SCUOLA DI DOTTORATO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA

Dipartimento di / Department of

Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in / PhD program Scienze Giuridiche Ciclo / Cycle XXIX

Curriculum in (se presente / if it is) Diritto Internazionale e della Navigazione

TITOLO TESI / THESIS TITLE

LA PRASSI DEGLI STATI NELLA FORMAZIONE E NELL'INTERPRETAZIONE DELLE NORME INTERNAZIONALI

Cognome / Surname Zapparoli Nome / Name Francesco

Matricola / Registration number 732089

Tutore / Tutor: Maurizio Arcari

Cotutore / Co-tutor:
(se presente / if there is one)

Supervisor:
(se presente / if there is one)

Coordinatore / Coordinator: Margherita Ramajoli

ANNO ACCADEMICO / ACADEMIC YEAR 2016/2017

LA PRASSI DEGLI STATI NELLA FORMAZIONE E NELL'INTERPRETAZIONE DELLE NORME INTERNAZIONALI

AUTORE: FRANCESCO ZAPPAROLI

TUTOR: MAURIZIO ARCARI

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

XXIX CICLO

CURRICULUM IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DELLA NAVIGAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA

INDICE

Introduzione 9
1. Definizione del problema 9
2. Piano d'indagine 15
2.1. In generale 15
2.2. L'aspetto oggettivo della prassi 17
2.3. L'aspetto soggettivo della prassi 24
2.4. La prassi nei rapporti tra consuetudine e trattati 30

Capitolo I – La prassi dal punto di vista oggettivo 37
I. L'aspetto 'oggettivo' della prassi nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale sul diritto consuetudinario 37
1. Il Working Paper su "Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available" 38
2. Le Osservazioni del Segretariato nel Memorandum del 2013 rilevanti per l'aspetto oggettivo 40
3. Le Conclusioni della Commissione rilevanti per l'aspetto oggettivo 42
3.1. Forme di prassi 42
3.2. Materiali da considerare 44
3.3. Manifestazioni di *opinio juris* 45
3.4. Il ruolo dell'inazione 47
3.5. Silenzio e incongruenze in rapporto all'*opinio juris* 49
3.6. L'inazione nel terzo rapporto del relatore speciale 49
3.7. Prassi confidenziale 52
3.8. Valore della prassi: assenza di gerarchia tra le varie forme 53
3.9. Valore della prassi: completezza ed eventuali incongruenze 54
3.10. Requisiti: generalità 56
3.11. Stati particolarmente interessati 58
3.12. Requisiti: coerenza 59
3.13. Requisiti: durata 60
3.14. Consuetudini particolari 61
4. Le Conclusioni relative all'aspetto probatorio 64
4.1. Prova 65
4.2. Prova dell'*opinio juris* e *double counting* 66
4.3. La relazione tra prassi e *opinio juris* nel terzo rapporto 68
4.4. Il ruolo di trattati e risoluzioni (in generale) 72
4.5. Organizzazioni internazionali, giurisprudenza e dottrina 72
II. L'aspetto oggettivo della prassi nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale su accordi successivi e prassi successiva 73

1. Regola generale d'interpretazione 73
1.1. Giurisprudenza in regimi economici 74
1.2. Giurisprudenza in regimi a tutela dei diritti umani 76
1.3. Giurisprudenza in altri regimi 80
1.4. Dibattito e riformulazione 83
2. Definizione di accordi e prassi successiva 85
2.1. 'Accordi successivi' 86
2.1.1. Valore della forma 86
2.1.2. Requisito relazionale 88
2.1.3. Parti coinvolte 89
2.1.4. Termini temporali 92
2.1.5. Riferimento nel trattato ad accordi successivi 94
2.2. 'Prassi successiva' 97
2.2.1. Giurisprudenza in regimi economici 98
2.2.2. Giurisprudenza in regimi a tutela dei diritti umani 100
2.2.3. Giurisprudenza in altri regimi 108
2.2.4. Requisito relazionale 113
2.2.5. Termini temporali 113
2.2.6. Attori rilevanti 114
2.3. Dibattito e riformulazione 114
3. Identificazione di accordi e prassi successiva 117
3.1. Dibattito e riformulazione 121
4. Forma e peso della prassi successiva ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna 124
4.1. Dibattito e riformulazione 125
5. Accordo delle parti relativo all'interpretazione 127
5.1. Ruolo del silenzio 130
5.2. Accordi temporanei e modus vivendi 133
5.3. Dibattito e riformulazione 135
6. L'aspetto probatorio 139
III. Confronto tra le due declinazioni della prassi sul piano oggettivo 140
1. I caratteri della prassi a partire dalla sua funzione costitutiva della norma consuetudinaria applicati alla prassi successiva 141
1.1. Elenchi non esaustivi 141
1.2. Ruolo della condotta verbale 142
1.3. Frequenza e uniformità 143
1.4. Inazione ('prassi negativa') e desuetudo 145
1.5. Numero di Stati coinvolti (generalità) e Stati particolarmente interessati 148
1.6. La prassi nelle consuetudini particolari 150

1.7. Difficoltà di reperimento 152
1.8. Asserite particolarità in alcune aree del diritto internazionale 154
2. I caratteri peculiari della prassi successiva nella sua funzione interpretativa proiettati nell'ambito del diritto consuetudinario 157
2.1. Requisito relazionale 157
2.2. Accordo sottostante sull'interpretazione 158
2.3. Valore interpretativo, eventualmente sussidiario 161
3. Posizionamento reciproco: autonomia o subordinazione della prassi successiva a fini interpretativi? 164
4. Aspetto probatorio (cenni) 165
4.1. Double-counting: la prassi valida anche come prova di *opinio juris* 166

Capitolo II – La prassi dal punto di vista soggettivo 169
I. L'aspetto 'soggettivo' della prassi nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale sul diritto consuetudinario 169
1. Le Osservazioni del Segretariato nel Memorandum del 2013 rilevanti per l'aspetto soggettivo 169
2. Le Conclusioni della Commissione rilevanti per l'aspetto soggettivo 170
2.1. Ruolo della prassi 171
2.2. Attribuzione 173
2.3. Prassi delle organizzazioni internazionali 174
2.4. Altri enti non statali 177
2.5. Le organizzazioni internazionali nel terzo rapporto 179
2.6. Corti internazionali come 'altri enti' 185
2.7. Decisioni giudiziali e dottrina nel terzo rapporto 186
2.7.1. Decisioni giudiziali 186
2.7.2. Dottrina 189
2.8. Risoluzioni (in generale) 192
2.9. Obiettore persistente 196
II. L'aspetto soggettivo della prassi nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale su accordi successivi e prassi successiva 202
1. Attribuzione della prassi successiva allo Stato 202
1.1. Dibattito e riformulazione 207
2. Decisioni di conferenze di Stati parte (COPs) 209
2.1. Atti delle COPs 210
2.2. Creazione di accordi e prassi successiva 212
2.3. Requisiti procedurali 213
2.4. La trattazione nel secondo rapporto per la Commissione 215
2.5. Dibattito e riformulazione 217
3. Prassi successiva nell'interpretazione di trattati istitutivi di organizzazioni internazionali 219

3.1. L'articolo 5 della Convenzione di Vienna 221
3.2. L'applicabilità delle regole interpretative della Convenzione di Vienna ai trattati istitutivi 221
3.3. (Tipologie di) prassi successiva nell'interpretazione dei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali 222
3.4. Accordi successivi nell'interpretazione di trattati istitutivi di organizzazioni internazionali 224
3.5. Inquadramento di accordi e prassi successiva ad un trattato istitutivo all'interno della Convenzione di Vienna del 1969 226
3.6. Caratteri e peso della prassi degli organi e dell'organizzazione 227
3.7. L'articolo 5 della Convenzione di Vienna come norma consuetudinaria 228
3.8. Dibattito presso la Commissione 229
3.9. Riformulazione e commenti degli Stati 240
4. Enti di monitoraggio del trattato 247
4.1. Dibattito e riformulazione 254
III. Confronto tra le due declinazioni della prassi sul piano soggettivo 255
1. Organi dello Stato e organi de facto 257
1.1. Rapporto con le indicazioni del progetto sulla responsabilità degli Stati 257
1.2. Il rilievo del rango dell'organo 260
2. Altri soggetti 261
2.1. Organizzazioni internazionali 264
2.1.1. Organizzazioni intergovernative 264
A) Funzione sostanziale della prassi dell'organizzazione 266
i. Nella formazione di consuetudini generali e particolari 266
ii. Nell'interpretazione del trattato costitutivo 270
B) Funzione probatoria della prassi dell'organizzazione 273
i. Come prova di consuetudini o dei suoi elementi costitutivi 273
ii. Come prova di una prassi successiva, o di una certa interpretazione del trattato 275
2.1.2. Organizzazioni non governative 278
A) Attività rilevante per il diritto consuetudinario 278
B) Attività rilevante per l'interpretazione di trattati 279
2.2. Giurisprudenza 281
2.2.1. Giurisprudenza nazionale 283
A) Rilievo come prassi o sua prova 283
B) In relazione con la prassi successiva, o l'interpretazione del trattato in generale 285
2.2.2. Giurisprudenza internazionale 287
A) Disattenzione nei confronti della prassi come elemento costitutivo della consuetudine 289
B) Utilizzo disomogeneo della prassi successiva come strumento interpretativo 292
2.3. La dottrina e il suo contributo alla posizione dello Stato 295

Capitolo III – La prassi nel rapporto tra consuetudini e trattati 299
I. La relazione tra consuetudini e trattati nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale sul diritto consuetudinario 299
1. Le Osservazioni del Segretariato nel Memorandum del 2013 rilevanti per la relazione tra consuetudini e trattati 299
2. Le Conclusioni della Commissione rilevanti per la relazione tra consuetudini e trattati 300
2.1. Il ruolo dei trattati nel terzo rapporto 300
II. La relazione tra consuetudini e trattati nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale su accordi successivi e prassi successiva 307
1. Possibili effetti di accordi e prassi successiva nell'interpretazione 308
1.1. Il significato ordinario dei termini 311
1.2. Il contesto del trattato 312
1.3. Oggetto e scopo 312
1.4. Dibattito e riformulazione 314
2. Portata dell'interpretazione a partire da accordi e prassi successiva (in particolare l'effetto modificativo della prassi successiva) 315
2.1. La modifica del trattato attraverso la prassi successiva nel primo rapporto per il Gruppo di Studio 316
2.1.1. Casi rilevanti 317
2.1.2. Categorie di trattati suscettibili di modifica informale 318
2.1.3. Desuetudine\obsolescenza 321
2.1.4. Rapporti con l'interpretazione, anche evolutiva 321
2.1.5. Rapporti con il trattato originario 322
2.2. La modifica del trattato attraverso la prassi successiva nel secondo rapporto per la Commissione 322
2.2.1. Effetto modificativo della prassi successiva 323
2.2.2. Effetto modificativo di accordi successivi 327
2.3. Dibattito e riformulazione 332
3. Accordi e prassi successiva come mezzi interpretativi 335
3.1. La condotta successiva come 'mezzo autentico d'interpretazione' 336
3.1.1. Giurisprudenza in regimi economici 336
3.1.2. Giurisprudenza in regimi a tutela dei diritti umani 337
3.1.3. Giurisprudenza in altri contesti 339
3.1. (continua) La condotta successiva come 'mezzo autentico d'interpretazione' 341
3.2. L'interpretazione evolutiva nel primo rapporto per il Gruppo di Studio 341
3.3. Dibattito e riformulazione 343
4. Relazione tra prassi successiva ad un trattato e formazione di norme consuetudinarie parallele nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio 347
III. La prassi nel rapporto tra consuetudini e trattati 350
1. L'effetto della prassi sui trattati 350

1.1. Effetto interpretativo 351
1.1.1. Nella Convenzione di Vienna 351
1.1.2. La prassi successiva in rapporto all'interpretazione evolutiva 353
1.2. Effetto modificativo (modifica informale) 355
1.2.1. Nel diritto consuetudinario, codificato nell'articolo 38 del Progetto del 1966 355
1.2.2. La modifica attraverso una prassi che divenga diritto consuetudinario 360
1.3. Il confine tra interpretazione e modificazione 367
2. La prassi applicativa dei trattati nella formazione (ed evoluzione) di norme consuetudinarie 371
2.1. Quale prassi rileva 374
2.1.1. Scarsa rilevanza della prassi circa la negoziazione e la conclusione di trattati 374
2.1.2. Il trattato come elemento di prassi, o prova di consuetudini 375
2.1.3. La prassi successiva al trattato 377
2.2. L'evoluzione del diritto codificato 379
2.2.1. Codificazione: incorporazione, cristallizzazione, generazione di consuetudini (generali) 382
2.2.2. 'Sviluppo progressivo': la prassi che modifica la norma codificata 385
A) Modificazione di un trattato di codificazione attraverso l'evoluzione della consuetudine codificata 386
B) Modificazione informale di un trattato di codificazione? 389
2.2.3. Osservazioni conclusive 392

Conclusioni 395

Bibliografia 408

INTRODUZIONE

1. Definizione del problema

Questo elaborato si propone di esplorare il ruolo della prassi degli Stati nel contesto del moderno diritto internazionale. Nell'ordinamento internazionale gli Stati svolgono ancora il ruolo di attori principali, ma nel corso delle ultime decadi il panorama si è arricchito di nuovi soggetti e di altre modalità di formazione e determinazione del diritto[1]. La prospettiva che si vuole adottare mantiene tuttavia al proprio centro lo Stato come dominus del diritto internazionale, il quale rimane per ciò stesso privo, rispetto ai diritti nazionali, di un sistema di produzione della norma centralizzato, di un apparato di controllo giudiziale sulla medesima affidato a organi permanenti, e di efficaci strumenti esecutivi. Quello internazionale è infatti un ordinamento in cui non si ritrova il medesimo grado di 'certezza' della norma che qualifica un ordinamento nazionale. Tuttavia, la necessità di una convivenza pacifica tra gli Stati e la realizzazione di obiettivi comuni impone l'esistenza di una comunità giuridica anche a livello sovranazionale[2]. In essa, tuttavia, i soggetti componenti sono enti sovrani, ciascuno dotato di eguale valore: essi sono dunque anche gli artefici delle norme cui accettano di sottoporsi, attraverso l'accordo con i propri pari, oppure il consolidarsi, al livello della comunità degli Stati, di comportamenti adottati con la convinzione della loro doverosità o legalità[3].

---

[1] La dottrina evidenzia in particolare tale mutamento all'interno del processo di produzione della norma consuetudinaria, contrapponendo un approccio 'tradizionale', basato sull'*induzione* di questa dalla prassi degli Stati, ad uno 'moderno', focalizzato piuttosto sulla *deduzione* della norma da dichiarazioni astratte, in particolare disposizioni convenzionali o risoluzioni di organizzazioni internazionali, qualificate talvolta come forma di prassi ma più spesso rilevanti, piuttosto, come prova dell'*opinio juris* (che sostituirebbe pertanto la prassi come cardine del processo normativo). Vedi ad esempio Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413; Kirgis, Jr., "Custom on a Sliding Scale", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 146; Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 39 (1996), p. 198; Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", American Journal of International Law, Vol. 95 (2001), p. 757; Guzman & Meyer, "Customary International Law in the 21st Century", in R. A. Miller & R. M. Bratspies, Progress in International Law (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 199; Petersen, "Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation", American University International Law Review, Vol. 23 (2008), p. 275; Kammerhofer, "Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship", in M. Happold, International Law in a Multipolar World, Routledge, 2012, p. 138; Kadens & Young, "How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885.

[2] Questi gli obiettivi del diritto internazionale nella prospettiva di Weil, ""Towards Relative Normativity", cit., a p. 418, secondo cui quella internazionale sarebbe una 'society of juxtaposition' di sovranità paritarie, in cui il diritto servirebbe a 'temper ... an-archy': tale obiettivo potrebbe essere raggiunto soltanto nel rispetto della volontà degli Stati, della neutralità del diritto, e quindi della norma positiva.

[3] Il riconoscimento del ruolo della prassi all'interno del diritto internazionale è ascrivibile alla scuola positiva del XVII e XIX secolo, che in risposta al giusnaturalismo tenta di trovare un approdo 'positivo' per la normatività dei rapporti interstatali: se Francisco Suarez fu tra i primi a proporre uno *ius gentium* non prodotto del divino o della ragione, ma appunto dell'usus, solo secoli più tardi la scuola storica tedesca riconosceva, come conseguenza proprio del valore attribuito allo spirito della nazione (Volksgeist), quello della prassi come base per ricostruire i rapporti normativi tra enti statali, nella misura in cui costituisca espressione di una convinzione di legalità da parte del popolo medesimo (Volksüberzeugung). Conseguenza di tale impostazione sarebbe tuttavia l'incapacità attuale dello studioso internazionalista di svolgere un ruolo efficace di intervento all'interno del contesto internazionale, poichè la stessa dottrina, in cui egli si muove, ruota attorno alla centralità del comportamento attuale dello Stato. Vedi Carty, "Doctrine

Pur non potendo aderire ad una visione puramente consensualistica del diritto internazionale[4], è tuttavia possibile sostenere che è il consenso degli Stati (ossia della comunità internazionale nel suo complesso) a costituire il necessario fondamento dell'esistenza di un sistema giuridico internazionale[5].

Eludendo per quanto possibile un discorso puramente istituzionale sulle fonti del diritto internazionale, occorre sottolineare come il comportamento dello Stato rimane tutt'oggi il principale metodo di formazione e rilevamento della norma internazionale, sia nella misura in cui esso si traduca in un'attività di coordinamento con uno o più Stati e prenda la forma del trattato[6], sia nella misura in cui tale comportamento dia impulso ad una reazione di altri Stati (o di altri soggetti internazionali), che sostengano, protestino, o rimangano silenti di fronte ad esso[7]. Il tentativo è in particolare quello di elaborare un confronto tra la prassi intesa come elemento formativo della consuetudine, e la prassi come strumento nell'interpretazione dei trattati, ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna del 1969[8]. Non si tenterà, specificamente, di indicare quali siano gli elementi che vanno a costituire la 'prassi': la dottrina ha da sempre ritenuto che, all'interno di un

---

versus State Practice", in B. Fassbender, A. Peters, The Oxford Handbook of the History of International Law, Oxford University Press, 2012, p. 972.

[4] Nel senso che non ogni singola norma sostanziale necessita di poggiare sul consenso di tutti gli Stati: in particolare, anche i più strenui difensori del consensualismo ammettono che, al momento di accertare la consuetudine, non possa richiedersi la prova del consenso di ogni singolo Stato, potendosi anzi presumerlo a partire da un atteggiamento inerte, tale da costituire acquiescenza. Vedi ad esempio Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 14; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 62.

[5] Si tratterebbe cioè di un consenso che gli Stati prestano alle norme *secondarie* (in senso hartiano, ossia le norme di produzione) del diritto internazionale, piuttosto che richiedersi come fondamento delle norme primarie (sostanziali). In particolare, gli Stati *accetterebbero* la norma che consente la nascita di consuetudini a prescindere dall'espressione di un consenso espresso. Gli Stati potrebbero poi in ogni caso mutare il proprio consenso alla norma di produzione inizialmente accettata, riconoscendo, ad esempio, che una norma generale (quindi, in senso lato, una consuetudine) possa oggi sorgere anche a partire dagli atti di una conferenza o di una organizzazione internazionale (vedi, anche per un confronto tra l'idea di un 'contratto sociale' e le possibili alternative, Charney, "Universal International Law", American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p. 531 ss.).

[6] Il trattato viene dai più considerato una tra le manifestazioni prioritarie della condotta dello Stato, oltre che una delle prove più facilmente reperibili di tale condotta, e al limite anche dell'*opinio iuris* dello Stato (nella misura in cui le previsioni del trattato possano essere riferite ad una consuetudine passata cristallizzata, o eventualmente futura). È tuttavia opportuno abbracciare l'idea, del resto riconosciuta dalla Commissione di Diritto Internazionale, che il trattato in sè non possa costituire 'prassi', quanto piuttosto prova di una consuetudine o, appunto, del suo elemento soggettivo. Vedi la Conclusioni 6 [7].2 del lavoro della Commissione sull'Identificazione della Consuetudine, che indica come forma di prassi non il trattato, bensì la prassi ad esso connessa; le disposizioni del trattato in sè sono invece qualificate come 'forma di *opinio juris*' dalla Conclusione 10 [11].2 (per l'attuale versione delle Conclusioni approvate dalla Commissione in prima lettura vedi A/CN.4/L.872).

[7] L'articolo 38 dello statuto della Corte Internazionale di Giustizia individua la consuetudine come 'prova' (*evidence* o *attestation*) di una 'prassi generale accettata come diritto'; la disposizione ha per lungo tempo occupato la dottrina, divisa tra chi riconosceva alla prassi il ruolo di prova della consuetudine, e chi invece attenendosi alla lettera dell'articolo sosteneva che fosse la consuetudine a costituire prova della prassi. Per una ricostruzione di tale dibattito, vedi Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, da p. 7.

[8] L'articolo 31, al terzo paragrafo, recita: "3. There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties".

processo inevitabilmente informale come quello di produzione della norma consuetudinaria, costringere in una dimensione precostituita i suoi elementi costitutivi sarebbe un esercizio privo di utilità[9]. Per quanto riguarda l'elemento psicologico[10], come ricordato, è ancora acceso il dibattito tra chi sostiene che il consenso non svolga alcuna funzione[11], e chi invece ne riconosce la rilevanza, in varie forme[12]. Anche per quanto riguarda la prassi, quand'anche possa considerarsi ormai risolta in senso positivo la questione se tenere in considerazione anche le dichiarazioni degli Stati e non soltanto la loro attività concreta[13], piuttosto che offrire un elenco non esaustivo di possibili manifestazioni della prassi, è opportuno concentrarsi su alcuni aspetti problematici, quali i requisiti

[9] In questo senso, vedi da ultimo il secondo rapporto di Sir Michael Wood relativo all'identificazione della consuetudine (A/CN.4/672, par. 41: "Given the inevitability and pace of change, political and technological, it is neither possible nor desirable to seek to provide an exhaustive list of these 'material sources' of customary international law: it remains impractical for the Commission, as it was in 1950, "to list all the numerous types of materials which reveal State practice on each of the many problems arising in international law", con riferimento al lavoro di Hudson del 1950 su "Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available", A/CN.4/16). In dottrina, vedi Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 10; McGinley, "Practice as a Guide to Treaty Interpretation", Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 9 (1985), p. 211, a p. 212; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. XIV ss.

[10] In ragione dell'approccio adottato in questa tesi, si preferisce adottare il termine 'psicologico' per indicare l'*opinio juris*; quando si parla di aspetto 'soggettivo' ci si riferisce invece all'analisi dei soggetti che concorrono, in vario modo, alla formazione e all'accertamento della norma consuetudinaria o della prassi successiva. Vedi anche oltre nel testo; a tale punto di vista 'soggettivo' è dedicato il Capitolo II.

[11] Vedi ad esempio Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 20; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 247.

[12] Se ne parla ad esempio come 'convinzione della necessità di seguire la prassi' (Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 15), come 'accettazione generale' (Sohn, "'Generally Accepted' International Rules", Washington Law Review, Vol. 61 (1986), p. 1073, a p. 1074), come 'volontà di riconoscere come diritto' (Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 33), come 'aspettativa\convinzione' che l'altro Stato sia obbligato (Guzman & Meyer, "Customary International Law in the 21st Century", in R. A. Miller & R. M. Bratspies, Progress in International Law, Martinus Nijhoff, 2008, p. 199, a p. 206), come '*consensus*' della società internazionale (Kohen, "La pratique et la théorie des sources du droit international", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 2004, p. 81, a p. 93), oltre che tradizionalmente come convinzione ('belief') della giuridicità di una condotta (ad esempio Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 84). Alcuni autori sembrano implicare che un simile senso di obbligatorietà possa riconoscersi soltanto quando la norma già esista, mentre nella fase della sua formazione in realtà si tratterebbe di altro (*opinio necessitatis* secondo Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 120; vero e proprio consenso, inteso come condizione sufficiente all'esistenza di un vincolo, secondo MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12, a p. 23).

[13] Come si dirà, la Commissione nel progetto sull'identificazione della consuetudine assume questa posizione (vedi già il secondo rapporto di Wood, A/CN.4/672, par. 37 ss., e l'attuale Conclusione 6 [7]: "Forms of practice - 1. Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts. [...]", in A/CN.4/L.872, p. 2). In dottrina molti sono a favore (ad esempio Akehurst, "Custom as a Source", cit., a p. 2; Zemanek, "What is 'State Practice' and who Makes It?", in U. Beyerlin e altri, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer, 1995, p. 289, a p. 289; Mendelson, "The Formation", cit., a p. 203; Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161, a p. 161; Kohen, "La pratique", cit., a p. 89), altri si riservano qualche cautela (ad esempio Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717, a p. 733; recentemente anche Yee, "Report on the ILC Project on 'Identification of Customary International Law"', Chinese Journal of International Law, Vol. 14 (2015), p. 375, a p. 385), mentre in pochi rimangono contrari (ad esempio D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, 1971; Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), a p. 3; Kammerhofer, "Orthodox Generalists", cit., a p. 148).

di generalità, uniformità e durata\ripetizione della prassi, e sul valore dell'inazione, valendosene anzitutto per verificare se ricorrano anche quando la prassi è usata in senso interpretativo[14].

La prassi applicativa nell'interpretazione dei trattati non è oggetto di minore interesse[15], in ragione della sua portata: non solo è il processo interpretativo a dare contenuto concreto alla disposizione convenzionale, ma una prassi nell'implementazione del trattato può anche spingersi oltre i confini del medesimo, modificandolo e dunque (ri)acquistando un rilievo 'normativo' in senso proprio[16]. La 'subsequent practice', che l'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati[17] individua tra i mezzi interpretativi principali[18], costituisce infatti 'prassi' di Stati, ma specificamente attività connesse all'applicazione di un trattato da questi concluso, e che diano prova di un accordo sottostante tra gli Stati parte del trattato. Si vuole quindi verificare in che modo la 'prassi successiva', individuata dalla Convenzione di Vienna come strumento per la risoluzione di questioni interpretative nell'applicazione di norme convenzionali, debba distinguersi da, oppure possa identificarsi in (ossia presenti gli stessi caratteri) quella 'prassi' generalmente intesa, quale componente della consuetudine internazionale; in particolare, 'cosa' caratterizzi la prassi sul piano oggettivo, e 'quali soggetti' vengano in rilievo per la sua produzione e accertamento, a partire dall'attività di rilievo sovranazionale che lo Stato compie in funzione dei vincoli che lo obbligano[19].

[14] In particolare nel Capitolo I; si può finora anticipare che tali aspetti sembrano in realtà rimanere sullo sfondo nell'indagine operata dalla Commissione nel progetto dedicato alla prassi successiva. Nel Capitolo II l'analisi si sposta sul piano soggettivo, e i problemi comuni da risolvere riguardano l'attribuzione di una condotta allo Stato, con particolare riferimento al rilievo da attribuirsi al rango dell'organo, e ad altri soggetti che possono influire o provare la prassi.

[15] Tra le recenti opere di dottrina, si ricordano: La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 2004; Anthony Aust, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge, 2007; Ulf Linderfalk, On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Springer, Doldrecht, 2007; Richard Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, 2008; Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias, Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010; Enzo Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011; Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013.

[16] Circa la possibilità della prassi successiva di emendare effettivamente un trattato il dibattito è acceso: vedi ad esempio Gardiner, Treaty Interpretation, cit., e Francesco Capotorti, "Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna", in Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, studi in onore di Roberto Ago, 1987, p. 202, che sottolinea in particolare la necessità di distinguere il presunto effetto modificatore prodotto dalla prassi successiva da quello, più certo, che si produce in funzione dal suo (eventuale) acquisire forza consuetudinaria. Sulla distinta efficacia della *desuetudo* (o *consuetudo contraria*) rispetto alla prassi successiva, qualificata come 'applicativa' oppure 'interpretativa', vedi anche Distefano, La pratique subséquente des États parties à un traité, Annuaire français de droit international vol. 40 (1994), p. 41.

[17] Fatta a Vienna il 23 maggio 1969.

[18] In quanto, come si evince dalla rubrica dell'articolo 31 ('General rule of interpretation'), tutti gli elementi che si ritrovano nell'articolo ricoprono pari valore interpretativo. Sul cosiddetto 'crucible approach', così come denominato dalla stessa ILC nel commento all'art. 31, vedi ad esempio Aust, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge, 2007, e Linderfalk, On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Springer, Doldrecht, 2007.

[19] In particolare Gardiner, Treaty Interpretation, cit., a p.227, individua le condotte rilevanti dello Stato, con particolare riferimento al rilievo interpretativo che queste possono assumere.

A tal fine verranno anzitutto richiamati i risultati della ricerca dottrinale sul tema della consuetudine, da una parte, e sul tema dell'interpretazione dei trattati per mezzo della prassi successiva, dall'altra. Si cercherà tuttavia di mantenere una prospettiva trasversale, verificando cioè in che senso i dati dell'una o dell'altra ricerca possano essere trasferiti sul piano opposto[20]. In particolare, la manualistica tende infatti ad occuparsi del tema della 'prassi' nei limiti della parte dell'esposizione che riguarda, per l'appunto, la consuetudine come fonte di diritto internazionale generale[21], mentre si occupa della 'prassi successiva' con pressoché esclusivo riferimento al suo rilievo interpretativo (ed eventualmente modificativo), lasciando sullo sfondo le molte questioni di cui, appunto, si occupa la teoria delle fonti (spesso lasciandole irrisolte[22]).

Punto di partenza dell'analisi sono i lavori della Commissione di Diritto Internazionale sui temi della prassi successiva[23] e della formazione del diritto consuetudinario[24]. Rispetto ai primi lavori, intrapresi nel 2008, la Commissione ha prodotto 13 conclusioni, sulla scorta di quelle proposte dal relatore speciale Georg Nolte all'interno di quattro rapporti[25]. Le Conclusioni redatte dai membri della Commissione e commentate nel rapporto annuale del 2016 sono state sottoposte agli Stati in prima lettura[26]. In particolare la Commissione si richiama esplicitamente agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna del 1969, focalizzandosi cioè sul valore interpretativo di accordi e prassi successiva[27]. Il lavoro era inizialmente intitolato 'Treaties over time' e lasciava pensare ad

[20] Come già rilevato (vedi nota 14), i primi due capitoli raggruppano i problemi rilevanti rispettivamente in una prospettiva oggettiva e una soggettiva.
[21] Vedi ad esempio i manuali di Cannizzaro (Diritto Internazionale, Giappichelli, Torino, 2012) e di Conforti (Diritto Internazionale, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014). Talora si tende inoltre a riconoscere nella disciplina della responsabilità internazionale, in particolare quanto si ritrova nel progetto della CDI sulla responsabilità degli Stati del 2001 circa l'attribuzione dell'illecito, una utile guida circa i comportamenti rilevanti dello Stato, anche a titolo di prassi.
[22] Ad esempio i concreti contorni dei requisiti di generalità, uniformità e ripetizione, scarsamente verificati nel discorso relativo alla prassi successiva, quanto trattati in maniera altrettanto scarsamente concludente nell'esame della consuetudine. Più convincente (e congruente, in rapporto al confronto tra i due ambiti) è l'esame del valore dell'inerzia, che la Commissione di Diritto Internazionale sembra sottoporre agli stessi requisiti al fine di riconoscere l'acquiescenza ad una prassi altrui, sia che si tratti di identificare una consuetudine, sia che si tratti di evidenziare una prassi interpretativa di un trattato. Vedi in proposito il Capitolo I, in particolare al punto III.1.4.
[23] Come indicato poco oltre nel testo, il progetto, inizialmente intitolato 'Treaties over time' all'interno del programma di lavori della Commissione di Diritto Internazionale, diventa nel 2012 'Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties'.
[24] Il lavoro è ora intitolato 'Identification of customary international law', dopo essere stato introdotto nel programma di lavoro della CDI nel 2012 con il titolo 'Formation and evidence of customary international law', affidato al Relatore Speciale Michael Wood.
[25] Preceduti da altri tre indirizzati al Gruppo di Studio che la Commissione aveva istituito prima di nominare, nel 2012, lo stesso Nolte come relatore speciale, anche al fine di rendere pubblica l'indagine. I rapporti per il Gruppo di Studio non sono infatti pubblicati dalla Commissione, ma Nolte li ha resi disponibili in un libro: Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013. Dal 2013 al 2016, invece, i rapporti che Nolte ha redatto sono appunto quattro e sono disponibili sul sito della Commissione, con la denominazione A/CN.4/660, A/CN.4/671, A/CN.4/683 e A/CN.4/694.
[26] Vedi A/71/10, Capitolo VI (pp. 118-240).
[27] Sulla natura di 'regole' degli articoli dedicati all'interpretazione dalla Convenzione di Vienna, vedi Gardiner, Treaty Interpretation, cit., a p. 29 ss., che argomenta in senso contrario a tale impostazione.

un'impostazione più ampia[28], ma nel 2012 il titolo veniva modificato per meglio rispecchiare tale approccio più limitato. L'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati colloca accordi e prassi successiva all'interno della 'regola generale' d'interpretazione, al pari del testo, del contesto, dell'oggetto e dello scopo[29]: obiettivo della Commissione era indagare gli incerti limiti d'operatività di queste componenti della regola generale, ampiamente utilizzate dagli Stati nel loro tentativo di 'governare' (interpretandolo) il trattato, ma ancora non oggetto di adeguata sistematizzazione[30].

Il lavoro sulla formazione delle consuetudini prende invece avvio nel 2012[31], ma la Commissione ha proposto finora 16 conclusioni, sulla base del lavoro del relatore speciale Michael Wood[32]: in particolare la Parte III di tali conclusioni, che contiene le conclusioni da 4 a 8, si indirizza specificamente al tema della 'general practice', la quale deve accompagnarsi all'accettazione come diritto al fine di produrre la norma consuetudinaria, secondo lo schema duale classico[33]. Alla prassi degli Stati viene attribuito il ruolo principale ai fini della creazione di una regola consuetudinaria[34]; in particolare la Commissione propone un elenco non esaustivo di condotte che possono valere come prassi, tra le quali figura non a caso la prassi 'in connessione con trattati', ad ulteriore riprova dell'affinità tra i due progetti[35]. La fase d'indagine è per altro ormai conclusa anche per quanto

[28] Tra gli argomenti proposti Nolte alla commissione figurava non soltanto la funzione interpretativa della prassi successiva, ma anche gli effetti di atti e fatti successivi sull'esistenza del trattato, gli effetti sul trattato di norme sopravvenute (consuetudinarie, anche cogenti, o provenienti da altri trattati), e l'obsolescenza di disposizioni convenzionali (A/63/10, Annex A, par. 7 ss.); è doveroso tuttavia notare che il resto di tale proposta era di fatto concentrato effettivamente sul problema interpretativo.

[29] La stessa *Draft conclusion 1* del progetto ricorda: '2. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose.' Vedi U.N. Doc. A/CN.4/L.813.

[30] In particolare la *Draft conclusion 5* testimonia il grado di affinità tra i due progetti oggetto di questo studio: rubricata 'Attribution of subsequent practice', la disposizione affronta il problema di quale prassi possa considerarsi rilevante, definendola 'any conduct in the application of a treaty which is attributable to a party to the treaty under international law'. Valore residuale è attribuito alla prassi non rientrante in questa definizione, al solo fine di 'assessing the subsequent practice of parties to a treaty'.

[31] La CDI intitola inizialmente il lavoro 'Formation and evidence of customary international law', ma, anche qui, il titolo viene modificato, l'anno successivo, in 'Identification of customary international law'. Le ragioni sono da ascriversi all'inopportunità, sottolineata da alcuni membri della Commissione, di fare riferimento al processo *formativo* della consuetudine, dovendo piuttosto focalizzarsi l'indagine sul suo accertamento.

[32] Nominato Relatore Speciale nel medesimo anno 2012, Wood ha finora redatto quattro rapporti, disponibili sul sito della Commissione: A/CN.4/663, A/CN.4/672, A/CN.4/682 e A/CN.4/695.

[33] A partire dal secondo rapporto di Wood (A/CN.4/672, Sezione IV).

[34] Vedi la Conclusione 5 [6] attualmente proposta dalla Commissione: 'Conduct of the State as State practice - State practice consists of conduct of the State, whether in the exercise of its executive, legislative, judicial or other functions.' (A/CN.4/L.872, p. 2).

[35] Nella Conclusione 6 [7] ('Forms of practice') si legge, nel secondo paragrafo: 'Forms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; *conduct in connection with treaties*; executive conduct, including operational conduct "on the ground"; legislative and administrative acts; and decisions of national courts.' (A/CN.4/L.872, p. 2, corsivo aggiunto).

riguarda l'identificazione della consuetudine, e il rapporto della Commissione del 2016 include un commentario anche di queste 16 Conclusioni, sottoposto agli Stati in prima lettura[36].

2. Piano d'indagine

2.1. In generale

Con l'obiettivo evidenziare punti di contatto e difformità tra la prassi come elemento materiale della consuetudine e come mezzo interpretativo dei trattati, ci si propone di distinguere tre aree tematiche, corrispondenti ai tre capitoli in cui la tesi è suddivisa. La prima questione riguarda l'aspetto 'oggettivo', quello cioè relativo ai requisiti e alle condizioni che determinano la rilevanza della prassi, nelle sue due declinazioni oggetto della presente indagine. La seconda area riguarda l'aspetto 'soggettivo', quello cioè dei soggetti rilevanti ai fini di produrre la prassi o di conferire materiali utili al suo accertamento[37]. Infine ci si focalizza sul rapporto tra consuetudine e trattato, evidenziando gli effetti della prassi sul trattato[38], da una parte, e nell'evoluzione della norma internazionale, dall'altra[39].

In tutti e tre i capitoli la parte iniziale è dedicata alla ricostruzione del dibattito presso la Commissione di Diritto Internazionale, individuando cioè le Conclusioni rilevanti all'interno dei due lavori della Commissione e indagando nel dettaglio le fasi della loro loro redazione, al fine di offrire una panoramica iniziale circa lo status del diritto internazionale in materia, così come individuato dall'organo delle Nazioni Unite istituzionalmente preposto alla sua codificazione e al suo sviluppo progressivo[40]. Tali Conclusioni, che i relatori hanno proposto nei loro rapporti, poi elaborate dalla Commissione e commentate dagli Stati presso la Sesta Commissione dell'Assemblea generale, vanno a costituire il punto di partenza per il confronto della due declinazioni della prassi, collocato nella parte finale di ciascun capitolo[41]. Non solo, quindi, nei Rapporti dei relatori e della

[36] Vedi A/71/10, Capitolo V (pp. 74-117).

[37] Non si tratta quindi di indagare l'elemento 'soggettivo' della consuetudine o dell'accordo interpretativo, bensì ci si riferisce ai possibili autori della prassi (ossia organi dello Stato) e ad altri soggetti potenzialmente rilevanti, in particolare sul piano dell'accertamento (organizzazioni internazionali, corti, studiosi); vedi il Capitolo II.

[38] Ossia interpretativo e modificativo, in senso informale, della disposizione convenzionale; vedi il Capitolo III, al punto III.1.

[39] Nel senso che la prassi applicativa di un trattato, notoriamente, può determinare il passaggio da norma convenzionale a norma consuetudinaria, determinandosi una codificazione (come affermato dalla CIG nel caso Mare del Nord, nell'ipotesi di 'generazione' della norma consuetudinaria); avvenuto tale passaggio, la disposizione convenzionale è *anche* consuetudine (poiché tali fonti convivono, come indicato dalla CIG nel caso Nicaragua). Il problema diventa pertanto verificare la concreta applicazione di tale norma: se la condotta applicativa non è totalmente conforme è possibile pensare che venga modificata tanto la consuetudine codificata (poiché la prassi ne è un elemento costitutivo), quanto il trattato di codificazione (in forza della nuova consuetudine, in applicazione del principio della *lex posterior*). Vedi anche oltre e soprattutto il Capitolo III, al punto III.2.

[40] Articolo 1.1 dello Statuto della Commissione, che riprende l'articolo 13.1.a) della Carta di San Francisco: quest'ultima attribuisce tale compito all'Assemblea Generale, che tuttavia istituiva notoriamente a tal fine un organo sussidiario, la CDI appunto, nel 1947.

[41] Come già evidenziato (vedi note precedenti), Wood e Nolte presentano i loro primi Rapporti in occasione della 65esima sessione della Commissione di Diritto Internazionale, nel 2012; inoltre per entrambi i progetti la conclusione

Commissione viene in rilievo proprio quella prassi degli Stati che costituisce l'oggetto della presente ricerca, ma essi rappresentano per gli Stati una singolare occasione per esprimersi sui temi di diritto internazionale discussi dalla medesima, manifestando posizioni che vanno pertanto a costituire 'prassi' in senso proprio, oltre che prova di *opinio juris*. Risolta positivamente la questione se simili dichiarazioni degli Stati (o 'condotte verbali') possano costituire prassi[42], ci si vuole qui concentrare piuttosto su alcuni aspetti sostanziali, ossia quali siano i maggiori punti di attrito fatti emergere dagli Stati in occasione della discussione dei rapporti della Commissione presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite[43]. In considerazione del ruolo svolto dalla Commissione, del resto, è possibile ipotizzare che le 'guide pratiche' da questa offerte catalizzeranno di fatto le posizioni assunte dagli Stati, dalle corti e dagli studiosi, costituendo una posizione 'ortodossa' contro cui opporsi diventerà prevedibilmente più difficile[44]; si noti tuttavia che, come si vedrà, oltre a ribadire quelle che secondo alcuni sarebbero ovvietà[45], su alcune questioni particolarmente controverse la Commissione abbia scelto, in sostanza, di non prendere posizione[46].

---

dei lavori era prevista nel 2016, con un rapporto conclusivo: il rapporto della Commissione della 68esima sessione contiene effettivamente anche i commenti alle Conclusioni, che sono tuttavia sottoposti ai commenti finali degli Stati prima che, nel corso della prossima sessione, possa essere redatta la seconda stesura. Con riferimento al lavoro di Wood, Gradoni sottolinea la possibilità che Conclusioni dal contenuto anche 'scontato' siano tuttavia di rilievo come dispositivo 'anti-frammentazione', ossia come 'buone pratiche' da estendersi dall'ambito classico del diritto internazionale a nuovi ambiti; vedi Gradoni, "La Commissione di Diritto Internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine", Rivista di Diritto Internazionale, 2014, p. 667.

[42] Questa è appunto la posizione della Commissione, espressa nella Conclusione 6 [7] del lavoro sull'identificazione della consuetudine: 'Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts. [...]' (A/CN.4/L.872, p. 2). Non tutti i commentatori sono d'accordo nel ritenere che una dichiarazione verbale possa essere qualificata a tutti gli effetti come espressione di prassi: vedi ad esempio Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", American Journal of International Law, Vol. 95 (2001), p. 757; tuttavia vale la pena di sottolineare come in ogni caso tali dichiarazioni possano essere senz'altro qualificate come *evidence* di una prassi (pur intesa restrittivamente come comportamento concreto), o dell'*opinio juris*. Vedi più approfonditamente sul tema della condotta verbale il Capitolo I, in particolare al punto III.1.2.

[43] In particolare, come sottolineato da Gradoni, "La Commissione di Diritto Internazionale", cit., a p. 682, gli Stati sembrano ampiamente contrari ad un irrigidimento da una parte la Commissione dei requisiti necessari alla rilevazione della consuetudine, ancorandosi all'idea che 'processi nomogenetici non tipizzabili si tradurrebbero *necessariamente* in criteri di rilevazione della norma non scritta altrettanto determinati'; la realtà, secondo l'autore, è che si tratta di una scelta politica tendente a conservare uno *status quo* di incertezza legale all'interno del diritto internazionale.

[44] Vedi tuttavia la posizione espressa dal comitato di giuristi in seno agli Stati dell'area afro-asiatica AALCO, che, nel commentare il lavoro di Sir Michael Wood per la CDI, assumono alcune posizioni d'opposizione, ad esempio affermando che soltanto l'attività degli Stati 'in the field of international relations' potrebbe assumere il ruolo di prassi nella formazione e accertamento della consuetudine (invece di poter provenire da qualsiasi potere dello Stato in generale; vedi Yee, "Report on the ILC Project", cit., a p. 385).

[45] Questa la posizione di Murase in occasione della discussione preliminare presso la Commissione nel 2012 circa i possibili contenuti del lavoro sull'identificazione della consuetudine (vedi A/CN.4/SR.3148, p. 5); vedi recentemente anche Yee, "Report on the ILC Project", cit., a p. 384.

[46] Su tutte quella dell'effetto modificativo della prassi successiva, a partire dal lavoro di Georg Nolte: vedi l'attuale Conclusione 7.3 in A/CN.4/L.874, p. 3: 'It is presumed that the parties to a treaty, by an agreement subsequently arrived at or a practice in the application of the treaty, intend to interpret the treaty, not to amend or to modify it. The possibility of amending or modifying a treaty by subsequent practice of the parties has not been generally recognized. The present draft conclusion is without prejudice to the rules on the amendment or modification of treaties under the Vienna Convention on the Law of Treaties and under customary international law.'

2.2.L'aspetto oggettivo della prassi

Come anticipato, la prima questione oggetto d'indagine riguarda l'aspetto 'oggettivo' della prassi, ossia a quali siano le forme normalmente riconosciute di prassi e quali i caratteri che debbano connotarla al fine, da una parte, di costituire l'elemento materiale della norma consuetudinaria e, dall'altra, di concorrere all'interpretazione di un trattato. Al fine di delineare il confronto occorre partire dagli specifici requisiti che l'articolo 31.1.b) della Convenzione di Vienna impone affinché la prassi successiva degli Stati abbia un valore interpretativo 'autentico': l'essere una condotta che trova il proprio fondamento nel trattato ('requisito relazionale') e l'essere sostenuta da un accordo unanime delle parti[47]. Sono requisiti piuttosto stringenti, ma occorre rilevare che, qualora non soddisfi tali requisiti, la prassi successiva può comunque rilevare per l'interpretazione del trattato, a titolo sussidiario, ex articolo 32 della Convenzione di Vienna[48]. Di tali connotati, entrambi chiaramente determinanti una netta distinzione tra la prassi successiva e l'elemento materiale della consuetudine, si deve ipotizzare che, da un punto di vista oggettivo, sia soprattutto il requisito dell'accordo unanime a fare la differenza.

La ragione è da rinvenirsi proprio nel confronto con la prassi nella consuetudine: essa dovrebbe accompagnarsi ad un elemento psicologico che ne informi la giuridicità: 'convinzione' secondo alcuni, semplice 'accettazione come diritto' secondo altri[49]. Ciò che è da rilevare è che talvolta si

[47] Anche la prassi successiva *ex* articolo 31.3.b) deve pertanto testimoniare un accordo unanime, allo stesso modo di come gli accordi interpretativi, per rilevare *ex* articolo 31.3.a), devono coinvolgere *tutte* le parti; vedi Nolte, First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation (A/CN.4/660, 19 marzo 2013), p. 29-30. Più in generale, ma comunque in accordo, vedi anche Gardiner, Treaty Interpretation, cit., a p. 211.

[48] Come evidenzia Crema ("Subsequent Agreements and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 13), le corti internazionali sembrano peraltro prendere in considerazione la 'prassi', a fini interpretativi, non solo prescindendo dai contorni delineati dall'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, ma senza nemmeno collocare tale prassi entro l'art. 32 quale strumento interpretativo complementare. Vedi in particolare il caso Kasikili\Sedudu, deciso dalla CGI nel 1999, nell'analisi di Fox ("Article 31(3) (A) and (B) of the Vienna Convention and the "Kasikili/Sedudu Island" Case", in Malgosia Fitzmaurice, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Brill-Nijhoff, Leiden, 2010, p. 59).

[49] Wolfke in particolare sottolinea come la prassi, per poter essere considerata tale, deve poter consentire di individuare una presunzione di accettazione nel silenzio di uno Stato di fronte alla condotta di un altro Stato, il che costituirebbe del resto il metodo di formazione della consuetudine assolutamente prioritario, come conseguenza dell'idea stessa di una 'prassi generale accettata come diritto'. Questo significherebbe al tempo stesso che quando uno Stato adotta una condotta con la precisa volontà di creare una norma consuetudinaria, ci si trova in realtà di fronte ad un'ipotesi di accordo tacito; vedi Wolfke, "Custom in Present International Law", cit., a p. 162 ss.: '[...] to question presumed acceptance of the practice as law as a decisive criterion of a rule belonging to customary international law would equal departure from reality [...]'. Shaw (International Law, 6th edition, Cambridge University Press, 2008, p. 81) evidenzia tuttavia che l'accettazione può presumersi solo quando lo Stato sia a conoscenza di tutte le circostanze del caso: 'where a failure to take a course of action is in some way connected or influenced or accompanied by a lack of knowledge of all the relevant circumstances, then it cannot be interpreted as acquiescence'. Diversa la posizione di D'Amato, "Trashing Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 101, a p. 102: '*opinio juris* has nothing to do with "acceptance" of rules in such documents [UN resolutions and other majoritarian political documents]. Rather, *opinio juris* is a psychological element associated with the formation of a customary rule as a characterization of State practice'. Per ulteriori riferimenti dottrinali circa la consuetudine, vedi la nota 12.

tende a considerare l'*opinio juris* come un aspetto della prassi medesima[50], oppure come da questa desumibile senza particolare sforzo argomentativo: più in generale occorre osservare che le corti internazionali, compresa la Corte Internazionale di Giustizia, al momento di stabilire l'esistenza o meno di una norma consuetudinaria, spesso disattendono un'accurata verifica dei requisiti di questa[51]. Lo stesso problema si evidenzia per quanto riguarda la prassi successiva: è cioè possibile indicare l'accordo unanime delle parti come elemento costitutivo ('oggettivo') della prassi stessa, oppure come elemento 'psicologico' parallelo a come tradizionalmente s'intende l'*opinio juris* per la norma consuetudinaria[52]. Il testo dell'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna potrebbe far

[50] In particolare in questo senso Wood & Sender, "State Practice", Max Planck Enyclopedia of Public International Law: 'State practice is only relevant in this context in so far as it reflects a legal conviction (*opinio iuris*), so a rigid distinction between State practice and opinio iuris as two independent elements in the formation of customary international law, is not possible'. Anche secondo Mendelson ("The Formation", cit., a p. 272) l'*opinio juris* varrebbe solo 'as a means of distinguishing, not so much (or only) one class of rules from another, but those instances of State practice which count towards the formation of law from those which do not', e in ultima istanza si potrebbe parlare di *opinio* soltanto con riferimento a consuetudini esistenti: dove non esite una consuetudine si potrebbe parlare soltanto di una pretesa (*claim*) di alcuni Stati, a fronte della quale verificare la reazione (*response*) degli altri (più o meno interessati). Anche secondo Danilenko ("The Theory", cit., a p. 20) '*opinio juris* cannot be entirely separated from practice because it can be made cognizable only trough overt manifestations of State behaviour'. Vedi anche Thirlway, "The Sources", cit., a p. 103: 'Since the opinio iuris is a state of mind, there is an evident difficulty in attributing it to an entity like a State; and in any event it has to be deduced from the State's pronouncements and actions, particularly the actions alleged to constitute the practice 'element' of the custom'. Wolfke sottolinea tuttavia che quello dell'attribuzione del convincimento allo Stato autore della prassi è in realtà un falso problema dal momento che 'what is legally important is only the reaction of other States to the practice, in particular, whether they consider it as required by law or legally permitted', oltre che essere, più in generale, la convinzione di legalità 'inconsistent with the required minimum of legal certainty' (Wolfke, "Custom in Present International Law", cit., a p. 47); sarebbe pertanto necessario fare riferimento, piuttosto che a questo elemento 'too vague and objectively unverifiable', alla volontà dello Stato, espressa soprattutto attraverso la protesta ad una condotta altrui; una vera '*opinio juris*' potrebbe in definitiva esistere solo quando la norma consuetudinaria è già in vigore.

[51] Vedi ad esempio Condorelli, "Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law", in A. Cassese, Realizing Utopia: The Future of International Law, Oxford University Press, 2012, p. 147, a p. 150, che critica il *modus operandi* della Corte Internazionale di Giustizia: 'The Court usually begins by declaring allegiance to the 'dualist' concept of custom [...], but then carefully refrains from actually doing what it says it should: in most cases, it will not carefully review the practice of States [...] but opt instead to highlight factors that at first glance are among the *opiniones iuris*'. Ugualmente critico nei confronti di tale impostazione è anche Postema, "Custom in International Law: A Normative Practice Account", in A. Perreau-Saussine & J. B. Murphy, The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, 2007, p. 279, a p. 281: 'mere regularities of behavior taken alone – the *usus* or "state practice" of international law discourse – not only fail to constitute customs of international law, they fail to constitute customs of *any sort*, including those of "comity", because they fail to constitute *norms*'. La ragione di tale critica risiede tuttavia specificamente nel modo in cui la condotta verbale (*word*) determina quella rete di aspettative tra Stati, risultato di richiesta, protesta e assenso, che istituisce il necessario ambito all'interno del quale comportamenti concreti (*deed*) possono essere caratterizzati da un connotato normativo. Fortemente critico nei confronti della scarsa attenzione della Corte Internazionale di Giustizia nel dare effettiva consistenza agli elementi di prassi e *opinio juris*, pur abbracciati in astratto, è anche D'Amato, "Trashing Customary International Law", cit., a p. 101, con riferimento al caso Nicaragua: 'The World Court [...] gets it completely backwards. The Court starts with a disembodied rule [...]. It then finds that State acceptance of such a rule supplies the *opinio juris* element. Finally, it looks vaguely at State practice' (p. 102) e ancora 'The poverty of the Court's theory is matched by the absence of supporting research into State Practice'.

[52] Questa è la posizione espressa da Boisson de Chazournes, "Subsequent Practice, Practices, and 'Family-Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 53, a p. 53, secondo cui l'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna è impostato secondo il medesimo 'consensual framework' che connota il diritto consuetudinario.

propendere verso la prima prospettiva[53], ma si propone di adottare la seconda, quella cioè per cui l'accordo è in realtà l'elemento di supporto 'psicologico' esterno alla prassi[54]: occorre quindi verificare in che senso un simile connotato consensuale si rapporti a quell'*opinio juris* che la gran parte della dottrina si sforza di distinguere dal consenso[55].

Vengono dunque in rilievo i temi classici del dibattito dottrinale circa la definizione della prassi a fini costitutivi della norma consuetudinaria, come delineati dalla Commissione nel lavoro sull'identificazione della consuetudine, per ciascuno dei quali si propone di fare un confronto con l'esame operato dalla medesima nel lavoro su accordi e prassi successiva. Viene anzitutto in rilievo l'impossibilità di offrire un elenco esaustivo di 'forme' di prassi[56]; al pari, per la prassi successiva la Commissione si limita ad affermare laconicamente che essa può assumere una 'varietà di forme'[57]. Parimenti, un problema che la Commissione risolve identicamente in entrambi i lavori è quello della prassi verbale, che viene espressamente qualificata come rilevante nel lavoro sulla consuetudine[58], e implicitamente in quello sulla condotta successiva[59]. La Commissione conferma

[53] Dal momento che esso richiede una prassi 'which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation', non ulteriormente specificando il rapporto tra i due elementi; la Commissione, ai tempi della redazione della Convenzione di Vienna, ma anche nell'attuale Progetto su accordi e prassi successiva, sembra non porsi il problema (vedi il Capitolo I, in particolare al punto III.2.2).

[54] Di conseguenza si proporrà di individuare la prassi successiva, in una prospettiva oggettiva, come compresa nell'intersezione di due insiemi: quello descritto dalle possibili forme di prassi, e quello descritto dalle possibili forme di accordo; ciò sarebbe anche compatibile con l'idea che un trattato, in quanto accordo formale, appartiene al secondo insieme, piuttosto che al primo (ossia non rappresenta in sé una forma di prassi). Vedi il Capitolo I, III.3.

[55] Il problema si collega al paradosso, già individuato da Kelsen, per cui i primi Stati agenti non potrebbero agire secondo un'autentica convinzione della giuridicità del loro comportamento, poiché appunto nuovo e diverso da quello degli altri Stati: tale convinzione potrebbe sussistere soltanto per errore (Kelsen riteneva quindi sufficiente la possibilità di ricavare dalla prassi una regola, indipendentemente dal fatto che questa venisse seguita come norma giuridica o di altro tipo). L'idea che in realtà, almeno inizialmente, ci si trovi dinanzi ad un gesto di volontà, poi sostenuto dal consenso altrui, anche tacito, è abbracciata da molti scrittori, ad esempio MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12, a p. 23; Danilenko, "The Theory", cit., a p. 33; Wolfke, "Some Persistent Controversies", cit., a p. 5; Arangio-Ruiz, "Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom", in N. Angelet, Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant, 2007, p. 93, a p. 103. Vedi anche Mendelson, che riconosce l'importanza dell'*opinio juris* soltanto in alcuni casi 'ambigui', in cui cioè la prassi non sia sufficientemente chiara da consentire l'affermazione della regola, in "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177.

[56] La Conclusione 6 [7] del lavoro sull'identificazione della consuetudine afferma: 'Forms of practice - 1. Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts. It may, under certain circumstances, include inaction. 2. Forms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; conduct in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct "on the ground"; legislative and administrative acts; and decisions of national courts. 3. There is no predetermined hierarchy among the various forms of practice.' (A/CN.4/L.872, p. 2). Vedi la nota 9, circa l'inopportunità, sottolineata dalla Commissione e da gran parte della dottrina, di indicare in maniera esaustiva quali materiali possano costituire prassi (o sua prova).

[57] La Conclusione 6.2 del lavoro su accordi e prassi successiva afferma: 'Subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, can take a variety of forms.' (A/CN.4/L.874, p. 2).

[58] Nella medesima Conclusione 6 [7], riportata nella nota 56.

[59] La risposta si ricava in particolare dalla discussione presso il Drafting Committee della Commissione, su cui vedi più approfonditamente il Capitolo I, al punto III.1.2.

che ogni comportamento dello Stato, sul piano internazionale ma anche su quello interno[60], può rilevare come 'prassi' ai fini dell'accertamento della consuetudine: qualsiasi espressione dell'attività Statale è cioè idonea a costituire la base per la formazione di una norma internazionale, qualora, in una fase temporalmente successiva, tale 'condotta' venga ripresa da altri Stati (o da essi accettata, anche in maniera tacita). La questione di quali organi dello Stato possano produrre prassi rilevante è trattata all'interno del secondo Capitolo, dedicato agli attori la cui attività viene in rilievo a titolo costitutivo o probatorio[61]; è forse tuttavia il caso di anticipare che i termini della questione sono più delicati per quanto riguarda la prassi successiva, dal momento che si richiede che essa sia nell'implementazione di un trattato (è cioè il cosiddetto 'requisito relazionale' a distinguere maggiormente le due declinazioni di prassi sul piano soggettivo)[62].

L'analisi dei connotati di frequenza, uniformità e generalità della prassi rientra invece certamente nell'ambito del primo Capitolo. Nel lavoro della Commissione sull'identificazione della consuetudine i margini sono piuttosto ampi: non occorre che la prassi sia di lungo corso, né che sia sempre perfettamente coerente[63]; occorre inoltre verificare l'uniformità 'interna', ossia delle condotte ad opera di organi diversi del medesimo Stato, tema che tuttavia attiene al secondo Capitolo[64]. Per la prassi successiva, invece, non si fa espresso riferimento alla questione della durata o dell'uniformità, probabilmente lasciando sottintesa la possibilità di applicare, mutatis mutandis, le considerazioni relative all'identificazione della consuetudine; la Commissione indica tuttavia

[60] In particolare distinguendo tra i poteri esecutivo, legislativo e giudiziario: questa la posizione espressa ad esempio da Wood & Sender, in "State Practice", Max Planck Enyclopedia of Public International Law, citando la celebre lista individuata da Brownlie: 'diplomatic correspondence, policy statements, press releases, the opinions of government legal advisers, official manuals on legal questions (eg manuals of military law), executive decisions and practices, orders to military forces (eg rules of engagement), comments by governments on ILC drafts and corresponding commentaries, legislation, international and national judicial decisions, recitals in treaties and other international instruments (especially when in 'all States' form), an extensive pattern of treaties in the same terms, the practice of international organs, and resolutions relating to legal questions in UN organs, notably the General Assembly' (in James Crawford, Brownlie's principles of public international law, Oxford university press, 2012, a p. 24). Di diverso avviso ad esempio Weisburd, "The International Court of Justice and the Concept of State Practice", The University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31 (2009), p. 295, a p. 295: 'I propose to limit the use of the term "state practice" to behaviors respecting a particular issue that amounts to direct action by, or has a direct effect on, the state whose behavior is in question', al fine di evidenziare la distinzione tra una condotta che lo Stato riconosca come un impegno sul piano internazionale, e una condotta che non rappresenti un simile impegno.

[61] Rispetto alla prospettiva oggettiva, in quella riferita ai soggetti la distinzione tra il piano costitutivo e probatorio è più semplice, dal momento che soltanto ciò che proviene dagli Stati può costituire prassi (anche quando si tratti di atti di organizzazioni internazionali, come si dirà), mentre gli atti di altri attori possono soltanto rappresentare una prova (di tale prassi, della consuetudine o dell'intepretazione autentica di un trattato).

[62] Come si dirà anche poco oltre nel testo, è il cosiddetto 'requisito relazionale' che sembrerebbe costituire l'elemento distintivo tra le due declinazioni della prassi da una prospettiva soggettiva.

[63] Per giustificare tali affermazioni la Commissione si basa in particolare sulle sentenze della CIG nei casi della Piattaforma Continentale del Mare del Nord (1969) e Nicaragua c. Stati Uniti (1986); vedi il Capitolo I, al punto I.3. Nella Conclusione 8 [9] del lavoro sulla consuetudine, si afferma: 'The practice must be general - 1. The relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent. 2. Provided that the practice is general, no particular duration is required.' (A/CN.4/L.872, p. 3).

[64] Vedi oltre, e la Conclusione 7 [8] nel lavoro sulla consuetudine: 'Assessing a State's practice - 1. Account is to be taken of all available practice of a particular State, which is to be assessed as a whole. 2. Where the practice of a particular State varies, the weight to be given to that practice may be reduced.' (A/CN.4/L.872, p. 2).

'chiarezza e specificità' come criteri che assumono rilievo, ma soltanto per influenzare il valore interpretativo di tale prassi, piuttosto che andarne a costituire requisiti sostanziali[65]. La verifica della 'generalità' della prassi è più complessa, dal momento che si ricollega al valore dell'inazione e quindi all'intenzione dello Stato inerte: nel lavoro sulla consuetudine, si spiega che è sufficiente che gli Stati abbiano mantenuto la stessa condotta ad ogni occasione in cui questa avrebbe potuto (o, meglio, dovuto) tenersi[66], ma, appunto non è necessaria l'attiva partecipazione di tutti gli Stati, potendo gli altri significare la propria accettazione con un atteggiamento passivo[67]. La prassi successiva si comporta più o meno allo stesso modo, potendosi integrare l'accordo unanime richiesto per l'interpretazione autentica per mezzo dell'acquiescenza degli Stati contraenti che non partecipano alla prassi[68].

Occorre dunque verificare in che modo si ponga il fenomeno dell'inazione in rapporto all'acquiescenza: l'atteggiamento passivo di uno Stato a fronte della condotta di altri Stati può significare acquiescenza solo al ricorrere di determinati requisiti, che la Commissione definisce in realtà sostanzialmente allo stesso modo in entrambi i progetti. Si richiede cioè che lo Stato inerte sia consapevole della prassi altrui o debba ragionevolmente esserlo date le circostanze, e che queste ultime determinino la necessità di una reazione espressa dello Stato qualora intenda contrapporsi alla prassi[69].

Alcune questioni rientranti nel cosiddetto aspetto 'oggettivo' riguardano specificamente il diritto consuetudinario, ma si proverà ad azzardare un parallelo con alcuni fenomeni che possono

[65] Nella Conclusione 9 [8] del progetto su accordi e prassi successiva: 'Weight of subsequent agreements and subsequent practice as a means of interpretation - 1. The weight of a subsequent agreement or subsequent practice as a means of interpretation under article 31, paragraph 3, depends, inter alia, on its *clarity and specificity*. 2. The weight of subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b), depends, in addition, on whether and how it is *repeated*. 3. The weight of subsequent practice as a supplementary means of interpretation under article 32 may depend on the criteria referred to in paragraphs 1 and 2.' (A/CN.4/L.874, p. 3).

[66] Vedi di nuovo la Conclusione 8 [9] del lavoro sulla consuetudine, riportata alla nota 63. Il parametro ('relativizzante') che collega la ripetizione della condotta all'occasione in cui tale condotta avrebbe dovuto tenersi, si ritrova in Kunz, "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 47 (1953), a p. 666.

[67] Nella conclusione 6 [7] si ritrova un primo espresso riferimento all'inazione: '[practice] may, under certain circumstances, include inaction.' Tali condizioni sono poi esplicitate nella Conclusione 10 [11], dedicata all'*opinio juris*, dal momento che non si tratta di attribuire significato al comportamento negativo in sè, bensì di riconoscervi una rilevanza giuridica sulla base dell'elemento psicologico che ne sta alla base: '3. Failure to react over time to a practice may serve as evidence of acceptance as law (*opinio juris*), provided that States were in a position to react and the circumstances called for some reaction.' (A/CN.4/L.872, p. 2).

[68] Vedi la Conclusione 10 [9] del lavoro su accordi e prassi successiva, anch'essa non a caso relativa all'elemento soggettivo (ossia l'accordo unanime degli Stati parte): 'Agreement of the parties regarding the interpretation of a treaty – 1. [...] 2. The number of parties that must actively engage in subsequent practice in order to establish an agreement under article 31, paragraph 3 (b), may vary. Silence on the part of one or more parties can constitute acceptance of the subsequent practice when the circumstances call for some reaction.' (A/CN.4/L.874, p. 3).

[69] Si vedano le note immediatamente precedenti per il testo delle Conclusioni rilevanti. In realtà è opportuno sottolineare che la Commissione individua con maggior precisione i requisiti dell'inerzia nel lavoro sulla consuetudine, indicando non solo la necessaria conoscenza della condotta altrui e circostanze che richiedano una reazione, ma anche che l'inazione sia un atto deliberato e sia mantenuto per un certo tempo; vedi più ampiamente nel Capitolo I, al punto III.1.4.

interessare anche la prassi successiva. Le consuetudini possono anzitutto assumere una portata limitata ad un gruppo di Stati (cosiddette consuetudini 'particolari'[70]), ma anche all'interno degli Stati parte di un trattato è possibile che alcuni soltanto intraprendano non soltanto una prassi interpretativa[71], ma anche un accordo modificativo ex articolo 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati[72]: possono simili meccanismi indurre la formazione di una consuetudine particolare rispetto al trattato oggetto di interpretazione?

Un ulteriore problema che riguarda classicamente la prassi come elemento materiale della consuetudine è quello del reperimento della medesima: oggi, diversamente che in passato, il problema non è tanto quello della segretezza delle condotte, bensì della ipertrofica produzione di atti in cui è difficile districarsi[73]; si tratta di un problema che riguarda anche la prassi successiva, o si deve pensare che l'esistenza di un trattato di riferimento possa facilitare l'operazione di reperimento della prassi rilevante? Un'ultima possibilità di confronto è pensabile nei seguenti termini: è possibile fare una distinzione tra diversi ambiti del diritto internazionale generale per quanto concerne il valore della prassi[74], e tra trattati di diversa natura per quanto riguarda la funzione interpretativa della prassi successiva?[75].

---

[70] Riconosciute dalla Commissione nella Conclusione 16 [15] del progetto sulla consuetudine.

[71] Ipotesi che, come già rilevato, non integrerebbe la fattispecie di cui all'articolo 31.3.b) della Convezione di Vienna, bensì un mezzo d'interpretazione sussidiario *ex* articolo 32 della medesima.

[72] Tale articolo recita: '1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if: (a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or (b) the modification in question is not prohibited by the treaty and: (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole. 2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.'

[73] In dottrina il problema è evidenziato ad esempio da Zemanek, "What is 'State Practice' and who Makes It?", in U. Beyerlin e altri, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer, 1995, p. 289; Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 39 (1996), p. 198.

[74] Vedi ad esempio Wood & Sender, "State Practice", Max Planck Enyclopedia of Public International Law: 'The identification of State practice may be particularly difficult in the case of international human rights law and humanitarian law'. Riguardo il diritto internazionale umanitario, Cassese, International Law, cit., a p. 122, cita ad esempio la clausola Martens, inserita per la prima volta alla conferenza di pace del 1899 a L'Aia e poi ripresa successivamente, in particolare all'interno della Convenzioni di Ginevra del 1949 e il primo Protocollo Addizionale del 1977; in essa le parti si impegnano, in assenza di una disciplina più dettagliata, a garantire che civili e belligeranti 'remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilised peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience', mettendo dunque sullo stesso piano gli usi, le leggi di umanità e i dettami della coscienza pubblica; ciò lascia intendere che una norma internazionale generale (qualificata peraltro come 'principle'), almeno in ambito umanitario, possa sorgere anche in assenza di prassi. Riguardo invence i diritti umani, vedi in particolare la teoria di Simma & Alston, per cui nell'ambito dei diritti umani basterebbe l'affermazione del diritto per affermarne la sua normatività, prescindendo quindi dall'elemento della prassi (o, meglio, la dichiarazione statale avrebbe allo stesso tempo valore come prova di prassi e come *opinio juris*); vedi Simma & Alston, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles", Australian Yearbook of International Law, vol. 12 (1988), p. 82.

[75] Si può anticipare che la risposta della Commissione è negativa per entrambi i quesiti: in vari punti del lavoro sulla consuetudine si ribadisce che entrambi gli elementi devono essere entrambi presenti, vedi ad esempio nella Conclusione 3 [4]: '2. Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence

L'ultima parte del primo capitolo è dedicata al tema della prova, dovendosi anzitutto ricordare che, in ragione del valore costitutivo del fatto concreto al fine della formazione della norma consuetudinaria, è estremamente arduo all'atto pratico distinguere tra gli atti nella loro dimensione costitutiva (ossia come 'forme' di prassi) e in quella probatoria ('prove' di prassi)[76]. Si deve pertanto evidenziare come i possibili elementi di prova possano assumere i più diversi aspetti, parallelamente a quanto s'è detto circa l'impossibilità di elencare le forme di prassi in maniera esaustiva[77]. Per quanto riguarda in particolare la prassi successiva si può supporre che per provare una prassi interpretativa si possa fare ricorso a mezzi di prova altrettanto numerosi, o si tratterà di un ambito naturalmente circoscritto dalla necessaria attinenza con il trattato?

Focalizzandosi il primo capitolo sull'aspetto oggettivo, tuttavia, ad esso compete più che altro la trattazione del tema del '*double counting*', ossia la possibilità di tenere conto di un singolo elemento di condotta dello Stato come prassi e, al contempo, come prova di *opinio juris*, in particolare quando si tratti di dichiarazioni[78]; si tratta di un problema rilevante anche nell'ambito della prassi successiva poiché occorre verificare che tale prassi riveli effettivamente un accordo interpretativo unanime: in sostanza, per come l'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna definisce la prassi successiva, il '*double counting*' è di fatto inevitabile, nel senso che è necessario dedurre l'accordo unanime degli Stati parte dalla prassi medesima[79].

---

for each element.'; in particolare, tuttavia, nelle Conclusioni non traspare un punto che su cui la Commissione sembrava essere d'accordo, ossia la possibilità di riconoscere un maggior valore *probatorio* a taluni elementi di prassi o forme di *opinio juris*; vedi nel Capitolo I, I.4.3. Similmente, nel progetto su accordi e prassi successiva, la questione di possibili diversità nell'operare della prassi successiva in ragione della natura del trattato viene espressamente negata da Nolte, benchè non si ritrovi nel testo delle Conclusioni; vedi Capitolo II, II.1.

[76] La distinzione tra '*formation*' e '*evidence*', che si ritrova anche nello stesso titolo dei lavori della Commissione prima del 2012, non convince ad esempio Mendelson, "The Formation", cit., a p. 155, dal momento che, proprio in ragione del suo fondarsi e del suo svilupparsi sulla prassi degli Stati, 'customary law is rather different. Practice is what creates it, and practice is how it is applied: so it may be hard to distinguish which aspect one is dealing with. [...] The customary process is in fact a continuous one, which does not stop when the rule has emerged, even if one could identify that exact moment' (p. 175). Dello stesso avviso è anche Danilenko, "The Theory", cit., a p. 9: 'the ascertainment of the existence and content of customary rules in most cases is closely connected with the analysis of the process of their origin'.

[77] Wolfke sottolinea che il problema dell'accertamento della consuetudine 'does not consist of finding out what kind of evidence may be acceptable, since there are practically no limits in this respect, but at most of the question what evidence may be considered as, on the one hand, sufficient and, on other, necessary' (Wolfke, "Custom in Present International Law", cit., a p. 122); e ulteriormente 'every document demonstrating directly or even indirectly the conduct of States in certain situations can serve as evidence of the element of practice' (*ibidem*, p. 123).

[78] La Commissione, nel progetto sull'identificazione della consuetudine, indica il *double counting* come possibile, ma nelle Conclusioni afferma che l'accertamento dei due elementi costitutivi della consuetudine dovrebbe in ogni caso avvenire separatamente, benché all'atto pratico possano utilizzarsi gli stessi materiali per provare entrambi: vedi la Conclusione 3 [4]: '2. Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element.' (A/CN.4/L.872, p. 2).

[79] Ciò emergerebbe per l'appunto dalla *necessità* per la prassi, al fine di testimoniare un'interpretazione autentica, di evidenziare un accordo unanime delle parti, in quanto 'practice in the application of the treaty *which establishes* the agreement of the parties regarding its interpretation' (articolo 31.3.b) VCLT), e dalla possibilità di riconoscere in tale accordo l'elemento soggettivo' della prassi successiva (vedi sopra, nel testo).

Altre questioni rilevanti per l'analisi della prova, al contrario, sono demandate al secondo capitolo, dedicato all'aspetto soggettivo, dal momento che si tratta di atti di enti diversi dallo Stato: organizzazioni internazionali, corti e dottrina possono infatti con la loro attività costituire la prova dell'esistenza e del contenuto di una consuetudine o di un accordo interpretativo implicito in una prassi successiva ad un trattato, ed è anzi questa la funzione loro riconosciuta all'interno del discorso relativo alle fonti del diritto internazionale[80].

2.3.L'aspetto soggettivo della prassi

La seconda questione oggetto d'indagine riguarderà il cosiddetto aspetto soggettivo della prassi, ovvero l'esame dei soggetti da cui normalmente la condotta deve provenire per rilevare ai fini della formazione della consuetudine o di un accordo interpretativo autentico: si tratta cioè anzitutto del problema dell'attribuzione di un atto allo Stato. Indicazioni importanti in proposito, oltre a quelle contenute nell'articolo 7.2 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati circa i soggetti autorizzati a rappresentare lo Stato ai fini della negoziazione e conclusione di un trattato[81], si ritrovano nel Progetto della Commissione di Diritto Internazionale del 2001 sulla Responsabilità degli Stati. La Commissione preferisce tuttavia, in entrambi i progetti, omettere uno specifico riferimento a quest'ultimo[82], benché Nolte nel suo lavoro sulla prassi successiva proponga (e la Commissione mantenga) l'espressione 'attribuzione' della prassi successiva allo Stato, assente invece nel lavoro sulla consuetudine. Ciò potrebbe spiegarsi con la necessità, per la prassi successiva come definita dall'articolo 31.3.b), di essere sostenuta da un requisito 'relazionale', ossia dover provenire da organi che abbiano concretamente applicato il trattato: occorrerebbe cioè

[80] L'articolo 38 dello Statuto della CIG riconosce espressamente giurisprudenza e dottrina come 'mezzi sussidiari' per l'accertamento del diritto, e lo stesso Nolte, nel suo quarto rapporto per la Commissione, evidenzia un nesso tra tale funzione sussidiaria e i mezzi interpretativi sussidiari *ex* articolo 32 VCLT (vedi A/CN.4/694, par. 63). Benché infatti l'articolo 38 non si riferisca espressamente agli atti di organizzazioni intergovernative e non, non ci sarebbe tuttavia ragione di escludere che tali atti possano svolgere la medesima funzione sussidiaria, anche in ragione del fatto che l'originaria formulazione dell'articolo risale agli anni '20 del secolo scorso, quando nel quadro del diritto internazionale le organizzazioni non avevano ancora assunto la loro attuale portata (nel senso che l'articolo 38.1.d) non costituisce un elenco esaustivo di prove vedi anche Wolfke, Custom in Present International Law, cit., a p. 5).

[81] L'articolo indica: '(a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty; (b) heads of diplomatic missions, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accrediting State and the State to which they are accredited; (c) representatives accredited by States to an international conference or to an international organization or one of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ.'. Come sottolinea Mendelson, "The Formation", cit., a p. 199, sarebbe scorretto richiedere che la prassi per la formazione della norma consuetudinaria possa provenire soltanto dai soggetti abilitati, secondo il diritto interno, a vincolare lo Stato sul piano internazionale, in quanto si tratterebbe di cedere ad una concezione della consuetudine come accordo tacito.

[82] Nel suo lavoro sulla consuetudine Wood aveva proposto di far riferimento al Progetto del 2001, ma la aveva preferito rimuovere il termine 'attribuzione', dubitando dell'applicabilità di tale regime all'identificazione del diritto consuetudinario (vedi Capitolo II, I.2.1). Nel lavoro su accordi e prassi successiva era stato il relatore speciale Nolte a dubitare *ab initio* a proposito di tale applicabilità, ma il Drafting Committee sceglieva di utilizzare appunto il termine attribuzione (vedi Capitolo II, II.1).

ricostruire in concreto un nesso tra l'organo autore della prassi e il trattato (piuttosto che l'astratta competenza dell'organo autore ad applicare il trattato, in forza dell'ordinamento nazionale)[83].

Al contrario, la prassi nella formazione della consuetudine sembrerebbe non richiedere una così rigorosa indagine del rapporto organico che collega l'autore con lo Stato, essendo sufficiente, come visto, l'astratta possibilità della condotta di essere ascritta ad un potere statale. Per quanto riguarda l'aspetto 'soggettivo', pertanto, si può dunque affermare che è il requisito relazionale a distinguere in maniera netta la prassi nelle sue due declinazioni, così come si è indicato nell'elemento dell'accordo la scriminante più cospicua in base ad una prospettiva 'oggettiva'[84]. È chiaramente da escludersi, in ogni caso, che l'ambito descritto dai soggetti la cui condotta è in grado di impegnare la responsabilità internazionale dello Stato sia esattamente il medesimo dei soggetti la cui condotta può rilevare come prassi ai fini della formazione della consuetudine; all'interno di questi ultimi, tuttavia, si ritrovano certamente gli organi che applicano il trattato e che potrebbero in tal modo rendersi autori di una prassi interpretativa[85].

Come anticipato, la Commissione precisa che ai fini della formazione della consuetudine deve essere preso in considerazione ogni organo dello Stato, in quanto espressione dei poteri esecutivo, legislativo e giudiziario, e quindi indipendentemente dall'effettiva facoltà di esprimere la posizione dello Stato sul piano internazionale[86]. Si riconosce tuttavia che, pur in assenza di una gerarchia 'predeterminata', il rango degli organi è certamente rilevante al fine di riconoscere il valore da attribuirsi alla prassi, per così risolvere, come anticipato, la questione di uno Stato che non parli 'con una sola voce'[87]. Pur dovendosi attentamente valutare le circostanze del caso concreto, una simile prassi 'potrebbe' perdere di valore, riducendosi il requisito di uniformità necessario a contribuire in maniera inequivocabile alla formazione di una nuova consuetudine; tuttavia, essa

[83] La Conclusione 5 del lavoro su accordi e prassi successiva afferma soltanto: 'Attribution of subsequent practice - 1. Subsequent practice under articles 31 and 32 may consist of any conduct in the application of a treaty which is attributable to a party to the treaty *under international law*.'

[84] Vedi sopra nel testo e più approfonditamente nei Capitoli I, al punto III e II, al punto III.

[85] In una rappresentazione insiemistica, dunque, l'insieme dei soggetti in grado di determinare la responsabilità internazionale dello Stato in caso di illecito sarebbe quello di maggiore estensione; al suo interno si ritroverebbe l'insieme dei soggetti la cui condotta rileva come prassi per la formazione di consuetudini, che conterrebbe a sua volta il sottoinsieme dei soggetti che possono applicare il trattato e quindi determinarne un'interpretazione. Vedi il Capitolo II, al punto III.1.

[86] Si tratta di un corollario al principio per cui ogni Stato gode di perfetta libertà nella propria organizzazione interna, e sarebbe del resto impensabile produrre una serie di criteri di diritto internazionale capaci di classificare in via generale ogni possibile organo statale, diversamente denominato, all'interno di apparati statali lontani tra di loro, non solo geograficamente.

[87] Si tratta di un problema che si manifesta tipicamente quando governo e corti (supreme) manifestano opinioni diverse; un esempio è quello rilevabile dal recente caso Germania c. Italia, deciso dalla CIG nel 2012, in cui l'esecutivo italiano disconosceva l'eccezione all'immunità giurisdizionale dello Stato tedesco per gravi violazioni dei diritti umani nel corso della Seconda Guerra Mondiale e in assenza di ulteriori rimedi, eccezione affermata invece dalla giurisprudenza di Cassazione, a partire dal caso Ferrini del 2004, a cui erano seguiti anche provvedimenti esecutivi contro la Germania.

deve essere ugualmente riconosciuta come prassi a tutti gli effetti[88]. Ad ulteriore conferma che per la prassi successiva per l'interpretazione di un trattato la questione dell'organo operante è più delicata, tuttavia, è solo nel lavoro di Nolte che si ritrova uno specifico criterio che subordina la rilevanza della prassi successiva ai rapporti organici nazionali: la prassi di un organo di rango inferiore potrebbe venire in rilievo soltanto quando nota e accettata da organi di più alto rango[89]. Simili considerazioni non sembrano invece d'interesse (o semplicemente non sono esplicitate) al fine di riconoscere ad una prassi la possibilità di formare una consuetudine.

Tra gli organi dello Stato, in ogni caso, le corti occupano una posizione particolare, dal momento che con le loro decisioni certamente vanno a contribuire alla prassi dello Stato. In tal senso, potrebbero svolgere una funzione costitutiva di consuetudini, in particolare quando queste siano collegate all'esercizio della giurisdizione nazionale[90], ma anche di accordi interpretativi autentici, purché si ammetta che l'accordo interstatale, richiesto dall'articolo 31.3.b), possa riconoscersi nel convergere delle giurisprudenze nazionali[91]. Parallelamente, e forse prioritariamente, le corti nazionali svolgono certamente anche una funzione probatoria, potendo cioè essere usate per dimostrare esistenza e contenuto di consuetudini internazionali o prassi interpretative. Similmente, la condotta dello Stato è spesso influenzata dall'opera della dottrina, che funge così da impulso alla prassi[92]; i testi dottrinali costituiscono ulteriore prova per l'accertamento del diritto, come stabilito dall'articolo 38.1.d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia[93].

[88] In questo senso vedi Mendelson, "The Formation", cit., a p. 200: 'If, by any chance, there is a contradiction between the positions of the Government and the courts, it seems to me that this goes more to the weight of the evidence of State practice than to its admissibility, so to speak. In other words, it is not that the latter does not count as State practice, but that it does not normally count as much — does not weigh as heavily — as an act of the Government, which after all is the organ with primary responsibility for the conduct of international relations.'. Wood & Sender ("State Practice", Max Planck Enyclopedia of Public International Law) adottano una posizione più cauta, nel senso che 'The operative part of a domestic court decision may amount to State practice, provided that it is implemented and not reversed by a subsequent decision or by legislation'.

[89] Questo requisito non si ritrova nel testo delle Conclusioni su accordi e prassi successiva, ma si rinviene a partire già dal primo rapporto di Nolte per il Gruppo di Studio, per poi essere ripreso nel primo rapporto per la Commissione. Vedi il Capitolo II, al punto II.1.

[90] L'esempio classico è quello dell'immunità giurisdizionale dello Stato straniero, consuetudine che necessita chiaramente di essere implementata in sede giudiziale; la Corte Internazionale di Giustizia sembra confermare tale prospettiva quando nel caso Germania c. Italia, già richiamato alla nota 87, riconosce che per verificare il contenuto di tale consuetudine è necessario guardare in particolare alla prassi delle corti nazionali; vedi nel Capitolo II, al punto III.2.2. Incidentalmente, il medesimo caso rappresenta anche l'esempio di riferimento per sostenere la possibilità che alcune determinate forme o prove di prassi o *opinio juris* possano godere di particolare rilevanza rispetto ad altre; vedi anche sopra nel testo, e nel Capitolo I, al punto I.4.3.

[91] Il problema non è particolarmente esplorato in dottrina, e nemmeno Nolte si concentra su tale possibilità quando nel suo quarto rapporto per la Commissione analizza il ruolo della giurisprudenza nazionale (vista più che altro come strumento di *prova* di un'interpretazione autentica); il fatto tuttavia che lo stesso Nolte riconosca la possibilità che l'accordo informale non sia in sé vincolante potrebbe in tal senso lasciare spazio per intravedere il necessario accordo unanime nell'incontro delle decisioni delle corti nazionali; vedi il Capitolo II, al punto III.2.2.1.

[92] Un aspetto ulteriore che si sottolineerà è quello per cui i giudici internazionali, che in ipotesi svolgono una funzione sostanziale nell'accertamento del diritto internazionale, non sono altro che studiosi eletti dagli Stati; inoltre, enti formati da esperti, come in particolare la Commissione, svolgono altrettanto una funzione a dir poco di orientamento del diritto

Spostandosi al di fuori dell'ambito statale, il problema più ostico da affrontare è certamente la possibilità di riconoscere alla prassi di organizzazioni internazionali un ruolo nella formazione o identificazione della consuetudine[94], o al fine di interpretare il trattato istitutivo. Si tratta in generale di distinguere l'attività dell'organizzazione da quella degli Stati al suo interno (e quindi loro attribuibile)[95], tenendo conto della diversità tra organizzazioni, tra gli organi che la compongono e tra gli atti che essa potrebbe produrre (vincolanti e non)[96]. Partendo anche qui dall'analisi operata dai relatori speciali per la Commissione, si evidenzia come Wood abbia indicato una presunzione per cui l'atto dell'organizzazione dovrebbe attribuirsi allo Stato, salva la prova contraria della diversa volontà dello Stato: il discorso ruota in definitiva attorno alla possibilità di provare l'elemento psicologico dello Stato, piuttosto che individuare criteri d'attribuzione certi[97]. In maniera

---

internazionale nel suo complesso, nel tentativo di mettervi ordine. La dottrina, insomma, gioca ancora un ruolo significativo nel panorama internazionale; vedi Capitolo II, al punto III.2.3.

