

LEZIONE 12

LO JUS COGENS E LA GERARCHIA DELLE FONTI*

La gerarchia delle fonti

1. Posizione del problema

Esiste una gerarchia delle fonti nel diritto internazionale? In altre parole esistono norme con forza giuridica superiore ad altre? In questa lezione si affronteranno prima di tutto i rapporti tra le fonti del diritto internazionale e poi si passerà all'esame di una particolare categoria di norme consuetudinarie, dette cogenti o imperative, che avrebbero il carattere dell'inderogabilità mediante accordo, e che quindi possiederebbero una forza superiore sia a quest'ultimo, potendolo annullare, sia, secondo alcuni casi della prassi giudiziale interna, anche alla consuetudine ordinaria, che risulterebbe disapplicabile per effetto della norma cogente.

2. Rapporti tra consuetudine e accordo

Stando alla dottrina le fonti del diritto internazionale si possono distinguere in fonti di primo (consuetudine e principi generali di diritto), di secondo (accordi) e di terzo grado (fonti previste da accordi)¹. Questa distinzione non sempre comporta la prevalenza della consuetudine sull'accordo o dell'accordo sulla fonte di terzo grado. Vediamo qui di séguito come sono regolati i rapporti tra queste fonti nell'ordinamento internazionale.

I rapporti tra consuetudine ed accordo, secondo la dottrina preponderante, sono improntati alla flessibilità, potendo l'accordo derogare alla consuetudine e viceversa.

Abbiamo già avuto modo di trattare l'argomento², ma è bene riprenderlo in questa sede affinché si abbia un quadro unitario del problema.

L'accordo può derogare alla consuetudine in virtù del criterio di specialità *ratione personarum*, poiché il primo si applica ai soli Stati contraenti mentre la seconda ha efficacia *erga omnes*, generale. Un esempio è costituito dalla norma consuetudinaria che riconosce l'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile ed eventuali accordi che escludano l'immunità in casi determinati.

* **AVVERTENZA:** questa lezione va studiata sul CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII edizione, pp. 163-170, integrata dalla presente dispensa con l'ausilio del *Codice di diritto internazionale pubblico* di LUZZATTO-POCAR, Torino, 2006.

¹ CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 164-165. Altri (ANTONIO CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di Paola Gaeta), Bologna, 2006, p. 197 ss.) parlano di fonti *primarie*, "...perché contemplate da norme fondamentali o di base dell'ordinamento internazionale..." (p. 198: consuetudini, accordi, atti unilaterali) e *derivate o secondarie*, "...perché previste da una fonte primaria..." (*ibidem*).

² Si vedano le lezioni 4 (nella parte relativa al ricambio delle norme codificate) e 8 (criteri d'interpretazione di specialità e posteriorità).

L'accordo può anche derogare ad un principio generale di diritto riconosciuto dalle Nazioni civili, in quanto fonte di diritto non scritto generale, assimilabile alla consuetudine.

Un esempio è costituito dall'articolo 27 § 3 della Carta delle Nazioni Unite che, in deroga al principio *nemo iudex in re sua*, permette che lo Stato membro coinvolto in una controversia di cui si discute in seno al Consiglio di Sicurezza sia ammesso al voto per l'adozione di eventuali delibere dell'organo a suo sfavore, come l'adozione di misure coercitive in base al capitolo VII della Carta, o il rifiuto di eseguire una sentenza della Corte internazionale di giustizia³. Se lo Stato coinvolto è un membro permanente del Consiglio ha diritto di veto e l'effetto che si produce è quello di bloccare con voto negativo delibere non gradite⁴.

