort pour préserver leur rôle, les cours et tribunaux internationaux ont progressivement reculé vers une approche minimaliste de l'exercice de leur rôle, qui consiste à surveiller la conduite des États sans interférer excessivement avec elle. Cette tendance est dans une large mesure une réaction au climat de contestation des États à l'égard de la justice internationale.

Pour terminer sur une note optimiste (nous entendons par là, au moins en ce qui concerne le sujet de ce document), on peut toutefois noter que les développements les plus récents semblent montrer une confiance renouvelée de la communauté des États dans la justice internationale et la réémergence de la rhétorique de l'intérêt collectif. Il s'agit notamment des risques découlant, d'une part, de l'agression armée de la Russie contre l'Ukraine en février 2022 et, d'autre part, du changement climatique. Le conflit armé en cours a conduit la CIJ à adopter une approche interprétative particulièrement créative au stade des mesures conservatoires de l'arrêt intenté par l'Ukraine, sur la base de la clause d'arbitrage de la Convention contre le génocide, à l'encontre de la Russie ; cette interprétation a ensuite été soutenue par les nombreux États qui ont demandé à intervenir dans la procédure. Dans le même temps, un nombre sans précédent d'États ont demandé l'intervention de la CPI qui, en délivrant un mandat d'arrêt contre Poutine et Belova, a

exclu, du moins pour le moment, que les intérêts souverains d'un État non-partie au Statut de Rome et l'immunité associée d'un chef d'État en exercice puissent empêcher la Cour d'agir. Dans le même temps, plusieurs États sont intervenus pour soutenir l'Ukraine dans les affaires portées contre la Russie devant la CEDH. Enfin, de nombreux gouvernements ainsi que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ont craint la création d'une cour pénale *ad hoc* compétente pour le crime d'agression. En matière de changement climatique, les demandes d'avis consultatifs - formulées par l'Assemblée générale, sur proposition de l'État de Vanuatu, auprès de la CIJ, par le Chili et la Colombie auprès de la Cour interaméricaine, et par un groupe d'États insulaires (réunis au sein de la *Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*) auprès du Tribunal international du droit de la mer - montrent comment les États entendent se tourner vers la justice internationale pour identifier les obligations qui leur permettront de faire face à ce difficile défi. Il est certainement trop tôt pour déduire de ces événements un changement d'orientation de la justice internationale ou, plus généralement, de la communauté internationale. Le soutien aux initiatives judiciaires liées au contexte armé pourrait être basé sur de simples évaluations politiques individuelles ; en même temps, les défenses des gouvernements français et suisse lors des récentes audiences devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme sur les premières affaires contentieuses introduites sur le changement climatique montrent comment les États ont également tendance à croire que les politiques climatiques et environnementales font partie de leur propre pouvoir discrétionnaire, et que les tribunaux internationaux devraient s'abstenir de se prononcer à leur sujet.

La présente recherche visait à déterminer si, comment et pourquoi les juridictions internationales recourent à la technique du balancement. Il est apparu que les conditions de ce recours ne peuvent être expliquées seulement à la lumière d'une « technique » ou d'une « théorie », mais en vertu de l'équilibre toujours changeant des pouvoirs, des intérêts et des valeurs au sein d'une communauté internationale dans laquelle la figure de l'État et sa souveraineté dominent toujours.