[93] L'articolo ne parla come 'mezzi sussidiari per l'accertamento del diritto', ma si riconosce che il loro ruolo probatorio è in realtà 'prioritario' (soprattutto con riferimento alla giurisprudenza, della CIG in particolare), proprio perché consentono di evitare l'analisi delle prove primarie (ossia la prassi e l'*opinio juris*). Vedi nel Capitolo II, al punto III.2, e in dottrina, Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27, a p. 47.

[94] Vedi ad esempio Wood & Sender, "State Practice", Max Planck Enyclopedia of Public International Law: 'Although the term generally used is 'State practice', the concept may also cover the acts of other international legal persons, including international organizations such as the United Nations (UN) and the European Union. These may contribute to the formation of customary international law particularly when they participate in international relations'. Altri autori sostengono tuttavia che la prassi dell'organizzazione possa contribuire direttamente allo sviluppo del diritto internazionale generale: vedi ad esempio Mendelson, "The Formation", cit., a p. 201: 'To a varying extent, intergovernmental organizations participate in international relations in their own name, and not that of the members who constitute them. As such, they are subjects of international law who play their own part in the lawmaking process', portando ad esempio la prassi ONU per quanto riguarda il diritto internazionale dei conflitti armati, e dell'UE per quanto riguarda il diritto internazionale dell'economia (di ambito regionale).

[95] Viene ad esempio in rilievo la questione di quale rilievo attribuire al voto ad una risoluzione: Mendelson, afferma ("The Formation", cit., a p. 201): 'In voting for or against a resolution which has something to say about international law — and not all do — States are engaging in a form of State practice and/or are manifesting their subjective attitude (consent or belief) about the rule in question'. Parimenti Shaw, International Law, cit., a p. 88, ricorda come la Corte Internazionale di Giustizia abbia utilizzato tali risoluzioni non solo come prova dell'*opinio juris* degli Stati (il che peraltro confermerebbe la priorità della posizione di questi quando si tratti di verificare l'esistenza di una consuetudine): 'The way States vote in General Assembly and the explanations given upon such occasions costitute evidence of State practice and State understanding as to the law' (p. 115). Klabbers ("International Organizations in the Formation of Customary International Law", in E. Cannizzaro, P. Palchetti, Customary International Law on the Use of Force, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 179) distingue tra chi considera l'organizzazione un mero veicolo in mano agli Stati, tanto da ritenere poco problematica l'attribuzione a questi ultimi di un atto dell'organizzazione, e chi invece, partendo da una rivendicazione dell'identità separata dell'organizzazione, trova molto più difficile attribuirne gli atti allo Stato. Con particolare riferimento al tema dei diritti umani, vedi però Thirlway, "The Sources", cit., a p. 105, e più in generale p. 116, dove qualifica come 'a too simplistic approach' la tesi che equipara il voto presso l'Assemblea Generale ad un'epressione di opinio iuris. In senso affermativo, invece, Petersen, "Customary Law without custom?", cit., a p. 292: 'Such expressions of an *opinio juris* may be found in resolutions of the U.N. General Assembly or declarations of other representative international bodies and organs'.

[96] Con riferimento alle risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, vedi ad esempio Mendelson, "The International Court of Justice and the sources of international law", in V. Lowe and M. Fitzmaurice, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge University Press, 1996, p. 86: 'Assembly resolutions plainly both can and do influence the creation of both customary and conventional rules. They can also constitute 'soft-law' [...]'.

[97] La Conclusione 4 [5] si limita ad affermare, al secondo paragrafo: "*In certain cases,* the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law." Tali 'certain

non dissimile, Nolte preferisce focalizzarsi sul necessario accordo degli Stati parte affinché la prassi successiva (dell'organizzazione) possa determinare un'interpretazione autentica ex articolo 31.3.b); anche qui pertanto i criteri di attribuzione non sono specificamente oggetto d'indagine, facendo piuttosto riferimento ad un elemento 'psicologico', o di volontà, dello Stato[98].

Non volendo a questo punto entrare nel dettaglio delle classificazioni proposte dalla Commissione su indicazione dei due relatori speciali, è certamente il caso di riconoscere come il problema del ruolo dell'organizzazione internazionale in rapporto sia alla consuetudine che all'interpretazione del trattato istitutivo è lontano dall'essere risolto, almeno in forza di criteri certi. Basti considerare che Wood suggerisce tre ipotesi in cui la prassi dell'organizzazione potrebbe andare a costituire una consuetudine[99], e altrettante ipotesi sono avanzate da Nolte in relazione alla possibilità che l'organizzazione abbia un peso nell'interpretazione del suo trattato istitutivo[100]. Per quanto riguarda la prassi successiva, si consideri che, nonostante la difficoltà, appena descritta, di attribuire la prassi dell'organizzazione allo Stato, è proprio in simili casi che a tale prassi è stata talvolta riconosciuta una portata addirittura modificativa del trattato istitutivo (in sé normalmente 'non riconosciuta', secondo la Commissione)[101]. Più chiara sembrerebbe invece la funzione probatoria svolta dalla

---

cases' vengono in qualche maniera approfonditi nel terzo rapporto di Wood, dopo che la Commissione aveva manifestato le proprie perplessità di fronte alla formulazione proposta nel secondo, che tuttavia rimane di fatto la medesima. Tuttavia, come evidenziato, non si indicano mai dei criteri di attribuzione definiti, preferendosi anzi indicare appunto la necessità che, in ogni caso, gli Stati supportino con la loro *opinio juris* la condotta dell'organizzazione. Vedi anche la nota 99 e il Capitolo II, al punto III.2.1.

[98] Come rilevato nella successiva nota 100 (e nel Capitolo II, al punto II.3), l'unico caso in cui si applicherebbe l'articolo 31.3.b) in quanto tale è appunto quello in cui la prassi è attribuibile agli Stati parte, ma, appunto, manca l'indicazione dei criteri applicabili a tal fine.

[99] Si tratterebbe della prassi interna, o 'established practice', capace di produrre 'consuetudini' dell'organizzazione (ossia regole 'amministrative'); atti operativi\istituzionali, finalizzati cioè alla realizzazione dell'oggetto e scopo dell'organizzazione, capaci di produrre consuetudini generali se attribuibili agli Stati parte e sostenuti dall'*opinio juris* di questi; infine atti dell'organizzazione in esercizio di deleghe da parte degli Stati, che in tal modo si privano di sovranità e dunque non potrebbero altrimenti agire sul piano internazionale. La tripartizione che in realtà Wood esplicitamente propone nel suo secondo rapporto è un'altra, e distingue tra prassi dell'organizzazione come 'riflesso' della prassi e dell'*opinio juris* statale, come 'catalizzatore' (ossia impulso e prova; vedi dopo nel testo) e come atto operativo\istituzionale (ossia la seconda delle ipotesi suddette); si è preferito tuttavia riunire le tre ipotesi in cui esplicitamente la prassi dell'organizzazione avrebbe un rilievo costitutivo. Vedi il terzo rapporto di Wood (A/CN.4/682, Cap. VI) e il Capitolo II, in particolare al punto I.2.5.

[100] Dovrebbero distinguersi la prassi attribuibile agli Stati membri, dunque rilevante direttamente *ex* articolo 31.3.b) (ma senza appunto indicare criteri di attribuzione specifici); la prassi rilevante a titolo autonomo nell'interpretazione, o 'established practice', senza tuttavia spiegare ove collocarla all'interno degli articoli 31-32 VCLT; infine la prassi 'mista', tipicamente prassi dell'organizzazione accettata dagli Stati membri, anch'essa non specificamente collocata all'interno delle regole di Vienna. Vedi il terzo rapporto di Nolte (A/CN.4/683, Cap. III, Sez. 3) e il Capitolo II, al punto II.3.

[101] In questo senso si esprimeva Nolte nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio, salvo poi assumere la prospettiva più cauta che si è già avuto modo di ricordare (gli altri trattati particolarmente suscettibili di modifica informale, oltre a quelli istitutivi di organizzazioni internazionali, sarebbero stati quelli di fissazione di confini). Il caso più noto di asserita modifica di un trattato per tramite di una prassi successiva riguarda del resto il sostanziale venir meno della lettera dell'articolo 27.3 della Carta delle Nazioni Unite, che richiedeva il voto positivo e concorrente, per questioni non procedurali, dei 5 membri permanenti del Consiglio di Sicurezza, escludendo che la loro astensione (o addirittura l'assenza) potessero impedire l'approvazione di risoluzioni di tale tipo. Parte della dottrina tende tuttavia a riconoscere in tale caso una modifica per mezzo del diritto consuetudinario: vedi ad esempio Wolfke, Custom in Present International Law, cit., a p. 81; nel senso che invece si tratti di una modifica informale, vedi ad esempio Distefano, "La

prassi dell'organizzazione: essa potrebbe cioè costituire prova di una consuetudine esistente o di un accordo d'interpretazione autentica[102].

Anche la condotta di organizzazioni non governative può venire in rilievo per la formazione di consuetudini o l'interpretazione di trattati, come testimonia il Manuale sul diritto internazionale umanitario consuetudinario pubblicato dal Comitato Internazionale della Croce Rossa[103]. Si tratterà, in ipotesi, di un'influenza certamente indiretta, sia sul diritto consuetudinario, che richiede in ogni caso la prassi degli Stati, sia sul diritto convenzionale, la cui interpretazione 'autentica' richiede parimenti la volontà degli Stati: non può tuttavia escludersi che gli Stati adottino comportamenti o interpretazioni condizionati dall'operato di tali organizzazioni, in funzione cioè di come queste plasmano le aspettative dell'opinione pubblica internazionale circa la condotta da adottarsi in determinate situazioni[104]. La Commissione riconosce in sostanza, sia nel progetto sulla consuetudine che in quello su accordi e prassi successiva, che la prassi di enti non governativi, talvolta sotto forma di raccolta di prassi ma anche in quanto 'decisione' (pur non vincolante), può rappresentare l'impulso ad una prassi, oppure provare una consuetudine, un'interpretazione autentica, o una prassi esistente[105].

Come si rileva, quindi, la 'prassi' di altri soggetti (corti nazionali, dottrina e organizzazioni internazionali intergovernative e non) svolgono una funzione precipuamente probatoria, e il secondo Capitolo dedicherà a tale aspetto le rilevanti osservazioni. Benché si dovrà rilevare una certa distanza nel modo in cui la Commissione, o, meglio, i suoi due relatori speciali, analizzi la funzione probatoria nella rilevazione della consuetudine o dell'interpretazione autentica, occorre riconoscere che, almeno a grandi linee, essa si realizza in maniera identica in entrambi gli ambiti[106].

---

pratique subséquente des États parties à un traité", Annuaire français de droit international, Vol. 40 (1994), p. 41, a p. 62. Sull'effetto modificativo della prassi successiva, vedi il Capitolo III, al punto II.2.

[102] Come indicato più oltre, infatti, non è opportuno distinguere rigidamente la funzione probatoria svolta dalla prassi di altri enti.

[103] "Customary International Humanitarian Law", Volume I: Rules e Volume II: Practice, disponibili presso https://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/pcustom.htm.

[104] Vedi ancora Mendelson, "The Formation", cit., a p. 203, che sottolinea che si tratta in ogni caso di un *indiretto* contributo allo sviluppo del diritto internazionale: 'there is a distinction to be drawn between the *indirect* contribution made by non-governmental bodies to the customary law process, and the *direct* role played by governmental bodies (that is, States and — to a lesser extent — international organizations)'.

[105] Nolte ammonisce tuttavia circa la possibilità che la prova sia parziale o influenzata dall'operazione di raccolta medesima, e che l'impulso non determina in ogni caso un obbligo dello Stato di reagire, lasciando anzi loro la possibilità di accordarsi per una diversa interpretazione. Vedi il quarto rapporto del relatore speciale (A/CN.4/694, Cap. II) e il Capitolo II, II.4. Mentre la Commissione, su proposta di Nolte, dedica un'intera Conclusione, la 13 [12], a tali enti (denominandoli 'expert treaty bodies'; vedi A/CN.4/L.874, p. 4), nel lavoro sull'identificazione della consuetudine la Conclusione 4 [5] si limita ad affermare, al terzo paragrafo: 'Conduct of other actors is not practice that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law, but may be relevant when assessing the practice referred to in paragraphs 1 and 2.' (A/CN.4/L.872, p. 2).

[106] Chiaramente è più esplicito il riferirsi del relatore speciale Wood al tema della prova, dovendo analizzare il tema dell'identificazione della consuetudine; Nolte lascia invece la questione sullo sfondo di quella sostanziale, dovendosi concentrare sul tema del ruolo della prassi nell'interpretazione dei trattati.

A titolo introduttivo, occorre infine ricordare che la funzione probatoria per eccellenza, rispetto alla consuetudine ma anche rispetto all'esistenza di interpretazioni autentiche sostenute dalla prassi, è certamente svolta dalla giurisprudenza internazionale. La Commissione si richiama evidentemente alle decisioni prese da giudici internazionali ai fini della redazione dei propri lavori, e in particolare il case law della Corte Internazionale di Giustizia gode di particolare autorità. Esso costituisce quindi per Wood e Nolte non soltanto la prova di una consuetudine o interpretazione, ma prima ancora il materiale 'da indagare' per comprendere in generale il modo in cui una consuetudine è accertata o un'interpretazione realizzata attraverso la prassi prassi[107]. Si dedicherà particolare attenzione a tale aspetto metodologico[108], evidenziando come spesso le corti internazionali applichino con scarso rigore sia i criteri di determinazione della consuetudine, sia quelli di verifica dell'interpretazione autentica ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna.

2.4.La prassi nei rapporti tra consuetudine e trattati

Il terzo tema di ricerca è dedicato al rapporto tra consuetudini e trattati, in una prospettiva chiaramente incentrata sul ruolo della prassi in tale relazione: in particolare, nel terzo Capitolo ci si focalizza, dapprima, sugli effetti che la prassi produce sui trattati: quello interpretativo e quello modificativo, separati da un confine non facile da tracciare in abstracto[109]. Al fine di individuare tale confine, occorre approfondire la possibilità per il trattato di prevedere un'interpretazione che evolva nel corso del tempo, tipicamente attraverso l'inclusione di termini di portata generale e quindi suscettibili di mutamento: la prassi successiva può infatti contribuire alla verifica nel caso concreto della possibilità di effettuare sul trattato un'interpretazione di tale tipo, cosa che del resto si può verificare nella giurisprudenza della Corte[110]. Una simile interpretazione, quand'anche

[107] La distinzione tra materiali che devono essere fatti oggetto dell'indagine per individuare le modalità di accertamento della consuetudine o di un'interpretazione autentica, e materiali che, invece, in forza dei risultati di tale indagine, rilevano effettivamente per operare tale accertamento, è evidenziato da Wood nel suo primo rapporto per la Commissione. In esso la Parte Quarta è intitolata 'Range of materials to be consulted' e indica esattamente quali materiali debbano essere valutati per la verifica di come in concreto le consuetudini vengano accertate, indicando la giurisprudenza internazionale subito dopo gli atti degli Stati. Wood ribadisce la distinzione anche in un recente articolo ("The present position within the ILC on the topic "Identification of customary international law": in partial response to Yee, Report on the ILC Project on "Identification of Customary International Law", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 3), replicando a Yee, che aveva criticato (in "Report on the ILC", cit., a p. 383) l'apparente priorità attribuita dal relatore speciale alle prove che l'articolo 38 dello Statuto della CIG indica come 'secondarie' (tra cui, appunto, la giurisprudenza).

[108] Trattandosi di un diritto *consuetudinario*, ossia non scritto, è in realtà possibile affermare che l'intervento di una corte è fondamentale per confermare l'esistenza e la stessa natura giuridica della norma. In questo senso vedi l'analisi dell'apporto dottrinale al diritto consuetudinario nel medioevo operato da Kadens & Young, "How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885.

[109] Vedi ad esempio D'Amato, "Trashing Customary International Law", cit., a p. 105, con riferimento alla modifica del contentuto dell'articolo 2.4 della Carta delle Nazioni Unite sull'uso della forza: 'State practice since 1945 – whether considered as simply formative of customary international law or as constituting interpretation of the Charter under the subsequent-practice rule – has drastically altered the meaning and content of Article 2(4)'.

[110] In particolare sottolineando come gli effetti di un'interpretazione evolutiva, a partire cioè dall'oggetto\scopo del trattato, o altrimenti in funzione della potenzialità evolutiva dei termini utilizzati, si distinguono da quelli prodotti da un'interpretazione basata sulla prassi successiva, per definizione maggiormente sotto il controllo degli Stati; vedi in tal

sostenuta dalla prassi, potrebbe avere effetti particolarmente espansivi sulla portata del trattato, ma, appunto, si rientrerebbe ancora in un caso di interpretazione, non di modificazione. È opportuno ulteriormente distinguere tra l'interpretazione evolutiva propriamente intesa, basata appunto sulla necessità di verificare che l'intenzione originaria delle parti consentisse al trattato di adattarsi alle circostanze, e una invece basata soltanto sulla prassi successiva, come veicolo di una volontà successiva delle parti di interpretare il trattato in un determinato modo[111].

Circa l'effetto modificativo, occorre ricordare la non inclusione nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati dell'articolo 38 inizialmente previsto nel Progetto del 1966 della Commissione di Diritto Internazionale, che espressamente riconosceva la possibilità di un effetto modificativo della prassi successiva sul trattato[112]. Si può osservare, tuttavia, che la Commissione riconosceva, ai tempi della Progetto citato, che per consuetudine il trattato potrebbe modificarsi informalmente[113], e una conferma sembra potersi rinvenire nell'attuale lavoro su accordi e prassi successiva: pur affermando che l'effetto modificativo della prassi non potrebbe presumersi[114], e nemmeno è stato generalmente riconosciuto, una clausola di salvaguardia ribadisce la possibilità che la modifica informale dei trattati sia legittimata da una consuetudine in tal senso[115]. Si propone in definitiva di

---

senso Arato, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 9 (2010), p. 443. Circa l'impossibilità di riconoscere nelle risoluzioni successive agli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 una prassi che modifichi l'interpretazione dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite consentendo la legittima difesa anche contro enti non-statali vedi Kammerhofer, "Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship", in M. Happold, International Law in a Multipolar World, Routledge, 2012, p. 138 (qualificando peraltro tale scuola interpretativa come 'nuova ortodossia').

[111] L'interpretazione evolutiva è normalmente collegata all'articolo 31.3.c) VCLT, ossia all'uso di altre regole in vigore tra le parti per interpretare il trattato, in applicazione della norma di diritto intertemporale per cui per la continua applicazione richiede la verifica del diritto al tempo dell'applicazione (e non, come per la verifica della validità, al tempo della sua istituzione; si tratta delle note due parti del *dictum* del giudice Huber nel caso dell'Isola di Palmas, richiamato in dottrina ad esempio in Gardiner, "The Vienna Convention rules on treaty interpretation", in D.B. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, OUP, 2012, p. 475, a p. 485). La Conclusione 8 [3] del lavoro su accordi e prassi successiva conferma che è nell'intenzione delle parti che occorre verificare la possibilità di un'interpretazione evolutiva, pur potendo questa essere sostenuta dalla prassi successiva: 'Interpretation of treaty terms as capable of evolving over time - Subsequent agreements and subsequent practice under articles 31 and 32 may assist in determining whether or not the presumed intention of the parties upon the conclusion of the treaty was to give a term used a meaning which is capable of evolving over time'. (A/CN.4/L.874, p. 3, e Capitolo III, al punto II.3). Similmente, secondo Arato, se l'interpretazione evolutiva poggia sull'intenzione originaria delle parti, l'interpretazione basata sulla prassi successiva, concentrandosi sulla volontà successiva, costituirebbe un tipo di interpretazione distinto e capace di produrre nel tempo effetti diversi (vedi Arato, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 9 (2010), p. 443, a p. 445).

[112] L'articolo 38 nella numerazione del sesto rapporto di Waldock (U.N. Doc. A/CN.4/186, del 1966) stabiliva: 'A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions'; la disposizione però incontrò poi l'opposizione della maggioranza dei rappresentanti degli Stati all'interno della Committee on the Whole della Conferenza di Vienna.

[113] Per un'approfondita analisi della vicenda dell'articolo 38 vedi Menzione, "La modificazione dei trattati per via della condotta successiva delle parti", Diritto internazionale, Vol. 25 (1971), p. 440.

[114] Dovendosi al contrario presumere che l'intenzione delle parti è quella di interpretare il trattato e non modificarlo; vedi la nota successiva.

[115] La Conclusione 7.3 del progetto su accordi e prassi successiva recita infatti: '3. It is presumed that the parties to a treaty, by an agreement subsequently arrived at or a practice in the application of the treaty, intend to interpret the

ammettere la possibilità che la prassi modifichi il trattato, al ricorrere tuttavia di condizioni non meno stringenti di quelle previste dall'articolo 31.3.b) della Convenzione per l'effetto interpretativo, ossia, in particolare, l'accordo unanime delle parti[116].

Occorre per altro cautela nel distinguere la suddetta ipotesi, in cui la prassi modifica il trattato in sé, da quella in cui l'effetto modificativo della prassi successiva si produce sul trattato quando tale prassi diviene consuetudine, il che implicherebbe un'indagine dei requisiti della prassi evidenziati più in alto, in particolare la generalità (ossia la partecipazione alla prassi da Stati non parte del trattato[117]), oltre che dell'*opinio juris* degli Stati parte, nel senso che lo Stato dovrebbe agire in ragione di una convinzione di giuridicità (generale), non in base ad un vincolo convenzionale. Nell'indagare il rapporto tra queste due diverse modalità di modifica, si può ipotizzare, in particolare, che se gli Stati parte del trattato partecipano o prestano la propria acquiescenza ad una prassi difforme rispetto al disposto convenzionale, quest'ultimo venga informalmente modificato prima ancora che la consuetudine si formi[118]. La questione del rapporto tra consuetudini e trattati è tuttavia approfondita nella seconda parte del capitolo.

Si proverà quindi a tracciare una linea di confine tra l'effetto modificativo ed interpretativo, facendola cautamente dipendere dalla possibilità di ricollegare in concreto le conseguenze prodotte dalla prassi successiva alla lettera del trattato, nel senso che una modalità d'implementazione del trattato che non fosse possibile ritenere compatibile con il testo del medesimo dovrebbe con certezza ritenersi modificativa. Si tratta dell'originaria impostazione kelseniana, ampliata dalla dottrina internazionale per ricomprendere tutte le interpretazioni rese possibili dalle regole interpretative riconosciute dalla Convenzione di Vienna, e quindi relegando la possibilità di una

---

treaty, not to amend or to modify it. The possibility of amending or modifying a treaty by subsequent practice of the parties has not been generally recognized. The present draft conclusion is without prejudice to the rules on the amendment or modification of treaties under the Vienna Convention on the Law of Treaties and under customary international law.' (A/CN.4/L.874, p. 3).

[116] In questo senso si esprimeva anche l'articolo 38 del progetto del 1966 (vedi nota 112). Chiaramente l'accordo potrebbe anche essere tacitamente concluso, al ricorrere delle medesime condizioni che rendono l'inerzia valida come acquiescenza per la integrare l'accordo *ex* 31.3.b), e, soprattutto, l'accettazione di una prassi come diritto (vedi anche sopra e più approfonditamente il Capitolo I, al punto III.1.4).

[117] Vedi ad esempio Mendelson, "The Formation", cit., a p. 316, che evidenzia la necessità del coinvolgimento di Stati terzi al trattato nel rispetto della norma per poter riconoscere l'esistenza di un obbligo di natura consuetudinaria.

[118] L'elemento scriminante situandosi sul piano propriamente psicologico, nel senso che, come ipotizzato, una modifica informale può ricorrere solo in ragione dell'*accordo* di tutte le parti (anche per acquiescenza da parte di quegli Stati che non partecipino attivamente alla prassi), mentre per riconoscere che un trattato è modificato da una consuetudine occorrerebbe la convinzione di giuridicità del comportamento (*opinio juris*). È inutile sottolineare come tale distinzione possa tanto chiaramente affermarsi sul piano teorico, quanto difficilmente possa essere dimostrata su quello pratico, soprattutto quando si consideri che la consuetudine potrebbe almeno inizialmente avere una portata soltanto particolare. La dottrina, infatti, sottolinea talvolta come nelle consuetudini di tipo particolare l'elemento psicologico sia più vicino ad un accordo tacito (in tal senso ad esempio Shaw, International Law, cit., a p. 92-93; Cassese, International Law, cit., a p. 164), o comunque debba dimostrarsi con maggiore rigidità (il che sembrerebbe essere anche la posizione della Commissione nel progetto sull'identificazione della consuetudine; vedi Capitolo I, al punto I.3.14).

modifica informale ad una sorta di extrema ratio (confermando del resto l'impostazione assunta dalla Commissione)[119].

La seconda parte del capitolo estende l'indagine, andando ad verificare in che modo la prassi possa trasformare una norma convenzionale in una consuetudinaria, che a quel punto risulterà 'codificata'[120], come riconosciuto dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso della Piattaforma Continentale del Mare del Nord[121]. Si tratta di un caso diverso da quello sopra riportato, in cui la prassi applicativa modifica il trattato in quanto tale, ma non lontano da quello in cui la prassi lo modifica in quanto elemento di una consuetudine, generata, appunto, dal trattato. La Corte Internazionale di Giustizia, nel medesimo caso, sembrava riconoscere non solo che dal trattato possa generarsi una consuetudine, ma che una disposizione del trattato in sé possa, al momento della sua ratifica, avere natura consuetudinaria; del resto la Corte subordinava entrambe le ipotesi a requisiti particolarmente rigidi, e di fatto non ha più affermato, nemmeno in astratto, la possibilità di una consuetudine 'istantanea' generata dal trattato[122]. In dottrina, tuttavia, si riconosce talvolta che

[119] In questo senso ad esempio Wolfke, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", in J. Klabbers and R. Lefeber, Essays on the Law of Treaties: A collection of Essays in Honour of Bert Vierdag (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 31: 'If the interpretation is clearly at variance with the text, there appears to be an amendment of the treaty in question'; vedi anche Moloo, "When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation", Berkeley Journal of International Law, Vol.31 (2013), p. 39, a p. 84. Sono anche molti gli autori che dubitano dell'utilità pratica di operare tale distinzione, considerando che gli effetti concreti dipendono dalla volontà degli Stati: vedi in questo senso Capotorti, "Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna", in Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago, 1987, p. 202, a p. 202 (che parla di differenza solo 'teorica'); Feldman, "Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analysing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement", New York University Journal of International Law & Politics, Vol. 41 (2009), p. 655, a p. 666; Gardiner, "The Vienna Convention rules on treaty interpretation", in D. B. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, OUP, 2012, p. 475, a p. 497; Blum, Eroding the United Nations Charter, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 240.

[120] Wolfke parla di 'intermediary rules', sia con riferimento a trattati che si confondono con la consuetudine una volta che gli Stati li implementano nella loro prassi, sia a quelle regole consuetudinarie che 'diventano' convenzionali (senza però sostituirvisi) attraverso la codificazione (vedi Wolfke, "Custom in Present International Law", pp. 100 ss.).

[121] Si ha infatti una 'codificazione' anche quando il trattato genera una consuetudine, come confermato dalla Commissione nella Conclusione 11 [12] del lavoro sull'identificazione della consuetudine: '1. A rule set forth in a treaty may reflect a rule of customary international law if it is established that the treaty rule: (a) codified a rule of customary international law existing at the time when the treaty was concluded; (b) has led to the crystallization of a rule of customary international law that had started to emerge prior to the conclusion of the treaty; or (c) has given rise to a general practice that is accepted as law (*opinio juris*), thus generating a new rule of customary international law.' (A/CN.4/L.872, p. 3).

[122] Si rimanda al Capitolo III, punto III.2, per una disamina di tali requisiti (disposizione 'fundamentally norm creating', prassi estesa e 'virtualmente uniforme', compresa quella degli Stati specialmente interessati, oltre all'impossibilità di porre riserve e, per un presunto passaggio diretto da trattato a consuetudine, una partecipazione molto diffusa e rappresentativa al trattato) e del dibattito dottrinale circa la possibilità di un trattato di generare 'of its own impact' una consuetudine istantanea: in tal senso di esprimeva D'Amato, "Trashing Customary International Law", a p. 103: 'rules in treaties reach beyond the parties because a treaty itself constitutes State practice'; più ancora Mendelson, "The Formation", cit., a p. 322, che, benchè negando che il trattato costituisca in sè un elemento di prassi, intendendo lo Stato vincolarsi ad un obbligo convenzionale, dedica ampio spazio alla dimostrazione della possibilità per un trattato di creare diritto 'of its own impact' (piuttosto che meramente ispirare l'accumulazione di nuova prassi). Ma già ai tempi la gran parte della dottrina qualificava il proprio sostegno al *dictum* della Corte indicando che per affermare l'esistenza della consuetudine occorre verificare prassi e *opinio juris* al di fuori dell'ambito convenzionale: vedi ad esempio Weil, "Towards Relative Normativity", cit., a p. 434; Wolfke, "Treaties and Custom", cit., a p. 33; Bos, "The Identification", cit., a p. 23.

le moderne consuetudini nascerebbero ormai con maggiore frequenza a partire da trattati piuttosto che con il tradizionale accumularsi di prassi[123], e più in generale, si considera risolto il cosiddetto paradosso di Baxter, per il quale, pur in presenza di notevole prassi, è difficile provare che gli Stati parte del trattato si comportino in un dato modo per autentica *opinio juris* e non in ragione meramente dell'obbligo convenzionale: per provare la raggiunta natura consuetudinaria di una norma convenzionale sarebbe sufficiente indagare prioritariamente la posizione degli Stati terzi[124].

Anzitutto occorre rilevare in ogni caso quale prassi viene in rilievo al fine di produrre una consuetudine a partire dal trattato: non si tratterebbe certamente di quella nella negoziazione e conclusione del trattato[125], e nemmeno il trattato in sé potrebbe costituire una forma di prassi, come confermato dalla Commissione, che nel progetto sull'identificazione della consuetudine individua tra le forme di prassi piuttosto quella connessa al trattato[126]. La prassi che potrebbe formare una consuetudine sarebbe invece quella nell'implementazione del trattato, ossia esattamente quella prassi che assume certamente una funzione interpretativa, almeno a titolo sussidiario ex articolo 32 della Convenzione di Vienna, se non in quanto interpretazione autentica qualora sostenuta da un accordo unanime delle parti, nei termini visti. Il che significa che tale prassi, pur avendo in sé un effetto interpretativo anche limitato, potrebbe rappresentare la base per la formazione di una consuetudine (particolare), sopravvenuta e quindi sovraordinata al trattato stesso[127].

---

[123] Secondo Cot, "La Conduite subséquente des parties à un traité, Revue générale de droit international public", vol. 70, p. 632 (citando Georges Scelle), un più consapevole inquadramento della prassi successiva risolverebbe la tradizionale contrapposizione tra un diritto convenzionale visto come troppo rigido e un diritto consuetudinario (asseritamente) flessibile, rendendo i trattati maggiormente propensi al cambiamento, rispetto a consuetudini in realtà statiche. In generale sul modo 'moderno' di produrre consuetudini, che oltre che sui trattati poggerebbe anche su atti in sè non vincolanti di organizzazioni internazionali, quali le risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, vedi ad esempio Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", American Journal of International Law, Vol. 95 (2001), p. 757; Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 11.

[124] Baxter esprime tale posizione, per cui l'esame della prassi degli Stati terzi rispetto al trattato potrebbe essere risolutiva del paradosso, in "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 41 (1965-66), p. 275; la letteratura accoglie ampiamente il principio: vedi Danilenko, "The Theory", cit., a p. 39; Kolb, "Selected Problems", a p. 145; Dinstein, "The Interaction", a p. 376.

[125] Secondo Wolfke, il trattato può soltanto rappresentare 'prassi' relativa alle modalità di formazione dei trattati, non quindi in relazione al suo contenuto; è al limite la condotta che implementa il trattato che può sostanziare la prassi necessaria al consolidamento di una norma consuetudinaria che realizzi i contenuti del trattato: in tal caso il trattato sarà prova della prassi. Ancor più difficile sarebbe qualificare un trattato come *opinio juris* o come prova di questa. Vedi Wolfke, "Custom in Present International Law", cit., p. 70, e anche, della stessa autrice, "Treaties and Custom", cit., a p.33: 'A treaty *per se* is, therefore [con riferimento all'inefficacia del trattato per Stati terzi] not any element of practice. It can, however, contribute to the element of acceptance as law by the parties by referringin its content, direcly or indirectly, to existing or emerging custom. [...] Such extra-judicial contribution to the development of a desirable practice [...] concerns in fact all purely verbal acts [...]'. Kunz, "The Nature", cit., a p. 668, ricorda peraltro il classico interrogativo per cui trattati che ripetano la stessa disposizione possono essere sia (prova di una verificanda) prassi ripetuta, oppure al contrario palesare la vigenza di una consuetudine contraria.

[126] Vedi sopra, con riferimento alla Conclusione 6 [7] del lavoro della Commissione sull'identificazione delle consuetudini.

[127] La conclusione è giustificata dal fatto che, in assenza di una gerarchia tra le fonti di diritto internazionale, il criterio cronologico, assieme a quello di specialità, rimangono le uniche soluzioni al conflitto tra norme. Qualora poi la

Occorre poi verificare in che modo il diritto internazionale possa evolversi in presenza di una 'codificazione', intesa in senso ampio per indicare cioè tutte le ipotesi in cui vi sia una sovrapposizione tra norma convenzionale e consuetudinaria: come riconosciuto dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso Nicaragua, entrambe le norme, eventualmente (ma non necessariamente) di identico contenuto, continuano ad esistere in parallelo[128]. Occorre cioè verificare in che senso l'evolversi della prassi nel tempo possa determinare uno 'sviluppo progressivo', nel senso di agire su quella norma che è convenzionale e consuetudinaria allo stesso tempo, e produrre, eventualmente, un nuovo allontanamento tra le due. Si deve infatti ipotizzare che la norma convenzionale sia più resistente al cambiamento, dunque un mutamento della prassi andrebbe a modificare anzitutto la norma consuetudinaria, piuttosto che quella codificata[129].

Tuttavia, occorrerebbe verificare in quale caso, tra quelli riconosciuti dalla Corte, ci si trovi, dal momento che quello di codificazione in senso proprio (ossia di dichiarazione di una consuetudine effettivamente preesistente al trattato) e quello di cristallizzazione sono forse quelli in cui sarebbe più difficile l'affermarsi di una prassi diversa da quella codificata[130]. Il testo del trattato, cioè, soprattutto se multilaterale e (quasi) universale, rappresenterebbe un ostacolo all'evolversi di una consuetudine differente, preferendo gli Stati conformare la propria condotta alla norma scritta. Più facile invece pensare che una norma consuetudinaria 'generata' da un trattato possa ulteriormente modificarsi, soprattutto con l'aumentare del tempo trascorso dall'iniziale ratifica del trattato iniziale. Nulla esclude del resto che, con il passare del tempo, in tutte e tre le ipotesi tenda a svanire l'effetto 'attrattivo' della norma scritta rispetto all'evoluzione del diritto: diverse prassi, eventualmente anche a livello particolare, potrebbero cioè affermarsi in deroga alla consuetudine

---

consuetudine sopravvenuta abbia un contenuto diverso da quello imposto dal trattato, ci si troverebbe esattamente in un'ipotesi di modifica del trattato per consuetudine, in questo caso senza passare da una modifica informale dal momento che non tutte le parti sono coinvolte (né partecipanti né acquiescenti).

[128] La circostanza è confermata dalla dottrina, vedi ad esempio Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717; Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", The American Journal of International Law, Vol. 90 (1996), p. 238, a p. 246; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 112.

[129] È infatti il diritto consuetudinario ad essere, istituzionalmente, suscettibile al mutare dei fatti (la prassi), mentre un trattato, come testimonia la (non) presa di posizione della Commissione sull'effetto modificativo della prassi successiva, deve ritenersi più stabile di fronte al cambiamento, e anzi rimane la fonte normativa preferita, in termini di certezza del diritto, dagli Stati (ma non necessariamente secondo la dottrina: vedi ad esempio Wolfke, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", cit., a p. 38; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", cit., a p. 169; Bederman, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21 (2010), p. 31, a p. 43; Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, p. 1, a p. 10).

[130] Vedi però Mendelson, "The Formation", cit., a p. 305, sull'effettiva possibilità di una 'cristallizzazione' di norme consuetudinarie in formazione per mezzo di un trattato; in particolare, la consuetudine, per poter essere considerata tale, dovrebbe in ogni caso venire ad esistenza prima della conclusione del trattato. Negli altri casi, più semplicemente, il trattato (e la sua negoziazione) rappresenterebbero solamente un incentivo all'incremento della prassi necessaria per la formazione (successiva) della norma consuetudinaria.

codificata. È in simili ipotesi che sarebbe interessante verificare in che senso la prassi abbia modificato la consuetudine e\o il trattato di codificazione, producendosi appunto un nuovo allontanamento tra norma convenzionale e consuetudinaria[131].

Occorrerebbe chiaramente verificare quali Stati partecipino alla prassi o vi prestino la propria acquiescenza, e l'estensione del trattato di codificazione, intesa come numero di ratifiche[132]. In generale, come anticipato, è più facile ritenere che la prassi modifichi la consuetudine e quindi, di riflesso, la norma convenzionale codificatrice; più difficile è pensare che si verifichi una modifica informale del trattato di codificazione[133]. Si deve infatti pensare che in simili situazioni, quando (alcuni) Stati intendano comportarsi diversamente rispetto a quando espressamente previsto in un trattato di codificazione (e quindi si abbia uno 'sdoppiamento' della norma in due fonti differenti e parallele), essi prediligano modalità più certe: si ricorda del resto che l'effetto di una deroga ad una consuetudine (jus dispositivum) è ottenibile non solo con la formazione di una consuetudine successiva (anche particolare), ma anche più semplicemente con un trattato, o, se del caso, con una modifica del trattato attraverso le procedure formali eventualmente previste[134]. È certamente impossibile pensare, in ogni caso, che senza la partecipazione o l'acquiescenza degli Stati parte ad un trattato di codificazione (quasi) universale possa imporsi una consuetudine effettivamente 'generale', salva la possibilità dell'obiezione persistente di alcuni (purché non in numero tale e, secondo taluni, non sufficientemente rilevanti da impedire appunto la nascita della consuetudine[135]).

[131] Ci si riferisce ad ipotesi che possono ancora apparire lontane nel tempo, ma in realtà i trattati di codificazione conclusi negli anni '60 e '70 del secolo scorso, come la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, cominciano ad accumulare decadi, e occorre riconoscere che la prassi potrebbe aver già modificato talune norme codificate. Ciò è già avvenuto ad esempio, in senso espansivo, per le norme dello *jus in bello*, che la prassi ha di fatto reso applicabili anche ai conflitti armati interni, benché il diritto dell'Aja e di Ginevra si riferisse propriamente ai conflitti armati tra Stati (eccetto l'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni del 1949 e il secondo Protocollo Addizionale del 1977; per una disamina vedi ad esempio Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", The American Journal of International Law, Vol. 90 (1996), p. 238).

[132] Si ribadisce cioè la rilevanza degli Stati terzi al trattato al fine di rilevare l'effettiva esistenza di una prassi diffusa a livello generale e un'effettiva *opinio juris* alla base del rispetto della norma.

[133] Anche in ragione dei limiti piuttosto stringenti entro i quali si voglia riconoscere la possibilità di una modifica informale, ossia, come visto, una prassi sostenuta dall'*accordo* di tutti gli Stati parte del trattato: quando tale trattato abbia natura codificatrice, è ragionevole ritenere che un accordo simile, sempre che venga raggiunto, venga preferibilmente implementato in una modifica formale o in un successivo trattato.

[134] Secondo alcuni autori, in generale, l'esistenza di espresse procedure di emendamento verrebbe vanificata dalla riconosciuta possibilità di modificare informalmente il trattato; anche Nolte, nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio, benchè 'disponibile' a riconoscere tale possibilità rispetto a quanto concesso nel successivo lavoro per la Commissione, invitava a tener conto dell'eventuale presenza di procedure formali (vedi il Capitolo III, al punto II.2).

[135] L'obiettore persistente è riconosciuto dalla Commissione nella Conclusione 15 [16]: 'Persistent objector - 1. Where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection. 2. The objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently.' Parte della dottrina riconosce che la possibilità dell'obiettore persistente consente ad una consuetudine di affermarsi nonostante l'opposizione di alcuni Stati, ma, appunto, occorrerebbe verificare che tali Stati non siano in numero tale da pregiudicare il requisito di generalità della prassi (potendosi produrre piuttosto più regimi di consuetudini particolari: Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67, a p. 86; Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, a

CAPITOLO I – LA PRASSI DAL PUNTO DI VISTA OGGETTIVO

I. L'aspetto 'oggettivo' della prassi nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale sul diritto consuetudinario

Come chiarito nell'introduzione[136], lo studio dell'aspetto oggettivo' della prassi è quello che si propone di individuare quali materiali riconducibili allo Stato possano costituire 'prassi', quali requisiti debbano connotare tali materiali, e quali materiali possono invece valere (solo) come prova (della consuetudine, o della prassi[137]); il Capitolo successivo è invece dedicato all'aspetto 'soggettvo', inteso come quello descritto dai soggetti che operano nelle relazioni internazionali, da non confondere con l'elemento 'soggettivo' della consuetudine, ossia la cosiddetta *opinio juris*, che si denominerà, a scanso di equivoci, elemento 'psicologico'[138]. Si indicheranno quindi le Conclusioni rilevanti individuate nei lavori del relatore speciale Sir Michael Wood, come poi discusse e riformulate dalla Commissione, e fatte oggetto di specifici interventi da parte degli Stati presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale. Anzitutto, tuttavia, occorre riprendere le Osservazioni rilevanti individuate dal Segretariato Generale delle Nazioni Unite, che in un Memorandum del 2013, su richiesta del relatore speciale Sir Michael Wood, ha individuato le modalità con cui la Commissione ha analizzato nel corso degli anni le consuetudini internazionali[139].

Il compito del segretariato consisteva nel reperire nei lavori della Commissione dal momento della sua istituzione, nel 1949, ogni indicazione 'direttamente rilevante' per la nozione di diritto internazionale consuetudinario, circa il modo in cui tale diritto emerge e viene accertato, e il modo in cui esso opera all'interno del diritto internazionale nel suo complesso. Dopo aver affermato che la Commissione spesso non distingue in maniera rigida tra codificazione e sviluppo progressivo, il memorandum faceva riferimento ai lavori del '49 sulla reperibilità della prassi, sottolineandone la diretta correlazione con l'articolo 24 dello Statuto della Commissione medesima[140]. È opportuno

---

p. 90), e, per gli autori che riconoscono l'importanza di tale categoria, che non siano 'specially affected' (in maniera tale che la loro contrarietà alla prassi determinerebbe di fatto l'inefficacia della norma sul piano internazionale: vedi in tal senso Dinstein, "The Interaction", cit., a p. 290).

[136] Vedi Introduzione, al punto 2.1.

[137] Ossia come prova, rispettivamente, 'primaria' e 'secondaria', per utilizzare il lessico utilizzato da Hudson nel suo Working Paper per la Commissione del 1950, e poi ripreso dal Segretariato delle Nazioni Unite nel Memorandum del 2013. Vedi oltre al punto I.3.2.

[138] Nemmeno si tratta, in senso tecnico, di 'soggetti di diritto internazionale', bensì di tutti i possibili altri attori sulla scena internazionale, come enti non statali, studiosi e corti, il cui contributo non vale a costituire 'prassi', bensì, eventualmente, a provarla, o a darvi impulso.

[139] A/CN.4/659, par. 1.

[140] *Ibidem*, par. 9. L'articolo recita: 'The Commission shall consider ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, such as the collection and publication of documents concerning

dedicare qualche spazio a tale lavoro, che costituisce, come si vedrà, un punto di riferimento importante per il relatore speciale Wood e per i membri della Commissione.

1. Il Working Paper su "Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available"

Il Working Paper, redatto da Manley O. Hudson e presentato alla Commissione di Diritto Internazionale nel 1950, si concentrava appunto sul reperimento della prassi, ma presentava anche qualche breve riferimento, più in generale, al diritto consuetudinario nel suo complesso[141]. In particolare, in esso si ricordava come nell'articolo 24 dello Statuto delle Commissione (di cui il Paper costituisce, come ricordato, diretta applicazione) le possibili 'fonti' del diritto internazionale consuetudinario sono individuate, distintamente, nella prassi degli Stati e nella giurisprudenza delle corti (nazionali e internazionali)[142]. Hudson invitava altresì e non tenere rigidamente separato il diritto consuetudinario da quello convenzionale, nel senso che i trattati possono essere presi in considerazione anche al fine di facilitare l'accertamento delle consuetudini internazionali[143].

Secondo il paper, le consuetudini si formerebbero, secondo un approccio ancora in evoluzione, sulla base di quattro elementi (destinati a ridursi ai due tuttora comunemente utilizzati in dottrina): '(a) concordant practice by a number of States with reference to a type of situation falling within the domain of international relations; (b) continuation or repetition of the practice over a considerable period of time; (c) conception that the practice is required by, or consistent with, prevailing international law; and (d) general acquiescence in the practice by other States'[144]. Tale suddivisione soccorre nel rinvenire i possibili elementi di prova della consuetudine vera e propria, distinguendosi quindi da quelli, secondari, che meramente possono aiutare ad accertare soltanto la prassi in sé[145]; questa distinzione tra prove primarie (della consuetudine) e secondarie (della prassi) veniva ripresa

---

State practice and of the decisions of national and international courts on questions of international law, and shall make a report to the General Assembly on this matter'.

[141] *Ibidem*, par. 11, in particolare venivano evidenziati il ruolo dei trattati come elemento di prova dell'esistenza di consuetudini, e la varietà di materiali sulla cui base tale accertamento si compie.

[142] 'Article 24 of the Statute of the International Law Commission – Working Paper by Manley O. Hudson. Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available' (A/CN.4/16 e Add.1, p. 25, par. 5). Hudson indica la probabile *ratio* dell'articolo 24 nel considerare la giurisprudenza come autonoma fonte di consuetudini nel par. 9: 'such decisions, particularly those by international courts, may formulate and apply principles and rules of customary law. Moreover, the practice of a State may be indicated by the decisions of its national courts.'

[143] *Ibidem*, par. 8: 'Perhaps the differentiation between customary international law and conventional international law ought not to be too rigidly insisted upon, however. [...]For present purposes, therefore, the Commission may deem it proper to take some account of the availability of the materials of conventional international law in connexion with its consideration of ways and means for making the evidence of customary international law more readily available.'

[144] *Ibidem*, par. 11. Da notarsi dunque che la prassi è qualificata nel senso di doversi riferire ad una questione rilevante per le relazioni internazionali, che una sua significativa durata è ancora espressamente richiesta, e che l'acquiescenza degli Stati che non partecipano alla prassi è individuata come requisito autonomo (piuttosto che come prassi negativa – silenzio – di cui verificare l'oggettivo significato).

[145] *Ibidem*, par. 14.

dal Segretariato nel redigere il Memorandum del 2013, ma non (espressamente) da Wood nei suoi rapporti[146].

Seguiva dunque l'indicazione di sette elementi, sotto la rubrica 'Evidence of customary international law', per ognuno quali sono concretamente indicati i materiali reperibili alla data di redazione del Working Paper. Il primo è 'Texts of international instruments': Hudson attribuisce pertanto un ruolo di prim'ordine ai trattati per l'accertamento delle consuetudini, indicando le varie raccolte esistenti a livello internazionale e nazionale, generali o per ambiti specifici, d'iniziativa pubblica o privata[147]. Poi le decisioni di corti internazionali, in particolare le raccolte della Corte Permanente di Arbitrato, della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, e della Corte Internazionale di Giustizia[148]. Subito dopo si indica la giurisprudenza delle corti nazionali, espressamente qualificata anche come elemento di prassi, ma al contempo soggetta a talune limitazioni, che ne rendono incerta la possibilità di utilizzo come prova di consuetudini, e più probabile la possibilità di utilizzarla soltanto come prova della prassi statale[149].

Segue la legislazione nazionale, senza distinzioni di rango, che certamente costituisce prassi statale[150]. Poi la corrispondenza diplomatica, spesso segreta o pubblicata dopo tempo considerevole, e comunque scarsamente accessibile; non mancano tuttavia alcune raccolte da parte di alcuni paesi[151]. Seguono le 'Opinions of national legal advisers', raramente pubblicate e in ogni caso indirizzate alla realizzazione della *policy* dello Stato[152]. Infine la prassi delle organizzazioni internazionali, limitata da Hudson ad un possibile ruolo nella prova delle consuetudini che ineriscono ai rapporti tra gli Stati e l'organizzazione medesima[153].

Hudson individuava poi alcune problematiche di cui tener conto per migliorare la disponibilità della prova delle consuetudini[154]. Infine, riprendendo le sette categorie richiamate, il paper avanzava alcune proposte che la Commissione avrebbe potuto inoltrare all'Assemblea Generale per risolvere tale problema, in particolare prefigurando la possibilità di concludere in ambito ONU un trattato di

[146] Vedi ai punti I.2 e I.1.
[147] *Ibidem*, p. 26, par. 15-25.
[148] *Ibidem*, p. 27, par. 26-35.
[149] *Ibidem*, p. 28, par. 36-43. In particolare Hudson evidenzia come le corti nazionali decidano sempre in base al proprio diritto nazionale (per quanto incorpori, secondo gradazioni diverse, il diritto internazionale), e che in ogni caso gli Stati raramente sono parte delle controversie interne.
[150] *Ibidem*, p. 28, par. 44-54. in particolare Hudson individua l'opportunità che le Nazioni Unite si occupino di una raccolta di Costituzioni nazionali e di leggi nazionali che abbiano rilievo per il diritto internazionale.
[151] *Ibidem*, p. 29, par. 55-59.
[152] *Ibidem*, p. 30, par. 60-61.
[153] *Ibidem*, p. 30, par. 62.
[154] *Ibidem*, p. 30, par. 63-73. Si tratta in particolare di tre problematiche: l'individuazione dei possibili destinatari dei materiali la cui disponibilità si vuole incrementare, la difficoltà di stimare la disponibilità attuale, e l'opportunità di identificare quei materiali che più scarsamente sono oggetto di pubblicazione (precisando che la Commissione dovrebbe occuparsene direttamente, senza fare troppo affidamento su istituti nazionali).

scambio tra Stati delle pubblicazioni nazionali di rilievo per il diritto internazionale e le relazioni internazionali[155].

2. Le Osservazioni del Segretariato nel Memorandum del 2013 rilevanti per l'aspetto oggettivo

Il Segretariato strutturava il suo memorandum del 2013 attorno ad una serie di trentuno Osservazioni, una prima parte delle quali relativa alla formazione e identificazione delle norme consuetudinarie, una seconda parte relativa all'operatività di tali norme nell'ambito del diritto internazionale complessivo; ciascuna Osservazione era affiancata all'indicazione, in nota, di numerosi esempi provenienti dai passati studi della Commissione[156]. Nella prima parte si analizzavano i due elementi costitutivi della consuetudine internazionale, in particolare le prime sette Osservazioni descrivevano il modo in cui la Commissione ha indagato il tema della prassi nel corso dei suoi lavori. La prima Osservazione[157] constatava l'ampio ventaglio di materiali considerato dalla Commissione al fine di accertare il diritto consuetudinario, ponendo l'accento sull'assenza di una coerente distinzione tra materiali usati per accertare la prassi, da una parte, o per determinare la posizione degli Stati, dall'altra; si sottolineava inoltre il diverso valore attribuito a tali materiali e l'assenza di un approccio costantemente sistematico all'indagine. L'Osservazione 2 enfatizzava il valore attribuito dalla Commissione all'uniformità della prassi ai fini della formazione o meno di una consuetudine[158], mentre l'Osservazione 3 rilevava l'eguale valore attribuito alla generalità della prassi[159], benché in casi di natura inconsueta la Commissione abbia fatto particolare riferimento alla prassi degli Stati specialmente coinvolti al fine di stabilire una norma di valore generale.

L'Osservazione 4 constatava l'uso di vari termini da parte della Commissione per riferirsi ai due suddetti connotati della prassi[160], mentre la quinta evidenziava come una certa mutevolezza nella

[155] *Ibidem*, p. 31, par. 74-89. Per la proposta di un trattato di scambio materiali, accompagnata a quella di una raccomandazione che inviti gli Stati a comunicare in maniera costante al Segretariato tutte le pubblicazioni nazionali rilevanti, vedi par. 92-93.
[156] Benchè 'in order to finalize the memorandum in an expedient manner, the Secretariat has largely limited its review to the final version of drafts adopted by the Commission on the various topics that it has so far considered, along with accompanying commentaries.' (*ibidem*, par. 3).
[157] A/CN.4/659, p. 7: 'Observation 1 - To identify the existence of a rule of customary international law, the Commission has frequently engaged in a survey of all available evidence of the general practice of States, as well as their attitudes or positions, often in conjunction with the decisions of international courts and tribunals, and the writings of jurists'.
[158] *Ibidem* , p. 9: 'Observation 2 - The uniformity of State practice has been regarded by the Commission as a key consideration in the identification of a rule of customary international law.'
[159] *Ibidem*, p. 10: 'Observation 3 - The generality of State practice has also been regarded by the Commission as a key consideration in the identification of a rule of customary international law.'
[160] *Ibidem*, p. 11: 'Observation 4 - The Commission has employed diverse terminology when determining whether State practice satisfies the requirements of uniformity or generality.'

prassi non abbia impedito alla Commissione di affermare la natura consuetudinaria di una norma, purché fosse identificabile una comune tendenza sottostante[161]. Altra caratteristica rilevante della prassi evidenziata dalla Commissione in alcune occasioni è stata la sua coerenza nel tempo, benché il Segretariato sottolineasse come non sempre tale caratteristica sia stata considerata determinante per l'affermazione dell'esistenza o meno di una consuetudine[162]. La settima e ultima Osservazione dedicata alla prassi ribadiva la varietà di materiali cui la Commissione ha fatto ricorso per accertarla[163], come rilevato nei lavori del '49; da notarsi è la scelta del Segretariato di distinguere le fonti della prassi tra primarie (dandone un elenco non esaustivo[164]) e secondarie[165].

Tra le Osservazioni da 8 a 12, dedicate all'elemento dell'*opinio juris*[166], le ultime due sono dotate di un certo rilievo anche ai nostri fini: l'Ossevazione 11 constatava il ruolo attribuito dalla Commissione al silenzio degli Stati di fronte alla prassi di un altro Stato[167], mentre la successiva rimarcava la varietà di materiali utilizzati dalla Commissione per valutare l'opinio iuris[168]: in particolare il commento del Segretariato elencava una serie di elementi che in sostanza coincide con l'enumerazione riferita alle possibili prove della prassi[169]. In entrambi i casi, si tratta di un

[161] *Ibidem*, p. 12: 'Observation 5 - Where there was a unifying thread or theme underlying international practice, a certain variability in practice has often not precluded the Commission from identifying a rule of customary international law.'

[162] *Ibidem*, p. 13: 'Observation 6 - The consistency of State practice over time has occasionally been invoked by the Commission as a relevant, though not necessarily decisive, consideration in the formation or evidence of customary international law.'

[163] *Ibidem*, p. 14: 'Observation 7 - The Commission has relied upon a variety of materials in assessing State practice for the purpose of identifying a rule of customary international law.'

[164] *Ibidem*, par. 23: 'A non-exhaustive list of materials upon which the Commission has relied as elements of State practice includes internal law, municipal court decisions, practice of the executive branch, diplomatic practice and treaty practice' (note omesse).

[165] *Ibidem*, p. 16: 'These materials include, in particular, Government comments, publications of international organizations and non-governmental organizations, executive branch publications and international judicial decisions and the writings of jurists.' Il Segretariato sembra in tal modo collocare la prassi 'verbale' come fonte secondaria di prassi, ossia come elementi che contengono rimandi alla prassi vera e propria.

[166] In breve, la prima riguarda la definizione, ricordando il riferimento tanto all'obbligatorietà, quanto alla necessità ('Observation 8 - The Commission has often characterized the subjective element as a sense among States of the existence or non-existence of an obligatory rule. While on many occasions the Commission has specifically relied upon a rule's obligatory character, in certain instances the Commission referred to States' recognition of the necessity of a rule.'). La seconda riguarda la terminologia adottata dalla Commissione, che qualifica talvolta l'*opinio* come 'accettazione', talvolta come 'convinzione' ('Observation 9 - The position of States vis-à-vis a possible rule of customary international law has often been characterized by the Commission as "general recognition" or "general acceptance" of the rule. The Commission, however, has also used other formulations, such as "belief" or "attitude" of States with regard to the existence or content of a given rule'). La terza Osservazione riguarda la distinzione tra *opinio* e altre possibili ragioni della condotta di uno Stato ('Observation 10 - The Commission has, on some occasions, distinguished between the subjective element of a rule of customary international law and other considerations that might animate State conduct or positions').

[167] *Ibidem*, p. 20: 'Observation 11 - On some occasions, the Commission appears to have ascribed importance to the absence of opposition to a rule in the practice of States.'

[168] *Ibidem*, p. 21: 'Observation 12 - The Commission has relied upon a variety of materials in assessing the subjective element for the purpose of identifying a rule of customary international law.'

[169] *Ibidem*, par. 29: 'A non-exhaustive list of such materials includes positions of States before international organizations (including written comments and responses to questionnaires) or international conferences; pronouncements by municipal courts; statements before international courts and tribunals; stipulations in arbitration agreements; diplomatic practice and notes; a State's actual conduct (as opposed to its stated positions); a State's treaty

approccio che il relatore speciale sembra aver seguito, sia nel dare rilievo al silenzio più che altro come forma di *opinio juris*[170], sia nella sovrapposizione tra forme di prassi e prove di *opinio juris*[171].

3. Le Conclusioni della Commissione rilevanti per l'aspetto oggettivo

Nella parte che segue saranno indicate anzitutto le Conclusioni così come formulate dal relatore speciale nei suoi rapporti; su tale base, si ricostruirà l'indagine che lo ha indotto a produrre tale formulazione, per poi individuare i punti critici evidenziati dal plenum della Commissione. In seguito si indicherà la Conclusione redatta dal Drafting Committee, preceduta dalle ragioni di tale riformulazione, per poi concludere con i commenti degli Stati presso la Sesta Commissione; si noti in particolare che, avendo il relatore speciale scelto di non indicare nel rapporto annuale della Commissione una bozza di commento per ogni Conclusione riformulata, a volte gli Stati rivolgono i propri interventi alla Conclusione ancora come formulata nel rapporto del relatore speciale. Per concludere, si indicheranno quelle Conclusioni che hanno rilievo più che altro per il tema dell'accertamento della consuetudine; come si vedrà, molte di esse riguardano l'attività di altri soggetti, diversi dagli Stati, dunque saranno approfondite nel secondo capitolo, dedicato all'aspetto 'soggettivo'.

3.1. Forme di prassi

Draft conclusion 7 - Forms of practice

1. Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal actions.

La sezione V del secondo rapporto di Wood, intitolata 'A general practice', era dedicata propriamente alla definizione dell'elemento oggettivo delle consuetudini e all'individuazione dei suoi caratteri fondamentali, al fine della formazione e dell'identificazione di tale fonte del diritto internazionale[172]. Il relatore speciale rigettava la tesi per cui la sola condotta statale a rilevare sarebbe quella dotata di un qualche nesso con il diritto internazionale, qualificando tale prospettiva come troppo limitata; parimenti, sarebbe limitato ritenere che solo atti concreti ('physical') vengano in rilievo: non sarebbe cioè legittimo escludere la condotta verbale di uno Stato dall'ambito di attività suscettibili di costituire prassi al fine della formazione di norme consuetudinarie

practice; multilateral treaty practice; as well as a variety of international instruments'. Si potrebbe pensare ad una sorta di adi *double counting* (quanto meno potenziale) da parte della Commissione; vedi più approfonditamente il Capitolo II.

[170] Vedi al punto I.3.5.

[171] Vedi al punto I.4.2.

[172] Si veda anche il Capitolo II, al punto I.2.1, che individua la prassi rilevante ai fini del diritto consuetudinario come 'primariamente' quella degli Stati; una questione, quindi, che si preferisce collocare, appunto, nel Capitolo dedicato ai soggetti.

internazionali[173]. In particolare, Wood affermava che operare tale esclusione equivarrebbe a incentivare gli Stati ad adottare condotte concrete (o, appunto, 'fisiche'), spesso dalla dubbia legittimità nel contesto normativo del moderno diritto internazionale, con particolare riferimento al caso limite dell'uso della forza[174]. Altra ragione a supporto del considerare gli atti verbali dello Stato come ricompresi nel termine 'prassi' sarebbe la portata sufficientemente estesa di tale termine, pur dovendosi usare una certa cautela nel valutare le dichiarazioni di uno Stato.

Nel dibatto tra i membri della Commissione, in pochi dubitavano che le dichiarazioni degli Stati possano, in sè, costituire 'prassi', tuttavia riconoscendone il ruolo come prova della prassi statale (necessariamente, in sè, concreta)[175]; la maggioranza sembrava invece a favore del riconoscimento della prassi verbale[176]. Nonostante l'apparente disaccordo, il Drafting Committee manteneva la formulazione proposta dal relatore speciale, senza eliminare il riferimento alla prassi verbale; tuttavia, si sceglieva di collocare qui il riferimento al ruolo dell'inazione[177]:

> *Draft Conclusion 6 [7] - Forms of practice*
>
> *1. Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts. It may, under certain circumstances, include inaction.*

Presso la Sesta Commissione, gli interventi circa il valore della prassi verbale non mancavano, ma nemmeno la questione sembrava particolarmente controversa: esprimeva espressamente il proprio supporto soltanto uno Stato[178], mentre alcuni altri adottavano invece una posizione più cauta[179].

---

[173] A/CN.4/672, par. 37.

[174] *Ibidem*: "Accepting such views could also be seen as encouraging confrontation and, in some cases, even the use of force. [...]The beloved 'real' acts become less frequent because international law, and the Charter of the UN in particular, place more and more restraints on States in this respect."

[175] Hassouna (Potendo soltanto rappresentare la prova di una prassi (necessariamente concreta) o dell'*opinio juris*, e contestando l'argomento per cui altrimenti si incoraggerebbero comportamenti concreti che rischierebbero di violare il diritto internazionale (A/CN.4/SR.3225, p. 10: "Written or oral statements or declarations that were attributable to States undeniably played an essential role in the customary process, since they were evidence of the existence of a practice as well as of its acceptance as law. However, such assertions did not, of themselves, constitute practice. Customary norms were based on what States did, not on what they declared, even if their declarations were indispensable for knowing and understanding their behaviour").) e Kamto (A/CN.4/SR.3225, p. 12: "was it necessary for a verbal act to be transferred to a physical medium in order to be taken into account as practice? Did a verbal act have to be repeated in order to be considered a form of practice? Could one actually identify a general practice if it was solely verbal?". In particolare, particolare attenzione dovrebbe essere posta nel valuare gli argomenti degli Stati di fronte ad una corte internazionale.).

[176] In particolare Hmoud (purché si indichi quali dichiarazioni vengano in rilievo: sarebbero in particolare da escludersi i memorandum interni, valevoli tuttavia, eventualmente, a titolo di manifestazione di *opinio juris* -A/CN.4/SR.3226, p. 5), Nolte (che addirittura suggerisce di usare un termine più ampio come 'prassi comunicativa' - A/CN.4/SR.3226, p. 6: "the word "verbal" should be replaced with "communicative", because non-verbal communication also played a role in that context.") e Jacobsson (in ragione del fatto che se valessero le sole azioni concrete soltanto gli Stati più forti potrebbero formare il diritto consuetudinario, similmente a quanto argomentato da Wood nel rapporto, ma anche perchè una dichirazione potrebbe impedire, a titolo di *estoppel*, la formazione di una consuetudine che altrimenti si formerebbe in base al silenzio degli altri Stati - A/CN.4/SR.3226, p. 11).

[177] Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 12.

[178] Cina (A/C.6/69/SR.20, par. 29, affermando che la prassi deve essere valutata in maniera complessiva, per cui non è detto che atti concreti abbiano inevitabilmente maggior valore delle dichiarazioni).

3.2. Materiali da considerare

> *Draft conclusion 7.2. Manifestations of practice include, among others, the conduct of States 'on the ground', diplomatic acts and correspondence, legislative acts, judgments of national courts, official publications in the field of international law, statements on behalf of States concerning codification efforts, practice in connection with treaties, and acts in connection with resolutions of organs of international organizations and conferences.*

Per quanto riguarda in concreto i materiali da considerare come prassi, Wood nel suo secondo rapporto puntualizzava una considerazione circa l'inutilità di distinguere tra materiali utili alla formazione, da un lato, e all'accertamento delle consuetudini, dall'altra, posizione supportata da un intervento nel dibattito durante la precedente sessione[180]. Oltre a poter svolgere questo doppio ruolo, i materiali rilevanti possono di per sé essere di varia natura, tanto da renderne altrettanto inutile una elencazione[181]: Wood affermava pertanto che si deve preferire l'indicazione di alcuni tra quelli maggiormente utilizzati da Stati, corti e studiosi: atti concreti[182], atti dell'esecutivo[183], atti diplomatici[184], atti legislativi[185], giudizi di corti nazionali[186], pubblicazioni ufficiali[187], memorandum interni[188], attività connessa a trattati[189] e le risoluzioni di organi di organizzazioni

---

[179] In particolare Israele (A/C.6/69/SR.25, par. 83: "With regard to the significance of oral statements, no weight should be given to mere political statements as evidence of a customary rule."), Olanda (che afferma la priorità degli atti concreti sulle dichiarazioni, e la necessità di considerare queste ultime, quando esprimono l'opinione dei governi, non come prassi ma esclusivamente come manifestazione di *opinio juris* - A/C.6/69/SR.26, par. 48) e Stati Uniti (che evidenziano la necessità di distinguere la prassi dagli 'statement about practice', e di valutare in ogni caso ogni forma di prassi in base al contenuto della consuetudine stessa, e alle circostanze - A/C.6/69/SR.27, par. 14 e 17 rispettivamente).

[180] Hmoud (A/CN.4/672, par. 38).

[181] Wood riporta tuttavia (A/CN.4/672, par. 40) l'elenco non esaustivo offerto da Crawford nel suo Brownlie's Principles of Public International Law (Oxford University Press, 2012, p. 24): "diplomatic correspondence, policy statements, press releases, the opinions of government legal advisers, official manuals on legal questions (e.g. manuals of military law), executive decisions and practices, orders to military forces (e.g. rules of engagement), comments by governments on ILC drafts and corresponding commentaries, legislation, international and national judicial decisions, recitals in treaties and other international instruments (especially when in 'all states' form), an extensive pattern of treaties in the same terms, the practice of international organs, and resolutions relating to legal questions in UN organs, notably the General Assembly."

[182] A/CN.4/672, p. 23, indicando in particolare il passaggio di navi in acque internazionali, passaggio sul territorio, sequestro di navi, concessione di asilo, condotta militare o operativa, esperimenti nucleari.

[183] *Ibidem*, con particolare riferimento alle *dichiarazioni* degli agenti governativi, internamente e internazionalmente.

[184] *Ibidem*, comprendendo specificamente la *protesta* avverso la prassi di Stati stranieri.

[185] A/CN.4/672, p. 24, ricomprendendo espressamente qualsiasi forma di regolamentazione, dal rango costituzionale a quello amministrativo, come già rilevato dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nella decisione del 1926 su Certi interessi tedeschi nella Silesia settentrionale polacca, e da Hudson nel suo lavoro per la Commissione di Diritto Internazionale del 1950.

[186] A/CN.4/672, p. 25; Wood ammonisce tuttavia circa la necessità di tener conto del differente ruolo che il diritto internazionale consuetudinario riveste all'interno dei singoli ordinamenti, che potrebbero per altro prevedere differenti modalità per l'individuazione di tale disciplina, senza contare che il valore della singola decisione, parimenti, può essere grandemente variabile.

[187] *Ibidem*, con particolare riferimento a manuali militari e istruzioni al personale diplomatico.

[188] A/CN.4/672, p. 26; ricordando che spesso tali atti non sono resi pubblici, e che potrebbero contenere niente più che le opinioni personali del singolo funzionario.

[189] *Ibidem*, riferendosi a tutte le attività connesse alla negoziazione di trattati, compreso il deposito di riserve e la stessa implementazione del trattato; secondo D'Amato, la stessa assunzione di un obbligo convenzionale costituirebbe, in sé, prassi rilevante ("Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd", Vanderbilt Journal of Transnational Law, 21 (1988), p. 459), mentre secondo Wolfke il trattato non sarebbe di per sé prassi (se non al fine del diritto consuetudinario

internazionali e conferenze interstatali[190]. Si noti per altro che alcuni materiali, come si dirà, secondo Wood e la Commissione hanno esclusivo rilievo probatorio, in particolare quando provenienti da soggetti diversi dagli Stati[191].

Un membro della Commissione suggeriva di distinguere tra prassi interna e prassi esterna[192], ma l'elenco proposto da Wood non suscitava particolare dissenso presso i membri della Commissione, tanto che il Drafting Committee introduceva semplicemente l'inciso 'but are not limited to' per enfatizzarne la natura non esaustiva, oltre a modificare l'ordine degli elementi[193]:

> *Draft Conclusion 6 [7] 2. Forms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; acts in connection with resolutions of international organizations or international conferences; acts in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct "on the ground"; legislative and administrative acts; and decisions of national courts.*

Tra alcuni Stati, invece, l'indicazione di un simile elenco generava dubbi, richiedendosi l'approfondimento per lo meno di alcune categorie tra quelle indicate[194].

3.3. Manifestazioni di *opinio juris*

> *Draft Conclusion 11.2. The forms of evidence include, but are not limited to, statements by States which indicate what are or are not rules of customary international law, diplomatic correspondence, the jurisprudence of national courts, the opinions of government legal advisers, official publications in fields of international law, treaty practice, and action in connection with resolutions of organs of international organizations and of international conferences.*

Nella seconda parte del suo secondo rapporto, Wood indagava l'*opinio juris*, individuando alcune osservazioni generali circa l'accertamento dell'elemento soggettivo: in particolare tra le prove di *opinio juris* si ritrovano buona parte delle 'forme di prassi' già individuate nella Conclusione 6,

---

relativo alla formazione dei trattati), benché possa rilevare per l'*opinio juris* ("Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", in J. Klabbers, R. Lefeber, Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays In Honour of Bert Vierdag, Martinus Nijhoff, 1998, p. 31).

[190] A/CN.4/672, p. 27-28; si tratta della prassi statale connessa all'adozione di tali risoluzioni (voto e dichiarazioni connesse), avendo cura di ricordare che il testo finale della votazione difficilmente rispecchierà la varietà di posizioni espresse dai singoli Stati; Wood afferma che il tema sarà più ampiamente trattato nel terzo rapporto.

[191] Vedi oltre al punto I.4.

[192] Park (A/CN.4/SR.3223, p. 8).

[193] Ricordando che ciascun elemento sarà oggetto di approfondimento nel commentario (Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 13).

[194] Vedi gli interventi di Olanda (in generale, come visto alla nota 179, nel senso che gli atti concreti dovrebbero comunque assumere precedenza, e, in particolare, che andrebbe approfondito il ruolo delle decisioni delle corti interne, cui è attribuito un ruolo nella formazione del diritto internazionale consuetudinario nonostante si riconosca espressamente la scarsa conoscenza di quest'ultimo da parte dei giudici nazionali - A/C.6/69/SR.26, par. 48), Polonia (sottolineando la confusione generata dall'utilizzo degli stessi materiali nelle due Conclusioni 7.2 e 11.2, e proponendo di specificare che l'elemento distintivo dovrebbe essere di tipo temporale: i materiali indicati costituirebbero cioè prassi nel momento formativo della consuetudine, l'*opinio juris* invece in quello applicativo - A/C.6/69/SR.26, par. 58) e Giamaica (secondo cui dovrebbero essere incluse anche le arringhe degli Stati presso le corti internazionali, e dovrebbe approfondirsi il ruolo dei trattati - A/C.6/69/SR.27, par. 36).

ragion per cui si ritiene opportuno indicare qui i contenuti di questa diversa Conclusione[195]. Rilievo prioritario assumerebbe la dichiarazione di uno Stato che affermi la natura consuetudinaria di una norma (e viceversa costituirebbe prova dell'assenza di opinio la dichiarazione che vada in senso opposto)[196]. Altre fonti di prova sarebbero ricavabili da altre forme di prassi, in base al caso concreto; in particolare, affermava Wood, coerentemente con l'affermativo riconoscimento della possibilità di effettuare il *double counting*, e sempre in funzione delle circostanze del caso concreto, si deve talvolta ritenere sufficiente la presunzione che l'accettazione sussista (salvo prova contraria)[197]. Seguiva dunque un elenco, non esaustivo, di possibili prove di accettazione come diritto, che in gran parte coincideva, per l'appunto, con quello offerto dal relatore speciale per le forme di prassi: corrispondenza diplomatica[198], giurisprudenza nazionale[199], opinioni di consulenti governativi[200], pubblicazioni ufficiali[201], memorandum interni[202], trattati[203], risoluzioni di organi deliberativi di organizzazioni internazionali o di conferenze internazionali[204].

Nel corso del dibattito Wood spiegava che la scelta era consapevolmente orientata a generare un nesso tra i due elenchi individuati nelle Conclusioni 7 e 11, anche al fine di far rilevare la possibilità di *double counting*, dicendosi per altro disposto a discutere e modificare tale scelta. Un membro della Commissione criticava l'opportunità di utilizzare due elenchi molto simili perché si

[195] Questo parallelismo pone le basi per la questione del *double counting*, trattata in questo lavoro al Capitolo I, punto I.4.

[196] A/CN.4/672, par. 75: "An express statement by a State that a given rule is obligatory qua customary international law, for a start, provides "the clearest proof" that it "believes itself bound by, or that from now on it will adhere to, [that] certain principle or rule" [citando Sohn, "Unratified Treaties as a Source of Customary International Law", in A. Bos, H. Siblesz (eds.), Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen, Martinus Nijhoff, 1986, p. 231]".

[197] A/CN.4/672, par. 76, citando Wolfe, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, p. 44: "[f]or a typical custom it suffices that the acceptance of the practice as law should be presumed upon all circumstances of the case in question, above all on the attitude, hence conduct, of the accepting states to be bound by the customary rule".

[198] A/CN.4/672, p. 61.

[199] *Ibidem*; in particolare dovrà verificarsi che l'accettazione come diritto provenga effettivamente dal diritto internazionale, e non da quello interno o da un'interpretazione interna del diritto internazionale.

[200] *Ibidem*; alla condizione che il governo adotti effettivamente tale opinione e questa sia effettivamente riferita alla giuridicità di una norma.

[201] A/CN.4/672, p. 62.

[202] *Ibidem*.

[203] *Ibidem*; alla condizione che l'accettazione di una norma come diritto sussista a prescindere dal trattato, come accade in particolare con i trattati di codificazione (in quanto 'declaratori' del diritto internazionale consuetudinario, e purché lo Stato vi aderisca proprio perché declaratori). In particolare non si può affermare, in astratto, che la ripetizione di una norma in una serie di trattati bilaterali costituisce sufficiente prova di *opinio juris*, bensì occorre valutare il caso concreto (compresa l'effettiva attuazione della norma, ossia la prassi, prima di affermare l'esistenza della consuetudine) (A/CN.4/672, p. 64).

[204] A/CN.4/672, p. 65; l'atteggiamento di uno Stato di fronte ad una risoluzione non vincolante che dichiari il diritto esistente costituisce cioè un valido indicatore dell'accettazione di tale diritto come valido (e consuetudinario). Bisogna tuttavia verificare che il voto, l'adesione ad un *consensus*, oppure le dichiarazioni allegate alla risoluzione evidenzino un'effettiva accettazione della norma dichiarata come obbligatoria, e che non siano altre considerazioni a muovere lo Stato. Tipicamente un gran numero di voti contrari o astensioni prova l'assenza di *opinio*, mentre l'unanimità o una assoluta maggioranza possono essere sufficienti a provarla, così come uno Stato che attivamente propugni l'approvazione della risoluzione sarà realisticamente uno Stato che accetta la norma in essa dichiarata, e una serie di successive risoluzioni dal simile contenuto possono costituire prova dell'emergenza di una nuova consuetudine.

rischierebbe così di minare la distinzione tra prassi e *opinio juris*[205], mentre da un'altra parte si contestava in particolare l'indicazione di memorandum e atti interni[206]. Tra gli Stati, soltanto uno faceva espresso riferimento alla questione, evidenziando la particolarità per cui un atto degli Stati connesso ad una risoluzione non potrebbe manifestare l'*opinio juris* dello Stato a meno che questo non rilasci una espressa dichiarazione in tal senso[207].

Il Drafting Committe, nella 67esima sessione, modificava l'ordine degli elementi, lasciando tuttavia al primo posto le dichiarazioni pubbliche degli Stati, in quanto ritenuta la manifestazione 'più chiara' di *opinio juris*[208]:

> *Draft Conclusion 10 [11] ... 2. Forms of evidence of acceptance as law (opinio juris) include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; decisions of national courts; treaty provisions; and conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference.*

3.4. Il ruolo dell'inazione

Draft conclusion 7.3. Inaction may also serve as practice.

Tornando alla parte del secondo rapporto dedicata alla prassi, Wood dedicava qualche parola al ruolo dell'inazione degli Stati, affermando che la prassi rileva anche quando è 'negativa': il silenzio può anzi essere centrale per la formazione di una consuetudine internazionale, in particolare quando sia qualificabile come acquiescenza alla prassi altrui[209]. Il relatore speciale dichiarava tuttavia la propria intenzione di approfondire il tema all'interno del successivo terzo rapporto, approfondimento la cui necessità è confermata dalla maggioranza dei membri della Commissione[210]; alcuni di questi, anzi, affermavano che, prima di tale approfondimento, sarebbe stato prematuro indicare imprecisi riferimenti all'inazione[211].

---

[205] Murase (A/CN.4/SR.3223, p. 9-10, dicendo di preferire un approccio più simile a quello adottato nel London Statement ILA, per cui l'*opinio juris* potrebbe compensare la carenza di prassi - posizione, come indicato oltre al punto I.4.3, apertamente osteggiata da Wood).
[206] Nolte (A/CN.4/SR.3226, p. 7).
[207] Giamaica (A/C.6/69/SR.27, par. 41).
[208] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 9.
[209] A/CN.4/672, par. 42.
[210] Vedi i contributi di Park (A/CN.4/SR.3223, p. 8; In particolare sarebbero da approfondire tre problematiche: "First, what was the minimum level of inaction required for it to play a meaningful role in the formation of customary international law? Secondly, were a small number of actions sufficient to constitute customary international law when they were accompanied by numerous instances of inaction? Thirdly, what happened in the event of inaction by some States while others acted as persistent objectors to unilateral actions by third States?"), Tladi (evidenziando la necessità di verificare l'effettiva *opinio juris* nel caso concreto - A/CN.4/SR.3225, p. 5), Kittichaisaree (che evidenzia che solo quando si abbia acquiescenza si può affermare la formazione di una consuetudine, in particolare in assenza di un obbligo di protesta; tali circostanze, per altro, varierebbero in funzione delle varie regioni geografiche - A/CN.4/SR.3225, p. 10; inoltre "The Commission needed to elaborate criteria to answer fundamental questions about, for example, the level of inaction required, the relationship between action and inaction and the role of the persistent

Anche tra gli Stati[212] era avvertita la necessità di indagare più a fondo il tema, mentre se da una parte ci si limitava a giudicare positivamente il riconoscimento di un ruolo al silenzio come elemento di prassi[213], alcuni Stati già indicavano le condizioni cui esso avrebbe dovuto essere soggetto[214].

Nel 2014 il Drafting Committee spostava il riferimento all'inazione dal terzo al primo paragrafo della Conclusione proposta, in ragione della sua importanza; in particolare, nonostante si debba in ogni caso trattare di una consapevole scelta di non agire, a volte esso può venire in rilievo in quanto prassi in sé, mentre a volte soltanto quando le circostanze richiedano una reazione: di qui, l'introduzione dell'espressione 'under certain circumstances'[215]. Come indicato nel successivo paragrafo, nel secondo rapporto l'inazione veniva ad essere oggetto di indagine per lo più con riferimento al suo possibile costituire prova di *opinio juris*, quando equiparabile all'acquiescenza dello Stato; nella medesima prospettiva, nel terzo rapporto del relatore speciale la relativa Conclusione veniva modificata al fine di individuare le condizioni affinché tale equivalenza possa affermarsi, come chiarito nei successivi paragrafi.

---

objector in that context"), Hmoud (dovendosi in particolare distinguere tra inazione come condotta-elemento oggettivo e inazione come acquiescenza-elemento psicologico - A/CN.4/SR.3226, p. 5), Escobar Ernandez (non potendo il silenzio valere automaticamente come prassi, ma dovendosi valutare attentamente le circostanze, in particolare la ragionevole aspettativa di una reazione da parte degli Stati ad una prassi altrui - A/CN.4/SR.3226, p. 8), Wisnumurti (che in particolare esclude che si possa meramente trapiantare la soluzione rinvenuta dal relatore speciale Nolte in relazione al silenzio rispetto alla prassi successiva nell'interpretazione dei trattati - A/CN.4/SR.3226, p. 9: "He was not convinced that applying draft conclusion 9, paragraph 2, of the Commission's work on subsequent agreements and subsequent practice, mutatis mutandis, as proposed by Mr. Murphy, would solve the problem. That paragraph dealt with silence on the applicability of a subsequent agreement or a subsequent practice, while draft conclusion 7, paragraph 3, of the topic under consideration dealt with the interpretation of inaction or silence in the context of conduct that would form State practice") e Niehaus (A/CN.4/SR.3226, p. 10: "What would be the minimum level of inaction? Did silence constitute inaction in and of itself or only when the circumstances required action?").

[211] Forteau (in particolare ricordando che solo certi casi l'inazione può valere come prassi, e dovrebbero essere distinte le ipotesi di inazione 'diretta' e 'indiretta', come suggerito dal Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare nella decisione M/V Virginia G. - A/CN.4/SR.3225, p. 6) e Nolte (A/CN.4/SR.3226, p. 7).

[212] Cile (A/C.6/69/SR.24, par. 88), Austria (A/C.6/69/SR.25, par. 108), Paesi Nordici (anche rispetto al ruolo del silenzio come prova di *opinio juris* in base alla Conclusione 11.3 - vedi oltre nel testo e A/C.6/69/SR.25, par. 129), Bielorussia (anche riferendosi al ruolo del silenzio nell'interpretazione dei trattati, in particolare quelli costitutivi di organizzazioni internazionali - A/C.6/69/SR.25, par. 21), Irlanda (plaudendo in particolare alla formulazione più cauta adottata dal Drafting Committee, che enfatizza la necessità di valutare il ruolo del silenzio in base alle circostanze - A/C.6/69/SR.26, par. 39), Spagna (A/C.6/69/SR.26, par. 103), Giamaica (A/C.6/69/SR.27, par. 37), Corea del Sud (A/C.6/69/SR.27, par. 72).

[213] Israele (A/C.6/69/SR.25, par. 82).

[214] Grecia (A/C.6/69/SR.26, par. 29, dovendosi trattare di inazione 'consapevole' di uno Stato interessato all'ambito toccato dalla prassi: "It was the conscious inaction of an interested State with regard to the practice in question, often considered in relation to an act, proposal or assertion of another State calling for a reaction, that might be relevant, not just any form of inaction. For that reason, the words "under certain circumstances" included next to "inaction" in paragraph 1 of draft conclusion 6 [7] (Forms of Practice), as provisionally adopted by the Drafting Committee, should be retained.") e Romania (A/C.6/69/SR.26, par. 84, potendo l'inazione venire in rilievo soltanto quando lo Stato è 'conscious of a duty not to act', conformemente a quanto affermando dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso Lotus).

[215] Che costituisce anche un rimando implicito alle 'circostanze' di cui parla la Conclusione relativa alla valutazione delle prove (la terza nella numerazione finale, la quarta originariamente) (Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 13).

3.5. Silenzio e incongruenze in rapporto all'*opinio juris*

Draft Conclusion 11.3. Inaction may also serve as evidence of acceptance as law.

Come anticipato, nella seconda parte del secondo rapporto del relatore speciale, dedicata all'*opinio juris*, si rinveniva una più approfondita analisi del valore del silenzio; si ritiene tuttavia opportuno indicare in questa fase tali considerazioni, benchè appunto riferite al silenzio come prova di *opinio juris*. Per svolgere tale funzione, secondo Wood, si dovrebbe in concreto verificare che esso testimoni in effetti l'acquiescenza alla prassi degli altri Stati, avendo particolare riguardo del fatto che tale prassi sia conosciuta o conoscibile, ma anche riconoscibile come prassi suscettibile di divenire diritto consuetudinario[216]. Inoltre, una prassi contraria rispetto a quella che andrebbe a formare una determinata consuetudine potrebbe certamente costituire prova dell'assenza di *opinio juris* rispetto a tale asserita norma consuetudinaria[217]. Infine, come per la prassi contraddittoria proveniente da diversi organi di un medesimo Stato[218], se questi manifestano l'accettazione di prassi di diverso contenuto, sarà parimenti opportuno ritenere diminuito il valore di tali opinio nella verifica dell'esistenza della consuetudine[219].