La consuetudine di regola, in base a quanto appena detto, viene derogata da accordi. Tuttavia è possibile in alcuni casi che sia la consuetudine a prevalere, sempre sul piano interpretativo, sull'accordo. Questa situazione si verifica, come abbiamo visto, nel caso del ricambio delle norme codificate, in relazione ai rapporti tra gli Stati contraenti⁵. Questi ultimi, di fronte all'affermarsi di una nuova consuetudine successiva a quella codificata in un accordo, dovrebbero continuare ad applicare la vecchia consuetudine codificata, a titolo di diritto convenzionale ed in virtù del principio di specialità.

Tuttavia, se gli Stati contraenti dimostrano con adeguati comportamenti (prassi) di voler seguire la nuova consuetudine e derogare all'accordo, e se tale condotta non viene contestata ma anzi ritenuta obbligatoria nei rapporti tra i contraenti (*opinio juris*), allora sarà quest'ultima a prevalere sull'accordo, *rectius*, sulla vecchia consuetudine codificata.

Oltre al caso degli accordi di codificazione, un altro esempio di consuetudine derogatoria di un accordo è dato dalla prassi applicativa dell'articolo 27 § 3 della Carta ONU, già ricordato⁶.

Com'è possibile dedurre da quanto appena detto, tra consuetudine ed accordo non c'è alcun rapporto gerarchico ma di flessibilità⁷.

3. Rapporti tra fonti di terzo grado e accordi

Nella lezione precedente (n. 11), affrontando il tema della natura giuridica delle fonti di terzo grado, abbiamo anticipato anche l'argomento dei rapporti tra fonti derivate da accordi e questi ultimi. Il problema consiste in particolare nel sapere se le prime siano sempre subordinate agli

³ CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 165, FOCARELLI, *Schemi delle lezioni di diritto internazionale*, Perugia, 2003, p. 89.

⁴ CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 165.

⁵ Si rinvia alla lezione 4.

⁶ Si rinvia per il caso alla lezione n. 8, subpar. 6.4. che si occupa della prassi applicativa.

⁷ In tal senso, oltre CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 164 s.s. si pronuncia la dottrina maggioritaria. Si veda ad esempio ANTONIO CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di Paola Gaeta), Bologna, 2006, p. 197 ss.

accordi che le istituiscono oppure se in alcuni casi esse non siano da considerare dei veri e propri accordi, in grado addirittura di modificare l'accordo che le prevede.

La risposta è variabile a seconda dei singoli accordi istitutivi di fonti di terzo grado.

In linea di principio, e ciò vale soprattutto per gli atti delle Organizzazioni internazionali, sia vincolanti che non vincolanti (raccomandazioni), essi devono rispettare le norme del trattato istitutivo, specialmente quelle, che la dottrina ritiene cogenti, relative alle maggioranze prescritte per la loro adozione.

Il carattere subordinato delle fonti di terzo grado rispetto all'accordo è in tal caso evidente, e ricorre soprattutto nei casi in cui lo stesso trattato preveda un organo giurisdizionale di controllo, come è il caso delle Comunità europee (CE ed EURATOM), gli atti vincolanti delle quali sono soggetti al controllo della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, che possono deciderne l'illegittimità se non conformi ai Trattati istitutivi delle CE.

In alcuni casi tuttavia le fonti previste da accordi possono costituire esse stesse degli accordi, in grado al limite di derogare il trattato che le istituisce.

I casi più diffusi riguardano gli atti di organizzazioni internazionali. Abbiamo già avuto modo di illustrare la tesi di quella dottrina che attribuisce alle **dichiarazioni di principi dell'AG ONU**, a certe condizioni, il valore di accordi tra gli Stati che votarono a suo favore⁸.

Un altro caso, secondo autorevole dottrina, è costituito dalla **delibera del Consiglio Atlantico del 12 settembre 2001**, già richiamata in altra sede⁹, che equipara l'attacco terroristico sferrato da privati (nel caso si trattava dell'attacco alle Torri gemelle operato da Al-Qaeda) ad un attacco armato proveniente da uno Stato, modificando così la portata dell'articolo 5 del Trattato istitutivo della NATO, in base al quale è possibile reagire con le armi in legittima difesa collettiva soltanto nel caso di attacco armato proveniente da uno Stato.

Ronzitti considera questa delibera come un accordo che inaugura una nuova prassi interpretativa dell'articolo 5 NATO. A suo parere, infatti, la prassi successiva seguita dai contraenti di un accordo equivarrebbe "ad un accordo delle parti in materia di applicazione del trattato"¹⁰.

Oltre al caso di atti derivanti da trattati istitutivi di OI, anche fonti previste da accordi di altro genere possono rivestire natura giuridica di veri e propri accordi.

Un caso ricordato dalla dottrina riguarda la natura giuridica degli "**atti antartici**", cioè degli atti che possono adottare le Parti contraenti "consultive"¹¹ del Trattato di Washington del 1° dicembre

⁸ Si rinvia alla lezione n. 5 dove si espone la tesi di Conforti.

⁹ Si rinvia alla lezione n. 8 relativa all'interpretazione dei trattati, in specie alla parte che riguarda la prassi applicativa successiva modificativa: subar. 6.4.

¹⁰ NATALINO RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2007, pp. 195-196.

1959 sull'Antartide. Il Trattato prevede nel suo articolo IX la possibilità per le Parti consultive, di adottare "raccomandazioni" che, se approvate all'unanimità prima dalle Parti consultive e poi dai governi di tutti i contraenti, hanno efficacia vincolante.

Nel 1995 le Parti consultive hanno deliberato con una "decisione" (atto diverso da quello previsto dall'articolo IX, intitolato appunto Decisione n. 1) che da quel momento in poi si sarebbero potuti adottare tre tipi di atti al posto delle "raccomandazioni" previste dall'articolo IX: le misure vincolanti, le decisioni operative e le risoluzioni esortative.

Secondo Focarelli gli atti antartici vincolanti, sia raccomandazioni ex articolo IX che misure adottate dal 1995 in poi in base alla Decisione n. 1, nonché quest'ultima, costituiscono dei veri e propri accordi conclusi ed efficaci solo per le Parti consultive (e non per tutti i contraenti). In particolare la Decisione n. 1 del 1995 che istituisce i tre tipi di atti suddetti è essa stessa un accordo che deroga all'articolo IX del Trattato antartico¹².

In conclusione è possibile affermare che, se in linea di principio le fonti di terzo grado restano subordinate agli accordi che le istituiscono, è possibile anche ricostruire atti di OI o altri atti adottati dai contraenti di un determinato accordo che hanno la stessa efficacia di quest'ultimo, potendo addirittura derogarvi.

4. Lo jus cogens

L'espressione "*jus cogens*" significa letteralmente diritto imperativo, inderogabile ed è utilizzata nell'ordinamento internazionale per distinguere certe norme generali dalle altre consuetudini.

In particolare si afferma, riguardo appunto a certe norme consuetudinarie, che esse non sono suscettibili di deroga né da parte di accordi, che risulterebbero nulli se in contrasto con una norma cogente, né da parte di consuetudini "ordinarie", che andrebbero disapplicate se in contrasto con norme imperative.

4.1. Esistenza dello jus cogens

L'esistenza di questa particolare categoria di norme, negata fermamente da alcuni autori, è invece ammessa dalla maggioranza della dottrina e dalla prassi, sia internazionale che interna. La Convenzione di Vienna segna il momento ufficiale in cui tale nozione entra nel diritto internazionale.

¹¹ Le Parti consultive del Trattato antartico si distinguono dagli altri contraenti perché hanno il potere di adottare misure vincolanti all'unanimità su questioni relative allo sviluppo dei principi e degli obiettivi del trattato, ai sensi del suo articolo IX: CARLO FOCARELLI, *Schemi delle lezioni di diritto internazionale*, Perugia, 2003, p. 147.

¹² FOCARELLI, *Schemi delle lezioni di diritto internazionale*, cit., p. 148.