3.6. L'inazione nel terzo rapporto del relatore speciale

Draft conclusion 11 - Evidence of acceptance as law

[…]

3. Inaction may also serve as evidence of acceptance as law, provided that the circumstances call for some reaction.

Già riconosciuta nelle Conclusioni proposte nel 2014 come possibile forma di prassi e prova di *opinio juris*[220], l'inazione, altrimenti denominata 'prassi passiva', 'astensione', 'silenzio', od 'omissione'[221], veniva ad essere oggetto di approfondimento nel 2015, come promesso dal relatore speciale. L'inazione è certamente 'prassi' dello Stato, benché di difficile accertamento e debba necessariamente accompagnarsi all'*opinio juris* per costituire una consuetudine[222]: l'analisi del silenzio in quanto 'prassi' sembra tuttavia esaurirsi in tale affermazione, e Wood si concentra sull'inazione come prova di *opinio juris*. Secondo il relatore speciale l'inazione potrebbe avere tale

[216] A/CN.4/672, par. 77.
[217] A/CN.4/672, par. 78; a meno che, si precisa, non sia possibile giustificare tale prassi compatibilmente con la norma consuetudinaria medesima.
[218] Vedi oltre al punto I.3.9.
[219] A/CN.4/672, par. 79.
[220] Vedi la Conclusione 6 [7] adottata dal Drafting Committee, e la Conclusione 11.2 proposta dal relatore speciale e non ancora discussa.
[221] A/CN.4/682, par. 19. Sembrerebbe che il relatore speciale ritenga tali termini in sostanza equivalenti.
[222] *Ibidem*, par. 20, citando ad esempio l'astensione dalla protezione di certe persone neutralizzate, dall'uso della forza e dall'esercizio della persecuzione penale in certe circostanze.

valore soltanto quando effettivamente costituisca consapevole 'tolleranza' (o acquiescenza) alla prassi di uno o più altri Stati, quando le circostanze siano tali da ritenere che lo Stato inerte riconosce la condotta altrui come conforme al diritto internazionale[223].

Tra le numerose possibili ragioni per cui uno Stato decide di non agire, si dovrebbe dunque trattare di un silenzio 'qualificato'[224], da verificarsi nel caso concreto sulla base di tre requisiti: le circostanze devono essere tali da richiedere una reazione dello Stato (in particolare quando la prassi altrui incida sui suoi diritti o interessi)[225], questo deve aver avuto conoscenza dell'altrui prassi (o era possibile in concreto ritenere che avesse tale conoscenza)[226], e si deve trattare di un'inerzia sufficientemente prolungata nel tempo[227]. Il relatore speciale proponeva dunque l'introduzione di un nuovo terzo paragrafo nella Conclusione dedicata alle possibili prove di *opinio juris*[228].

Nel discutere il rapporto gran parte della Commissione suggeriva al relatore speciale di indicare le tre condizioni per cui il silenzio rileva come *opinio juris* anche nel testo della Conclusione[229], mentre alcuni[230] contestavano il riferimento alla necessità di reagire, poichè sembra richiamare un (inesistente) obbligo degi Stati di rispondere a qualunque atto da parte di altri Stati; parallelamente, veniva sottolineata la possibilità che l'inerzia sia motivata da fattori extra giuridici[231]. Alcuni condividevano un dubbio circa il richiamo agli Stati 'particolarmente interessati', poichè tale categoria era stata contestata ed ogni riferimento ad essa eliminato nella precedente sessione[232]. Si ricordava anche come nei paesi asiatici il silenzio spesso significa dissenso[233], ma, in risposta, Nolte[234] evidenziava come vi possono essere modi diversi di manifestarlo.

---

[223] *Ibidem*, par. 21, richiamando la definizione data dalla CIG nella decisione nel caso del Golfo del Maine (1984), par. 130: 'tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent'.
[224] Wood cita Villiger, Customary International Law and Treaties, 2nd edition, Kluwer Law International, 1997, p. 39.
[225] *Ibidem*, par. 23, richiamando la decisione della CIG nel caso Pedra Branca (Malesia c. Singapore, 2008), e sottolineando pertanto che se ad essere toccati sono gli interessi dell'intera comunità internazionale si deve presumere che il silenzio equivalga ad acquiescenza.
[226] *Ibidem*, par. 24.
[227] *Ibidem*, par. 25. C'è forse da rilevare un attrito con il ruolo secondario attribuito al requisito della durata della prassi.
[228] Vedi sopra al punto I.3.3.
[229] Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9), Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 6), Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 7), Escobar-Hernandez (A/CN.4/SR.3252, p. 10), Saboia (A/CN.4/SR.3252, p. 12), Sturma (A/CN.4/SR.3252, p. 13), Kamto (A/CN.4/SR.3252, p. 15), Petric (A/CN.4/SR.3253, p. 8), Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 11), Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p. 4; inoltre appellandosi alla necessità di ottenere una formulazione coerente con il lavoro della Commissione su accordi e prassi successiva), Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 5), Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 8).
[230] Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 6: 'Would one expect every State to react to every action by another State that was not in line with a given customary rule? Moreover, the reaction criterion implied that every State needed to be aware of the practice of every other State, which was hardly realistic.') e McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 3).
[231] Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 10), Vasquez-Bermudez (A/CN.4/SR.3253, p. 10) e Gomez-Robledo (A/CN.4/SR.3254, p. 7, ricordando che anche nel suo lavoro per la Commissione circa l'applicazione provvisoria dei trattati il silenzio rileva solo se 'qualificato').
[232] Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3251, p. 7, oltre a richiedere al relatore speciale cosa si dovesse intendere per 'tempo sufficiente') e Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3).
[233] Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3).
[234] A/CN.4/SR.3253, p. 6.

In particolare, alcuni contestavano la lettura che il relatore speciale faceva della decisione della CIG nel caso Nicaragua: tuttavia, se da una parte si escludeva che da tale decisione, focalizzata sull'elemento dell'*opinio juris,* possa ricavarsi in alcun modo supporto all'affermazione che l'inazione costituisce anche prassi[235], da un'altra parte si partiva dall'assunzione che l'inazione è certamente prassi, pur aderendo all'idea che, nella suddetta decisione, la Corte si stesse in realtà occupando dell'elemento soggettivo: pertanto si sarebbe dovuto rendere più esplicito il ruolo del silenzio in quanto forma di prassi[236]. Dal canto suo, Wood[237] assicurava che avrebbe approfondito il tema, in particolare rimanendo coerente con quanto affermato dalla Commissione nei lavori circa accordi e prassi successiva.

In accoglimento della richiesta della maggioranza, il Drafting Committee modificava questo terzo paragrafo della Conclusione 10 [11] nel senso di esplicitare le tre circostanze che il relatore speciale aveva individuato nel suo terzo rapporto:

> *Draft Conclusion 10 [11] ... 3. Failure to react over time to a practice may serve as evidence of acceptance as law (opinio juris), provided that States were in a position to react and the circumstances called for some reaction.*

Nel commentare questa Conclusione presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale, buona parte degli Stati richiamava alla cautela, ma in sostanza giudicava sufficiente l'indicazione dei tre criteri indicati[238], in particolare sottolineando l'assenza di un obbligo generale di reagire alla condotta altrui[239]. Alcuni Stati sollecitavano tuttavia la Commissione affinchè approfondisse la questione[240], al limite indicando ulteriori criteri[241], mentre altri suggerivano di esplicitare quali

[235] Tladi (A/CN.4/SR.3251, p. 5: 'It was noteworthy that the main judgment on which the conclusion that "inaction is a form of practice" was based, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, did not provide authority for the view that inaction was a form of practice. The assessment therein of customary international law focused squarely on the "acceptance as law" element and, in that regard, referred to a number of authorities. Nowhere in it did the Court consider the role of inaction. The quote stating that inaction was a form of practice was not about inaction or, for that matter, practice. It was in fact a prelude to the Court's assessment of *opinio juris*. A careful reading of the relevant passages of the judgment made it clear that the Court was not concerned with inaction. Thus, the abstention that the Court referred to appeared to be quoted out of context. "Such abstention" in that context appeared to refer to what was normally called "prohibition", namely, it referred to the rule rather than to an element in the formation of the rule.').

[236] McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 3-4: 'In the Nicaragua case, the issue had been, not whether the circumstances called for some reaction, but whether abstention from reacting was supported by *opinio juris* – whether it was accepted as law.').

[237] A/CN.4/SR.3254, p. 12.

[238] Francia (A/C.6/70/SR.20, par. 14), Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 39), Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 71), Sudan (A/C.6/70/SR.21, par. 84).

[239] Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 56), Germania (A/C.6/70/SR.22, par. 11), Australia (A/C.6/70/SR.22, par. 48, evidenziando la possibilità di approfondire il possibile collegamento con l'obiettore persistente: 'There was no positive obligation for a State to protest against every practice that did not conform to its understanding of international law, although such protest might, in the case of a persistent objector, prevent an emerging customary norm from applying to that State.'), Slovenia (A/C.6/70/SR.23, par. 3).

[240] Olanda (A/C.6/70/SR.21, par. 38, dubitando dell'assunzione per cui gli Stati sarebbero decisori razionali, e richiamando ad approfondire la questione della necessaria pubblicità della prassi altrui: 'In order for inaction to serve as evidence of acceptance as law, the States involved must have actual knowledge of the practice in question. That view raised the question of how public or well-reported a practice or *opinio juris* needed to be, and whether there was a

conseguenze determinerebbe l'inazione a fronte della violazione di una norma di diritto internazionale generale (secondo un'opinione ne risulterebbe 'diluita' l'*opinio juris* generale[242], mentre secondo un'altra non potrebbe in tal caso ricavarsi dall'inazione l'*opinio juris* dello Stato inerte[243]).

3.7. Prassi confidenziale

Il relatore speciale nel suo secondo rapporto dedicava spazio anche alla considerazione del ruolo della prassi 'confidenziale' degli Stati, affermando che la sua natura segreta non ne può determinare l'esclusione dall'ambito della prassi rilevante. Deve tuttavia riconoscersi che solo qualora tale prassi sia resa pubblica essa potrebbe contribuire alla formazione del diritto internazionale consuetudinario generale; al contrario, le consuetudini regionali o locali potrebbero formarsi anche

---

general requirement for information on the acceptance of a nascent customary rule to be made available in order for consequences to be drawn from silence.' Inoltre, il rappresentante olandese tornava sulla questine della possibile prassi confidenziale (come nella precedente sessione, vedi il punto successivo), che potrebbe nascondersi dietro l'inazione: 'In certain cases, apparent silence could conceal confidential government actions, such as diplomatic correspondence, which were not shared with the public but were nevertheless relevant.'), Perù (A/C.6/70/SR.21, par. 90, sottolineando il rischio di arbitrio nella valutazione del 'periodo di tempo sufficiente' per cui l'inazione dovrebbe essere mantenuta), Cile (A/C.6/70/SR.22, par. 83, ricordando che il diritto internazionale si basa sulla volontà degli Stati: 'In international law, where the will of States played a central role, silence generally did not imply consent and thus, in order for inaction by a subject of international law to be binding internationally, its scope must be clearly limited to cases where a reaction by one subject to another's conduct could be expected but did not occur.'), Turchia (A/C.6/70/SR.22, par. 109, richiedendosi in ogni caso 'prove concrete': 'Evidence not substantiated through concrete elements or based on mere assumptions should not be taken into account.'), Slovacchia (A/C.6/70/SR.23, par. 8), Indonesia (A/C.6/70/SR.23, par. 26), Corea del Sud (A/C.6/70/SR.23, par. 52).

[241] Messico (A/C.6/70/SR.21, par. 46, considerando che un criterio dovrebbe riconoscersi nel fatto che la prassi altrui incida su altri Stati: 'When States did not react to an event of which they were aware, and which had a visible and verifiable effect on third parties, that course of action could be read as a specific practice.'), Romania (A/C.6/70/SR.21, par. 75, distinguendo il silenzio come prova di *opino juris* e come prova *della consuetudine* in sè: 'It might be usefully noted in that connection that, if a State invoked a general custom against another State, the latter State was not required to participate in the practice or action; indeed, its inaction might be sufficient to denote its acceptance of a custom proven by the practice and *opinio juris* of other States. However, it would be hard to argue that such inaction represented evidence of a custom.'), El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 101, ossia indicando nel testo della conclusione anche la necessità di conoscenza della prassi e la sua durata per un tempo sufficiente), Giappone (A/C.6/70/SR.22, par. 125, indicando che l'inazione dovrebbe essere esplicitamente volontaria e ripetuta: 'Without a clear *expression of intention* by a number of States *on separate occasions*, inaction should not be construed as evidence of acceptance as law.' Inoltre 'the existence of circumstances calling for some reaction should be strictly interpreted, because there was no clear benchmark to identify such circumstances.'), Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 40).

[242] Spagna (A/C.6/70/SR.22, par. 92: 'it might be useful to consider inaction not only as evidence of *opinio juris*, but also as evidence of the dilution of a previous *opinio juris*. When conduct which in principle was in violation of customary law did not prompt a reaction from those who could invoke the violated rule, it could be inferred that its acceptance as law had become weaker. Should inaction continue or become generalized, it could even be concluded that *opinio juris* had ceased to exist.').

[243] Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 62, in particolare quando si tratti di inazione a fronte della violazione di una norma cogente: 'the inaction of a State with regard to the violation of a rule of international law by another State could not be considered relevant practice for the purposes of the formation of customary international law. Put differently, inaction, which was almost always based on political considerations, could not, as a form of practice, have the effect of eroding the validity of an existing rule of international law. Furthermore, any consideration of the role of inaction in the formation of customary international law should take into account the hierarchy of international norms. Inaction could not be considered evidence of acceptance as law when it was in response to the violation of a peremptory norm such as the prohibition of the threat or use of force set out in the Charter of the United Nations, of which there were numerous recent examples by a small number of States.').

in virtù dell'accumulazione di prassi nota soltanto agli Stati coinvolti[244]. Tra gli Stati, solo l'Olanda sembrava toccare l'argomento, sottolineando la necessità di approfondirlo[245]; d'altra parte, si tratta di considerazioni che non venivano esplicitamente riprese in alcuna Conclusione.

3.8. Valore della prassi: assenza di gerarchia tra le varie forme

Draft conclusion 8 - Weighing evidence of practice

1. There is no predetermined hierarchy among the various forms of practice.

L'attenzione del relatore speciale si spostava dunque sull'eventuale presenza di una gerarchia tra le varie forme di prassi richiamate: ciò andrebbe certamente negato, ma bisogna tuttavia prestare attenzione al contesto e al tipo di regola nel valutare, nel caso concreto, il peso di ogni manifestazione di prassi. Inoltre, non bisognerebbe dimenticare che il più delle volte è l'esecutivo a dire l'ultima parola per lo Stato nelle relazioni internazionali, lasciando dunque intendere una sorta di priorità della prassi di provenienza governativa (almeno quando cronologicamente successiva a manifestazioni eventualmente difformi provenienti da altri organi)[246].

All'interno della Commissione l'assenza di una gerarchia tra le varie manifestazioni di prassi veniva ritenuta 'ovvia' da una parte[247], ma era per lo più messa in dubbio da altri membri: mentre alcuni facevano rilevare che il relatore speciale dimenticava di tener conto del rango degli organi dello Stato che producono la prassi[248], un altro membro della Commissione stigmatizzava la mancata considerazione del peso che la vicinanza dell'attività dell'organo rispetto al contenuto della consuetudine esercita sul rilievo da attribuirsi alla prassi[249], mentre più in generale si rilevava anche che affermare l'assenza di una gerarchia tra le forme di prassi contraddiceva altre considerazioni contenute nel rapporto[250]. Anche alcuni Stati, all'interno della Sesta Commissione, contestavano

[244] A/CN.4/672, par. 47. Nel successivo paragrafo Wood collocava la Conclusione 7, che riassumeva le precedenti considerazioni: "Draft Conclusion 7 - Forms of practice - 1. Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal actions. 2. Manifestations of practice include, among others, the conduct of States 'on the ground', diplomatic acts and correspondence, legislative acts, judgments of national courts, official publications in the field of international law, statements on behalf of States concerning codification efforts, practice in connection with treaties, and acts in connection with resolutions of organs of international organizations and conferences. 3. Inaction may also serve as practice. 4. The acts (including inaction) of international organizations may also serve as practice."

[245] Non essendo chiaro come tale prassi possa venire in rilievo se non pubblicata, e per definizione gli Stati non si curano di pubblicare la propria prassi confidenziale (A/C.6/69/SR.26, par. 47).

[246] A/CN.4/672, par. 49: "in many cases it is ultimately the executive that speaks for the State in international affairs."

[247] Murase (A/CN.4/SR.3223, p. 10).

[248] Murphy (A/CN.4/SR.3224, p. 9) e Escobar Ernandez (contestando in tal modo la scelta stessa del termine 'gerarchia', in ragione anche della diversità delle condotte rilevanti come prassi - A/CN.4/SR.3226, p. 8).

[249] Hmoud (A/CN.4/SR.3226, p. 5: "while there was no hierarchy of forms or of evidence of State practice, more emphasis should be given to practice by an organ of the State that was closely associated with the content of the customary rule.").

[250] Hassouna (A/CN.4/SR.3225, p. 11, in particolare sussistendo contrasti con l'invito alla cautela nel valutare una consuetudine esistente in base alle sole dichiarazioni degli Stati – il cui rilievo come 'prassi verbale' è del resto contestato dall'egiziano, vedi nota 175 – oltre che il contrasto con il maggior peso attribuito agli atti degli organi

l'assenza di una gerarchia, sostenendo che essa sussiste in ragione del ruolo prioritario da riconoscersi alla prassi 'esterna' dello Stato[251]; da un'altra parte, più in generale, si affermava che 'in alcuni casi' deve riconoscersi un peso maggiore a talune forme di prassi[252].

Il Drafting Committee spostava la questione nella Conclusione 6, contenente, come visto, un elenco non esaustivo di forme di prassi: l'obiettivo era chiaramente di coerenza, volendo specificare l'assenza di un attributo gerarchico in più stretta connessione con l'ambito cui tale attributo avrebbe potuto erroneamente conferirsi. Veniva inoltre mantenuto il termine 'predetermined', nel senso che la Commissione non intendeva escludere che un ordine di importanza possa venire in rilievo, al contrario, ma in ragione del caso concreto[253]:

> *Draft Conclusion 6 [7] 3. There is no predetermined hierarchy among the various forms of practice.*

3.9. Valore della prassi: completezza ed eventuali incongruenze

> *Draft conclusion 8.2. Account is to be taken of all available practice of a particular State. Where the organs of the State do not speak with one voice, less weight is to be given to their practice.*

Altra considerazione riguardava la necessità di valutare la prassi in base ad un approccio comprensivo, il che significa considerare tutta la prassi disponibile, oltre che proveniente da tutti gli organi dello Stato. In caso di incongruenze tra la condotta di questi ultimi, in particolare quando una corte affermi qualcosa di diverso dall'esecutivo, o enti statali di rango inferiore si comportino difformemente da quelli di rango superiore, Wood affermava che si potrebbe certamente attribuire un valore ridotto a tale prassi, poiché lo Stato 'non parla con una sola voce'[254].

Nel corso del dibattito presso la Commissione una parte sottolineava che una valutazione comprensiva della prassi non è ciò che avviene normalmente presso le corti, compresa la Corte

---

intergovernativi delle organizzazioni internazionali, e con la priorità conferita alla prassi degli organi competenti a rappresentare internazionalmente lo Stato in caso di incongruenze tra la prassi di diversi organi).

[251] Russia (A/C.6/69/SR.25, par. 92: "It was obvious that the outwardly directed practice of a State was of greater importance for the formation of rules of international law.") e Polonia (per cui in generale dovrebbe riconoscersi espressamente nelle Conclusioni che la prassi di diversi organi ha un peso differente, prevalendo, oltre a quella degli organi rappresentativi dello Stato sul piano internazionale, anche la giurisprudenza delle corti di più alto rango su quella delle corti locali, meno versate nel diritto internazionale; inoltre, l'attività di un organo dello Stato verrebbe in rilievo anche quando *ultra vires*, citando i casi LaGrand e Avena decisi dalla CIG - A/C.6/69/SR.26, par. 59).

[252] Giamaica (A/C.6/69/SR.27, par. 38, in particolare quando una dichiarazione accompagna un'azione concreta, oltre che nei molti casi in cui un'azione concreta pesa di più che una dichiarazione).

[253] Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 14.

[254] A/CN.4/672, par. 50: "Where a State speaks in several voices, its practice is ambivalent, and such conflict may well weaken the weight to be given to the practice concerned." Il secondo paragrafo della Conclusione 8 sintetizza tale analisi: "Draft Conclusion 8 - Weighing evidence of practice - 1. [vedi nota 246] 2. Account is to be taken of all available practice of a particular State. Where the organs of the State do not speak with one voice, less weight is to be given to their practice."

Internazionale di Giustizia[255]. La gran parte dei membri, tuttavia, si concentrava sull'affermazione che l'effetto dell'incongruenza tra le condotte di diversi organi di uno stesso Stato sia la diminuzione del valore di tale prassi: alcuni[256] negavano che ciò si potesse affermare, anche in ragione dello scarso sostegno a tale affermazione che il relatore speciale inseriva nel proprio rapporto. Altre considerazioni si collegavano al punto precedente, relativo all'assenza di gerarchia: da una parte si sottolineava che riconoscere una simile riduzione nel valore della prassi contraddice la negazione di una gerarchia tra le varie forme di prassi[257], da un'altra che sarebbe preferibile riconoscere esplicitamente il maggior peso delle condotte degli organi dello Stato competenti a vincolare lo Stato all'estero[258]. Al termine del dibattito, Wood ricordava ancora una volta che la Conclusione 8 parlava di gerarchia 'predeterminata', il che significa non solo che non si negava la necessità di attribuire valore diverso alla prassi di organi di diverso rango, ma anche che sarebbe possibile riconoscere un minor valore in una prassi incongruente[259].

Il Drafting Committee, che, come anticipato, spostava nella Conclusione 7 il riferimento all'assenza di gerarchia, riformulava tali considerazioni in due paragrafi, il primo dedicato alla necessità di valutare la totalità della prassi disponibile[260], il secondo dedicato alla possibile diminuzione di valore della prassi contraddittoria, utilizzando un'espressione che maggiormente enfatizzasse la non automaticità del prodursi di tale effetto in ogni caso[261]:

Draft Conclusion 7 [8] - Assessing a State's practice

[255] Vázquez-Bermúdez, citando il criterio della 'prova disponibile' individuato dall'ex presidente della Corte Internazionale di Giustizia Tomka ("Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27) (A/CN.4/SR.3225, p. 3, e la nota 1653 nel Capitolo III).

[256] Tladi (dal momento che ciò significherebbe ignorare il rango degli organi - A/CN.4/SR.3225, p. 5: "The decisions of a country's highest court should not be discounted on account of the contrary practice of a municipal manager."), Forteau (dovendosi porre l'accento sulla coerenza della prassi, e dubitando anch'egli dell'effettiva possibilità per una corte di valutare tutta la prassi 'disponibile' - A/CN.4/SR.3225, p. 6), Kamto (preferendo negare in toto l'attribuzione di un qualsiasi valore alla prassi incongruente, in ragione della difficoltà di stabilire quale tendenza considerare, all'interno di quelle manifestate dai diversi organi dello Stato - A/CN.4/SR.3225, p. 14).), Huang (A/CN.4/SR.3226, p. 4) e Escobar Ernandez (A/CN.4/SR.3226, p. 7: "Though it was true that such practice could not have the same significance as uniform practice, the complexity of a State's structure, for example, and the impact of the separation of powers, must be taken into account. A lack of unanimity might equally be evidence of the non-existence of custom, something which was also part of the process of identifying rules of customary law.").

[257] Petric (A/CN.4/SR.3225, p. 8).

[258] Gevorgian (A/CN.4/SR.3226, p. 13), contrario Gomez-Robledo (A/CN.4/SR.3227, p. 3, non essendo possibile presumere un ruolo prioritario del governo a rappresentare lo Stato, anche in considerazione del fatto che, con il cambiamento dei governi, bisognerebbe tener conto del mutamento di *opinio juris* dello Stato rispetto alle norme consuetudinarie esistenti).

[259] A/CN.4/SR.3227, p. 5: "At all events, the emphasis was on the adjective "predetermined" and not on the lack of a hierarchy, since the acts of a low-level local official obviously did not carry the same weight as those of spokesperson of a Ministry of Foreign Affairs."

[260] Con espresso riferimento alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso Germania c. Italia (Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 14).

[261] Indicando che tipicamente ciò non succede quando si tratti della prassi di organi di diverso rango di uno stesso Stato (Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 15).

1. Account is to be taken of all available practice of a particular State, which is to be assessed as a whole.

2. Where the practice of a particular State varies, the weight to be given to that practice may be reduced.

All'interno della Sesta Commissione dell'Assemblea Generale solo due Stati si esprimevano in rapporto alla possibile attenuazione del valore della prassi incongruente, uno a favore[262], l'altro contrario[263].

3.10. Requisiti: generalità

Draft conclusion 9 - Practice must be general and consistent

1. To establish a rule of customary international law, the relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative. The practice need not be universal.

Circa il requisito di generalità della prassi, individuato dall'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, Wood precisava che non si deve trattare di unanimità (o universalità), bensì è sufficiente che la maggioranza degli Stati partecipi alla prassi (anche non attivamente, come visto) al fine della formazione di una norma consuetudinaria. Vi sarebbe quindi un connotato quantitativo, per cui la prassi dev'essere 'estesa' ad un numero di Stati abbastanza ampio[264], ma anche uno qualitativo, in base al quale la prassi dev'essere sufficientemente 'rappresentativa', in particolare comprensiva di quegli Stati i cui interessi siano specialmente coinvolti[265]. Non è possibile dunque individuare in astratto una soglia per ritenere soddisfatto il criterio di generalità, dovendosi piuttosto verificare nel caso concreto che la prassi sia stata seguita (o accettata[266]) dal maggior numero di Stati che abbiano avuto occasione di farlo, e che eventuali prassi difformi risultino marginali e prive di effetto legale[267].

[262] Israele (A/C.6/69/SR.25, par. 82).
[263] Germania (ammonendo circa l'effetto che questo determinerebbe sulla prassi dei paesi più democratici e pluralisti, dove è più comune che organi diversi prendano posizioni diverse, riducendone il valore a favore della prassi degli Stati autocratici - A/C.6/69/SR.26, par. 80). La posizione era ripresa dal rappresentante tedesco presso la Sesta Commissione anche nella successiva sessione (vedi A/C.6/70/SR.22, par. 11).
[264] Il termine '*extensive*' si ricava dalla decisione della CIG nel caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord (par. 74); la nota 154 del rapporto individua altri casi a sostegno di tale nozione.
[265] Ancora, il principale sostegno a tali affermazioni si ritrova nella decisione delle CIG sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord; la nota 155 del rapporto individua altra giurisprudenza e dottrina rilevante, in particolare il London Statement ILA.
[266] Wood precisa infatti che, 'when appropriate', deve essere data rilevanza anche all'inazione, tanto che "it very well may be that only a relatively small number of States engage in a practice, and the inaction of others suffices to create a rule of customary international law." (A/CN.4/672, par. 53)
[267] *Ibidem*, sulla base di alcuni contributi dottrinali indicati nelle note 158 e 159 del rapporto, in particolare Kunz, "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, 47 (1953), p. 662, e Villiger, Customary International Law and Treaties, 2nd edition, Kluwer Law International, 1997.

All'interno della Commissione tale presa di posizione suscitava soltanto alcune considerazioni: se da una parte si sottolineava l'opportunità di precisare se la prassi di *un solo* Stato, in assenza di protesta, possa costituire una consuetudine[268], da un'altra si evidenziava la difficoltà di accertare il requisito di generalità[269]. In particolare, secondo un'opinione, la definizione offerta dal relatore speciale, riferendosi ad una prassi 'widespread', sembrava attribuire minor peso alla prassi regionale[270]. Nononstante lo scarso dibattito, il Drafting Committee riformulava la gran parte della Conclusione: nel primo paragrafo si manteneva il riferimento alla generalità, intesa come 'sufficiently widespread and representative', ma si eliminava quello alla non necessità di una prassi universale, sostituito dal requisito della coerenza (originariamente contenuto nel secondo paragrafo della Conclusione come proposta dal relatore speciale)[271]:

> *Draft Conclusion 8 [9] - The practice must be general*
>
> *1. To establish a rule of customary international law, the relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent.*

È soprattutto dalla Sesta Commissione che provenivano varie considerazioni circa il requisito di generalità della prassi, alcuni Stati sostenendo in particolare la necessità che si tratti di prassi proveniente da paesi diversi[272], numerosi altri interessati invece a far rilevare il non sufficiente approfondimento del rapporto tra diritto consuetudinario generale e particolare. In proposito, alcuni affermavano la necessità di non ignorare tale rapporto[273], oppure quella di adottare un approccio cauto al diritto internazionale regionale[274], avendo anche cura di fare espresso riferimento alle consuetudini bilaterali[275]. Più in generale una parte metteva in guardia circa l'uso di espressioni che potessero far ritenere sufficiente la prassi di pochi Stati al fine della formazione di una consuetudine generale, e in generale suggerivano un approccio estremamente cauto, a partire dalla formulazione

[268] Petric (con riferimento al caso all'allunaggio degli Stati Uniti negli anni '60 - A/CN.4/SR.3225, p. 8). È evidente che si tratta di un caso rilevante anche per studiare il valore dell'inerzia, al fine di stabilire se la prassi di un solo Stato, a fronte dell'assenza di proteste di altri Stati (nel caso di specie, per ragioni di ritardo tecnologico), possa essere sufficiente a generare una consuetudine.
[269] Hassouna (A/CN.4/SR.3225, p. 11, congiuntamente alla difficoltà di verificare se uno Stato è 'specially affected').
[270] Jacobsson (A/CN.4/SR.3226, p. 11).
[271] Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 16.
[272] Cina (A/C.6/69/SR.20, par. 28: "The identification of customary international law called for not only the study of the practice of legal systems and States with significant influence in international law, but also the comprehensive study of the practice of States representing other major civilizations and legal systems of the world.") e India (sottolineando in particolare l'opportunità che i paesi in via di sviluppo ricevano assistenza nella pubblicazione di raccolte della propria prassi - A/C.6/69/SR.26, par. 109).
[273] Slovacchia (A/C.6/69/SR.22, par. 88) e Bielorussia (A/C.6/69/SR.26, par. 20).
[274] Israele (A/C.6/69/SR.25, par. 84).
[275] Spagna (con particolare riferimento all'importante ruolo delle consuetudini bilaterali per la risoluzione di dispute territoriali o relative alla navigazione - A/C.6/69/SR.26, par. 103).

suggerita dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord[276].

3.11. Stati particolarmente interessati

Draft conclusion 9.4. In assessing practice, due regard is to be given to the practice of States whose interests are specially affected.

Circa gli Stati 'i cui interessi sono particolarmente coinvolti'[277], Wood riteneva opportuno dedicarvi un apposito paragrafo, precisando che la prassi di tali Stati deve rivestire maggior peso proprio perché particolarmente interessati all'attività regolata dalla norma consuetudinaria in questione. L'individuazione di tali Stati non potrebbe dunque avvenire in astratto ma dovrebbe dipendere dalla consuetudine di cui si parla, e costituirebbe un'operazione particolarmente delicata, che rischia di minare al principio di eguaglianza sovrana tra gli Stati: occorre riconoscere che il particolare valore è attribuito alla prassi relativa a quella specifica consuetudine esclusivamente in ragione del peculiare interesse che collega la regola allo Stato (indipendentemente, quindi, dalla 'forza' dello Stato in sé)[278].

La reazione della Commissione al riferimento ad alcuni Stati la cui prassi dovrebbe assumere maggior valore era decisamente cauta: alcuni[279] si dicevano in toto contrari a menzionare l'interesse particolare di taluni Stati, mentre altri[280] non escludevano tale possibilità, ma affermavano la necessità di assicurare una corretta delucidazione del ruolo di tali Stati. Nella sua replica finale, Wood affermava che è la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia a fare riferimento a tale categoria di Stati, e che in ogni caso non si tratta genericamente di 'grandi potenze' o dei membri permanenti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, bensì di Stati la cui prassi viene

[276] Stati Uniti (A/C.6/69/SR.27, par. 18-19, avendo la CIG parlato in tale decisione di prassi 'extensive and virtually uniform': tali qualificazioni sarebbero da interpretare in maniera rigida, avendo al contempo riguardo della questione degli Stati particolarmente interessati e dell'obiettore persistente; la Commissione dovrebbe pertanto focalizzarsi su quella giurisprudenza in cui l'esistenza della consuetudine controversa non è stata riconosciuta, allo scopo di evidenziare quanto sia elevata la soglia probatoria).

[277] Espressione utilizzata, come visto (nota 265), nella decisione della CIG sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord, par. 73 e 74.

[278] A/CN.4/672, par. 54: "In many cases, all States are affected equally. Admittedly, some States will often be "specially affected"; as mandated by the principle of sovereign equality, however, it is only in such capacity that their practice may be assessed and attributed particular weight."

[279] Vázquez-Bermúdez (in ragione della lesione che ciò determinerebbe rispetto al principio di sovrana eguaglianza - A/CN.4/SR.3225, p. 4)), Forteau (anch'egli con riferimento al principio d'eguaglianza - A/CN.4/SR.3225, p. 7) e Wisnumurti (A/CN.4/SR.3226, p. 9).

[280] Tladi (che escluda che si tratti meramente degli Stati più potenti - A/CN.4/SR.3225, p. 5), Kamto (secondo cui, in ogni caso, in assenza di un adeguato approfondimento, il riferimento agli Stati particolarmente interessati viola certamente il principio d'eguaglianza - A/CN.4/SR.3225, p. 14), Hmoud (non vi sarebbe lesione del principio di eguaglianza sovrana se la prassi è accettata dalla comunità degli Stati; occorre tuttavia specificare che non si sta parlando del generico coinvolgimento delle 'maggiori potenze' - A/CN.4/SR.3226, p. 5) e Escobar Ernandez (in particolare nel senso che non potrebbero costituire in nessun caso il criterio unico, o decisivo, nella determinazione di una consuetudine, rischiando altrimenti di imporre interessi particolari all'interna comunità degli Stati, e quindi di violare il principio di sovrana eguaglianza - A/CN.4/SR.3226, p. 8).

maggiormente in rilievo in quanto detentori di un particolare interesse nel contenuto della specifica norma (Stati variabili, quindi, caso per caso)[281]. In ragione della natura controversa della questione, tuttavia, il Drafting Committee preferiva eliminare il rimando alla prassi degli Stati particolarmente interessati e rinviare la discussione all'apposita Conclusione che sarebbe emersa dal terzo rapporto[282]. La questione, tuttavia, non veniva in realtà ripresa dal relatore speciale.

Nonostante l'assenza di un'apposita Conclusione nel rapporto annuale, gli Stati commentavano ugualmente il riferimento all'aumentato valore della prassi degli Stati particolarmente interessati, a partire dal rapporto del relatore speciale. Le opinioni divergevano: se alcuni[283] si dicevano favorevoli al riconoscimento di tale categoria, molti altri Stati sottolineavano incongruenze con altre considerazioni contenute nel rapporto, in particolare con quella che nega una gerarchia tra le varie forme di prassi[284] e con il principio di sovrana eguaglianza[285]. In generale, era diffusa la sensazione della necessità di un approfondimento prima di poter esprimere una posizione[286], uno Stato in particolare dichiarandosi per intanto soddisfatto che il Drafting Committee avesse eliminato il riferimento alla questione[287].

3.12. Requisiti: coerenza

Draft Conclusion 9.2. The practice must be generally consistent.

Altro requisito della prassi al fine della formazione di una consuetudine è che sia coerente ('consistent') nel tempo, ossia che abbia un 'nucleo stabile di significato'; all'estremo opposto, cioè, di una condotta che varia grandemente in base alla singola circostanza[288]. Tale valutazione andrebbe compiuta, ancora una volta, caso per caso, in particolare avendo riguardo dell'effettiva somiglianza tra le varie situazioni in cui la regola dovrebbe applicarsi, anche in rapporto alla frequenza del verificarsi di tali casi[289]. Tuttavia, il relatore speciale ricordava come la Corte Internazionale di Giustizia, nel caso Nicaragua c. Stati Uniti, ha affermato che non si richiede l'assoluta coerenza,

[281] A/CN.4/SR.3227, p. 5.
[282] Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 16.
[283] Cina (A/C.6/69/SR.20, par. 28), Israele (A/C.6/69/SR.25, par. 82), Bielorussia (pur nei limiti degli interessi degli altri Stati e del principio di eguaglianza - A/C.6/69/SR.26, par. 22).
[284] Slovacchia (A/C.6/69/SR.23, par. 88).
[285] Giamaica (A/C.6/69/SR.27, par. 40) e Indonesia (A/C.6/69/SR.27, par. 66).
[286] Vedi gli interventi di Austria (A/C.6/69/SR.25, par. 108), Olanda (in particolare, da un punto di vista terminologico, andrebbe spiegata la differenza con gli Stati 'interessati' cui si fa riferimento nella parte del rapporto dedicata all'*opinio juris*, mentre, più in generale, bisognerebbe dar conto che l'interesse dello Stato dipende dai nuovi oneri che questo dovrebbe affrontare e anche dallo sviluppo tecnologico - A/C.6/69/SR.26, par. 51), Stati Uniti (A/C.6/69/SR.27, par. 16) e Corea del Sud (nel senso che si tratta di un concetto talvolta utile, in particolare nell'identificazione delle consuetudini regionali, oltre che riconosciuto nell'ambito del diritto internazionale umanitario - A/C.6/69/SR.27, par. 72).
[287] Trinidad e Tobago (A/C.6/69/SR.26, par. 117).
[288] A/CN.4/672, par. 55.
[289] A/CN.4/672, par. 56.

potendosi tollerare nella prassi qualche incongruenza: sarebbe pertanto sufficiente che gli Stati si attengano 'in general' alla regola, e qualifichino le condotte incoerenti come violazioni (e non come inizio di una nuova regola)[290].

Presso la Commissione, soltanto un membro interveniva specificamente rispetto al requisito di coerenza, contestando l'interpretazione che il relatore speciale faceva della decisione Nicaragua c. Stati Uniti (derivandone cioè l'assenza del requisito di uniformità della prassi[291]). Il Drafting Committee sembrava accogliere tale critica quando, come visto, eliminava dalla Conclusione l'espresso riferimento alla non necessità che la prassi sia 'universale'[292]; per il resto, il requisito di coerenza veniva anticipato al primo paragrafo della Conclusione 8 (9 nella numerazione originaria), poiché 'inherent in the concept of generality'[293].

3.13. Requisiti: durata

> *Draft Conclusion 9.3. Provided that the practice is sufficiently general and consistent, no particular duration is required.*

Ultima considerazione rispetto alla prassi contenuta nel secondo rapporto di Sir Michael Wood riguardava la sua durata: essa non costituirebbe un requisito specifico, in particolare sarebbe ormai riconosciuto che non si richiede un tempo di particolare misura al fine di ritenere formata una consuetudine internazionale[294]. Ancora, il punto di riferimento fondamentale è rappresentato dalla decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso della Piattaforma Continentale del Mare del Nord, in cui espressamente si affermava che, indipendentemente dall'elemento temporale, una prassi 'extensive and virtually uniform' è sufficiente (se accompagnata da *opinio juris*) a generare una consuetudine[295]. Wood aggiungeva che l'elemento temporale potrebbe venire in rilievo nella misura in cui è necessario assicurare allo Stato la possibilità di opporsi ad una prassi, nel senso cioè

[290] A/CN.4/672, par. 57. In particolare, all'interno della decisione del caso Nicaragua c. Stati Uniti (Merito, 1986), il par. 186: "It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect ... The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule."

[291] Kamto (negando che la Corte, in Nicaragua c. Stati Uniti, abbia negato il criterio di uniformità, essendosi piuttosto riferita all'assenza di un requisito di 'perfezione' della prassi in sé, e in ogni caso in relazione ad una consuetudine, il divieto dell'uso della forza, già ampiamente consolidata - A/CN.4/SR.3225, p. 13).

[292] In realtà, si precisa, tale considerazione verrà indicata nel commento alla Conclusione (Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Saboia, 7 agosto 2014, p. 16).

[293] *Ibidem*, p. 16.

[294] A/CN.4/672, par. 58.

[295] Piattaforma continentale del Mare del Nord (1976), par. 74: "the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law … an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform … and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved".

di non riconoscere l'immediata acquiescenza di questo ad una consuetudine in formazione (alludendo in tal modo all'obiettore persistente, oggetto di indagine nel terzo rapporto[296]).

Presso la Commissione alcuni[297] affermavano la necessità di approfondire il tema, poiché non sempre sarebbe indispensabile il requisito di una durata particolarmente prolungata. Il Drafting Committee, tuttavia, lasciava tale considerazione di fatto invariata, pur volendosi precisare, nel commento, che non si intendeva dare espresso riconoscimento alla teoria della consuetudine 'istantanea'[298]:

> Draft Conclusion 8 [9] - 2. Provided that the practice is general, no particular duration is required.

Tra gli Stati, soltanto in due si esprimevano rispetto al tema della durata della prassi, da una parte esprimendo contrarietà rispetto all'affermazione che una lunga durata non sarebbe necessaria[299], dall'altra richiedendo un approfondimento della questione[300].

3.14. Consuetudini particolari

> *Draft conclusion 15 – Particular custom*
>
> *1. A particular custom is a rule of customary international law that may only be invoked by and against certain States.*
>
> *2. To determine the existence of a particular custom and its content, it is necessary to ascertain whether there is a general practice among the States concerned that is accepted by each of them as law (opinio juris).*

Nel suo terzo rapporto il relatore speciale indagava la possibilità del formarsi di consuetudini 'particolari', ossia regionali o bilaterali, riconosciuta nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, nelle opinioni dei singoli giudici, nelle decisioni nazionali, nelle posizioni dei governi e nella dottrina[301]. Si tratta di norme che vincolano un gruppo di Stati (anche soltanto due[302]) in funzione della loro vicinanza geografica o di interessi comuni, sempre sulla base di una prassi che

[296] Analsi in questa sede rinvenibile nel Capitolo II, poichè dedicato ai 'soggetti', al punto I.2.9.
[297] Sturma (A/CN.4/SR.3226, p. 3), Jacobbsson (che espressamente afferma la possibilità di consuetudini istantanee, citando ad esempio il comune rigetto delle armi chimiche da parte della comunità internazionale dopo gli attacchi in Siria nel 2013 - A/CN.4/SR.3226, p. 10) e Saboia (collegando l'aumentata velocità nella formazione del diritto consuetudinario al ruolo delle organizzazioni internazionali - A/CN.4/SR.3226, p. 12: "Whereas in the past, practice, repetition and *opinio juris* might combine in a process that could take centuries, in an age of advanced communications technologies, the formation of custom through the medium of international organizations might take less than one generation. That was an example of the transformation of law as a result of change in the social substratum.").
[298] Come visto, ora si tratta del secondo e ultimo paragrafo della Conclusione (Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 17).
[299] Russia (A/C.6/69/SR.25, par. 92: "The period of time needed for the identification of such a rule was in fact shrinking, but it was too early to assert that duration of time was not a constituent element in the formation of custom.").
[300] Giamaica (A/C.6/69/SR.27, par. 39, non essendo chiaro, dalla formulazione adottata, quali siano le conseguenze di una prassi che non solo non ha durata estesa, ma nemmeno è sufficientemente generale e coerente; senza contare che il termine 'consuetudine' implica il passaggio di un certo tempo).

in tale gruppo venga ad essere accettata come diritto[303], a partire dalla disgregazione di una consuetudine generale o in maniera autonoma[304]. Proprio perché vincolano soltanto un gruppo di Stati, il relatore speciale riteneva opportuno precisare che, diversamente che per quelle generali, per affermare l'esistenza di una consuetudine particolare occorre applicare un criterio più rigido, ossia verificare che ogni singolo Stato accetti effettivamente quella determinata condotta[305]. La Conclusione sopra riprodotta veniva collocata da Wood in una nuova Parte VI, intitolata "Exceptions to the general application of rules of customary international law", che comprendeva anche la successiva Conclusione, dedicata all'obiettore persistente[306].

Presso la Commissione molti richiedevano chiarimenti circa la portata del diritto internazionale consuetudinario particolare, nello specifico in rapporto con quello generale[307], taluni precisando che prassi e *opinio juris* dovrebbero soddisfare un criterio comparativamente più rigido[308], pur senza poter in ogni caso adottare una prospettiva totalmente volontarista in relazione alla formazione delle consuetudini particolari[309]. Rimanendo sul piano sostanziale, più in generale, alcuni contestavano il

---

[301] A/CN.4/682, par. 79 e note da 187 a 191 per ulteriori riferimenti.

[302] Come confermato dalla CIG nella decisione sul Diritto di passaggio (12 aprile 1960): '[I]t is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of a long practice must necessarily be larger than two.'

[303] *Ibidem*, par. 81; esse non vincolano pertanto Stati che non partecipino a tale prassi o dissentano.

[304] *Ibidem*, par. 82; la verifica andrà effettuata nel caso concreto, e non è escluso che una consuetudine particolare divenga generale, al ricorrere delle note condizioni.

[305] *Ibidem*, par. 83; sembra non richiedersi che ogni Stato effettivamente *partecipi* alla prassi, potendo bastare un'accettazione implicita, almeno leggendo i contributi dottrinali elencati dal relatore speciale *ibidem*, note 201 e 202.

[306] Su cui vedi il Capitolo II al punto I.2.9.

[307] Murphy (A/CN.4/SR.3251, p. 3, dovendosi chiarire se, come sostiene Wood, una consuetudine particolare possa nascere anche tra Stati geograficamente lontani, tesi secondo Murphy non supportata da sufficienti esempi.), Tladi (A/CN.4/SR.3251, p. 5.), Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 11), Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 7), Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 8), Šturma (A/CN.4/SR.3252, p. 14), Petrič (A/CN.4/SR.3253, p. 9; in particolare fino a che punto punto possa una consuetudine generale essere derogata da una particolare, ricordando con l'esempio del principio di soliarietà proletaria invocato ai tempi dagli Stati sovietici il rischio di frammentazione che deriverebbe dall'assenza di limiti: 'When could a group of States claim to have established a particular customary law that might be at variance with general customary law? Using the example of "socialist international law" — a particular law according to which the basic principle of non-intervention was replaced by the principle of proletarian solidarity — he pointed out the danger that a particular custom could open the way for any like-minded group of States to declare the existence of a customary rule, thus leading to the fragmentation of international law.'), Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 12, secondo cui il vincolo derivante da una consuetudine particolare sarebbe più forte che quello derivante da una generale: 'Special international customary laws were exceptions to general customary international laws that were binding only upon States which had accepted them. Since they clarified the relationships among those States, their binding effect should be greater than that of general customary international law.'), Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p. 4, secondo cui andrebbe chiarito in che senso esso costituisce un'eccezione al diritto consuetudinario generale; inoltre 'There should perhaps also be mention of the fact that a regional treaty could give rise to regional custom and even to general custom.'), Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3254, p. 7, richiedendo nello specifico di esplicitare la possibilità che da un trattato regionale o locale nasca una consuetudine particolare.).

[308] Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9), Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 11), Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 11), Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6-7), Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9).

[309] Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 7, ricordando che 'the International Court of Justice in the Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) in 2009 (para. 141) [...] had adopted a less consensualistic definition of special custom than in its previous judgments.'), Caflisch (A/CN.4/SR.3252, p. 8, secondo cui le consuetudini regionali e locali (non 'particolari' in generale) sono invece più simili a trattati proprio perchè basate sul consenso: 'it was the acceptance of the rule in question [regional custom] that determined its scope; consequently, it

rilievo stesso delle consuetudini particolari in rapporto al topic dell'identificazione delle consuetudini[310], mentre, sul piano della formulazione, alcuni membri della Commissione manifestavano la propria opinione circa l'uso del termine 'particolare'[311]. Emergeva infine la richiesta di una parte di assumere come prospettiva, piuttosto che quella della 'invocazione' della regola particolare, quella della sua 'applicazione'[312].

Il Drafting Committee preferiva dedicare una Parte apposita a ciascuna delle ultime due Conclusioni proposte da Wood nel suo terzo rapporto, invertendone oltretutto l'ordine per significare che la regola dell'obiettore persistente può venire in rilievo anche nell'ambito delle consuetudini particolari[313]. La Conclusione dedicata a queste diveniva dunque l'unica di una Parte VII denominata, appunto, 'Particular customary international law' (non più soltanto 'custom'), ed era mantenuta nonostante le obiezioni di chi faceva rilevare il rischio di frammentazione del diritto internazionale[314]. Il primo paragrafo veniva riformulato richiamando i possibili tipi di consuetudini particolari ('regional, local or other') e facendo riferimento all'applicazione di norme simili ad un gruppo di Stati (piuttosto che all'invocabilità da parte e contro questi). Il secondo paragrafo rimaneva sostanzialmente identico, mantenendo l'enfasi sulla necessità che si tratti di una prassi 'general' nell'ambito degli Stati coinvolti, ma rimuovendo l'espressione 'each of them' riferito all'accettazione (senza però negare che l'*opinio juris* debba essere presente in tutti gli Stati coinvolti)[315]. Si preferiva non introdurre un terzo paragrafo che ricordasse che tutte le Conclusioni precedenti si applicano mutatis mutandis anche alle consuetudini particolari, lasciando che il commentario approfondisse le questioni rilevanti[316]:

Draft conclusion 16 [15] – Particular customary international law

---

was based on the consent of States and, as a result, was more a treaty rule than a customary one. The same applied to bilateral custom, which derived from concordant instances of customary conduct, thus from bilateral agreements — tacit or otherwise — that were in fact of a quasi-treaty nature.'), Šturma (A/CN.4/SR.3252, p. 14) e Nolte (A/CN.4/SR.3253, p. 7, ricordando che non è in realtà necessaria l'accettazione di ogni singolo Stato, anzi 'there could be a general expectation among members of a particular region that those who disagreed with a particular development accepted by the majority would have to clearly articulate their disagreement.').

[310] Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 4.), Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 11), McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 4, facendo in realtà riferimento allo scarso ruolo che le consuetudini particolari hanno attualmente, in rapporto al crescente affidarsi degli Stati ai trattati e all'integrazione economica) e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 7).

[311] A favore Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 12) e Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p. 4), contrari Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 7) e Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9).

[312] Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 7).

[313] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 18: 'It was considered that the persistent objector rule may also be relevant with respect to particular customary international law, and that such structural change would better accommodate that.'

[314] *Ibidem*, p. 21: 'The Plenary debate revealed a majority inclination to have a conclusion on this subject even though views were expressed cautioning against a possible encouragement of fragmentation of international law.'

[315] *Ibidem*, p. 21; sembra trattarsi pertanto di una scelta stilistica, ma manca una chiara indicazione in tal senso nel testo dello Statement.

[316] *Ibidem*, p. 22.

1. A rule of particular customary international law, whether regional, local or other, is a rule of customary international law that applies only among a limited number of States.

2. To determine the existence and content of a rule of particular customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice among the States concerned that is accepted by them as law (opinio juris).

La gran parte degli Stati presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale appoggiava l'indicazione di un criterio più rigido per l'accertamento di una consuetudine particolare in rapporto ad una generale[317], pur invocando l'aggiunta di ulteriori esempi all'interno del commentario[318]. Altri Stati giudicavano insufficiente la trattazione e chiedevano alla Commissione di approfondire la questione[319]. In particolare, tuttavia, era il rapporto tra la possibilità di consuetudini particolari e il rischio di frammentazione del diritto internazionale a dover essere approfondito[320], spingendo taluni Stati a negare la medesima possibilità di un diritto consuetudinario particolare, in generale[321], oppure qualora manchi un nesso geografico[322].

4. Le Conclusioni relative all'aspetto probatorio

Come anticipato, è opportuno ricordare in questa parte le Conclusioni che la Commissione dedicava a quale condotta sul piano internazionale, pur non valendo come prassi in quanto di provenienza da

[317] Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 46, ipotizzando una distinzione tra consuetudini particolari totalmente innovativa, da una parte, e in deroga a quelle generali, dall'altra, e sostenendo che in quest'ultimo caso la soglia probatoria dovrebbe essere ancora più elevata: 'a distinction might also be made between novel particular customs, which applied to State behaviour not already regulated by specific rules of international law, and particular customs that derogated from a general rule of customary international law or from a multilateral treaty rule. That standard of proof should be even stricter in the latter case, given that such derogations could not be easily presumed.'), Bielorussia (A/C.6/70/SR.21, par. 28: 'The requirement for evidence should be higher than for other rules of general international law. Particular or local custom should be adopted in a clearly expressed form by all of the affected States.'), Romania (A/C.6/70/SR.21, par. 77), Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 59, richiedendo tuttavia alla Commissione di spiegare se una prassi dovrebbe essere soltanto 'general', ricordando che nella decisione sul Diritto di passaggio la CIG aveva parlato di "long continued practice".) e Slovacchia (A/C.6/70/SR.23, par. 10, sottolineando che la presenza di una contiguità geografica faciliterebbe l'identificazione di una consuetudine particolare: 'While in theory, particular custom could be created among States from different regions, a geographical nexus could serve as an important element to establish unequivocally the existence of a particular custom.').

[318] Francia (A/C.6/70/SR.20, par. 18), El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 102, contestando ulteriormente la scelta del termine 'particular'), Indonesia (A/C.6/70/SR.23, par. 28, oltre a doversi chiarire la portata di una consuetudine 'locale' o 'regionale').

[319] In generale Sudan (A/C.6/70/SR.21, par. 87) e Stati Uniti (A/C.6/70/SR.22, par. 40), in particolare Cipro (A/C.6/70/SR.21, par. 37, specificando che l'onere della prova dovrebbe essere riconosciuto dalla Conclusione in capo allo Stato che invoca la consuetudine particolare) e Perù (A/C.6/70/SR.21, par. 91-92, ricordando che una consuetudine può nascere sulla base di atti unilaterali di un gruppo di Stati, citando ad esempio quelle sulla zona economica esclusiva e sulla piattaforma continentale - e apparentemente assumendo che prima di divenire consuetudini generali sarebbero state consuetudini particolari, anche perchè citate come esempio di "Latin American regionalism" nella dottrina relativa alla zona economica esclusiva).

[320] Polonia (A/C.6/70/SR.21, par. 66), Slovenia (A/C.6/70/SR.23, par. 3, dovendosi evitare la formazione di 'ordinamenti giuridici regionali'), Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 42).

[321] Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 72: 'the approach adopted in draft conclusion 16 [15] to particular customs might well increase confusion and incoherence and create greater discrepancies between States in an international legal system that was already disjointed.').

[322] Vietnam (A/C.6/70/SR.23, par. 15: 'As for draft conclusion 16 [15], his delegation was unwilling to encourage the recognition and promotion of particular customary international law among States having no geographical nexus, as that risked further fragmenting international law.').

enti non statali, svolge una funzione parallela, essenzialmente ausiliare all'accertamento, appunto, delle consuetudini in sè, o della prassi statale. Si tratta per lo più, tuttavia, della condotta di organizzazioni internazionali (e non governative), di decisioni di corti internazionali e di scritti opera di illustri esponenti della dottrina, che in quanto tali si tratteranno nel successivo capitolo, dedicato all'aspetto 'soggettivo' della prassi internazionale.

4.1. Prova

Draft Conclusion 4 - Assessment of evidence

In assessing evidence for a general practice accepted as law, regard must be had to the context including the surrounding circumstances.

Nel suo secondo rapporto il relatore speciale faceva rilevare che la valutazione delle prove disponibili per la dimostrazione dell'esistenza di una consuetudine internazionale deve avvenire con singolare cautela, avendo riguardo delle circostanze: si citava in particolare una certa dottrina, secondo cui il valore attribuito alla prassi dovrebbe riconoscersi tanto maggiore quanto la prassi è contraria agli interessi nazionali, o genera costi per lo Stato, o ancora Stato presta particolare attenzione nell'adottarla[323]. La Conclusione 4 richiamava dunque la necessaria attenzione al 'contesto' della prassi nel valutarne il peso a fini probatori[324].

Presso la Commissione il dibattito verteva in particolare sull'onere della prova: alcuni, dopo aver criticato la vaghezza della Conclusione 4, biasimavano il relatore speciale per non aver approfondito tale aspetto[325]. Si negava inoltre che sussista alcun onere della prova, sulla base del principio *jura novit curia*[326], nel senso che dovrebbero essere le corti (o chi codifica), non gli Stati, ad identificare una norma consuetudinaria[327]. Da un'altra parte si affermava invece che i problemi nascono proprio dal fatto che non solo le corti, ma anche gli Stati si possono trovare nella posizione

[323] A/CN.4/672, par. 29; si tratta dell'intervento di Treves nella Max Planck Encyclopedia of Public International Law, alla voce 'Customary International Law'.
[324] A/CN.4/672, par. 31.
[325] Park (A/CN.4/SR.3223, p. 7) e Murase (A/CN.4/SR.3223, p. 10, ricordando che ogni ordinamento nazionale assume posizioni diverse relativamente a tale tema).
[326] Forteau (A/CN.4/SR.3225, p. 6: "According to the principle jura novit curia, it was for the judge to determine the law, not for the parties.").
[327] Kamto (A/CN.4/SR.3225, p. 11: "What the literature appeared to have lost sight of, when it came to the identification of a rule of customary international law, was the intervention of a third party: the judge or the codifier. The judge's power of discovery or even creation of a customary rule was very real; he or she could not only formulate a rule but could also refuse to transform a practice into a rule of customary international law.").

di decidere circa l'esistenza o meno di una consuetudine internazionale[328]. Oggetto di interesse era anche l'uso dei termini 'contesto' e 'circostanze'[329].

Il Drafting Committee precisava la formulazione, accentuando la separazione tra i due elementi e la necessità di non valutare le prove disponibili in maniera isolata[330]. Come indicato nel successivo paragrafo, la Conclusione veniva ulteriormente rimaneggiata nel 2015 per far posto alle considerazioni relative alla possibilità di effettuare il cosiddetto '*double counting*', originariamente collocate dal relatore speciale all'interno della Conclusione dedicata all'*opinio juris*[331]:

> *Draft Conclusion 3 [4] - Assessment of evidence for the two elements*
>
> *In assessing evidence for the purpose of ascertaining whether there is a general practice and whether that practice is accepted as law (opinio juris), regard must be had to the overall context and the particular circumstances of the evidence in question.*

All'interno della Sesta Commissione, ancora una volta, le osservazioni di alcuni Stati incidevano su entrambi gli aspetti già rilevati nel corso del dibattito presso la Commissione: una parte supportava il riferimento alle 'circostanze'[332], mentre altri Stati ne contestavano l'utilità, oltre che la vaghezza della formulazione[333]. Rispetto all'onere della prova, uno Stato evidenziava che esso grava inevitabilmente chi asserisce l'esistenza della norma, ma non escludeva la possibilità per il giudice di una valutazione d'ufficio[334].

4.2. Prova dell'*opinio juris* e *double counting*

> *Draft conclusion 11 - Evidence of acceptance as law*
>
> *1. Evidence of acceptance of a general practice as law may take a wide range of forms. These may vary according to the nature of the rule and the circumstances in which the rule falls to be applied. [...]*
>
> *4. The fact that an act (including inaction) by a State establishes practice for the purpose of identifying a rule of customary international law does not preclude the same act from being evidence that the practice in question is accepted as law.*

[328] Jacobbsson (A/CN.4/SR.3226, p. 10; ulteriormente, uno Stato potrebbe trovarsi non soltanto nella posizione di dover verificare l'*esistenza* di una consuetudine, ma anche in quella di voler contribuire con la propria condotta alla *formazione* di una norma della cui esistenza non è certo).

[329] Accolto da Kittichaisaree (ricordando di nuovo i quattro metodi individuati da Tomka per la valutazione dell'esistenza di una consuetudine da parte della Corte Internazionale di Giustizia, già evidenziati dal tailandese nel corso della precedente sessione di lavoro della Commissione - A/CN.4/SR.3225, p. 8), contestato invece da Hassouna (A/CN.4/SR.3225, p. 10), Wisnumurti (A/CN.4/SR.3226, p. 9) e Gevorgian (A/CN.4/SR.3226, p. 13: "If it was supposed to mean that different types of evidence of the existence of practice could have dissimilar weight depending on the context, then that idea should be better conveyed.").

[330] Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 6-7.

[331] Vedi oltre, punto I.4.2.

[332] Israele (A/C.6/69/SR.25, par. 81).

[333] Spagna (A/C.6/69/SR.26, par. 102) e Indonesia (per cui sarebbe opportuno definire i concetti di 'context' e 'surrounding circumstances' - A/C.6/69/SR.27, par. 65).

[334] Portogallo (A/C.6/69/SR.26, par. 2).

Nell'indagare il tema della prova con specifico riferimento all'*opinio juris*, nel suo secondo rapporto Sir Michael Wood affermava espressamente che la prassi stessa può talvolta essere sufficiente a dimostrare l'accettazione di questa come diritto, sancendo in tal modo la possibilità di effettuare il cosiddetto '*double counting*'[335]; subito dopo, però, il relatore speciale avvertiva circa la necessità di usare cautela in tale valutazione, poiché le circostanze possono mutare in base alla natura della norma (diritto o obbligo) e al tipo di prassi (concreta o verbale)[336]. In particolare non sarebbero sufficienti la mera adesione alla regola[337] e la ripetizione del medesimo atto, anche quando prolungata nel tempo[338]. Proseguendo, Wood precisava tuttavia che normalmente non si dovrebbe utilizzare la prassi in sé per accertare l'*opinio juris* (quindi ulteriormente circoscrivendo la possibilità di *double counting*), così come non si dovrebbero utilizzare i medesimi materiali per provare entrambi gli elementi, rischiando altrimenti di conferire valore consuetudinario ad una condotta oggetto di una mera dichiarazione (prassi verbale) da parte dello Stato[339].

Alcuni membri della Commissione si dicevano in principio d'accordo con la possibilità del doppio conteggio[340], mentre altri affermavano che andrebbero esplicitate talune precisazioni nel testo delle Conclusioni, piuttosto che lasciarle nel commentario, ossia il fatto che normalmente la prassi, da sola, non potrebbe provare l'accettazione come diritto[341], e che la possibilità di tale operazione non potrebbe in ogni caso determinare la nascita di consuetudini sulla base di sole dichiarazioni astratte[342]. Per quanto riguarda gli Stati, sembrerebbe potersi dire che le affermazioni ambigue contenute nel rapporto inducevano un rappresentante presso la Sesta Commissione ad appoggiare in

[335] A/CN.4/672, par. 70: "Some practice may thus in itself be evidence of *opinio juris*, or, in other words, be relevant both in establishing the necessary practice and its 'acceptance as law'.
[336] A/CN.4/672, par. 71.
[337] A/CN.4/672, par. 72, poiché appunto si tratta di verificare cosa motiva lo Stato a conformarsi alla regola.
[338] A/CN.4/672, par. 73, potendo tale ripetizione soltanto rendere possibile l'affioramento dell'*opinio*.
[339] A/CN.4/672, par. 74.
[340] Forteau (A/CN.4/SR.3225, p. 7), Kittichaisaree (pur evidenziando la necessità di precisare quali siano le circostanze che rendono possibile tale operazione, e dovendo il relatore speciale chiarire l'apparente contraddizione tra il riconoscere che una prassi può provare l'*opinio juris* e il negare che il *double counting* possa avvenire nella normalità dei casi - A/CN.4/SR.3225, p. 8 e 9) e Gevorgian (che tuttavia afferma che sarebbe preferibile limitare la possibilità di *double counting* a quei soli atti dello Stato che provengano da organi competenti a rappresentare lo Stato all'estero, compatibilmente con l'opinione del russo circa la priorità da attribuirsi prassi di tali organi, su cui vedi nota 258 e testo relativo; A/CN.4/SR.3226, p. 14).
[341] Murphy (A/CN.4/SR.3224, p. 10, proponendo una riformulazione del quarto paragrafo della Conclusione 10: "Acceptance as law by a State generally is not evidenced by the underlying practice alone.").
[342] Hassouna (poiché la contraria impressione deriverebbe dalla lettura degli elenchi contenuti nelle Conclusioni 7.4 e 11.4, che fanno riferimento a forme di prassi verbale - di per sé, del resto, contestata da Hassouna, vedi nota 175 - A/CN.4/SR.3225, p. 11).

generale la possibilità di *double counting*[343], mentre portavano un altro ad enfatizzare l'impossibilità che, da sola, la prassi possa essere sufficiente a provare l'*opinio juris*[344].

Anche di questa Conclusione il Drafting Committee si occupava soltanto nel 2015. Il contenuto del quarto paragrafo, relativo al *double counting*, veniva spostato nella conclusione 3 [4], anche in ragione delle precisazioni contenute nel terzo rapporto del relatore speciale[345], mentre il primo paragrafo perdeva la seconda frase, ritenuta ripetizione di quanto già affermato nella suddetta Conclusione relativamente all'importanza delle circostanze nella valutazione delle prove[346]:

> *Draft conclusion 10 [11] Forms of evidence of acceptance as law (opinio juris)*
>
> *1. Evidence of acceptance as law (opinio juris) may take a wide range of forms.*

4.3. La relazione tra prassi e *opinio juris* nel terzo rapporto

> *Draft conclusion 3 [4] - Assessment of evidence for the two elements*
>
> *[...]*
>
> *2. Each element is to be separately ascertained. This generally requires an assessment of specific evidence for each element.*

Stabilito che la consuetudine necessita contemporaneamente di entrambi gli elementi rappresentati da prassi e *opinio juris*, Wood riconosceva nel suo terzo rapporto (anche a seguito di alcune critiche ricevute)[347] che meritava un approfondimento la questione della loro relazione temporale, e la possibilità di individuare differenze nell'applicazione di tale unitario approccio nelle diverse aree del diritto internazionale. Anzitutto, però, citando certa dottrina che afferma che i due elementi sono di fatto due aspetti di un medesimo fenomeno[348], ossia non in concreto separabili, Wood ricordava che l'accertamento di entrambi deve in ogni caso avvenire separatamente, ossia sulla base di prove diverse per ognuno dei due elementi[349]. In questo senso Wood andava a specificare le osservazioni, piuttosto ambigue[350], contenute nel precedente rapporto circa la possibilità di effettuare il cosiddetto *double counting*, affermando che non si deve presumere che la prassi sia sufficiente a provare

[343] Austria (con espresso riferimento alla *possibilità* che certi materiali valgano per provare entrambi gli elementi - A/C.6/69/SR.25, par. 108).
[344] Giappone (riferendosi all'affermazione del relatore speciale che l'accettazione come diritto non può essere provata *soltanto* in base alle prove della prassi - A/C.6/69/SR.26, par. 76).
[345] Vedi il punto I.4.2.
[346] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 8.
[347] Si tratta di critiche riferite alla Conclusione che nel suo secondo rapporto il relatore speciale dedicava al riconoscimento del modello dualistico (che descrive la consuetudine come somma di prassi e accettazione come diritto), qui non espressamente analizzata.
[348] *Ibidem*, nota 18, in particolare B. Stern, "Custom at the Heart of International Law", Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11 (2001), p. 89.
[349] *Ibidem*, par. 13-14.
[350] Vedi sopra, in particolare la discussione presso la Commissione, punto I.4.2.

l'*opinio juris*, altrimenti si cadrebbe di fatto nell'affermare la sufficienza di un singolo elemento per la formazione e identificazione di consuetudini[351].

Al fine di effettuare tale precisazione, il relatore speciale proponeva pertanto l'introduzione di un secondo paragrafo alla Conclusione 3 [4], più sopra riportato; si noti che, in definitiva, le questioni della relazione temporale tra i due elementi e della differente applicazione della teoria dualistica rimanevano invece prive di un riscontro nel testo di tale Conclusione. Circa la prima questione, il relatore affermava che non è sempre necessario che la prassi preceda l'*opinio juris*[352], in particolare indicando, in nota, che, qualora la prassi si manifesti successivamente, non si potrebbe parlare di '*opinio juris*', bensì soltanto di 'opinio', trattandosi cioè della convinzione che una regola dovrebbe esistere[353]. Per quando riguarda la seconda questione, sarebbe possibile che l'approccio dualistico si applichi diversamente in base all'ambito o al tipo di regola, in maniera tale che un certo tipo di prassi o di prova di *opinio juris* abbia maggior rilievo rispetto ad altre forme, anche in considerazione del contesto in cui la regola opera, ma rimane comunque doveroso l'accertamento di entrambi gli elementi[354].

Molti membri della Commissione, pur riconoscendo la necessità dell'accertamento separato di prassi e *opinio juris*, contestavano che uno stesso elemento di prova non possa essere utilizzato per entrambi gli elementi[355] e alcuni richiedevano chiarimenti in rapporto alla possibilità di accertare in maniera differente i due elementi in ragione dell'ambito particolare del diritto internazionale[356].

[351] *Ibidem*, par. 15 e nota 25, citando in particolare Hugh Thirlway, "Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues", Leiden Journal of International Law, Vol. 28 (2015), p. 495.
[352] *Ibidem*, par. 16.
[353] *Ibidem*, nota 28.
[354] *Ibidem*, par. 33.
[355] Tladi (A/CN.4/SR.3251, p. 4), Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 5, negando che possa esistere (almeno non sempre) 'specific evidence' per ciascun elemento), Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3251, p. 7), Park (A/CN.4/SR.3251, p. 8), Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 10), Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 7, tuttavia richiedendo che dovrebbe in ogni caso eliminarsi l'avverbio 'generally', che, come si vedrà, è esattamente quello su cui il relatore speciale si appoggia per negare che la conclusione non consenta il possibile uso della stessa prova per entrambi gli elementi), Kamto (A/CN.4/SR.3252, p. 15), McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 3), Nolte (A/CN.4/SR.3253, p. 6), Petric (A/CN.4/SR.3253, p. 7, ricordando che 'Such an approach could be problematic when there was no physical evidence of State practice, which was often the case in contemporary international relations. With the proliferation of international organizations and conferences, States were more likely to express their will through verbal acts, in which practice and *opinio juris* were interconnected and thus difficult to separate.'), Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3253, p. 9), Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 11), Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p. 3), Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 5), Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 8); a favore invece della necessità di prove separate Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3).
[356] Appoggiata da Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 5), Šturma (A/CN.4/SR.3252, p. 13), Nolte (A/CN.4/SR.3253, p. 6) e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 5: 'Situations in which *opinio juris* preceded practice should also be taken into consideration, particularly in cases in which States expressed the view that a given practice was not acceptable under international law before that practice had even started to develop.'), contestata da Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 5, non essendo chiaro quali siano questi ambiti particolari e chi possa decidere quali lo sono, non potendolo fare i giudici, il cui compito non è quello di creare il diritto: 'Leaving the resolution of those questions to international judges, who were supposed to apply — not to create — the rules of international customary law was problematic, since they might substitute their own judgment for that of States, which remained the primary sources of international law; moreover international law still lacked a court of general and compulsory jurisdiction.') e Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 11: 'The application of different standards would exacerbate the fragmentation of customary international law and even call its

Anche la possibilità che l'*opinio juris* possa precedere la prassi era oggetto di dibattito[357], così come la possibilità che un elemento compensi l'altro in una prospettiva del tipo 'sliding scale'[358]. In risposta a tali commenti, Wood ricordava che l'aggettivo 'generally' si trovava nel testo della conclusione proprio per evitare che questa venisse letta nel senso di escludere la possibilità di utilizzare gli stessi elementi di prova sia per la prassi che per l'*opinio juris*; questi ultimi devono essere in ogni caso presenti entrambi, dovendosi conseguentemente negare un approccio compensativo del tipo 'sliding scale'[359].

Il Drafting Committee ribadiva l'enfasi posta dal relatore speciale sulla necessità di accertare separatamente i due elementi e le relative prove, affermando che non è possibile dedurre un elemento dall'altro, ma che lo stesso materiale potrebbe servire ad accertare sia la prassi che l'*opinio juris*, purché l'esame avvenga separatamente per entrambi. Rimanevano altresì privi di indicazione nel testo della Conclusione le questioni della relazione temporale tra i due elementi e quella della possibile diversa applicazione dei due elementi in particolari settori del diritto internazionale:

---

validity into question.'); McRae sottolineava del resto come il rapporto tra i due elementi non risulti chiaro nemmeno in generale (A/CN.4/SR.3253, p. 3: 'Empirical evidence was lacking as to how States and international courts actually applied the criteria that they said should be used in identifying customary international law. What emerged from the judgments of the International Court of Justice in the North Sea Continental Shelf cases and the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua was that the two constituent elements of customary international law were not applied consistently. Sometimes the identification of customary international law seemed to be based on an intuitive response, rather than on an analysis of practice and *opinio juris*, and sometimes the existence of one of the elements was merely assumed. It was that dissonance between the principles enunciated and what was actually done by courts and States that made the process of identifying customary international law confusing and difficult. Among the questions that should be addressed were: what, in fact, constituted general practice in an international community of 192 States; who should gather the necessary evidence for the existence of general practice; and how exactly should that be done?'.).

[357] Supportata da Park (A/CN.4/SR.3251, p. 8) e Saboia (A/CN.4/SR.3252, p. 12), contestata da Kamto (A/CN.4/SR.3252, p. 15; in particolare l'articolo 38 dello Statuto della CIG e la decisione della Corte medesima nel caso della piattaforma continentale del Mare del Nord militerebbero contro l'idea che l'*opinio juris* possa precedere la prassi: '*Opinio juris* was a belief that a practice was rendered obligatory, not that a future practice would be or might be rendered obligatory. He could not therefore endorse the Special Rapporteur's position and he did not find convincing the view that was cited in footnote 28, according to which the expression of a need for law gave rise to a practice that completed the formation of the customary rule, since there could be a need for law, though not necessarily a need for customary law: very often, it was a need for treaty law. [...] Of course, international custom was not voluntary law in the sense that treaty law was — although elements of will played a part in the formation of certain customary rules — but it was certainly not spontaneous law because no rule of law emerged suddenly without any objective assessment or intellectual or psychological process.') e Petric (A/CN.4/SR.3253, p. 7, tuttavia riconoscendo che l'*opinio juris* potrebbe coincidere temporalmente con la prassi, anche verbale.).

[358] Supportata da Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3251, p. 7: 'He therefore requested clarification as to whether, by going forward with a strict separation between evidence of practice and *opinio juris*, the Special Rapporteur was rejecting Kirgis's "sliding scale" approach, in other words, the notion that the weight accorded to each element could vary according to circumstances.') e Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3).

[359] A/CN.4/SR.3254, p. 10.

Draft conclusion 3 [4] 2. Each element is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element360.

Gli Stati sembravano appoggiare in gran parte il testo di questa Conclusione, alcuni tuttavia focalizzandosi sull'affermazione che, per quanto l'accertamento dei due elementi dovrebbe avvenire separatamente, non sarebbe possibile negare che una stessa prova serva a dimostare entrambi gli elementi[361], altri invece ponendo l'accento sul fatto che 'normalmente' tale accertamento richiederebbe prove specifiche per i due elmenti[362]. Un aspetto da approfondire sarebbe stato il diverso peso di alcune forme di prova in determinati ambiti del diritto internazionale[363], ma solo uno Stato affermava espressamente che un elemento potrebbe compensare l'altro[364]; al contrario alcuni Stati dichiaravano espressamente che gli elementi da accertare sono sempre due e dotati della medesima importanza[365]. Se poi taluni si dicevano d'accordo nel non ritenere necessario un determinato ordine temporale tra i due elementi[366], da una parte si sosteneva che la conclusione avrebbe dovuto essere riformulata in maniera più generale, poichè non sempre si tratta di decidere una controversia circa l'esistenza di una norma consuetudinaria[367].

---

[360] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 3-4. La Conclusione rimane sostanzialmente identica, eccezion fatta per la rimozione dell'aggettivo 'specific' che qualificava la prova.

[361] Francia (A/C.6/70/SR.20, par. 14), Polonia (A/C.6/70/SR.21, par. 66, ricordando tuttavia che le decisioni di corti nazionali non potrebbero costituire prova di entrambi gli elementi, e che dovrebbe approfondirsi l'elemento dell'*opinio necessitatis*), Germania (A/C.6/70/SR.22, par. 9), Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 56), Indonesia (A/C.6/70/SR.23, par. 24, tuttavia suggerendo di eliminare 'generally' dal testo della conclusione proposta nel rapporto - cosa che il Drafting Committe già realizzava) e Malesia (A/C.6/70/SR.23, par. 45, dovendosi esplicitare che tutto dipende dalle circostanze del caso concreto).

[362] Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 70), Sudan (A/C.6/70/SR.21, par. 84), Australia (A/C.6/70/SR.22, par. 48), Slovenia (A/C.6/70/SR.23, par. 2), Vietnam (A/C.6/70/SR.23, par. 15) e Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 39).

[363] Romania (A/C.6/70/SR.21, par. 75) e Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 56).

[364] Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 40; il rapprensentante greco non soltanto sottolineava il diverso peso di diverse forme di prassi in diversi ambiti ('For instance, relevant State practice in the identification of customary international law in the field of diplomatic privileges and immunities was based primarily on international agreements and diplomatic correspondence, while in other fields, such as the law of naval warfare, it might take the form of both written texts and physical action.'), ma apparantemente adottava anche un approccio del tipo 'sliding scale', tanto da affermare che se l'*opinio juris* precede la prassi essa avrebbe priorità nell'affermare l'esistenza della consuetudine: 'in cases where *opinio juris* in statu nascendi preceded the development of relevant State practice and the latter consisted merely of State acquiescence to the new rule or the absence of conflicting practice, it could be argued that *opinio juris* had played the predominant role in the creation of the new customary rule.').

[365] Bielorussia (A/C.6/70/SR.21, par. 26), India (A/C.6/70/SR.21, par. 63, precisando che la prassi dovrebbe provenire da paesi appartenenti a diverse zone del mondo, e in tal senso la Commissione dovrebbe incentivare i paesi in via di sviluppo a pubblicare la propria prassi, in particolare comunicando con le organizzazioni regionali) e Slovacchia (A/C.6/70/SR.23, par. 7).

[366] Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 70), Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 56), Slovenia (A/C.6/70/SR.23, par. 2) e Vietnam (A/C.6/70/SR.23, par. 15).

[367] El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 99: 'the analysis of the draft conclusion should not focus on the evidentiary aspect, since it should not be assumed that the invocation of a customary norm would always be the subject of controversy. Although the wording of the provision was suitable, her delegation suggested replacing the title with something more general, for example "Assessment of the existence of the two elements" [Valoración de la existencia de los dos elementos] or "Means of identifying the two elements" [Medios para identificar los dos elementos].').

4.4. Il ruolo di trattati e risoluzioni (in generale)

Anche qui già oggetto di un riconoscimento in generale nelle Conclusioni dedicate alle forme di prassi e alla prova di *opinio juris*, trattati e risoluzioni venivano giudicati meritevoli di un approfondimento nel terzo rapporto, in considerazione dell'intensificarsi della relazione tra consuetudini e testi scritti, conseguente all'incremento delle operazioni di codificazione e al moltiplicarsi delle organizzazioni internazionali a partire dalla seconda metà del secolo scorso[368]. Si noti come Wood riconoscesse già in via generale che tutti i testi scritti (non solo i trattati) possono avere una funzione codificatrice, o di sviluppo progressivo, o creatrice di nuove consuetudini[369]; il vero problema starebbe nel provare che effettivamente la regola messa per iscritto corrisponda ad una norma consuetudinaria, avendo cura delle circostanze[370]. Tuttavia, vista la rilevanza del tema delle risoluzioni per la questione dei 'soggetti' che possono produrre o contribuire ad accertare la prassi, e dei trattati per la questione della loro relazione con il diritto consuetudinario, si rinvia la trattazione delle prime al successivo capitolo, dedicato all'aspetto 'soggettivo'[371], e dei secondi al terzo, dedicato appunto al rapporto tra consuetudini e trattati[372].

4.5. Organizzazioni internazionali, giurisprudenza e dottrina

Come anticipato, rilievo (esclusivamente) probatorio assumono, secondo la Commissione, anche la condotta delle organizzazioni internazionali[373], le pronunce di corti e tribunali internazionali, e le opinioni dei più illustri esponenti della dottrina. Trattandosi di altri 'soggetti' rilevanti in diritto internazionale[374], si preferisce rinviare la trattazione delle relative Conclusioni al secondo capitolo, in cui si esamina l'aspetto 'soggettivo' della prassi.

[368] *Ibidem*, par. 27, citando in particolare Tomka, Custom and the International Court of Justice, in "The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 12 (2013), p. 195

[369] Le tre operazioni che nella decisione sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord la CIG riconosce che (solo) un trattato possa avere sul diritto internazionale consuetudinario. Il relatore speciale ulteriormente sottolinea che 'other written texts', in particolare i lavori della CDI, possano essere oggetto delle medesime considerazioni circa il loro possibile contributo alla formazione e identificazione delle consuetudini (*Ibidem*, par. 30).

[370] *Ibidem*, par. 29.

[371] Punto I di questo Capitolo.

[372] Punto I di questo Capitolo.

[373] Salvo il possibile rilievo costitutivo della prassi degli organi che svolgono attvità esterna e in cui gli Stati sono rappresentati; vedi oltre al punto I.2.3.

[374] Non volendosi chiaramente riconoscere soggettività giuridica di diritto internazionale in senso tecnico a giudici e studiosi, ma intendendo il termine in un senso più ampio.

II. L'aspetto oggettivo della prassi nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale su accordi successivi e prassi successiva

Alcune Conclusioni del lavoro di Georg Nolte come relatore speciale del topic relativo ad accordi e prassi successiva hanno particolare rilievo per il tema di che cosa la prassi successiva sostanzialmente sia, quali cioè ne siano i requisiti e quali invece i connotati che ne mutano semplicemente il valore. Come nella parte precedente, si procede indicando la Conclusione proposta dal relatore speciale e le considerazioni che ne stanno alla base. In particolare, tali considerazioni verranno ove possibile raffrontate con quelle contenute nei tre rapporti redatti da Nolte per il Gruppo di Studio della Commissione[375]. Si verificherà infine come, a seguito degli interventi dei membri di questa, le Conclusioni siano state modificate dal Drafting Committee, e quindi fatte oggetto di commento da parte degli Stati. Si noti infatti che, a differenza di Sir Michael Wood, Nolte preferiva effettivamente riprodurre la Conclusione riformulata, assieme ad un commento appositamente redatto, all'interno del rapporto annuale della Commissione.

Inoltre, come per i lavori della Commissione relativi all'identificazione della consuetudine, è possibile individuare alcune Conclusioni che si riferiscono al tema della prova, in particolare quando si tratti della condotta di attori diversi dagli Stati: quest'ultima non rileverebbe in quanto prassi successiva in sè, bensì per l'accertamento della prassi statale come mezzo interpretativo. Si può anticipare che, anche qui come nel Capitolo precedente, tali Conclusioni sono trattate specificamente nel capitolo che riguarda i 'soggetti' rilevanti, visto che, appunto, si tratta per lo più di attività realizzate da soggetti che non sono (propriamente) Stati. Alcune considerazioni relative effettivamente alla prova si rinvenivano invece nei rapporti per il Gruppo di Studio[376].

1. Regola generale d'interpretazione

Draft conclusion 1 – General rule and means of treaty interpretation

Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, as treaty obligation and as reflection of customary international law, sets forth the general rule on the interpretation of treaties.

The interpretation of a treaty in a specific case may result in a different emphasis on the various means of interpretation contained in articles 31 and 32 of the Vienna Convention, in

[375] Non pubblicati dalle Nazioni Unite, bensì all'interno di un volume a cura del medesimo Nolte, intitolato 'Treaties and Subsequent Practice' (Oxford, 2013).
[376] Vedi al punto II.6.

particular on the text of the treaty or on its object and purpose, depending on the treaty or on the treaty provisions concerned.[377]

Nel suo primo rapporto come relatore speciale Nolte individuava la regola generale d'interpretazione e descriveva gli strumenti interpretativi che essa identifica. Si tratta di un tema di portata generale, ma significativo per l'aspetto 'oggettivo' della prassi dal momento che, come si vedrà, il Drafting Committe riformulava la Conclusione mettendo (meglio) in evidenza un aspetto di particolare rilievo ai nostri fini, ossia la distinzione tra prassi successiva in senso stretto (ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna) e in senso ampio (rilevante solo come mezzo interpretativo sussidiario ex articolo 32). Nolte aveva chiaramente affrontato il tema nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio, ma utilizzava anche numerosi riferimenti alla giurisprudenza individuata nel secondo, per dimostrare come varie corti internazionali abbiano fatto riferimento alla regola descritta dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna del 1969. Si affermava anzitutto che la Corte Internazionale di Giustizia si è riferita all'articolo 31 soprattutto dagli anni novanta, sostenendo la natura consuetudinaria della regola generale d'interpretazione ivi descritta[378].

1.1. Giurisprudenza in regimi economici

Anche corti di ambito economico sembrano applicare tale regola[379]. Nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte ricordava anzitutto il Dispute Settlement Understanding del WTO prevede, per la risoluzione di controversie tra Stati membri, la presenza di un Dispute Settlement Body, composto da Panels costituiti ad hoc e un Appellate Body permanente[380]. L'articolo 3.2 del DSU prevede che l'interpretazione avvenga sulla base di regole consuetudinarie[381]: tuttavia, è ormai consolidato nella giurisprudenza dell'Appellate Body il riferimento agli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna, di cui è riconosciuto il rango consuetudinario. L'applicazione di tali articoli da parte degli organi del WTO segue, secondo Nolte, un andamento sequenziale, che dà

[377] A/CN.4/660, par. 28. Nolte collega il contenuto di questa conclusione alle prime tre conclusioni 'preliminari' contenute nel rapporto della Commissione per la 63esima sessione (A/66/10, par. 344), dedicate a 'General rule on treaty interpretation', 'Approaches to interpretation' e 'Interpretation of treaties on human rights and international criminal law'.

[378] A/CN.4/660, par. 10 e note relative. La giurisprudenza della CIG non è oggetto di particolare approfondimento qui perchè costiuisce del resto il punto di riferimento principale di tutta l'indagine di Nolte.

[379] A/CN.4/660, par. 11-14.

[380] Tali organi hanno competenza circa l'interpretazione e applicazione dei trattati base dell'organizzazione, e prendono decisioni che sono vincolanti salvo *consensus* contrario dell'organo politico dell'organizzazione.

[381] L'articolo recita: '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. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.'

assoluta priorità al testo, per poi rilevare il contesto, assieme ad oggetto e scopo, la condotta successiva e infine i lavori preparatori[382].

Viene in rilievo anche il Tribunale USA-Iran, creato nel 1981 con le Dichiarazioni di Algeri, al fine di risolvere la crisi degli ostaggi a Teheran, e ha risolto una serie di controversie finanziarie tra i due paesi e i rispettivi cittadini[383]. La Dichiarazione sulla Risoluzione delle Controversie (CSD) non specificava regole interpretative autonome, che il Tribunale ricavava pertanto dai criteri indicati dalla Convenzione di Vienna, attribuendo un certo peso al significato ordinario dei termini e all'oggetto e scopo del trattato, ma non al punto da irrigidire particolarmente il proprio approccio all'interpretazione[384].