Tuttavia, se c'è accordo sul fatto della loro esistenza, le opinioni si diversificano al momento di dover individuare il fondamento giuridico dello *jus cogens*, il suo contenuto, e, soprattutto, al momento di doverne ricostruire gli effetti sulle altre fonti del diritto internazionale e rispetto a settori diversi di quest'ultimo, quali il diritto dei trattati (lo *jus cogens* sarebbe causa di nullità e di estinzione degli accordi ad esso contrari in base agli articoli 53 e 64 della Convenzione di Vienna); i rapporti con le norme consuetudinarie "ordinarie" (lo *jus cogens* prevarrebbe e porterebbe alla disapplicazione di queste ultime); la responsabilità dello Stato (lo *jus cogens* costituirebbe un limite al diritto di adottare contromisure); la titolarità a far valere tale responsabilità e le sue conseguenze (la violazione di norme cogenti legittimerebbe qualsiasi Stato diverso da quello direttamente leso ad invocarla e a ricorrere a contromisure), la soluzione delle controversie (la controversia relativa alla violazione di norme dello *jus cogens* implicherebbe l'obbligo di sottoporla al giudizio della Corte internazionale di giustizia).

4.2. Gli articoli 53 e 64 della Convenzione di Vienna del 1969

La Convenzione di Vienna introduce nel diritto internazionale il concetto di norma imperativa (*jus cogens*), senza peraltro indicarne il fondamento giuridico o individuarne il contenuto, ma limitandosi semplicemente a definirle in modo...tautologico ed a stabilirne determinati effetti.

L'articolo 53 della Convenzione di Vienna s'intitola appunto: Trattati in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale (*jus cogens*) e stabilisce:

"E' nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, è in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale.

Ai fini della presente Convenzione è norma imperativa del diritto internazionale generale una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da una successiva norma del diritto internazionale avente lo stesso carattere."

Quindi l'articolo 53 contiene una causa di invalidità degli accordi internazionali.

Parte della dottrina ritiene che la disposizione contenga i criteri identificativi dello *jus cogens*, che sono la *generalità*, la *necessità* cioè che lo *jus cogens* sia esso stesso almeno in origine, una norma consuetudinaria, e l'*accettazione, quale norma inderogabile* da parte della comunità internazionale nel suo insieme¹³.

Secondo altre tesi si sostiene che l'articolo 53 non è di ausilio per l'individuazione dei criteri in base ai quali ricostruire una norma cogente, determinandone solo gli effetti relativi ai trattati (Jimenez de Arechaga).

¹³ RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 158.

L'articolo 64, a sua volta, stabilisce:

“In caso di sopravvenienza di una nuova norma imperativa di diritto internazionale generale, qualsiasi trattato esistente che sia in conflitto con tale norma diviene nullo e si estingue.”.

In questo caso si è di fronte ad una causa di estinzione dell'accordo.

L'articolo 66 (a) della Convenzione di Vienna, che si occupa delle procedure per il regolamento delle controversie, dispone che in caso quest'ultima riguardi l'applicazione o l'interpretazione dell'articolo 53 o dell'articolo 64:

“...a) qualsiasi parte (...) può, con richiesta scritta, sottoporre la controversia alla decisione della CIG a meno che le parti non decidano di comune accordo di sottoporre la controversia ad arbitrato...”.

In pratica, con questa disposizione si afferma la giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia per le controversie relative allo *jus cogens*. Quest'obbligo tuttavia sussiste soltanto nei confronti di quelle parti della controversia che siano tutte parti contraenti della Convenzione di Vienna e dell'accordo di cui si voglia far valere la nullità alla luce dello *jus cogens*, e sempre che tale ultimo accordo sia entrato in vigore tra le parti in un momento successivo all'entrata in vigore della Convenzione di Vienna (articolo 4 di quest'ultima).