Si ricordava la giurisprudenza dei tribunali ICSID: la Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati prevede l'istituzione di tribunali ad hoc per la risoluzione di tali controversie, sulla base del rapporto tra Stato e investitori di uno Stato straniero descritto da numerosi accordi bilaterali di investimento (BITs)[385]. Né la Convenzione né, normalmente, i trattati bilaterali prevedono regole interpretative, dunque i Tribunali tendono a ricavare il proprio approccio interpretativo dalle regole della Convenzione di Vienna (in quanto tali o come norme consuetudinarie), riferendosi ulteriormente alla giurisprudenza internazionale, ai lavori della Commissione di Diritto Internazionale e alla dottrina. È possibile notare una tendenza a fare un uso soltanto sporadico del criterio interpretativo dell'oggetto e scopo o l'intenzione originaria delle parti, enfatizzando piuttosto il significato ordinario dei termini e altri mezzi interpretativi[386].

Anche le decisioni in ambito NAFTA sono giudicate rilevanti dal relatore speciale: Concluso tra Stati Uniti, Canada e Messico al fine di istituire una zona di libero scambio, il NAFTA consta di una Free Trade Commission e di un Segretariato, oltre a prevedere vari meccanismi di risoluzione delle controversie. L'articolo 102.2 afferma che per interpretare il trattato occorre fare riferimento

[382] La preponderanza dell'elemento testuale è spiegata dalla natura tecnica delle disposizioni da interpretare, e spiegherebbe a sua volta, a giudizio di Nolte, la scarsa enfasi su oggetto e scopo, così come il raro ricorso al principio di effettività e ad interpretazioni di tipo evolutivo da parte degli organi del WTO (Second Report, cit., p. 216).
[383] Accumulando una giurisprudenza tale da non poter essere considerato, a giudizio di Nolte, un semplice tribunale arbitrale.
[384] Vedi Georg Nolte, "Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 210, a p. 221.
[385] Si tratta di decisioni inappellabili inserite in un quadro non giurisdizionalmente coordinato, ciononostante i Tribunali tendono a considerare le decisioni prese da altri Tribunali, in particolare per quanto riguarda i concetti generali: ciò determina la produzione di una giurisprudenza giudicata da Nolte sufficientemente coerente (Second Report, cit., p. 233).
[386] Second Report, cit., p. 233.

agli obiettivi del medesimo e alle altre norme di diritto internazionale applicabili[387], e un Panel ha riconosciuto che tra queste ultime si deve riconoscere l'importanza degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, in quanto di valore consuetudinario[388]. Si tratta dunque di un approccio interpretativo basato sulla Convenzione, con una particolare enfasi sull'oggetto e scopo del trattato[389].

1.2. Giurisprudenza in regimi a tutela dei diritti umani

Anche i tribunali per i diritti umani hanno fatto riferimento alle regole interpretative della Convenzione di Vienna[390]. Anzitutto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, competente per l'applicazione e l'interpretazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), esercitando la propria giurisdizione[391] sugli Stati parte anche in base all'azione di singoli individui[392]. Essa ha riconosciuto le regole interpretative della Convenzione di Vienna in particolare nella sentenza Golder[393], che vi faceva espresso riferimento in quanto principi generali del diritto internazionale, salvo il riferimento ad eventuali regole particolari del Consiglio d'Europa[394]. Nolte sottolineava tuttavia come la Corte non faccia espresso riferimento alla Convenzione di Vienna ad ogni occasione, limitandosi a riferirvisi quando si tratti di rilevare i rapporti della Convenzione con le altre fonti del diritto internazionale, o il rapporto della Corte medesima con gli Stati[395]; piuttosto, essa ha evidenziato la distanza che separa la CEDU da altri trattati internazionali 'classici', che meramente realizzano obblighi reciprochi, affermando che la CEDU starebbe invece alla base di un 'ordine pubblico europeo', costituendo uno 'strumento vivente' comparabile con la Costituzione di uno Stato nazionale democratico, che la Corte è chiamata a realizzare in ragione del principio di

[387] L'articolo 102 indica al primo paragrafo gli obiettivi dell'organizzazione, mentre nel secondo afferma: 'The Parties shall interpret and apply the provisions of this Agreement in the light of its objectives set out in paragraph 1 and in accordance with applicable rules of international law.'

[388] In the matter of Tariffs Applied by Canada to Certain U.S. Origin Agricultural Products (CDA-USA-1995-2008-01), Report finale del Panel, 2 dicembre 1996, par. 118-9: 'The starting point in the interpretation of the NAFTA is NAFTA Article 102(2), which provides: [...] The applicable rules of international law include, the Parties agree, Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ("the Vienna Convention"), which are generally accepted as reflecting customary international law.'

[389] Second Report, cit., p. 238.

[390] A/CN.4/660, par. 15-21.

[391] Nolte evidenziava come la giurisprudenza della Corte sia tendenzialmente uniforme nello stile e particolarmente dettagliata nell'indicazione del profilo fattuale e giuridico (Second Report, cit., p. 244).

[392] A partire dal Protocollo 11, firmato l'11 maggio 1994 ed entrato in vigore il 1 novembre 1998.

[393] Golder c. Regno Unito, 21 febbraio 1975

[394] Regole di interpretazione speciali si ritrovano nella Convenzione agli articoli 16 ('Restrictions on political activity of aliens - Nothing in Articles 10, 11 and 14 shall be regarded as preventing the High Contracting Parties from imposing restrictions on the political activity of aliens) e 17 ('Prohibition of abuse of rights - Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention).

[395] Second Report, cit., p. 245.

effettività[396]. Ciò determina alcune peculiarità nel processo interpretativo, ma, in ogni caso, non vere e proprie 'eccezioni' alla disciplina indicata dalla Convenzione di Vienna[397].

Viene poi in rilievo la Corte Inter-Americana dei Diritti dell'Uomo[398], competente a controllare l'adempimento degli Stati agli obblighi della Convenzione americana dei diritti dell'uomo (ACHR)[399]. La Corte, interpretando anche altri trattati di simile contenuto conclusi tra questi, esprime pareri e decisioni, queste ultime vincolanti nei confronti degli Stati che ne abbiano accettato la giurisdizione. L'approccio interpretativo si basa su alcune specifiche diposizioni del capitolo IV dell'ACHR, in particolare l'articolo 29.b) e d), che affermano il divieto per la Corte di interpretare la Convenzione, rispettivamente, nel senso di restringere un diritto garantito da un ordinamento nazionale sulla base di eventuali obblighi convenzionali, o di restringere gli effetti della Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo o di altri atti internazionali simili[400]: è sulla base di tale disposizione che la Corte si ritiene competente ad interpretare anche altri trattati a tutela dei diritti umani, in particolare nel senso di adottare l'interpretazione che riconcilia le diverse fonti nel senso più favorevole all'individuo.

La Corte riconosce in ogni caso le regole di Vienna[401] ma, come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, afferma che l'ACHR, dato il suo contenuto, non è un normale trattato multilaterale, bensì contiene regole e principi che devono essere interpretati in una prospettiva valoriale[402]. L'approccio della Corte è cioè 'pro homine', ossia dilata l'ambito applicativo dei diritti garantiti dai vari strumenti oggetto d'interpretazione, in funzione della natura aperta della Convenzione e quindi

[396] L'indicazione della CEDU come 'living instrument' si ritrova per la prima volta nella sentenza Tyrer c. Regno Unito (25 aprile 1978), poi essere ripresa in Soering c. Regno Unito (7 luglio 1989), in Loizidou c. Turchia (Grande Camera, 18 dicembre 1996), in Ocalan c. Turchia (Grande Camera, 12 maggio 2005) e in Al-Saadoon & Mufdhi c. Regno Unito (2 marzo 2010), in particolare.

[397] Second Report, cit., p. 245-6.

[398] Assieme alla Commissione inter-americana dei diritti dell'uomo, la Corte è parte dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS), nata al fine di tutelare i diritti umani.

[399] Conclusa nel 1978 e oggi ratificata da 24 dei 35 membri dell'OAS.

[400] Articolo 29 ACHR 'Restrictions Regarding Interpretation - No provision of this Convention shall be interpreted as: a. permitting any State Party, group, or person to suppress the enjoyment or exercise of the rights and freedoms recognized in this Convention or to restrict them to a greater extent than is provided for herein; b. restricting the enjoyment or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party or by virtue of another convention to which one of the said states is a party; c. precluding other rights or guarantees that are inherent in the human personality or derived from representative democracy as a form of government; or d. excluding or limiting the effect that the American Declaration of the Rights and Duties of Man and other international acts of the same nature may have.'

[401] Ad esempio in Restrictions to the Death Penalty (Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights), Parere OC-3/83 del 8 settembre 1983, par. 48: 'the Court will apply the rules of interpretation set out in the Vienna Convention, which may be deemed to state the relevant international law principles applicable to this subject.'

[402] Vedi ad esempio in González e altri ("Cotton Field") c. Mexico, Obiezione preliminare, meriti, riparazioni e costi, decisione del 16 novembre 2009, par. 33: 'international human rights law is composed of a series of rules (conventions, treaties and other international documents), and also of a series of values that these rules seek to develop. Therefore, the norms should also be interpreted based on a values-based model that the Inter-American System seeks to safeguard from the perspective of the "best approach" for the protection of the individual.'

dell'opportunità di interpretare in maniera evolutiva[403]. Trattandosi di diritti umani, l'interpretazione cosiddetta 'soggettiva', basata cioè sull'intenzione delle parti, gode di scarso rilievo nella giurisprudenza della Corte; piuttosto, essa sembra dare pari risalto ai vari strumenti interpretativi indicati dalla Convenzione di Vienna, poiché questa governa un unico 'processo interpretativo'[404]. Benchè il significato ordinario dei termini sia, anche qui, il punto di partenza, spesso tuttavia la Corte fa ricorso anche ad altri mezzi, indipendentemente dalla chiarezza del testo[405]. Del contesto si tiene talvolta conto, ma raramente esso svolge una portata decisiva[406]. Anche i riferimenti al preambolo dell'ACHR servono per lo più per introdurre un ragionamento interpretativo che si incentra sull'oggetto e scopo, che costituisce il criterio interpretativo di maggior rilevanza nella giurisprudenza della Corte, sia con riferimento a oggetto e scopo della singola disposizione, ma soprattutto riferendosi a quelli dell'ACHR nella sua interezza[407].

Tale mezzo interpretativo è anche quello maggiormente utilizzato dal Comitato per i Diritti dell'Uomo (HRC), organo di esperti indipendenti istituito nell'ambito del Patto del 1966 sui Diritti Civili e Politici (ICCPR), al fine di verificarne l'implementazione da parte degli Stati parte[408]. Il Comitato riceve rapporti da parte degli Stati circa lo stato dell'implementazione dei diritti tutelati dal Patto, esprimendosi attraverso 'osservazioni conclusive'[409]; può anche ricevere reclami da parte

[403] Ad esempio in Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua, Meriti, riparazioni e costi, decisione del 31 agosto 2001, par. 146, la Corte affermava: 'human rights treaties are live instruments whose interpretation must adapt to the evolution of the times and, specifically, to current living conditions.'

[404] In "White Van" (Paniagua Morales et altri) c. Guatemala, Obiezioni preliminari, decisione del 25 gennaio 1996, par. 40, si leggeva: 'Tales elementos se encuentran vinculados en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al indicar que el proceso de interpretación es uno'.

[405] González, cit., par. 42: 'although the text appears literally clear, it must be analyzed applying all the elements that comprise the rule of interpretation of Article 31 of the Vienna Convention [...]. The Court has also stated this when indicating that the "usual meaning" of the terms cannot be a rule in itself, but should be examined in the context and, especially, from the perspective of the object and purpose of the treaty, so that the interpretation does not result in a deterioration in the protection system embodied in the Convention.'

[406] Ad esempio in Restrictions to the Death Penalty (nota 401) in cui la Corte, per negare che uno Stato potesse introdurre la pena di morte per reati per cui non essa non era prevista al tempo in cui l'ACHR entrava in vigore per tale Stato, fa riferimento al contesto dell'articolo 4 ACHR sul diritto alla vita; tuttavia, la Corte ritiene di dover sostenere questo risultato interpretativo riferendosi ai lavori preparatori.

[407] L'obiettivo è chiaramente quello di tutelare i diritti umani in maniera effettiva (vedi ad esempio The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law, Parere OC-16/99 del 1 ottobre 1999, par. 58: 'The object and purpose of the American Convention is effective protection of human rights. Hence, when interpreting that Convention the Court must do it in such a way that the system for the protection of human rights has all its appropriate effects (effet utile).') poiché, come sottolineato anche dal giudice Trindade in un'opinione separata, si tratta non tanto di obblighi reciproci tra Stati bensì di obblighi oggettivi a tutela di singoli individui (Opinione separata del giudice Trindade (par. 5) in Caesar c. Trinidad e Tobago, Meriti, riparazioni e costi, decisione del 11 marzo 2005: 'Whilst in general international law the elements for the interpretation of treaties evolved primarily as guidelines for the process of interpretation by States Parties themselves, human rights treaties, in their turn, have called for an interpretation of their provisions bearing in mind the essentially objective character of the obligations entered into by States Parties: such obligations aim at the protection of human rights and not at the establishment of subjective and reciprocal rights for the States Parties. Hence the special emphasis on the element of the object and purpose of human rights treaties, of which the case-law of the two regional - the Inter-American and the European - Courts of Human Rights gives eloquent testimony.')..

[408] Che sono ad oggi 16.

[409] Articolo 40 ICCPR.

di Stati nei confronti di altri Stati, ma finora non è mai successo[410]; infine, può ricevere reclami ('comunicazioni') da parte di individui nei confronti degli Stati che abbiano aderito al primo protocollo addizionale[411]. In quest'ultimo caso il Comitato decide se c'è stata una violazione dei diritti garantiti dall'ICCPR, pubblicando la propria 'view' non vincolante[412]. Raramente il Comitato fa espresso riferimento alle regole interpretative della Convenzione di Vienna[413], ma sembra applicare tali regole nella sostanza. In particolare, come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il Comitato ritiene che i termini del Patto vadano interpretati in maniera autonoma[414], e ha riconosciuto la necessità di interpretare tutti i diritti tutelati dal Patto in maniera evolutiva[415]. Nei brevi ragionamenti del Comitato, tuttavia, sono piuttosto limitati i riferimenti alla prassi successiva, così come è ridotta l'importanza del significato ordinario dei termini, e del contesto[416]; come anticipato, gioca invece un ruolo centrale il criterio dell'oggetto e scopo del trattato[417].

---

[410] Articolo 41 ICCPR.

[411] Ad oggi 115.

[412] Una view contiene solitamente l'indicazione della situazione di fatto, gli argomenti delle parti, e il ragionamento del Comitato, di solito di breve estensione.

[413] Uno di tali rari casi è rappresentato dalla Comunicazione 118/1992 (Alberta Union c. Canada, view del 18 luglio 1986), par. 6.3: 'In interpreting the scope of article 22, the Committee has given attention to the "ordinary meaning" of each element of the article in its context and in the light of its object and purpose (article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). The Committee has also had recourse to supplementary means of interpretation (article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) and perused the travaux preparatoires of the Covenant on Civil and Political Rights, in particular the discussions in the Commission on Human Rights and in the Third Committee of the General Assembly.'

[414] Ad esempio in Van Duzen c. Canada (Comunicazione 50/1979, view del 7 aprile 1986), par. 10.2: 'The Committee further notes that its interpretation and application of the International Covenant on Civil and Political Rights has to be based on the principle that the terms and concepts Or the Covenant are independent of any particular national system or law and of all dictionary definitions. Although the terms of the Covenant are derived from long traditions within many nations, the Committee must now regard them as having an autonomous meaning.'

[415] Ad esempio in Yoon & Choi c. Repubblica di Corea (Comunicazione 1321/2004 e 1322/2004, view del 3 novembre 2006), riconoscendo che il Patto non tutela direttamente il diritto all'obiezione di coscienza, ma tuttavia va interpretato in maniera evolutiva nel senso di non potersi escludere qualche forma di tutela alle convinzioni religiose di fronte a certi obblighi giuridici (vedi par. 8.2: 'the article 8 of the Covenant itself [divieto di schiavitù e lavori forzati, compresa la leva militare obbligatoria nei paesi che riconoscono l'obiezione di coscienza] neither recognizes nor excludes a right of conscientious objection. Thus, the present claim is to be assessed solely in the light of article 18 of the Covenant [libertà di pensiero, coscienza e religione], the understanding of which evolves as that of any other guarantee of the Covenant over time in view of its text and purpose'; par 8.3: 'while the right to manifest one's religion or belief does not as such imply the right to refuse all obligations imposed by law, it provides certain protection, consistent with article 18, paragraph 3, against being forced to act against genuinely-held religious belief.').

[416] Fa eccezione Kindler c. Canada (Comunicazione 470/1991, view del 30 luglio 1993), in cui il richiamo all'articolo 6.2 ('In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgement rendered by a competent court.') serviva al Comitato per negare che l'estradizione verso un paese che applica la pena di morte costituisca automaticamente una violazione dell'articolo 6.1 (diritto alla vita), e che l'articolo 7 (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti) possa essere interpretato nel senso di vietare in assoluto la pena di morte.

[417] Ad esempio in Setelich c. Uruguay (Comunicazione 63/1979, view del 28 ottobre 1981), il Comitato afferma che l'oggetto e scopo del trattato impongono di ritenere che il Comitato possa intimare ad uno Stato di consentire all'individuo che abbia subito una violazione di introdurre una Comunicazione in maniera diretta, in un caso in cui, stante la detenzione in un luogo sconosciuto dell'individuo medesimo, era stata la moglie ad introdurre la Comunicazione; in particolare par. 18: 'The Committee rejects the State party's argument that a victim's right to contact the Committee directly is invalid in the case of persons imprisoned in Uruguay. If governments had the right to erect

1.3. Giurisprudenza in altri regimi

Anche altre corti internazionali hanno di fatto applicato le regole della Convenzione di Vienna sull'interpretazione, come rilevato nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio. Anzitutto il Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare: esso è competente ad applicare ed interpretare la Convenzione ONU sul Diritto del Mare (UNCLOS), benché gli Stati parte possano riferire le loro controversie anche alla Corte Internazionale di Giustizia e a tribunali arbitrali ad hoc[418]. La Convenzione disciplina alcune procedure per l'emendamento[419], ma non contiene disposizioni specifiche sull'interpretazione. In un parere del 2011 la Seabed Disputes Chamber del Tribunale ha riconosciuto, tuttavia, che l'interpretazione avviene sulla base dei criteri indicati dalla Convenzione di Vienna del 1969, criteri che godono ormai di rango consuetudinario[420]; in tale parere si ritrova anche l'espresso riconoscimento della possibilità di interpretare in maniera evolutiva[421].

Rilevano poi i tribunali penali internazionali, costituiti dalle Nazioni Unite per perseguire gli autori di crimini internazionali in Ex-Yugoslavia (ICTY)[422] e in Ruanda (ICTR)[423], ma soprattutto la Corte Penale Internazionale (ICC)[424]. Essi applicano diverse fonti, compreso il diritto consuetudinario, ma chiaramente sono anche chiamati all'interpretazione di trattati, in particolare di codificazione: essendo questi talvolta risalenti, inevitabilmente la prassi successiva a tali trattati viene in rilievo. Infine, essi sono limitati da principi di diritto penale, che possono condizionare, a giudizio di Nolte, l'applicazione di strumenti dinamici d'interpretazione come la prassi successiva, ma non al punto di eliminare del tutto ogni margine d'interpretazione[425]. Se l'ICC giudica facendo primario riferimento al proprio Statuto, e solo secondariamente a principi e consuetudini, i tribunali, costituiti con

---

obstacles to contacts between victims and the Committee, the procedure established by the Optional Protocol would, in many instances, be rendered meaningless. It is a prerequisite for the effective application of the Optional Protocol that detainees should be able to communicate directly with the Committee.'

[418] Solo 30 Stati dei 168 aderenti all'UNCLOS hanno accettato la giurisdizione obbligatoria del Tribunale.

[419] Articoli 312-314 UNCLOS.

[420] 'Responsibilities and Obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area', parere n. 17 del 1 febbraio 2011, par. 57: 'Among the rules of international law that the Chamber is bound to apply, those concerning the interpretation of treaties play a particularly important role. The applicable rules are set out in Part III, Section 3 entitled "Interpretation of Treaties" and comprising articles 31 to 33 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties [...]. These rules are to be considered as reflecting customary international law. Although the Tribunal has never stated this view explicitly, it has done so implicitly by borrowing the terminology and approach of the Vienna Convention's articles on interpretation [...]'. Il parere afferma altresì che tale approccio interpretativo si applica anche all'Accordo del 1994 sull'implementazione della Parte XI (par. 59-60) e ai Regolamenti sui noduli (2000) e solfiti polimetallici (2010)(par. 58).

[421] Con riferimento agli obblighi di 'garantire' contenuti negli articoli 153.4 UNCLOS e 4.4 Allegato III, cui si riconosce, evolutivamente, un obbligo di due diligence (par. 110 del parere n. 17, nota precedente), e con riferimento alla possibile evoluzione delle norme sulla responsabilità degli Stati applicabili in ambito UNCLOS (par. 211 del parere n. 17).

[422] Istituito con la risoluzione 827 del Consiglio di Sicurezza del 25 maggio 1993, ha sede a L'Aja.

[423] Istituito con la risoluzione 955 del Consiglio di Sicurezza del 8 novembre 1994, ha sede ad Arusha, in Tanzania.

[424] Istituita con lo Statuto di Roma del 17 luglio 1999, in vigore dal 1 luglio 2002 per 123 Stati ratificanti sui 137 firmatari.

[425] Second Report, cit., p. 286-7.

risoluzioni del consiglio di sicurezza, applicano soprattutto il diritto consuetudinario. In tal senso, mentre la giurisprudenza iniziale di tali enti si è dimostrata particolarmente autonoma, e in particolare più aperta all'uso della prassi successiva, ciò è molto più difficile nel contesto ICC, dove gli Stati si sono preoccupati di delimitare la giurisdizione in maniera rigorosa[426], e la stessa Corte ha esplicitamente rivendicato la distanza che la separa dai tribunali speciali[427]. Secondo Nolte, a ciò si aggiungerebbe la peculiarità del diritto penale internazionale, che è un 'ibrido' di diritto penale, diritto internazionale umanitario e tutela dei diritti dell'uomo[428]. Di conseguenza, l'approccio interpretativo dell'ICC si basa primariamente sullo Statuto, come imposto dall'articolo 21.1.a) del medesimo, che richiama poi gli 'elementi costitutivi dei crimini', identificabili dagli Stati ex articolo 9, e le Regole di procedura e prova; la lettera b) si riferisce poi ad altri 'trattati applicabili' e al diritto internazionale umanitario[429]. I tribunali speciali, invece, fanno riferimento alla Convenzione di Vienna, ma il ruolo del diritto consuetudinario è preminente anche sul piano interpretativo[430]. Di fatto, conclude Nolte, nessuno dei tre giudici ha finora formulato un canone interpretativo determinato[431].

Infine viene in rilievo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), che costituisce il principale organo giudiziario dell'Unione, ed è competente ad applicarne e interpretarne tanto il

[426] Specificando i crimini rientranti nella giurisdizione (articoli da 6 a 8bis), consentendo agli Stati di modificare gli 'elementi costitutivi dei crimini' (articolo 9), definendo la legge applicabile (articolo 21) e riaffermando il principio *nullum crimen sine lege* (articolo 22).

[427] Ad esempio in Katanga e Ngudjolo Chui, Decisione sulla conferma delle imputazioni, 30 settembre 2008, par. 508: 'under article 21(1)(a) of the Statute, the first source of applicable law is the Statute. Principles and rules of international law constitute a secondary source applicable only when the statutory material fails to prescribe a legal solution. Therefore, and since the Rome Statute expressly provides for this specific mode of liability, the question as to whether customary law admits or discards the 'joint commission through another person' is not relevant for this Court. This is a good example of the need not to transfer the ad hoc tribunals' *case law* mechanically to the system of the Court.'

[428] Second Report, cit., p. 288.

[429] Articolo 21 ICC: 'Applicable law - 1. The Court shall apply: (a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence; (b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict.' Alla lettera c) si indicano come fonte sussidiaria i principi che la Corte ricaverebbe dalle legislazioni nazionali, purchè non contrari al diritto internazionale: 'c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.' Gli altri due paragrafi dell'articolo 21 consentono alla Corte di interpretare conformemente ad una precedente decisione (21.2 ICC: 'The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.') e le impongono di interpretare senza violare i diritti umani e senza applicare criteri discriminatori (21.3 ICC: 'The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.').

[430] Tanto che l'ICTY nella decisione del caso Tadic formulava una presunzione di interpretazione sulla base del diritto consuetudinario: 'in case of doubt and whenever the contrary is not apparent from the text of a statutory or treaty provision, such a provision must be interpreted in light of, and in conformity with, customary international law. In the case of the Statute, it must be presumed that the Security Council, where it did not explicitly or implicitly depart from general rules of international law, intended to remain within the confines of such rules.' (Tadić (IT-94-1), Decisione del 15 luglio 1999, par. 287).

[431] Second Report, cit., p. 288-9.

diritto primario[432], quanto quello secondario[433], oltre ai cosiddetti 'accordi misti'[434]. L'approccio interpretativo della Corte discende dalla peculiare natura riconosciuta al diritto dell'Unione, ossia un diritto non soltanto autonomo ma anche di carattere 'costituzionale'[435]; si tratta tuttavia di una posizione assunta per lo più per tutelare l'integrità dell'ordinamento europeo, piuttosto che per impedire un'interpretazione di tipo dinamico. Manca in ogni caso un'espressa indicazione dei criteri interpretativi adottati, salvo per quando riguarda gli accordi misti, la cui interpretazione deve avvenire, secondo la Corte, sulla base delle norme di rango consuetudinario identificate dalla Convenzione di Vienna[436].

Adottando in ogni caso i vari criteri interpretativi indicati in quest'ultima per esaminare la giurisprudenza della CGUE, si nota come il significato ordinario dei termini costituisca spesso il primo passo dell'interpretazione, raramente tuttavia assumendo un ruolo predominante; la Corte in particolare ha talvolta negato fosse necessaria un'ambiguità testuale per andare oltre la lettera dello strumento da interpretare[437], a volte ha invece enfatizzato tali ambiguità, quando presenti, per giustificare il ricorso ad altri mezzi. Anche il contesto è spesso richiamato, in particolare il trattato nella sua interezza oltre che il contesto immediato della disposizione[438]. Talvolta, anche gli obiettivi del trattato vengono richiamati a titolo di 'contesto', ma nella gran parte dei casi oggetto e scopo del trattato rimangono un criterio interpretativo autonomo, di singolare importanza in particolare nell'interpretazione del diritto primario[439].

---

[432] Ossia trattati istitutivi, emendamenti, allegati e protocolli.

[433] Ossia gli atti degli organi, la cui interpretazione non è tuttavia oggetto d'indagine nel secondo rapporto.

[434] Ossia i trattati conclusi tra l'Unione e Stati terzi, con il necessario consenso degli Stati membri dell'Unione.

[435] Espressione che si ritrova in Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo (C-294/83, 1986, par. 23); precedenti affermazioni simili si rinvengono in Van Gend & Loos c. Olanda (C-26/62, 1963, Massima, punto 3: 'la Comunità Economica Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale') e in Flaminio Costa c. ENEL (C-6/64, 1964, p. 1145: 'scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità.').

[436] In particolare in Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen (C-386/08, 2010, par. 41-42), in relazione all'ambito territoriale del trattato Euro-Mediterraneo con Israele: 'le regole contenute nella Convenzione di Vienna si applicano ad un accordo concluso tra uno Stato ed un'organizzazione internazionale, quale l'accordo di associazione CE-Israele, nella misura in cui tali regole costituiscono espressione del diritto internazionale generale di natura consuetudinaria. L'accordo di associazione CE-Israele dev'essere conseguentemente interpretato alla luce di tali regole. 42. La Corte ha inoltre già avuto modo di affermare che, sebbene non vincolanti per la Comunità e per tutti gli Stati membri di questa, varie disposizioni della Convenzione di Vienna rispecchiano le norme del diritto internazionale consuetudinario che, in quanto tali, vincolano le istituzioni della Comunità e fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario [...]'.

[437] Ad esempio in Jean-E. Humblet c. Belgio (C-6/60, p. 1120: 'La Corte tuttavia non può accontentarsi dell'interpretazione letterale e ritiene necessario accertare se essa trovi conferma in base ad altri criteri attinenti, in ispecie, alla comune volontà delle Alte Parti contraenti e dalla ratio legis.').

[438] Ad esempio in Commissione c. Consiglio (Accordo europeo trasporti su strada, C-22/70, 31 marzo 71): 'Onde accertare, in un caso determinato, se la Comunità sia competente a concludere accordi internazionali, si deve prendere in considerazione sia il trattato nel suo complesso, sia le sue singole disposizioni.'

[439] L'esempio è l'opinione 1/91 (I-06079, 14 dicembre 1991), relativo alla compatibilità tra il controllo giurisdizionale della CGCE e il regime stabilito dall'Accordo con gli Stati EFTA per la creazione di uno Spazio economico europeo

1.4. Dibattito e riformulazione

Nel corso del dibattito presso la Commissione, molti sottolineavano che l'articolo 31 descrive una singola operazione, e che per questo non avrebbe dovuto risultare un'indebita enfatizzazione del ruolo di accordi e prassi successiva[440]. Altri evidenziavano come occorresse fare riferimento anche agli articoli 32 (e secondo alcuni anche 33) della Convenzione di Vienna, in ragione del suo valore consuetudinario[441]. Nella sua replica, Nolte ribadiva l'assenza di una gerarchia tra i vari elementi, ma sottolineava che il peso di ciascuno è variabile in base al caso concreto, e che in particolare nulla nei lavori preparatori della Convenzione di Vienna fa pensare ad una priorità del testo e dell'oggetto e scopo sugli altri elementi. Se ne dovrebbe piuttosto valutare l'interazione, che può essere tale per cui la condotta successiva contribuisce a definire il significato ordinario dei termini, nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e scopo del trattato[442].

Presso il Drafting Committee la prima Conclusione veniva totalmente riformulata, con l'obiettivo di collocare la condotta successiva all'interno del quadro offerto dall'articolo 31 della Covenzione di Vienna[443]. I primi due paragrafi hanno dunque una portata generale, riferendosi sia all'articolo 31 che al 32 (ma non al 33) della Convenzione (in quanto utile a chiarire il contesto operativo di accordi e prassi successiva) e indicandone il valore consuetudinario, per poi riprodurre il primo paragrafo dell'articolo 31.

(SEE), in cui si stabiliva l'istituzione di una Corte SEE competente a giudicare sulle competenze della CEE e degli Stati membri. La CGCE affermava che la diversità di oggetto e scopo tra tale Accordo e quello dei trattati CEE determinava l'assenza di un conflitto tra le giurisdizioni delle rispettive corti (par. 14: 'l'identico tenore letterale delle norme dell'accordo e delle corrispondenti disposizioni comunitarie non implica che le une e le altre debbano necessariamente venire interpretate allo stesso modo. Infatti, un trattato internazionale va interpretato non solo in funzione dei termini nei quali è redatto, ma altresì alla luce delle sue finalità. L'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 23 maggio 1969, precisa in proposito che un trattato deve essere interpretato in buona fede, seguendo il senso ordinario da attribuire ai suoi termini nel loro contesto, ed alla luce del suo oggetto e del suo fine.').

[440] Tladi (A/CN.4/SR.3159, p. 6), Forteau (A/CN.4/SR.3160, p. 5, precisando tuttavia che 'Yet other factors such as the nature of the instrument — bilateral trade accord or human rights treaty, for example — could result in different approaches to interpretation being used by the same body.'), Saboia (A/CN.4/SR.3161, p. 4), Petric (A/CN.4/SR.3161, p. 5), Kamto (A/CN.4/SR.3162, p. 4), Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3162, p. 7: 'The danger was that the process of interpretation might be construed as something other than a single combined operation, or that the means of interpretation set out in article 31 might be seen as interrelated in hierarchical, as opposed to logical, terms.').

[441] Wood (A/CN.4/SR.3160, p. 3: 'the first step in interpreting a treaty was to look at the "ordinary meaning" of its terms "in their context". It was not so much a question of a hierarchy but of a logical order which must be followed so as to avoid subjective interpretations based on a selective application of the means of nterpretation.'), Murphy (A/CN.4/SR.3161, p. 6, aggiungendo: 'The Commission should specify whether those articles were binding on parties as treaty law or as customary international law'.), Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3162, p. 6), Jacobbson (A/CN.4/SR.3162, p. 8), Gevorgian (A/CN.4/SR.3163, p. 3); Murase criticava al contrario il riferimento al diritto consuetudinario (A/CN.4/SR.3162, p. 5: 'There were few explicit references to customary international law in the pronouncements of international courts. It might therefore be better not to mention customary international law in the draft conclusion and to transpose the remaining text to the preamble of the draft.').

[442] A/CN.4/SR.3163, p. 4.

[443] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Dire Tladi, 31 maggio 2013, p. 2. È inoltre preferito il termine 'means' (rispetto a 'elements'), che, oltre ad essere utilizzato nella rubrica e nel testo dell'articolo 32, 'was viewed by various members as more directly linked to the notion of a "tool" or "instrument" and, therefore, as a more precise descriptor of their function [dei mezzi medesimi] in the process of interpretation.'

I due successivi paragrafi sono dedicati alla condotta successiva, riproducendo la relativa parte dell'articolo 31.3 della Convenzione di Vienna, e, cosa che qui rileva, indicando il possibile rilievo della prassi successiva come mezzo sussidiario ex articolo 32. Un quinto paragrafo affermava che quella interpretativa è una singola operazione combinata, collocato alla fine per evidenziare il proprio riferirsi a tutti i mezzi interpretativi citati e riprendendo la proposta di Nolte nel senso di ricordare la diversa enfasi che questi possono avere: si sceglieva tuttavia di non indicare esplicitamente il testo o l'oggetto e scopo, per evitare di suggerirne la priorità[444]. Si preferiva infine non fare riferimento alla 'natura' del trattato, in parte per conservare l'unità del processo interpretativo, in parte perché la nozione non è chiara[445].

> *Draft conclusion 1 – General rule and means of treaty interpretation*
>
> *1. Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties set forth, respectively, the general rule of interpretation and the rule on supplementary means of interpretation. These rules also apply as customary international law.*
>
> *2. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose.*
>
> *3. Article 31, paragraph 3, provides, inter alia, that there shall be taken into account, together with the context, (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; and (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation.*
>
> *4. Recourse may be had to other subsequent practice in the application of the treaty as a supplementary means of interpretation under article 32.*
>
> *5. The interpretation of a treaty consists of a single combined operation, which places appropriate emphasis on the various means of interpretation indicated, respectively, in articles 31 and 32.*

Negli interventi presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale alcuni Stati sembravano insistere sulla mancata enfasi sul testo per la ricostruzione dell'intenzione delle parti, e quindi per l'interpretazione[446], altri si soffermavano sulla mancanza di un riferimento all'articolo 33[447]. Per

[444] *Ibidem*, p. 5.
[445] *Ibidem*, p. 6: 'The point was also made that the notion of the "nature of the treaty" was unclear and that it would be difficult to distinguish it from the object and purpose of the treaty.'
[446] Francia (A/C.6/68/SR.17, par. 117: 'although practice was precious in determining how States interpreted or applied a treaty, it should be borne in mind that it was the text itself which made it possible to identify the parties' intention in the first place. The whole interest of a study on the subject lay in the fact that, in international law, the State was both the author and the subject of the norm.' Il rappresentante francese si diceva inoltre dubbioso sul valore consuetudinario dell'articolo 31 - *ibidem*, par. 118), Perù (A/C.6/68/SR.18, par. 25), Russia (A/C.6/68/SR.19, par. 52: 'As the International Court of Justice had said in its 1950 advisory opinion on the competence of the General Assembly regarding admission to the United Nations, "if the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end of the matter."').
[447] Spagna (A/C.6/68/SR.17, par. 135), Perù (A/C.6/68/SR.18, par. 24) e Romania (A/C.6/68/SR.18, par. 110).

quanto riguarda quello all'articolo 32, invece, se alcuni[448] dichiaravano i propri dubbi circa la possibilità di usare la prassi successiva in assenza di accordo tra le parti, la maggior parte degli Stati si dichiarava invece favorevole ad una chiara distinzione tra i due tipi di prassi[449]. Un altro punto controverso era rappresentato dall'assenza di un riferimento alla natura del trattato: se per taluni tale scelta era da sostenere[450], per un'altra sarebbe stato preferibile sottolineare gli effetti della natura del trattato sulla sua interpretazione[451].

2. Definizione di accordi e prassi successiva

Draft conclusion 3 – Definition of subsequent agreement and subsequent practice as means of treaty interpretation

For the purpose of treaty interpretation a "subsequent agreement" is a manifested agreement between the parties after the conclusion of a treaty regarding its interpretation or the application of its provisions.

For the purpose of treaty interpretation "subsequent practice" consists of conduct, including pronouncements, by one or more parties to the treaty after its conclusion regarding its interpretation or application.

Subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation is a means of interpretation according to article 31 (3) (b) of the Vienna Convention. Other subsequent practice may under certain circumstances be used as a supplementary means of interpretation according to article 32 of the Vienna Convention.[452]

[448] Francia (A/C.6/68/SR.17, par. 118, ricordando che l'articolo 32 non fa riferimento espresso alla prassi degli Stati) e Bielorussia (A/C.6/68/SR.18, par. 4, dubitando inoltre dell'utilità di ripetere il testo dell'articolo 31 - *ibidem*, par. 2: 'Instead, the Commission should aim to better explore the meanings of phrases used in the Vienna Convention, such as "good faith" and "ordinary meaning [of] terms", within the draft conclusions and the commentaries thereto.').

[449] Sud Africa (A/C.6/68/SR.18, par. 39), Germania (A/C.6/68/SR.18, par. 69, utilizzando l'espressione 'non-consensual practice' per indicare 'practice shared by a large number of States but not all the States parties to a treaty', rilevante solo *ex* articolo 32), Slovacchia (A/C.6/68/SR.18, par. 75), Grecia (A/C.6/68/SR.18, par. 91), Romania (A/C.6/68/SR.18, par. 110), Irlanda (A/C.6/68/SR.18, par. 119, con specifico riferimento alla quarta Conclusione, il rappresentante irlandese affermava che 'it was important to maintain the flexibility currently exercised by international courts and tribunals in interpreting treaty terms or provisions in the light of subsequent practice, in the broad sense, where that was deemed appropriate or necessary.'), Italia (A/C.6/68/SR.19, par. 1) e Malesia (A/C.6/68/SR.19, par. 35, augurandosi tuttavia un approfondimento dell'operatività della prassi *ex* articolo 32).

[450] Romania (A/C.6/68/SR.18, par. 110: 'while the "nature" of a treaty might be relevant to its interpretation, it could not be used per se to establish an abstract rule on the weight to be given to certain means of interpretation, owing to the impossibility of anticipating an exhaustive list of situations that gave rise to the need for treaty interpretation.') e Irlanda (A/C.6/68/SR.18, par. 117: 'Such a reference could lead to an unwelcome categorization of treaties and weaken the unity of the approach to treaty interpretation.').

[451] India (A/C.6/68/SR.19, par. 18).

[452] A/CN.4/660, par. 118. Nolte rimandava alle conclusioni preliminari 5 e 8 contenute nel rapporto della Commissione del 2011 (A/66/10, par. 344), ossia 'Concept of subsequent practice as a means of interpretation' e 'Rare invocation of subsequent agreements'.

2.1. ‘Accordi successivi’

2.1.1. Valore della forma

La terza parte del primo rapporto di Nolte per la Commissione era dedicata specificamente alla definizione di accordi e prassi successiva quali mezzi d’interpretazione, riprendendo il primo rapporto per il Gruppo di Studio, alcuni elementi del terzo e facendo anche uso della giurisprudenza elencata nel secondo. In particolare Nolte dedicava una prima sezione agli accordi successivi, indicando la forma come elemento distintivo principale rispetto alla prassi successiva: un ‘accordo successivo’ dovrà essere formale, per quanto non necessariamente scritto come un trattato, e non necessariamente in sé vincolante; di conseguenza, l’accordo successivo costituisce ipso facto interpretazione autentica, mentre la prassi successiva ha lo stesso effetto soltanto quando sia possibile provare che esiste in concreto un’intesa delle parti sul piano interpretativo[453].

L’insistenza sulla forma come elemento distintivo non ha diretti precedenti nei rapporti per il Gruppo di Studio: nel primo di quelli, nella parte dedicata all’inquadramento all’interno della Convenzione di Vienna’, Nolte ribadiva quanto affermato dalla Commissione medesima, ossia che, in quanto mezzo interpretativo indicato nella ‘Regola generale di interpratazione’ di cui all’articolo 31 VCLT, accordi e prassi successiva costituiscono ‘objective evidence of the understanding of the parties’[454], dunque (entrambi) ‘authentic means of interpretation’. Inoltre, benchè la terminologia adottata dall’articolo 31 non sembri evidenziare differenze sul piano sostanziale (degli effetti, cioè, prodotti sull’interpretazione da accordi e prassi successiva), tuttavia, necessitando la ‘prassi successiva’ dell’accordo di tutte le parti per rilevare ai fini dell’articolo 31.3.b), essa possiederebbe, secondo Nolte, un valore probatorio inferiore a quello degli accordi successivi[455]. Tale posizione non sembra essere ripresa all’interno dei rapporti per la Commissione, dove Nolte affermava piuttosto, come visto, che provare la prassi successiva è più arduo che provare l’accordo successivo,

[453] A/CN.4/660, par. 67: ‘Article 31 (3) (a) of the Vienna Convention uses the term “subsequent agreement” and not the term “subsequent treaty”. This does not mean, however, that a “subsequent agreement” is necessarily less formal than a “treaty”.’ Vedi anche par. 69: ‘It is, however, necessary to distinguish a “subsequent agreement” in the sense of article 31 (3) (a) of the Vienna Convention from “any subsequent practice (…) which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation” in the sense of article 31 (3) (b) of the Vienna Convention. Otherwise, all agreements which are established by subsequent practice would simultaneously also be “subsequent agreements regarding the interpretation of the treaty” in the sense of article 31 (3) (a) of the Convention.’

[454] Annuario della Commissione di Diritto Internazionale, 1966, vol. II, p. 219.

[455] Introductory Report, cit., p. 173: ‘The relevant legal difference between the two concepts seems to lie in the fact that a ‘subsequent agreement regarding the interpretation of the treaty’ ipso facto has the effect of constituting an authentic interpretation of the treaty, whereas ‘subsequent practice’ only has this effect if it ‘shows the common understanding of the parties as to the meaning of the terms.’ This means that there is a difference between the two concepts with respect to the evidentiary value which a ‘subsequent agreement’ or a ‘subsequent practice’ may have for constituting an agreement between the parties regarding the interpretation of a particular treaty. This evidentiary value is higher in the case of a ‘subsequent agreement’ than in the case of 'subsequent practice.’

poiché questo si manifesta in maniera tendenzialmente formale (benché non necessariamente scritta), ma che gli effetti prodotti da entrambi sull'interpretazione sono i medesimi[456].

Ritornando nell'ambito del primo rapporto introduttivo, Nolte aveva proposto di adottare l'espressione 'condotta successiva' al fine di ricomprendere entrambi i criteri interpretativi; nel proseguio di questo lavoro si utilizzerà pertanto tale espressione nel medesimo senso complessivo. Inoltre, per quanto riguarda le forme, Nolte aveva affermato che a parte la distinzione fondamentale tra 'accordi successivi' e 'prassi successiva', elencare le possibili forme di condotta successiva sarebbe stato un esercizio eccessivamente dispendioso e al contempo superfluo rispetto all'obiettivo primario di dar conto del profilo giuridico delle due categorie[457].

Nel successivo terzo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva in realtà cominciato a porre l'accento sulla forma, affermando che la distinzione tra accordi e prassi è talvolta facile da effettuare, dal momento che i primi sono spesso formali[458] e a volte la seconda è indubbiamente indicativa di un accordo sottostante[459]. Talvolta però l'ambito normativo e istituzionale del trattato rendono accordi e prassi difficili da distinguere tra loro[460]. In particolare, Nolte aveva ricordato come la prassi successiva può essere rappresentata dalla giurisprudenza nazionale, in particolare con riferimento all'esecuzione di trattati sui diritti umani, oppure può scaturire o riflettersi nell'azione di altri attori, come organizzazioni internazionali o non governative.[461]

La giurisprudenza, in ogni caso, raramente distinguerebbe le due categorie, salvo eccezioni come il caso CCFT deciso in ambito NAFTA nel 2008[462], che veniva ripreso anche nel primo rapporto per

[456] A/CN.4/660, par. 70: 'It should be noted at the outset that by distinguishing between "any subsequent agreement" (article 31 (3) (a)) and "subsequent practice (...) which establishes the agreement of the parties" (article 31 (3) (b)), the Commission did not intend to denote a difference concerning their possible legal effect. [...] the difference between the two concepts lies in the fact that a "subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions" ipso facto has the effect of constituting an authentic interpretation of the treaty, whereas a "subsequent practice" only has this effect if it "shows the common understanding of the parties as to the meaning of the terms". This suggests that a "subsequent agreement between the parties" is typically easier to prove than a "subsequent practice (...) which establishes the agreement of the parties".'

[457] Introductory Report, cit., p. 190.

[458] Come le note della FTC in ambito NAFTA; vedi il precedente punto II.1.1.

[459] Come nel caso delle domande riconvenzionali sottoposte al Tribunale USA-Iran da entrambi gli Stati, nonostante il trattato non le prevedesse; vedi il precedente punto II.1.3.

[460] Potendo ad esempio provenire da meccanismi previsti dal trattato (commissioni, enti intergovernativi, conferenze) o da una reazione degli Stati all'attività di enti internazionali (organizzazioni, agenzie, enti di monitoraggio); Third Report, cit., p. 317. Sul ruolo degli enti non statali vedi il Capitolo II, al punto II.4.

[461] Third Report, cit., p. 317; Nolte insisteva sul fatto che l'attività di enti non statali non costiuisce, in sè, accordo o prassi successiva, bensì può costituire ausilio nell'accertamento di questi ultimi. L'identica posizione è ripresa nei rapporti per la Commissione: vedi in particolare, in questo capitolo, la parte dedicata ai soggetti, al punto II.

[462] The Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America, Arbitrato UNCITRAL in base al Capitolo 11 NAFTA, Lodo sulla giurisdizione del 28 gennaio 2008, in particolare par. 181-189. Tale caso rappresenterebbe la conferma che le due fattispecie si distinguono sulla base della forma dell'accordo (vedi Second Report, cit., p. 239). In alcune precedenti decisioni, tuttavia, il Panel aveva adottato un approccio restrittivo all'uso della prassi successiva, in particolare affermando che l'assenza di un'effettiva prassi successiva serve a confermare l'impossibilità di una determinata interpretazione (In the matter of Cross-Border Trucking Services (USA-MEX-1999-

la Commissione. Nel caso in oggetto, il Panel negava la tesi statunitense per cui alcuni atti unilaterali dei tre Stati parte del NAFTA avrebbero costituito un 'accordo successivo', ma ammetteva che i medesimi determinassero una 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna. Casi simili dimostrerebbero come la prassi successiva può contribuire ad identificare un accordo ma non costituirlo di per sé[463]. In tal senso le due forme si confondono, ma bisognerebbe tuttavia evitare di usare l'espressione 'prassi successiva' per indicarle entrambe: si noti tuttavia come Nolte eviti anche di utilizzare l'espressione 'condotta successiva' adottata nei tre rapporti iniziali[464].

2.1.2. Requisito relazionale

Tornando al primo rapporto per la Commissione, l'attenzione si spostava poi sul 'requisito relazionale' dell'accordo rispetto al trattato, riprendendo semplicemente le espressioni utilizzate dall'articolo 31.3.a) VCLT, per cui l'accordo successivo dev'essere 'regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions', il che potrebbe essere dimostrato da un rapporto di subordinazione dell'accordo successivo (anche sotto forma di trattato) al trattato. Venivano richiamati i casi Danimarca c. Norvegia e Costa Rica c. Nicaragua, in cui la Corte Internazionale di Giustizia aveva negato che, rispettivamente, un trattato successivo 'in the same field' e un memorandum d'intesa potessero considerarsi riferiti al trattato da interpretare[465].

Nei rapporti per il Gruppo di Studio Nolte non aveva fatto espresso riferimento al requisito 'relazionale' denominandolo come tale, benchè alcune indicazioni in tal senso si ritrovassero nell'analisi delle caratteristiche dell'accordo tra le parti, già analizzato come elemento comune ad accordi e prassi successiva, e nel requisito della 'sufficiente determinatezza' della posizione interpretativa espressa dalle parti. L'accordo ('agreement' o 'understanding'), affermava Nolte nel primo rapporto introduttivo, dovrebbe determinare propriamente 'recognition or assertion of a point of law' (compreso nel trattato), escludendosi quelle condotte che si verificano indipendentemente dagli obblighi convenzionalmente previsti[466]. L'altro requisito là sottolineato era che l'accordo

---

1904-03), Report finale del Panel, 6 febbraio 2001, par. 220-221, 235), che la legislazione nazionale non può servire da ausilio interpretativo (Cross-Border Trucking, par. 224) e che una prassi unilaterale non può soddisfare il requisito di sufficiente determinatezza (In the matter of Tariffs Applied by Canada to Certain U.S. Origin Agricultural Products (CDA-USA-1995-2008-01), Report finale del Panel, 2 dicembre 1996, par. 141-142.). Nolte concludeva del resto nel suo secondo rapporto per il Gruppo di Studio che se il criterio interpretativo della prassi successiva è riconosciuto in ambito NAFTA, tuttavia non ha finora svolto una funzione determinante (Second Report, cit., p. 240).

[463] Nel primo rapporto per il Gruppo di Studio il riferimento alla giurisprudenza era stato utilizzato da Nolte per confermare il riconoscimento della differenza di valore sul piano probatorio tra 'accordi successivi' (espressi) e 'prassi successiva' (che dimostri un accordo sull'interpretazione), ipotesi cui s'è accennato al punto preceente nel testo, e che non si ritrova espressamente nei rapporti per la Commissione.

[464] A/CN.4/660, par. 67-75.

[465] A/CN.4/660, par. 76-78.

[466] Introductory Report, cit., p. 190.

dovesse esprimere una posizione 'sufficientemente determinata', ossia non equivoca, sull'interpretazione del trattato. La giurisprudenza sarebbe chiara sul punto, come testimoniano i casi Ex-dipendenti UNESCO e Camerun c. Nigeria[467], e sembrerebbe adottare una soglia particolarmente elevata per ritenere che tale requisito sia soddisfatto[468]. Tuttavia, un caso fa pensare che non si debba ritenere sempre 'equivoca' la posizione, pur in presenza di un atto contrario[469]; inoltre, quando si tratti di una prassi successiva, per ritenere che sussista un accordo sufficientemente determinato si deve verificare che tale prassi sia sufficientemente coerente, o vi sia magari stata una transizione da una prassi chiara ad una prassi diversa ma altrettanto chiara[470]. Occorre del resto sottolineare che il 'requisito relazionale' si rinviene anche nella parte relativa alla prassi, confermando che si tratta di un aspetto comune ad 'accordi successivi' e 'prassi successiva', esattamente come l'accordo tra le parti (la cui indagine nel secondo rapporto per la Commissione evidenziava appunto il suo essere elemento comune ad entrambi, come si vedrà in relazione alla nona Conclusione[471]).

2.1.3. Parti coinvolte

Circa le parti coinvolte[472], l'accordo dev'essere tra tutte le parti[473], ma non è escluso che alcuni accordi possano realizzarsi tra alcune parti soltanto: nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva espressamente analizzato la possibilità per un trattato multilaterale di conoscere una prassi che si realizza solo tra alcune parti, a livello regionale o bilaterale, come le intese regionali per l'esecuzione della Convenzione sui rifugiati[474]. In particolare è possibile che gli Stati si accordino

[467] Si tratta di due casi di inerzia da parte di uno Stato (forse non a caso, dal momento che prima di parlare della sufficiente determinatezza Nolte, nel suo primo rapporto introduttivo, aveva approfondito il ruolo del silenzio, con le modalità che si indicheranno al punto II.5, a proposito della Conclusione 9 sull'accordo delle parti. Nella sostanza, nell'arbitrato sul Regime fiscale per ex dipendenti UNESCO residenti in Francia (2003) la mancata esazione fiscale da parte delle autorità francesi non veniva considerata una forma di acquiescenza, mentre in Camerun c. Nigeria (2002) la CIG negava che la mancata protesta del Camerun ad alcune condotte nigeriane potesse considerarsi acquiescenza alla sovranità della Nigeria su alcune aree (Introductory Report, cit., p. 196).

[468] In particolare in Danimarca c. Norvegia (1993), in cui la CIG afferma che la posizione espressa dalla Danimarca a proposito di una linea di confine marittimo, per quanto manifestata in modo poco specifico all'interno di uno scambio diplomatico, non potesse ritenersi pregiudicata per ciò soltanto.

[469] Nell'arbitrato sul Canale di Beagle (1977) i giudici affermavano che la pubblicazione di dubbie mappe (dal contenuto contrario all'accordo tra le parti) da parte dell'Argentina non precludeva la parte avversa (il Cile) dal contestare la linea di confine indicatavi, ne precludeva l'Argentina dal reagire ad atti contrari del Cile. Ulteriormente, si affermava che il disaccordo tra le parti non può presumersi permanente. La decisione è ripresa dal relatore speciale al fine di formulare la sua nona Conclusione: vedi oltre al punto II.5.

[470] *Ibidem*, p. 197; riproducendo un punto conteso tra i giudici della CIG nel caso Francia c. Stati Uniti (1952).

[471] Vedi oltre al punto II.5.

[472] A/CN.4/660, par. 79-83.

[473] Come suggerito nel primo rapporto introduttivo, in cui si sottolineava che le espressioni 'common understanding' o 'agreement' utilizzate dalla Commissione determinano inequivocabilmente la necessità che non solo gli 'accordi successivi', ma anche la 'prassi successiva' siano tali da non evidenziare una contrapposizione tra le parti (Introductory Report, cit., p. 190).

[474] Georg Nolte, "Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Subsequent Agreements and Subsequent Practice Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent

tra di loro bilateralmente, dando luogo a quello che Nolte chiama 'serial bilateralism': non trattandosi singolarmente di accordi tra tutte le parti essi non possono considerarsi 'accordi successivi', ma è possibile che nel loro insieme testimonino un accordo complessivo, valendo quindi come 'prassi successiva', purché sufficientemente coerenti e diffusi. Nolte individuava l'esempio costituito dal Protocollo del 2010 tra Stati Uniti e Russia per lo smaltimento del plutonio, che 'esemplifica' gli obblighi discendenti dall'articolo VI del Trattato (multilaterale) di non proliferazione nucleare[475].

Prioritario era tuttavia l'esempio della Convenzione di Chicago del 1944 sull'aviazione civile, che espressamente lasciava molti aspetti alla determinazione attraverso trattati successivi, in particolare suggerendo un modello di accordo standard ('Form of Standard Agreement')[476]. L'articolo 5 della Convenzione, in particolare, sembrava escludere che i voli non programmati debbano ottenere il permesso per atterrare, ma è stato re-interpretato per prassi (costituita dalla condotta unilaterale degli Stati e le disposizioni in tal senso contenute in alcuni dei suddetti accordi bilaterali) nel senso che tutti i voli *charter* devono fare richiesta prima dell'atterraggio[477].

Nolte affermava cioè che la somma di condotta unilaterale, accordi bilaterali e assenza di protesta determina nel complesso l'accordo degli Stati nel senso di reinterpretare la Convenzione, rigettando pertanto la tesi che si tratti di una desuetudine dell'articolo, o di una modifica informale, o di un accordo ex articolo 41 della Convenzione di Vienna[478]. Egli ammetteva che il confine tra tali categorie è sfumato, ma che si debba nondimeno privilegiare l'esistenza di una prassi successiva a fine interpretativo, quando sufficientemente coerente e diffusa da poterne ricavare un accordo tra tutte le parti, a meno che non sussistano effettivamente le condizioni (più rigide) che si richiedono

---

Practice, Oxford, 2013, p. 307, a p. 344 e alla nota 226 circa l'implementazione regionale della Convenzione sui rifugiati.

[475] Third Report, cit., p. 346. L'articolo VI è riprodotto alla nota 731.

[476] Esso viene allegato all'Atto finale della Conferenza del 1944, e costituisce la base per la redazione di accordi sui servizi ('Air Services Agreements', ASA) e sul trasporto aerei ('Air Transport Agreements', ATA). In particolare gli accordi Bermuda (1946) e Bermuda II (1977) tra Stati Uniti e Regno Unito hanno rappresentato un secondo modello per gli altri Stati, che hanno poi autonomamente sviluppato il proprio modello standard. La terza generazione di accordi standard è rappresentata dagli 'open skies agreements' conclusi dagli Stati Uniti con vari altri Stati, anche a livello regionale.

[477] L'articolo 5 della Convenzione di Chicago recita: 'Right of non-scheduled flight – Each contracting State agrees that all aircraft of the other contracting States, being aircraft not engaged in scheduled international air services shall have the right, subject to the observance of the terms of this Convention, to make flights into or in transit non-stop across its territory and to make stops for non-traffic purposes without the necessity of obtaining prior permission, and subject to the right of the State flown over to require landing. Each contracting State nevertheless reserves the right, for reasons of safety of flight, to require aircraft desiring to proceed over regions which are inaccessible or without adequate air navigation facilities to follow prescribed routes, or to obtain special permission for such flights.'

[478] Facendo in particolare riferimento al fatto che l'articolo 5 lascia spazio alla discrezionalità richiamando il '*right* of the State flown over to require landing' (vedi nota precedente). Non sarebbe pertanto necessario ricorrere a tali fattispecie, non solo poiché i relativi presupposti non sarebbero soddisfatti, ma anche perché la distanza che intercorre con la lettera dell'articolo sarebbe in ogni modo colmabile. Vedi Third Report, cit., p. 346 e, sull'effetto modificativo della prassi successiva, il Capitolo III, al punto II.2.2.

per una desuetudine o per un accordo *ex* articolo 41: tali ipotesi non andrebbero tuttavia assunte come punto di partenza[479]. Inoltre, rispetto a quanto detto nei tre rapporti iniziali, nel primo rapporto per la Commissione Nolte esplicitava che simili accordi ristretti potrebbero singolarmente avere comunque un rilievo interpretativo *ex* articolo 32 VCLT, oltre a ribadire la possibilità per il complesso di tali accordi di rilevare come 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b).

Un ulteriore esempio rilevante per il tema dei soggetti coinvolti veniva infine collocato da Nolte nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio sotto il cappello 'Specifici contesti di cooperazione' e non ribadito nei rapporti per la Commissione. Qui Nolte individuava casi riguardanti trattati che vengono negoziati sulla base di un certo schema, tipicamente un trattato modello, dal quale deviano limitatamente e\o eccezionalmente, dal momento che l'interpretazione di tali trattati è certamente influenzata dal contesto cooperativo iniziale, ma anche, verosimilmente, dai suoi successivi mutamenti. L'esempio principale era stato quello della Convenzione modello OCSE sulla doppia tassazione. Si tratta di fatto di una raccomandazione non vincolante emanata dal Consiglio dell'OCSE nel 1963, ripresa sostanzialmente verbatim da ormai più di 3000 trattati bilaterali; essa è in particolare oggetto di numerosi 'Commentaries' emanati dal Consiglio e dal Comitato sugli affari fiscali dell'OCSE, che nello specificarne i contenuti indirettamente influiscono sull'interpretazione anche dei suddetti trattati bilaterali (già conclusi)[480].

Le continue revisioni cui la raccomandazione e i Commentaries sono oggetto costituirebbero la prova di un accordo relativo all'interpretazione, alla base di una prassi successiva finalizzata all'interpretazione[481]. Secondo Nolte, è certamente possibile qualificare la Convenzione modello e i Commentaries esistenti al momento della conclusione di un determinato trattato bilaterale sulla doppia tassazione come mezzi sussidiari d'interpretazione ex articolo 32 della Convenzione di Vienna, o eventualmente, in ragione del caso concreto, come 'contesto' (31.2 VCLT)[482]. Rimane da chiarire se e in che senso i successivi emendamenti della Convenzione e dei Commentaries

[479] Third Report, cit., p. 346.
[480] Third Report, cit., p. 360.
[481] Esplicitamente, anzi, gli enti che si occupano di tali revisioni si sono espresse nel senso che anche l'interpretazione dei trattati già conclusi deve intendersi interessata da tali successivi interventi. Ad esempio, se la convenzione modello stabiliva che un termine privo di definizione dovesse intendersi in base al diritto nazionale dello Stato che applicava il trattato, nel 1995 un emendamento specificava che il significato dovesse essere quello stabilito dalle leggi fiscali in vigore *al momento dell'applicazione*, con il risultato di consentire agli Stati di ridefinire per legge un termine senza dover rinegoziare il trattato. Vedi l'articolo 3.2 dell'attuale Convenzione modello OCSE: 'As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.' (*ibidem*).
[482] *Ibidem*.

costituiscono prassi successiva rilevante per l'interpretazione di trattati già conclusi[483]. Se effettivamente entrambi gli Stati applicano il trattato sulla base di quanto stabilito dai Commentaries, e sempre che si possa parlare di (mera) 'interpretazione', sarebbe tuttavia possibile parlare di 'prassi successiva'[484].

2.1.4. Termini temporali

Per quanto riguarda il termine 'iniziale' (oltre il quale si può parlare di accordi e prassi 'successiva')[485], già nel primo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva affermato che esso sarebbe costituito dalla conclusione del trattato e non dipenderebbe quindi dall'entrata in vigore. In esso Nolte aveva specificato che, pur potendo essere intesa anche come processo, la 'conclusione' doveva intendersi come il risultato di tale processo, ossia il momento in cui il testo del trattato si deve considerare definitivo (precedente alla sua entrata in vigore). Si tratta di un momento tale per cui le parti sono certamente consapevoli della loro originaria intenzione, e in cui si possono determinare delle ambiguità tra gli accordi qualificati come 'contesto' ex articolo 31.2 della Convenzione di Vienna e la condotta successiva ex articolo 31.3.a) e b)[486].

Nel rapporto per il Gruppo di Studio si rinveniva anche qualche parola rispetto al momento finale: andrebbe certamente escluso che si possa avere condotta successiva dopo la cessazione del trattato, poiché non sarebbe certo condotta 'in applicazione' del trattato. Nondimeno, Nolte non escludeva totalmente 'effetti retroattivi' della condotta successiva, dal momento che le parti potrebbero certamente protrarre tale condotta comune anche successivamente alla cessazione del trattato. Inoltre è possibile che la condotta successiva determini la desuetudine del trattato, nel qual caso tale condotta avrebbe, almeno nella sua fase iniziale, lo stesso valore di qualsiasi altra condotta successiva rientrante nei termini della Convenzione di Vienna[487]. Avendo presente la definizione di desuetudo come norma consuetudinaria capace di estinguere un trattato, rimane sottinteso che la

[483] Non si tratterebbe certamente di 'accordi successivi' poiché essi si trovano in raccomandazioni (atti non vincolanti) provenienti da organi che avrebbero anche il potere di emanare decisioni vincolanti: queste ultime impegnerebbero in ogni caso i soli Stati parte dell'OCSE (non gli eventuali Stati terzi controparte), e sempre nei limiti della possibilità per lo Stato interessato di porre riserve o iniziare la procedura cui s'è fatto riferimento poco sopra nel testo (*ibidem*).
[484] La questione non sarebbe tanto quella di ricondurre in astratto la fattispecie all'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, bensì quella di verificare in concreto quale sia la soglia necessaria per parlare di 'prassi successiva'. A tal fine, occorrerebbe guardare al contesto cooperativo, che richiede che uno Stato ponga una riserva o attivi un'apposita procedura per comunicare il proprio dissenso, come corollario dell'obbligo di cooperazione. In caso contrario, sarebbe possibile presumere l'acquiescenza al contenuto degli emendamenti e delle interpretazioni successive, gravando l'onere della prova su chi si oppone a tali sviluppi. Vale anche qui la condizione di cui si dirà in generale in rapporto al valore dell'inerzia, ossia il fatto che debba trattarsi di un atteggiamento consapevole dello Stato, in quanto posto nella condizione di reagirese cioè uno Stato non abbia avuto la possibilità di porre la riserva o avviare la procedura il suo silenzio non potrebbe essere equiparato ad acquiescenza (Third Report, cit., p. 364).
[485] A/CN.4/660, par. 84-87.
[486] Introductory Report, cit., p. 189.
[487] *Ibidem*, p. 190.

prassi in oggetto, oltre a costituire, limitatamente, condotta successiva utile all'interpretazione del trattato, sarà tale da rilevare in sé come elemento costitutivo della medesima norma consuetudinaria (assieme all'*opinio juris*)[488].

Occorre a questo punto ricordare anche le considerazioni che Nolte aveva dedicato nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio alla possibilità che un accordo estingua un trattato, sebbene nei rapporti per la Commissione esse non si rinvengano. Se il trattato non viene più applicato per le mutate circostanze o il generale disinteresse sopravvenuto delle parti, l'articolo 42.2 della Convenzione di Vienna del 1969 esige che l'estinzione possa essere dichiarata solo sulla base delle condizioni previste dalla medesima Convenzione o dal trattato in sé[489]. La mera non applicazione dunque non estingue il trattato, in particolare, come dimostra l'esempio della 'potenza protettrice' prevista dalle quattro Convenzioni di Ginevra: uno Stato, cioè, non partecipante al conflitto armato che viene eletto da un partecipante ed accettato dalla parte nemica al fine di svolgere determinati compiti umanitari[490]. Quello di nominare una potenza protettrice sembra essere un obbligo[491], tanto che è previsto che un altro organismo come l'ICRC svolga tali compiti in via sussidiaria nel caso la nomina non avvenga[492]: in concreto, tuttavia, tale nomina si è realizzata soltanto nel corso di quattro confitti armati[493], e l'ICRC non ha svolto funzioni sussidiarie negli altri. Nondimeno, il Primo Protocollo Addizionale del 1977 ribadisce all'articolo 5 l'obbligo di nomina e il ruolo sussidiario dell'ICRC, semplificandone anzi le procedure[494].

Nolte affermava che la ripetizione della norma nel Primo Protocollo Addizionale è prova dell'*opinio juris* degli Stati, dunque non si può affermare la desuetudine della disposizione; inoltre, molte prerogative delle potenze protettrici sono espressamente attribuite dalle quattro Convenzioni

[488] Il punto sarà oggetto di maggiore approfondimento nel Capitolo III, al punto III.2.
[489] Articolo 42 VCLT: 'Validity and continuance in force of treaties – 1. The validity of a treaty or of the consent of a State to be bound by a treaty may be impeached only through the application of the present Convention. 2. The termination of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.' Simili condizioni sono previste dagli articoli 54 (Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties) e 62 (Fundamental change of circumstances) della Convenzione medesima.
[490] Compiti di diritto internazionale umanitario come visite e assistenza legale ai prigionieri di guerra (articoli 105 e 126 della terza Convenzione di Ginevra). Il primo riferimento convenzionale all'istituto della potenza protettrice si rinviene nella Convenzione di Ginevra del 1929 sul trattamento dei prigionieri di guerra.
[491] L'articolo 8 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra afferma infatti: 'Protecting powers – The present Convention shall be applied with the cooperation and under the scrutiny of the Protecting Powers whose duty it is to safeguard the interests of the Parties to the conflict. [...] The Parties to the conflict shall facilitate to the greatest extent possible the task of the representatives or delegates of the Protecting Powers. [...]'
[492] Vedi l'articolo 10 comune alle prime tre Convenzioni di Ginevra e articolo 11 della quarta, rubricati 'Substitutes for Protecting Powers', in particolare il terzo paragrafo a proposito dell'ICRC.
[493] Tra il 1949 e il 1977 nella crisi di Suez (1956), nel conflitto franco-tunisino per la città di Biserta (1961), nella crisi di Goa (1961) e nel conflitto indo-pakistano (1971) (Third Report, cit., p. 357).
[494] Benché parimenti soltanto in occasione della crisi delle isole Falkland la nomina di una potenza protettrice sia in concreto avvenuta, nel 1982; l'ICRC non ha invece mai svolto funzioni sussidiarie (*ibidem*).

anche all'ICRC, ma per prassi esso svolge anche quelle che non gli sono direttamente attribuite[495]. La mera non esecuzione non sarebbe sufficiente pertanto ad affermare che la disposizione è caduta in desuetudine, a maggior ragione quando la prassi testimoni un'attuazione secondo diverse modalità, accomunata tuttavia dal medesimo senso di giuridicità; è evidente come il tema stia a metà strada tra la prassi come elemento successivo ad un trattato e la prassi costitutiva di una consuetudine (desuetudine, in questo caso)[496].

Per l'estinzione del trattato è pertanto necessario l'accordo in tal senso, in forza dell'articolo 54 della Convenzione di Vienna, dunque occorre verificare che la prassi (di non applicazione) palesi un accordo sottostante estintivo del trattato[497]. Nolte citava gli esempi portati dall'Austria nel corso della 63esima sessione di lavoro della Commissione[498] per affermare che quando si rinvengono reciproche dichiarazioni di obsolescenza il trattato è certamente da considerarsi estinto[499], ma lo stesso si può dire quando una dichiarazione unilaterale sia esplicitamente o implicitamente accettata dall'altra parte[500]. Altrimenti, l'accordo può emergere dalle circostanze, in particolare se le parti sono entrate in consultazioni tra di loro per prendere posizione sul problema, come richiesto dalla Convenzione di Vienna[501]: secondo Nolte, si deve adottare una soglia probatoria alta, dal momento che è in gioco la stabilità del trattato; del resto, una corte difficilmente potrebbe affermare l'accordo in assenza di simili consultazioni[502].

2.1.5. Riferimento nel trattato ad accordi successivi

Nel suo primo rapporto per la Commissione il relatore speciale trattava brevemente anche la questione degli accordi interpretativi espressamente regolati dal trattato[503], questione originariamente trattata nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio e che nasce dalla necessità di

[495] In particolare la funzione di assistenza legale ai prigionieri di guerra e agli altri individui protetti, funzione attribuita soltanto alle potenze protettrici rispettivamente dall'articolo 105 della terza Convenzione e dall'articolo 71 della quarta (Third Report, cit., p. 358).
[496] Sul tema si torna nel corso del Capitolo III, punto III.2.
[497] Articolo 54 VCLT: 'Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties – The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place: (a) in conformity with the provisions of the reaty; or (b) at any time by consent of all the parties after *consultation* with the other contracting States.'
[498] Con riferimento al trattato Austria-Italia del '46 sull'autonomia del Sud Tirolo, il Trattato di Stato del '55, oltre alla giurisprudenza costituzionale relativa all'obsolescenza di un trattato con la Svizzera (A/C.6/66/SR.26, par. 83; si tratta di prassi in realtà già richiamata dall'Austria nel corso della 62esima sessione di lavoro della Commissione, vedi A/C.6/65/SR.25, par. 61-2).
[499] Si tratterebbe in particolare dei Trattati di Commercio conclusi dall'Austria con la Svizzera nel 1926 e con la Francia e la Danimarca nel 1928 (Third Report, cit., p. 358).
[500] Sempre secondo l'Austria, tale sarebbe l'ipotesi del Trattato di Stato del 1955, in particolare le disposizioni che vietavano la restituzione di materiali bellici alla Germania, dichiarate obsolete dall'Austria dopo il 1990 in ragione delle mutate circostanze politiche tedesche e dopo aver *consultato* le altre parti, che accettavano in maniera esplicita o implicita (*ibidem*).
[501] Vedi l'articolo 54.b) VCLT (riprodotto alla nota 497); il riferimento è in particolare qui al Trattato di Stato austriaco (nota 500).
[502] Fatte salve procedure equivalenti o circostanze eccezionali (Third Report, cit., p. 359).
[503] A/CN.4/660, par. 88-90.

distinguere la fonte dell'efficacia interpretativa di tali accordi: essa potrebbe discendere (solo) dalla disposizione convenzionale che li prevede o (anche) dall'articolo 31.3.a) VCLT, al ricorrere delle relative condizioni[504]. Un trattato può infatti espressamente indicare un obbligo o un potere delle parti di specificare la portata o il contenuto di uno o più disposizioni dopo la sua conclusione.

Trattati quadro di cooperazione o trattati in ambito scientifico-tecnologico (S&T agreements) vengono tipicamente precisati da protocolli o atti successivi. Nei primi l'attività successiva può prendere talvolta la forma di veri e propri trattati, che rileverebbero tuttavia nell'interpretazione del trattato quadro non solo in applicazione dell'articolo 31.3.c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ma anche in quanto 'accordi successivi' ex articolo 31.3.a): occorre in ogni caso accertare che l'atto successivo soddisfi i requisiti previsti da tale ultimo articolo[505]. Anche i trattati bilaterali per la cooperazione tecnico-scientifica possono fare riferimento a vario titolo ad attività di implementazione successiva, che possono anche costituire veri e propri trattati[506].

Nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva anche delineato una distinzione tra l'ipotesi appena descritta e quella in cui il trattato indica uno spazio per l'esercizio della discrezionalità nell'implementazione, come avviene nel diritto consolare[507] o negli accordi multilaterali sull'ambiente (MEAs), in particolare la Convenzione sulla diversità biologica del 1992. All'interno di questa vengono in rilievo due diversi articoli: l'articolo 7.a) fa riferimento alle categorie indicate in un allegato come guida per la determinazione, da parte (della prassi) degli Stati, delle 'componenti' della diversità[508], mentre l'articolo 6 accorda una discrezionalità anche maggiore alle parti al fine di determinare le 'misure generali' da intraprendere per la conservazione e l'uso

[504] Su cui vedi sopra al punto II.2.1.

[505] Third Report, cit., p. 330-331. L'esempio è il Trattato di integrazione e cooperazione di Maipù tra Argentina e Cile (2009), successivamente implementato attraverso accordi successivi; in particolare dei tre accordi raggiunti nella conferenza ministeriale del 2011 ('Supplementary Protocol' sull'assistenza consolare, 'Agreement' sulle regole di procedure dei Comitati d'integrazione, e 'Act' sulla creazione del Forum bi-nazionale per problemi di lavoro e sicurezza sociale), solo i primi due possono essere considerati trattati, per via del linguaggio utilizzato, il tipo di obblighi contenuti e il fatto di essere stati registrati presso il Segretariato delle Nazioni Unite, mentre il terzo contiene una dichiarazione d'intenti e non è stato registrato: esso non costituisce dunque un trattato ma ha in ogni caso una rilevanza nella determinazione della portata del trattato quadro, potendosi pertanto qualificare come 'subsequent agreement' *ex* articolo 31.3.a) della Convenzione di Vienna del 1969.

[506] Third Report, cit., p. 331. La 'Basic Convention' del 1974 tra Germania e Messico menziona 'special agreements' come possibile esito dell'attività di 'execution' della convenzione da parte di una Commissione mista di membri designati da entrambi i governi: essi costituirebbero appunto veri e propri trattati. Il trattato S&T nell'ambito della Sicurezza tra Stati Uniti e Francia del 2008 designa invece 'executive agents' incaricati di nominare 'agreement managers', presso i quali sono depositati 'Project Arrangements' per l'implementazione del trattato: si tratterebbe chiaramente di accordi successivi *ex* 31.3.a) VCLT.

[507] La Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari si affida spesso allo 'usage' degli Stati inviante e ricevente: vedi gli articoli 10.2, 29, 38.b), 70.3.b) (Third Report, cit., p. 332).

[508] Articolo 7 CBD: 'Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate, in particular for the purposes of Articles 8 to 10: (a) Identify components of biological diversity important for its conservation and sustainable use having regard to the indicative list of categories set down in Annex I; [...]'.

sostenibile della diversità biologica[509]. Le due ipotesi, ossia un 'potere o obbligo di specificare' il trattato e il 'margine di discrezionalità', sarebbero separate da una differenza di grado[510]. Quest'analisi, come anticipato, non era tuttavia ribadita nel primo rapporto per la Commissione.

In esso, piuttosto, Nolte riprendeva la giurisprudenza di ambito NAFTA trattata nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio, relativa alla possibilità di equiparare ad un 'accordo successivo' le interpretazioni che la Free Trade Commission, sulla base dell'articolo 1131.2 del NAFTA, può adottare vincolando ad essa i tribunali arbitrali costituiti ex capitolo XI del medesimo[511]. La questione si è posta soprattutto in rapporto ad una Nota emanata dalla FTC il 31 luglio 2001 al fine di interpretare l'articolo 1105.1, riguardante il 'minimo standard di trattamento'[512]. In particolare, la Nota affermava che gli investimenti esteri devono essere tutelati 'in accordo con il diritto internazionale', precisando che si deve intendere quello consuetudinario e che la violazione di altre disposizioni del NAFTA o di altri trattati non costituisce lesione dell'articolo 1105.1[513].

I tribunali hanno classificano la Nota in modi molto diversi tra loro[514]: in particolare in Pope & Talbot il Panel affermava di essere in disaccordo con l'interpretazione della FTC, pur lasciando la

[509] Articolo 6 CBD: 'Each Contracting Party shall, in accordance with its particular conditions and capabilities: (a) Develop national strategies, plans or programmes for the conservation and sustainable use of biological diversity or adapt for this purpose existing strategies, plans or programmes which shall reflect, inter alia, the measures set out in this Convention relevant to the Contracting Party concerned; and (b) Integrate, as far as possible and as appropriate, the conservation and sustainable use of biological diversity into relevant sectoral or cross-sectoral plans, programmes and policies.' Alcuni studi sono stati pubblicati per offrire una guida agli Stati circa il contenuto di tali misure, in particolare nell'ambito del Biodiversity Planning Support Programme, che raccoglie e quindi costituisce la prova della prassi successiva degli Stati (oltre ad esprimere un giudizio su di essa), pur non potendosi considerare la prova definitiva dell'esistenza di un accordo interpretativo (Third Report, cit., p. 333).

[510] Quando le circostanze facciano pensare alla difficoltà di raggiungere un accordo più specifico (ai fini dell'uso di un potere o dell'adempimento di un obbligo espresso) sarà preferibile propendere per l'esistenza di un margine discrezionale, a meno che la prassi non testimoni un effettivo accordo interpretativo tra tutte le parti nel senso di specificare in maniera diretta i termini del trattato (Third Report, cit., p. 334).

[511] Articolo 1131: 'Governing Law - 1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law. 2. An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.' Il capitolo XI è dedicato a investimenti, servizi e questioni correlate.

[512] Articolo 1105: 'Minimum Standard of Treatment - 1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.'

[513] Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng): '2. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law - 1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party. 2. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens. 3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).'

[514] In particolare come 'accordo successivo', come interpretazione autentica, come emendamento (illegittimo), e come modificazione informale (possibile). Second Report, cit., p. 241.

questione aperta[515], mentre l'anno successivo, in ADF Group, un altro Panel ammetteva che la denominazione di 'interpretazione' rispecchiava la natura della Nota, negando pertanto che si trattasse di un 'emendamento'. In tal senso, si può affermare che gli arbitri riconoscevano nella Nota un'interpretazione autentica nella forma di un 'accordo successivo', in grado di precludere qualsiasi possibilità di indagare ulteriormente il problema[516]. La mancanza di un espresso riferimento alla Convenzione di Vienna fa pensare che il Panel intendeva basarsi sul diritto consuetudinario, così come confermato da una parte della decisione in cui si evidenzia la natura dinamica di un'interpretazione che tenga conto, separatamente, dell'evoluzione delle norme consuetudinarie e del concetto di 'minimo standard di trattamento'[517].

Infine, in Methanex, il Panel inquadrava la Nota propriamente all'interno dell'articolo 31.3.a) della Convenzione di Vienna, di conseguenza attribuendovi valore sulla scorta della medesima, e non del diritto consuetudinario, né dell'articolo 1131.2 del NAFTA: ciò significava esplicitamente riconoscere la possibilità che un'interpretazione autentica del NAFTA può essere precisata senza seguire le modalità esplicitate all'interno di tale articolo[518]. Nella medesima decisione il Panel affermava altresì che l'articolo 39 della Convenzione di Vienna non richiede particolari formalità per la modifica di un trattato, lasciando intendere una risposta affermativa alla questione se la prassi successiva possa determinare una modifica informale[519].

2.2. 'Prassi successiva'

La successiva sezione del primo rapporto del relatore speciale era dedicata alla prassi successiva, e riprendeva la giurisprudenza internazionale che sembra aver riconosciuto la possibilità di utilizzare la prassi successiva anche oltre i confini dell'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna del 1969, ammettendo cioè che una prassi definita in senso ampio, vale a dire priva dell'accordo sottostante delle parti, possa assumere un valore interpretativo sussidiario *ex* articolo 32 della medesima Convenzione[520]. Nolte citava anzitutto il caso Kasikili\Sedudu deciso dalla Corte Internazionale di Giustizia, in cui un documento unilaterale e alcune conclusioni di simile contenuto ma raggiunte separatamente dalle parti sono state considerate dalla Corte rilevanti a supportare una certa interpretazione, già sorretta altrimenti, dopo aver espressamente escluso che si potesse parlare di

[515] Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, Arbitrato UNCITRAL in base al Capitolo 11 NAFTA, Lodo sui danni del 31 maggio 2002, in particolare par. 46-47. Si tratta appunto della decisione sui danni, dopo che era stata già accertata la violazione; la Nota era stata adottata cioè nel momento intermedio tra le due decisioni.
[516] ADF Group Inc. c. Stati Uniti, Arbitrato ICSID in base al Capitolo 11 NAFTA (ARB(AF)/00/1), 9 gennaio 2003, par. 177.
[517] ADF Group (nota precedente), par. 179.
[518] Methanex Corporation c. Stati Uniti, Arbitrato UNCITRAL in base al Capitolo 11 NAFTA, Lodo finale su giurisdizione e meriti del 9 agosto 2005, in particolare Parte II, Capitolo H, par. 23 e Capitolo B, par. 20-21.
[519] Methanex (nota precedente); vedi anche al punto II.2.2.2.
[520] A/CN.4/660, par. 92-110.

prassi successiva ex articolo 31.3.b)[521]. Il relatore speciale andava poi a riprendere la giurisprudenza analizzata nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio, ribadendo la divisione che in esso si rinveniva tra regimi economici, regimi a tutela dei diritti umani, e altri regimi.

2.2.1. Giurisprudenza in regimi economici

Si parte dalla giurisprudenza ICSID, dove, nonostante sia oggetto di frequenti riferimenti in astratto, in particolare laddove la disposizione da interpretare contenga dei termini suscettibili di evolvere nel tempo[522], la condotta successiva delle parti è utilizzata in concreto dai Tribunali in misura decisamente limitata. Per quanto riguarda la distinzione tra le due tipologie di prassi, la tendenza dei Tribunali conferma la distinzione tra la prassi propriamente riconducibile all'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, e quella da intendersi in senso più ampio, attribuendo a quest'ultima un valore significativamente inferiore[523]. Tuttavia, quest'ultima assume rilievo, in particolare per ricomprendere le tendenze della giurisprudenza internazionale e la prassi di organizzazioni internazionali[524]. Tuttavia, il valore della prassi rilevante si stabilisce in particolare sulla scorta di un requisito di sufficiente determinatezza rigidamente interpretato[525]. Questo significa anche che tendenze generali non influenzano l'interpretazione di disposizioni specifiche di un determinato

[521] Isole Kasikili\Sedudu (Botswana c. Namibia, 13 dicembre 1999), par. 55: 'The Court shares the view that the Eason Report and its surrounding circumstances cannot be regarded as representing "subsequent practice in the application of the treaty" of 1890, within the meaning of Article 31, paragraph 3 (b), of the Vienna Convention. It notes that the Report appears never to have been made known to Germany and to have remained at all times an internal document' e par. 80 'The factual findings that the parties concerned arrived at separately in 1948 were expressed in concurrent terms in a joint report. In addition, the survey made in 1985 was conducted jointly by the parties then concerned. The factual findings made on these occasions were not, as such, disputed at the time. The Court finds that these facts, while not constituting subsequent practice by the parties in the interpretation of the 1890 Treaty, nevertheless support the conclusions which it has reached by interpreting Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms.'

[522] In particolare nei casi Mihaly International Corporation v. Sri Lanka (BIT tra USA e Sri Lanka) (ARB/00/2, Lodo del 15 marzo 2002), in relazione al termine 'investimento', e in Autopista Concessionada de Venezuela, C.A. c. Venezuela (ARB/00/5, Decisione sulla Giurisdizione del 27 settembre 2001), in cui si afferma che quella di non definire vari termini è stata una scelta deliberata da parte dei negoziatori del BIT, al fine di consentire un'evoluzione.

[523] Ad esempio in Philippe Gruslin c. Malesia (BIT tra Belgio e Malesia) (ARB/99/3, Lodo del 27 novembre 2000), il Tribunale nega il rilievo del vario materiale invocato dalla Malesia. Anche in Mihaly (vedi nota precedente) il Tribunale considera solo la prassi *ex* 31.3.b) VCLT come utile a definire il termine 'investimento'. Infine in Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina (BIT tra Spagna e Argentina) (ARB/03/10, Decisione su questioni preliminari del 17 giugno 2005).

[524] Ad esempio in CMS Gas Transmission Company c. Argentina (BIT tra USA e Argentina)(ARB/01/8, Decisione sulle obiezioni alla giurisdizione del 17 luglio 2003), ammettendo che la tendenza nella prassi è quella di riconoscere la protezione derivante dal BIT e la legittimazione a partecipare ai processi ICSID anche ad azionisti di minoranza.

[525] Ad esempio in Gruslin (vedi nota 523), il Tribunale esclude la rilevanza di una *note verbale* poiché l'interpretazione che ne deriva non è certa 'in absolute or abstract terms'.

BIT se non è disponibile una prassi successiva in senso stretto a conferma di tale interpretazione[526]. Ancora, l'onere della prova grava sulla parte invocante la prassi successiva[527].

Di particolare importanza è poi la giurisprudenza nell'ambito del WTO: nel suo secondo rapporto per il Gruppo di Studio, Nolte aveva sottolineato come in essa non vengano mai chiaramente distinti gli 'accordi successivi' dalla 'prassi successiva'. È tuttavia possibile rinvenire una definizione di quest'ultima nella decisione dell'Appellate Body in Japan – Alcoholic Beverages II[528], in cui la si indicava come una "concordant, common and consistent" sequence of acts or pronouncements which is sufficient to establish a discernable pattern implying the agreement of the parties regarding its interpretation'[529]. Si tratta di una definizione particolarmente rigida, che l'Appellate Body ricavava dal commento di Sinclair alla Convenzione di Vienna[530], a sua volta basato su una precedente pubblicazione di Yasseen[531]. Tale definizione non si ritrova nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia o nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale.

Nonostante rappresenti un test particolarmente stringente, esso sembra lasciare qualche margine, in alcuni casi, alla possibilità di tener conto di una prassi successiva che non lo soddisfi compiutamente, come in US – Section 110(5) Copyright Act[532] e in EC – Computer Equipment[533]. Anche in casi simili, tuttavia, permane inalterato il requisito che la prassi esprima una posizione sufficientemente determinata e connessa al trattato[534]. Si noti anche per altro che difficilmente gli organi del DSB hanno ammesso l'esistenza di un accordo sulla base di strumenti di prova diversi dalla legislazione nazionale, limitando da un punto di vista sostanziale l'ambito della prassi

[526] Second Report, cit., p. 236, citando il caso Plama Consortium Limited c. Bulgaria (ARB/03/24 ECT, Decisione sulla giurisdizione del 8 febbraio 2005), negando rilievo alla prassi successiva della Bulgaria in BITs con altri Stati, in ragione delle contrarie conclusioni ricavabili dall'interpretazione del BIT in oggetto (concluso con Cipro).
[527] Vedi di nuovo il caso Mihaly (nota 522, par. 59 e seguenti), ma anche Siemens A.G. c. Argentina (BIT tra Germania e Argentina) (ARB/02/8, Decisione sulla giurisdizione del 3 agosto 2004, par. 34)
[528] Japan - Taxes on Alcoholic Beverages (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 ottobre 1996).
[529] *Ibidem*, p. 13. L'Appellate Body prosegue: 'An isolated act is generally not sufficient to establish subsequent practice; it is a sequence of acts establishing the agreement of the parties that is relevant.'
[530] Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 1984, p. 137.
[531] Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités", Recueil des Cours, Vol. 151 (1976), p. 48. A sua volta egli si sarebbe basato sui lavori della Commissione.
[532] Dove il Panel riconosceva che la legislazione di vari Stati membri confermava un'interpretazione raggiunta per altra via, pur premurandosi di ricordare che non si trattava di 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna (United States — Section 110(5) of US Copyright Act, report del Panel del 15 giugno 2000 - WT/DS160/R).
[533] In cui l'Appellate Body criticava invece il Panel per non aver riconosciuto come prassi successiva certe decisioni di un'organizzazione collegata al WTO (quelle del Harmonized System Committee della World Customs Organization), da considerarsi come prassi successiva secondo l'Appellate Body poiché sia Stati Uniti che Unione Europea ne sono parti e la terminologia armonizzata è normalmente quella che gli Stati utilizzano nel negoziare accordi internazionali. Vedi anche la nota 751.
[534] Come confermato dal Panel in US – Zeroing (vedi nota 752), e dall'Appellate Body in United States — Subsidies on Upland Cotton (report dell'Appellate Body del 3 marzo 2005, WT/DS267/AB/R; report del Panel 8 settembre 2004, WT/DS267/R).

rilevante[535]. Del resto, nel primo rapporto per la Commissione, Nolte sembrava molto più netto nell'evidenziare come la giurisprudenza del WTO riconosca di fatto entrambe le dimensioni della prassi successiva[536].

Infine, benchè non richiamata nel primo rapporto per la Commissione, anche la giurisprudenza del Tribunale USA-Iran era stata analizzata da Nolte nel suo secondo rapporto introduttivo: in essa la condotta successiva delle parti è stata spesso riconosciuta dal Tribunale, per lo più al fine di confermare un risultato interpretativo già raggiunto, ma a volte svolgendo anche una funzione decisiva, Questo avveniva in particolare in un lodo del 2004, in cui il Tribunale riconosceva che la mancata protesta degli Stati Uniti a fronte delle domande riconvenzionali dell'Iran e viceversa ('official counter-claims') dimostravano l'acquiescenza dei due Stati rispetto all'ammissibilità di tali domande, non espressamente previste dal CSD[537]; tale considerazione ha chiaramente rilievo per confermare che una prassi ex articolo 31.3.b), o meglio l'accordo sottostante, può aversi anche quando non tutte le parti partecipano attivamente alla prassi medesima[538].

2.2.2. Giurisprudenza in regimi a tutela dei diritti umani

Un'ampia analisi dell'uso della prassi successiva nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani era stata effettuata da Nolte nel suo secondo rapporto per il Gruppo di Studio, evidenziando come la Corte il più delle volte non fa espresso riferimento all'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna. I casi in cui tale espresso riferimento si è riscontrato sono stati, in maggioranza, quelli che hanno coinvolto i rapporti della Corte con gli Stati parte o quelli più vicini all'ordinamento internazionale generale[539]. In generale, la Corte ha espressamente riconosciuto che l'uniformità delle legislazioni nazionali, delle prassi amministrative e delle giurisprudenze nazionali

[535] Second Report, cit., p. 222. In particolare il Panel in Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services (2 aprile 2004, WT/DS204/R) negava che potesse essere prassi successiva una nota di un organo collegato, mentre l'Appellate Body in United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (report del 7 aprile 2005, WT/DS285/AB/R) negava che lo fossero alcune linee guida adottate dal GATS nel 2001; similmente, il Panel in United States — Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" (report del 8 ottobre 2009, WT/DS108/R, non contestato dall'Appellate Body, report del 24 febbraio 2000, WT/DS108/AB/R) negava lo fosse una dichiarazione del presidente collegata ad un successivo Understanding.

[536] A/CN.4/660, par. 106: 'on closer inspection, the jurisprudence of the WTO adjudicatory bodies distinguishes between a narrow definition which sets out the conditions under which "subsequent practice" is fully relevant in the sense of article 31 (3) (b) of the Vienna Convention and a broader concept of subsequent practice which does not presuppose an agreement between all the parties of the treaty. Such subsequent practice in a broader sense may then be relevant as a supplementary means of treaty interpretation within the meaning of article 32 of the Vienna Convention.'

[537] Iran c. Stati Uniti, Lodo Introduttivo ITL-83-B1-FT (Domanda Riconvenzionale), 9 settembre 2004 (WL2210709).

[538] Vedi oltre al punto II.5 circa il ruolo del silenzio.

[539] Nolte cita i casi Cruz Varas c. Svezia (20 marzo 1991, riguardo al potere della Corte di prendere misure provvisorie), Loizidou c. Turchia (18 dicembre 1996, riguardo i limiti alla competenza della Corte) e Bankovic c. Belgio (12 dicembre 2001, sull'ambito di giurisdizione degli Stati). Anche in Schalk & Kopf c. Austria (24 giugno 2010), il giudice Malinverni negava che la legislazione nazionale a tutela dei diritti degli omosessuali costituisse prassi successiva, in ragione dell'assenza di un accordo tra gli Stati.

costituisce 'prassi successiva', potendo avere anche un effetto modificativo sui contenuti del trattato[540].

La Corte ha anche tenuto conto di altre forme di sviluppi successivi. Anzitutto quelli del contesto sociale, a partire dalla sentenze Dudgeon[541] e Goodwin[542]. In esse tuttavia si evidenzia come tali mutamenti sociali siano stati accompagnati da una parallela evoluzione legislativa, tanto da indurre Nolte a concludere che in realtà le tendenze sociali devono essere supportate dal diritto nazionale per assumere effettivamente rilievo nel giudizio della Corte[543], come testimoniato da altre decisioni[544]. Anche gli sviluppi del diritto internazionale successivi alla CEDU sono stati considerati dalla Corte, ma per lo più collegati allo strumento interpretativo di cui all'articolo 31.3.c) della Convenzione di Vienna; tale considerazione si rinveniva già nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio, cui è opportuno dedicare qualche parola.

In tale rapporto Nolte aveva sottolineato come gli sviluppi successivi sono stati utilizzati dalla Corte, a partire dalla sentenza Tyrer, più per supportare la teoria del 'living instrument' che per determinare la scelta tra interpretazione contemporanea o evolutiva. In questo senso, la Corte sembra ritenere che tutta la CEDU sia suscettibile di evolvere in base alla prassi successiva, e in particolare non una prassi intesa nei termini dell'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, per cui si richiederebbe l'accordo degli Stati, ma piuttosto intesa in senso lato[545].

Anzitutto rileverebbe la prassi degli Stati, facendo riferimento la Corte alla Convenzione di Vienna soltanto quando la questione presenti una certa vicinanza con il diritto internazionale generale[546]. La

[540] L'esempio (di fatto l'unico) è il *case law* della Corte riguardante l'abolizione della pena di morte, da cui emerge che la tendenza della quasi totalità degli Stati membri della CEDU ad abolire la pena di morte all'interno dei propri ordinamenti rappresenterebbe un chiaro indice che è possibile ritenere abolita l'eccezione indicata dall'articolo 2.1 sulla tutela del diritto alla vita. La lettera dell'articolo consente infatti la privazione della vita a seguito di condanna e detenzione da parte una corte giudiziale indipendente (articolo 2.1: 'Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.). I casi sono Soering, Ocalan e Al-Saadoon, i cui contenuti saranno approfonditi nel Capitolo III, al punto II.2.1.

[541] Dudgeon c. Regno Unito (22 ottobre 2001, par. 60), al fine di negare la legittimità del rilievo penale dell'omosessualità nell'Irlanda del Nord.

[542] Goodwin c. Regno Unito (Grande Camera, 11 luglio 2002), in cui si parla di 'increased social acceptance' (par. 88) e 'major social changes' (par. 100) al fine di riconoscere il diritto dei transessuali di contrarre matrimonio con individui del medesimo sesso loro assegnato.

[543] Second Report, cit., p. 248. In Dudgeon vedi par. 60, in Goodwin par. 88 e 90.

[544] In Johnston e altri c. Irlanda (18 dicembre 1986) la corte ha negato che il diritto al matrimonio significasse anche diritto a divorziare al fine di contrarre un secondo matrimonio, escludendo che tendenze sociali potessero determinare un'interpretazione evolutiva tale da introdurre nella CEDU un diritto in essa non presente. L'approccio che richiede un supporto legale per il rilievo della prassi sociale è il medesimo anche nel *case law* relativo allo status dei figli nati fuori dal matrimonio (Mazurek c. Francia, Marckx c. Belgio, Inze c. Austria, Brauer c. Germania) e in quello sul diritto gli zingari ad avere una residenza temporanea (Chapman c. Regno Unito, Lee c. Regno Unito, Beard c. Regno Unito, Coster c. Regno Unito, Jane Smith c. Regno Unito).

[545] *Ibidem*, p. 255.

[546] Ad esempio nei casi Loizidou (vedi nota 539, in cui la prassi degli Stati confermava l'interpretazione circa la possibilità degli Stati di limitare la loro accettazione della competenza della Corte, benché la stessa avesse riconosciuto

Corte non vi fa altrimenti alcun riferimento quando appunto si tratti di sostenere un'interpretazione evolutiva della CEDU, e si potrebbero distinguere almeno tre ipotesi. La prima è che la prassi riveli un *consensus* tra gli Stati del Consiglio d'Europa sull'interpretazione dei diritti tutelati dalla Convenzione, nel qual caso la Corte accoglie tale interpretazione, senza spingerla oltre sulla base dell'oggetto, dello scopo o altri mezzi[547].

Al contrario, in assenza di *consensus*, la Corte interpreta la Convenzione garantendo un certo margine d'azione agli Stati[548], salvo eccezionalmente tentare di ricavare uno standard comune ai vari Stati parte, quando opportuno per risolvere un problema sostanziale[549]. Un'ultima ipotesi è quella di un *consensus* non pieno, ossia una maggioranza qualificata di Stati ('vast' o 'great majority') che applica un determinato standard: la Corte tende in simili casi ad attribuire un valore inferiore alla prassi degli altri Stati, in particolare quando essa sia inadeguata al presente poiché da tempo non emendata[550]; in alcuni casi, per altro, la Corte è soddisfatta da una maggioranza anche non qualificata, purché si tratti di tutelare il diritto di una minoranza particolarmente vulnerabile e carente di tutela giuridica[551].

Vi sarebbero però altre due categorie di prassi di cui la Corte tiene conto nella sua giurisprudenza. La prima sarebbe la 'prassi giuridica internazionale', ossia gli sviluppi intervenuti nel contesto del diritto internazionale generale (trattati e diritto consuetudinario)[552]. Questo avverrebbe a condizione che il caso da decidere presenti un nesso con tale ambito[553], o che tratti di un diritto umano soggetto

---

che esistevano almeno due Stati contrari a tale prassi), Bankovic (vedi nota 539, dove la prassi degli Stati confermava l'idea di una giurisdizione dei medesimi intesa in senso primariamente territoriale, benché si trattasse di una prassi negativa) e Cruz Varas c. Svezia (vedi nota 539, in cui la prassi degli Stati veniva in astratto riconosciuta come possibile supporto ad un'interpretazione che infine la Corte rigettava).

[547] Solo eccezionalmente, pertanto, la Corte consentirebbe ad una legislazione nazionale che garantisca un livello di tutela inferiore a quello derivante dal *consensus* europeo; esempio ne è il caso Tanase c. Moldova (Grande Camera, 27 aprile 2010), argomentando sulla base di 'special historical or political considerations'.

[548] Ad esempio in V. c. Regno Unito (Grande Camera, 27 maggio 2008, in riferimento all'assenza di un comune *consensus* tra gli Stati circa l'età minima per l'imputabilità nel diritto penale), in VO c. Francia (Grande Camera, 8 luglio 2004, dove il *consensus* mancante è quello relativo all'inizio della vita umana), in Kart c. Turchia (Grande Camera, 13 dicembre 2009, dove si riconosce l'assenza di *consensus* rispetto alle immunità parlamentari) e in Gäfgen c. Germania (Grande Camera, 1 giugno 2010, in cui si evidenzia la mancanza di *consensus* rispetto alle modalità della regola di esclusione che consegue alla violazione dell'articolo 3 sul divieto di trattamenti inumani e degradanti).

[549] In particolare in Goodwin (vedi nota 542), che, come sottolineato, enfatizza il ruolo della prassi sociale.

[550] Nei casi Demir e Baykara c. Turchia (Grande Camera, 12 novembre 2008, circa la tendenza nella 'vast majority' degli Stati europei di consentire agli ufficiali pubblici di contrarre con la pubblica amministrazione), Jorgic c. Germania (12 ottobre 2007, in cui si constata il tendenziale *consensus* circa la punibilità del genocidio in base al diritto nazionale), Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islanda (30 giugno 1993, che riconosce la normale assenza negli ordinamenti nazionali di un obbligo di associazione a determinate associazioni di diritto privato), e A. e altri c. Regno Unito (17 marzo 2003, circa la comune presenza di norme a tutela dei parlamentari negli ordinamenti della maggioranza degli Stati parte).

[551] In particolare nella giurisprudenza relativa all'equiparazione dello *status* dei figli nati fuori dal matrimonio a quelli legittimi, ad esempio in Marckx c. Belgio e Mazurek c. Francia (vedi nota 544).

[552] Second Report, cit., p. 259.

[553] Come nel caso Lithgow e altri c. Regno Unito (8 luglio 1986, in particolare par. 118) in cui la Corte affermava che la prassi degli Stati non era sufficiente a dimostrare che il diritto alla proprietà compreso nel Protocollo I e riferito ai principi generali di diritto internazionale potesse interpretarsi nel senso di coincidere con il trattamento che gli Stati garantiscono al diritto di proprietà dei propri cittadini.

a limitazioni derivanti dal diritto consuetudinario[554], quest'ultimo da interpretarsi in ragione del suo contenuto sostanziale al tempo della decisione[555]. Secondo Nolte, si tratterebbe di un ragionamento che avvicina l'interpretazione a quella che avviene sulla base dell'articolo 31.3.c) della Convenzione di Vienna, ma che nel far riferimento ad altri trattati o altra 'prassi' internazionale prende le mosse in realtà da quello indicato dall'articolo 31.3.b)[556]. In tal senso, la Corte non soltanto fa valere un'equivalenza tra la prassi nazionale e quella internazionale sul piano interpretativo[557], ma considera ricompresa in quest'ultima anche la giurisprudenza internazionale e la prassi di altri enti inter-governativi[558], non escludendo nemmeno raccomandazioni non vincolanti o trattati cui le parti della controversia non aderiscono[559].

Il terzo tipo di prassi presa in considerazione dalla Corte è costituita dalla prassi sociale, che, come visto, in realtà richiede di essere sostenuta dalla prassi statale in senso proprio[560]. Rileverebbe in particolare, a titolo di necessario sostegno, la prassi legislativa di una maggioranza di Stati, considerando in tali casi la contrarietà di altri ordinamenti come meramente frutto di inerzia del legislatore (e non come deliberata opposizione alla tendenza). Nolte aveva circoscritto ulteriormente il possibile riferimento alla prassi sociale da parte della Corte, sottolineando che questa ha ammesso il ricorso a tale prassi soltanto in casi in cui una minoranza era particolarmente sfornita di tutela (e non in tutti i casi in cui era possibile rilevare un mutamento di ordine sociale)[561].

---

[554] Come in Al-Adsani c. Regno Unito (Grande Camera, 21 novembre 2001, par. 56) in cui la corte negava che le modalità con cui uno Stato rende effettiva l'immunità giurisdizionale dello Stato straniero in conformità con il diritto internazionale generale potessero considerarsi un'illegittima restrizione al diritto di accesso a giudice *ex* articolo 6 della CEDU.

[555] Ancora in Al-Adsani (nota precedente), la Corte negava anche che il diritto internazionale generale al tempo di decidere fosse tale da stabilire un divieto di tortura in capo *allo Stato* (ammettendo nondimeno che si tratta di un crimine individuale).

[556] Second Report, cit., p. 259. Nolte evidenzia alcuni casi più risalenti in cui ciò era già avvenuto, in relazione allo *status* dei figli illegittimi, ossia Marckx (vedi nota 544, par. 41, dove la corte fa riferimento ad alcuni trattati non ancora ratificati al fine di sostenere la propria interpretazione dell'articolo 8 sul diritto alla vita privata) e Inze c. Austria (28 ottobre 1987, dove il riferimento è alla Convenzione del 1975 sullo *status* dei figli illegittimi, in vigore tra nove Stati del Consiglio d'Europa al tempo della decisione).

[557] Ad esempio in Rantsev c. Cipro e Russia (10 maggio 2010, par. 285, circa la necessità di trarre un approccio comprensivo per la lotta al contrabbando a partire da numerosi strumenti internazionali) e in Chapman c. Regno Unito (Grande Camera, 18 gennaio 2001, par. 93, circa la necessità di ridurre il margine di apprezzamento degli Stati circa la tutela da garantire alle minoranze, in particolare quella zingara, in base a vari sviluppi giuridici sul piano internazionale).

[558] Vedi la decisione Mamatkulov & Askarov c. Turchia (Grande Camera, 4 febbraio 2005, par. 124), dove la Corte faceva riferimento alla prassi della Corte Inter-Americana dei Diritti Umani, del Comitato sui Diritti Umani e del Comitato contro la Tortura, oltre che alla prassi di 'whatever legal system', per affermare che la tutela degli interessi delle parti da danni irreparabili deve essere un obiettivo e un limite alla possibilità di ricorrere a misure provvisorie.

[559] Ad esempio in Demir & Baykara (nota 265, par. 103) la Corte ha fatto riferimento ad una raccomandazione del Consiglio d'Europa per supportare l'affermazione di un diritto di associazione per cui gli impiegati pubblici.

[560] Second Report, cit., p. 261, riprendendo i casi Dudgeon (nota 541, par. 60) e Goodwin (nota 542, par. 85).

[561] *Ibidem*, p. 262, citando i casi Johnston (nota 544, par. 53, in cui la corte nega un diritto al divorzio al fine di risposarsi, nonostante la tendenza sociale all'aumento delle separazioni, e anzi in forza della natura deliberata della non inclusione di tale diritto nella CEDU) e Schalk & Kopf (nota 539, par. 58, negando il *consensus* degli Stati circa la possibilità di un matrimonio tra individui dello stesso sesso).

Passando alla Corte Inter-Americana dei Diritti dell'Uomo, essa, parallelamente, non ha mai fatto espresso riferimento agli articoli 31.3.a) e b), e sono parimenti rari i casi in cui abbia fatto ricorso alla prassi successiva in senso stretto. Nolte citava nel suo secondo rapporto per il Gruppo di Studio soltanto le decisioni Hilaire[562] e White Van[563], oltre al Parere sull'articolo 55[564]. Per quanto riguarda altri possibili sviluppi sul piano internazionale, si constata invece un ampio ricorso da parte della Corte alla 'prassi successiva' in senso lato, che Nolte ricollegava tuttavia all'articolo 31.3.c) della Convenzione di Vienna. In Velasquez, ad esempio, la Corte sanciva il divieto di sparizioni forzate sulla base di una risoluzione della Commissione ONU per i Diritti Umani, oltre che altra prassi generale (in ambito ONU) e regionale (in ambito OAS)[565]. Anche nel Parere sull'assistenza consolare, la Corte faceva riferimento alla prassi del Comitato dei Diritti Umani delle Nazioni Unite

[562] In cui la Corte teneva conto della legislazione degli Stati che applicano la pena di morte per negare la compatibilità con l'articolo 4 ACHR (diritto alla vita) dell'automaticità della pena capitale per pur gravi reati (Hilaire, Constantine e Benjamin e altri c. Trinidad e Tobago, Meriti, riparazioni e costi, decisione del 21 giugno 2002, par. 12: 'It is useful to consider some examples in this respect, taken from the legislation of those American countries that maintain the death penalty. In these countries the gradation according to gravity of each theory of deprivation of life is well recognized: from homicide to parricide. In all of these countries, there exists a diversity of penalties corresponding to the diversity in gravity. In such cases there is nothing comparable to a mandatory death penalty, the sense it has been given in the matter to which this Opinion refers.')

[563] In cui la prassi dimostrava che non si richiedono particolari forme per la validità della domanda presso la Corte ("White Van" (Paniagua Morales et altri) c. Guatemala, Obiezioni preliminari, decisione del 25 gennaio 1996, par. 34-35: 'ha sido una práctica constante, no objetada por los gobiernos, la presentación inicial de las demandas ante la Corte mediante télex o facsímil, seguida de la consignación, pocos días después, de los documentos originales y de las diez copias a que se refiere el artículo 26 del Reglamento. [...] 35. La Corte no encuentra motivo suficiente para modificar dicha práctica, por cuanto todo tribunal debe seguir el ritmo de la vida contemporánea y valerse de los avances tecnológicos y los medios electrónicos modernos para facilitar sus comunicaciones con las partes procesales, de modo que dichas comunicaciones operen con la fluidez y celeridad debidas.').

[564] In cui la Corte negava che dal terzo paragrafo dell'articolo 55, che consente agli Stati di nominare un giudice ad hoc quando si tratta di dispute interstatali, potesse ricavarsi una generale facoltà degli Stati in tal senso, nonostante i frequenti inviti della Corte medesima agli Stati a nominare giudici ad hoc: tali inviti costituirebbero una mera interpretazione dell'ACHR, che la Corte potrebbe cessare di intraprendere ("Article 55 of the American Convention on Human Rights", Parere OC-20/09 del 29 settembre 2009, par. 53: 'the act of repeatedly informing the respondent States Parties of the possibility to appoint Judges ad hoc, responds to an interpretation of Article 55(3) of the Convention performed by the Inter-American Court itself, taking into account its procedural norms. As such, no interpretation of the Convention performed by the Court, even in a repeated manner, may be understood as a practice of the States in the sense of Article 38(1)(b) of the Statute of the International Court of Justice, in a manner that prevents the Court from modifying its criteria. Based on the foregoing, it is noted that in this matter there is no internal customary law according to which the States have acquired any rights to appoint Judges ad hoc in contentious cases originated in individual petitions.')

[565] Velásquez Rodríguez c. Honduras, Meriti, decisione del 29 luglio 1988, par. 151-152: 'he establishment of a Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances of the United Nations Commission on Human Rights, by Resolution 20 (XXXVI) of February 29, 1980, is a clear demonstration of general censure and repudiation of the practice of disappearances, which 27 had already received world attention at the UN General Assembly (Resolution 33/173 of December 20, 1978), the Economic and Social Council (Resolution 1979/38 of May 10, 1979) and the Subcommission for the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (Resolution 5B (XXXII) of September 5, 1979). The reports of the rapporteurs or special envoys of the Commission on Human Rights show concern that the practice of disappearances be stopped, the victims reappear and that those responsible be punished. 152. Within the inter-American system, the General Assembly of the Organization of American States (OAS) and the Commission have repeatedly referred to the practice of disappearances and have urged that disappearances be investigated and that the practice be stopped [...].'

per affermare che il diritto alla vita è violato in caso non sia rispettata la Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari, come espressione di regole sul giusto processo[566].

Anche in Vargas-Areco, la Corte faceva riferimento a vari strumenti internazionali, anche di soft-law, al fine di dimostrare la tendenza del diritto internazionale a vietare il reclutamento o la diretta partecipazione alle ostilità di individui minori di 18 anni[567]. In Villagran Morales, decisione riguardante i bambini di strada, la Corte faceva invece espressamente riferimento all'articolo 31.3.c) della Convenzione di Vienna per giustificare il ricorso alla Convenzione sui Diritti del Fanciullo al fine di interpretare l'articolo 19 ACHR (diritti del bambino)[568]; similmente, ciò avveniva anche nel Parere sulla condizione giuridica del bambino[569]. Infine, nel caso Serrano-Cruz, la Corte sembrava affermare che il riferimento a trattati esterni all'ACHR a fini interpretativi può avvenire soltanto se vi aderisce lo Stato che è parte della disputa[570]; in tal senso, Nolte evidenziava come l'articolo 29.b) dell'ACHR, che restringe l'interpretazione tutelando gli Stati[571], costituisce lex specialis rispetto all'articolo 31.3.c) della Convenzione di Vienna.

---

[566] "The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law", Parere OC-16/99 del 1 ottobre 1999, par. 130: 'in a number of cases involving application of the death penalty, the United Nations Human Rights Committee observed that if the guarantees of the due process established in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights were violated, then so, too, were those of Article 6.2 of the Covenant if sentence was carried out'. Quindi, par. 137: 'the Court concludes that nonobservance of a detained foreign national's right to information, recognized in Article 36(1)(b) of the Vienna Convention on Consular Relations, is prejudicial to the guarantees of the due process of law; in such circumstances, imposition of the death penalty is a violation of the right not to be "arbitrarily" deprived of one's life, in the terms of the relevant provisions of the human rights treaties (eg. the American Convention on Human Rights, Article 4; the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 6)'.

[567] Vargas Areco c. Paraguay, Meriti, riparazioni e costi, decisione del 26 settembre 2006, par. 100-122, con riferimento al diritto internazionale umanitario, raccomandazioni ICRC, della Commissione per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, della Commissione Inter-Americana e un Protocollo addizionale alla Convenzione sui Diritti del fanciullo: 'The foregoing considerations reflect a trend in international law to avoid the incorporation of minors under the age of 18 into the armed forces and to guarantee, in all circumstances, that minors under the age of 18 do not participate directly in hostilities.'

[568] "Street Children" (Villagrán-Morales e altri) c. Guatemala, Meriti, decisione del 19 novembre 1999, par. 194: 'The Convention on the Rights of the Child contains various provisions that relate to the situation of the "street children" examined in this case and, in relation with Article 19 of the American Convention, it throws light on the behavior that the State should have observed towards them.'

[569] "Juridical Condition and Human Rights of the Child", Parere OC-17/02 del 28 agosto 2002, con riferimento anche alle legislazioni nazionali di vari Stati a tutela del bambino, al fine di negare che l'articolo 19 potesse subire limitazioni in ragione di altre disposizioni dell'ACHR (in particolare par. 18-29).

[570] Serrano Cruz Sisters c. El Salvador, Obiezioni preliminari, decisione del 23 novembre 2004, par. 119: 'In its *case law*, the Court has established clearly that it has the authority to interpret the provisions of the American Convention in light of other international treaties, so that it has frequently used provisions from other human rights treaties ratified by the defendant State to provide content and scope to the provisions of the Convention. In this regard, in its constant *case law*, this Court has decided that "for the purpose of interpreting a treaty, it does not only take into account the agreements and instruments formally relating to it (second paragraph of Article 31 of the Vienna Convention), but also the context (third paragraph of Article 31)." In its *case law*, the Court has indicated that this concept is particularly important for international human rights law, which has made substantial progress by the evolutive interpretation of the international protection instruments. These parameters allow the Court to use the provisions of international humanitarian law, ratified by the defendant State, to give content and scope to the provisions of the American Convention.'

[571] Vedi sopra al punto II.1.2.

Per concludere l'esame della giurisprudenza in regimi a tutela dei diritti umani, il Comitato per i Diritti dell'Uomo sembra adottare un approccio particolarmente liberale, raramente indagando la presenza di un accordo interpretativo sottostante alla condotta degli Stati. Nel suo secondo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte evidenziava in particolare il fatto che riferimenti a prassi e sviluppi successivi si rinvengono raramente, e in particolare in due gruppi di casi. Il primo riguardava la presunta violazione dell'articolo 6 ICCPR (diritto alla vita) per l'estradizione in paesi in cui sussiste il rischio di condanna a morte, similmente a quanto avvenuto in ambito CEDU[572]. In Kindler c. Canada (1993), il Comitato ricordava che il secondo paragrafo dell'articolo 6 consente in alcuni casi la pena di morte, quindi non sussisterebbero incompatibilità con l'articolo 7 sul divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti[573]; in particolare, tale argomento contestuale è stato ritenuto sufficiente a vincere la tendenza, cui pure si faceva richiamo, di vari Stati di abolire la pena capitale[574]. Più tardi, in Judge c. Canada (2002), il Comitato modificava la propria giurisprudenza proprio sulla base della tendenza degli Stati di abolire, o comunque non applicare, la pena di morte, affermando che è illegittima l'estradizione verso Stati in cui essa vige e che non prestano sufficienti garanzie che non sarà applicata[575]; manca tuttavia un'analisi dettagliata di tale tendenza, e il Comitato si preoccupa altresì di sottolineare l'eccezionalità del caso[576].

L'altro gruppo di casi riguardava la presunta violazione dell'articolo 7 ICCPR per il protrarsi della detenzione nel braccio della morte. In Barrett, il Comitato, senza fare riferimento alla prassi successiva, negava che sussistesse alcuna violazione, sottolineando che nel periodo di attesa prima dell'esecuzione della sentenza, 'intrinseco' al procedimento giudiziale, il condannato utilizzava i vari mezzi di ricorso a sua disposizione[577]. In Simms, il Comitato confermava la propria

[572] Per la prima volta nel caso Soering, deciso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel 1989; vedi il Capitolo III, al punto II.2.
[573] Kindler (nota 416).
[574] Kindler (nota 416), par. 14.2: 'the Committee notes the evolution of international law and the trend towards abolition, as illustrated by the adoption by the United Nations General Assembly of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. Furthermore, even where capital punishment is retained by States in their legislation, many of them do not exercise it in practice.'
[575] Judge c. Canada (Comunicazione 829/1998, *view* del 5 agosto 2002), par. 10.3: 'The Committee is mindful of the fact that the abovementioned jurisprudence [Kindler] was established some 10 years ago, and that since that time there has been a broadening international *consensus* in favour of abolition of the death penalty, and in states which have retained the death penalty, a broadening *consensus* not to carry it out.'
[576] Judge (nota precedente), ancora par. 10.3: 'While recognizing that the Committee should ensure both consistency and coherence of its jurisprudence, it notes that there may be exceptional situations in which a review of the scope of application of the rights protected in the Covenant is required, such as where an alleged violation involves that most fundamental of rights – the right to life - and in particular if there have been notable factual and legal developments and changes in international opinion in respect of the issue raised.'
[577] Barrett & Sutcliffe c. Giamaica (Comunicazione 270 e 271/1980, *view* del 30 marzo 1992), par. 8.4: 'prolonged judicial proceedings do not per se constitute cruel, inhuman and degrading treatment, even if they may be a source of mental strain and tension for detained persons. This also applies to appeal and review proceedings in cases involving capital punishment, although an assessment of the particular circumstances of each case would be called for. In States whose judicial system provides for a review of criminal convictions and sentences, an element of delay between the lawful imposition of a sentence of death and the exhaustion of available remedies is inherent in the review of the

giurisprudenza, pur ammettendo che taluni Stati riconoscono nel protrarsi della detenzione nel braccio della morte per cinque o più anni la violazione delle proprie leggi o Costituzioni[578]. Infine, in Bickaroo, il Comitato spiegava che il Patto va interpretato dando primaria importanza all'oggetto e scopo, e dare maggior peso alla prassi in questo caso significherebbe pregiudicare l'obiettivo del Patto di ridurre la pena di morte, dal momento che equivarrebbe ad incentivare gli Stati ad applicare tale pena nel minor tempo possibile[579]. Nolte aveva ipotizzato che il Comitato non modificherà la propria giurisprudenza, nonostante l'apparente contrasto con la prassi successiva[580].

Vi sono poi un gruppo di casi in cui la prassi successiva ha diretto il Comitato in direzioni tra loro differenti[581], e un caso, l'unico richiamato nel primo rapporto per la Commissione, in cui il Comitato si è mostrato aperto anche all'uso della prassi come giustificazione di possibili limitazioni ai diritti garantiti dal Patto sui Diritti Civili e Politici[582]. In un altro caso, infine, è stata utilizzata la prassi di alcuni Stati, apparentemente ignorando quella di altri[583].

---

sentence: thus, even prolonged periods of detention under a severe custodial regime on death row cannot generally be considered to constitute cruel, inhuman or degrading treatment if the convicted person is merely availing himself of appellate remedies.'

[578] Simms c. Giamaica (Comunicazione 541/1993, *view* del 3 aprile 1995), par. 6.5: 'although some national courts of last resort have held that prolonged detention on death row for a period of five years or more violates their constitutions or laws, the jurisprudence of this Committee remains that detention for any specific period would not be a violation of article 7 of the Covenant in the absence of some further compelling circumstances'.

[579] Ramcharan Bickaroo c. Trinidad e Tobago (Comunicazione 555/1993, *view* del 29 ottobre 1997), par. 5.3: 'The provisions of the Covenant must be interpreted in the light of the Covenant's objects and purposes (article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). As one of these objects and purposes is to promote reduction in the use of the death penalty, an interpretation of a provision in the Covenant that may encourage a State party that retains the death penalty to make use of that penalty should, where possible, be avoided.' Anche par 5.5: 'The second implication of making the time factor per se the determining one, i.e. the factor that turns detention on death row into a violation of the Covenant, is that it conveys a message to States parties retaining the death penalty that they should carry out a capital sentence as expeditiously as possible after it was imposed. This is not a message the Committee would wish to convey to States parties. Life on death row, harsh as it may be, is preferable to death.'

[580] Second Report, cit., p. 280.

[581] In Gomariz c. Spagna il Comitato affermava che l'articolo 14.5 ICCPR obbliga gli Stati a concedere in ogni caso ricorso rispetto alla sentenza di secondo grado, in caso di condanna alla detenzione di un soggetto incensurato (Comunicazione 1095/2002, *view* del 22 luglio 2005). Nella sua opinione dissenziente il giudice Wedgwood sottolineava che tale obbligo contrastava con l'impianto procedurale di molti Stati di *civil law*, e con quello dei tribunali penali internazionali istituiti dalle Nazioni Unite, in cui è ben possibile che una sentenza di secondo grado non ammetta ricorso. Nel successivo caso Escolar c. Spagna il Comitato adottava, in principio, la posizione espressa l'anno precedente dal giudice Wedgwood (Comunicazione 1156/2003, *view* del 28 marzo 2006, par. 9.2: 'In a previous case [Gomariz v. Spain] the Committee held that the absence of a right of review by a higher court of a conviction imposed by an appeal court following acquittal by a lower court constituted a violation of article 14, paragraph 5, of the Covenant. The present case is different in that the conviction by the lower court was confirmed by the Supreme Court. That court, however, increased the penalty imposed by the lower court in respect of the same offence. The Committee notes that in the legal systems of many countries appeal courts may lower, confirm or increase the penalties imposed by the lower courts').

[582] In Jong-Cheol c. Repubblica di Corea (Comunicazione 968/2001, view del 27 luglio 2005) si negava che la detenzione fosse una misura eccessiva per punire la pubblicazione di sondaggi nei giorni immediatamente precedenti le elezioni, poiché molti Stati prevedono una legislazione simile, pur mancando uno specifico riferimento alla prassi successiva in quanto strumento interpretativo; il Comitato riconosce si tratta di una limitazione rientrante nell'ambito delle eccezioni alla libertà di espressione *ex* articolo 19.3 ICCPR (par. 8.3: 'The Committee notes the underlying reasoning for such a restriction is based on the wish to provide the electorate with a limited period of reflection, during

2.2.3. Giurisprudenza in altri regimi

Nella giurisprudenza ITLOS, a volte il Tribunale ha richiamato la prassi delle parti, ma senza effettuare un'analisi accurata, come in M/V Saiga (n. 2)[584], oppure ritenendo l'argomento insufficiente, come in M/V Saiga (n. 1)[585]. In M/V Saiga (n. 2), inoltre, il Tribunale faceva anche riferimento a trattati non ancora in vigore, il che secondo Nolte significherebbe che il Tribunale non considerava tali trattati come 'altre regole applicabili alle parti' in applicazione del criterio di cui all'articolo 31.3.c) della Convenzione di Vienna, bensì propriamente a titolo di prassi successiva[586].

Nel caso Camouco, poi, la prassi successiva non è stata utilizzata nonostante ciò sarebbe stato utile per risolvere una delle questioni rilevanti, e il Tribunale ha ritenuto la prassi insufficiente a risolverne un'altra[587]. Nel Parere n. 17, il Tribunale riconosceva infine che il ruolo della prassi è ulteriormente ridotto qualora gli Stati godano di discrezionalità nell'implementare il trattato[588], ma al contempo faceva riferimento all'espressione 'best environmental practices' contenuta nel

---

which they are insulated from considerations extraneous to the issues under contest in the elections, and that similar restrictions can be found in many jurisdictions.').

[583] In Yoon & Choi c. Repubblica di Corea (Comunicazione 1321/2004 e 1322/2004, view del 3 novembre 2006) il Comitato ha fatto uso della prassi degli Stati di introdurre un'alternativa al servizio militare per dimostrare che nel caso di specie la limitazione alla libertà religiosa era ingiustificata (par. 8.4: 'The Committee also notes, in relation to relevant State practice, that an increasing number of those States parties to the Covenant which have retained compulsory military service have introduced alternatives to compulsory military service, and considers that the State party has failed to show what special disadvantage would be involved for it if the rights of the authors' under article 18 would be fully respected.'). Tuttavia, il giudice Wegdwood criticava la maggioranza per il suo approccio selettivo, ossia per non aver tenuto conto della prassi di quegli Stati che prevedono tuttora la leva obbligatoria senza diritto all'obiezione di coscienza (Opinone dissenziente del Membro del Comitato Wedgwood (p. 14): 'But we do not have any record information before us, most particularly, in regard to the number of parties to the Covenant that still rely upon military conscription without providing de jure for a right to conscientious objection.').

[584] The M/V "SAIGA" (n. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Meriti (caso n. 2, 1 luglio 1999), con riferimento alla prassi degli Stati in applicazione della legittima difesa *ex* articolo 51 della Carta di San Francisco (in particolare con riferimento ai requisiti di necessità e proporzionalità): il Tribunale non individua nello specifico tale prassi, bensì assume l'esistenza di un certo standard generale (par. 156-7).

[585] The M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Rilascio immediato (caso n. 1, 4 dicembre 1997), in cui si menziona un decreto-legge della Guinea Bissau e una convenzione del 1989, negando che tale prassi potesse considerarsi generale (par. 57).

[586] Second Report, cit., 285, richiamando il caso M/V Saiga (n. 2) (nota 584), par. 79-83, riguardo la possibilità per uno Stato di negare l'appartenenza di una nave in base all'assenza del 'genuine link' della nazionalità *ex* articolo 91.1 UNCLOS; i trattati richiamati sono la Convenzione ONU sulle condizioni per la registrazione di navi, l'Accordo ONU sugli stock ittici del 1995, e l'Accordo per promuovere l'adempimento delle misure internazionali di conservazione e gestione da navi peschereccio in alto mare.

[587] "Camouco" (Panama v. Francia), Rilascio immediato (caso n. 5, 7 febbraio 2000). La prima questione riguardava gli articoli 73 e 226 UNCLOS, in base ai quali lo Stato costiero è obbligato a rilasciare una nave detenuta se lo Stato della bandiera offre un'obbligazione o altro ragionevole titolo di credito: il Tribunale non faceva riferimento alla prassi degli Stati costieri per stabilire cosa potesse soddisfare tale criterio di ragionevolezza. L'altra questione riguardava la compatibilità di sequestri e confische con gli articoli 73.3 e 230 UNCLOS: il Tribunale richiamava la legislazione di molti stati che consentono la confisca, ma riteneva che non era possibile risolvere in astratto la questione (arrivando poi ad un bilanciamento di interessi soddisfacente in ordine a oggetto e scopo del tratato) (par. 72-77).

[588] Parere n. 17 (nota 420), par. 236-7; la corte richiama la prassi di due Stati per (meramente) esemplificare il contenuto dell'obbligo degli Stati di sminare il fondale marino, riconosciuto, appunto, come obbligo le cui modalità di esecuzione sono subordinate alla discrezionalità degli Stati.

Regolamento sui solfiti polimetallici del 2010 al fine di interpretare il Regolamento sui noduli polimetallici del 2000[589].

La giurisprudenza internazionale in materia penale testimonia l'uso della prassi successiva in relazione a tre aree differenti. La prima è quella del diritto penale sostanziale: ICTY e ICTR, in particolare, al fine di interpretare trattati che possano, come visto, fungere da ausilio nell'identificazione delle norme consuetudinarie da applicare primariamente al caso concreto, riconoscono l'importanza della giurisprudenza nazionale[590], delle prassi esecutive o militari dello Stato[591] e chiaramente della prassi successiva a tali trattati[592]. Persino alcune 'tendenze' nella legislazione nazionale sono state utilizzate dall'ICTY come ausilio al fine di identificare principi penali generali[593]; in un altro caso, tuttavia, l'approccio è stato più rigido, non riconoscendosi la sufficiente determinatezza della prassi[594]. Infine in alcuni casi è stata l'enfasi su oggetto e scopo del trattato ad indurre l'ICTY a tener conto della prassi successiva[595].

---

[589] Parere n. 17 (nota 420), par, 136-7: 'The adoption of higher standards in the more recent Sulphides Regulations would seem to indicate that, in light of the advancement in scientific knowledge, member States of the Authority have become convinced of the need for sponsoring States to apply "best environmental practices" in general terms so that they may be seen to have become enshrined in the sponsoring States' obligation of due diligence. 137. In the absence of a specific reason to the contrary, it may be held that the Nodules Regulations should be interpreted in light of the development of the law, as evidenced by the subsequent adoption of the Sulphides Regulations.'

[590] Ad esempio l'ICTY in Kupreškić e altri (IT-95-16), Decisione (14 gennaio 2000), par. 541: 'judicial decisions may prove to be of invaluable importance for the determination of existing law. [...] In many instances no less value may be given to decisions on international crimes delivered by national courts operating pursuant to the 1948 Genocide Convention, or the 1949 Geneva Conventions or the 1977 Protocols or similar international treaties. In these instances the international framework on the basis of which the national court operates and the fact that in essence the court applies international substantive law, may lend great weight to rulings of such courts. Conversely, depending upon the circumstances of each case, generally speaking decisions of national courts on war crimes or crimes against humanity delivered on the basis of national legislation would carry relatively less weight.'

[591] Tadić (nota 430), par. 94: 'States have in practice accepted that belligerents may use paramilitary units and other irregulars in the conduct of hostilities only on the condition that those belligerents are prepared to take responsibility for any infringements committed by such forces. In order for irregulars to qualify as lawful combatants, it appears that international rules and State practice therefore require control over them by a Party to an international armed conflict and, by the same token, a relationship of dependence and allegiance of these irregulars vis-à-vis that Party to the conflict.'

[592] Ad esempio l'ICTY in Jelisić (IT-95-10, Decisione del 5 luglio 2001, par. 61 e 83), in cui la Corte faceva riferimento alla Convenzione sul Genocidio e alla successiva prassi per individuare gli elementi costituitivi del crimine nel diritto consuetudinario. In Krstić (IT-98-33, Decisione del 2 agosto 2001, par. 541 e 580) il Tribunale segue il medesimo approccio, e in particolare per negare che recenti tendenze, ricavabili da una risoluzione dell'Assemblea Generale e da una sentenza della Corte Costituzionale tedesca, fossero sufficienti a ritenere modificato il crimine di genocidio come definito consuetudinariamente.

[593] Si tratta del caso Furundžija (IT-95-17/1, Decisione del 10 dicembre 1998), in cui il tribunale ha fatto ricorso alla tendenza di vari Stati di adottare una definizione ampia di stupro, punito ma non definito dall'articolo 27 della IV Convenzione di Ginevra e dai protocolli addizionali (in particolare par. 179: 'a trend can be discerned in the national legislation of a number of States of broadening the definition of rape so that it now embraces acts that were previously classified as comparatively less serious offences, that is sexual or indecent assault. This trend shows that at the national level States tend to take a stricter attitude towards serious forms of sexual assault: the stigma of rape now attaches to a growing category of sexual offences, provided of course they meet certain requirements, chiefly that of forced physical penetration.').

[594] In Kordić & Čerkez (IT-95-14/2, Decisione del 26 febbraio 2001) l'ICTY ha ritenuto non sufficiente una limitata prassi nella legislazione nazionale che sembrava richiedere un risultato serio per ammettere l'illegittimità di un attacco

Altra area rilevante è quella dei trattati sui diritti umani, che vengono interpretati sia dai tribunali speciali che dalla Corte Penale Internazionale sulla base della giurisprudenza degli organi competenti a giudicare su ciascuno di essi. Come visto lo Statuto ICC impone che l'interpretazione avvenga nel rispetto dei diritti umani[596], e tale norma è applicata dalla Corte nel senso, appunto, di riferirsi alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, della Corte Inter-americana dei Diritti dell'Uomo e del Comitato dei Diritti dell'Uomo[597]; anche ICTY e ICTR applicano lo stesso principio, pur mancando di una simile disposizione espressa nei propri statuti[598]. È doveroso constatare che si tratta di richiami alla prassi degli Stati solo indirettamente, perché oggetto primario del rinvio è la giurisprudenza di corti internazionali (pur, in sé, fondata sulla prassi successiva)[599].

Un ultimo gruppo di casi in cui la prassi successiva è venuta in rilievo riguarda problemi di tipo istituzionale o procedurale. In particolare l'ICTY ha usato una prassi concepita in senso ampio per risolvere problemi di tale natura: notoriamente nel caso Tadić affermava la legittimità dell'istituzione del tribunale medesimo da parte del Consiglio di Sicurezza sulla base della 'prassi successiva' degli Stati di considerare anche i conflitti armati non internazionali come minaccia alla pace, in applicazione del Capitolo VII della Carta di San Francisco[600]. Nello stesso caso, tuttavia, il tribunale negava che la prassi potesse superare la limitazione contenuta nello Statuto per cui la

---

contro la popolazione civile (vedi par. 64-66, in cui si fa espresso riferimento a prassi *e opinio juris*, palesando una certa confusione tra prassi interpretativa e prassi costitutiva di una consuetudine).

595 Ancora in Tadić (nota 430), nell'interpretare l'articolo 4 della IV Convenzione di Ginevra, che consente l'attribuzione dello *status* di persona protetta anche ad individui della stessa nazionalità dei loro catturatori, fa riferimento ad oggetto e scopo, e quindi alla prassi successiva, per affermare che il nesso non è da intendersi esclusivamente quello, formale, di nazionalità, bensì deve consentirsi la stessa protezione anche ad individui della stessa etnia. Lo scopo della Convenzione di Ginevra sarebbe infatti quello di offrire protezione ad individui in funzione della loro appartenenza ad una parte o l'altra in un conflitto, parti che nella recente prassi si sono distinte per etnia più che per nazionalità (par. 165-166); tale giurisprudenza è confermata nelle decisioni Aleksovski (IT-95-14/1, Decisione del 25 giugno 1999, par. 147-152) e Mucić (IT-96-21, Decisione del 20 febbraio 2001, par. 73, 83-84).

596 Vedi sopra al punto II.1.3.

597 Ad esempio nel caso Ahmad Harun & Ali Kushayb, Decisione sulla domanda del procuratore in base all'articolo 58.7 (27 aprile 2007, par. 28), in cui per interpretare il requisito 'reasonable grounds to believe' per la concessione di un mandato d'arresto sulla base dello Statuto la Corte faceva riferimento alla giurisprudenza ECtHR rispetto alla 'reasonable suspicion' *ex* articolo 5.1 CEDU e alla giurisprudenza IACtHR sull'articolo 7 IACHR (libertà personale). Anche in Lubanga Dyilo (Rivelazione e tempi, par. 2-3 e par. 14) interpreta varie disposizioni dello Statuto circa la rivelazione delle prove richiamando l'interpretazione di simili disposizioni da parte di ECtHR, IACtHR e HRC.

598 Ad esempio in Tadić (nota 430, Decisione sull'azione della difesa per un appello interlocutorio circa la giurisdizione, 2 ottobre 1995, par. 43), circa il significato dell'espressione 'stabilito per legge', interpretato alla luce della giurisprudenza ECtHR sull'articolo 6.1 CEDU.

599 Second Report, cit., p. 293.

600 Tadić (nota 430, Decisione sull'azione della difesa per un appello interlocutorio circa la giurisdizione, 2 ottobre 1995, par. 43: 'even if it were considered merely as an "internal armed conflict", it would still constitute a "threat to the peace" according to the settled practice of the Security Council and the common understanding of the United Nations membership in general. Indeed, the practice of the Security Council is rich with cases of civil war or internal strife which it classified as a "threat to the peace" and dealt with under Chapter VII, with the encouragement or even at the behest of the General Assembly, such as the Congo crisis at the beginning of the 1960s and, more recently, Liberia and Somalia. It can thus be said that there is a common understanding, manifested by the "subsequent practice" of the membership of the United Nations at large, that the "threat to the peace" of Article 39 may include, as one of its species, internal armed conflicts.')

giurisdizione avrebbe potuto esercitarsi solo su crimini compiuti all'interno di conflitti armati internazionali[601]. La giurisprudenza dell'ICC è più limitata in questo ambito, ma si può menzionare la questione del 'witness proofing' (una tecnica usata per preparare i testimoni all'udienza), la cui legittimità veniva negata dalla Pre-trial Chamber in base alla legislazione di vari Stati che vietano tale pratica[602]; secondo Nolte, si tratta se non altro della dimostrazione che la prassi è un elemento tenuto in conto dall'ICC anche in questo ambito[603].

Benchè non richiamata in questa parte del primo rapporto per la Commissione, anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea era stata oggetto d'indagine nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio. Là Nolte aveva evidenziato come in essa gli sviluppi successivi hanno un peso differente a seconda che ad essere interpretato sia il diritto primario oppure un accordo misto. Nel primo caso la CGEU tende a non darvi troppo rilievo, in particolare non si ritrova alcun riferimento all'articolo 31.3 della Convenzione di Vienna. In un caso la Corte ha espressamente affermato che 'una semplice prassi non può prevalere sulle norme del Trattato'[604], mentre in un altro caso la prassi degli Stati è stata dichiarata irrilevante a fronte di un obiettivo di armonizzazione stabilito dai trattati[605]. Parimenti la prassi è apparentemente trascurata nella giurisprudenza sulle possibili restrizioni alle libertà fondamentali concesse dai trattati[606]; mentre in un caso la Corte

[601] Tadić (nota 430, Decisione sull'azione della difesa per un appello interlocutorio circa la giurisdizione, 2 ottobre 1995, par. 83). Nella sua opinione dissenziente, Abi Saab affermava tuttavia che l'articolo 2 dello Statuto poteva essere interpretato nel senso di consentire al tribunale di perseguire 'gravi violazioni' anche in conflitti armati interni, o sulla base di un'interpretazione teleologica dello Statuto, oppure sulla base del riconoscimento della formazione di una nuova norma consuetudinaria, basata su prassi e *opinio juris* (altra ipotesi che dimostra, se non la confusione, l'intercambiabilità tra diverse fattispecie; vedi anche la nota 594).

[602] Lubanga Dyilo (Decisione sulla familiarizzazione e sulla verificazione dei testimoni, 8 novembre 2006, par. 34 e nota 38).

[603] Second Report, cit., p. 295.

[604] Francia c. Commissione (C-327/91, 9 agosto 1994, par. 36).

[605] La prassi era quella di non attuazione di un obbligo di equità salariale, in particolare con riferimento ad una risoluzione adottata al fine di deferire il termine transitorio originariamente concesso nel trattato (risoluzione cui la Corte attribuiva valore modificativo sul medesimo). Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (C-43/75, 8 aprile 1976), par. 14: 'Nell'interpretare detta disposizione non si può quindi trarre argomento dagli indugi e dalle resistenze che hanno ritardato, in determinati Stati membri, l'applicazione effettiva di detto principio essenziale', e par. 36: '[l'articolo 119 TCE] impone agli Stati un risultato obbligatorio da conseguirsi entro un termine tassativamente indicato. L'efficacia di questa disposizione non può essere affievolita dalla circostanza che l'obbligo imposto dal trattato non è stato osservato in determinati Stati membri e che le istituzioni comuni non hanno adeguatamente reagito contro tale inadempienza.' Sulla risoluzione e i suoi effetti modificativi par. 56: 'La risoluzione degli Stati membri in data 30 dicembre 1961, salvi restando gli effetti che essa ha potuto avere per quanto riguarda il favorire e l'accelerare la piena attuazione dell'art. 119, non poteva modificare il termine stabilito dal trattato. Il trattato non può infatti essere modificato — salve restando le disposizioni specifiche — se non mediante una revisione da effettuarsi ai sensi dell'art. 236.'

[606] La Corte, ad esempio, con riferimento a simili restrizioni basate sull'ordine pubblico, non ha fatto riferimento alla condotta degli Stati per interpretare tale concetto, bensì ha fatto rilevare il margine concesso a ciascuno Stato nell'applicazione del diritto primario; vedi il caso Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (C-36/02, 14 ottobre 2004), in cui la Corte era chiamata a decidere se un bando ai laser-games giustificato sulla base del rispetto della dignità umana fosse compatibile con la libertà di fornire servizi, stante l'importazione dal Regno Unito alla Germania del materiale destinato al gioco; la corte affermava (par. 31): 'le circostanze specifiche che potrebbero giustificare il richiamo alla nozione di ordine pubblico possono variare da

citava anche l'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, ma concludeva che non poteva rinvenirsi una comune intenzione delle parti, e decideva sulla base dell'oggetto e scopo del trattato[607]. La ragione di tale approccio si può far risalire al carattere speciale ('costituzionale') del diritto comunitario, come espressamente riconosciuto dalla Corte[608], anche se secondo alcuni si dovrebbe anche tener conto della presenza di espresse procedure per l'emendamento dei trattati istitutivi[609], e nello stesso ambito regionale la Corte Europea dei Diritti Umani fa ampio uso della prassi successiva, come visto[610].

Quando si tratta invece di accordi conclusi dall'Unione Europea con Stati terzi, l'uso della prassi successiva è più frequente[611]. In particolare nel caso Anastasiou la Corte ha ammesso la possibilità di usare tale mezzo con espresso riferimento all'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, ma ha in concreto negato che la prassi soddisfacesse i requisiti stabiliti nel medesimo[612]. Quello adottato dalla Corte sembrerebbe essere pertanto l'approccio ristretto alla prassi successiva, per cui essa deve testimoniare l'unanimità dell'accordo tra Stati membri e Stati terzi; d'altra parte,

---

un paese all'altro e da un'epoca all'altra. È perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato'.

[607] Humblet (nota 437), riguardante l'interpretazione di un Protocollo CECA nel senso di consentire alle autorità belghe di considerare, al fine di determinare il reddito di una cittadina belga, il salario del marito, dipendente della Comunità. La Corte prendeva in considerazione trattati di doppia tassazione conclusi dagli Stati membri con Stati terzi, che avrebbero previsto il conteggio del salario in simili situazioni, ma constatava altresì che la legislazione degli Stati membri non era omogenea sul punto. Tuttavia, sottolinea Nolte, oltre ad essere un caso risalente, parte della prassi presa in considerazione era rappresentata da trattati conclusi dagli Stati membri con Stati terzi.

[608] Nolte cita il caso Commissione c. Consiglio (Convenzione sulla sicurezza nucleare, C-29/99, 10 dicembre 2002), in cui l'Avvocato generale Jacobs aveva argomentato la legittimità dell'adesione dell'EURATOM alla Convenzione sulla sicurezza nucleare (NSC) facendo ampio ricorso alla prassi successiva degli Stati; nella sua decisione, la Corte accoglieva le conclusioni dell'Avvocato generale ma senza fare alcun riferimento a tale criterio interpretativo.

[609] Che concorrerebbe a determinare, appunto, la scarsa rilevanza della prassi anche a titolo interpretativo: Nolte tuttavia è in disaccordo con tale impostazione, sottolineando appunto che si tratta qui di interpretazione e non di modificazione (Second Report, cit., p. 299, nota 607).

[610] Second Report, cit., p. 300; vedi *supra*, nel testo.

[611] Ad esempio in Leonce Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli (C-52/77, 30 novembre 1977), par. 18: 'questa interpretazione [dell'articolo 1 del primo allegato al trattato CEE-Spagna] trova conferma nella prassi costantemente seguita dalle parti contraenti nell'applicazione dell'accordo, quale risulta da taluni documenti prodotti dalla Commissione.'

[612] The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others (C-432/92, 5 luglio 1994), circa l'interpretazione del protocollo addizionale all'Accordo di associazione tra la CEE e Cipro, nel senso di consentire l'accettazione di certificati emanati non da Cipro ma dalla Repubblica Turca di Cipro del Nord; par. 50-53: 'nella prassi seguita per l' attuazione dell' accordo dopo gli avvenimenti di cui sopra non si può ravvisare senza ambiguità, ai sensi dell' art. 31 della convenzione di Vienna, un accordo delle parti in ordine all' interpretazione delle afferenti disposizioni del protocollo del 1977. 51. Infatti, alla prassi della Commissione si contrappone nettamente la posizione ufficiale del governo della Repubblica di Cipro contenuta in una nota verbale trasmessa alla Commissione nel 1983, in cui si è precisato che unicamente le merci accompagnate da certificati di circolazione rilasciati dal governo ufficiale, ed esportate per via marittima o aerea sotto il controllo di quest' ultimo, soddisfano alle condizioni dell'accordo di associazione. 52 Inoltre, la prassi seguita dopo i fatti di Cipro, come risulta dagli atti di causa, rispecchia la mancanza di una posizione uniforme degli Stati membri. Taluni Stati membri hanno accettato i certificati rilasciati da autorità diverse da quelle della Repubblica di Cipro, mentre altri li hanno respinti. 53 L'esistenza di prassi diverse degli Stati membri configura pertanto una situazione di incertezza atta a compromettere l' esistenza di una politica commerciale comune nonché l' adempimento da parte della Comunità degli obblighi derivanti dall' accordo di associazione.'

sottolinea Nolte, la Corte sembra limitarsi ad un riferimento generale alla prassi, evitando di fornire concreti esempi[613].

Per concludere l'analisi, tornando al primo rapporto per la Commissione, Nolte affermava che nel complesso si potrebbe riconoscere che le corti tengono conto della prassi successiva anche quando non rientrante nei canoni di cui all'articolo 31.3.b) VCLT, presumibilmente in forza dell'articolo 32 VCLT: anche quando manchi l'accordo interpretativo tra tutte le parti del trattato, cioè, una prassi successiva (purché comunque riferita al trattato, come specificato nel successivo paragrafo) può essere utile ad interpretarlo. Inoltre, se un solo atto non potrebbe valere come 'prassi successiva', una condotta non frequentemente ripetuta potrebbe comunque avere un valore interpretativo sussidiario ex articolo 32.

2.2.4. Requisito relazionale

Nel primo rapporto per la Commissione il relatore speciale ribadiva il necessario requisito relazionale della prassi rispetto al trattato[614]: esso, come anticipato, deve in ogni caso essere presente, anche nel caso della prassi rilevante solo ex articolo 32. Nolte aggiungeva che la prassi può assumere diverse forme, non esclusa la legislazione nazionale, e deve distinguersi da altri sviluppi successivi del trattato che, tuttavia, potrebbero avere un più limitato influsso sull'interepretazione. Un'ultima annotazione riguardava le 'altre regole applicabili alle parti' di cui all'articolo 31.3.c) VCLT: il requisito relazionale potrebbe fungere da elemento scriminante tra queste e la prassi successiva, mezzi interpretativi talvolta difficili da distinguere. Si tratta di considerazioni che non si ritrovano espressamente all'interno dei primi tre rapporti per il Gruppo di Studio, ma su cui Nolte tornava nel suo secondo rapporto per la Commissione, elencando alcuni singoli casi già raccolti nel suo precedente lavoro[615].

2.2.5. Termini temporali

Circa il termine 'finale' (oltre il quale cioè si può parlare di prassi successiva), Nolte semplicemente ribadiva quando affermato a proposito degli accordi successivi, ossia che si tratta del momento in cui il testo del trattato è definito, ossia la conclusione del medesimo[616].

[613] Second Report, cit., p. 301.
[614] (A/CN.4/660, par. 111-115).
[615] Vedi al seguente punto II.3.
[616] (A/CN.4/660, par. 116)

2.2.6. Attori rilevanti

Infine il relatore speciale anticipava brevemente il tema degli attori rilevanti, che dovrebbero essere per lo più organi degli Stati parte del trattato, ma non è escluso che enti non statali siano chiamati ad applicare una convenzione: in tali casi il problema è quello dell'attribuzione della condotta allo Stato, oggetto della successiva parte del rapporto, cui Nolte rinviava[617]. È opportuno altresì rinviare alla parte di questo elaborato dedicata all'analisi dei soggetti[618].

2.3. Dibattito e riformulazione

Nel dibattito presso la Commissione alcuni evidenziavano l'opportunità di indicare in maniera più precisa la diversa operatività della prassi in base agli articoli 31 e 32[619] e di esplicitare che nel primo caso è necessario l'accordo di tutte le parti del trattato[620]; altri si dicevano invece contrari in generale a considerare rilevante la prassi in senso ampio[621]. Taluni anticipavano la loro contrarietà a prendere in considerazione accordi finalizzati all'emendamento e alla modifica del trattato[622], mentre secondo un'opinione rimaneva da chiarire il ruolo dello strumento interpretativo di cui all'articolo 31.3.c) della Convenzione di Vienna[623]. Infine si criticava anche il riferimento alla prassi di 'one or more States', tale da far sembrare sufficiente la prassi di uno Stato al fine dell'interpretazione autentica del trattato[624]. Nella sua replica, Nolte[625] proponeva l'introduzione di una conclusione autonoma dedicata alla prassi intesa in senso ampio, e di indicare più chiaramente che la distinzione tra accordo successivo e prassi successiva dipende dalla natura esplicita o implicita, rispettivamente, dell'accordo tra le parti.

---

[617] (A/CN.4/660, par. 117).
[618] Capitolo II, punto II.1
[619] Forteau (A/CN.4/SR.3160, p. 5), Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3162, p. 8) e Hassouna (A/CN.4/SR.3163, p. 3).
[620] Ancora Forteau (che sottolinea inoltre la necessità di chiarire che in ogni caso la nozione di 'accordo' è la medesima per accordi successivi e prassi successiva - A/CN.4/SR.3160, p. 5), oltre a Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3162, p. 6) e Hmoud (A/CN.4/SR.3162, p. 7).
[621] Petric (A/CN.4/SR.3161, p. 5) e Hmoud (A/CN.4/SR.3162, p. 7, ricordando che 'Courts and tribunals that had resorted to a broad definition of subsequent practice had plainly struggled to be consistent.').
[622] Hmoud (A/CN.4/SR.3162, p. 6, per quanto la Convenzione di Vienna lasci un margine di incertezza che la Commissione è chiamata a delucidare, esso rimane limitato all'ambito interpretativo: 'The purpose of treaty interpretation was to clarify ambiguity, not to amend the treaty. Even when a text was ambiguous, it could be amended only through the formal methods specified in the Vienna Convention.') e Murphy (A/CN.4/SR.3161, p. 6, anticipando che la Commissione dovrà ricordare che la proposta di una articolo sulla modifica informale del trattato fu rigettata dalla Conferenza di Vienna; vedi più approfonditamente il Capitolo III, al punto II.2.1).
[623] Park (A/CN.4/SR.3160, p. 6).
[624] Kamto (A/CN.4/SR.3162, p. 4, proponendo in particolare di riavvicinarsi alla definizione più ristretta individuata dall'Appellate Body del WTO nella decisione Japan – Alcoholic Beverages II - vedi sopra al punto II.2.2.1) e Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3162, p. 8).
[625] A/CN.4/SR.3163, p. 6.

La Conclusione, ora la quarta secondo la nuova numerazione[626], veniva in parte riformulata dal Drafting Committee al fine di riflettere in maniera più diretta gli articoli 31.3.a) e b) e 32 della Convenzione di Vienna. Si sceglieva inoltre di indicare espressamente in ciascuno dei tre paragrafi il fatto che vengono in rilievo soltanto accordi e prassi successivi al momento di conclusione del trattato, lasciando al commentario la definizione di tale momento come quello in cui il testo è definitivo, e una spiegazione circa il ruolo di accordi e prassi che intervengono tra conclusione ed entrata in vigore del trattato[627]. Il primo paragrafo definiva pertanto gli accordi successivi, evitando tuttavia l'espressione 'manifested agreement' proposta da Nolte, poiché ritenuta da alcuni non chiara o rigida, e sostituendola con 'reached', compatibilmente con l'idea che l'accordo non debba essere formale, ma comunque dato da un atto unitario[628].

Il secondo paragrafo riproduceva la struttura del primo per definire la prassi successiva rilevante ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna; in particolare si privilegiavano i termini 'conduct', capace di veicolare anche il concetto di inerzia e preferibile all'indicazione di specifici atti[629], e 'agreement', per ragioni di continuità con la lettera della Convenzione[630]. Veniva inoltre rimosso il riferimento alla prassi di 'one or more State parties', poiché appunto non si trattava più di definire la 'prassi successiva' in astratto come nella formulazione proposta, bensì la prassi rilevante ex 31.3.b), che necessita dell'accordo di tutte le parti[631]. Infine, il terzo paragrafo faceva riferimento ad 'altra' prassi successiva, al fine di distinguere la fattispecie dalla precedente: è espressamente indicato che comunque deve trattarsi di prassi 'in the application of the treaty', riprendendo il quarto paragrafo della prima Conclusione, e ritorna l'espressione 'by one or more parties', trattandosi di una prassi di portata più ampia (per cui non occorre l'accordo di tutte le parti); manca, poiché non richiesto, ogni riferimento al fatto che tale prassi debba essere riferita all'interpretazione del trattato[632].

---

[626] Il Drafting Committee sceglieva infatti di dividere la seconda Conclusione proposta dal relatore speciale in due diverse Conclusioni, rispettivamente relative al rilievo di accordi e prassi successiva come 'mezzi autentici di interpretazione' e all'interpretazione evolutiva; vedi in proposito il Capitolo III, al punto II.3.

[627] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Dire Tladi, 31 maggio 2013, p. 10, con particolare riferimento alla prassi che può scaturire dall'applicazione provvisoria del trattato.

[628] *Ibidem*, p. 11, di nuovo demandando al commentario i dovuti chiarimenti, in particolare circa la distinzione rispetto all'accordo che deve sottostare alla prassi successiva *ex* articolo 31.3.b).

[629] *Ibidem*, p. 11. Si noti come il Drafting Committee sceglieva di non indicare 'pronouncements' o 'declarations' perché essi 'constitute a form of conduct', dando una risposta positiva all'interrogativo se la prassi verbale possa essere considerata prassi dello Stato; sul punto vedi anche la discussione della Commissione in occasione della discussione del lavoro di Sir Michael Wood, al precedente punto I.3.1.

[630] *Ibidem*, p. 11. Non veniva dato seguito alla proposta di utilizzare il termine 'understanding', ripreso dall'articolo 27.3.b) del Progetto del 1966 e utile propriamente a distinguere la fattispecie dall'agreement' di cui al primo paragrafo.

[631] *Ibidem*, p. 12. Veniva lasciato al commentario il compito di chiarire che il termine 'parties' non esclude la rilevanza della prassi degli organi di organizzazioni internazionali, anche alla luce del fatto che queste sono oggetto di analisi più mirata in una successiva fase.

[632] *Ibidem*, p. 13. Il Drafting Committee sceglieva di demandare al commentario tale ultima precisazione, lasciando il testo della Conclusione privo di indicazioni circa il rilievo precipuamente interpretativo della prassi intesa in senso ampio.

Draft conclusion 4 – Definition of subsequent agreement and subsequent practice

1. A "subsequent agreement" as an authentic means of interpretation under article 31 (3) (a) is an agreement between the parties, reached after the conclusion of a treaty, regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions.

2. A "subsequent practice" as an authentic means of interpretation under article 31 (3) (b) consists of conduct in the application of a treaty, after its conclusion, which establishes the agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty.

3. Other "subsequent practice" as a supplementary means of interpretation under article 32 consists of conduct by one or more parties in the application of the treaty, after its conclusion.

Nel commentare la definizione di 'accordo successivo', alcuni Stati avrebbero preferito un chiaro richiamo al fatto che un accordo successivo non necessita di essere un trattato[633], mentre un'opinione evidenziava specificamente la possibilità di considerare 'accordo successivo' la modifica dei trattati modello[634]. Riguardo alla prassi successiva, oltre al già ricordato tendenziale favore verso una distinzione tra gli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna[635], se alcuni Stati si dicevano favorevoli alla definizione data[636], altri sottolineavano la necessità di marcare maggiormente la necessità dell'accordo tra tutte le parti al fine di rientrare nell'ambito dell'articolo 31.3.b) della Convenzione[637]. Taluni, infine, sembravano insoddisfatti dall'ampiezza del termine 'conduct'[638], mentre una parte ammoniva contro l'attribuire valore vincolante alla prassi di uno o pochi Stati[639].

---

[633] Austria (A/C.6/68/SR.17, par. 63, richiamando la decisione Mehanex in ambito NAFTA, in cui una nota della Federal Trade Commission (ente istituito dal trattato) viene qualificata come 'accordo successivo' (vedi sopra al punto II.2.2.1), Grecia (A/C.6/68/SR.18, par. 90, con riferimento all'articolo 39 VCLT, dove si usa il termine 'agreement' con riferimento alla modifica del trattato: tale accordo dev'essere in ogni caso vincolante) e Tailandia (A/C.6/68/SR.19, par. 23).

[634] Sud Africa (A/C.6/68/SR.18, par. 40). Una volta modificato il trattato modello riformando una determinata clausola, e conclusi i successivi trattati (di 'seconda generazione') in base al modello modificato, il problema sarebbe verificare il ruolo di tale clausola nell'interpretazione dei trattati conclusi sulla base del modello originario (di 'prima generazione'): sarebbe possibile riconoscere nei trattati successivi un accordo interpretativo incidente sull'interpretazione di quelli precedentemente conclusi? Il rappresentante sudafricano proponeva di ritenere, in ragione dell'approccio evolutivo riconosciuto nella terza Conclusione, che la clausola modificata nel trattato modello sia evoluta nel tempo, dovendosi considerare la modifica contenuta nei trattati di seconda generazione un'indicazione circa l'intenzione delle parti.

[635] Vedi sopra al punto II.1.

[636] Stati Nordici (A/C.6/68/SR.17, par. 32).

[637] Austria (A/C.6/68/SR.17, par. 64), Bielorussia (A/C.6/68/SR.18, par. 6) e India (A/C.6/68/SR.19, par. 17, in particolare 'Subsequent practice was an authentic means of interpretation that could be taken into account in interpreting the terms used in and the provisions of a treaty, but it could not be taken as conclusive or legally binding unless the parties agreed.').

[638] Francia (A/C.6/68/SR.17, par. 121; il rappresentante francese sembrava richiedere una definizione di prassi successiva di tipo rigido: '"subsequent practice" could not be defined as "conduct". A State's "conduct" was not necessarily consistent and continuous: it might be variable and contradictory. A State might apply a treaty in a particular way without considering it to be the only possible way. The definition should therefore be amended to make it clear that only concordant and consistent conduct established the parties' interpretation.') e Tailandia (A/C.6/68/SR.19, par. 24).

[639] Ungheria (A/C.6/68/SR.18, par. 61: 'the view or practice of one State did not constitute international law and could not be forced on the other States parties to a treaty.' Il rappresentante ungherese sembrava inoltre affermare che gli accordi molto vicini alla conclusione del trattato dovrebbero essere considerati 'contesto', alla luce dell'espressione 'made... in connection with the conclusion of the treaty' contenuta nell'articolo 31.2.).

3. Identificazione di accordi e prassi successiva

Draft conclusion 6 – Identification of subsequent agreements and subsequent practice

The identification of subsequent agreements and subsequent practice under article 31 (3) and article 32 requires careful consideration, in particular of whether the parties, by an agreement or a practice, assume a position regarding the interpretation of a treaty, or whether they are motivated by other considerations.

Nel suo secondo rapporto per la Commissione, nel 2014, Nolte ritornava sul requisito relazionale, quello cioè per cui l'accordo successivo deve riguardare 'l'interpretazione del trattato o l'applicazione delle sue disposizioni', e la prassi dev'essere 'in applicazione del trattato'[640]. Qui Nolte esplicitava che in realtà ogni operazione di applicazione è necessariamente anche interpretazione del trattato, dunque alla distanza tra i due termini non dovrebbe essere dato eccessivo peso[641]. Venivano poi ripresi dai rapporti per il Gruppo di Studio alcuni esempi di condotta successiva ritenuta insufficiente a soddisfare tale requisito[642], alcuni decisi dalla Corte Internazionale di Giustizia (Certe Spese[643] e Qatar c. Bahrain[644]), e un altro extragiudiziale, relativo alla protezione complementare nel diritto dei rifugiati.

Come descritto nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio, tale protezione è garantita da alcuni Stati a persone non riconosciute come rifugiati dalla Convenzione del 1951, e viene realizzata dagli Stati su base volontaria (non in forza di un obbligo convenzionale, appunto, non potendosi quindi qualificare come prassi successiva in applicazione del trattato)[645]. Anche il fatto che nell'Atto finale della Conferenza dei plenipotenziari si esprimesse il desiderio che gli Stati applicassero la protezione oltre la lettera della Convenzione[646] testimonierebbe, secondo Nolte, che una simile

[640] Secondo la nota formulazione degli articoli 31.3.a) e b) rispettivamente. Il tema è già stato toccato nel primo rapporto per la Commissione (punto II.1 (A/CN.4/671, par. 4).

[641] A/CN.4/671, par. 5: 'It is difficult to conceive of conduct "in the application of the treaty" which does not imply the assumption by the acting State party of a position "regarding the interpretation" of the treaty. In fact, conduct by which the acting State cannot be said to assume a position regarding the interpretation of the treaty also cannot be undertaken "in" its "application". It follows that conduct "in the application of the treaty" is only an example, albeit the most important one, of all acts "regarding the interpretation" of a treaty.'

[642] A/CN.4/671, par. 7-10.

[643] Parere su Certe spese delle Nazioni Unite (1962), in cui i giudici Fitzmaurice e Spender nelle loro opinioni dissenzienti dubitano che il pagamento continuato delle spese dell'organizzazione da parte di alcuni membri significasse accettazione di una nuova prassi della medesima, relativa alle prime missioni militari. Il caso era richiamato nel primo rapporto introduttivo come esempio di che cosa non costituisse 'accordo'.

[644] In Qatar c. Bahrain (1994) la CIG negava l'argomento del Bahrain per cui la mancata registrazione di alcune minute presso le Nazioni Unite e la difformità della conclusione di queste rispetto alla procedura interna di conclusione di un trattato da parte del Qatar avrebbero dimostrato un accordo dei due Stati nel senso di non ritenere che tali minute costituissero un trattato. Secondo Nolte, la Corte, che per altra via dimostrava che le minute erano in effetti un trattato, sembrava così riconoscere che, se un trattato è riconosciuto tale, una condotta successiva unilaterale che indirettamente suggerisca un accordo successivo non è sufficiente a prevalere su quanto previso dal trattato medesimo. Vedi Introductory Report, cit., p. 200.

[645] Third Report, cit., p. 325.

[646] Raccomandazione E dell'Atto finale della conferenza dei plenipotenziari: 'E. [The Conference expresses] the hope that the Convention relating to the Status of Refugees with have value as an example exceeding its contractual scope

prassi estensiva non avrebbe potuto considerarsi propriamente 'interpretativa' sulla Convenzione (perché dichiaratamente ultra litteram, e quindi modificativa), come ulteriormente provato dal fatto che per una effettiva estensione del termine 'rifugiato' gli Stati ricorrono nel 1967 ad un Protocollo aggiuntivo[647].

Nolte affermava quindi che è talvolta difficile distinguere tra condotta successiva sufficientemente connessa al trattato da rilevare come strumento interpretativo (anche sussidiario) e altri 'contemporaneous developments' non rilevanti per l'interpretazione, anticipando che, in ogni caso, maggiore è il nesso della condotta con il trattato, maggiore sarà il suo valore interpretativo[648]. Seguivano esempi di casi in cui la condotta è stata ritenuta rilevante a fini interpretativi[649], ancora a partire dalla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia (la decisione Costa Rica c. Nicaragua[650], il parere sulle Armi Nucleari[651] e la più recente decisione sulla Caccia alle Balene nell'Antartico[652]), e una decisione del Tribunale USA-Iran[653].

Il relatore speciale ribadiva poi quanto già detto circa la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani e il suo tenere conto della prassi in senso ampio, il che si traduce in uno scarso interesse della Corte per un'indagine puntuale del nesso tra condotta degli Stati e CEDU[654]. Infine, erano individuati due esempi a partire dalla prassi extragiudiziale, partendo da quello della Convenzione ONU sul Diritto del mare (UNCLOS), già indicato nel terzo rapporto per il Gruppo di

---

and that all nations will be guided by it in granting so far as possible to persons in their territory as refugees and who would not be covered by the terms of the Convention, the treatment for which it provides."

[647] Un Protocollo che ha chiaramente un effetto modificativo; in questo senso, si potrebbe supporre che le dichiarazioni delle parti successive ad un trattato, come le Raccomandazioni della Conferenza dei plenipotenziari suddetta, siano l'unica chiave per distinguere tra interpretazione e modificazione, in quanto espressione dell'intenzione delle parti. Su tale distinzione e in particolare sulla necessità di basarla sulla volontà delle parti vedi Capitolo III, al punto III.1.3.

[648] A/CN.4/671, par. 10, che rinvia all'analisi del valore probatorio della prassi successiva, ossia alla Conclusione 8 (qui analizzata al punto seguente, II.4).

[649] A/CN.4/671, par. 11-18.

[650] In cui la CIG negava che un 'Joint Ministerial Communiqué' fosse "included in the conventional basis of the right of free navigation" poichè "modalities for cooperation which they put in place are likely to be revised in order to suit the parties." (par. 40 della decisione).

[651] Dove la *mancanza* di espresse dichiarazioni circa l'interpretazione del trattato, o di modalità nella sua applicazione, venivano ritenute prassi indicante la posizione giuridica delle parti relativa alla non proibizione delle armi nucleari da parte di trattati riguardanti armi tossiche (par.55-56).

[652] Australia c. Giappone, 31 marzo 2014, in cui la CIG richiamava alla cautela nella valutazione circa l'effettiva natura *interpretativa* di comuni dichiarazioni: 'relevant resolutions and Guidelines [by the International Whaling Commission] that have been approved by *consensus* call upon States parties to take into account whether research objectives can practically and scientifically be achieved by using non-lethal research methods, but they do not establish a requirement that lethal methods be used only when other methods are not available.'

[653] Iran c. Stati Uniti, Lodo Parziale 382-B1-FT, 31 agosto 1988, in cui si riconosceva che l'obbligo di restituzione di materiale militare dagli Stati Uniti all'Iran doveva essere interpretato nel senso di prevedere un obbligo sussidiario di compensazione, per il caso in cui tale restituzione non fosse stata possibile, nonostante il silenzio della Dichiarazione sulla Risoluzione delle Controversie (CSD) in merito. La posizione era stata del resto criticata dal giudice Holtzmann nella sua opinione dissenziente, poiché nessun obbligo di restituzione era espressamente previsto, e dunque non avrebbe potuto riconoscersi sulla base di una mera interpreazione.

[654] Vedi sopra al punto II.2.2.2.

Studio. Nolte affermava che nel qualificare l'Accordo sull'implementazione della Parte XI[655] e l'Accordo sugli stock ittici[656] come 'accordi successivi' a fini d'interpretazione autentica della Convenzione del 1982 bisognerebbe fare attenzione in particolare al nesso che deve collegare tali accordi con la Convenzione medesima: esso sarebbe specificamente indicato nel testo del primo Accordo[657], e si potrebbe ricavare da alcune disposizioni del secondo[658]. Il secondo esempio è quello del diritto internazionale umanitario, ove sussiste un obbligo per lo Stato di rimpatriare i prigionieri di guerra a ostilità cessate[659]. La volontà del prigioniero viene presa in considerazione solo a titolo eccezionale[660], e il ritardo nell'effettuazione del rimpatrio è qualificato come grave violazione[661]. Tuttavia, se da una parte la prassi dell'ICRC manifesta un frequente rispetto della volontà del prigioniero di non essere rimpatriato in ogni caso in cui il Comitato medesimo sia stato coinvolto[662], dall'altra gli Stati sembrano cauti nell'affermare che tale volontà debba necessariamente essere sempre confermativa[663].

Nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio si rinvenivano ulteriori esempi di prassi non rilevante, non ripresi nel secondo rapporto per la Commissione, anzitutto nell'ambito del diritto diplomatico e

[655] Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (concluso il 28 luglio 1994, in vigore dal 28 luglio 1996).
[656] Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (concluso il 4 agosto 1995, in vigore dal 11 novembre 2001).
[657] L'articolo 2 dell'Accordo del 1994 prevede che debba essere interpretato assieme ad UNCLOS come un 'single instrument' e anche il fatto che sia aperto ai soli Stati parte di UNCLOS è indice del fatto che le disposizioni dell'Accordo influenzino l'applicazione (e quindi l'interpretazione) della Convenzione (Third Report, cit., p. 323).
[658] L'articolo 30 dell'Accordo del 1995 prevede infatti che debba applicarsi lo stesso meccanismo di risoluzione delle controversie predisposto da UNCLOS, e specifica i generali obblighi di cooperazione contenuti nella Convenzione (*ibidem*).
[659] Articolo 118 della Terza Convezione di Ginevra: 'Prisoners of war shall be released and repatriated without delay after the cessation of active hostilities. [...]'
[660] Articolo 109 delle Terza Convenzione di Ginevra (1949): '[...] No sick or injured prisoner of war who is eligible for repatriation under the first paragraph of this Article, may be repatriated *against his will* during hostilities.'
[661] L'articolo 85.4 del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra afferma: '[...] 4. In addition to the grave breaches defined in the preceding paragraphs and in the Conventions, the following shall be regarded as grave breaches of this Protocol, when committed wilfully and in violation of the Conventions or the Protocol: [...] b) unjustifiable delay in the repatriation of prisoners of war or civilians'.
[662] Vedi Jean-Marie Henckaerts e Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. 1 Rules, p. 455 (https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf): 'According to the Fourth Geneva Convention, no protected person may be transferred to a country "where he or she may have reason to fear persecution for his or her political opinions or religious beliefs". While the Third Geneva Convention does not contain a similar clause, practice since 1949 has developed to the effect that in every repatriation in which the ICRC has played the role of neutral intermediary, the parties to the conflict, whether international or noninternational,have accepted the ICRC's conditions for participation, including that the ICRC be able to check prior to repatriation (or release in case of a noninternational armed conflict), through an interview in private with the persons involved, whether they wish to be repatriated (or released).'
[663] Ad esempio il Regno Unito afferma che un prigioniero non 'dovrebbe' essere rimpatriato contro la sua volontà (quindi non condizionando in maniera assoluta il rimpatrio alla volontà del prigioniero), Argentina, Australia e Olanda fanno riferimento alla volontà del prigioniero soltanto quando malato o ferito, mentre dopo la guerra del Golfo gli Stati Uniti hanno sempre coinvolto l'ICRC per stabilire la volontà del prigioniero e agire di conseguenza (Third Report, cit., p. 324).

consolare. In esso, i privilegi dell'ufficiale sono normalmente estesi ai membri della famiglia[664], e la prassi degli Stati diverge nel ritenere rientrante nella categoria anche il partner dello stesso sesso (dovendosi quindi negare che gli Stati ritengano esistente una prassi interpretativa vincolante in tal senso)[665]. Similmente, la prassi del pagamento di una compensazione pecuniaria per danni allo Stato mandante da parte dello Stato ricevente anche quando quest'ultimo abbia preso tutte le ragionevoli precauzioni è effettuata dichiaratamente ex gratia (non costituendo quindi una prassi interpretativa di un obbligo convenzionale)[666].

L'altro gruppo di casi non ripresi nei rapporti per la Commissione riguardava gli sviluppi tecnici e scientifici che interessano un determinato trattato; il motivo è da ricondurre al fatto che non si qualificherebbero in sè, come accordi o prassi successiva. Il contesto del trattato è cioè influenzato dallo sviluppo tecnico e scientifico, ma esso tuttavia non altera il significato di una disposizione, benché possa indurre una parte a sostenere la necessità di una simile correzione[667]. Se tale situazione si verifica può chiaramente generarsi un disaccordo tra gli Stati circa gli effetti degli sviluppi tecnico-scientifici sul trattato[668], ma l'assenza di un accordo determinerebbe in ogni caso l'impossibilità di risolvere la situazione per mezzo della prassi successiva[669]. D'altra parte il trattato può fare espresso riferimento agli sviluppi tecnologici, ad esempio i divieti di attacchi indiscriminati contro la popolazione civile[670] e soprattutto l'obbligo di adottare tutte le precauzioni possibili durante un attacco[671] contenuti nel primo Protocollo Addizionale alle quattro convenzioni di

[664] Articolo 37 delle Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche e 53 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari.
[665] Third Report, cit., p. 326; in particolare, anche Stati come Germania e Stati Uniti, che riconoscono forme di unione civile, subordinano l'estensione dei privilegi diplomatici e consolari al partner dello stesso sesso alla condizione di reciprocità.
[666] *Ibidem*, p. 327; anche qui, per lo più gli Stati si basano sul principio di reciprocità.
[667] Third Report, cit., p. 347
[668] Come ad esempio a proposito della possibilità di utilizzare i raggi X per l'esame delle valigie diplomatiche, di cui l'articolo 27.5 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche vieta (soltanto) l'apertura.
[669] Third Report, cit., p. 348.
[670] Articolo 51.4 del primo Protocollo: '4. Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are: (a) those which are not directed at a specific military objective; (b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or (c) those which employ a method or means of combat *the effects of which cannot be limited* as required by this Protocol; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.' (corsivo aggiunto).
[671] Articolo 57, rubricato 'Precautions in attack', in particolare: '2. With respect to attacks, the following precautions shall be taken: (a) those who plan or decide upon an attack shall: (i) do *everything feasible to verify* that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects and are not subject to special protection but are military objectives within the meaning of paragraph 2 of Article 52 and that it is not prohibited by the provisions of this Protocol to attack them; (ii) take *all feasible precautions* in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects; (iii) refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated' (corsivo aggiunto).