4.3. Fondamento giuridico, individuazione ed effetti delle norme cogenti

La definizione di “norme imperative” contenuta nell'articolo 53 della Convenzione di Vienna, anche se per alcuni studiosi individua nei caratteri della generalità e dell'inderogabilità il loro fondamento giuridico¹⁴, come si è già detto, non aiuta ad individuarne le norme specifiche, ma solo a precisarne alcuni effetti rispetto ai trattati i quali, se contrari ad una norma cogente, sarebbero nulli.

Vediamo qui di seguito le altre tesi relative alla ricostruzione del fondamento giuridico, dell'individuazione e degli effetti dello *jus cogens*. Per ultimo riferiremo la tesi di chi invece nega l'esistenza di norme di rango superiore.

4.3.1. Tesi di Cassese

Per quel che riguarda il **fondamento giuridico** dello *jus cogens*, Cassese afferma che si sia progressivamente affermata nel diritto internazionale generale una norma consuetudinaria corrispondente all'articolo 53 della Convenzione di Vienna¹⁵. La prova della trasformazione della disposizione pattizia in consuetudine verrebbe per Cassese da una prassi rilevante, quale quella che

¹⁴ In questo senso RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 158 e T. TREVES, *Diritto internazionale – Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 416.

¹⁵ A. CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di PAOLA GAETA), Bologna, 2006, p. 199 ss., specie a p. 203-204.

si desume dal consenso durante i lavori della conferenza relativa all'approvazione del testo della Convenzione di Vienna, dove è possibile riscontrare un consenso generalizzato rispetto al riconoscimento dell'esistenza di norme imperative e alla conseguente approvazione degli articoli 53, 64 e 66; dal consenso all'adozione di analoghe disposizioni nella Convenzione di Vienna del 1986 relativa ai trattati tra Stati e OI e tra queste ultime; dalle dichiarazioni rese dagli Stati.

Questa evoluzione dell'articolo 53 da norma pattizia a norma consuetudinaria consente, secondo questo Autore, di superare la ristretta sfera di applicazione degli effetti della disposizione, - effetti limitati agli Stati parti della Convenzione di Vienna e rispetto ad accordi stipulati dopo la sua entrata in vigore per questi ultimi -, e di estenderli a tutti.

Quanto alla **concreta individuazione delle norme cogenti** tuttavia, Cassese è dell'opinione, al pari degli altri studiosi, che l'articolo 53 non serva ad individuare quali siano tali norme; che non esista una prassi degli Stati in materia; che occorra perciò rifarsi alla *opinio juris* degli Stati manifestata in seno ad organi internazionali.

In primo luogo egli richiama l'articolo 19 del progetto di articoli relativo alla responsabilità internazionale degli Stati, adottato in prima lettura dalla Commissione del diritto internazionale¹⁶, ma successivamente soppresso nell'attuale testo del Progetto che risale al 2001¹⁷. Il vecchio articolo 19 nonostante la sua eliminazione, può costituire un utile punto di riferimento per l'individuazione concreta delle norme cogenti, perché distingueva tra delitti e crimini internazionali e, con riferimento a questi ultimi, conteneva nel suo paragrafo 3 un'elencazione esemplificativa delle violazioni degli obblighi essenziali per la tutela di interessi fondamentali della Comunità internazionale che avrebbero dato luogo, appunto, a crimini internazionali dello Stato: aggressione, schiavitù, genocidio, apartheid, violazione del principio di autodeterminazione, inquinamento massiccio di mari e atmosfera¹⁸.

L'Autore aggiunge alla lista la tortura, la discriminazione, i crimini di guerra e contro l'umanità.

Norma imperativa è poi quella che vieta la minaccia o l'uso della forza bellica, a proposito della quale si ricorda la prassi del Consiglio di sicurezza delle NU con risoluzione n. 662/1990 di escludere ogni effetto e considerarle nulla e non avvenuta l'annessione del Kuwait all'Iraq nel 1990 in quanto in contrasto con l'articolo 2 § 4 della Carta, norma codificatoria.