Ginevra dovrebbero intendersi come mutevoli nel contenuto in base alle tecnologie disponibili[672]. Nolte afferma anzi che se si tende a ritenere ormai obbligatorio l'uso delle più avanzate tecnologie disponibili al fine di limitare le vittime civili nel corso di un conflitto armato, in ragione del significato attribuito al termine 'feasible' contenuto nel primo Protocollo, è proprio perché la prassi successiva degli Stati è tale per cui tali tecnologie vengono concretamente utilizzate (e non semplicemente perché esse sono astrattamente disponibili)[673].

Tornando al secondo rapporto per la Commissione, infine, Nolte ammoniva che è necessaria cautela nel verificare che l'effettivo scopo dell'accordo tra le parti sia l'interpretazione del trattato, in particolare quando si tratti di un memorandum d'intesa[674].

3.1. Dibattito e riformulazione

Presso la Commissione erano in molti a criticare il relatore speciale per aver trascurato di delineare nella Conclusione la netta distinzione tra 'interpretazione' e 'applicazione' tracciata dalla Convenzione di Vienna[675], così come in molti ne contestavano la formulazione, in particolare l'uso di espressioni come 'careful consideration' o 'other considerations'[676] o ne sottolineavano la scarsa utilità in generale[677]. Altri membri della Commissione sollevavano alcune critiche più specifiche,

[672] La Germania fa particolare riferimento al MASINT (Measurement and Signature Intelligence), un sistema che migliora le capacità di puntamento durante un conflitto armato; un discorso simile vale anche per l'uso di UAVs (Unmanned Armed Vehicles) (Third Report, cit., p. 348).

[673] Pur ricordando infatti che possono esserci altri motivi, oltre alla disponibilità di una tecnologia, per cui essa viene utilizzata (in particolare ragioni di immagine e di opinione pubblica), il suo uso effettivo e ripetuto rende difficile affermarne la non 'fattibilità' in futuro (Third Report, cit., p. 349).

[674] A/CN.4/671, par. 19.

[675] Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 5, ricordando che il riferimento nell'articolo 31.3.a) ad entrambi i termini è frutto dell'espressa volontà degli Stati, e che la distinzione era tradizionalmente spiegata da Lord McNair nel senso che si parla di 'applicazione' quando il significato del trattato è chiaro, altrimenti si ha una 'interpretazione': il punto è rilevante perchè potrebbe essere concluso un accordo successivo (non sull'interpretazione bensì) sull'applicazione del trattato), Murase (A/CN.4/SR.3205, p. 9: 'It was also important to have a clearer idea of when the interpretation of a treaty provision ended and when its implementation began.'), Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3207, p. 3: 'States often automatically or mechanically applied a treaty provision without it being possible to identify in that application any of the characteristic elements of the logical process implied by the interpretation of a rule. On other occasions, they developed some of the treaty's provisions through subsequent practices or subsequent agreements which could not be considered an interpretation of the treaty, but rather an application, or even a *medication* thereof.' - corsivo aggiunto), Tladi (A/CN.4/SR.3207, p. 4), Wood (A/CN.4/SR.3208, p. 7), Vasquez Bermudez (A/CN.4/SR.3208, p. 8) e Gevorgian (A/CN.4/SR.3208, p. 9: 'Yet the two should remain separate, because the purpose of interpretation was to clarify the meaning of the text, whereas application entailed determining the consequences arising for the parties, or for third parties in certain circumstances.').

[676] Forteau (A/CN.4/SR.3205, p. 7), Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 5, preferendo una formulazione negativa come: "Subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, may not be established when the parties are motivated by considerations other than agreement regarding the interpretation of a treaty or the application of its provisions"), Park (A/CN.4/SR.3206, p. 3), Niehaus (A/CN.4/SR.3208, p. 4) e Wood (A/CN.4/SR.3208, p. 7: 'Nor did the phrase "or whether they are motivated by other considerations" add much. Instead it invited a difficult investigation into the motivation of treaty parties; he therefore proposed to delete it.').

[677] Murase (A/CN.4/SR.3205, p. 9), Kamto (A/CN.4/SR.3207, p. 6: 'It would be more useful to list the identification criteria, which could be drawn for example from the *case law* of the International Court of Justice, in particular from the case concerning Kasikili/Sedudu Island.') e Wood (A/CN.4/SR.3208, p. 7, evidenziando la sovrapposizione con la Conclusione 9.3, dedicata a definire l'accordo).

evidenziando ad esempio quanto non fosse chiaro con quali effetti gli enti non statali possono dare 'applicazione' ad un trattato, in particolare mettendo in dubbio la rilevanza degli esempi dell'ICRC e degli accordi successivi a UNCLOS[678]. Altri ancora mettevano in discussione il rapporto che dalla Conclusione emerge tra articolo 31 e 32 della Convenzione di Vienna, preferendo una più chiara distinzione tra i due[679], oppure suggerendo di limitare i riferimenti al secondo[680].

Presso il Drafting Committee la sesta Conclusione veniva dunque significativamente rivista, eliminando dal primo paragrafo l'espressione 'careful consideration' e focalizzandosi sulla necessità di una presa di posizione sull'interpretazione da parte degli Stati, adottando una formulazione più normativa[681]. La distinzione tra applicazione e interpretazione veniva invece lasciata al commento[682], mentre dalla Conclusione 9.3 proposta dal relatore speciale si ricavava una seconda frase dedicata ad escludere, a titolo esemplificativo, gli accordi sulla non applicazione temporanea e quelli meramente pratici[683]. Con l'aggiunta di un secondo paragrafo il Comitato riprendeva le Conclusioni 8 e 9 proposte da Nolte, al fine di indicare la varietà di forme che accordi e prassi successivi possono assumere[684]. Veniva inoltre aggiunto anche un terzo paragrafo, al fine di

[678] Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3207, p. 3, potendo la prassi di verificare la volontà del prigioniero di guerra di rimpatriarlo essere un 'instance of conduct on the margins of the treaty through which the parties accepted a condition to which a third party made its cooperation subject, without conferring any legal effects on the practice. Moreover, the practice of the ICRC could not be considered either a practice by a party to the treaty, because the ICRC was not one, or a non-State practice which could be attributed to one or more parties to the treaty.' Inoltre, considerare l'Accordo di implementazione della Parte XI di UNCLOS un 'accordo successivo' sull'interpretazione sarebbe, secondo Escobar Hernandez, difficilmente compatibile con la lettera dell'articolo 4 dell'Accordo medesimo, e con il fatto che esso di fatto emenda UNCLOS: gli effetti modificativi non sarebbero per altro parte del presente topic) e Tladi (A/CN.4/SR.3207, p. 4: 'It was necessary to clarify the idea that the concept of application did not exclude practices by non-State actors [...] Some provisions of the Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea, particularly those contained in annex IV, concerning section 3, could not be considered a form of subsequent practice *regarding* the interpretation of the Convention. The practice of the ICRC could not be deemed State practice either.' - corsivo nel testo).

[679] Forteau (A/CN.4/SR.3205, p. 8), Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3207, p. 3), Gevorgian (A/CN.4/SR.3208, p. 9, dopo aver affermato che in ogni caso la sesta Conclusione, così come proposta, non apporta alcun 'value added': 'After all, article 31, paragraph 3 (a) and (b), of the Vienna Convention could be applied only to those subsequent agreements and subsequent practice that reflected the parties' common understanding of the treaty.'); al contrario Gomez Robledo (A/CN.4/SR.3208, p. 3: 'Placing them in genuinely distinct categories might actually make it more difficult to determine the relevance of practice in the interpretation of a treaty. Rather, such a determination should focus on whether practice reflected a pre-existing agreement on the manner in which a treaty should be interpreted, or clarified other reasons which accounted for a particular interpretation.').

[680] Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 5: 'by referring to the two articles too frequently, the Commission risked blurring the important distinction between them.').

[681] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Vergne Saboia, 5 giugno 2014, p. 3: 'Following suggestions by some members during the debate in Plenary, the language was refined to introduce a more normative formulation.', pur precisando (*ibidem*, p. 2): 'Like other draft conclusions, it is not overly prescriptive and should be seen more as a practice pointer to assist the interpreter in his or hers endeavours.'

[682] *Ibidem*, p. 3: 'It is also understood that the commentary will reflect the understanding that the application of a treaty or of its provisions may not only imply an interpretation of a treaty, but that it can also indicate the fact and the degree to which any interpretation by the parties is grounded in the practice of the parties.'

[683] *Ibidem*, p. 3; il fine è quello di distinguere tra accordi e prassi successive rilevanti da quelli non rilevanti, mentre nel commento dovrà specificarsi che si tratta soltanto di due ipotesi esemplificative. Per la Conclusione 9 vedi oltre al punto II.5.

[684] *Ibidem*, p. 3, specificando che il riferimento è soltanto alla *forma* e non anche al *peso*, come invece nella Conclusione 8 proposta dal relatore speciale. Vedi i successivi punti II.3 e II.5.

non offuscare la distinzione tra gli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna, come suggerito da alcuni membri: si esplicitava pertanto che per avere valore anche solo sussidiario, in quanto ad opera soltanto di una o più parti, la prassi successiva deve comunque essere in applicazione del trattato[685].

> *Draft Conclusion 6 – Identification of subsequent agreements and subsequent practice*
>
> *1. The identification of subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, requires, in particular, a determination whether the parties, by an agreement or a practice, have taken a position regarding the interpretation of the treaty. This is not normally the case if the parties have merely agreed not to apply the treaty temporarily or agreed to establish a practical arrangement (modus vivendi).*
>
> *2. Subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, can take a variety of forms.*
>
> *3. The identification of subsequent practice under article 32 requires, in particular, a determination whether conduct by one or more parties is in the application of the treaty.*

In commento a tale Conclusione presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale, alcune osservazioni riguardavano l'opportunità di distinguere interpretazione e applicazione: alcuni Stati[686] erano d'accordo con la formulazione attuale, che avrebbe dovuto essere migliorata invece secondo un altro[687]. Si sottolineava anche l'utile distinzione tra articolo 31 e 32[688], mentre una parte si diceva incerta circa l'effettiva possibilità di inquadrare la prassi intesa in senso ampio nell'articolo 32[689]. Taluni Stati manifestavano le proprie riserve circa i due esempi di accordi non rilevanti indicati nell'ultima parte del primo paragrafo[690], mentre infine se una parte si diceva d'accordo con l'escludere espressamente le 'altre considerazioni' che avrebbero potuto portare ad un accordo successivo tra gli Stati parte di un trattato[691], un'altra evidenziava che si sarebbe dovuto

[685] *Ibidem*, p. 4; si ricordi che nella Conclusione 4 redatta dal Comitato nella precedente sessione l'essere la prassi ad opera di 'one or more parties' ne determina il rilievo soltanto *ex* articolo 32 (vedi al punto II.1).
[686] Regno Unito (A/C.6/69/SR.23, par. 31) e Polonia (A/C.6/69/SR.23, par. 57, giudicando 'well balanced' l'approccio a tale distinzione adottato nel commento).
[687] Bielorussia (A/C.6/69/SR.21, par. 117, affermando in particolare che 'Interpretation occurred only when questions arose as to the precise content of an international legal norm and the original intent of the parties in relation to it.').
[688] Polonia (A/C.6/69/SR.23, par. 57, in particolare la sottolineatura che per rilevare *ex* articolo 32 la prassi necessita di essere comunque in applicazione del trattato) e Portogallo (A/C.6/69/SR.24, par. 72).
[689] Giappone (A/C.6/69/SR.23, par. 71).
[690] Irlanda (A/C.6/69/SR.24, par. 43, dovendosi meglio chiarire che si tratta di semplici esempi) e Grecia (A/C.6/69/SR.24, par. 86, dal momento che tale riferimento 'might give the wrong impression about the frequency with which parties might have recourse to such practical arrangements, particularly as the commentary provided only one example, which dated back to 1906.' Inoltre 'recourse to such arrangements was only one possibility among several that might come into play when evaluating whether parties, by an agreement or practice, had assumed a position regarding the interpretation of a treaty or whether they were motivated by political or other factors. Her delegation believed that such considerations would fit better in the commentary than in the draft conclusion itself.').
[691] Malesia (A/C.6/69/SR.24, par. 29).

espressamente affermare che solo la condotta 'esterna' di uno Stato potrebbe valere come prassi successiva[692].

4. Forma e peso della prassi successiva ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna

Draft conclusion 8 – Forms and value of subsequent practice under article 31 (3) (b)

Subsequent practice under article 31 (3) (b) can take a variety of forms and must reflect a common understanding of the parties regarding the interpretation of a treaty. Its value as a means of interpretation depends on the extent to which it is concordant, common and consistent.

La successiva questione trattata da Nolte nel suo secondo rapporto come relatore speciale riguardava la forme della prassi, e ribadiva quanto già accennato nel primo rapporto per il Gruppo di Studio nella parte dedicata a descrivere, in realtà, l'accordo (in generale) tra le parti. Esso, si diceva, può assumere varie forme: scritta, come nel caso dei memorandum d'intesa[693]; comune, purché si tratti di una prassi ripetuta con una certa frequenza[694]; oppure parallela\coordinata, che è l'ipotesi che il relatore speciale espressamente richiamava nel suo secondo rapporto in relazione a questa Conclusione[695]. Benché la giurisprudenza sia riluttante a riconoscere che condotte parallele evidenzino di per sé un accordo, infatti, Nolte ricordava che nel caso Camerun c. Nigeria (2002) la Corte Internazionale di Giustizia ha affermato che la concessione di licenze di trivellazione da parte di due Stati, indipendentemente tra loro, manifestava il riconoscimento di una determinata linea di confine marittima[696]. L'ultima forma di accordo era individuata nel silenzio, che tuttavia nell'indagine del relatore speciale è oggetto d'esame in relazione alla successiva Conclusione, effettivamente dedicata all'accordo tra le parti[697].

Una ulteriore considerazione era diretta alla necessità di una prassi caratterizzata da frequenza e uniformità, e ribadiva che la rigida definizione data dall'Appellate Body del WTO nella decisione Japan – Alcoholic Beverages II non solo non trova corrispondenza presso altre corti internazionali, ma la stessa giurisprudenza in ambito WTO sembra riconoscere che una prassi che dimostri un accordo interpretativo rileverà in ogni caso ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna: l'unica

[692] Iran (A/C.6/69/SR.24, par. 80: 'Externally oriented conduct, including official acts, statements and voting at the international level, could clearly contribute to subsequent practice, but internal conduct such as official legislative acts or judicial decisions would have to be specifically linked to the application of a treaty in order to merit consideration as subsequent practice. Again, the particular circumstances surrounding a given conduct at the national level were an important consideration, especially in view of the different value accorded to treaties in different legal systems.').
[693] Sempre che in concreto si verifichi l'esistenza di un accordo: Introductory Report, cit. p. 191.
[694] L'esempio è quello di Francia e Tailandia nel riconoscimento di una linea di confine, a giudizio della CIG nel caso Tempio di Preah Vihear (1962).
[695] A/CN.4/671, par. 43: 'Such practice need not necessarily be joint conduct. A merely parallel conduct may suffice'.
[696] Vedi originariamente Introductory Report, cit., p. 191-2.
[697] Vedi il successivo punto II.5.

conseguenza è un minore valore interpretativo, quando essa non sia pienamente 'common, concordant and consistent'[698].

4.1. Dibattito e riformulazione

La critica principale che la Commissione indirizzava a questa Concusione riguardava l'uso della triade 'concordant, common and consistent', non adeguatamente sostenuta dal case law e dalla stessi prassi statale[699]. Alcuni membri della Commissione sottolineavano inoltre l'assenza di un qualsiasi riferimento alla necessaria durata della prassi[700], mentre un membro evidenziava che parlare di 'varietà' di forme non aggiunge nulla a quanto già affermato nella Conclusione 9[701]. Infine, se addirittura secondo un'opinione in presenza di un comune consenso si dovrebbe sempre parlare di 'accordo successivo' (e mai di 'prassi successiva')[702], un'altro membro della Commissione evidenziava in generale l'opportunità di tenere separati 'forma' e 'valore' della prassi[703].

Anche l'ottava Conclusione proposta da Nolte subiva pertanto una considerevole riformulazione: si è gia sottolineato come il riferimento alla 'varietà di forme' sia stato spostato dal Drafting

[698] A/CN.4/671, par. 44-48. Circa la giurisprudenza dell'Appellate Body del WTO, vedi sopra al punto II.2.2.1, e, più in generale sull'approccio all'interpretazione, al punto II.1.1. Il relatore speciale fa qui specifico riferimento alla decisione EC – Computer Equipment del 1998 come esempio di come l'Appellate Body riconosca in realtà il (minore) valore intepretativo della prassi anche quando questa non presenta la triade di requisiti indicata nella decisione Japan – Alcoholic Beverages II (1996).

[699] Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 6: 'While consistency over time might carry greater or lesser weight for the purposes of interpretation, the fact that a practice was "concordant" and "common" could not vary by degrees. In that case, there could be no question of "extent": if the practice followed in interpreting a treaty was not common to the parties and concordant among them, it fell outside the scope of article 31, paragraph 3. That probably explained why most international courts and tribunals had not adopted the formula, and perhaps the Commission should not do so either.'), Forteau (A/CN.4/SR.3205, p. 7-8: 'Rather, the criteria they [international courts and tribunals] had invoked included those of clarity and the uncontested or the long-standing nature of practice.'), Park (A/CN.4/SR.3206, p. 3), Niehaus (A/CN.4/SR.3208, p. 4: 'Although the phrase "concordant, common and consistent" used in draft conclusion 8 was perfectly clear, it would nonetheless be desirable to use a single term encompassing all three characteristics and indicating that subsequent practice must not deviate from the central purpose of the treaty.'), Gevorgian (A/CN.4/SR.3208, p. 9: 'In support of that formulation, the Special Rapporteur referred to a decision of the WTO Appellate Body. However, one example was hardly sufficient to corroborate the proposed approach.'). Favorevoli invece Hmoud (A/CN.4/SR.3208, p. 5) e Wood (A/CN.4/SR.3208, p. 7, proponendo anche l'aggiunta della parola 'clear' alla lista).

[700] Murase (A/CN.4/SR.3205, p. 9), Niehaus (A/CN.4/SR.3208, p. 4) e Hmoud (A/CN.4/SR.3208, p. 5: 'The practice in question had to reach a certain intensity or frequency in order to determine its weight or value.' Vedi anche al precedente punto II.2.2.1).

[701] Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 6: 'The title of the draft conclusion suggested that the text of the draft article enumerated the forms of subsequent practice, but it actually stated only that such practice could take a "variety" of forms, mirroring the statement in draft conclusion 9 that subsequent agreements did not need to be arrived at in "any particular form".' In particolare Murphy sosteneva l'opportunità di indicare come rilevanti anche gli argomenti degli Stati presso le corti internazionali).

[702] Park (A/CN.4/SR.3206, p. 3: 'if a given conduct was consented to by all States parties to a treaty, in line with article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, then it should be viewed as subsequent agreement, as opposed to subsequent practice.').

[703] Sturma (A/CN.4/SR.3207, p. 7).

Committee nella sesta Conclusione[704]; si aggiunga che quello alla 'specificità' della prassi, come elemento del suo valore probatorio e originariamente contenuto nella settima Conclusione, si trovi ora qui[705]. L'obiettivo era dedicare una Conclusione esclusivamente al 'value' (preferendovi tuttavia il termine 'weight'), sia a quello degli accordi che della prassi (piuttosto che di quest'ultima soltanto)[706]; veniva in particolare eliminato il riferimento alla triade di aggettivi 'common, concordant and consistent', giudicata, oltre che priva di sufficiente supporto giudiziale, anche troppo prescrittiva[707].

Il primo paragrafo faceva riferimento sia agli accordi che alla prassi successiva ex articoli 31.3.a) e b) della Convenzione di Vienna, e affermava che il loro valore dipende 'inter alia' (ossia a titolo non esaustivo) dalla loro chiarezza e specificità (intendendo quest'ultima come grado di relazione al trattato)[708]. Rispondendo alla critica di alcuni membri della Commissione, il secondo paragrafo, con specifico riferimento alla sola prassi successiva ex articolo 31.3.b), afferma che il valore di questa dipende anche dalla sua ripetizione (o frequenza)[709]. Infine, sempre allo scopo di mantenere la distinzione tra articolo 31 e 32 della Convenzione di Vienna, il terzo paragrafo si riferisce alla prassi successiva esclusivamente quale mezzo interpretativo sussidiario, e afferma che il valore di questa 'may depend' dai criteri indicati nei precedenti paragrafi, lasciando al commento l'indicazione di quali possibili altri criteri vengano in rilievo[710].

> *Draft Conclusion 8 – Weight of subsequent agreements and subsequent practice as a means of interpretation*
>
> *1. The weight of a subsequent agreement or subsequent practice as a means of interpretation under article 31, paragraph 3, depends, inter alia, on its clarity and specificity.*
>
> *2. The weight of subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b), depends, in addition, on whether and how it is repeated.*

[704] Vedi sopra al punto II.3.
[705] Vedi sopra al punto II.1.
[706] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Vergne Saboia, 5 giugno 2014, p. 7: 'Draft conclusion 8 addresses the question how far subsequent agreements and subsequent practice demonstrate the common understanding of the parties as to the meaning of the terms of a treaty. The purpose is to provide the interpreter with an indication as to the circumstances under which subsequent agreements and subsequent practice would have more or less value as means of interpretation.'
[707] *Ibidem*, p. 7
[708] *Ibidem*, p. 8.
[709] *Ibidem*, p. 8, al fine di fare rilevare che la frequenza della condotta non è di per sè sufficiente a determinare la possibilità per la prassi di rientrare nell'articolo 31.3.b), ma ha rilievo per il suo valore: 'This formula brings in the elements of time and frequency intended to indicate to the interpreter that something more than just mere repetition of a practice may be necessary for such practice to be of interpretative value in the context of article 31, paragraph 3 (b). The element of time and frequency, or repetition, of the subsequent practice is supposed to provide some grounding that is required for the purpose of interpretation.'
[710] *Ibidem*, p. 9; in particolare l'uso del condizionale sarebbe spiegato dal fatto che 'the word "may" indicates an element of permissiveness that presupposes the interpreter being in a situation that article 32 applies.'

3. The weight of subsequent practice as a supplementary means of interpretation under article 32 may depend on the criteria referred to in paragraphs 1 and 2.

Alcuni Stati commentavano favorevolmente il testo di questa Conclusione, elogiando il riferimento a 'chiarezza' e 'specificità'[711] e alla 'ripetizione'[712], e la scelta di non utilizzare le tre qualificazioni indicate dall'Appellate Body del WTO[713]. Secondo un'opinione, invece, la Conclusione era troppo prescrittiva[714], mentre da alcune parti si sottolineava che la ripetizione è un fattore imprescindibile perchè si possa parlare di 'prassi', suggerendo piuttosto di concentrare l'indagine sul rapporto con la formazione del diritto consuetudinario[715].

5. Accordo delle parti relativo all'interpretazione

Draft conclusion 9 – Agreement of the parties regarding the interpretation of a treaty

1. An agreement under article 31 (3) (a) and (b) need not be arrived at in any particular form nor be binding as such.

2. An agreement under article 31 (3) (b) requires a common understanding regarding the interpretation of a treaty of which the parties are aware. The number of parties that must actively engage in subsequent practice in order to establish an agreement under article 31 (3) (b) may vary. Silence on the part of one or more parties can, when the circumstances call for some reaction, constitute acceptance of the subsequent practice.

3. A common subsequent agreement or practice does not necessarily indicate an agreement between the parties regarding the interpretation of a treaty, but may instead signify their agreement temporarily not to apply the treaty or to establish a practical arrangement (modus vivendi).

Nel suo secondo rapporto per la Commissione il relatore speciale tornava sul tema dell'accordo tra le parti, necessario tanto per gli accordi successivi quanto per prassi successiva come descritti dall'articolo 31.3 della Convenzione di Vienna. Riprendendo il primo e il terzo rapporto per il Gruppo di Studio, Nolte ribadiva come l'accordo non può ritenersi sussistere in presenza di posizioni confliggenti, anche se la giurisprudenza sembra non richiedere una condotta totalmente

[711] Stati Nordici (A/C.6/69/SR.22, par. 12).
[712] Portogallo (A/C.6/69/SR.24, par. 73) e Grecia (A/C.6/69/SR.24, par. 88, pur non potendosi escludere che una prassi singola possa provare un accordo tacito sull'intepretazione, rilevante perciò *ex* articolo 31.3.a) VCLT).
[713] Polonia (A/C.6/69/SR.23, par. 60) e Singapore (A/C.6/69/SR.23, par. 65, non dovendosi tuttavia escludere le condotte ripetute meramente in modo meccanico: 'While his delegation could see why a conscious and mindful repetition might generally be perceived as having more weight, it was reluctant to summarily dismiss or discount the value of technical or unmindful repetitions. In some circumstances, practice might be repeated mechanically precisely because of an unquestioningly clear intention and understanding between the parties, which was the ultimate goal of treaty interpretation.').
[714] Regno Unito (A/C.6/69/SR.23, par. 31).
[715] Russia (A/C.6/69/SR.21, par. 132: 'it would be more correct to state that consistent and agreed repeated practice of the parties was not an evaluation criterion but rather the necessary *minimum* for the recognition of a subsequent practice as an authentic means of interpretation, together with clearly expressed agreements, as referred to in article 31, paragraph 3 (a), of the Vienna Convention. In that sense, a parallel could be drawn between the use of subsequent practice as a means of interpreting a treaty and the principle of the formation of customary norms of international law' - corsivo aggiunto) e Bielorussia (A/C.6/69/SR.21, par. 120, con riferimento anche al carattere dell'uniformità della prassi).

univoca[716]. In particolare, il lodo sui Debiti tedeschi dimostrerebbe la necessità che le parti non siano in conflitto, aggiungendo tuttavia che non bisognerebbe confondere un effettivo disaccordo con un accordo circa un margine di intepretazione che le parti si concedono[717].

Nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva dedicato qualche spazio alla prassi divergente, affermando che in tali casi sarebbe chiaramente impossibile affermare la presenza di un accordo, ma solo entro la dimensione di tale divergenza o il suo protrarsi nel tempo: l'esempio citato riguarda il venir meno di una simile divergenza in forza di un atto adottato dall'UNHCR[718]. La divergenza può essere dovuta alla mancanza di chiarezza del trattato[719], e può significare anche che gli Stati sono d'accordo nel ritenere esistente un margine di discrezionalità (non necessariamente dovendosi parlare, quindi, di un vero e proprio disaccordo nell'interpretazione); quando si tratti di trattati a tutela di interessi generali, tuttavia, secondo Nolte è preferibile pensare che debba esistere un'unica interpretazione piuttosto che un margine discrezionale, quand'anche condiviso[720]. A proposito della possibilità di condotte non totalmente univoche, nel suo secondo rapporto il relatore speciale menzionava due casi: il primo, ripreso dal primo rapporto per il Gruppo di Studio, era quello della Corte Permanente di Arbitrato circa il Canale di Beagle (1977)[721]. Dal secondo rapporto per il Gruppo di Studio veniva ripresa la decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Loizidou[722].

Secondo Nolte, l'accordo potrebbe anche essere informale, ricordando che, se l'articolo 31.3.a) parla di 'agreement', lasciando intendere che si debba trattare di un unico atto, il 31.3.b) parla di 'practice ... which establishes the agreement', dovendosi tale accordo desumere dalla condotta in

[716] A/CN.4/671, par. 50-53.
[717] Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other, Lodo del 16 maggio 1980, par. 31.
[718] Il silenzio della Convenzione del 1951 sui rifugiati, circa la necessità o meno che la persecuzione debba provenire dallo Stato di appartenenza o sia ad esso attribuibile affinché l'individuo perseguitato possa considerarsi rifugiato, determina condotte divergenti da parte degli Stati parte; l'UNHCR negava tuttavia tale necessità con la Posizione del 14 marzo 1995 ('Agents of persecution'), in cui si affermava che è sufficiente che la persecuzione provenga da un gruppo rilevante all'interno dello Stato e le autorità statali tollerino tale condotta o si rifiutino o siano incapaci di offrire al perseguitato un rimedio effettivo. Per gli Stati membri dell'Unione Europea la posizione è rafforzata dalla direttiva del Consiglio 2004/83/EC, articolo 6.c). Vedi Third Report, cit., p. 327.
[719] L'esempio è quello del diritto di passaggio pacifico delle navi da guerra, che durante le negoziazioni di UNCLOS viene soggetto a tre interpretazioni alternative tra loro (pre-autorizzazione, obbligo di notifica, oppure diritto esteso in generale), lasciando che ogni Stato al momento della ratifica o dell'accessione scegliesse una prassi da seguire (Third Report, cit., p. 328).
[720] Third Report, cit., p. 329.
[721] In cui i giudici affermavano che la pubblicazione da parte dell'Argentina di mappe dal contenuto contrario ad un precedente accordo con il Cile non precludeva a questo di contestare la linea di confine indicatavi, né precludeva all'Argentina dal reagire ad atti contrari del Cile; ulteriormente, vi si affermava che il disaccordo tra le parti non poteva presumersi permanente (A/CN.4/671, par 52; la decisione era richiamata anche in Introductory Report, cit., p. 194).
[722] In cui la prassi era stata ritenuta 'uniforme' nel confermare l'interpretazione per cui gli Stati avrebbero potuto limitare la loro accettazione della competenza della Corte, benché questa stessa avesse riconosciuto che esistevano almeno due Stati contrari a tale prassi (A/CN.4/671, par. 53; la decisione si ritrovava in Second Report, cit., p. 255).

concreto[723]. Il punto si ricollega alla differenza 'formale' tra le due fattispecie delineata dal relatore speciale nel suo primo rapporto per la Commissione[724]. L'accordo dovrebbe tuttavia essere sempre consapevole, ossia le parti dovrebbero essere a conoscenza del fatto che la posizione interpretativa è comune ad entrambe, altrimenti non si potrebbe parlare di interpretazione autentica, come affermato dalla CIG nella decisione Kasikili\Sedudu[725].

Il relatore speciale affermava quindi che l'accordo non dovrebbe necessariamente essere in sè vincolante, come confermato dal termine 'understanding', inizialmente utilizzato dalla Commissione nell'articolo 27.3.b) del Progetto del 1966, relativo alla prassi successiva: ciò che interessa, infatti, sono solo gli effetti legali che l'accordo produce in quanto interpretazione autentica[726]. Pertanto, verrebbero in rilievo anche i memorandum d'intesa, di per sé non produttivi di alterazioni su diritti e obblighi del trattato; del resto, si ricorderà che questi erano già stati indicati come possibile 'forma' di accordo in relazione alla precedente Conclusione, riprendendo il primo rapporto per il Gruppo di Studio[727].

Nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio, Nolte aveva anche fatto riferimento ad alcuni esempi di prassi extragiudiziale utile a definire l'accordo, che non si ritrovano espressamente nel secondo rapporto per la Commissione. Si tratta di nuovo dei due accordi successivi a UNCLOS[728], sottolineando che, benché il numero di Stati che hanno ratificato o acceduto a tali accordi sia in entrambi i casi inferiore a quello degli Stati parte della Convenzione, non si potrebbe negare l'esistenza di un 'accordo' tra tutte le parti quando la prassi degli Stati che non hanno formalmente aderito evidenziasse in ogni caso l'applicazione in concreto delle disposizioni in essi contenute; ciò potrebbe positivamente affermarsi solo nel caso dell'Accordo sull'implementazione del 1994, mentre molti Stati hanno dichiarato il proprio disaccordo ai contenuti dell'Accordo sugli stock ittici del 1995[729].

[723] A/CN.4/671, par. 54.
[724] Vedi sopra al punto II.2.1.1, relativo alla Conclusione che definisce gli accordi e la prassi successiva.
[725] A/CN.4/671, par. 55. Nel paragrafo 74 delle sentenza si leggeva: 'To establish such practice, at least two criteria would have to be satisfied: first, that the occupation of the Island by the Masubia was linked to a belief on the part of the Caprivi authorities that the boundary laid down by the 1890 Treaty followed the southern channel of the Chobe; and, second, that the Bechuanaland authorities were Sully aware of and accepted this as a confirmation of the Treaty boundary.'
[726] A/CN.4/671, par. 56-57.
[727] Vedi al precedente punto II.4.
[728] Ossia l'Accordo del 1994 sull'implementazione della Parte XI, e il Fish Stock Agreement del 1995, rispettivamente ratificati da 146 e 82 Stati su 166 ratificanti UNCLOS (dati aggiornati al 10 ottobre 2014, http://www.un.org/Depts/los/reference_files/status2010.pdf)
[729] Third Report, cit., p. 339; in particolare non potrebbe affermarsi in ogni caso una vincolatività dell'interpretazione della 'maggioranza' perché i dati suggeriscono comunque che di maggioranza non si tratti (vedi nota precedente); potrebbe tuttalpiù ammettersi un effetto persuasivo.

Un altro esempio è l'Accordo di Parigi del 1946 tra Italia e Austria sull'autonomia del Sud Tirolo, implementato attraverso misure bilaterali ma anche unilaterali: la qualifica di queste ultime come 'prassi successiva' è stata oggetto di contrasto tra i due paesi[730]. Quello del Trattato di non proliferazione nucleare del 1968 è invece un esempio di come la dichiarazione di uno Stato parte possa offrire indizi circa l'esistenza di un successivo accordo sull'interpretazione: gli Stati Uniti affermano infatti di non ritenere una 'prassi successiva' contenente un'interpretazione vincolante la decisione della Conferenza di revisione del 2000[731]. Gli Stati Uniti fanno riferimento in particolare al linguaggio della decisione e alle circostanze della sua adozione; sarebbe proprio la chiarezza del linguaggio, viceversa palesemente indicativo di un'opinione condivisa tra gli Stati, che, secondo Nolte, giustificherebbe al contrario la qualifica di 'accordo successivo' di un'altra parte della decisione finale, dedicata alla specificazione dell'articolo IV del Trattato[732].

5.1. Ruolo del silenzio

L'accordo non dovrebbe essere nemmeno esplicito[733], purchè si tratti di una 'prassi successiva' (dovendo l'accordo di cui all'articolo 31.3.a) essere dato da un unico atto, inevitabilmente esplicito[734]). Circa il ruolo del silenzio, il relatore speciale riprendeva anzitutto l'analisi effettuata nel primo rapporto per il Gruppo di Studio, dove vi aveva dedicato un discreto spazio: là aveva ricordato come la Commissione, nel commento all'allora articolo 27.3.b) del Progetto di convenzione sul diritto dei trattati del 1966, spiegava che era esattamente per fugare il dubbio che ogni parte dovesse individualmente partecipare alla prassi che la formulazione dell'articolo veniva modificata eliminando la parola 'all' da 'understanding of all the parties', nel riferirsi all'accordo necessario per soddisfare il criterio interpretativo della prassi successiva[735].

---

730 Third Report, cit., p. 440.

731 Contenente tredici 'steps' per l'implementazione dell'articolo VI NPT (che afferma 'Each of the Parties to the Treaty undertakes to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control.'). Dei tredici *steps* Nolte cita in particolare i numeri 2, 4 e 5, che stabiliscono rispettivamente una moratoria sulle esplosioni nucleari, l'istituzione di un ente dedicato al disarmo, e il principio di irreversibilità (vedi 2000 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, Final Document, NPT/CONF.2000/28).

732 L'articolo recita: '1. Nothing in this Treaty shall be interpreted as affecting the inalienable right of all the Parties to the Treaty to develop research, production and use of nuclear energy for peaceful purposes without discrimination and in conformity with Articles I and II of this Treaty. [...]'; la decisione finale (nota precedente, vol. I, par. 31) afferma chiaramente che si tratta di un diritto che rimane impregiudicato dalla Conferenza.

733 A/CN.4/671, par. 58-69.

734 Da confrontare tuttavia con quanto Nolte afferma circa la reazione degli Stati a decisioni di COPs prese per *consensus*, al punto II.2.3.

735 Annuario della Commissione, 1966, vol. II, p. 222, par. 15: "By omitting the word "all" the Commission did not intend to change the rule. It considered that the phrase "the understanding of the parties" necessarily means "the arties as a whole". It omitted the word "all" merely to avoid any possible misconception that every party must individually have engaged in the practice where it suffices that it should have accepted the practice".

Nolte aveva affermato quindi che se una condotta rimane esclusivamente interna ad uno Stato, ossia rimane sconosciuta alle altre parti, non potrà considerarsi base per un accordo. Il problema è stabilire quanto una condotta è da considerarsi interna, e quando invece le altre parti devono considerarsi gravate dell'onere di conoscere e reagire a tale prassi. Il problema riguarda in particolare gli atti parlamentari, pubblici ma normalmente non comunicati all'esterno dello Stato: la giurisprudenza internazionale riconosce in simili atti una manifestazione di prassi (ed eventualmente *opinio juris*), ma è riluttante a riconoscere una legittima aspettativa di reazione da parte di altri Stati, anche quando questi siano a conoscenza della prassi attraverso altri canali[736]. L'assenza di una legittima aspettativa di reazione ad una prassi originariamente interna determina pertanto l'impossibilità di rinvenire un accordo sull'interpretazione (basato sulla mancata reazione). Altra possibilità è che una condotta, di per sé, non richieda una reazione da parte degli altri Stati: la Corte Internazionale di Giustizia, nel caso Kasikili\Sedudu, ha espressamente escluso che il silenzio di uno Stato di fronte ad una siffatta condotta della controparte determini il perfezionamento di un accordo sull'interpretazione[737].

Il silenzio può invece equivalere ad acquiescenza quando sia chiaro dalla circostanze che la condotta richiede una reazione entro un tempo ragionevole[738]. La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia riconosce questa possibilità, in particolare nel caso del Tempio di Preah Vihear[739]. Nonostante le critiche a tale decisione rispetto alla soglia non particolarmente elevata adottata dalla Corte nel riconoscere che le circostanze avrebbero richiesto una reazione, il principio si ritrova, appunto, in altre sentenze della Corte medesima[740], e di tribunali arbitrali[741]. Tra le circostanze rileva, chiaramente, anche il profilo giuridico della situazione: se si tratta di un trattato che definisce i confini, conclude Nolte, non è lecito aspettarsi una reazione a condotte che lo violano, dovendosi piuttosto presumere che il silenzio di una parte non possa determinare

[736] Ad esempio nel caso Palau Ligitan\Palau Sipadan (Indonesia c. Malesia, 2002).
[737] Kasikili\Sedudu (Botswana c. Namibia, 13 dicembre 1999): il silenzio di fronte alle conclusioni di una Commissione incaricata di risolvere una controversia su un elemento fattuale non veniva considerato acquiescenza a tale determinazione, dal momento che quest'ultima sarebbe dovuta essere solo il momento iniziale di un procedimento più lungo, in base all'accordo che istituiva la Commissione medesima.
[738] Introductory Report, cit. p. 193.
[739] Cambogia c. Tailandia, 1962; contesa era la sovranità sul tempio medesimo, tradizionalmente tailandese, ma attribuita alla Cambogia secondo una mappa allegata ad un trattato concluso tra la Tailandia e le autorità francesi governanti la Cambogia. Nolte sottolinea che questo è in realtà un caso di modifica del trattato sulla base della condotta successiva di una parte e l'asserita acquiescenza dell'altra, ragion per cui la soglia adottata dalla corte per affermare che le circostanze avrebbero richiesto una reazione da parte Tailandese avrebbe dovuto essere particolarmente elevata.
[740] In particolare in Guinea Bissau c. Senegal (1989), in cui si afferma che una reazione è richiesta anche a quegli Stati che non siano normalmente capaci di seguire eventi estranei alla loro sfera di controllo immediato, se comunque si tratta di una situazione di lungo corso. Altre decisioni sono anche Nicaragua c. Stati Uniti (Giurisdizione, 1984) e Honduras c. Nicaragua (1960).
[741] In particolare l'arbitrato sul Canale di Beagle (1977), in cui si negava che alcuni atti di giurisdizione da parte del Cile su certe isole non potessero considerarsi condotta successiva in ragione della mancanza di una reazione da parte dell'Argentina, poiché la Convenzione di Vienna non prescrive specifiche forme per il perfezionarsi dell'accordo sull'interpretazione.

l'acquiescenza[742]. Si vedrà, tuttavia, come Nolte consideri proprio alcuni trattati sui confini maggiormente suscettibili di essere modificati informalmente dalla prassi successiva di una parte, a fronte dell'inerzia altrui, in base a decisioni della stessa Corte de L'Aja[743].

In un contesto come quello di un trattato che istituisce un'organizzazione internazionale, affermava poi Nolte, dove gli Stati sono coinvolti in un'attività collettiva, è invece lecito aspettarsi una reazione ad una condotta altrui (che possa qualificarsi come reinterpretazione o modifica del trattato medesimo), dunque varrebbe la presunzione contraria, per cui il silenzio equivale ad acquiescenza[744]. Vi sono poi altre norme la cui operatività prescinde dal consenso, come la preclusione e la prescrizione: compatibilmente, la giurisprudenza distingue tra casi in cui l'inerzia di una parte produce effetti sulla base di un supposto consenso (acquiescenza), e altri in cui essa produce determinati effetti legali indipendentemente dalla volontà[745].

Infine, è forse opportuno ricordare qui la giurisprudenza in ambito WTO che Nolte raccoglieva nel suo secondo rapporto per il Gruppo di Studio, e di diretta rilevanza per il tema del silenzio. La rigidità della definizione di prassi successiva che l'Appellate Body utilizza, come sopra ricordato[746], determina infatti l'innalzamento della soglia probatoria per i requisiti della prassi successiva, a partire da quello della partecipazione degli Stati a tale prassi. In EC – Chicken Cuts[747], il Panel aveva riconosciuto che non è richiesta la partecipazione attiva di tutti gli Stati (ammettendo quindi la sufficienza del silenzio senza particolari limitazioni)[748], mentre l'Appellate Body, oltre ad affermare che deve partecipare alla prassi un significativo numero di Stati[749], negava che fosse sufficiente l'assenza di protesta, bensì occorrerebbe tenere conto anche di quegli Stati (non

[742] Introductory Report, cit. p. 195; citando in particolare la decisione della CIG in Camerun c. Nigeria (2002).
[743] Decisioni come la già citata Preah Vihear (1962), in cui tuttavia la Corte non ha mai espressamente parlato di modifica attraverso la prassi successiva. Vedi al Capitolo III, punto II.2.
[744] *Ibidem*, citando la decisione in Nicaragua c. Stati Uniti (Giurisdizione, 1984), in cui la CIG afferma che gli Stati Uniti, in quanto membri delle Nazioni Unite, si devono ritenere acquiescenti rispetto a quanto pubblicato negli annuari della Corte medesima.
[745] *Ibidem*, p. 195-6.
[746] Vedi sopra al punto II.2.2.1.
[747] European Communities — Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts (report del Panel: WT/DS286/R, 30 maggio 2005; report dell'Appellate Body: WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 settembre 2005).
[748] Report del panel, par. 7.253: 'it is not necessary to show that all signatories to a treaty must have engaged in a particular practice in order for it to qualify as subsequent practice under Article 31(3)(b) of the Vienna Convention. Rather, it may be sufficient to show that all parties to the treaty have accepted the relevant practice. In our view, such acceptance may be deduced from a party's reaction or lack of reaction to the practice at issue.396 We consider that such an approach makes practical sense especially in the context of GATT schedules that are particular to each WTO Member.'
[749] Report dell'Appellate Body, par. 259: 'We share the Panel's view that not each and every party must have engaged in a particular practice for it to qualify as a "common" and "concordant" practice. Nevertheless, practice by some, but not all parties is obviously not of the same order as practice by only one, or very few parties. To our mind, it would be difficult to establish a "concordant, common and discernible pattern" on the basis of acts or pronouncements of one, or very few parties to a multilateral treaty, such as the WTO Agreement.'

partecipanti) che abbiano interessi commerciali anche soltanto potenziali[750]. È dunque possibile che la prassi contraria di pochi Stati determini l'assenza del necessario accordo tra le parti[751]; in un caso, un Panel, confermato dall'Appellate Body, ha anche ritenuto sufficiente in tal senso la prassi contraria di un solo Stato[752]. Nel caso Chile – Price Band[753], infine, il Panel confermava che l'assenza di obiezioni può essere sufficiente ad affermare l'accordo, salva in ogni caso la dimostrazione in concreto dell'acquiescenza.

Tornando al secondo rapporto per la Commissione, il relatore speciale concludeva a proposito del silenzio ribadendo che è raro poter presumere l'acquiescenza dal silenzio, e che l'accordo non sussiste se la condotta di una parte è ignota all'altra: del resto, anche se la condotta fosse altrimenti nota all'altra parte, una prassi unilaterale potrebbe valere come interpretazione autentica soltanto quando sia possibile riconoscere l'obbligo, disatteso, dell'altra parte di reagire, di nuovo riprendendo la decisione Kasikili\Sedudu della Corte Internazionale di Giustizia[754] e il caso EC – Chicken Cuts deciso dall'Appellate Body del WTO[755]. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha riconosciuto tuttavia la rilevanza di una prassi sostenuta dal *consensus* o da una vasta maggioranza di Stati parte della CEDU, come visto in relazione alla definizione ampia di prassi successiva adottata dalla Corte di Strasburgo[756]. Si noti inoltre che il relatore speciale non proponeva di distinguere tra trattati sui confini e istitutivi di organizzazioni internazionali, al contrario di quanto aveva fatto nel primo rapporto per il Gruppo di Studio[757].

5.2. Accordi temporanei e modus vivendi

Si ritrovano nel secondo rapporto per la Commissione le considerazioni provenienti dal terzo rapporto per il Gruppo di Studio, circa l'irrilevanza dell'accordo finalizzato alla temporanea non

[750] *Ibidem*, par. 272.
[751] European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment, report dell'Appellate Body del 5 giugno 1998 (WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R); il Panel si era espresso in maniera contraria il 5 febbraio 1998 (WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R).
[752] United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methodology, report dell'Appellate Body del 4 febbraio 2009 (WT/DS350/AB/R); report del Panel del 1 ottobre 2008 (WT/DS350/R).
[753] Chile — Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products, report dell'Appellate Body del 27 settembre 2002 (WT/DS207/AB/R); report del Panel del 3 maggio 2002 (WT/DS207/R).
[754] Nella decisione la Corte negava che si possa considerare concluso un 'accordo' interpretativo sulla scorta della mancata reazione ai risultati dell'indagine ad opera di una commissione di esperti, incaricata congiuntamente dai due Stati parte di risolvere una controversia territoriale (A/CN.4/671, par. 68).
[755] *Ibidem*. L'AB affermava (par. 272 della decisione): 'in specific situations, the "lack of reaction" or silence by a particular treaty party may, in the light of attendant circumstances, be understood as acceptance of the practice of other treaty parties. Such situations may occur when a party that has not engaged in a practice has become or has been made aware of the practice of other parties (for example, by means of notification or by virtue of participation in a forum where it is discussed), but does not react to it'.
[756] Sopra al punto II.2.2.2.
[757] Sopra al punto II.5.1, e coerentemente con l'abbandono di una simile prospettiva in relazione ai trattati che sarebbero suscettibili di modifica informale, come evidenziato nel Capitolo III, al punto II.2.2.

applicazione del trattato e del cosiddetto modus vivendi[758]. Per quanto riguardo il primo, Nolte aveva affermato che una prassi può anche indicare un accordo che abbia soltanto un effetto temporaneo sul trattato, escludendone l'applicazione o estendendola oltre la normale portata[759]. Un esempio è quello rappresentato dalla prima Convenzione di Ginevra, il cui articolo 7 impone l'esibizione e il rispetto del simbolo della Croce Rossa[760]: durante la Guerra russo-turca del 1877-1878 l'impero ottomano affermava che avrebbe invece esposto la Mezzaluna Rossa (portando rispetto al contempo alla Croce Rossa), e la prassi statale, individuata nella corrispondenza diplomatica tra le parti della Convenzione, evidenzia l'accettazione della pretesa ottomana limitatamente alla durata del conflitto[761]. Secondo Nolte, non si può dire che (almeno fino al 1906[762]) la prassi fosse tale da modificare la portata della Convenzione del 1864, ma solo di estenderla temporaneamente per la durata del conflitto russo-turco.

Un altro esempio è rappresentato da un accordo temporaneo tra Stati Uniti e Russia, al fine di estendere temporaneamente il trattato SALT I fino all'entrata in vigore di SALT II[763]. Essendo stato concluso per tramite di decisioni unilaterali, non si potrebbe secondo Nolte parlare di un (singolo) 'accordo successivo', né di una vera e propria 'prassi' interpretativa, bensì di una 'mera condotta coordinata' basata sulla reciprocità, con l'effetto di estendere temporaneamente la durata del trattato sottostante[764]. Occorre in definitiva notare come simili accordi temporanei possono avere anche un effetto sostanzialmente modificativo sulla portata trattato, ma proprio in ragione della loro precarietà Nolte ne contesta la natura anche come strumento interpretativo ex articolo 31.3 della Convenzione di Vienna.

---

[758] A/CN.4/671, par. 71-72.
[759] Third Report, cit., p. 341.
[760] L'articolo afferma: 'A distinctive and uniform flag shall be adopted for hospitals, ambulances and evacuation parties. It should in all circumstances be accompanied by the national flag. An armlet may also be worn by personnel enjoying neutrality but its issue shall be left to the military authorities. *Both flag and armlet shall bear a red cross on a white ground*.' (corsivo aggiunto).
[761] La corrispondenza diplomatica recitava: 'As a compliment to Switzerland, the heraldic emblem of the red cross on a white ground, formed by reversing the Federal colours, is retained as the emblem and distinctive sign of the medical service of armed forces. Nevertheless, in the case of countries which already use, in place of the red cross, the red crescent or the red lion and sun on a white ground as a distinctive sign, these emblems are also recognized by the terms of the present Convention.'
[762] Alla Conferenza di revisione del 1906 altri Stati tentavano senza successo di inserire altri simboli, ma solo in occasione della Conferenza del 1929 Turchia, Persia (Iran) ed Egitto affermavano che l'esibizione di altri simboli era ormai da considerarsi una prassi accettata, vista l'assenza di proteste: essa veniva pertanto riconosciuta dall'articolo 19.2 della Convenzione del 1929 (Third Report, cit., p. 342).
[763] Interim Agreement Between The United States of America and The Union of Soviet Socialist Republics on Certain Measures With Respect to the Limitation of Strategic Offensive Arms (concluso il 26 maggio 1972, in vigore dal 3 ottobre 1972). Il SALT II viene firmato il 18 giugno 1979 e non viene ratificato dagli Stati Uniti, benché in concreto i suoi termini siano stati rispettati in ragione del principio di reciprocità; la durata inizialmente prevista per SALT I, di cinque anni, veniva prolungata per effetto di decisioni unilaterali, dato il protrarsi dei negoziati per SALT II, fino al 1979.
[764] Third Report, cit., p. 343.

Non diversamente, accordi e prassi successiva possono non avere un effetto propriamente interpretativo sul trattato quando testimonino (soltanto) l'accordo delle parti ai fini della la concreta esecuzione del trattato: tale accordo, il cosiddetto 'modus vivendi', può essere quindi oggetto di sindacato giudiziale o di protesta da parte degli (altri) Stati parte[765]. L'esempio è quello del *memorandum of understanding* (MoU) del 2011 tra USA e Messico sui servizi di trasporto su gomma transfrontalieri, in seguito ad un arbitrato NAFTA che nel 2001 aveva condannato gli Stati Uniti per il persistente rifiuto di prendere in considerazione richieste per l'esercizio di simili servizi da parte di operatori messicani[766]. Il memorandum mirava a regolare la prestazione di tali servizi in ambito bilaterale, e non potrebbe pertanto essere considerato un vero 'accordo successivo' sull'interpretazione di NAFTA[767].

Infine, il relatore speciale introduceva nel secondo rapporto per la Commissione un'analisi della possibile modifica o cessazione dell'accordo interpretativo, che non si ritrova nei rapporti per il Gruppo di Studio[768]. Nolte affermava che l'accordo interpretativo può essere sostituito da un nuovo simile accordo, oppure può sopravvenire un definitivo disaccordo tra le parti: in quest'ultimo caso non si potrebbe comunque ritenere che l'accordo interpretativo perda i propri effetti, in ossequio al principio di buona fede[769]. L'unica conseguenza sarebbe una riduzione del valore della prassi successiva, in quanto non più sostenuta da un accordo attuale.

5.3. Dibattito e riformulazione

Alcuni membri della Commissione sostenevano in generale l'opportunità di delineare meglio la nozione di accordo, non potendo essere questa la medesima per accordi e prassi successiva[770], ma la critica principale riguardava l'indicazione da parte del relatore speciale che gli accordi successivi non devono in sé essere vincolanti[771], tanto che da alcune parti si suggeriva di non fare alcun

[765] *Ibidem*.
[766] Si tratta del caso Cross-Border Trucking Services (Messico c. Stati Uniti, USA-MEX-98-2008-01), che sancisce appunto la violazione da parte degli Stati Uniti degli articoli 1202 (trattamento nazionale) e 1203 (nazione più favorita) del trattato tra Stati Uniti, Messico e Canada, poiché l'espressione 'in like circumstances' contenuta in entrambi gli articoli non poteva giustificare un rifiuto generico di effettuare almeno l'esame delle richieste presentate da operatori messicani.
[767] Non solo poiché il Canada (rimanente parte di NAFTA) non è in alcun modo coinvolto, ma anche in ragione della clausola di salvaguardia contenuta nello stesso memorandum, che afferma di non pregiudicare diritti e obblighi che Stati Uniti e Messico ricavano dal trattato trilaterale (Third Report, cit., p. 344).
[768] A/CN.4/671, par. 73-74.
[769] A/CN.4/671, par. 74: 'Such a disagreement will not, however, normally replace the original subsequent agreement, since the principle of good faith prevents a party from simply disavowing the legitimate expectations which have been created by a common interpretation.'
[770] Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 6), Park (A/CN.4/SR.3206, p. 3, dubitando che fosse corretto equiparare l'accordo tacito o l'acquiescenza all'accordo richesto dall'articolo 31.3), Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3207, p. 4).
[771] Forteau (A/CN.4/SR.3205, p. 8, richiamando il caso US – Clove Cigarettes (2012), in cui l'Appellate Body del WTO riconosceva il valore di 'accordo successivo' *ex* articolo 31.3.a) VCLT della Dichiarazione ministeriale di Doha (negandone invece il valore *ex* articolo IX:2 del trattato WTO): 'According to the Appellate Body, any agreement

riferimento al concetto di vincolatività dell'accordo interpretativo[772] o di limitarsi ad indicare che il valore interpretativo è ridotto se l'accordo non è vincolante[773]. Un altro punto critico era rappresentato dal valore del silenzio, dovendosi esplicitare che l'accordo delle parti non può essere presunto bensì dev'essere provato in concreto[774]. Alcune specifiche critiche riguardavano l'inopportunità di fare riferimento ad accordi non rilevanti come quelli sulla non applicazione temporanea[775], e l'opportunità invece di chiarire le conseguenze di accordi successivi plurimi[776].

Come visto, anche il riferimento alla 'forma' contenuto nella nona Conclusione proposta da Nolte veniva spostato nella sesta[777], così come il terzo paragrafo, con i due esempi di ciò che non costituisce accordo sull'interpretazione[778]. Il Drafting Committee intendeva centrare la Conclusione 9 sugli elementi comuni dell'accordo ex articoli 31.3.a) e b) della Convenzione di Vienna, avendo già chiarito nella quarta Conclusione in che senso esso differisce tra le due fattispecie[779]. Il primo

---

"bearing specifically" on the interpretation of the treaty "should" be taken into account in its interpretation, given that, according to the aforementioned draft articles, such a subsequent agreement "must be read into the treaty for purposes of its interpretation".' Forteau conclude che la nozione di 'accordo' scelta dal relatore speciale è troppo ampia, confondendo il confine tra articolo 31 e 32 VCLT: solo in quanto mezzo interpretativo sussidiario l'accordo sottostante potrebbe essere non vincolante - vedi anche A/CN.4/SR.3208, p. 6) e Kamto (A/CN.4/SR.3207, p. 5: 'Acceptance that a subsequent agreement within the meaning of article 31, paragraph 3 (a), or resulting from subsequent practice within the meaning of article 31, paragraph 3 (b), might not be binding would be tantamount to introducing a new category into the law of treaties that had no basis in either the Vienna Convention or, more generally, in international law.' - vedi anche in A/CN.4/SR.3208, p. 6); d'accordo invece Gomez Robledo (A/CN.4/SR.3208, p. 3).

[772] Hmoud (A/CN.4/SR.3208, p. 5: 'He did not see the value of underlining the nature of an agreement under article 31, paragraph 3 (a) and (b) as binding or otherwise: it was likely simply to create confusion for interpreters of treaties. [...] what mattered most was that, in order to constitute an agreement under article 31, paragraph 3, the parties to a treaty had not only to have a common understanding of a position regarding the interpretation of the treaty, but also to accept that position. It was that interrelationship between *awareness* of a position and its *acceptance* by all the parties that should be emphasized in draft conclusion 9.' - corsivo aggiunto; vedi anche *ibidem*, p. 6, dove Hmoud precisa: 'to the extent that a subsequent agreement regarding the interpretation of a treaty had to produce legal effects in order to be considered an authentic means of interpretation, it constituted a binding agreement.'), Wood (A/CN.4/SR.3208, p. 7) e Gevorgian (A/CN.4/SR.3208, p. 10: 'The question just raised by some members as to whether an agreement was binding or not should be dealt with separately.').

[773] Sturma (A/CN.4/SR.3207, p. 7).

[774] Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 6), Hmoud (A/CN.4/SR.3208, p. 5: 'A State party might, for political reasons, choose not to object or react to a certain practice by another State party or parties, but that must not be seen as acquiescence to the practice. In order for such silence or lack of reaction to constitute an authentic means of interpretation, it must have been preceded by an awareness of such a practice, an awareness that could not be derived from the mere availability of the relevant information in the public domain.'), Gevorgian (A/CN.4/SR.3208, p. 9). Secondo Escobar Hernandez sarebbe stato utile indicare il silenzio nella precedente Conclusione (A/CN.4/SR.3207, p. 4).

[775] Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3207, p. 4) e Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 6, in particolare suggerendo di spostare il terzo paragrafo nella sesta Conclusione, 'which referred to the fact that the parties might be motivated by considerations other than interpretation of the treaty.').

[776] Tladi (A/CN.4/SR.3207, p. 5: 'The acceptance of different, or even contradictory, successive practices or agreements as being equally as probative as authentic means of interpretation might suggest that treaties lacked objective content and that their meaning shifted according to the short-term interests of States.' Tladi nega del resto la rilevanza della questione dell'effetto modificativo per il *topic* (vedi il Capitolo III, al punto II.2.3).

[777] Vedi sopra al punto II.3. Come visto, la sesta conclusione assorbiva anche il riferimento alla forma contenuto nell'ottava Conclusione, originariamente rubricata 'Forms and value of subsequent practice under article 31(3)(b)' (punto II.3).

[778] Vedi sopra al punto II.3. Si tratta degli accordi per la non applicazione temporanea del trattato e dei *modus vivendi*.

[779] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Vergne Saboia, 5 giugno 2014, p. 10. Sulla quarta Conclusione redatta dal Comitato ('Definition of subsequent agreement and subsequent practice') vedi al punto II.1.

paragrafo definiva dunque l'accordo in generale come 'intesa comune relativa all'interpretazione', aggiungendo che le parti devono 'esserne consapevoli' e 'accettare' tale posizione interpretativa. Nonostante le critiche, veniva mantenuto il richiamo alla non necessaria vincolatività dell'accordo in sè, al fine di evitare confusioni che potrebbero nascere dal fatto che la Convenzione di Vienna usa il termine 'agreement' per indicare anche accordi vincolanti; in particolare, poi, l'espressione 'legally binding' lascerebbe spazio ad un possibile accordo politicamente vincolante[780]. Il secondo paragrafo, in parte riformulato, rimaneva focalizzato sul 'numero di parti' che dovrebbero partecipare ad una prassi successiva ex articolo 31.3.b), in sostanza ribadendo la possibilità che il 'silenzio' di alcune parti possa significare acquiescenza circa l'accordo interpretativo se le circostanze obbligano ad una reazione (lasciando al commento i chiarimenti circa la natura di tali circostanze)[781].

> *Draft Conclusion 9 – Agreement of the parties regarding the interpretation of a treaty*
>
> *1. An agreement under article 31, paragraph 3 (a) and (b), requires a common understanding regarding the interpretation of a treaty which the parties are aware of and accept. Though it shall be taken into account, such an agreement need not be legally binding.*
>
> *2. The number of parties that must actively engage in subsequent practice in order to establish an agreement under article 31, paragraph 3 (b), may vary. Silence on the part of one or more parties can constitute acceptance of the subsequent practice when the circumstances call for some reaction.*

Al momento di adottare le Conclusioni redatte dal Drafting Committee, tuttavia, alcuni membri della Commissione palesavano nuovamente le proprie perplessità circa il termine 'agreement'[782], e Nolte replicava che il commentario avrebbe reso più chiaro il punto[783]. Nel redigere il rapporto della Commissione del 2014 (e quindi il commento alla Conclusione) si proponeva quindi di aggiungere un paragrafo che desse conto della posizione contraria di alcuni membri[784]: Nolte si dichiarava

[780] *Ibidem*, p. 10: 'In other terms, the term agreement under paragraph 3 of article 31 does not require that the parties would undertake or create any legal obligation existing in addition to, or independently of, the treaty in question. As long as the parties by their conduct attribute a certain meaning to the treaty or, in other words, establish agreement regarding the interpretation, such conduct shall be taken into account when interpreting the treaty in question. [...] The word "legally" is used to distinguish from this draft conclusion agreements which may be binding politically.'

[781] *Ibidem*, p. 11.

[782] Kamto (A/CN.4/SR3215, p. 7, argomentando in base al riferimento al consenso in molte disposizioni della Convenzione di Vienna, all'impossibilità di affermare la non vincolatività di un accordo sulla base del fatto che questo non si esprime sul punto, e all'impossibilità che uno Stato si opponga ad un accordo non vincolante, nonostante gli effetti modificativi che ogni interpretazione 'in one way or another' produce sul trattato) e Forteau (A/CN.4/SR3215, p. 7, rilevando che altrimenti non si spiegherebbe l'espresso riferimento al concetto di 'accettazione' contenuto nella nona Conclusione).

[783] A/CN.4/SR3215, p. 7, ricordando che sarebbe stato d'accordo con la proposta di Hmoud di indicare che l'accordo è comunque da considerarsi 'vincolante' nel senso che 'produce effetti legali' (vedi alla nota 772), e ricordando vari esempi di accordi successivi non vincolanti. Kamto tuttavia 'was not sure that such a substantive issue could be settled in the commentary.' (*ibidem*).

[784] Forteau (A/CN.4/SR3240, p. 8; nel paragrafo proposto si leggeva: "Some members considered on the other hand that the term 'agreement' has the same meaning in all provisions of the Vienna Convention. According to those members,

d'accordo nei limite in cui non si fosse utilizzato l'inglese 'binding'[785]. In definitiva, il commento alla nona Conclusione affermava che, secondo alcuni membri, il termine 'agreement' nella Convenzione di Vienna indica sempre un accordo che abbia 'effetti legali', e che, se ciò non è il caso, il mezzo interpretativo avrebbe soltanto un valore sussidiario[786].

Dagli interventi dei rappresentanti degli Stati presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale si ricava qualche supporto alla necessità che l'accordo debba essere 'riconosciuto' e 'accettato'[787] e che l'accordo non debba essere in sè vincolante[788]. Quest'ultimo punto era tuttavia controverso, e se uno Stato lo contestava direttamente[789], altri suggerivano di approfondire la questione[790]. Anche il riferimento al silenzio generava delle preoccupazioni, suggerendosi da molte parti di indagare il tema più a fondo, nel senso di arrivare a meglio esplicitare che non è possibile un'equivalenza automatica tra silenzio e accettazione[791]. Infine, da una parte si suggeriva di chiarire l'interazione tra più accordi successivi consecutivamente conclusi nel tempo[792].

---

this term designates any understanding which is binding upon the States concerned and the case-law referred to in the present commentary does not contradict this definition. Such a definition would not prevent to take into account, for the purpose of interpretation, a legally non-binding understanding, but then under Article 32.")

[785] A/CN.4/SR3240, p. 8: 'although he was not in favour of including a dissenting opinion in the commentary, he would not object to the addition of the paragraph proposed by Mr. Forteau provided the English translation of the expression "faisant droit" was something other than "binding upon".'

[786] A/CN.4/SR3240, p. 8, sulla base di una proposta di Wood, in realtà ripresa da quella di Hmoud in occasione della discussione del secondo rapporto del relatore speciale (vedi nota 772). Vedi quindi il paragrafo 12 del rapporto della Commissione del 2014 (A/69/10).

[787] Stati Nordici (A/C.6/69/SR.22. par. 12).

[788] Austria (A/C.6/69/SR.22. par. 19).

[789] Francia (A/C.6/69/SR.22. par. 32: 'if such an agreement were not legally binding, there would be a risk of purely political acts or decisions being included in that category.' Si ricordi tuttavia che il presidente del Drafting Committee affermava esplicitamente che l'indicazione che l'accordo non dev'essere 'legally binding' consente di tenere conto di accordi 'politically binding' - nel precedente paragrafo nel testo).

[790] Spagna (A/C.6/69/SR.24, par. 21, suggerendo che l'accordo non vincolante potrebbe rilevare (solo) *ex* 32) e Grecia (A/C.6/69/SR.24, par. 89, suggerendo una distinzione: se le *forme* di accordo possono essere diverse, come affermato nella sesta Conclusione, ad esempio manifestandosi come decisioni di COP indicate nella decima - che spesso non sono vincolanti, 'In *substance*, however, an agreement regarding the interpretation of a treaty produced legal effects and needed to be taken into account for the purposes of treaty interpretation because, although it might be incorporated in a non-binding legal instrument, it was an authentic expression of the intentions of the parties' - corsivo aggiunto).

[791] Bielorussia (A/C.6/69/SR.21, par. 121), Austria (A/C.6/69/SR.22. par. 19), Giappone (A/C.6/69/SR.23, par. 72), Spagna (A/C.6/69/SR.24, par. 20), Malesia (A/C.6/69/SR.24, par. 30), Stati Uniti (A/C.6/69/SR.24, par. 62, come esempio del fatto che sarebbe opportuno indicare precisazioni di tale importanza, come la necessaria presenza dell'accettazione da parte di tutte le parti, nel testo delle Conclusioni, piuttosto che lasciarle al commentario), Iran (A/C.6/69/SR.24, par. 79, partendo da una critica più generale al lavoro della Commissione, troppo incentrato sull'intepretazione che sull'identificare, come originariamente previsto, quali atti costituiscono prassi successiva), il rappresentante iraniano afferma: 'it seemed that the Commission had accorded excessive weight to silence and inaction. It went without saying that the element of consent was a prerequisite to acceptance of any kind and that silence on political grounds could not be regarded as conduct giving rise to subsequent practice, which must be established on a case-by-case basis.') e Corea del Sud (A/C.6/69/SR.25, par. 26, precisando che il silenzio non potrebbe valere come prassi successiva nell'ambito di trattati sui confini.).

[792] Romania (A/C.6/69/SR.22. par. 43, affermando che i casi in cui un singolo accordo interpretativo non sostituisce il precedente sono più frequenti di quelli in cui tale sostituzione avviene: 'the later interpretive agreement should be able to clarify the will of the parties at the time the agreement to which its interpretation referred had been concluded. The later interpretation would therefore be relevant not only for the future application of the treaty, but also for disputes as to the interpretation of the treaty arising before the reaching of such a subsequent agreement.').

6. L'aspetto probatorio

L'attività di alcuni soggetti diversi dagli Stati (ma, come si vedrà, spesso composti da Stati) è indicata dal relatore speciale come rilevante per l'accertamento di accordi e prassi successiva ex articolo 31.3 della Convenzione di Vienna. Si tratta degli 'enti non statali'[793], delle Conferenze di Stati parte[794], e delle organizzazioni internazionali[795]. Trattandosi di 'soggetti' diversi dagli Stati[796], si preferisce trattare queste tre Conclusioni nel capitolo successivo, dedicato all'aspetto 'soggettivo'. Si ricorda inoltre che la Conclusione 8 ha rilievo per l'analisi dell'aspetto probatorio poichè indica chiarezza, specificità e grado di ripetizione come elementi che ne determinano il valore (interpretativo, e quindi probatorio di un'interpretazione autentica, appunto, piuttosto che costituire requisiti fondamentali per considerare la prassi rilevante ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna)[797].

Tuttavia, è bene segnalare qui alcune considerazioni di portata generale che Nolte dedicava alla prova di accordi successivi e prassi successiva nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio, senza poi riprenderle nei rapporti per la Commissione. Dopo aver ricordato che quello dell'accertamento è un problema che riguarda più la prassi successiva che gli accordi successivi (poiché spesso formali, come ricordato[798]), Nolte elencava alcune categorie di materiali rilevanti. Anzitutto vengono indicate le prove di provenienza statale, benché spesso offrano una prova incompleta anche in ragione della riluttanza dello Stato a pubblicare materiali rilevanti; fanno eccezione i trattati che richiedono un'implementazione pubblica[799], ma per lo più i trattati sono implementati dall'esecutivo, che, appunto, non pubblica materiali rilevanti sul piano internazionale (ad esempio non notifica agli altri Stati lo stato di attuazione delle disposizioni convenzionali). Quand'anche vi fosse una legislazione nazionale sulla trasparenza, non si potrebbe in ogni caso presumere la

[793] Indicati nella quinta Conclusione, che espressamente afferma nel secondo paragrafo: 'Other conduct, including by non-State actors, does not constitute subsequent practice under articles 31 and 32. Such conduct may, however, be relevant when *assessing* the subsequent practice of parties to a treaty.' (A/CN.4/L.874, p. 2, corsivo aggiunto). Nel quarto rapporto il relatore speciale Nolte precisava poi il ruolo degli 'expert treaty bodies', dedicandovi un'apposita Conclusione; vedi il Capitolo II al punto II.4.

[794] Oggetto della Conclusione 11 [10], gli atti di tali conferenze possono 'dare inizio' ad una prassi successiva *ex* articoli 31.3.b) oppure 32 (a seconda, chiaramente, della presenza o assenze di un accordo interpretativo unanime sottostante). Vedi il Capitolo II al punto II.2.

[795] Come indicato nella Conclusione 12 [11], oltre a poter rilevare *direttamente* nell'interpretazione *ex* articolo 31.1 VCLT, la condotta dell'organizzazione può, in talune specifiche ipotesi, dare impulso oppure esprimere una prassi successiva (che dev'essere comunque degli Stati) nell'interpretazione del trattato istitutivo; vedi il Capitolo II al punto II.3.

[796] Di nuovo, come nel primo capitolo, utilizzando questo termine in maniera atecnica, non volendosi cioè attribuire soggettività internazionale a chi non ne sia effettivamente dotato.

[797] Vedi sopra al punto II.4.1, e anche in seguito al punto II.1 per quanto riguarda la Conclusione originariamente proposta da Nolte contenente un riferimento alla specificità della prassi.

[798] Vedi sopra al punto II.2.1.1.

[799] Nolte porta ad esempio i trattati di armonizzazione del diritto internazionale privato (*ibidem*).

conoscenza da parte dell'altro Stato, necessaria al fine di affermare l'esistenza di un 'accordo' sull'interpretazione[800].

L'analisi di Nolte si spostava quindi sulle organizzazioni internazionali e non governative, dopo aver ricordato che altre tipologie di prove possono venire in rilievo, ad esempio esperti o testimoni, il cui peso è tuttavia maggiore nel corso di una controversia piuttosto che nelle relazioni internazionali in sé[801]. Il rilievo probatorio dell'attività di altri soggetti, tuttavia, è materia che compete al successivo Capitolo II, cui si rimanda[802].

III. Confronto tra le due declinazioni della prassi sul piano oggettivo

In questa sezione del capitolo si utilizzeranno le indicazioni fornite dalla Commissione sull'aspetto oggettivo della prassi in entrambi i recenti lavori sulla consuetudine e su accordi e prassi successiva, nel tentativo di operare un confronto tra le due declinazioni della prassi. Si tenterà cioè di evidenziare in che senso ciascuno dei connotati individuati suo piano oggettivo per la prassi nella formazione della consuetudine può riconoscersi sul versante opposto, quello, cioè, della prassi successiva, e viceversa si indicherà in che senso i caratteri peculiari della prassi successiva nella sua funzione interpretativa possono riconoscersi nella prassi come elemento materiale della consuetudine. La Commissione tuttavia prende posizione su alcune questioni ma non su altre, rispetto alle quali sarà utile ricorrere ad alcune indicazioni dottrinali ulteriori, anche al fine di tentare di andare oltre il margine di cautela che la Commissione, in ragione della posizione istituzionale che occupa, si impone[803]. Per quanto riguarda l'aspetto probatorio, trattandosi come anticipato di questioni che riguardano in realtà l'attività di altri soggetti, si preferisce rinviarne la trattazione al capitolo successivo[804].

[800] In tal senso, sottolinea Nolte, lo Stato si trova a dover bilanciare il proprio interesse a non pubblicare, al fine di non vincolarsi ad una determinata interpretazione, con quello di pubblicare proprio per legittimare quest'ultima.
[801] *Ibidem*, p. 322.
[802] Vedi in particolare Capitolo II alla sezione III.
[803] La Commissione rischia infatti, secondo Gradoni, "La Commissione di Diritto Internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine", Rivista di Diritto Internazionale, 2014, p. 667, di compiere una 'operazione di retroguardia' (*ibidem*, p. 696), nel tentativo di compiacere le aspettative degli Stati; questi ultimi, tuttavia, non si fiderebbero della Commissione, come testimoniato dalle scarse risposte alle richieste di informazioni da parte di questa, e benchè siano consapevoli che della legittimazione che i lavori della Commissione sarebbe in grado di attribuire alla loro condotta.
[804] Capitolo II, sezione III; si tratterà infatti del rilievo assunto dall'attività di altri soggetti, propriamente a scopo probatorio.

1. I caratteri della prassi a partire dalla sua funzione costitutiva della norma consuetudinaria applicati alla prassi successiva

1.1. Elenchi non esaustivi

Anzitutto, la Commissione rilevava infatti la sostanziale inutilità di elencare in maniera esaustiva tutti i possibili modi in cui uno Stato può operare sul piano internazionale, sia per la prassi nella consuetudine[805], che per la prassi successiva. Come segnalato nel successivo capitolo, la prassi potrebbe provenire da tutti gli organi dello Stato, con la precisazione che la 'prassi successiva' deve necessariamente implementare del trattato (il cosiddetto 'requisito relazionale'[806]), quand'anche non palesi un accordo sull'interpretazione (e dunque rilevi soltanto ex articolo 32 della Convenzione di Vienna)[807].

Occorre notare tuttavia che in realtà simili materiali possono sia costituire prassi, che contribuire a provarla, non giustificandosi una distinzione tra tali due aspetti, poiché in ogni caso la provenienza è statale; del resto, la distinzione tra prassi, prove della prassi e prove della consuetudine è scarsamente argomentata (e, di fatto, inutilizzata) all'interno dei lavori della Commissione, benché talvolta tali categorie emergano tra le righe dei testi[808]. Più evidente è tale distinzione all'interno del Memorandum della Commissione del 2013, dove, come visto, si distingue tra prova 'primaria', ossia della consuetudine, e 'secondaria', ossia della prassi[809].

---

[805] Individuando nella Conclusione 6 [7].2 soltanto alcuni possibili modi in cui essa potrebbe manifestarsi, ossia: "diplomatic acts and correspondence; acts in connection with resolutions of international organizations or international conferences; acts in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct "on the ground"; legislative and administrative acts; and decisions of national courts." (A/CN.4/L.872, p. 2).

[806] Requisito che pertanto si considera la scriminante di maggior rilievo nell'indagine dei soggetti rilevanti per la prassi nella consuetudine e nell'interpretazione di un trattato, come ampiamente descritto nel successivo Capitolo II, in particolare al punto III.

[807] Nella Conclusione 6.2 dei lavori su accordi e prassi successiva, la Commissione afferma: 'Subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, can take a variety of forms' (A/CN.4/L.874, p. 2).

[808] La questione si ricollega chiaramente al valore del *fatto* per la norma consuetudinaria: esso svolge una funzione *costitutiva* della norma, quando soddisfi determinati requisiti, ma, appunto, anche una funzione *probatoria*: i due aspetti sono di fatto indistinguibili (vedi ad esempio Zemanek, "What is 'State Practice' and who Makes It?", in U. Beyerlin, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer, 1995, p. 289, a p. 292; Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 114; vedi anche il London Statement dell'ILA (Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law), p. 12: 'State practice can be constitutive (a formal source) of a new rule, but it can also be evidence of an existing rule'). Si può esprimere lo stesso concetto anche affermando che nel diritto consuetudinario il processo normativo è sostanzialmente continuo, e quindi la prassi, nelle sue innumerevoli forme, può, appunto, sia provare una consuetudine esistente, rafforzandola (se conforme), oppure porre le basi per una diversa consuetudine (modificandone una esistente o creandone una nuova dove prima non ve n'erano): in questo senso ad esempio Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 4: 'The dichotomy between indications and constitutive acts, however, oversimplifies the dynamic, continuous, character of the customary process'.

[809] Vedi sopra al punto I.2.

Il Memorandum del 2016 sulla giurisprudenza nazionale[810] consentirebbe poi di ricordare un'ulteriore distinzione possibile, con specifico riferimento a tale giurisprudenza: essa è 'forma di prassi' ma anche 'mezzo sussidiario per l'accertamento del diritto' ex articolo 38.1.d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (ossia potrebbe rappresentare anche una 'prova della consuetudine'). Di fatto, tuttavia, come ricordato da Wood[811], tale ultima qualificazione servirebbe soltanto ad evitare che si pensasse alla giurisprudenza nazionale (e alla dottrina) come fonti primaria del diritto, e non sembra aiutare nella distinzione tra prassi, sua prova o prova di consuetudini. Sulla questione si tornerà anche nel discutere il tema dell'accertamento[812].

1.2. Ruolo della condotta verbale

Le dichiarazioni sono riconosciute rilevanti in quanto forma di prassi in entrambi i lavori della Commissione. Nel primo paragrafo della Conclusione 6 [7] dei lavori sulla consuetudine si specificava che la prassi può anche essere data da 'verbal acts', mettendo a tacere quella parte di dottrina che ancora sostiene l'inopportunità di considerare le dichiarazioni degli Stati utili a formare una consuetudine[813]. La ragione di tale resistenza può farsi risalire al rischio che in tal modo una norma consuetudinaria nasca in assenza di prassi 'concreta', potendo una dichiarazione sia costituire l'elemento oggettivo della consuetudine, sia veicolare quello psicologico (ossia l'accettazione della norma dichiarata come diritto). Si noti tuttavia che la Commissione, nell'affrontare il tema in rapporto alla relazione che intercorre tra i due elementi, riconosce la possibilità di '*double counting*', ossia l'utilizzo dello stesso materiale probatorio per l'accertamento di entrambi gli elementi[814]. Alla luce della considerazione per cui, come rilevato da Wood e

[810] "The role of decisions of national courts in the *case law* of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determination of customary international law" (A/CN.4/691).
[811] Pur al di fuori del proprio ruolo quale relatore speciale, nel recente articolo "The present position within the ILC on the topic "Identification of customary international law": in partial response to Sienho Yee, Report on the ILC Project on "Identification of Customary International Law", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 3, a pp. 11-12.
[812] Capitolo II, sezione III.
[813] In tal senso, notoriamente, D'Amato (per cui le dichiarazioni costituirebbero soltanto 'articulation' della regola realizzata in pratica, sostituendosi all'elemento psicologico: D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, Ithaca, 1971, a p. 89-90); più recentemente hanno sostenuto che quella verbale non è prassi anche Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 42, e J. Kammerhofer, "Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship", in M. Happold, International Law in a Multipolar World, Routledge, 2012, p. 138, a p. 149. Si tratta decisamente di una minoranza, benchè talvolta l'affermazione che le dichiarazioni sono prassi si accompagni ad un richiamo alla cautela, in particolare richiedendosi l'esame delle circostanze (e quindi, eventualmente, di una prassi concreta): vedi ad esempio Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717, a p. 733; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 203; Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 275.
[814] Non soltanto, tuttavia, nella Conclusione 3 [4] si afferma che l'accertamento dei due elementi della consuetudine deve avvenire separatamente, ma Wood, rispondendo alle critiche della Commissione rispetto al secondo rapporto,

ricordato nel paragrafo precedente, non ha senso distinguere tra materiali costitutivi e materiali probatori della consuetudine, una volta riconosciuto il ruolo probatorio della prassi verbale, non sarebbe ragionevole escluderne anche anche un ruolo costitutivo.

Dal canto suo, Nolte non sembrava porre ostacoli al riconoscimento di una dichiarazione come prassi successiva, preferendo piuttosto concentrarsi sulla formalità che necessariamente distingue l'accordo successivo rispetto ad essa[815]. L'analisi dei casi, in cui spesso la prassi consta di dichiarazioni, e la ragione indicata dal Drafting Committee per formulazione della Conclusione 4.2[816], confermano che la Commissione ritiene che la 'prassi successiva' possa certamente avere natura dichiarativa. Tuttavia, è soprattutto nella Conclusione 3, nella formulazione inizialmente proposta da Nolte, che si ritrova il riconoscimento del valore della prassi verbale: nel secondo paragrafo si leggeva infatti 'conduct, including pronouncements', prima che il Drafting Committee medesimo lo riformulasse[817].

1.3. Frequenza e uniformità

La Commissione si concentra su tali requisiti nell'indagine della prassi come elemento materiale della consuetudine, lasciando supporre che il discorso valga anche per la prassi successiva; riguardo quest'ultima, tuttavia, sono indicati altri connotati che ne determinerebbero il valore interpretativo. Come affermato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord (benchè con specifico riferimento al passaggio da norma convenzionale a consuetudinaria), non è necessaria una prassi di lunga durata[818]. Nel commento alla Conclusione 8 [9], paragrafo 2, del lavoro sull'identificazione della consuetudine, si precisava tuttavia che nemmeno è possibile riconoscere la cosiddetta 'consuetudine istantanea', ossia quella per cui la condotta dichiarata (o 'promessa'[819]) in un trattato o in una risoluzione, accompagnata da *opinio*

---

chiariva esplicitamente nel terzo che non sarebbe possibile affermare l'esistenza di una consuetudine a partire da sole dichiarazioni, perchè ciò significherebbe di fatto negare l'impostazione binaria tradizionale; vedi sopra, al punto I.4.3.

[815] Che la distinzione tra accordi e prassi successiva sia sostanzialmente formale si ricava dall'analisi riguardante la Conclusione 4; vedi sopra al punto II.2.

[816] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Dire Tladi, 31 maggio 2013, p. 11: "There was some discussion on whether it was necessary to retain a specific reference to "pronouncements" as possible forms of subsequent practice. In this regard, the point was made that it could be useful to indicate that declarations and other official statements may constitute subsequent practice. The Drafting Committee considered, however, that *since pronouncements constitute a form of conduct*, it was not necessary to specify this type of conduct in the draft conclusion; an appropriate explanation to that effect could be included in the commentary." (corsivo aggiunto). Vedi anche sopra, nota 629.

[817] Vedi sopra al punto II.2. Si riproduce qui, per comodità, la parte rilevante della Conclusione 3: 'For the purpose of treaty interpretation "subsequent practice" consists of conduct, including pronouncements, by one or more parties to the treaty after its conclusion regarding its interpretation or application.'

[818] Si tratta del passaggio citato anche da Wood in rapporto alla Conclusione 8 [9], paragrafo 2; vedi sopra al punto I.3.13.

[819] Nel senso che il trattato non può costituire prassi perchè si tratterebbe solo di una promessa di comportamento, vedi Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 70.

juris magari ricavata dal medesimo atto e condivisa dagli Stati terzi, determini l'immediata nascita di una norma consuetudinaria[820].

Il requisito di coerenza si ritrova invece nel primo paragrafo della medesima Conclusione, subito dopo il requisito di generalità, e non è del tutto chiaro se la Commissione abbracci o meno quanto ricordato dal relatore speciale Wood nel suo secondo rapporto, alla luce della sentenza della medesima Corte nel caso Nicaragua c. Stati Uniti, ossia il fatto che non si richiederebbe l'assoluta coerenza, potendosi ammettere delle incongruenze[821]. Tale posizione flessibile è certamente più realistica e, pertanto, preferibile[822]. Per quanto riguarda la coerenza interna alla prassi di un singolo Stato, il testo finale della Conclusione 7 [8], paragrafo 2, palesa l'opposizione dei membri delle Commissione all'idea, sostenuta da Wood nel suo secondo rapporto, per cui in caso sussistano delle divergenze nella condotta di diversi organi del medesimo Stato la prassi di questo vedrebbe in ogni caso ridursi il proprio valore[823]. La Commissione preferiva infatti indicare la sola 'possibilità' che tale valore diminuisca, alla luce, s'intende, di un esame delle circostanze concrete[824].

Nelle Conclusioni della Commissione su accordi e prassi successiva non si rinvengono indicazioni specificamente dirette a frequenza e uniformità della prassi, bensì nella Conclusione 8 si richiamino i caratteri di 'chiarezza e specificità' di accordi e prassi successiva, e il grado di ripetizione della prassi successiva[825]. Essi tuttavia, si noti, non sono indicati come requisiti per poter prendere in

---

[820] Quella della consuetudine istantanea è un'ipotesi avanzata notoriamente da Cheng in rapporto alle risoluzioni dell'assemblea generale sullo spazio extra-atmosferico (vedi Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", Indian Journal of International Law, Vol. 5 (1965), p. 2, che per altro nega che nel caso specifico si possa parlare di consuetudine), ma è da taluni autori estesa anche alla possibilità che un trattato produca 'of its own impact' una consuetudine, come ipotizzato dalla CIG nella medesima sentenza sulla Piattaforma Continentale del Mare del Nord (del 1969, quattro più tardi dell'articolo citato; vedi ad esempio D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, Ithaca, 1971; Shaw, International Law, 6° edizione, Cambridge University Press, 2008, a p . 96). La dottrina tende ormai a negare la possiblità di una consuetudine istantanea, in particolare richiedendosi che prassi ed *opinio juris* si consolidino al di fuori e successivamente al trattato o alla risoluzione, che in quanto tali assumono rilievo soltanto indiretto nella formazione delle consuetudini (vedi ad esempio Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 23; Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1).

[821] Vedi sopra al punto I.3.12, dove si evidenzia come la Commissione non abbia specificamente discusso il punto, limitandosi ad affermare che l'uniformità costituirebbe un connotato 'inerente' alla generalità.

[822] La dottrina sembra condividere tale impostazione: vedi ad esempio Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 29; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p .105. In particolare Kolb sottolinea che uniformità, generalità e durata, in quanto requisiti *ratione materiae*, *loci* e *temporis*, sono elementi fortemente interrelati (in "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119, a p. 133).

[823] Sopra al punto I.3.9.

[824] La Conclusione 7 [8] afferma, al secondo paragrafo: 'Where the practice of a particular State varies, the weight to be given to that practice *may* be reduced.' (corsivo aggiunto; vedi A/CN.4/L.872, p. 2).

[825] Vedi sopra al punto II.4, e la Conclusione 9 [8]: 'Weight of subsequent agreements and subsequent practice as a means of interpretation – 1. The weight of a subsequent agreement or subsequent practice as a means of interpretation under article 31, paragraph 3, depends, inter alia, on its *clarity and specificity*. 2. The weight of subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b), depends, in addition, on whether and how it is *repeated*. 3. The weight of subsequent

considerazione tali materiali come mezzi interpretativi, bensì esclusivamente come caratteri che ne determinano il valore interpretativo[826]. Si tratta di elementi che investono in sostanza la 'qualità' della prassi, su cui la Commissione non sembra insistere nemmeno nel suo studio sull'identificazione della consuetudine, preferendo anzi rilevare la necessità di considerare tutta la prassi rilevante[827] e l'assenza di gerarchie predeterminate[828] (dovendosi tuttavia valutare il caso concreto, in particolare al fine di ridurre il valore della prassi quando i diversi organi di uno Stato si comportino in maniera internamente incoerente)[829]. Ad emergere sono, più che altro, da una parte la sostanziale distinzione tra prassi degli Stati, costitutiva (potenzialmente) di consuetudini, e prassi di diversa provenienza (dottrina, giurisprudenza, organizzazioni internazionali ed enti non statali), che può avere soltanto una funzione probatoria[830]; dall'altra parte, forse, anche la prioritaria rilevanza dell'elemento psicologico, in ultima istanza determinante a stabilire se una condotta, più o meno rilevante in sé, costituisce diritto oppure no[831].

1.4. Inazione ('prassi negativa') e desuetudo

L'esame dell'inazione all'interno dei lavori della Commissione sembrerebbe incentrarsi, in entrambi i Progetti in esame, più sul versante 'psicologico' che su quello materiale. L'inazione è descritta infatti come possibile prova di *opinio juris*, e a tal fine sono specificate nel terzo rapporto di Wood e nella Conclusione 10 [11], paragrafo 3, alcune condizioni per cui si potrebbe riconoscere

---

practice as a supplementary means of interpretation under article 32 may depend on the criteria referred to in paragraphs 1 and 2.'

[826] Si ricordi per altro che Nolte rigetta la definizione di prassi successiva come necessariamente 'common, concordant and consistent', indicata nella decisione Japan – Alcoholic Beverages II dell'Appellate Body del WTO: tali caratteri, appunto, non sono necessari al fine di inquadrare la prassi entro l'articolo 31.3.b), dovendosi piuttosto guardare all'accordo delle parti. Vedi anche sopra al punto II.4.

[827] Come affermato nella Conclusione 7 [8], dedicata appunto alla valutazione della prassi (da cui la rubrica 'Assessing a State's practice'): 'Account is to be taken of all available practice of a particular State, which is to be assessed as a whole.' (A/CN.4/L.872, p. 2). Vedi anche sopra al punto I.3.9.

[828] Indicazione contenuta nel terzo paragrafo della Conclusione 6 [7] ('Forms of practice'), ma, come evidenziato sopra al punto I.3.8, originariamente proposta da Wood quale autonoma conclusione relativa alla valutazione della medesima ('Weighing evidence of practice'): 'There is no predetermined hierarchy among the various forms of practice.' (A/CN.4/L.872, p. 2).

[829] Come appena ricordato: vedi la nota 824 e sopra al punto I.3.9.

[830] O *primariamente* probatoria, come ipotizzabile nel caso della prassi della prassi delle organizzazioni internazionali; per l'analisi dell'aspetto probatorio, vedi il successivo Capitolo II, in particolare la sezione III.

[831] L'*opinio juris* è tradizionalmente qualificata come elemento che distingue la prassi giuridicamente rilevante in quanto consuetudine, da quella che sussiste per mera cortesia o altri motivi: la Commissione assume esplicitamente tale prospettiva, come evidenziato dalla Conclusione 9 [10]: 'Requirement of acceptance as law (*opinio juris*) – 1. The requirement, as a constituent element of customary international law, that the general practice be accepted as law (*opinio juris*) means that the practice in question must be undertaken with a sense of legal right or obligation. 2. A general practice that is accepted as law (*opinio juris*) *is to be distinguished* from mere usage or habit.' (A/CN.4/L.872, p. 3, corsivo aggiunto). Alcuni autori rilevano per altro che l'*opinio juris* avrebbe un rilievo *esclusivamente* quando si tratti di scremare la prassi rilevante da quella che non lo è, o a spiegare le ragioni della conformità al diritto consuetudinario già esistente, non rappresentando, in sè, un elemento essenziale della consuetudine (vedi Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177; l'idea è ripresa dall'ILA nel suo London Statement del 2000, non a caso sotto la presidenza di Mendelson, in particolare da p. 29).

l'acquiescenza dello Stato[832]. Risulta perciò posta in secondo piano l'inazione come forma di prassi, ma non si può affermare che la Commissione escluda tale possibilità: semplicemente, la prassi 'negativa' sembrerebbe venire in rilievo soltanto quando sia possibile provare che essa è anche prova dell'accettazione come diritto della norma che informa la condotta altrui; ovverosia, non avrebbe senso disgiungere l'aspetto sostanziale da quello psicologico[833].

Connesso al tema dell'inazione nella fase formativa è quello degli effetti dell'inazione sulla permanenza di una consuetudine, finora tuttavia non indagato dalla Commissione. Si può ipotizzare infatti che il venire meno della prassi di uno o più Stati possa, con il tempo, determinare il venire meno della consuetudine che su tale prassi si basava, al limite, ma non necessariamente, andando a sostituirla con una nuova consuetudine (anche particolare) dal contenuto diverso. Anche qui, tuttavia, occorrerebbe verificare che nelle concrete circostanze l'atteggiamento degli Stati che mutano la loro prassi in un atteggiamento passivo, ossia non danno più concreta esecuzione alla regola, sia adeguatamente sostenuta da un'opinione di giuridicità, tale per cui la nuova situazione (assenza di regola o regola contraria) assuma valore giuridico[834]. Solo la Spagna, presso la Sesta Commissione dell'Assemblea generale, evidenziava questa possibilità[835].

Nel lavoro di Nolte sulla prassi successiva, il valore del silenzio veniva evidenziato nella Conclusione 10 [9], dedicata all'accordo interpretativo[836]. Occorre pertanto tracciare un parallelo tra

---

[832] Occorrerebbe che lo Stato inerte sia consapevole della condotta altrui e agisca deliberatamente, in circostanze per le quali è ragionevole attendersi una reazione per significare l'eventuale volontà di protesta; inoltre, il silenzio dovrebbe essere mantenuto per un certo periodo, in maniera da evitare che un'inerzia troppo breve possa consentire alla condotta altrui di produrre tutti i suoi effetti normativi: vedi sopra in particolare al punto I.3.6 e l'attuale Conclusione 10 [11] 'Forms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*)', al paragrafo 3: 'Failure to react *over time* to a practice may serve as evidence of acceptance as law (*opinio juris*), provided that States were in a position to react and the circumstances called for some reaction.' (A/CN.4/L.872, p. 3, corsivo aggiunto).

[833] La Commissione riconosce espressamente l'inazione come forma di prassi nella Conclusione 6 [7]: 'Forms of practice – 1. Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts. It may, *under certain circumstances*, include inaction.' (A/CN.4/L.872, p. 2). Tali 'circumstances', in sostanza, sono quelle indicate per riconoscere nell'inazione un'espressione di *opinio juris*, riportate alla nota precedente.

[834] Buona parte della dottrina descrive in tali termini la possibilità di una *desuetudo* delle norme consuetudinarie: vedi ad esempio Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 39 (negando che i trattati possano estinguersi per desuetudo ma affermando tale possibilità per il diritto consuetudinario e collegandola al venir meno dell'*opinio juris*); Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1, a p. 22 (sostenendo, con Vamvoukos, la possibilità di riconoscere una forma tacita di 'mutuo dissenso' *ex* articolo 54.b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ossia una causa di estinzione del trattato determinata da una lunga prassi di non applicazione del trattato sostenuta dall'accordo tacito delle parti – di fatto, si potrebbe dire, una consuetudine estintiva del trattato); Kohen, "La pratique et la théorie des sources du droit international", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 2004, p. 81, a p. 97 (chiarendo che tutto dipende dall'effettivo contenuto dell'*opinio juris*, estintiva o modificativa della consuetudine esistente); Bederman, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21 (2010), p. 31, a p. 37-38 (specificando che la soglia probatoria da soddisfare per estinguere una consuetudine sarebbe alta almeno quanto quella necessaria per modificarla).

[835] Vedi sopra al punto I.3.6, in particolare la nota 242.

[836] Vedi sopra al punto II.5.1 e la Conclusione 10 [9], rubricata 'Agreement of the parties regarding the interpretation of a treaty', al secondo paragrafo: 'The number of parties that must actively engage in subsequent practice in order to

l'enfasi che il relatore speciale Wood sembra porre sull'inazione come possibile veicolo di *opinio juris* (piuttosto che come forma di prassi) e quella che Nolte appunto pone sull'inazione come possibile forma di accordo (di nuovo, piuttosto che come forma di prassi). Ciò è interessante nella prospettiva di evidenziare di nuovo l'inestricabilità dei due elementi formativi, soprattutto quando si riconosca, come si propone di fare qui[837], l'affinità tra l'elemento psicologico della consuetudine (l'*opinio juris*) e quello della prassi successiva valida come interpretazione autentica (ossia il consenso unanime delle parti del trattato)[838].

In ogni caso, i requisiti dell'inazione sono descritti in maniera sostanzialmente identica dalla Commissione, attribuendosi cioè valore all'inerzia solo qualora le circostanze richiedano una reazione da parte dello Stato. Tuttavia, salvo alcuni brevi riferimenti[839], non si ritrova esplicitamente nel lavoro di Nolte il terzo requisito individuato dalla Commissione nel lavoro sull'identificazione della consuetudine, ossia che il silenzio sia mantenuto per un certo tempo, in maniera tale da determinare l'affidamento altrui[840]. La ragione è forse da ricondursi ad altri meccanismi che il trattato metterebbe in ogni caso in atto per proteggere l'affidamento degli Stati parte all'adempimento degli obblighi, e dalla diversa portata delle conseguenze. È cioè possibile che esistano altri e più agili mezzi di controllo sul trattato come corti e altri enti non giudiziali, e il ridotto numero di Stati coinvolti certamente facilita la verifica delle condizioni richieste per attribuire all'inerzia di uno o pochi Stati il valore di acquiescenza[841]. Inoltre, se da una parte si tratta di riconoscere l'esistenza di un obbligo (prima inesistente) che si imporrebbe allo Stato inerte potenzialmente in maniera indefinita, poiché non ha reagito ad una tra le condotte nella smisurata

---

establish an agreement under article 31, paragraph 3 (b), may vary. *Silence* on the part of one or more parties can constitute acceptance of the subsequent practice when the circumstances call for some reaction.' (A/CN.4/L.874, p. 3, corsivo aggiunto).

[837] Vedi poco oltre al punto III.2.2.

[838] Il relatore speciale Wood indica prassi e *opinio juris* come due aspetti dello stesso fenomeno (A/CN.4/682, par. 13), e la loro stretta relazione è del resto sottolineata in dottrina (vedi ad esempio Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, a p. 165, citando Haggenmacher); come si ipotizzerà poco oltre (al punto III.2.2), anche l'articolo 31.3.b) VCLT sembra essere impostato secondo la medesima prospettiva binaria, dove cioè la prassi successiva, per costituire interpretazione autentica, necessita di essere sostenuta da un elemento psicologico (ossia il consenso di tutte le parti del trattato).

[839] Si rinviene infatti nel primo rapporto di Nolte per il Gruppo di Studio l'indicazione che la reazione dovrebbe avvenire 'entro un tempo ragionevole' (vedi sopra al punto II.5.1), e, nella parte del secondo rapporto per la Commissione relativa agli atti delle Conferenze di Stati parte (COPs), quella per cui gli Stati dovrebbero reagire 'tempestivamente' a fronte di tali atti (vedi il Capitolo II al punto II.2).

[840] Vedi sopra al punto I.3.6.

[841] Come ipotizzato poco oltre in rapporto alle consuetudini particolari (in particolare vedi alla nota 857), è possibile ritenere che 'circostanze per cui si richieda una reazione' si realizzino più facilmente laddove è più facile presumere la notorietà dell'atto, ossia, appunto in un gruppo di Stati ristretto (come in questo caso sarebbe, in ipotesi, quello dato dagli Stati parte del trattato.

mole di prassi prodotta da tutti gli altri Stati della comunità internazionale, dall'altra si tratterebbe soltanto di applicare gli obblighi convenzionali (già sottoscritti) in una certa maniera[842].

1.5. Numero di Stati coinvolti (generalità) e Stati particolarmente interessati

Come per i requisiti di frequenza e uniformità, non è chiaro in che senso si possa applicare quello di 'generalità' alla prassi successiva, salvo evidenziando che in quest'ultimo caso è sempre necessario un accordo unanime, potenzialmente concluso anche in maniera tacita. La Commissione faceva di nuovo uso della sentenza sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord per definire la necessaria generalità della prassi come elemento materiale della consuetudine: essa non dovrebbe pertanto essere unanime, bensì quantitativamente 'widespread' e qualitativamente 'representative' (di nuovo, tuttavia, la Corte si riferiva specificamente al riconoscimento della natura consuetudinaria di una norma convenzionale)[843]. La Commissione indica un parametro concreto, per cui occorrerebbe che la maggior parte degli Stati che ne abbiano avuto occasione abbiano replicato e accettato la prassi, e che alle eventuali condotte difformi sia attribuito un ruolo marginale e non giuridico[844]. È doveroso per altro evidenziare il nesso del requisito di generalità con altri due aspetti nell'identificazione della consuetudine: anzitutto quello dell'inerzia, appena analizzato, dal momento che è perfettamente possibile che venga in rilievo la prassi 'concreta' di pochi Stati, purché sostenuta dall'acquiescenza 'generale' degli altri[845]. Inoltre emerge di nuovo la difficoltà di separare gli

[842] Si potrebbe anche affermare che un più ampio margine temporale proteggerebbe gli Stati potenzialmente obiettori persistenti dal sorgere di una nuova regola consuetudinaria; tuttavia, molti autori evidenziano come attualmente le consuetudini si formino con maggior rapidità, in ragione dell'incremento delle relazioni internazionali e delle tecniche di comunicazione (ad esempio Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413; Charney, "Universal International Law", American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p. 529; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 170). Una simile protezione non si giustificherebbe per Stati già vincolati, convenzionalmente, ad una regola, tanto da 'subire' le conseguenze di un'interpretazione autentica (perciò vincolante) proprio in ragione della loro inerzia.

[843] Vedi sopra al punto I.3.10; la sentenza afferma al paragrafo 73: 'With respect to the other elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected'; e al paragrafo 74: 'Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law *on the basis of what was originally a purely conventional rule*, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both *extensive and virtually uniform* in the sense of the provision invoked; and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved.'

[844] Vedi sopra al punto I.3.10. Il parametro che fa dipendere la generalità della condotta alla sua ripetizione ogni qualvolta essa sia stata possibile si ritrova in Kunz, "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 47 (1953), p. 662, a p. 666, e in Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 29.

[845] Gran parte della dottrina nega infatti che la prassi debba essere 'universale' o 'unanime' (vedi ad esempio Sohn, "'Generally Accepted' International Rules", Washington Law Review, Vol. 61 (1986), p. 1073, a p. 1074; Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 282), e nemmeno di una maggioranza di Stati (vedi Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1, a p. 6; Mendelson, "The Formation of Customary

elementi materiale e psicologico, poichè il requisito di generalità non è pregiudicato da condotte divergenti quando queste possano (e debbano) essere sostanzialmente ignorate: quando cioè alcuni Stati agiscano difformemente, ma giustificando la loro condotta sulla base di un'eccezione alla norma, quest'ultima risulterebbe rafforzata[846].

Nella sentenza sulla Piattaforma Continentale del Mare del Nord la Corte Internazionale di Giustizia ammoniva anche circa il particolare ruolo da attribuirsi agli 'Stati i cui interessi fossero particolarmente toccati' nella formazione di una consuetudine che influenzi tali interessi[847]. Come visto, Wood nel suo secondo rapporto riprendeva tale posizione ma si dimostrava molto cauto, sottolineando il rischio di assegnare a tale categoria un'importanza tale da pregiudicare il principio di sovrana eguaglianza tra gli Stati, e dovendosi in ogni caso esaminare la situazione concreta per individuare l'effettiva rilevanza di Sati in posizioni particolari[848]. Altrettanto cauta era la Commissione, e, benché appunto non si registrasse una decisa opposizione, il Drafting Committee eliminava dalla Conclusione proposta dal relatore speciale ogni riferimento alla categoria, e nemmeno essa si ritrova all'interno del successivo terzo rapporto per la Commissione[849]. A ciò si aggiunga che anche gli Stati stessi avevano assunto un atteggiamento non uniforme nei confronti di tale richiamo[850].

Per quanto riguarda la prassi successiva, il requisito di generalità è chiaramente condizionato dalla necessità per tale prassi, al fine di determinare un'interpretazione autentica, di essere sostenuta dall'accordo unanime delle parti[851]. È certamente fatta salva la possibilità, di nuovo, che tale accordo possa perfezionarsi in forza dell'acquiescenza di alcune di esse, come poco sopra ricordato con riferimento al valore del silenzio, riconosciuto nella Conclusione 10 [9] del lavoro su accordi e

---

International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 222). Per quanto riguarda i requisiti dell'acquiescenza vedi poco sopra.

[846] In tal senso anche la CIG nella sentenza Nicaragua c. Stati Uniti, par. 186: 'If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions orjustifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.'

[847] Vedi i passaggi citati alla nota 843.

[848] Vedi sopra al punto I.3.11.

[849] L'attuale Conclusione 8 [9] (rubricata 'The practice must be general') afferma soltanto: '1. The relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent. 2. Provided that the practice is general, no particular duration is required.' (A/CN.4/L.872, p. 3).

[850] Vedi sopra al punto I.3.11.

[851] A partire ad esempio dalla Conclusione 4.2: "A "subsequent practice" as an authentic means of interpretation under article 31 (3) (b) consists of conduct in the application of a treaty, after its conclusion, which establishes the *agreement of the parties* regarding the interpretation of the treaty."; ma anche nella 6: "The identification of subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, requires, in particular, a determination whether *the parties, by an agreement or a practice*, have taken a position regarding the interpretation of the treaty." (A/CN.4/L.874, p. 2, corsivo aggiunto).

prassi successiva[852]. Si potrebbe pensare di essere di fronte a qualcosa che somiglia di più ad una consuetudine particolare, e quindi che si debba effettivamente provare alternativamente o la 'generale' partecipazione alla prassi, o l'acquiescenza di *ciascuno* Stato alla prassi interpretativa (cosa che si ritiene non richiesta per una consuetudine generale)[853]. In tal senso, in ogni caso, anche la prassi successiva dovrebbe in ogni caso essere 'generale'; se così non fosse, mancando cioè l'assenso di alcuni Stati, la prassi potrebbe tuttavia avrebbe parimenti rilievo, ma solo sussidiariamente ex articolo 32 della Convenzione di Vienna[854].

1.6. La prassi nelle consuetudini particolari

Si propone di confrontare la possibilità di formare consuetudini particolari, con la possibilità di alcuni Stati parte di un trattato di condividere una certa interpretazione. Come appena ricordato, la natura 'particolare' di alcune consuetudini non è questione che investa soltanto la loro portata, limitata ad un gruppo di Stati e non estesa all'intera comunità internazionale, ma anche il processo della loro formazione, e quindi anche la soglia necessaria per il loro accertamento. Si dovrebbe infatti trattare di una condotta effettivamente condivisa e accettata da tutti gli Stati che si possano ritenere vincolati, dunque richiedendosi la prova della concreta accettazione da parte di ciascuno Stato[855]. Per quanto riguarda la prassi, tuttavia, la Commissione continua a fare uso del termine

[852] Vedi poco sopra per i requisiti di tale inerzia; per comodità si riproduce il secondo paragrafo: 'The number of parties that must actively engage in subsequent practice in order to establish an agreement under article 31, paragraph 3 (b), may vary. Silence on the part of one or more parties can constitute acceptance of the subsequent practice when the circumstances call for some reaction.' (A/CN.4/L.874, p. 3).

[853] Anche la Commissione considera che nel caso delle consuetudini particolari la soglia probatoria, con particolare riferimento alla prova dell'accettazione come diritto, sia più alta di quella richiesta per una consuetudine generale (vedi sopra al punto I.3.14 e in particolare il secondo paragrafo della Conclusione 16 [15]: 'To determine the existence and content of a rule of particular customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice among the States concerned that is accepted by them as law (*opinio juris*).'). Il fatto che per affermare una consuetudine generale non occorra provare l'accettazione da parte di ciascuno Stato, mentre per una consuetudine particolare ciò sia necessario (imponendosi alla parte che invoca una simile consuetudine di provare il vincolo altrui), deriva in particolare dall'analisi del caso Haya de la Torre, ed è condivisa da buona parte della dottrina: vedi ad esempio Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 90; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 216; Cassese, International Law, 2° edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 164; Shaw, International Law, 6° edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 92; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3° edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 106.

[854] La Commissione assume chiaramente tale posizione, come indicato sopra al punto II.2.2 e dalla Conclusione 4: 'Definition of subsequent agreement and subsequent practice – 1. [...] 2. A "subsequent practice" as an authentic means of interpretation under article 31, paragraph 3 (b) consists of conduct in the application of a treaty, after its conclusion, which establishes the agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty. 3. Other "subsequent practice" as a supplementary means of interpretation under article 32 consists of conduct by one or more parties in the application of the treaty, after its conclusion.' (A/CN.4/L.874, p. 2).

[855] Benchè, come visto, il Drafting Committee scegliesse di rimuovere l'espressione 'each of them' dal testo della Conclusione 16 [15], paragrafo 2 (vedi sopra al punto I.3.14). Per un elenco di dottrina che supporta questa posizione vedi la nota 853; nel senso che nell'ambito delle consuetudini particolari l'acquiescenza può tuttavia essere concessa più facilmente da uno Stato in ragione da rapporti di forza che lo subordinano ad uno Stato vicino (e quindi non esserci una vera 'convinzione di giuridicità'), vedi Alvarez-Jimenez, "Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60 (2011), p. 681, a p. 711.

'general', lasciando intendere che, per quanto si tratti di un numero di Stati inferiore, nemmeno qui si richiede che ciascuno effettivamente adotti quella prassi, bastando, appunto, l'accettazione, anche tacita (sotto forma di inazione che possa equipararsi ad acquiescenza, nei termini visti sopra)[856].

Il fatto che la soglia probatoria risulti innalzata sembrerebbe quindi essere una questione che investe più che altro l'aspetto psicologico, piuttosto che quello oggettivo; il ridotto numero di Stati potrebbe anzi facilitare la verifica delle condotte, fisiche e verbali, degli Stati interessati, mentre permane la difficoltà di rilevare l'elemento psicologico, e in particolare, appunto, l'acquiescenza degli Stati che rimangono inerti (con riferimento a circostanze che richiedano una reazione, forse più facili da presumere in un contesto più ristretto)[857]. C'è anche chi sostiene che una consuetudine particolare è un accordo tacito e informale, esattamente dello stesso tipo, di fatto, che si richiederebbe per un'interpretazione autentica sulla base di una prassi successiva ad un trattato[858]. Tuttavia, come si è rilevato, alcuni membri della Commissione esplicitano la loro contrarietà ad assumere una prospettiva consensualistica, quand'anche applicata al solo diritto consuetudinario particolare[859] (mentre, dal canto loro, alcuni Stati sembrano evidentemente partire dal presupposto che anche il diritto consuetudinario *generale* si baserebbe sul consenso dello Stato; vedi anche i commenti riferiti alla regola dell'obiettore persistente)[860].

Fatto sta che, come si dirà nel terzo Capitolo, nulla vieta che una prassi successiva nell'implementazione del trattato (e quindi rilevante per la sua interpretazione almeno a titolo sussidiario) possa determinare la nascita di una consuetudine, certamente particolare prima di poter divenire generale[861]. La prassi successiva di alcune parti di un trattato, pur non fondata sull'accordo

[856] Il posizionamento della Conclusione come ultima del Progetto sull'identificazione di consuetudini è motivata appunto dal fatto che si applicano alle consuetudini particolari, *mutatis mutandis*, tutte le altre conclusioni; vedi sopra al punto I.3.14.

[857] Si potrebbe ipotizzare che tali circostanze siano più facili da presumere in una situazione in cui, di nuovo, il numero di Stati è più ristretto: sarebbe in tal senso più facile assumere la notorietà del *claim* che lo Stato agente (o gli Stati agenti) indirizzassero ad un gruppo di stati 'affini' (non soltanto geograficamente vicini); nell'assenza di una reazione, in tali circostanze, potrebbe ravisarsi più chiaramente l'acquiescenza. Circa l'impostazione del diritto consuetudinario (anche e soprattutto generale) sulla base del meccanismo *claim-response*, vedi originariamente McDougal con riferimento al diritto del mare (e alla dichiarazione del presidente degli Stati Uniti Truman circa la piattaforma continentale, in "The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea", American Journal of International Law, Vol. 49 (1955), p. 356), ripreso da MacGibbon, "Customary International Law and Acquiescence", British Yearbook of International Law, Vol. 33 (1957), p. 115, a p. 116.

[858] Si tratta invero di una prospettiva di minoranza, ricordata in Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 90, e apparentemente sposata da Cassese, International Law, 2° edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 164, e Shaw, International Law, 6° edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 93 (che ne parla come 'reminder of the former theory of consent'). Ma vedi soprattutto Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67, che afferma che se le consuetudini particolari sono fondate sul consenso è logicamente scorretto negare che lo siano anche quelle generali, dal momento che il processo formativo dovrebbe essere il medesimo per entrambe.

[859] Vedi sopra al punto I.3.14.

[860] Vedi il Capitolo II, al punto I.2.9.

[861] Si dirà cioè che è esattamente la prassi che implementa il trattato, e quindi dotata di valore interpretativo, a poter costituire l'elemento materiale della consuetudine che eventualmente il trattato dovesse generare, quando sostenuta

interpretativo tra tali Stati, può infatti avere una rilevanza interpretativa almeno *ex* articolo 32 della Convenzione di Vienna: ciò che importa è soltanto il suo essere in 'relazione' con una disposizione convenzionale[862]. Si potrebbe oltretutto immaginare che la presenza di un accordo modificativo sottostante ad una simile prassi possa anche determinare la modifica del trattato tra tali parti soltanto, compatibilmente con l'articolo 41 della Convenzione di Vienna[863]. In ogni caso, se tale prassi ristretta venisse ad essere sostenuta da una *opinio juris*, potrebbe perfezionarsi proprio una consuetudine particolare generata dal trattato, e pertanto in grado di modificarne gli obblighi nel rapporto tra gli Stati coinvolti[864]. Come più oltre evidenziato, il confine tra simili modalità di modificazione dipende in definitiva dall'elemento psicologico: da una parte si avrebbe l'accordo modificativo, dall'altra l'*opinio juris*[865].

1.7. Difficoltà di reperimento

Anche la prassi successiva ad un trattato necessita di essere rinvenuta, e quello del reperimento è uno degli ambiti in cui più evidentemente emerge la difficoltà di distinguere la funzione costitutiva e quella probatoria della condotta[866]. Il Segretariato della Nazioni Unite e poi Hudson analizzavano nei primissimi anni di operatività della Commissione, in diretta esecuzione del mandato a questa attribuito dall'articolo 24 del suo Statuto[867], 'ways and means for making the evidence of customary

---

dall'*opinio juris* degli Stati agenti (o acquiescenti); trattandosi di una consuetudine particolare, tuttavia, non esisterebbero Stati 'terzi' sulla cui prassi fare affidamento per risolvere il paradosso di Baxter, ossia la difficoltà di provare l'*opinio juris* a fronte dell'ampia prassi disponibile, dato che questa potrebbe essere motivata dall'obbligo convenzionale. Vedi più ampiamente il terzo Capitolo, al punto III.2.1.

[862] Nel senso che non è necessario che, tra tali poche parti, sussista un accordo interpretativo 'ridotto', al fine di poter prendere in considerazione la loro prassi a titolo sussidiario *ex* articolo 32; vedi sopra al punto II.2.2.

[863] L'articolo afferma: 'Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only – 1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if: (a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or (b) the modification in question is not prohibited by the treaty and: (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole. 2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.' Vedi in generale il terzo Capitolo a proposito dei limiti della 'modifica informale', che per modificare il trattato con effetto su tutte le parti dovrebbe (almeno) basarsi sull'accordo unanime; nel diverso caso qui in discussione, quello cioè di una modifica *inter se*, l'ostacolo maggiore alla possibilità di tale modifica di avvenire informalmente è rappresentato dal requisito della notifica alle altre parti (paragrafo 2).

[864] Di nuovo, la difficoltà consiste esattamente nella possibilità di provare l'elemento psicologico, che si tratti di una forma di consenso alla base di un accordo, oppure di una 'convinzione' della giuridicità della norma modificata.

[865] Vedi Capitolo III, al punto III.1.

[866] Questione che dipende dal valore normativo dei fatti nel diritto internazionale: una condotta può rappresentare sia l'elemento costitutivo di una consuetudine o di una interpretazione autentica, sia la prova delle relative norme. Sull'impossibilità di distinguere la prassi come elemento materiale e come prova, vedi, oltre alla posizione espressa da Wood nel suo secondo rapporto (sopra al punto I.3.2), anche la dottrina già richiamata alla nota 808.

[867] L'articolo afferma: 'The Commission shall consider ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, such as the collection and publication of documents concerning State practice and of the decisions of national and international courts on questions of international law, and shall make a report to the General Assembly on this matter.'

international law more readily available'[868]. Nel 1950 la Commissione pubblicava il suo rapporto, in cui indicava vari possibili elementi di prova di consuetudini, tra cui, primariamente 'testi di strumenti internazionali' (ossia ai trattati); d'altra parte, la prassi di organizzazioni internazionali veniva indicata soltanto come possibile prova esclusivamente di consuetudini vigenti nei rapporti tra le medesime e gli Stati[869].

Nel recente Progetto sull'identificazione della consuetudine, non solo ai trattati, ma anche a quella particolare forma di prassi di organizzazioni internazionali rappresentata dalla risoluzioni, viene attribuito un ruolo probatorio primario, nel senso di poter rappresentare codificazione della norma consuetudinaria (mentre l'analisi della prassi dell'organizzazione in generale viene trattata separatamente[870]). Il rilievo della norma scritta sul piano internazionale è pertanto riconosciuto nell'ambito della *prova* della norma non scritta, come rilevato da gran parte della dottrina. Per quanto riguarda il singolo Stato, invece, ognuno si dovrebbe occupare della raccolta della propria prassi in vari ambiti, sostanzialmente radunando dichiarazioni, atti diplomatici e decisioni interne di portata rilevante per il diritto internazionale, ossia per la definizione della propria posizione sul piano internazionale; non esistono tuttavia organi delle Nazioni Unite che si occupino di orientare gli Stati (quelli più poveri in particolare, come rilevato dall'India presso la Sesta Commissione[871]) a svolgere tale operazione in maniera coerente. Nel suo quarto rapporto il relatore speciale Wood ha per altro proposto di tornare sul tema.[872]

---

[868] Vedi l'analisi sopra al punto I.1, e, circa il report del Segretariato, Parry, "[Review:] Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory Work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission (Memorandum submitted by the Secretary-General)", International Law Quarterly, Vol. 3 (1950), p. 462.

[869] A/CN.4/34, par. 78, riprendendo, come del resto in massima parte, il report di Hudson (A/CN.4/16, par. 62).

[870] Vedi il Capitolo II, in generale al punto I.2. Nel senso che i trattati di codificazione costituiscono la *prova* (benchè non definitiva) dell'esistenza di una consuetudine, la dottrina è sostanzialmente unanime: vedi ad esempio Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 99 (riprendendo Baxter, che parlava dei trattati di codificazione come 'picture of a living person', quindi suscettibili di non rappresentare più la realtà); Condorelli, "Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law", in A. Cassese, Realizing Utopia: The Future of International Law (Oxford University Press, 2012), p. 147, a p. 151 (che parla di 'consuetudo scripta'); Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe – 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), a p. 38. La negoziazione di trattati multilaterali come UNCLOS costituirebbe anzi un nuovo modo di produrre norme 'consuetudinarie' (nel senso di generali), tanto che ancor prima dell'entrata in potrebbero provare una consuetudine, vedi ad esempio Baxter, "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 41 (1965-66), p. 275, a p. 292; Jennings, "The Identification of International Law", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens & Sons, 1982, p. 3, a p. 7; Sohn, "'Generally Accepted' International Rules", Washington Law Review, Vol. 61 (1986), p. 1073, a p. 1076.

[871] Vedi sopra alla nota 365.

[872] A/CN.4/695, par. 48-49, riconoscendo tuttavia che alla Commissione competerebbe un ruolo di guida, mentre la raccolta in concreto dovrebbe essere realizzata da governi, Segretariato e individui (ossia studiosi); in ogni caso, si potrebbe rilevare l'utilità di indicazioni, da parte della Commissione, di una terminologia e di una sistematizzazione omogenee, da adottarsi nell'operazione di raccolta della prassi. La Commissione ha in ogni caso richiesto al Segretariato una rassegna di 'ways and means', allo scopo di aggiornare l'elenco individuato nel '50 (Report on the work of the sixty-eighth session (2016), A/71/10, par. 56).

Il medesimo problema di reperimento investe la prassi successiva. La principale differenza con gli accordi successivi, infatti, è di tipo formale, nel senso che la prassi successiva è sostenuta da un accordo che deve considerarsi concluso informalmente (anche tacitamente) per rilevare come mezzo d'interpretazione autentica[873]. È difficile anzitutto pensare che lo stesso trattato interpretato funga da prova della prassi che lo interpreta: per definizione, anzi, tale interpretazione dovrebbe precisare la norma scritta. Occorrerebbe dunque fondarsi su eventuali altri testi scritti, in particolari risoluzioni e atti emanati dagli organi che il trattato dovesse istituire, quali conferenze di Stati parte competenti ad implementare il trattato (cui la Commissione dedica non a caso una Conclusione apposita)[874].

Quando il trattato sia istitutivo di una vera e propria organizzazione, è possibile pensare che la prassi di questa svolga in sostanza una funzione di prova dell'accordo interpretativo autentico tra le parti, come suggerito in qualche misura dallo stesso Nolte (oltre a poter svolgere, in sè, una funzione interpretativa, come chiarito nel successivo capitolo[875]). Al di fuori di un contesto più o meno istituzionalizzato, rimarrebbe in ogni caso il problema di verificare negli archivi di ogni Stato parte la prova di una prassi interpretativa, quali documenti governativi o diplomatici che dimostrino l'esistenza di una certa modalità d'implementazione del trattato. Per il resto, soprattutto quando si parli di un trattato non universale, il problema del reperimento della prassi potrebbe essere facilitato proprio dal numero di Stati parte non elevato, potendosi concentrare sulla condotta (anche verbale, come visto) di questi soltanto[876].

1.8. Asserite particolarità in alcune aree del diritto internazionale

Un ultimo confronto ispirato dall'indagine della consuetudine riguarda la possibilità di distinguere il concreto modo di operare della prassi in diversi ambiti del diritto internazionale, come elemento materiale della consuetudine e dell'interpretazione autentica tacita. La Commissione riconosce che in alcuni ambiti del diritto internazionale è possibile che i due elementi costitutivi della consuetudine possano palesarsi in maniera differente, magari esprimendo talune forme di prassi un

[873] Circa la natura formale della distinzione tra accordi e prassi successiva, vedi sopra al punto II.2.
[874] Vedi in proposito il Capitolo II, al punto II.2.
[875] Vedi il Capitolo II, al punto II.3.5. Si può anticipare che Nolte individua tre ipotesi di rilievo interpretativo della prassi dell'organizzazione: la prima come prassi in realtà attribuibile agli Stati, e quindi rilevante *ex* articolo 31.3.b) VCLT (purchè sostentuta dall'accordo unanime, e in ogni caso senza specificare quali criteri di attribuzione dovrebbero utilizzarsi); la seconda come mezzo interpretativo autonomo, quando 'established', ricollegabile all'articolo 31.1 o 32 VCLT; la terza come 'mix' di prassi dell'organizzazione e degli Stati, in particolare quando questi accettino la prima: si ipotizzerà che è in tale terza ipotesi che è più facile riconoscere nella prassi dell'organizzazione una *prova* dell'accordo delle parti.
[876] Ipotizzandosi cioè che il trattato venga effettivamente implementato, si potrebbe ad esempio circoscrivere nella corrispondenza diplomatica che vi fa eplicito riferimento la ricerca di una prassi interpretativa; le circostanze concrete dettano in ogni caso i termini della questione, in particolare a quali organi occorra riferirsi.

peso probatorio maggiore di altre[877]. Sarebbe questo il caso ad esempio dell'ambito delle immunità giurisdizionali, dove certamente rilevano con priorità le decisioni di corti nazionali, o quello dei priviligi degli ufficiali appartenenti ad organizzazioni, ambito in cui la prassi dell'organizzazione medesima è certamente essenziale[878]. L'esempio primario sarebbe costituito tuttavia dal diritto umanitario e dai diritti umani, ambiti in cui taluni sostengono che in sè la scarsità della prassi (e anzi la discreta prassi contraria) possa essere compensata dall'*opinio juris* contenuta in innumerevoli dichiarazioni[879].

La Commissione, tuttavia, rigettava espressamente una distinzione per ambiti nell'applicabilità dell'approccio binario: non sarebbe cioè possibile una 'compensazione' tra i due elementi, bensì entrambi dovrebbero invece essere presenti e provati separatamente (benchè potenzialmente con gli stessi mezzi)[880]. In particolare, una volta riconosciuta la rilevanza della prassi verbale, non sarebbe possibile sostenere che certe consuetudini proibitive non esistano perchè la prassi 'concreta' va in senso contrario, come spesso avviene, appunto, nel diritto umanitario e nella tutela dei diritti umani. Tali condotte costituirebbero semplicemente violazioni, poichè è in tal modo che vengono qualificate dalle dichiarazioni, appunto, provenienti dalla generalità della comunità internazionale[881]; inoltre, trattandosi di divieti, la prassi preponderante non può essere che quella

[877] Come visto in relazione alla Conclusione 3, non a caso relativa all'ambito probatorio (vedi al punto I.4.3); la questione non viene tuttavia indicata espressamente nel testo della Conclusione.

[878] Il primo punto è sottolineato in particolare dalla sentenza della CIG Germania c. Italia del 2012, per cui nel valutare il conenuto della consuetudine sull'immunità giurisdizionale degli Stati occorrerebbe considerare prioritariamente certi tipi di prassi, come quella costituita dalla giurisprudenza nazionale (par. 55 della sentenza: 'In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention.'). Circa il ruolo della prassi dell'organizzazione internazionale, sottolineato da Nolte già in rapporto alla definizione di 'prassi' (nota 950), vedi il Capitolo II, al punto II.3.

[879] Si tratterebbe di un'applicazione dell'approccio cosiddetto 'sliding scale', proposto originariamente da Kirgis, "Custom on a Sliding Scale", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 146. Come visto, Wood rigetta espressamente tale impostazione (vedi al punto I.4.3), ma certa dottrina ha abbracciato il modello soprattutto con riferimento ai diritti umani e al diritto internazionale umanitario: vedi ad esempio Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 16 (1996), p. 85, a p. 109 (per cui in simili aree del diritto internazionale è 'necessario' affermare una norma, nonostante la prassi contraria); Schachter, "New Custom: Power, *Opinio juris* and Contrary Practice", in J. Makarczyk, Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Kluwer Law International, 1996, p. 531, a p. 538 (per cui è necessario focalizzarsi sull'*opinio juris* piuttosto che sulla prassi se la norma è 'necessaria' ma suscettibile di frequenti violazioni); Cassese, International Law, 2° edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 120 (con riferimento alla clausola Martens).

[880] Vedi la nota precedente circa il rigetto di approcci di tipo sliding scale (che si basano su una compensazione tra i due elementi sul piano *sostanziale*) e, con riferimento al *double counting* (che si riferisce invece al piano *probatorio*), il punto I.4.3 la Conclusione 3 del progetto sull'identificazione della consuetudine, secondo paragrafo: 'Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element.' (A/CN.4/L.872, p. 2).

[881] È in tal senso che taluni autori affermano che l'*opinio juris* è in grado di compensare la scarsità di prassi (vedi nota 879), basandosi del resto sul *dictum* della CIG nel caso Nicaragua c. Stati Uniti (par. 186: 'In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as

'negativa', rappresentata cioè dal rispetto da parte della comunità degli Stati dell'obbligo di astenersi dall'intraprendere determinati comportamenti[882].

Una distinzione per ambiti nell'uso della prassi successiva, ossia distinzioni basate sui diversi ambiti di operatività della regola generale, viene parimenti esclusa da Nolte nei suoi lavori, con particolare riferimento alla possibilità che il valore di tale mezzo interpretativo muti in funzione della natura del trattato (benchè dall'analisi della giusrisprudenza di diverse corti internazionali emerga un diverso utilizzo della prassi successiva come mezzo interpretativo[883]). Benchè nel primo rapporto per il Gruppo di Studio il relatore speciale sembrasse riconoscere che due categorie di trattati, quelli sui confini e quelli istitutivi di organizzazioni internazionali, fossero più suscettibili di essere modificati informalmente dalla prassi successiva, tale considerazione non veniva tuttavia ripresa nei rapporti per la Commissione, anche alla luce di un atteggiamento in generale più cauto riguardo la modifica informale[884]. Del resto la Commissione, in quanto Drafting Committee, concordava con la scelta di non fare riferimento alla natura del trattato, nella Conclusione 1[885]; questa afferma tuttavia che ogni operazione interpretativa deve tenere conto di tutti i criteri indicati dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna, lasciando intendere che è possibile che accordi e prassi successiva non godano di pari rilievo nell'interpretazione di ogni trattato. Sarebbe in questo

---

breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions orjustifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.'). La sentenza è stata non a caso criticata perchè, pur predicando la necessità di prassi conforme, non indaga tale aspetto, concentrandosi piuttosto su quello psicologico (ricavando per altro l'*opinio juris* notoriamente da alcune risoluzioni dell'Assemblea Generale; critici, in dottrina, ad esempio A. D'Amato, "Trashing Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 101, a p. 102; Weisburd, "The International Court of Justice and the Concept of State Practice", The University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31 (2009), p. 295, a p. 334 ss.; Petersen, "Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation", American University International Law Review, Vol. 23 (2008), p. 275, a p. 280). Quando la Commissione afferma che entrambi gli elementi devono essere presenti in ogni caso sembra invece affermare che la consuetudne esiste in forza della prassi verbale che condanna il comportamento contrario, e, come indicato subito dopo nel testo, la prassi 'negativa' che deriva dal rispetto del divieto.

[882] È chiaro tuttavia che la mera condotta astensiva non può *creare*, di per sè, una consuetudine proibitiva, come affermato dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso Lotus (vedi però Tunkin, "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", California Law Review, Vol. 49 (1961), p. 419, a p. 421); come sottolinea l'ILA nel suo London Statement, si tratterebbe di uno di quei casi 'dubbi' in cui l'*opinio juris* assume un rilievo determinante (Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, a p. 15 e p. 36; l'ILA abbracciava la posizione di Mendelson, non a caso allora presidente del Committee on Formation of Customary (General) International Law, per cui l'elemento soggettivo rileva soltanto nei casi in cui la prassi non è sufficientemente chiara: tale posizione è infatti identicamente espressa in Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177).

[883] Nell'analizzare la giurisprudenza di varie corti internazionali, Nolte evidenzia infatti diversi approcci nell'utilizzo non solo della prassi successiva, ma di tutti i mezzi interpretativi di cui all'articolo 31 VCLT (vedi sopra al punto II.1 e II.2.2); tale analisi non è tuttavia finalizzata a giustificare tali difformità, bensì ad offrire ai giudici un modo omogeneo e 'corretto' di applicare accordi e prassi successiva, come testimonia il rigetto, in particolare, dell'impostazione applicata dall'Appellate Body del WTO, per cui la prassi successiva sarebbe tale soltanto se 'common, concordant and consistent' (vedi sopra al punto II.4).

[884] Vedi Capitolo III, al punto II.2.2.

[885] Vedi sopra al punto II.1.4.

senso possibile tracciare un parallelo con il possibile diverso peso probatorio dei due elementi nella consuetudine nei diversi ambiti del diritto internazionale, come appena ricordato[886].

2. I caratteri peculiari della prassi successiva nella sua funzione interpretativa proiettati nell'ambito del diritto consuetudinario

2.1. Requisito relazionale

Dei requisiti richiesti affinchè la prassi successiva ad un trattato abbia valore d'interpretazione autentica ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna del 1969, il fatto che si debba trattare di prassi nell'applicazione del trattato rappresenta più che altro un fattore distintivo sul piano dei soggetti, piuttosto che nella prospettiva oggettiva qui assunta. Il fatto che si debba trattare di una prassi che implementa il trattato ha rilevenza cioè principalmente nell'individuazione dei soggetti autori di tale prassi, più che nell'esame dei requisiti materiali di questa[887]. Detto altrimenti, si tratta di un connotato del tutto peculiare della prassi successiva (quand'anche mezzo sussidiario d'interpretazione[888]), e privo di un termine di paragone nell'esame dei requisiti oggettivi della prassi come elemento materiale della consuetudine.

Nella consuetudine, infatti, non esiste un parametro sottostante cui la prassi debba essere riferita per avere rilievo, a meno che non si affermi che l'unica condotta di uno Stato suscettibile di contribuire alla formazione o all'accertamento di una consuetudine sia quella connessa alle relazioni internazionali, o al diritto internazionale. Ciò equivarrebbe di fatto ad affermare un 'requisito relazionale' anche nella consuetudine, in forza del quale si imporrebbe che la condotta di uno Stato potrebbe rilevare per la formazione di una consuetudine esclusivamente quando di rilievo non

[886] Ossia, così come l'approccio binario si applica a tutte le aree di diritto internazionale ma è possibile che sul piano probatorio certe manifestazioni di prassi o di *opinio juris* possano rilevare più o meno di altre, i mezzi interpretativi sono gli stessi per tutti i trattati ma è possibile che il valore interpretativo di accordi e prassi successiva vari in ragione del contesto concreto. Si tratterebbe del resto di una diversa espressione del 'crucible approach', per cui tutti i mezzi indicati dall'articolo 31 VCLT *devono* essere applicati per interpretare un trattato, ma chiaramente il risulato è dato dal diverso valore di ciascuno (impostazione indicata dalla stessa Commissione di Diritto Internazionale nel commento all'allora articolo 27; vedi Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, p. 219-220: 'All the various elements, as they were present in any given case, would be thrown into the crucible, and their interaction would give the legally relevant interpretation'). Nell'attuale progetto su accordi e prassi successiva, la Conclusione 2 [1], paragrafo 5, sembra riconoscere la necessità di ponderare i versi criteri interpretativi tra loro: 'The interpretation of a treaty consists of a single combined operation, which places *appropriate emphasis on the various means* of interpretation indicated, respectively, in articles 31 and 32.' (A/CN.4/L.874, p. 1, corsivo aggiunto).

[887] Ragion per cui nel Capitolo successivo (al punto III.1) si indicherà proprio tale requisito come principale punto di difformità tra la prassi nella consuetudine e la prassi nell'intepretazione dei trattati, assumendo la prospettiva dei soggetti autori dell'una e dell'altra.

[888] Vedi sopra al punto II.2.2: anche per la prassi successiva da collocarsi entro l'articolo 32 VCLT, poichè priva di accordo unanime sottostante, sarebbe cioè necessario che si tratti di prassi nell'implementazione del trattato, con la precisazione, per altro, che non dovrebbe essere precipuamente *finalizzata* all'interpretazione del medesimo.

interno, bensì internazionale. Benchè certa dottrina continui a sposare questa teoria[889], la Commissione, tuttavia, sembra aver adottato la posizione opposta, per cui qualsiasi atto dello Stato, proveniente da qualsiasi potere, può essere rilevante per la formazione o l'accertamento di consuetudini[890].

2.2. Accordo sottostante sull'interpretazione

L'aspetto più interessante nel confronto sul piano oggettivo tra la prassi nella consuetudine e prassi successiva ad un trattato è l'indicazione che si ricava dall'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna del 1969, in forza della quale la prassi successiva dovrebbe, per poter rilevare come 'mezzo autentico d'interpretazione', essere sostenuta dall'accordo unanime degli Stati parte del trattato[891]. Esso potrebbe essere inteso in due modi, con conseguenze diverse rispetto alla relazione tra le due declinazioni della prassi[892]. La prima ipotesi è che si tratti puramente di un requisito materiale della prassi stessa, andando a costituire in tal modo l'elemento scriminante certamente più cospicuo nel confronto oggettivo tra le due declinazioni di prassi. Si tratterebbe cioè effettivamente di un requisito non necessario affinchè la prassi dello Stato rilevi come elemento materiale della consuetudine, bensì essenziale affinchè essa costituisca strumento d'interpretazione autentica (in assenza del quale, come visto, la prassi successiva rileverebbe soltanto come mezzo sussidiario d'interpretazione)[893].

---

[889] Da ultimo vedi un commento ai lavori della Commissione: Yee, "Report on the ILC Project on 'Identification of Customary International Law"', Chinese Journal of International Law, Vol. 14 (2015), p. 375, a p. 385 (per cui 'only State conduct of the best quality on the international plane' dovrebbe rilevare ai fini della formazione e dell'accertamento della consuetudine). Vedi anche Kunz, "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 47 (1953), p. 662, a p. 666; Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 22; Brownlie, 'Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom', in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz, vol. I (2004), p. 313, a p. 318. Anche il London Statement ILA (Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, a p. 9) afferma che la prassi rileva solo se riferita alla relazioni 'giuridiche' internazionali.

[890] Sopra al punto I.3.1, e in dottrina, ad esempio, Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. XVII; Zemanek, "What is 'State Practice' and who Makes It?", in U. Beyerlin e altri, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer, 1995, p. 289, da p. 300 (affermando che dovrebbe valutarsi l'intenzione dello Stato, dando priorità a quegli organi che determinino in buona fede il legittimo affidamento degli altri Stati a che la condotta sia ripetuta); Wood, "The present position within the ILC on the topic "Identification of customary international law": in partial response to Sienho Yee, Report on the ILC Project on "Identification of Customary International Law", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 3, a p. 14.

[891] Elemento del resto evidenziato anche dalla Commissione a partire dalla Conclusione 2 [1], che al terzo paragrafo riprende *verbatim* l'articolo 31.3.b) VCLT; inoltre, il secondo paragrafo della Conclusione 4 [2] definisce la prassi successiva con le stesse parole: 'A "subsequent practice" as an authentic means of interpretation under article 31, paragraph 3 (b) consists of conduct in the application of a treaty, after its conclusion, which establishes the agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty.' (A/CN.4/L.874, p. 2).

[892] Vedi il successivo punto III.3 circa un possibile modo di esprimere graficamente la relazione tra la prassi nelle sue due declinazioni, variabile a seconda di quale si accolga, tra le due ipotesi qui descritte, circa la qualificazione dell'accordo unanime.

[893] Si tratterebbe di una prospettiva che in sostanza individua nell'accordo un connotato *materiale* della prassi successiva, paragonabile ad altri simili connotati sopra delineati per la prassi in generale, quali l'uniformità o la

La seconda ipotesi è più interessante ed è stata accennata in dottrina[894], e qualifica l'accordo come elemento psicologico della prassi successiva, sulla base della considerazione che l'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna replicherebbe l'impianto teorico dei due elementi della consuetudine: l'effetto (vincolante) dell'interpretazione autentica potrebbe aversi soltanto quando la prassi (successiva, elemento materiale) si accompagni ad un elemento psicologico (l'accordo unanime, ossia il consenso, anche tacito). L'elemento dell'accordo svolgerebbe in sostanza la stessa funzione dell'*opinio juris* nella consuetudine, dove, appunto, almeno secondo la prospettiva maggioritaria in dottrina, non sarebbe necessario il consenso per riconoscere il formarsi di un obbligo consuetudinario generale[895].

---

frequenza. Del resto si è anche affermato in dottrina che l'*opinio juris* sarebbe un 'elemento della prassi', apparentemente assumendo una prospettiva comparabile, per cui quello psicologico è in realtà un requisito *interno* all'elemento materiale, e non un elemento autonomo e parallelo (Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, a p. 164).

[894] Vedi Boisson de Chazournes, "Subsequent Practice, Practices, and 'Family-Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 53.

[895] Il che spiegherebbe anche perché gli Stati di nuova formazione sono obbligati dal diritto internazionale generale esistente al momento in cui entrano a far parte della comunità internazionale, senza necessariamente consentirvi. Non mancano tuttavia alcuni autori che assumono una posizione consensualista (rinvenibile classicamente nel concetto di 'pactum tacitum' comune a Suarez, Grozio, de Vattel), per cui, pur negando la necessità di provare l'accettazione di ogni singolo Stato, si afferma che è sufficiente il (o, meglio, la presunzione del) tacito assenso (acquiescenza): MacGibbon, "Customary International Law and Acquiescence", British Yearbook of International Law, Vol. 33 (1957), p. 115, a p. 144; Tunkin, "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", California Law Review, Vol. 49 (1961), p. 419, a p. 422; Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", Indian Journal of International Law, Vol. 5 (1965), p. 2; Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 9 (per cui oggi non si usa più chiamare 'francamente' il consenso con il suo nome); Sohn, "'Generally Accepted' International Rules", Washington Law Review, Vol. 61 (1986), p. 1073, a p. 1073 (per cui sarebbe sufficiente l'accettazione espressa di alcuni Stati rappresentativi e l'acquiescenza degli altri); Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 14; Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1, a p. 44; Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1, a p. 12; Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67, a p. 67 (ricavando la necessità del consenso per le consuetudini generali dal suo essere elemento necessario per quelle particolari); Scott & Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 25 (1996), p. 71, a p. 76; Kammerhofer, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, Vol. 15 (2004), p. 523, a p. 532 (pur riconoscendo la natura fittizia della conoscenza che si richiede per l'acquiescenza); Petersen, "Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation", American University International Law Review, Vol. 23 (2008), p. 275, a p. 308. Altri autori sembrano richiedere in ogni caso una qualche forma di consenso, ad esempio Charney, "Universal International Law", American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p. 529, a p. 547 (per cui la 'formalizzazione' del processo consuetudinario attraversi i fori in cui gli Stati sono attualmente coinvolti realizza effettivamente un 'tacit consent system'); Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413, a p. 433 (per cui non è chiaro se il diritto consuetudinario si basa sul consenso ma 'acceptance never ceased to be a linchpin in the classic theory of custom'); Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 265 (affermando che una vera *opino juris*, in quanto convinzione di giuridicità, potrebbe aversi soltanto quando la consuetudine già esiste, ma un atto di volontà è necessario al fine di crearla, e la prova del conenso sarebbe in ogni caso sufficiente a vincolare lo Stato che lo presti); Arangio-Ruiz, "Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom", in N. Angelet, Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant, 2007, p. 93, a p. 116 (affermando che non si tratterebbe di un accordo tacito, bensì in ogni caso di una forma di consenso peculiare al processo di interazione tra gli Stati); Guzman & Meyer, "Customary International

A tal scopo sarebbe invece necessaria l'accettazione della giuridicità di una certa condotta, ossia la convinzione dell'esistenza di un obbligo o di un diritto, al limite potendo il consenso riacquistare valore per tramite della regola dell'obiettore persistente, che non a caso si basa su un atteggiamento dissenziente realizzatosi nel tempo precedente il formarsi della consuetudine[896]. Nel caso di una prassi interpretativa di un trattato, invece, si tratta esattamente, come visto, di un accordo che deve venire in essere tra tutti gli Stati parte, il che significa che l'elemento psicologico da rilevare è esattamente la prestazione di un consenso a vincolarsi ad una certa interpretazione[897].

Come anticipato, è forse possibile tracciare un parallelo con le consuetudini particolari, dove, dato il numero di Stati ridotto e pertanto comparabile con quello di un trattato multilaterale (non universale), l'elemento del consenso tende a giocare un ruolo maggiore, determinando, come visto, una più alta soglia per l'accertamento dell'*opinio juris*[898], e addirittura, secondo alcuni, le consuetudini particolari sarebbero dei 'trattati taciti'[899]. Per quanto rileva in questa sede, tuttavia, basti ricordare che in ogni caso la Commissione non qualifica l'elemento psicologico nelle consuetudini particolari come consenso (per quanto debba essere verificato in capo ai singoli Stati

---

Law in the 21st Century", in R. A. Miller and R. M. Bratspies, Progress in International Law, Martinus Nijhoff, 2008, p. 199, a p. 208 (per cui il consenso costituisce in ogni caso la base del diritto internazionale, benchè le consuetudini si formino sulla base di un processo legato alle aspettative di certi comportamenti); Shaw, International Law, 6° edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 92 (per cui le consuetudini particolari sarebbero in ogni caso basate sul consenso). Buona parte della dottrina nega tuttavia il rilievo del consenso: Kunz, "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 47 (1953), p. 662, a p. 663; Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1; Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 11; Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 144 (per cui l'esistenza di una regola rigida per l'obiettore persistente prova che il consenso non sta a fondamento delle consuetudini, altrimenti sarebbe possibile anche l'obiezione susseguente); Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), a p. 282; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, a p. 106..

[896] La possibilità dell'obiettore persistente è espressamente riconosciuta dalla Commisione alla Conclusione 15 [16]; vedi il Capitolo successivo al punto I.2.9. Nel senso che la regola dell'obiettore persistente è la prova della natura consensuale della consuetudine, vedi Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413 (che afferma a p. 434 che si tratterebbe del 'acid test of custom's voluntarist nature') e Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1, a p. 8; nel senso, al contrario, che la regola è l'unica ipotesi in cui il consenso acquista un rilievo che altrimenti non avrebbe nella formazione delle consuetudini, vedi Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), a p. 239, e Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), a p. 144. La dottrina, del resto, non è stata tuttavia unanime nemmeno nell'accogliere la stessa possibilità dell'obiettore persistente, ma la posizione assunta dalla Commissione potrebbe considerarsi l'epilogo di tale dibattito; hanno negato la regola ad esempio Charney, "Universal International Law", American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p. 529, da p. 538, e Cassese, International Law, 2° edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 123.

[897] Come si chiarirà poco oltre, se si accoglie la teoria per cui l'accordo è l'elemento 'psicologico' della prassi successiva, si potrebbe anche dire che, ai fini della prova di un'interpretazione autentica per mezzo della prassi successsiva, avviene sempre qualcosa di simile al '*double counting*', nel senso che la prassi è necessariamente utilizzata per desumerne un'elemento psicologico sottostante (il consenso, in questo caso; vedi al punto III.4.1).

[898] Circa la posizione della Commissione e della dottrina sulla necessità di una prova più rigida dell'elemento psicologico nelle consuetudini particolari, vedi sopra al punto I.3.14 e in particolare alla nota 853. Per un confronto, in generale, tra consuetudini particolari e prassi successiva, vedi sopra al punto III.1.6.

[899] Vedi in particolare alla nota 858.

parte del gruppo)[900], mentre richiede, perchè una prassi successiva possa sostenere un'interpretazione autentica, l'accordo unanime delle parti.

Al fine di completare l'esame sul piano oggettivo, si è ritenuto utile individuare nell'accordo tra le parti uno tra i requisiti ('oggettivi') della prassi, anche se è facile riconoscere che, come per l'*opinio juris* rispetto alla prassi nella consuetudine, i due aspetti sono inestricabili, in special modo quando si assuma la prospettiva dell'effetto giuridico: in concreto, cioè, per formare una consuetudine e per determinare un'interpretazione autentica è necessaria una prassi che si accompagni ad un certo elemento psicologico[901]. Riprendendo infatti una prospettiva più autenticamente 'dualistica', si preferisce accogliere l'altra prospettiva, per cui l'accordo nella prassi successiva non è qualificato come connotato materiale di questa, bensì come elemento psicologico dell'interpretazione autentica, così come l'*opinio juris* nella consuetudine. Sul piano probatorio, in ogni caso, l'accertamento di tutti questi fattori dovrebbe avvenire separatamente, dunque si può pensare che la questione appena descritta rimanga rilevante soltanto sul piano teorico[902].

2.3. Valore interpretativo, eventualmente sussidiario

Si è già evidenziato come i caratteri di 'chiarezza', 'specificità' e 'ripetizione' determinino un diverso valore della prassi successiva, ma appunto, non siano requisiti sostanziali di essa: essenziali sono soltanto il requisito relazionale e quello dell'accordo, appena enucleato. I tre caratteri appena evidenziati potrebbero[903] tuttavia essere rilevanti anche per valutare anche il peso della prassi successiva ex articolo 32 della Convenzione di Vienna. Quest'ultimo indica la possibilità che mezzi come, a titolo di esempio, i lavori preparatori o le circostanze di conclusione del trattato possano essere utilizzati a titolo sussidiario, al ricorrere di determinate circostanze: il significato ancora ambiguo o oscuro della disposizione, o il risultato manifestamente assurdo o irragionevole dell'interpretazione[904]. La prassi successiva, quando non sostenuta dall'accordo unanime di tutti gli

[900] Alcuni membri della Commissioe avevano anzi espressamente preso posizione contro un'impostazione consensualista relativa alle consuetudini particolari; vedi sopra al punto I.3.14.
[901] Si abbraccia cioè l'idea espressa da Boisson de Chazournes per cui l'articolo 31.3.b) VCLT rivela un'impostazione di fondo che replica la teoria dei due elementi della consuetudine, dunque la prassi dev'essere sostenuta da un elemento psicologico, che in questo caso è il consenso delle parti; vedi sopra alla nota 894.
[902] Circa l'aspetto probatorio, vedi poco oltre al punto III.4. Le due ipotesi determinano diverse conseguenze anche dal punto di vista della relazione che si può immaginare intercorra tra le due declinazioni di prassi, come evidenziato oltre al punto III.3.
[903] In questo senso si esprime la Conclusione 9 [8], al paragrafo 3: 'The weight of subsequent practice as a supplementary means of interpretation under article 32 *may* depend on the criteria referred to in paragraphs 1 and 2' (con riferimento appunto a chiarezza, specificità e ripetizione; A/CN.4/L.874, p. 3, corsivo aggiunto).
[904] L'articolo 32 VCLT recita: 'Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.'

Stati, ma sempre che sia relativa all'implementazione del trattato[905], rientrerebbe in questo elenco di mezzi sussidiari.

Ciò che qui si vuole sottolineare, anche come elemento di confronto rispetto alla prassi nella consuetudine, è che l'uso che le corti fanno della prassi successiva è flessibile quanto l'esame dei due elementi della consuetudine. Nel valutare la prassi successiva, infatti, le corti sembrano non soltanto ignorare l'esame dei requisiti necessari affinchè tale prassi valga come mezzo autentico d'interpretazione, ma spesso disattendono anche quelle condizioni cui l'articolo 32 subordina l'uso di mezzi interpretativi sussidiari[906]. La prassi successiva dovrebbe valere esattamente come gli altri mezzi individuati dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna, in ragione dell'assenza di una gerarchia all'interno della 'regola generale' d'interpretazione[907], ma soltanto in presenza dell'accordo unanime delle parti; l'applicazione dell'articolo 31.3.b) da parte delle corti internazionali, tuttavia, è stata finora più creativo, tanto che spesso si fa uso di una 'prassi' rilevata nel caso concreto al fine di attribuire un significato al trattato, indipendentemente dalla verifica dell'accordo unanime, e quindi anche utilizzando di fatto un mezzo interpretativo sussidiario al di fuori del riconoscimento di una delle condizioni di cui all'articolo 32[908]. Il processo interpretativo,

[905] Vedi sopra al punto II.2.2, dove si chiarisce anche che una simile prassi non necessita di essere propriamente finalizzata ad esprimere una certa interpretazione, ma, appunto, è sufficiente che sia intrapresa da alcune parti del trattato per implementarlo in concreto.

[906] Che l'articolo 32 VCLT venga applicato anche in assenza di una verifica dei requisiti di cui alle lettere a) e b) del medesimo (e non solo per 'confermare' un certo risultato interpretativo – vedi nota 904) è talvolta evidenziato dalla dottrina con riferimento ai lavori preparatori, il cui utilizzo in concreto, in misura più ampia di quanto la Convenzione prevede, manifesterebbe la difficoltà delle corti di allontanarsi da un tipo d'interpretazione 'soggettivo' (finalizzato cioè alla ricostruzione della volontà orginaria delle parti), che la Commissione aveva invece deliberatamente subordinato ad una interpretazione di tipo 'oggettivo', come testimoniato dal primo paragrafo dell'articolo 31 VCLT. Vedi in questo senso Briggs, "The Travaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties", The American Journal of International Law, Vol. 65 (1971), p. 705, a p. 712; Fox, "Article 31(3)(A) and (B) of the Vienna Convention and the Kasikili/Sedudu Island Case", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010, p. 59, a p. 70; Gardiner, "The Vienna Convention rules on treaty interpretation", in D. B. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, OUP, 2012, p. 475, a p. 500.

[907] Dato riconosciuto dalla Commissione anche in questo progetto, ed espresso alla Conclusione 2 [1], paragrafo 5: 'The interpretation of a treaty consists of a single combined operation, which places appropriate emphasis on the various means of interpretation indicated, respectively, in articles 31 and 32.' (A/CN.4/L.874, p. 3). Si parla anche di 'crucible approach', in forza del commento all'articolo 27 del Progetto di convenzione sul diritto dei trattati del '66 (vedi nota 886). Occorre incidentalmente rilevare come, nel discutere il terzo rapporto di Nolte, in particolare affrontando la difficoltà di inquadrare nella Convenzione di Vienna la prassi delle organizzazioni internazionali come mezzo interpretativo (a vario titolo), alcuni membri della Commissione sembrassero tuttavia negare che la prassi successiva goda di pari valore a quello degli altri mezzi interpretativi (in particolare quelli di cui al primo paragrafo dell'articolo 31), se non altro sollecitando Nolte a non dare l'impressione che accordi e prassi successiva abbiano uno speciale rilievo: vedi capitolo II, al punto II.3.8. Anche Nolte aveva del resto affermato, nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio, che la prassi successiva *ex* 31.3.b) VCLT avesse un peso inferiore degli accordi successivi *ex* 31.3.a) VCLT (vedi sopra al punto II.2.1.1).

[908] Nel senso che in assenza di accordo la prassi sarebbe solo un mezzo interpretativo sussidiario, il cui uso dovrebbe essere pertanto limitato a confermare una certa interpretazione o risolvere un caso dubbio, nei termini di cui all'articolo 32 VCLT; vedi sopra alla nota 906 per alcuni autori che evidenziano come parimenti l'uso che le corti fanno dei lavori preparatori, anch'essi mezzi sussidiari *ex* 32 VCLT, prescinderebbe di fatto da tale verifica.

in definitiva, si realizza in maniera unitaria[909], non curandosi né dei requisiti di cui all'articolo 31.3.b), né di quelli all'articolo 32 per l'utilizzo dei mezzi sussidiari.

Tale discrezionalità è comparabile con quella che le corti spesso adottano nel verificare l'esistenza di una consuetudine, ossia senza effettuare un'indagine approfondita dei requisiti della prassi e acquisendo invece ampia prova dell'*opinio juris*[910]: si può ipotizzare che con la pubblicazione delle 'guide pratiche' di cui la Commissione si sta occupando il livello del ragionamento giuridico si innalzi almeno al punto di indurre le corti a qualificare la prassi interpretativa utilizzata come mezzo di interpretazione autentica oppure no (ossia all'interno dell'articolo 31.3.b) o 32); al contrario, è più difficile attendersi che la Corte Internazionale di Giustizia abbandoni la metodologia con cui sommariamente viene accertata l'esistenza di una consuetudine, ossia (in assenza di precedenti pronunce) verificando la 'miglior prova disponibile', ossia trattati di codificazione o risoluzioni, la prassi di qualche Stato e presumendo l'esistenza di un'*opinio juris* globale, in assenza di proteste[911]. Si tornerà su tali questioni anche nel discutere il rilievo della giurisprudenza internazionale come prova di consuetudini, nel successivo Capitolo[912].

---

[909] O, meglio, *più* unitaria di quanto espressamente la Convenzione di Vienna richieda, indicando in una 'regola generale' d'interpretazione criteri dotati di pari valore e da utilizzarsi obbligatoriamente, e altri solo sussidiariamente; sul cosiddetto 'crucible approach' vedi alla nota 886.

[910] Molti autori evidenziano come l'approccio adottato dalle corti nell'accertamento delle consuetudini, in particolare la Corte Internazionale di Giustizia, tenda a mettere in secondo piano la prassi e a conferire maggior peso all'*opinio juris*, per altro ricavata da numerose fonti di prova quali risoluzioni e trattati multilaterali: MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12, a p. 21 (per la cui la CIG 'paint[s] with a fairly broad and liberal brush'); Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 318; Weisburd, "The International Court of Justice and the Concept of State Practice", The University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31 (2009), p. 295; Condorelli, "Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law", in A. Cassese, Realizing Utopia: The Future of International Law, Oxford University Press, 2012, p. 147, a p. 150; Gradoni, "La Commissione di Diritto Internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine", Rivista di Diritto Internazionale, 2014, p. 667, a p. 683; Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 8. Del resto si nota da alcune parti come la CIG abbia talvolta riconosciuto l'insufficienza della prassi, attirandosi critiche per aver assunto un'impostazione giudicata conservatrice: Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 73; Pellet, "Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making", in M. H. Arsanjani, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065, a p. 1079 ('Apparently it wouid be preferable for the progress of international law that the Court refrains from "carefully examining" the practice').

[911] Vedi Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe – 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27 (che appunto parla di 'best and most expedient evidence'). Attualmente la corte adotterebbe un approccio 'deduttivo', ricavando la norma da testi scritti, piuttosto che 'induttivo' (a partire dalla prassi): in questo senso vedi anche l'analisi di Alvarez-Jimenez, "Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60 (2011), p. 681 (che a p. 686 afferma la transizione da un metodo 'strict inductive' ad uno 'flexible deductive' – per una sintesi vedi alla nota 1666).

[912] Capitolo II, punto I.2.7.1 e, per un confronto, anche III.2.2.2.

3. Posizionamento reciproco: autonomia o subordinazione della prassi successiva a fini interpretativi?

Alla luce del confronto appena tracciato, sarebbe forse possibile ipotizzare una relazione di tipo insiemistico tra le due declinazioni di prassi, dal momento che esiste, come visto, un nucleo di caratteri che le accomunano entrambe, ma la prassi successiva ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna richiede, dal punto di vista oggettivo, di essere in applicazione del trattato e di costituire un accordo con altri Stati. Gli altri requisiti della prassi nella consuetudine sono tuttavia applicabili alla prassi come mezzo d'interpretazione dei trattati, dovendosi in ogni caso trattare di atti realizzati dallo Stato con regolarità e uniformità[913]: tale considerazione sarà utile nel valutare la transizione da norma convenzionale a consuetudinaria, di cui al terzo Capitolo[914].

Senza togliere che, come visto, con qualche sforzo si possa immaginare un 'requisito relazionale' all'interno del processo consuetudinario, tale per cui la prassi dovrebbe manifestare un nesso con il contesto giuridico delle relazioni internazionali[915], e che un elemento 'psicologico' è imprescindibile in entrambi gli ambiti[916], da un punto di vista puramente sostanziale, tuttavia, questi due requisiti non impediscono alle condotte interessate di costituire in generale 'prassi' potenzialmente formativa di una consuetudine, dunque di rientrare nell'insieme costituito dalla prassi statale. In sostanza, volendo sposare, delle due possibili ipotesi sopra riportate, quella per cui l'accordo costituisce l'elemento 'psicologico' della prassi successiva[917], questa, in quanto mezzo autentico d'interpretazione, potrebbe essere rappresentata dall'intersezione dell'insieme descritto dai comportamenti dello Stato che rilevano, in generale, come 'prassi', e da quello descritto dai possibili accordi conclusi dallo Stato:

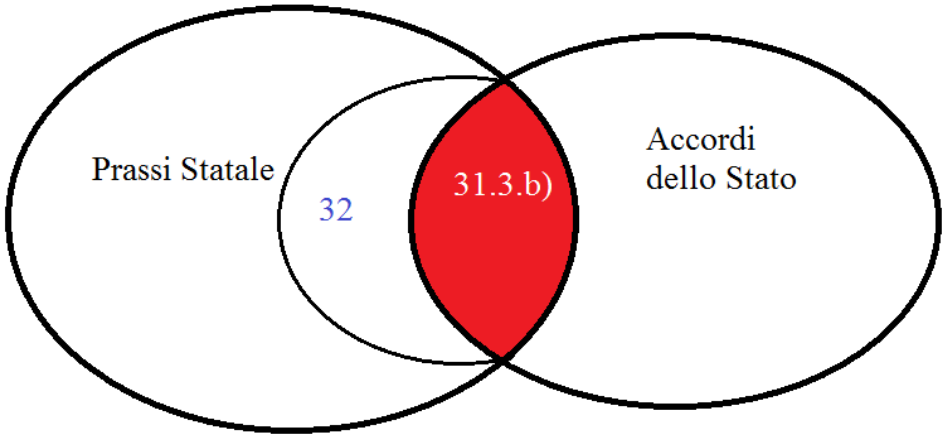
[913] Richiedendosi in sostanza una condotta uniforme (ma non in maniera assolutamente coerente) e generale (ma potendo essere integrata da un silenzio qualificato), in varie possibili forme (non elencabili), in particolare anche verbalmente: vedi l'analisi al punto III.1.

[914] Nulla vieta, cioè, che una 'prassi' intrapresa da alcuni o tutti gli Stati parte di un trattato, qualsiasi peso intepretativo possa assumere, possa in quanto tale costituire ugualmente l'elemento materiale di una consuetudine, che replichi la norma convenzionale applicata o la modifichi (anche successivamente, evolvendosi nel tempo); vedi Capitolo III, sezione III.

[915] Vedi sopra al punto III.2.1.

[916] Certamente un elemento 'psicologico' qualificante è necessario sia per la formazione di una consuetudine, sia per un'interpretazione autentica fondata sulla prassi, benchè, come visto (punto III.2.2), in quest'ultimo caso si possa ritenere che l'accordo sia soltanto un elemento della prassi; del resto, una dottrina minoritaria sembra ritenere, parimenti, che l'*opinio juris* nella consuetudine sia un 'elemento (interno) della prassi' (Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161, a p. 164 – vedi anche la nota 893).

[917] Adottare la prospettiva opposta, per cui l'accordo è un requisito *interno* della prassi successiva, significherebbe riconoscere quest'ultima all'interno di un *sottoinsieme* della prassi generalmente definita come elemento materiale della consuetudine.



Dove il secondo insieme è composto dalle varie tipologie di intesa che lo Stato può raggiungere con gli Stati terzi, compresi i trattati internazionali, che, conformemente a quanto affermato dalla Commissione[918] e da buona parte della dottrina[919], non costituiscono in sè 'prassi' dello Stato. Occorre inoltre sottolineare che quando una prassi successiva non è sostenuta da un accordo, ma potrebbe rilevare ex articolo 32 della Convenzione di Vienna, essa farà chiaramente parte del primo insieme, in particolare del sottoinsieme delle condotte dello Stato che sono in applicazione di un trattato: anche simili condotte, pur non rilevando per l'interpretazione autentica, possono tuttavia determinare il formarsi a partire dal trattato di una consuetudine, che rifletta una disposizione convenzionale o la modifichi: vedi a proposito il terzo Capitolo[920]. Nel secondo Capitolo, inoltre, si proporrà una relazione di tipo insiemistico anche per l'aspetto soggettivo dell'una e dell'altra declinazione della prassi (guardando cioè agli insiemi composti dai possibili organi autori di entrambe)[921].

4. Aspetto probatorio (cenni)

Buona parte dell'analisi di Sir Michael Wood nel suo lavoro sull'identificazione della consuetudine era dedicata ad altri 'materiali' che, pur non potendo costituire 'prassi' poiché, in sostanza, non attribuibili agli Stati (almeno non direttamente, nel caso della prassi delle organizzazioni

[918] Vedi sopra al punto I.3.2.
[919] Nel senso che il trattato non costituisce, in sè, 'prassi', ma soltanto, eventualmente, una sua prova o una prova di consuetudini, vedi Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413, a p. 434; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 70; Wood & Sender, "State Practice", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com, par. 16; Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 3. In senso contrario vedi tuttavia Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 3; D'Amato, "Trashing Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 101, a p. 103.
[920] Sezione III.
[921] Si tratterà non di un'intersezione tra insiemi, bensì di un sottoinsieme, quello descritto dai potenziali autori di prassi successiva, contenuto in un altro, quello degli organi dello Stato che possono con la loro prassi formare una consuetudine: vedi il Capitolo II, sezione III.

internazionali), potrebbero rilevare nell'accertare la consuetudine, provando cioè la consuetudine stessa, oppure la prassi. Dei medesimi materiali si occupava anche Nolte nel suo lavoro su accordi e prassi successiva, benchè non direttamente assumendo una prospettiva 'probatoria', come chiarito nel secondo Capitolo[922]. È quest'ultimo infatti la parte del presente lavoro cui compete lo studio delle Conclusioni rilevanti sul piano dei soggetti, ragion per cui, come anticipato, si preferisce collocare in esso anche l'analisi comparativa che da tali Conclusioni scaturisce, comprese le considerazioni che attengono al piano probatorio. Nella parte che segue, tuttavia, si indaga brevemente una questione che è stata introdotta più sopra e riferita, più che ad altri soggetti, a condotte attribuibili allo Stato.

4.1. Double-counting: la prassi valida anche come prova di *opinio juris*

La dottrina ha a lungo discusso della possibilità di prendere in considerazione uno stesso atto dello Stato come elemento materiale, ma contemporaneamente anche come prova dell'elemento psicologico della consuetudine[923]. La Commissione prende espressamente posizione, riconoscendo la possibilità che una prassi possa essere utilizzata anche come prova dell'opinione di giuridicità della norma da parte dello Stato, questione anticipata da Wood nel secondo rapporto (con apparente riserbo[924]) e approfondita nel terzo (mostrando maggiore flessibilità, oltre che chiarezza[925]). Ai

[922] Vedi il Capitolo II, sezione II. In realtà, una prospettiva più 'probatoria' è assunta dal relatore speciale Nolte nel suo quarto rapporto, che analizza l'attività di enti non statali e la giurisprudenza nazionale quali possibili indicatori di prassi successiva; vedi il Capitolo II, al punto II.4.

[923] Formulando altrimenti, si è cioè valutata la possibilità di ricavare l'*opinio juris* dalla prassi dello Stato, in particolare quando verbale. Vedi ad esempio, tra gli autori favorevoli, Green, "The Raw Materials of International Law'", International & Comparative Law Quarterly, Vol. 29 (1980), p. 187, a p. 194 (per cui sarebbe possibile presumere l'*opinio juris* se in un lungo lasso di tempo le dichiarazioni dello Stato rimangono coerenti tra loro); Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 20 (per cui inevitabilmente occorrerebbe dedurre la convinzione dello Stato dalla sua attività concreta); Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1, a p. 3 (indicando che tale operazione sarebbe possibile quando la prassi fosse 'sufficientemente matura'); Zemanek, "What is 'State Practice' and who Makes It?", in U. Beyerlin e altri, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer, 1995, p. 289, a p. 292 (in ragione del fatto che sarebbe in ogni caso arduo distinguere tra loro i materiali destinati alla prova di ciascuno dei due elementi della consuetudine); Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 8; anche il London Statement ILA (Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, a p. 7) riconosce tale possibilità. Contrari al *double counting* invece Mendelson, "The International Court of Justice and the sources of international law", in V. Lowe and M. Fitzmaurice, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge University Press, 1996, p. 63, a p. 87 (per cui altrimenti le risoluzioni dell'Assemblea Generale sarebbero diverrebbero 'instant custom' – vedi anche la nota 928); Kammerhofer, "Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship", in M. Happold, International Law in a Multipolar World, Routledge, 2012, p. 138, a p. 148 (per cui si tratterebbe di una forma di 'political activism' ad opera della dottrina).

[924] Vedi sopra al punto I.4.2.

[925] Benchè l'attuale Conclusione 3 [4] affermi, al secondo paragrafo: 'Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element.' (A/CN.4/L.872, p. 2), tuttavia si è osservato (sopra al punto I.4.3) come la Commissione affermi che gli stessi materiali possono essere utilizzati per la prova di entrambi gli elementi (benchè ciò debba avvenire, appunto, valutando ogni elemento separatamente).

nostri fini occorre rilevare che tale affermazione enfatizza ulteriormente la difficoltà nel tracciare confini netti nella qualificazione del materiale prodotto dalle relazioni interstatali: non soltanto, infatti, un medesimo atto potrebbe costituire, ad un tempo, forma e prova di una prassi, come visto poco sopra[926], ma in alcuni casi esso potrebbe anche essere utilizzato come prova dell'elemento soggettivo. Si tratta in buona sostanza del riconoscimento della piena discrezionalità giudiziale nel valutare il materiale disponibile nel caso concreto, e dell'impossibilità di circoscrivere il processo consuetudinario entro confini netti[927].

Un'altra considerazione, in parte già anticipata, riguarda i rischi che il riconoscimento del *double counting* produce quando congiunto a quello della prassi verbale: da una serie di dichiarazioni (pur proveniente da più Stati in maniera tale da soddisfare il criterio di generalità) potrebbe a questo punto ricavarsi la formazione di una consuetudine, poiché esse potrebbero costituire sia la prassi (verbale) che la prova dell'*opinio juris* degli Stati[928]. La Commissione, tuttavia, scongiurava il verificarsi di tale rischio, affermando nel commentario che i due elementi della consuetudine devono essere presenti entrambi e separatamente accertati, ma soprattutto essere 'normalmente' verificati sulla base di prove separate[929]; del resto alcuni membri della Commissione erano intervenuti nel corso delle sessioni 66esima e 67esima proprio per ammonire circa il rischio evidenziato[930].

Passando all'esame della prassi successiva, come evidenziato poco sopra è possibile riconoscere la necessaria esistenza di un legame tra elemento materiale e psicologico anche al fine di integrare il mezzo interpretativo di cui all'articolo 31.3.b): la prassi degli Stati deve cioè essere sorretta dall'accordo di questi[931]. Volendo assumere la prospettiva per cui tale accordo è l'elemento psicologico necessariamente sotteso alla prassi successiva, per espressa previsione della Convenzione di Vienna, si avrebbe come corollario che qualcosa di simile al *double counting*

[926] Vedi al punto I.3.2 e, nel confronto con la prassi successiva, III.1.1.
[927] Circa la discrezionalità del giudice nel valutare l'esistenza e il contenuto di una consuetudine, vedi più ampiamente il Capitolo II, al punto III.2.2.2.A), e in parte anche poco sopra, al punto III.2.3.
[928] Il problema è sottolineato, con espresso riferimento alle risoluzioni dell'Assemblea Generale (qualificate come 'prassi verbale') e quindi al rischio di riconoscere di fatto una potestà legislativa a tale organo, dal momento che esse varrebbero a soddisfare entrambi gli elementi della consuetudine (pertanto 'istantanea'), ad esempio, da Mendelson, "The International Court of Justice and the sources of international law", in V. Lowe and M. Fitzmaurice, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge University Press, 1996, p. 63, a p. 87. Di consuetudine istantanea, proprio con riferimento alle risoluzioni dell'Assemblea Generale, ma negandola nel caso specifico di quelle che regolavano lo spazio extra-atmosferico, ha parlato per primo Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", Indian Journal of International Law, Vol. 5 (1965), p. 2.
[929] Si noti del resto che affermare che le prove devono 'normalmente' essere separate non esclude la *possibilità* di utilizzare talvolta la stessa per entrambi gli elementi, ed è in sè cosa diversa dall'affermare che l'accertamento dei due elementi deve avvenire separatamente; circa tali distinzioni, su cui Wood si sofferma in particolare nel rispondere ai commenti degli altri membri della Commissione, vedi sopra al punto I.4.3.
[930] Vedi al medesimo punto I.4.3.
[931] Per un'ipotesi di confronto vedi in particolare al punto III.2.2.

avviene inevitabilmente anche nell'uso della prassi successiva a fini interpretativi. La prassi degli Stati assume rilievo d'interpretazione autentica soltanto quando essa rappresenti anche un accordo sottostante, e non è pertanto possibile escludere che per la prova di tale accordo si debba utilizzare la prassi stessa[932].

Si ricordi anche che nulla vieta che la prassi successiva possa essere anche di tipo verbale, purché relativa al trattato e alla sua interpretazione[933]; un esempio potrebbe essere dato dalla somma di varie decisioni di una conferenza di Stati parte ad un trattato[934]. Una serie di dichiarazioni (magari unite ad atti concreti) potrebbe dunque consentire di inferire l'accordo degli Stati sull'interpretazione del trattato cui esse sono riferite. Più difficile è delineare un simile parallelo nel caso della prassi successiva dal valore soltanto sussidiario ex articolo 32 della Convenzione di Vienna, dal momento che l'accordo delle parti non costituisce un elemento necessario[935].