Infine Cassese si occupa degli **effetti** dello *jus cogens*, che si esplicano in più settori del diritto internazionale, dal diritto dei trattati a quello relativo all'immunità degli Stati dalla giurisdizione

¹⁶ Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato, adottato in prima lettura dalla CDI nel 1996.

¹⁷ Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato, della CDI (23 aprile – 1° giugno – 2 luglio -. 10 agosto 2001) in R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino, 2006, p. 429 ss. Testo originale in http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibilityfra.htm.

¹⁸ CASSESE, *Diritto internazionale cit.*, p. 205.

civile, alla responsabilità degli Stati, ai rapporti tra ordinamento internazionale e diritto interno degli Stati.

Lo *jus cogens* influirebbe sul diritto dei trattati sotto più profili: la violazione di norme cogenti da parte di accordi costituirebbe un caso d'invalidità e di estinzione degli stessi; d'inammissibilità delle riserve; di disapplicazione dei trattati di estradizione.

Per quel che riguarda il diritto consuetudinario, l'osservanza di norme cogenti avrebbe l'effetto di rendere inefficace la norma consuetudinaria che riconosce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile quando questi ultimi siano chiamati a rispondere di violazioni gravi delle prime.

Sul piano dei rapporti tra ordinamenti lo *jus cogens* avrebbe l'effetto di rendere inapplicabili atti giuridici interni, come leggi o sentenze, ad esso contrari, come ad esempio le leggi di amnistia per crimini commessi dallo Stato nei confronti dei propri cittadini.

4.3.2. Tesi di Ronzitti

Secondo Ronzitti le norme di *jus cogens*, come si è già detto, si possono ricostruire nel loro **fondamento consuetudinario** proprio in base alla definizione che offre l'articolo 53 della Convenzione di Vienna, che nel definire le norme imperative come norme di diritto internazionale generale che la Comunità internazionale nel suo insieme consideri inderogabili, ne individua i caratteri nella generalità e nell'inderogabilità¹⁹.

Quanto alla loro **concreta individuazione** questo autore è dell'opinione che solo la prassi possa aiutare nella ricostruzione di ogni singola norma cogente, poiché all'inizio non si tratta altro che di norme consuetudinarie che poi acquistano il carattere dell'inderogabilità per effetto di una ulteriore *opinio juris* degli Stati e rispetto ad un nucleo anche più ristretto a paragone con il contenuto della norma consuetudinaria²⁰. L'Autore richiama le opinioni della dottrina e della CDI; le quali hanno qualificato come norme cogenti le norme che vietano l'aggressione, il genocidio, l'apartheid, la tortura, i crimini di guerra e contro l'umanità, il mantenimento con la forza di un dominio coloniale, quella che afferma il principio di autodeterminazione²¹.

Ronzitti ricorda anche alcune pronunce di giudici internazionali che hanno riconosciuto l'esistenza di singole norme cogenti, quali la Corte europea dei diritti dell'uomo (caso *Al-Adsani*), il Tribunale penale per la ex- Jugoslavia (caso *Furundzija*), la Corte internazionale di giustizia (sentenza del 3 febbraio 2006 nel caso delle *Attività armate in territorio congolese*).

¹⁹ RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 158.

²⁰ RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 158-160.

²¹ ID., *ibidem*.

4.3.3. Tesi di Conforti

Questo studioso individua il **fondamento giuridico** dello *jus cogens* in una norma convenzionale: l'articolo 103 della Carta dell'ONU²², il quale stabilisce che:

“In caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con la presente Carta e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale prevarranno gli obblighi derivanti dalla presente Carta”.

Se considerato dal punto di vista meramente convenzionale, l'articolo 103 non avrebbe senso, ponendosi in contrasto con la norma consuetudinaria, codificata nell'articolo 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e per la quale gli accordi successivi conclusi tra le stesse Parti e nella stessa materia prevalgono su quelli anteriori.

Senonché l'articolo 30 citato contiene un espresso rinvio all'articolo 103, salvandone gli effetti e quindi riconoscendogli il carattere di deroga al principio di posteriorità.

Un dato di fatto è poi rappresentato dalla prassi internazionale che dimostra, secondo Conforti, che gli Stati non hanno mai messo in discussione i principi della Carta, anche se non sempre hanno agito in loro conformità.

Questo dato di fatto porta Conforti a ricostruire sulla base dell'articolo 103 una norma consuetudinaria che stabilisce il principio della prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta ONU sugli obblighi contratti successivamente dagli Stati membri, ove contrastino con i primi.

In tal modo la norma desunta dall'articolo 103 diventa anche il fondamento giuridico delle norme cogenti, che vanno **individuate appunto nei principi fondamentali della Carta** quali:

- il divieto della minaccia o dell'uso della forza;
- il principio del rispetto della dignità umana;
- il principio di autodeterminazione dei popoli;
- il divieto di comportamenti che possano compromettere irrimediabilmente l'economia di altri Paesi.

Ma in che modo si fanno valere le violazioni di tali principi? In altre parole quali effetti produce la violazione di norme cogenti ai sensi della Carta?

Per Conforti gli unici **effetti** derivanti da certe violazioni devono ricondursi al sistema di sicurezza collettiva, sempre instaurato dalla Carta delle Nazioni Unite, che abilita il Consiglio di sicurezza ad obbligare gli Stati all'adozione di contromisure nei confronti di altri Stati che abbiano minacciato o violato la pace e la sicurezza internazionale o compiuto atti di aggressione.

²² La tesi di questo Autore, oltre che nel suo *Diritto internazionale* cit., p. 166-169, 2005, p.è originariamente illustrata in B. CONFORTI, *Organizzazione delle Nazioni Unite*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol.XXXI, 1981, p. 265 ss., riprodotto anche in B. CONFORTI, *Scritti di diritto internazionale*, Napoli, 2003, vol. I, p. 163 ss., specie p. 165-172.

In altre parole quali sono gli obblighi derivanti dalla Carta che prevarrebbero sugli altri obblighi degli Stati membri? Conforti ritiene che l'unico settore dove si possono individuare obblighi a carico degli Stati è quello relativo al mantenimento della pace, ed in particolare al potere del Consiglio di sicurezza dell'ONU di adottare decisioni vincolanti che obbligano gli Stati ad applicare misure sanzionatorie non implicanti l'uso della forza, come le misure commerciali di interruzione totale o parziale degli scambi.

Un altro settore dove per Conforti è possibile ricostruire norme cogenti è quello relativo alle cause di invalidità e di estinzione degli accordi, in quanto norme che regolano la struttura dell'accordo e non il contenuto.

4.3.4. Tesi di Focarelli

Focarelli, in considerazione del fatto che al generale riconoscimento dell'esistenza di norme cogenti non si accompagna una prassi a favore della rilevazione di conseguenze specifiche e diverse sul piano degli **effetti**, rispetto alle altre norme generali, nega l'esistenza dello *jus cogens* come categoria autonoma rispetto alle altre norme consuetudinarie²³, conferendogli invece un valore "promozionale". In altre parole non esisterebbero norme di rango superiore, mentre lo *jus cogens* funzionerebbe, secondo questa opinione, da motore propulsore, in una prospettiva dinamica del diritto internazionale, della formazione di nuove norme consuetudinarie più conformi ai valori fondamentali sentiti dalla Comunità internazionale. I giudici nazionali, promuovendo interpretazioni del diritto internazionale che, piuttosto che dichiarare il diritto consuetudinario esistente, creino *ex novo* norme generali, contribuirebbero alla loro formazione, che non potrebbe non passare attraverso una violazione delle norme esistenti, e quindi attraverso la commissione di un illecito. La norma presa in considerazione dal Focarelli è quella, tuttora esistente, che riconosce l'immunità dalla giurisdizione civile agli Stati stranieri per atti *jure imperii*, cioè atti commessi nell'esercizio della sovranità e perciò insindacabili dagli organi di un altro Stato in ossequio al principio della sovrana uguaglianza di tutti gli Stati.

L'immunità coprirebbe anche la commissione, da parte degli Stati stranieri, di crimini internazionali, così che le vittime di tali crimini o i loro aventi causa non potrebbero convenire in giudizio lo Stato straniero per chiedere il risarcimento del danno.

La giurisprudenza italiana, con diverse sentenze e ordinanze del tutto innovative rispetto a quella dei giudici di altri paesi, ha affermato che la norma consuetudinaria sull'immunità non potrebbe applicarsi per effetto del sopravvenire di una diversa e antinomica norma superiore, di *jus cogens*,

²³ C. FOCARELLI, *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, in RDI 2007, p. 637 ss.

che vieta la commissione di crimini internazionali la cui esistenza comporterebbe l'effetto del diniego dell'immunità allo Stato straniero autore di siffatti crimini²⁴.

Di conseguenza la Corte di Cassazione italiana, con la sentenza Ferrini e con le tredici ordinanze, ha negato l'immunità dalla giurisdizione civile alla Germania convenuta in giudizio in Italia da vittime di deportazioni e lavoro forzato avvenuti durante la seconda guerra mondiale, e da loro discendenti.

Secondo Focarelli sarebbe da criticare l'affermazione, da parte della Corte di Cassazione, dell'esistenza di una norma consuetudinaria cogente sul divieto di crimini internazionali, così come l'effetto discendente da questa norma, dell'esistenza di una norma sul diniego dell'immunità allo Stato straniero accusato di crimini internazionali.

Si dovrebbe considerare invece che la Corte di Cassazione:

“...pone inequivocabilmente la nostra giurisprudenza (...) all'avanguardia della prassi internazionale diretta a promuovere una nuova norma consuetudinaria sentita come più corrispondente a valori di umanità universali che gli Stati dovrebbero accogliere...”²⁵.

A suo avviso la Corte di Cassazione, invece di affermare l'esistenza di una norma consuetudinaria che restringe la sfera dell'immunità statale - negandola in caso lo Stato abbia commesso crimini internazionali -, norma secondo lui attualmente inesistente ma in via di formazione, avrebbe fatto meglio ad ammetterne l'inesistenza, ma al contempo ad affermare che la norma attuale, che riconosce l'immunità anche allo Stato che si sia macchiato di siffatti crimini, è inadeguata e va cambiata.

Il valore “promozionale” dello *jus cogens* risiederebbe perciò nel contribuire alla trasformazione del contenuto di norme consuetudinarie esistenti eventualmente inadeguate, in un senso maggiormente conforme ad esigenze di equità e di giustizia sentite realmente dalla generalità degli Stati e dai loro popoli, senza bisogno di ricorrere a norme di rango superiore, la cui esistenza è, invece, davvero discutibile.

²⁴ Sentenza della Corte di Cassazione (Sezioni unite) dell'11 marzo 2004 n. 5044 nel caso *Ferrini contro Repubblica federale di Germania*, in RDI 2004, pp. 540-551. Ordinanze della Corte di Cassazione (Sezioni unite) del 29 maggio 2008 dal n. 14200 al n. 14212 in materia di regolamento preventivo di giurisdizione, relative al problema se ad uno Stato straniero convenuto in giudizio per crimini internazionali ai fini di richieste di risarcimento del danno da parte delle vittime o dei loro aventi causa possa riconoscersi l'immunità dalla giurisdizione.

²⁵ CARLO FOCARELLI, *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, in RDI, 2008, p. 738 ss., a p. 755.