[932] Qualora esistesse una prova 'materiale' dell'accordo interpretativo, ossia un atto, si rischierebbe del resto di ricadere nell'ipotesi di 'accordo successivo' di cui all'articolo 31.3.a) VCLT, dal momento che a quel punto l'interpretazione autentica sarebbe (almeno in parte) formalizzata (e la differenza tra accordi e prassi successiva è solo formale, come evidenziato dalla Commissione; vedi sopra al punto II.2.1.1).

[933] È certo più difficile pensare ad una dichiarazione che 'applichi' il trattato, come richiesto dall'articolo 31.3.b) VCLT, ma la Commissione riconosce espressamente che una prassi successiva possa essere verbale: vedi il punto III.1.2.

[934] Si approfondirà la questione nel Capitolo II, al punto II.2.3. Occorre tuttavia anticipare che apparentemente, nell'analisi che fa Nolte, quando una risoluzione della COP venga presa non unanimemente, il silenzio delle altre (se equiparabile ad acquiescenza) integrerebbe comunque un 'accordo successivo' *ex* 31.3.a) VCLT, piuttosto che una prassi successiva *ex* 31.3.b) VCLT; quello della prassi successiva di COP rimarrebbe un'ipotesi ancora più limitata.

[935] Benchè si possa pensare che, dal momento che la prassi deve in ogni caso riferirsi al trattato, essa possa valere come elemento da cui dedurre, se non altro, l'intenzione di alcune parti di interpretare il trattato in un determinato modo (in tal senso vi sarebbe cioè un *double counting*, pur con conseguenze diverse da quelle di un'interpretazione autentica). Vedi in particolare il Capitolo II, al punto III.2.1.1.B)ii circa la possibilità di dedurre dalla prassi dell'organizzazione l'intenzione degli Stati parte nel senso che il trattato possa essere interpretato evolutivamente.

CAPITOLO II – LA PRASSI DAL PUNTO DI VISTA SOGGETTIVO

I. L'aspetto 'soggettivo' della prassi nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale sul diritto consuetudinario

Per 'aspetto soggettivo' s'intende in generale non solo l'ambito dei soggetti rilevanti cui la prassi dev'essere attribuita al fine di potersi parlare di un elemento costitutivo della consuetudine di diritto internazionale, ma anche, più in generale, l'insieme descritto da altri enti ed individui che contribuiscono con la loro attività all'accertamento di tali norme. Se i primi possono essere soltanto gli Stati, principali attori nel diritto internazionale, occorre tuttavia individuare i criteri che devono essere soddisfatti affinchè tale prassi sia a questi legittimamente attribuita, quindi verificare se ed entro quali limiti la condotta di altri soggetti viene in rilievo per una finalità che, non potendo essere costitutiva[936], sarà meramente probatoria del diritto internazionale consuetudinario. Si parte ancora una volta dal lavoro della Commissione sull'identificazione della consuetudine, in particolare dalle Osservazioni rilevanti indicate nel Memorandum del Segretariato del 2013 relativo ai passati lavori della Commissione, per poi passare alle Conclusioni proposte dal relatore speciale Sir Michael Wood e quindi discusse dalla Commissione medesima e dagli Stati presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

1. Le Osservazioni del Segretariato nel Memorandum del 2013 rilevanti per l'aspetto soggettivo

Oltre alle già ricordate Osservazioni relative alla prassi statale e ai suoi requisiti per rilevare come elemento costitutivo di una consuetudine internazionale, cui si rimanda[937], le Osservazioni da 13 a 18 del Memorandum del 2013 erano dedicate ad altri soggetti, la cui attività potrebbe avere rilievo (limitatamente) per la formazione e (soprattutto) per l'accertamento delle consuetudini. Le Osservazioni 13 e 14 si riferivano alla prassi delle organizzazioni internazionali: se la prima accertava in generale come la Commissione ha talvolta fatto ricorso a prassi discendente da varie attività dell'organizzazione (relazioni esterne, esercizio di funzioni, posizioni adottate dagli organi) per accertare consuetudini generali[938], la seconda evidenziava come la Commissione ha

[936] Almeno non pienamente, nel caso di alcuni organi di organizzazioni internazionali competenti per attività di tipo esterno e in cui in ogni caso gli Stati sono rappresentati; vedi al punto I.2.3.
[937] Vedi il capitolo precedente al punto I.2.
[938] A/CN.4/659, p. 23: 'Observation 13 - Under certain circumstances, the practice of international organizations has been relied upon by the Commission to identify the existence of a rule of customary international law. Such reliance has related to a variety of aspects of the practice of international organizations, such as their external relations, the exercise of their functions, as well as positions adopted by their organs with respect to specific situations or general matters of international relations.'

riconosciuto la possibilità che la prassi dell'organizzazione si sviluppi in una consuetudine propria dell'organizzazione medesima[939].

Le ultime quattro Osservazioni di questa prima parte del Memorandum sono dedicate al peso attribuito dalla Commissione alla giurisprudenza internazionale e alla dottrina, quali altri soggetti la cui attività rileva ai fini dell'accertamento delle consuetudini. Le decisioni di corti internazionali sono state infatti utilizzate dalla Commissione come espressione autoritativa dello status consuetudinario di certe norme internazionali[940], oltre che, assieme a decisioni di corti arbitrali, per avvalorare l'esistenza di simili norme[941] o, secondariamente, per rilevare la prassi a fondamento di queste[942]. Parallelamente, le opinioni di alcuni studiosi sono state utilizzate dalla Commissione per accertare l'esistenza di consuetudini (talvolta valutando il peso di tali contributi in termini qualitativi e quantitativi), oppure secondariamente per rilevare la prassi degli Stati[943]. Come già ricordato, il Segretariato distingueva pertanto esplicitamente tra prove primarie (della consuetudine) e secondarie (della prassi), e attribuiva a giurisprudenza e dottrina entrambi i ruoli.

2. Le Conclusioni della Commissione rilevanti per l'aspetto soggettivo

Alcune Conclusioni redatte dal relatore speciale hanno specifica rilevanza per l'aspetto 'soggettivo', anzitutto riguardo i soggetti la cui condotta costituisce propriamente 'prassi' per la formazione delle norme consuetudinarie: tali soggetti, come indicato nella quarta Conclusione, sono 'primariamente' gli Stati, ma occorre verificare quali organi e a quali condizioni essi debbano operare affinchè la loro condotta possa avere rilievo. Non manca poi da parte di Sir Michael Wood l'indicazione del ruolo rivestito della condotta di altri soggetti, ai fini (esclusivamente) dell'accertamento delle norme consuetudinarie, o della prassi in sè: come rilevato del resto dal Segretariato, si tratta sostanzialmente di organizzazioni internazionali, corti e tribunali, e autori di testi dottrinali.

[939] *Ibidem*, p. 24: 'Observation 14 - On some occasions, the Commission has referred to the possibility of the practice of an international organization developing into a custom specific to that organization. Such customs may relate to various aspects of the organization's functions or activities, e.g. the treaty-making power of an international organization or the rules applicable to treaties adopted within the organization.'
[940] *Ibidem*, p. 25: 'Observation 15 - The Commission has, on some occasions, relied upon decisions of international courts or tribunals as authoritatively expressing the status of a rule of customary international law.'
[941] *Ibidem*: 'Observation 16 - Furthermore, the Commission has often relied upon judicial pronouncements as a consideration in support of the existence or non-existence of a rule of customary international law.' È Il commento ad aggiungere che la Commissione si è basata a tal fine anche su lodi arbitrali.
[942] *Ibidem*, p. 26: 'Observation 17 - At times, the Commission has also relied upon decisions of international courts or tribunals, including arbitral awards, as secondary sources for the purpose of identifying relevant State practice.'
[943] *Ibidem*: 'Observation 18 - The writings and opinions of jurists have often been considered by the Commission in the identification of rules of customary international law.'

2.1. Ruolo della prassi

Draft Conclusion 5 - Role of practice

The requirement, as an element of customary international law, of a general practice means that it is primarily the practice of States that contributes to the creation, or expression, of rules of customary international law.[944]

La prima conclusione rilevante per l'aspetto 'soggettivo' si trova nel secondo rapporto del relatore speciale. Dopo aver attinto da dottrina e giurisprudenza al fine di offrire una definizione di prassi come 'materia prima' del diritto internazionale consuetudinario[945], il relatore sottolineava, attraverso l'uso dell'avverbio 'primarily', la preponderanza assoluta dello Stato come soggetto generatore di condotte rilevanti a tal fine, ricordando per altro anche il ruolo della prassi successiva nell'interpretazione dei trattati. In tal senso, l'espressione 'State practice' è quella normalmente utilizzata per riferirsi all'elemento oggettivo della consuetudine, ed è lo Stato a offrire il 'principale contributo' alla creazione di norme consuetudinarie.

Nel corso del dibattito, tuttavia, il relatore speciale spiegava che l'avverbio suddetto, anteposto, nella Conclusione 5, a 'prassi statale', si accompagnava alla scelta di mantenere anche l'espressione 'general practice', coerentemente all'articolo 38.1.b) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, al fine di non escludere la possibile rilevanza di prassi di diversa provenienza[946]. Un membro della Commissione affermava che non è chiaro dall'impianto complessivo delle conclusioni quali soggetti vengano in rilievo, e criticava la scelta di tale avverbio[947], così come anche altri membri[948]; un'altro membro si diceva invece favorevole, coerentemente con il ruolo attribuito anche alla prassi delle organizzazioni internazionali[949]. Al termine del dibattito, Wood riconosceva il tendenziale riconoscimento da parte della Commissione del ruolo primario degli Stati, ma che non è possibile ignorare la prassi delle organizzazioni internazionali[950]. Tra gli Stati

[944] A/CN.4/672, par. 36.
[945] A/CN.4/672, par. 32.
[946] A/CN.4/SR.3222, p. 7.
[947] Murphy (A/CN.4/SR.3224, p. 8: "The question of whose practice and whose *opinio juris* was to be considered relevant for determining the existence of customary international law remained ambiguous. [...]That ambiguity could be the result of the Special Rapporteur's view that perhaps most of practice was State practice, but that there was a sliver of practice by international organizations that might also count", suggerendo pertanto di mantenere una posizione coerentemente stato-centrica, e dedicare alle organizzazioni internazionali uno spazio a parte).
[948] Forteau (per la ragione che se è vero che la prassi degli Stati è prioritaria per la formazione e identificazione di consuetudini riguardanti gli Stati, ciò non è vero per quelle che riguardano le organizzazioni internazionali, condividendo il parallelismo individuato da Murphy - vedi nota 947 e A/CN.4/SR.3225, p. 5), Petric (dovendosi indicare più precisamente la prassi di quali altri attori viene in rilievo, altrimenti potrebbe desumersi l'affermazione di una gerarchia alla cui sommità si trova la prassi statale - A/CN.4/SR.3225, p. 7) e Niehaus (A/CN.4/SR.3226, p. 9-10).
[949] Escobar Ernandez (pur ricordando che il tema delle organizzazioni internazionali necessita dell'approfondimento promesso dal relatore speciale all'interno del terzo rapporto - A/CN.4/SR.3226, p. 7).
[950] Precisando "at least that of certain organizations in fields such as treaties, privileges and immunities and the internal law of international organizations."; Wood ammette poi che il caso dell'Unione Europea è estremamente particolare, ma non si può negare che essa eserciti alcuni poteri dei propri Stati membri (A/CN.4/SR.3227, p. 4).

prevaleva naturalmente l'idea che la prassi primariamente rilevante sia quella statale, ma sono molti quelli che dedicavano qualche osservazione al ruolo della prassi degli altri enti, in particolare le organizzazioni internazionali[951].

Il Drafting Committee, in accoglimento delle critiche, riformulava la Conclusione separando più chiaramente la prassi statale, che rimaneva quella 'primariamente' rilevante, da quella delle organizzazioni, rilevante 'in certi casi'[952]. Si ometteva pertanto qualsiasi riferimento alla prassi di altri enti non statali, poiché riconosciuta come 'not directly relevant' per la formazione del diritto consuetudinario[953]:

> *Draft Conclusion 4 [5][954] - Requirement of practice*
>
> *1. The requirement, as an element of customary international law, of a general practice means that it is primarily the practice of States that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.*
>
> *2. In certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.*

Il relatore speciale tornava sulla prassi delle organizzazioni internazionali all'interno di questo rapporto[955] e nel successivo[956], approfondendo le ragioni di un approccio tanto circostanziato al ruolo di tale prassi nella formazione e nell'identificazione del diritto consuetudinario. Si può anticipare che le considerazioni che Wood e la Commissione dedicavano nel corso della successiva sessione 67esima alla prassi delle organizzazioni non vengono integrate nel testo della Conclusione 4 [5], che accoglieva tuttavia un terzo paragrafo circa l'irrilevanza della prassi di 'altri enti' (salvo come *prova* di prassi di Stati e organizzazioni): si rinvia, per un esame più approfondito, all'analisi di tali temi[957].

[951] Vedi oltre, ai punti I.2.3 e I.2.5.
[952] Specificazione che si collega in particolare al disaccordo tra i membri rispetto alla necessità di distinguere tra i diversi tipi di organizzazione, ciascuna dotata di proprie competenze: la questione, si assicura, verrà indicata nel commento alla conclusione, oltre che approfondita nel terzo rapporto (Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 8-9).
[953] *Ibidem*, p. 9.
[954] La diversa numerazione adottata dal Drafting Committee è il risultato dell'accoglimento della proposta di molti membri della Commissione di eliminare la seconda Conclusione, di contenuto definitorio.
[955] Vedi il punto I.4.1
[956] Vedi il punto I.2.3.
[957] Ai punti da I.2.3 a I.2.5.

2.2. Attribuzione

Draft Conclusion 6 - Attribution of conduct

State practice consists of conduct that is attributable to a State, whether in the exercise of executive, legislative, judicial or any other function.[958]

Wood affrontava il problema dell'attribuzione della prassi allo Stato nel suo secondo rapporto per la Commissione, affermando che la condotta di qualsiasi organo del potere pubblico (esecutivo, legislativo e giudiziario) può venire in rilievo a titolo di prassi generatrice di consuetudini[959], esplicitamente rigettando, in nota, la teoria secondo cui verrebbero in rilievo solo gli atti di organi dello Stato abilitati a rappresentarlo internazionalmente[960]. Parimenti potrebbe rilevare la condotta di organi de facto, quella cioè attribuibile allo Stato indipendentemente dalla qualifica di 'organo' del soggetto agente, facendo per altro espresso riferimento all'articolo 4 del Progetto del 2001 sulla Responsabilità degli Stati, che esplicitamente afferma l'irrilevanza del ruolo ricoperto dall'ente all'interno dell'organizzazione statale, centrale o locale: si noti che Wood si poneva così in espresso contrasto con il London Statement dell'ILA, che asseriva che l'attività di enti territoriali che non godono di una distinta soggettività internazionale non rileverebbe in quanto prassi statale[961]. Incidentalmente, Wood menzionava qui anche il problema del reperimento della prassi, ma ne rimandava l'approfondimento al terzo rapporto; da questo, il problema veniva tuttavia rimandato al quarto rapporto.

Nel corso del dibattito Wood difendeva la propria scelta di riferirsi al Progetto sulla responsabilità degli Stati[962], mentre molti membri della Commissione[963] dubitavano della possibilità di trasferire tale regime all'interno di un ambito estraneo come quello relativo alla formazione e identificazione del diritto consuetudinario. Similmente, all'interno della Sesta Commissione molti Stati dubitavano

[958] A/CN.4/672, par. 36.
[959] A/CN.4/672, par. 34: "As in other cases, such as State responsibility and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, for practice to be relevant for the formation of customary international law it must be attributable to the State. For this purpose, the actions of all branches of government (whether exercising executive, legislative, judicial or other functions) may be relevant."
[960] A/CN.4/672, nota 75: "The older position, according to which only the actions of those designated to represent the State externally ('international organs of a State') may count as State practice [...] is no longer generally accepted."
[961] A/CN.4/672, nota 78.
[962] A/CN.4/SR.3222, p. 7: "Draft conclusion 6 (Attribution of conduct) was based on the corresponding provision in the draft articles on the responsibility of States."
[963] Park (A/CN.4/SR.3223, p. 8), Sturma (A/CN.4/SR.3226, p. 3), Hmoud (che dubita dell'opportunità di replicare l'alta soglia di attribuzione utilizzata nel Progetto del 2001 - A/CN.4/SR.3226: "For the purpose of identifying customary international law, attribution of an act to a State did not have to meet the high threshold established in the articles on State responsibility") e Nolte (A/CN.4/SR.3226, p. 6).

della scelta di un linguaggio basato sul Progetto del 2001[964], ma non mancava una voce favorevole a tale scelta[965].

Il Drafting Committee eliminava il termine 'attribuzione', accogliendo le critiche di chi sosteneva l'eccessiva vicinanza al Progetto sulla responsabilità degli Stati[966], mentre manteneva il riferimento alle 'funzioni' dello Stato[967]:

> *Draft Conclusion 5 [6] - Conduct of the State as State practice - State practice consists of conduct of the State, whether in the exercise of executive, legislative, judicial or any other functions of the State.*

2.3. Prassi delle organizzazioni internazionali

> *Draft conclusion 7.4. The acts (including inaction) of international organizations may also serve as practice.*

Nel suo secondo rapporto Wood dichiarava che la prassi delle organizzazioni internazionali sarebbe stata oggetto di indagine più approfondita nel terzo[968], limitandosi ad alcune considerazioni. Anzitutto tale prassi potrebbe affiancarsi alla prassi statale, nel determinato ambito in cui l'organizzazione opera, purché si tratti di attività esterne, che cioè l'organizzazione intrattiene con altri soggetti del diritto internazionale (e non, quindi, di condotte puramente interne all'organizzazione medesima)[969]. Ai fini della formazione e dell'accertamento del diritto internazionale consuetudinario rileverebbe dunque la prassi cosiddetta 'operativa' dell'organizzazione, e solamente quando si tratti di condotte realizzate da organi in cui sono rappresentati gli Stati membri: il criterio della rappresentanza va dunque nella direzione di escludere l'attività di organi composti da esperti, oltre che ad attribuire minor peso anche al

[964] Slovenia (in particolare dovendosi rilevare il peso degli organi dello Stato nella formazione delle consuetudini (A/C.6/69/SR.20, par. 43), Olanda (sottolineando che la qualsiasi organo può produrre prassi rilevante ma solo in alcuni casi determinare la responsabilità internazionale di uno Stato (A/C.6/69/SR.26, par. 46), Spagna (A/C.6/69/SR.26, par. 103), Malesia (A/C.6/69/SR.27, par. 45), Corea del Sud (dichiarandosi pertanto favorevole all'abbandono, da parte del Drafting Committee, del termine 'attribution' nella rubrica della Conclusione 5[6] - A/C.6/69/SR.27, par. 71).

[965] Paesi Nordici (pur dovendosi escludere gli atti *ultra vires* da quelli rilevanti per la formazione e l'identificazione del diritto consuetudinario - A/C.6/69/SR.25, par. 128).

[966] In particolare si riconosce come la questione dell'attribuzione introdurrebbe un livello di ulteriore complessità al tema dell'identificazione della prassi rilevante (con specifico riferimento al rinvenimento di una specifica autorizzazione dello Stato rispetto al soggetto agente, questione rilevante ai fini della responsabilità ma che non è normalmente oggetto di verifica nell'identificare la prassi rilevante per la formazione di una consuetudine), e in generale rischiando di far riferimento a condotte che non sono di rilievo per il tema qui trattato (Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 10-11).

[967] Indicando espressamente quelle classiche (esecutiva, legislativa, giudiziaria) ma affermando di non voler con ciò indurre un approccio restrittivo alle attività rilevanti (Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 11)

[968] Definite, come visto, quali organizzazioni governative; vedi *supra* e A/CN.4/672, par. 18.

[969] A/CN.4/672, par. 43.

prodotto dell'attività dei segretariati[970]; entro tali limiti, in ogni caso, l'apporto delle organizzazioni al diritto consuetudinario deve essere valutato con cautela. Wood riconosceva infine la particolare posizione occupata da quelle organizzazioni a cui gli Stati abbiano trasferito parte della propria sovranità, come l'Unione Europea: sarebbe di fatto indispensabile ritenere che la loro prassi contribuisca alla formazione del diritto consuetudinario, a pena di pregiudicare la possibilità stessa degli Stati membri di partecipare a tale processo (poiché, appunto, gli Stati potrebbero esercitare legittimamente le proprie prerogative sul piano internazionale soltanto attraverso l'organizzazione, non più autonomamente)[971].

Molte erano le critiche che i membri della Commissione indirizzavano a questa parte del rapporto del relatore speciale: alcune erano considerazioni mirate ad evidenziare le problematiche che investivano in particolare il valore da attribuirsi alle risoluzioni di un'organizzazione internazionale[972], altre erano considerazioni di carattere più generale circa il ruolo della prassi delle organizzazioni internazionali in senso complessivo. Tra queste, una parte negava in maniera

[970] *Ibidem*, con espresso riferimento ad un intervento di Tladi nel corso del dibattito durante la precedente sessione di lavoro della Commissione (*ibidem*, nota 132).

[971] A/CN.4/672, par. 44; in particolare, "This applies to the actions of such organizations, whatever forms they take, whether executive, legislative or judicial. If one were not to equate the practice of such international organizations with that of States, it would in fact mean that, not only would the organization's practice not count for State practice, but its Member States would be deprived or reduced of their ability to contribute to State practice in cases where the Member States have conferred some of their public powers to the organization."

[972] Ad esempio Park (che nutre dubbi circa la possibilità di riconoscere in tali risoluzioni una forma di prassi, in particolare ricordando le motivazioni politiche che solitamente informano tali decisioni, e la variablità del valore di tali risoluzioni in funzione del tipo e del contesto - A/CN.4/SR.3223, p. 8), Vázquez-Bermúdez (ricordando che le spiegazioni di voto spesso provengono dagli Stati contrari o astenuti, rischiando di adombrare il consenso più ampio degli Stati che semplicemente votano a favore; inoltre bisognerebbe tener conto dell'effettivo comportamento degli Stati successivo al voto, e adottare una prospettiva ampia che riconosca la prassi e l'*opinio juris* che discendono, in generale, dal fatto della partecipazione dello Stato all'organizzazione - A/CN.4/SR.3225, p. 4: "States took particular care when negotiating and adopting resolutions in international forums because they were aware of the legal consequences that those resolutions could have. The broad participation of States in international organizations yielded an equally broad contribution to practice and *opinio juris*"), Tladi (in particolare evidenziando la necessità di non valutare isolatamente la singola risoluzione ma fare attenzione al contesto, in particolare alla posizione di ciascuno Stato - A/CN.4/SR.3225, p. 5), Kittichaisaree (secondo cui meriterebbero un chiarimento i presupposti della rilevanza di tale prassi e il ruolo del *consensus* (A/CN.4/SR.3225, p. 9), Hassouna (indicando una serie di questioni da approfondire - A/CN.4/SR.3225, p. 10: "to what extent was the assumption that the practice of international organizations could be equated with that of States compatible with the legal status of international organizations as distinct subjects of international law? How should the significance of the practice of international organizations be assessed in light of their great diversity? If the acts of international organizations served as practice, to what extent could the conduct of other non-State actors fulfil a similar role?"), Wisnumurti (che mette in guardia in particolare dall'equiparare un atto dell'Unione Europea ad un atto statale; per altro, per valutare correttamente il peso della prassi delle organizzazioni internazionali bisognerebbe intraprendere il difficile compito di effettuare un controllo delle diverse strutture e compiti delle numerose manifestazioni di queste - A/CN.4/SR.3226, p. 9), Saboia (A/CN.4/SR.3226, p. 12: "While it was true that resolutions and decisions taken by international organizations were the acts of States, they were taken in accordance with the constitutive instruments of those organizations, and in a concerted and interactive manner that was by no means the same as the decision-making process in individual States.") e Singh (A/CN.4/SR.3226, p. 13: "Given the wide range of international organizations, with a great variety of mandates, it was not possible to draw a general conclusion such as was expressed in draft conclusion 7, paragraph 4. The conclusion should be revisited in the Commission's consideration of the third report on the topic.").

categorica che tale prassi possa contribuire alla formazione del diritto consuetudinario generale[973], mentre un'altra, dopo aver biasimato il trattamento lacunoso da parte del relatore speciale, affermava che le organizzazioni potrebbero con la loro prassi contribuire soltanto alla formazione di consuetudini proprie, irrilevanti per lo Stato[974]. Soltanto un membro si diceva invece d'accordo con quanto emerge da questo paragrafo della settima Conclusione proposta da Wood[975].

Alla luce del dibattito, nel 2014 il Drafting Committee preferiva eliminare dalla Conclusione 7 qualsiasi riferimento alla prassi delle organizzazioni internazionali, rimandando la questione al terzo rapporto e al seguente dibattito[976]; veniva invece introdotta nella Conclusione la considerazione relativa all'assenza di gerarchia della prassi, originariamente prevista da Wood nella Conclusione ottava[977]. Si rinvia ai successivi paragrafi per una disamina delle considerazioni effettuate dal relatore speciale e discusse dalla Commissione nel corso della successiva 67esima sessione circa il ruolo della prassi delle organizzazioni internazionali in generale; come si vedrà, tuttavia, tali considerazioni non venivano tuttavia riprese nel corpo delle Conclusioni (rimanendo la Conclusione 4 [5] l'unico richiamo alla prassi delle organizzazioni internazionali, rilevante 'in certi casi')[978].

Presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale, la maggioranza degli Stati si dimostrava per lo più cauta nell'attribuire rilievo ad enti non statali, appoggiando la conclusione 4 [5] nella parte in cui riconosceva il primato della prassi statale (vedi supra); è (anche) in tal senso che vanno letti gli inviti ad approfondire la questione della prassi delle organizzazioni internazionali provenienti da numerosi Stati[979]. L'Osservatore per l'Unione Europea plaudeva invece al riconoscimento del ruolo

[973] Hmoud (potendo tuttavia contribuire all'*accertamento* delle consuetudini esistenti; la Conclusione andrebbe riformulata nel senso di evidenziare che in ogni caso a rilevare sarebbe la prassi *degli Stati*, pur nata nel contesto dell'organizzazione - A/CN.4/SR.3226, p. 4).

[974] Murphy (A/CN.4/SR.3224, p. 9). Nello specifico, le lacune sarebbero date dall'assenza di un riferimento alla prassi degli Stati all'interno dell'organizzazione; dall'assenza di adeguate limitazioni alla prassi rilevante dell'organizzazione; dall'insufficienza degli argomenti utilizzati per affermare il rilievo attribuito a tale prassi, a fronte di una dottrina notevolmente divisa; dalla mancanza di un'adeguata indicazione dell'estrema specificità del caso dell'Unione Europea; e dall'assenza di riferimenti alla necessità di un'*opinio juris* che accompagni anche la prassi delle organizzazioni internazionali. Più in generale, Murphy dubita che queste siano effettivamente attori nella formazione di consuetudini rilevanti per lo Stato, piuttosto dovendosi rilevare una certa dicotomia, ad esempio nel regime della responsabilità e dell'immunità (per cui la prassi delle organizzazioni avrebbe un ruolo limitato alla formazione di consuetudini *delle organizzazioni* medesime).

[975] Jacobsson (in particolare con il parallelismo nella creazione del diritto consuetudinario da parte degli Stati e delle organizzazioni internazionali, citando l'esempio dell'Unione Europea - A/CN.4/SR.3226, p. 10).

[976] Interim report by the Chairman of the Drafting Committee (2014), p. 13.

[977] *Ibidem*.

[978] Vedi sopra, al punto I.3.2, e oltre, al punto I.2.3.

[979] Slovenia (A/C.6/69/SR.20, par. 41), Francia (che, partendo dal presupposto della primazia del rilievo della prassi statale, sottolinea la necessità di precisare se viene in rilievo anche la prassi di altri enti non statali; inoltre, andrebbero offerti degli esempi circa il contributo della prassi dell'Unione Europea al diritto consuetudinario - A/C.6/69/SR.22, par. 30-31), Austria (A/C.6/69/SR.25, par. 107), Olanda (secondo cui andrebbe in particolare approfondito il processo di formazione dell'*opinio juris* 'dell'organizzazione', che potrebbe dipendere dal mandato di questa - A/C.6/69/SR.26, par. 50), Singapore (A/C.6/69/SR.26, par. 65: "There were wide variations in the organizational structure, mandate, composition of decision-making organs and decision-making procedures of such organizations, all factors that had a bearing on such organizations' role, if any, in the formation of customary international law."), Giappone (sottolineando

della prassi delle organizzazioni di integrazione regionale[980], come anche altri Stati dell'area europea[981]. Alcuni Stati sembravano invece assumere una posizione particolarmente rigida: alcuni affermavano che tale prassi potrebbe soltanto svolgere un ruolo secondario e soltanto nell'identificazione di consuetudini esistenti[982], mentre altri si dichiaravano disposti ad ammettere la rilevanza di tale prassi solo in quanto particolare modalità di espressione della prassi statale[983].

2.4. Altri enti non statali

Rimanendo nel secondo rapporto, il relatore speciale passava poi ad esaminare il possibile rilievo della prassi degli enti non statali ai fini della formazione e identificazione del diritto internazionale consuetudinario: nonostante vi siano alcuni che sostengono che tale rilievo sia da riconoscere, in particolare poiché l'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia non fa esclusivo riferimento agli Stati[984], il relatore speciale rigettava tale teoria. Infatti, pur riconoscendo che individui e organizzazioni non governative possono contribuire alla promozione del diritto internazionale e alla sua osservanza, Wood ribadiva, come visto sopra, la posizione prioritaria degli

---

l'opportunità per la Commissione di adottare un 'approccio prudente' - A/C.6/69/SR.26, par. 75), Sud Africa (A/C.6/69/SR.26, par. 93), Stati Uniti (suggerendo di riformulare la conclusione 4[5] nel senso di sottolineare che la prassi delle organizzazioni internazionali, 'in some defined circumstances', può contribuire alla formazione del diritto consuetudinario, ma, appunto, il ruolo centrale è quello degli Stati - A/C.6/69/SR.27, par. 10; vedi oltre la posizione degli Stati Uniti circa gli altri enti non statali, alla nota 989), Giamaica (secondo cui non è chiaro se tutte le forme di prassi dell'organizzazione hanno lo stesso valore, in particolare eventuali atti *ultra vires* o approvati con maggioranze ridotte - A/C.6/69/SR.27, par. 37), Corea del Sud (A/C.6/69/SR.27, par. 72).

[980] Poichè tali organizzazioni hanno personalità giuridica autonoma e una competenza a concludere autonomamente trattati internazionali in alcuni ambiti di competenza esclusiva; all'interno di questi, come affermato del relatore, la prassi dei singoli Stati è sostituita dalla prassi dell'Unione: trascurarla significherebbe escludere per gli Stati la possibilità di contribuire allo sviluppo del diritto consuetudinario (A/C.6/69/SR.25, par. 77-78).

[981] Paesi Nordici (in particolare quando tali organizzazioni abbiano competenze circa la negoziazione di trattati; si dovrebbe chiarire tuttavia il ruolo del 'silenzio' dell'organizzazione, laddove questa non possa agire per l'impossibilità di raccogliere la necessaria unanimità dei suoi membri - A/C.6/69/SR.25, par. 130), Portogallo (anche qui, in particolare nel caso siano competenti alla negoziazione di trattati - A/C.6/69/SR.26, par. 3), Grecia (sottolineando che una risoluzione proveniente da tali organizzazioni potrebbe valere a dimostrare l'*opinio juris* collettiva degli Stati membri - A/C.6/69/SR.26, par. 31), Romania (A/C.6/69/SR.26, par. 85) e Spagna (A/C.6/69/SR.26, par. 102).

[982] Russia (ricordando che nel caso Nicaragua c. Stati Uniti la Corte Internazionale di Giustizia ha fatto oggetto di analisi non tanto una risoluzione dell'Assemblea Generale quanto le reazioni degli Stati a tale risoluzione, al fine di affermare la natura consuetudinaria del principio di non interferenza negli affari interni di uno Stato - A/C.6/69/SR.25, par. 93) e Iran (affermando non solo che la prassi delle organizzazioni potrebbe rappresentare solo un ausilio per l'identificazione, ma sarebbe necessario che tale prassi rifletta quella statale; in particolare, le risoluzioni dell'Assemblea Generale potrebbero costituire prova di *opinio juris*, come affermato dalla Corte Internazionale di Giustizia, ma sempre avendo cura di indagare le circostanze - A/C.6/69/SR.27, par. 8).

[983] Bielorussia (A/C.6/69/SR.26, par. 21: "His delegation agreed that, with respect to the role of practice in the formation of customary rules, it was necessary to understand the practice of States, including within the framework of international organizations. [...] In future reports, consideration should be given to the extent to which the practice of States acting within an international organization affected the development of customary international law.") e Malesia (sottolineando inoltre che la profonda diversità tra le varie organizzazioni internazionali renderebbe arduo giungere ad una affermazione valida per tutte; del resto, consapevole dell'intenzione del relatore speciale di approfondire la questione nel suo terzo rapporto, il rappresentante malese sospende il giudizio, non prima però di aver dichiarato che l'aggettivo 'primarily' nella Conclusione 4[5] deve essere inteso nel senso dell'assoluta priorità della prassi statale - A/C.6/69/SR.27, par. 44).

[984] A/CN.4/672, nota 137, che ricorda come la proposta iniziale del barone Descamps, al contrario, indicasse la consuetudine come 'practice *between nations* accepted by them as law'.

Stati nel processo consuetudinario, richiamando tra l'altro la simile soluzione adottata dal relatore speciale Nolte nel suo lavoro sulla prassi successiva come strumento interpretativo[985].

Nel corso del dibattito presso la Commissione, alcuni membri sembravano adottare una posizione meno rigida di quella del relatore, sottolineando l'opportunità di evidenziare il ruolo di tali enti, in particolare dopo la Seconda Guerra Mondiale e nel diritto internazionale umanitario[986]; al contrario, veniva espressa una prospettiva ancora più severa, escludendo in toto la rilevanza di tali soggetti ai fini della formazione del diritto consuetudinario[987]. Similmente, all'interno della Sesta Commissione, alcuni Stati appoggiavano la posizione del relatore speciale circa il ruolo secondario attribuito ad altri enti non statali[988], mentre da una parte si negava in generale che l'attività di questi abbia una qualsiasi rilevanza per l'analisi del diritto consuetudinario[989]. Altri Stati, infine, sottolineavano la necessità di un approfondimento, riservandosi di comunicare le proprie considerazioni in occasione del terzo rapporto[990]. Come anticipato, la prassi di altri enti non statali veniva ad essere oggetto di un terzo paragrafo della Conclusione 4 [5], proposto dal relatore speciale nel terzo rapporto e analizzato nel successivo paragrafo.

[985] Come consolidata, in particolare, nella Conclusione 5.2 contenuta nel rapporto della Commissione del 2013 (A/68/10, p. 41): "Other conduct, including by non-State actors, does not constitute subsequent practice under articles 31 and 32. Such conduct may, however, be relevant when assessing the subsequent practice of parties to a treaty."

[986] Saboia (in particolare la condotta di tali enti avrebbe prodotto significativi mutamenti nel diritto consuetudinario, anche 'in spite of – or even in opposition to – State practice' - A/CN.4/SR.3226, p. 12: "Notable examples were decolonization, the recognition of national liberation movements, the incorporation of self-determination as a right of peoples under customary international law, the recognition of the legality of the use of armed force in fighting colonialism and apartheid, and indeed the evolution of the position of the International Court of Justice") e Gomez-Robledo (A/CN.4/SR.3227, p. 3, con espresso riferimento al diritto internazionale umanitario e in particolare alla disciplina dei conflitti armati non internazionali, augurandosi che il terzo rapporto approfondisca il tema).

[987] Gevorgian (con particolare riferimento alla prassi di individui e organizzazioni non governative, e relegando anche la prassi delle organizzazioni ad un ruolo suppletivo, ossia di mero accertamento delle consuetudini, non rilevante nella loro formazione - A/CN.4/SR.3226, p. 13).

[988] Israele (A/C.6/69/SR.25, par. 83: "Her delegation also agreed with the Special Rapporteur that actions of non-State actors did not constitute practice for the purpose of forming or identifying rules of customary international law. Widening the scope of potential actors for such analysis beyond State actors was fraught with the risk of political bias. There was also a question of how, from a practical point of view, the scope and nature of non-State actors was to be included in or excluded from such analysis.") e Romania (A/C.6/69/SR.26, par. 85).

[989] Stati Uniti (A/C.6/69/SR.27, par. 15: "In draft conclusion 4 [5] (Requirement of practice) as provisionally adopted by the Drafting Committee, it was important that the word "primarily" should not be interpreted as implying that the practice of non-State actors, including non-governmental organizations, corporations, and even natural persons, might be of relevance to a customary law analysis. To include such actors would be misguided and unsustainable under any fair reading of customary international law.").

[990] Portogallo (A/C.6/69/SR.26, par. 3, con particolare riferimento al lavoro del Comitato Internazionale della Croce Rossa sul diritto internazionale umanitario consuetudinario, e all'arbitrato Aminoil, che riconosce la possibilità di società private di contribuire alla formazione del diritto consuetudinario) e Polonia (A/C.6/69/SR.26, par. 57, nel senso che non potrebbe mantenersi una prospettiva così ristretta, per cui il ruolo degli enti non statali sarebbe subordinato all'accettazione della loro prassi da parte degli Stati; andrebbe inoltre chiarito in che modo il diritto consuetudinario vincola tali enti).

2.5. Le organizzazioni internazionali nel terzo rapporto

Draft conclusion 4 [5] – Requirement of practice

3. Conduct by other non-State actors is not practice for the purposes of formation or identification of customary international law.

Se nel secondo rapporto la prassi delle organizzazioni internazionali era stata riconosciuta come 'in certi casi' rilevante alla formazione e identificazione del diritto consuetudinario[991], nel terzo rapporto Sir Michael Wood approfondiva l'entità di tale contributo, come evidenziato dalla discussione presso la Commissione[992]. Questa, in occasione del recente lavoro sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali[993], aveva descritto ciò che distingue queste dagli Stati (ossia il fatto che questi hanno una competenza generale, mentre le organizzazioni siano create dagli Stati per svolgere funzioni specifiche) e anche tra di loro (per poteri, dimensione, relazione con gli Stati membri, procedure, strutture e regole primarie)[994]. Tali conclusioni sono rilevanti per il tema dell'identificazione del diritto consuetudinario in quanto confermano che gli Stati rimangono i soggetti principali del diritto internazionale, quindi anche nella formazione del diritto consuetudinario[995]. In particolare, la diversità delle organizzazioni è decisiva nello stabilire il valore della loro prassi, che sarà ad esempio tanto maggiore quanto più elevato sarà il numero di Stati membri o il supporto a tale prassi da parte degli Stati (il che, appunto, testimonia la centralità del ruolo degli Stati)[996].

Occorrerebbe distinguere anzitutto la prassi degli Stati da quella delle organizzazioni, cosa spesso non facile, soprattutto quando si tratti di attività intraprese da organi in cui gli Stati sono rappresentati; quando possibile, tuttavia, affermava il relatore speciale, è opportuno attribuire agli Stati la condotta da questi intrapresa attraverso l'organizzazione[997]. Un'altra distinzione da fare riguarda la prassi dell'organizzazione, che può essere riferita alle operazioni interne (quella che l'articolo 2.j) della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati tra organizzazioni internazionali definisce 'established practice of the organization', collocandola tra le 'regole'

[991] Vedi la Draft Conclusion 4 [5], il cui secondo paragrafo affermava 'In certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.'
[992] Che inoltre optava, come visto, per la rimozione della Conclusione dedicata alle definizioni, compresa quella di 'organizzazione internazionale' come organizzazione intergovernativa; il relatore speciale affermava che in ogni caso il termine è utilizzato nel terzo rapporto nel senso di indicare le entità con personalità giuridica i cui membri siano primariamente Stati o altre organizzazioni (A/CN.4/682, nota 159).
[993] Draft articles on the responsibility of international organizations (DARIO), in ILC Report on the work of the sixty-third session (2011), A/66/10, par. 87.
[994] DARIO General commentary, par. 7, in A/66/10, para. 88.
[995] A/CN.4/682, par. 70.
[996] *Ibidem*, par. 74.
[997] *Ibidem*, par. 71: 'The present report, like the second report, proceeds on the basis of the determination that, where appropriate, the practice of States within international organizations is to be attributed to States themselves.'

dell'organizzazione), oppure riguardare l'attività esterna dell'organizzazione, ossia le relazioni con Stati e altre organizzazioni. Secondo il relatore speciale, se la prima può rilevare per la formazione di un diritto consuetudinario dell'organizzazione, solo la seconda potrebbe avere un ruolo nella formazione di norme consuetudinarie di portata generale[998].

Il relatore speciale identificava quindi tre ipotesi in base al modo in cui la prassi dell'organizzazione si manifesta. La prima sarebbe quella di un atto dell'organizzazione che rifletta la prassi e l'*opinio juris* degli Stati membri, ad esempio quando provenga da un organo in cui questi sono rappresentati: in tal caso, tale prassi potrà certamente valere come elemento di prassi e prova di *opinio juris* (in sostanza poiché attribuibile agli Stati, come poco sopra evidenziato)[999]. La seconda è l'ipotesi in cui la prassi dell'organizzazione 'catalizzi' la prassi degli Stati membri, ossia ne determini la reazione (con conseguente accumulo di prassi e *opinio juris* autonomamente attribuibili allo Stato)[1000]. La terza è la prassi dell'organizzazione riferita alla condotta internazionale della medesima, ossia attività di tipo operativo, che realizzano cioè l'obiettivo o il mandato dell'organizzazione, e che quindi possono rilevare direttamente nella formazione e identificazione di norme consuetudinarie generali[1001]. Wood ribadiva poi quanto affermato nel secondo rapporto circa le organizzazioni cui gli Stati abbiano attribuito competenze specifiche, come l'Unione Europea, sostituendo gli Stati, nei limiti di tali competenze, anche nelle loro relazioni internazionali: non tenere conto della prassi dell'organizzazione in tali ambiti significherebbe negare la possibilità per gli Stati di intervenire nel processo consuetudinario[1002].

Il relatore speciale precisava infine che, se la prassi dell'organizzazione viene in rilievo, dovranno essere valutati i medesimi requisiti visti per la prassi degli Stati[1003]. Egli proponeva infine una modifica della Conclusione 4 [5] nel senso di rimuovere l'avverbio 'primariamente' riferito al ruolo della prassi degli Stati, e di introdurre un terzo paragrafo, sopra riprodotto, che nega che la condotta di qualsiasi attore non statale possa essere considerata 'prassi' ai fini della formazione e identificazione del diritto consuetudinario (si tratta pertanto di una considerazione relativa ad enti diversi dalle organizzazioni propriamente intergovernative)[1004].

---

[998] *Ibidem*, par. 72.
[999] *Ibidem*, par. 74.
[1000] *Ibidem*, par. 75, facendo l'esempio di un progetto di articoli destinato alla discussione da parte degli Stati, rapporti, dichiarazioni, o la richiesta di fornire dati quali la legislazione nazionale.
[1001] *Ibidem*, par. 76, sembrando ricollegarsi alla categoria delle attività 'esterne' dell'organizzazione di cui al precedente paragrafo nel testo. Il relatore speciale porta ad esempio le misure di *enforcement* del Consiglio di Sicurezza e le funzioni del Segretariato Generale ONU come depositario di trattati (le uniche per cui potrebbe parlarsi di 'prassi' rilevante tra le attività del Segretariato).
[1002] *Ibidem*, par. 77.
[1003] *Ibidem*, par. 78.
[1004] *Ibidem*, par. 79.

Nel discutere la conclusione alcuni membri della Commissione tornavano sul generale trattamento che il relatore speciale assicurava alla organizzazioni internazionali, negando che si possa affermare con piena certezza che la loro prassi rileva nell'identificazione delle consuetudini[1005], mentre secondo un'opinione il tema sarebbe in realtà riferito più alla formazione che all'identificazione delle consuetudini[1006]. Altri, pur non condividendo una posizione così rigida, indicavano tuttavia la necessità di approfondire la questione, in particolare identificando con maggior precisione i criteri distintivi tra la prassi dell'organizzazione in sè rispetto a quella attribuibile agli Stati che ne sono parte[1007]. In particolare, buona parte della Commissione appoggiava l'affermazione che il rilievo della prassi delle organizzazioni è limitato a quella esterna[1008], mentre non c'era unanimità di vedute circa la proposta del relatore speciale di eliminare l'avverbio 'primarily', a qualificare la prassi degli Stati come prioritaria[1009].

Rispondendo, il relatore speciale affermava chiaramente che non è possibile negare il rilievo della prassi delle relazioni internazionali: questo sarebbe palese nell'ambito delle relazioni esterne delle organizzazioni medesime, cosa che la Commissione medesima avrebbe già riconosciuto con particolare riferimento alle norme consuetudinarie che regolano i rapporti tra esse e gli Stati, come

[1005] Murphy (A/CN.4/SR.3251, p. 4, in ragione dell'assenza di supporto nel *case law* e della posizione espressa da molti Stati presso la Sesta Commissione. In particolare la prassi dell'Unione Europea rileverebbe solo negli ambiti di competenza attribuiti dagli Stati, e in ogni caso dovrebbe trattarsi di prassi esterna, da parte di organi in cui tutti gli Stati parte sono rappresentati, e rilevante in misura proporzionale al numero di Stati parte dell'organizzazione in generale), Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3251, p. 8), Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 11, specificando che la prassi delle organizzazioni internazionali potrebbe rilevare soltanto quando rifletta quella degli Stati, e comunque abbia un valore sussidiario nonostante vi sia una delega di funzioni; inoltre si dovrebbe specificare, in termini simili a quanto fatto con la conclusione 7.2, cosa avvenga quando la prassi di due organi di una stessa organizzazione è differente, ed infine riconoscere che non sempre il silenzio di uno Stato di fronte alla prassi dell'organizzazione equivale ad *opinio juris*) e Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9; la natura controversa del rilievo da attribuire alla prassi delle organizzazioni si ricaverebbe in particolare dai commenti degli Stati presso la Sesta Commissione, e dalla decisione della CIG nel caso Nicaragua, in cui esplicitamente la Corte nega che se ne possa parlare in quanto 'prassi' rilevante per il diritto consuetudinario).

[1006] Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 9: 'The chapter focused more on the contribution of the practice of international organizations to the formation of custom than to its evidence; it did not seem likely to provide practitioners with useful guidelines to determine which practice, of which organs and in what circumstances, might be helpful in identifying the custom in question.' Ulteriori dubbi sono determinati dall'affermazione che la prassi interna delle organizzazioni vale ai fini della formazione di consuetudini interne ad esse).

[1007] Saboia (A/CN.4/SR.3252, p. 12-13, dovendosi anche ricononscere le posizioni dottrinali che negano il ruolo delle organizzazioni internazionali, e più in generale la primazia degli Stati, andrebbe tuttavia riconsiuto il crescente peso delle organizzazioni. In particolare Saboia cita due esempi: l'istituzione da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite di tribunali penali internazionali, la cui giurisprudenza a sua volta influisce sul diritto consuetudinario, e la risoluzione 'Uniting for peace' promulgata dall'Assemblea Generale. Infine, dovrebbe riconoscersi anche il ruolo di enti non formati da Stati, come la Corte di Giustizia e il DSB del WTO, la cui giurisprudenza influisce certamente sulle consuetudini), Nolte (A/CN.4/SR.3253, p. 7) e Petric (A/CN.4/SR.3253, p. 9, in particolare valutando se si tratti di Stati particolarmente interessati).

[1008] Murphy (A/CN.4/SR.3251, p. 4), Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3), Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 7) e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6, con particolare riferimento alla prassi delle organizzazioni circa la conclusione di trattati, e quella relativa ai privilegi e immunità del personale dell'organizzazione medesima).

[1009] Favorevoli Park (A/CN.4/SR.3251, p. 8) e Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 7), contrari Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 6), Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 9), Saboia (A/CN.4/SR.3252, p. 12) e Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9).

rilevato dal Segretariato nell'Osservazione 13 del Memorandum del 2013[1010]. Il preambolo della Convenzione di Vienna del 1989[1011] e la prassi dell'Unione Europea (e delle altre organizzazioni a cui gli Stati delegano competenze) sarebbero ulteriori elementi di conferma; Wood rassicurava tuttavia sulla propria intenzione di mantenere un atteggiamento cauto, riconoscendo che le organizzazioni sono tra loro diverse e certamente la loro prassi non equivale a quella degli Stati[1012].

Venendo al paragrafo aggiuntivo, erano in molti a richiederne una riformulazione in maniera tale che fosse più chiaro che la prassi degli enti non statali, pur non costituendo 'prassi' dal punto di vista della formazione delle consuetudini, può avere rilievo nell'identificazione di queste[1013]; tale posizione era tuttavia contestata da alcuni[1014]. Nel rispondere a tale commento, Wood riaffermava i propri dubbi circa la prassi di altri enti (e dell'ICRC in particolare), dal momento che essa rileverebbe in ogni caso soltanto indirettamente, per dare cioè impulso o registrare la prassi degli Stati (ossia per fini di accertamento): in tal senso la posizione espressa dal paragrafo sembrerebbe essere condivisa presso la Commissione, benchè possa preferirsi un linguaggo meno rigido[1015].

[1010] Vedi sopra al punto I.1.

[1011] Secondo cui 'the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention'

[1012] A/CN.4/SR.3254, p. 11,

[1013] Tladi (A/CN.4/SR.3251, p. 5), Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 6, con riferimento particolare all'ICRC e al Comitato Olimpico Internazionale), Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 7, concedendo tuttavia che il paragrafo aggiunto svolga un'utile funzione di chiusura), Caflisch (A/CN.4/SR.3252, p. 8, dovendosi chiarire inoltre se ha rilievo la prassi di enti cui gli Stati delegano talune funzioni, come l'ICRC), Saboia (A/CN.4/SR.3252, p. 12), Sturma (A/CN.4/SR.3252, p. 13), Kamto (A/CN.4/SR.3252, p. 16, con particolare riferimento al diritto internazionale umanitario, e quindi all'ICRC), McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 3, dovendosi riconoscere il ruolo della prassi che si genera nell'interazione tra gli Stati e tali enti nella formazione di trattati: 'in some circumstances, the mixed activity of States and non-State actors could constitute relevant practice, although the actions and views of non-State actors were not relevant to the determination of *opinio juris*.' Inoltre, la prassi di tali enti potrebbe avere lo stesso peso della dottrina - *ibidem*, p. 4: 'The activities and writings of certain non-State actors, including those involved in treaty-making exercises, mixed bodies such as the International Committee of the Red Cross (ICRC) and NGOs, provided a further source of evidence of the existence of rules of customary international law.'), Nolte (A/CN.4/SR.3253, p. 7, chiedendo di riformulare in maniera coerente con la quinta conlusione del suo lavoro su accordi e prassi successiva - ossia riconoscendo il rilievo probatorio della prassi degli altri enti), Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 11), Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p.3, richiamando l'ICRC ma riconoscendo che non è chiaro *quale* prassi di tale ente verrebbe in rilievo; inoltre andrebbe riconosciuto che gli atti non vincolanti di alcuni enti hanno comunque influenza sulla società civile e, quindi, sulla policy degli Stati: in tal senso è la prassi che nasce dall'interazione tra Stati ed enti a poter rilevare, come affermato da McRae - che faceva riferimento, tuttavia, alla sola negoziazione di trattati). In particolare, se l'ente prende posizione sullo status consuetudinario di una norma oppure applica la disposizione di un trattato (di cui non potrebbe essere parte), lo Stato potrebbe invocare la responsabilità ente in caso l'ente violi la norma invocata (una sorta di *estoppel*), testimoniandosi così l'*opinio juris* dello Stato: tale affermazione si ritrova del resto nel rapporto di Jacobsson per la Commissione circa la protezione dell'ambiente nel corso di conflitti armati) e Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9).

[1014] Murphy (specificando che la prassi di tali enti non rileva perchè gli Stati non possono delegarvi funzioni, coerentemente con l'idea che, in generale, la prassi delle organizzazioni internazionali possa rilevare soltanto nei limiti della delega - A/CN.4/SR.3251, p. 3), Park (A/CN.4/SR.3251, p. 8, contestando in realtà l'utilità del nuovo paragrafo, dal momento che la prassi di tali enti risulta già esclusa in ragione delle altre conclusioni), Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3.), Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6, affermando in realtà che dalla conclusione così come formulata è sufficientemente chiaro che la prassi degli enti non statali non è irrilevante per l'*accertamento* delle consuetudini.) e Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3254, p. 8).

[1015] A/CN.4/SR.3254, p. 11.

Il Drafting Committee sceglieva di mantenere inalterati i primi due paragrafi della Conclusione 4 (compreso quindi l'avverbio 'primariamente'), indicando che la rilevanza della prassi dell'organizzazione 'in certain cases' sarà spiegata nel commentario[1016]. Nel terzo paragrafo sostituiva l'espressione 'attori non statali' con 'altri attori', ricordando che le organizzazioni internazionali sono comunque composte da Stati, ma che, dal momento che ad esse è già dedicato il secondo paragrafo, nel terzo è preferibile usare un'espressione di tipo residuale. Veniva aggiunta una frase che testimonia la rilevanza di tali altri attori, non direttamente nella formazione e identificazione del diritto consuetudinario, bensì nella determinazione della prassi (statale o delle organizzazioni internazionali); occorre quindi evidenziare come, in tale prospettiva, venga riconosciuto agli 'altri enti' un ruolo secondario anche nell'accertamento (che non è della consuetudine in sè, bensì della prassi)[1017]:

> *Draft Conclusion 4 [5]*
>
> *3. Conduct of other actors is not practice that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law, but may be relevant when assessing the practice referred to in paragraphs 1 and 2.*

Gli Stati presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale sembravano in gran parte adottare un approccio cauto, non negando il possibile rilievo della prassi delle organizzazioni internazionali, ma sottolineando la grande varietà che le caratterizza, dovendosi in particolare attribuire maggior peso alla prassi di un'organizzazione che eserciti competenze delegatele dagli Stati parte[1018]. Sono

[1016] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 5.

[1017] Riavvicinando pertanto il lessico utilizzato dalla Commissione a quello evidenziato dal Segretariato nel Memorandum del 2013, a sua volta ripreso dal Working Paper di Hudson, che distingueva prove primarie (della consuetudine) e secondarie (della prassi); vedi sopra al punto I.1.

[1018] Unione Europea (A/C.6/70/SR.17, par. 82, sostenendo inoltre che bisognerebbe riconoscere il giusto peso anche alla prassi delle organizzazioni in rapporto al trattato istitutivo e agli organi giudiziali che ne facciano parte; per correggersi l'incoerenza nella trattazione della prassi delle organizzazioni nel lavoro della Commissione, poi, dovrebbe aggiungersi tale prassi tra le forme di prassi di cui alla Conclusione 6, indicare che la Conclusione 5 si applica anche alle organizzazioni se esercitano poteri statali dello stesso tipo, e che le 'decisioni giudiziali' comprendono anche quelle emanate da organi facenti parte di organizzazioni internazionali), Messico (A/C.6/70/SR.21, par. 49, distinguendo tra una prassi dell'organizzazione 'parallela' a quella degli Stati in presenza di competenze delegate, e una propriamente 'sostitutiva' di quella statale nel processo consuetudinario se l'organizzazione esercita funzioni che lo Stato non potrebbe esercitare: 'In one scenario, the organizations were collectively delegated to carry out activities that would in principle be the preserve of States, such as foreign policy or a given economic activity. In that case, the action or inaction of the organizations could in principle be viewed alongside the practice and *opinio juris* of its Member States. In another scenario, the organizations were assigned functions that States did not and could not carry out individually, such as authorizing the use of force where the unilateral use of force was prohibited. In that case, their action or inaction had value in and of itself.'), Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 55), Germania (A/C.6/70/SR.22, par. 10: 'The contribution of international organizations to the development of customary international law was particularly important in the case of supranational institutions which exercised certain competences, in some cases even exclusively, on behalf of their member States. Such practice and *opinio juris* should be taken into account in the same way as if the member States had continued to exercise that competence at the national level.'), Stati Uniti (A/C.6/70/SR.22, par. 36-39, evidenziando che la conclusione rischia ancora di essere letta nel senso di attribuire un ruolo equiparabile a Stati e organizzazioni internazionali, in assenza di sufficiente supporto nella letteratura e di adeguate argomentazioni nel rapporto. In particolare, il caso dell'Unione Europea (e di altre organizzazioni che potessero essere delegatarie di poteri statali) costituisce un'eccezione, che andrebbe indicata separatamente. Gli Stati Uniti non negavano tuttavia che

pochi gli Stati che si appellavano alla centralità dello Stato per limitare il rilievo della prassi delle organizzazioni, in sostanza ammettendo che debba essere presa in considerazione soltanto l'ipotesi di organi rappresentativi all'interno di organizzazioni intergovernative[1019]. Sono pochi anche gli Stati che evidenziavano la necessità di approfondire i criteri per cui una condotta dell'organizzazione potrebbe attribuirsi direttamente agli Stati parte, piuttosto che all'organizzazione in sè[1020], mentre un rappresentante sembrava accogliere la distinzione tra un diritto consuetudinario generale, da uno rilevante 'internamente' solo per l'organizzazione, per cui la prassi di questa avrebbe maggiore rilievo[1021].

Per quanto riguarda la prassi di 'altri enti', pochi stati contestavano la posizione assunta dalla corte, ipotizzando un ruolo più diretto di tale prassi nella formazione di consuetudini[1022]; la gran parte degli Stati appoggiava invece l'approccio della Commissione, che limitava il rilievo di tale prassi al

---

l'organizzazione internazionale possa costituire un *forum* per gli Stati, in cui la loro prassi si manifesti, oppure dare impulso alla prassi statale, agendo in maniera tale da determinare la reazione degli Stati), Australia (A/C.6/70/SR.22, par. 50), Regno Unito (A/C.6/70/SR.23, par. 33, dovendosi in particolare riconoscere che in ogni caso la prassi dell'organizzazione non potrebbe valere quando le competenze delegate fossero state esercitate *ultra vires*, e in particolare citando i limiti che si impongono all'interno dell'Unione Europea) e Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 61, riconoscendo il possibile rilievo della prassi delle organizzioni internazionali, ma comunque ricordando la centralità degli Stati).

[1019] Bielorussia (A/C.6/70/SR.21, par. 27: 'the acts of intergovernmental organizations should be taken into consideration only to the extent that they reflected the practices of Member States, first and foremost in representative bodies, as opposed to secretariats, treaty bodies or similar institutions.'), Sudan (A/C.6/70/SR.21, par. 86) e Argentina (A/C.6/70/SR.23, par. 70, per cui la prassi dell'organizzazione potrebbe valere solo qualora rifletta la 'volontà' degli Stati: ', only the practice of entities that were subjects of international law acting within the sphere of their competence could be taken into account for the purposes of the formation or identification of a rule of customary international law. The practice of intergovernmental organizations, for example, was relevant for such purposes only to the extent that it accurately reflected the will of the organizations' member States.').

[1020] Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 55) e Australia (A/C.6/70/SR.22, par. 50).

[1021] Polonia (A/C.6/70/SR.21, par. 67).

[1022] Austria (A/C.6/70/SR.20, par. 28. poichè affermare 'that conduct of other actors was not practice that contributed to the formation, or expression, of rules of customary international law, but might be relevant when assessing required practice, did not do justice to the important contribution of the International Committee of the Red Cross to international practice.'), Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 42, affermando che la prassi di enti non statali avrebbe di fatto rilievo diretto nella *formazione* di consuetudini quando tali enti fossero soggetti alla regola medesima, o in ambiti nuovi, purchè in presenza dell'*opinio juris* degli Stati e in ogni caso non considerando tale prassi al pari di quella statale: 'With regard to rules of international law whose addressees included non-State actors, such as armed groups in internal armed conflict, or in new fields of international regulation comprising a mixture of customary international law rules and policy guidelines, both applicable to private entities such as private military security companies, it could not easily be argued that the behaviour of the addressees was irrelevant for the formation of customary international law. In that case, the non-State actor's observance of certain rules and principles, if accepted by the community of States as reflecting the law, might constitute practice which might be relevant for the formation of a customary international law rule, even if it could not be equated with State practice.' Il rappresentante greco ricorda inoltre che la prassi dell'ente potrebbe consolidare una regola o facilitarne la formazione, in particolare quando si tratti di disposizioni convenzionali: gli Stati obbligati dal trattato reagirebbero infatti producendo prassi (successiva), utile al processo consuetudinario) e Spagna (A/C.6/70/SR.22, par. 91: 'There were fields of international law where non-State actors played an important role, and their conduct should be taken into account in determining existing international law. Her delegation was in favour of a more nuanced approach.').

piano probatorio[1023], pur talvolta invocando un approfondimento dei criteri per valutare tale rilevanza[1024].

2.6. Corti internazionali come 'altri enti'

Tra gli 'attori non statali', Wood includeva nel suo secondo rapporto anche le corti internazionali, e in un paragrafo escludeva pertanto che le decisioni di tali corti valgano in quanto 'prassi statale'; va indubbiamente riconosciuto, tuttavia, il ruolo di queste come strumento sussidiario per la determinazione del diritto consuetudinario, alla luce dell'espressa indicazione in tal senso contenuta nell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, in particolare quando si tratti di decisioni della medesima Corte de L'Aja[1025].

Gli altri membri della Commissione sembravano appoggiare tale posizione, mancando vere e proprie prese di posizione in senso contrario; similmente, la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale non sollevava nessuna particolare opposizione, anzi alcuni Stati confermavano espressamente la necessità di tener conto delle decisioni delle corti internazionali, pur escludendo che si tratti di 'prassi' in senso proprio[1026].

Come indicato nel successivo paragrafo, il relatore ritornava sul tema nel terzo rapporto, dedicando alla giurisprudenza (internazionale ma anche nazionale), assieme alla dottrina, una apposita

[1023] Repubblica Ceca (A/C.6/70/SR.20, par. 56, in realtà ammettendo solo il rilievo della prassi dell'ICRC a titolo di ccezione, ma non essendo possibile riconoscere il rilievo probatorio della prassi di tali enti in generale), Bielorussia (A/C.6/70/SR.21, par. 27), Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 55), Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 70, in ragione della centralità degli Stati nel diritto internazionale, e del fatto che altrimenti bisognerebbe stabilire dei criteri per individuare gli enti la cui prassi sarebbe rilevante: 'The establishment of custom should be State-driven and should exclude non-State actors, for fear of polarization and politicization, particularly since the international community might otherwise be forced to determine which non-State actors were legitimate sources of custom and which were not.'), Germania (A/C.6/70/SR.22, par. 10), Australia (A/C.6/70/SR.22, par. 50, precisando che avrebbe preferito la formulazione più rigida contenuta nel terzo rapporto del relatore speciale: 'His delegation preferred the Special Rapporteur's formulation of draft conclusion 4 [5], paragraph 3, which clearly stated that conduct by other non-State actors was not practice in the relevant sense, to the version provisionally adopted by the Drafting Committee, which stated that the practice of non-State actors might be relevant when assessing the practice of States and international organizations.'), Turchia (A/C.6/70/SR.22, par. 108), Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 39, indicando tuttavia di apprezzare la formulazione meno rigida di quella inizialmente proposta dal relatore speciale) e Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 61).

[1024] India (A/C.6/70/SR.21, par. 64, dovendosi approfondire anzitutto cosa debba intendersi per 'altri enti'), Indonesia (A/C.6/70/SR.23, par. 25) e Corea del Sud (A/C.6/70/SR.23, par. 52).

[1025] A/CN.4/672, par. 46.

[1026] Regno Unito (affermando che è bene che all'autorità della Corte Internazionale di Giustizia si affianchi quella di un lavoro delle Commissione di Diritto Interanazionale - A/C.6/69/SR.26, par. 13), Grecia (A/C.6/69/SR.26, par. 31: "While the decisions of international courts and tribunals as to the existence of rules of customary international law did not constitute "general practice", international *case law* had an indirect but decisive normative influence that should be further considered in the Commission's future work ..."), Sud Africa (A/C.6/69/SR.26, par. 95) e India (A/C.6/69/SR.26, par. 108; pur mettendo in guardia, subito dopo, che è necessario fare attenzione nel valutare gli argomenti che gli Stati utilizzano nel contesto di una controversia - *ibidem*, par. 109).

Conclusione all'interno della parte dedicata a 'certi materiali' di particolare rilievo per l'identificazione del diritto consuetudinario[1027].

2.7. Decisioni giudiziali e dottrina nel terzo rapporto

Draft conclusion 14 – Judicial decisions and writings

Judicial decisions and writings may serve as subsidiary means for the identification of rules of customary international law.

Qualificati dall'articolo 38.1.d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia come 'mezzi sussidiari per la determinazione del diritto' (in generale), giurisprudenza e dottrina costituiscono certamente un ausilio nell'identificazione del diritto (anche) consuetudinario[1028].

2.7.1. Decisioni giudiziali[1029]

Il relatore speciale distingueva anzitutto tra giurisprudenza nazionale e internazionale, la prima potendo costituire al tempo stesso elemento di prassi e prova di *opinio juris* (facendo attenzione tuttavia al modo in cui il diritto internazionale è applicato negli ordinamenti interni)[1030], la seconda non potendosi considerare 'prassi', bensì potendo valere quale mezzo di prova[1031]. Per quanto riguarda le decisioni di corti internazionali, l'assenza di una generale regola di vincolatività del precedente in diritto internazionale significa che la decisione non può ritenersi come prova conclusiva nell'accertamento di una consuetudine; inoltre si deve ritenere che il valore da attribuirsi ad una decisione può dipendere da molteplici fattori[1032], e che il diritto consuetudinario può modificarsi nel tempo successivo ad essa. Nondimeno, la giurisprudenza internazionale, anche arbitrale, è spesso vista come fonte autoritativa di norme consuetudinarie, soprattutto quella della Corte Internazionale di Giustizia[1033].

[1027] Poco oltre al punto I.2.7.

[1028] Articolo 38 dello Statuto CIG: '1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: ... d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.'

[1029] Il termine deve essere inteso nel senso di comprendere non solo le sentenze, ma anche i pareri e le ordinanze incidentali (A/CN.4/682, nota 141).

[1030] *Ibidem*, par. 58; Wood spiega che è preferibile ritenere la giurisprudenza nazionale ricompresa nell'ambito delle 'judicial decisions' di cui all'articolo 38.1.d) dello statuto CIG, ma il punto non è pacifico (vedi *ibidem*, nota 143).

[1031] *Ibidem*, par. 59; il relatore speciale sembra riferirsi qui alla decisione giudiziale internazionale come prova *della consuetudine*, poiché nella nota 145 spiega come giurisprudenza e dottrina possano anche rappresentare mezzi sussidiari nell'accertamento *della prassi* degli Stati. Si ricordi per altro la distinzione tra prove primarie (della consuetudine) e secondarie (della prassi) operata dal Segretariato nel Memorandum del 2013, non ripresa dal relatore speciale nemmeno in questo rapporto (vedi *supra*).

[1032] *Ibidem*, indicando in particolare la qualità del ragionamento giuridico, la composizione della corte e l'entità della maggioranza decidente.

[1033] *Ibidem*, par. 60; la CIG fa anzi spesso riferimento alla *propria* precedente giurisprudenza, oltre che a quella della PCIJ.

Molti membri della Commissione suggerivano al relatore speciale di separare giurisprudenza e dottrina in due conclusioni differenti[1034], ma soprattutto di distinguere la giurisprudenza internazionale da quella nazionale[1035]. Secondo molti, quest'ultima avrebbe meritato un ulteriore approfondimento in ragione del suo doppio ruolo, oltre che come mezzo sussidiario per l'accertamento del diritto, anche come forma di prassi e prova di *opinio juris*[1036]. Riferendosi alla giurisprudenza internazionale, invece, una parte affermava che il ruolo di questa (in particolare le decisioni della CIG) avrebbe dovuto collocarsi al di sopra della dottrina, suggerendo in ogni caso di eliminare l'espressione 'mezzi sussidiari'[1037]. Il medesimo intervento scatenava inoltre un breve dibattito circa l'opportunità di una distinzione tra forme di prassi e forme di prova della prassi, sostenuta da due membri, giudicata 'artificiale' da un altro[1038].

Alcuni membri della Commissione esprimevano i propri dubbi circa i criteri indicati da Wood nel rapporto per valutare il peso della giurisprudenza, giudicati troppo soggettivi[1039]. Una parte

[1034] Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p. 4), Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6) e Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9).

[1035] Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 11), Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 5), Kamto (A/CN.4/SR.3252, p. 5), McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 4), Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 12), Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p. 4) e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6).

[1036] Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9), Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 5), Caflisch (A/CN.4/SR.3252, p. 8: 'The Special Rapporteur was also right to include in judicial decisions the decisions of both international and national courts, even though the latter were certainly less authoritative — although it could be argued that, at the same time, they formed part of State "practice".'; inoltre egli ricordava che la giurisprudenza della CIG è certamente rilevante, ma non esiste una gerarchia di corti nel diritto internazionale), Kamto (A/CN.4/SR.3253, p. 4) e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6, che sembra in realtà disconoscere il ruolo della giurisprudenza internazionale come forma di prova: 'it was unfortunate that no distinction had been made between the decisions of international courts and tribunals and those of national courts, as the latter clearly did not have the same competence with regard to matters of international law. National jurisprudence should perhaps be mentioned in the draft conclusions on forms of practice and evidence of *opinio juris*, while draft conclusion 14 should deal only with international jurisprudence.').

[1037] McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 4: 'to characterize judicial decisions and the writings of scholars as being equally capable of serving as subsidiary means for the identification of international law afforded them an equivalence that they, in fact, did not possess. Of course, Article 38 of the Statute of the International Court of Justice also equated judicial decisions and scholarly writings, and the formulation of draft article 14 had the advantage of being clearer. But to what were those decisions and writings subsidiary? They clearly did not constitute practice, nor did they of themselves constitute *opinio juris*, but they could serve as evidence of State practice and of what had been accepted as law. However, it was misleading to describe judicial decisions as "subsidiary means".') e Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9); contrario invece Tladi (secondo cui ciò avrebbe dato l'impressione che i giudici possano 'creare' il diritto - A/CN.4/SR.3253, p. 5).

[1038] Fortea e Hmoud i primi due, Kamto il contrario (A/CN.4/SR.3253, p. 5: 'Mr. Forteau pointed out that section V of the report covered two distinct ideas: forms of practice and forms of evidence of customary international law. [...] Mr. Kamto said that the distinction between forms of practice and forms of evidence was perhaps an artificial one. It was sometimes unclear whether judicial decisions constituted evidence of State practice or of the practice of the court itself.').

[1039] Tladi (A/CN.4/SR.3251, p. 5: 'Who would decide whether the quality of the legal reasoning in such decisions was good, and how was the court's composition to be taken into account?') e Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 6: 'it was stated in paragraph 60 of the report that the weight of the decisions of international courts and tribunals varied depending on the quality of the reasoning, the composition of the court or tribunal and the size of the majority by which they had been adopted. Not only were some of those conditions too subjective, but they also raised the question of which party might be entitled to evaluate them and on what basis.'); d'accordo invece con la necessità di valutare il peso della singola decisione Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 7).

suggeriva di richiamare anche le opinioni dissenzienti e separate[1040], e gli atti di altri enti quasi giudiziali[1041]. Nella sua replica, Wood si diceva favorevole a distinguere in due conclusioni giurisprudenza e dottrina, e la giurisprudenza internazionale da quella nazionale (di cui non si potrebbe negare il ruolo come possibile forma di prassi e prova di *opinio juris*); al contario, il relatore speciale si diceva in disaccordo sulla proposta di indicare le opinioni dei singoli giudici, poichè esse non sono 'decisioni', e gli atti di enti quasi giudiziali, poichè non vincolanti, bensì limitati dai trattati che tali enti istituiscono[1042].

Il Drafting Committee decideva pertanto di separare le due categorie, e dividere in due paragrafi la conclusione dedicata alla giurisprudenza, denominata più in generale 'Decision of courts and tribunals'. Il primo paragrafo era dedicato alla giurisprudenza internazionale, mantenendo il termine 'subsidiary' e preferendo 'determination' (invece di 'identification') in funzione di collegamento all'articolo 38.1.d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia; veniva inoltre effettuato un richiamo espresso a quest'ultima, da non intendersi in senso gerarchico[1043], mentre era lasciato al commentario il compito di precisare che sono ricomprese anche le decisioni arbitrali, interlocutorie e i pareri. Il secondo paragrafo, dedicato alla giurisprudenza nazionale, precisava che essa può venire in rilievo 'quando opportuno' e sempre quale mezzo sussidiario, lasciando al commento la distinzione tra tale funzione e quella di elemento di prassi e prova di *opinio juris*:

> *Draft conclusion 13 [14] – Decisions of courts and tribunals*
>
> *1. Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, concerning the existence and content of rules of customary international law are a subsidiary means for the determination of such rules.*
>
> *2. Regard may be had, as appropriate, to decisions of national courts concerning the existence and content of rules of customary international law, as a subsidiary means for the determination of such rules.*

Presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale molti Stati si dichiaravano espressamente d'accordo con la scelta di separare in due diverse Conclusioni le decisioni giudiziali dalla dottrina[1044], alcuni dicendosi espressamente a favore anche della distinzione tra giurisprudenza

[1040] Sturma (A/CN.4/SR.3252, p. 14), contrario Kamto (che le assimilava piuttosto ai 'writings' - A/CN.4/SR.3252, p. 15).
[1041] Sturma (A/CN.4/SR.3252, p. 14) e Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9).
[1042] A/CN.4/SR.3254, p. 13.
[1043] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 16: 'a specific reference is made in the draft conclusion to the International Court of Justice, without seeking to prescribe any institutional hierarchy among the
various international courts and tribunals'.
[1044] Francia (A/C.6/70/SR.20, par. 17), Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 44), Romania (A/C.6/70/SR.21, par. 77), Slovacchia (A/C.6/70/SR.23, par. 9), Indonesia (A/C.6/70/SR.23, par. 28) e Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 41).

internazionale e nazionale[1045]. Sul piano generale, alcuni Stati si dicevano anche d'accordo a riconoscere soltanto un rilievo probatorio e 'sussidiario' alla giurisprudenza[1046], mentre altri richiedevano un'analisi della rilevanza delle opinioni separate e dissenzienti allegate alle decisioni[1047], o, ancora, un approfondimento della questione in generale[1048].

Alcune diversità emergevano, in particolare, circa il ruolo da attribuirsi a decisioni internazionali piuttosto che interne: mentre uno Stato riconosceva un maggior valore alla giurisprudenza nazionale poichè possibile prova di *opinio juris*[1049], un altro faceva espresso riferimento al ruolo delle corti interne nell'applicazione della norma sull'immunità degli Stati[1050], e alcuni invocavano la necessità di far riferimento a corti di vari paesi del mondo[1051]. Al contrario altri Stati affermavano che dovrebbe attribuirsi maggior peso alla giurisprudenza internazionale, in particolare quella della CIG[1052]; similmente un rappresentante richiamava alla cautela nel valutare le decisioni nazionali[1053], mentre un altro negava che poche decisioni nazionali potessero ritenersi sufficienti a formare una consuetudine[1054].

2.7.2. Dottrina

Anche gli autori di scritti dottrinali sono 'soggetti' rilevanti per l'accertamento del diritto consuetudinario: benché oggi meno rilevante che in passato[1055], gli 'scritti' ('writings') rimangono infatti una rilevante fonte di informazioni e analisi circa l'esistenza e il contenuto di norme consuetudinarie. Anche qui, occorre tuttavia una certa cautela nel considerare la dottrina come prova *definitiva*, dal momento che è possibile che gli autori scrivano con l'intenzione di dare sostegno alla posizione di uno o più Stati, o più in generale con quella di promuovere una determinata prospettiva o una nuova regola, oltre al fatto che possano adottare approcci originali

[1045] Francia (A/C.6/70/SR.20, par. 17) e Indonesia (A/C.6/70/SR.23, par. 28).
[1046] Messico (A/C.6/70/SR.21, par. 47), Turchia (A/C.6/70/SR.22, par. 109) e Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 61).
[1047] India (A/C.6/70/SR.21, par. 64) e Slovacchia (A/C.6/70/SR.23, par. 9).
[1048] Malesia (A/C.6/70/SR.23, par. 44).
[1049] Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 72, richiamando, per altro, la decisione della CIG nel caso del Mandato d'arresto; al contrario 'the jurisprudence of international courts should be relied upon as a subsidiary means of identification only when their decisions included a comprehensive review and analysis of State practice.').
[1050] Spagna (A/C.6/70/SR.22, par. 93).
[1051] India (A/C.6/70/SR.22, par. 64) e Cina (A/C.6/70/SR.22, par. 70).
[1052] Sudan (A/C.6/70/SR.21, par. 87), Giappone (A/C.6/70/SR.22, par. 127) e Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 41: 'The specific reference to the International Court of Justice in draft conclusion 13 [14], paragraph 1, was justified, as was the cautionary reference in paragraph 2 that regard might be had "as appropriate" to decisions of national courts.').
[1053] Vietnam (A/C.6/70/SR.23, par. 16: 'caution was needed in addressing the role of national courts' decisions, in view of country-specific constitutional constraints and the doctrine of precedent in domestic law.').
[1054] Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 65: 'The decisions of national courts also merited further consideration by the Commission, given that there were wide gaps between different legal systems, notably between *common law* and Romano-Germanic systems. Some national courts had dealt with matters involving international law, while others had not touched on them at all. The decisions of the national courts of a limited number of States could therefore not constitute generally accepted practice for the purpose of the formation of customary international law.').
[1055] Quando, in assenza di prassi statale e giurisprudenza ampiamente disponibili, l'accademia era nella posizione di guidare la sistematizzazione e lo sviluppo del diritto consuetudinario (A/CN.4/682, par. 62).

all'identificazione delle consuetudini[1056]. Di maggiore rilievo godono i lavori collettivi, provenienti cioè da istituzioni come la medesima Commissione di Diritto Internazionale[1057]: questi sono anzi richiamati dalla stessa Corte Internazionale di Giustizia, a differenza dei lavori dei singoli autori, i quali tuttavia vengono talvolta citati nelle opinioni dei singoli giudici o da altre corti, anche nazionali[1058].

Molti membri della Commissione sostenevano la necessità di non lasciare al commentario il compito di sottolineare il ruolo dei lavori collettivi, in particolare quelli della Commissione medesima[1059], mentre alcuni richiedevano un chiarimento circa il termine 'writings'[1060]. Mentre un membro tornava sull'opportunità di eliminare l'aggettivo 'sussidiari', poichè sembrava attribuire un ruolo subordinato a tali mezzi[1061], altri dibattevano circa quella di ricorrere a criteri soggettivi per valutare il peso dei singoli contributi dottrinali[1062]. Nella sua replica, Wood specificava che il termine 'sussidiari' doveva essere letto in relazione al fatto che non si tratta di 'fonti primarie del diritto', e che non si negava che quello di accertamento del diritto consuetudinario fosse un processo unitario; al contrario, il relatore speciale si diceva contrario a dedicare una conclusione apposita ai lavori collettivi, potendo bastare un riferimento nel commentario[1063].

[1056] *Ibidem*, par. 64.
[1057] Oppure l'International Law Association o l'Istituto di Diritto Internazionale (*ibidem*, par. 65).
[1058] *Ibidem*, par. 66.
[1059] Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 6: 'It was essential to include a separate conclusion on the role, not only of treaties, but also of the texts produced by the Commission, as evidence of customary law. Given the Commission's status as a subsidiary body of the United Nations General Assembly, its work was more than just a subsidiary means for the determination of rules of international law. The Special Rapporteur's classification of the Commission's texts as "writings" was a debatable over-simplification: its status set its works apart, and both domestic and international courts made use of them in a way that was in no way comparable with their use of other writings.'), Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 10, suggerendo in realtà di farvi riferimento nella conclusione dedicata alle risoluzioni, o a quella dedicata ai trattati), McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 4, con riferimento anche all'ILA e all'IDI), Nolte (A/CN.4/SR.3253, p. 6, riferendosi alla conclusione relativa alle risoluzioni: 'He shared the view that the Commission's work was not merely a collective academic endeavour: the political process of its creation, and the relationship of the work to that of the General Assembly, in particular the Sixth Committee, gave it enhanced authority.'), Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3253, p. 11) e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6).
[1060] Sturma (A/CN.4/SR.3252, p. 14) e Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 12).
[1061] Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 11, con riferimento anche alle decisioni giudiziali: 'he wondered whether it was appropriate to describe them as subsidiary means for the determination of rules, implying that they would be resorted to only after exhaustion of the primary means of identification or to complement other means. While judicial decisions and writings could not be a source of law or create rules, they were viewed as authoritative pronouncements of the rules of international law. The fact that their evidentiary value could not be conclusive did not mean that they were subsidiary, as all forms of evidence relating to the existence of customary international law needed to be corroborated.').
[1062] A favore Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 7) e Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 12: 'it seemed to be going too far to include the reference to writings, without any qualification, since there was a considerable difference between authoritative and ordinary writings.'); contrari invece Caflisch (A/CN.4/SR.3252, p. 8: 'the Special Rapporteur had wisely chosen to employ a neutral phrase without referring, as Article 38 of the Statute of the International Court of Justice did, to the "teachings of the most highly qualified publicists", who were difficult to identify.'), Kamto (A/CN.4/SR.3252, p. 16, evidenziando il rischio che così si avvantaggerebbero gli autori occidentali, mentre l'articolo 38 dello Statuto della CIG fa espresso riferimento alla dottrina proveniente da 'various nations') e Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3253, p. 11, condividendo l'osservazione di McRae circa la necessità di tenere conto della dottrina proveniente da vari paesi).
[1063] A/CN.4/SR.3254, p. 13.

Come visto, il Drafting Committee dedicava una conclusione apposita alla funzione della dottrina, mantenendo i termini 'teachings', 'publicists', 'subsidiary' e 'determination' come richiamo al testo dell'articolo 38.1.d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, e nonostante la riconosciuta scarsa modernità di tale vocabolario[1064]; veniva tuttavia precisato che si può trattare di lavori provenienti da tutte le zone del mondo, purché comunque ad opera di autori particolarmente rilevanti. Infine, si preferiva non richiamare il ruolo degli enti composti da esperti, in ragione degli approfondimenti che si richiedono e che il relatore speciale aveva in programma per il rapporto del 2016:

> *Draft conclusion 14 – Teachings*
>
> *Teachings of the most highly qualified publicists of the various nations may serve as a subsidiary means for the determination of rules of customary international law.*

Nel discutere il rapporto della Commissione del 2015 molti rappresentanti degli Stati evidenziavano la necessità di dedicare uno spazio separato ai lavori accademici collettivi, in particolare quelli della Commissione medesima[1065]; in particolare alcuni suggerivano di farvi riferimento all'interno della Conclusione relativa alle risoluzioni[1066]. Sul piano dei contenuti, si evidenziava l'inopportunità di limitare gli autori rilevanti per mezzo di un criterio soggettivo come 'most highly qualified'[1067], mentre altri Stati sembravano adottare un approccio ancora più restrittivo, richiamando alla cautela nel valutare la dottrina[1068], o invitando ad un approfondimento[1069].

[1064] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 17.

[1065] Francia (A/C.6/70/SR.20, par. 17: 'a separate conclusion should be drafted on the role of the work of the International Law Commission as evidence of a rule of customary international law since, in view of its status as the subsidiary body of the General Assembly responsible for the promotion of the progressive development of international law and its codification, and its dialogue with States within the Sixth Committee, its work did not seem comparable to academic writings.'), Spagna (A/C.6/70/SR.22, par. 93, con espresso richiamo, in realtà, alle risoluzioni dell'IDI) e Vietnam (A/C.6/70/SR.23, par. 15, avendo i lavori dell'ILC in particoalre non un rilievo 'sussidiario' bensì primario: 'the work of the International Law Commission should not be equated with teachings of the most highly qualified publicists of the various nations as a subsidiary means for the determination of rules of customary international law. In many cases, the Commission's work should in fact serve as primary evidence of customary international law.').

[1066] Austria (A/C.6/70/SR.20, par. 27) e Cile (A/C.6/70/SR.22, par. 82).

[1067] Francia (A/C.6/70/SR.20, par. 17) e Malesia (A/C.6/70/SR.23, par. 44, trattandosi di un criterio soggettivo: 'even though the term "highly qualified publicists" was derived from article 38, paragraph 1 (d), of the Statute of the International Court of Justice, her delegation viewed it as subjective and open to different definitions. It hoped that the commentary to draft conclusion 14 would define and explain the term more adequately.').

[1068] Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 44: 'Scholarly writings should be approached with more caution than *case law,* given that in some of them the distinction between what the law was and what it should be was sometimes blurred.'), Bielorussia (A/C.6/70/SR.21, par. 27: ', customary international law was formed exclusively on the basis of State practice, so those legal opinions were relevant only if considered in that context.') e Messico (A/C.6/70/SR.21, par. 47, ricordando che i lavori accademici (come anche trattati, risoluzioi e decisioni giudiziali) non possono creare direttamente norme consuetudinarie, bensì hanno solo rilievo probatorio, in ogni caso da valutarsi contestualmente.).

[1069] Olanda (A/C.6/70/SR.21, par. 39, in particolare dovendosi chiarire come la Conclusione si rapporta all'articolo 38 dello Statuto della CIG) e Cina (A/C.6/70/SR.22, par. 70, dovendosi in particolare specificare che i testi dovrebbero provenire da tutte le aree del mondo).

2.8. Risoluzioni (in generale)

Draft conclusion 13 – Resolutions of international organizations and conferences

Resolutions adopted by international organizations or at international conferences may, in some circumstances, be evidence of customary international law or contribute to its development; they cannot, in and of themselves, constitute it.

Compete all'aspetto 'soggettivo' anche il discorso relativo alle risoluzioni, dal momento che vengono in rilievo non solo quelle di organizzazioni internazionali, ma anche di quelle adottate da conferenze di Stati: Wood ricordava che il ruolo di tali testi nella formazione e identificazione di consuetudine è ormai pacifico in dottrina. Ciò vale in particolare quando si tratti di risoluzioni provenienti da assemblee quasi-universali di Stati come l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ma anche quelle provenienti da assemblee più limitate possono costituire prova o dare impulso al diritto consuetudinario[1070]. È palese il parallelo che il relatore speciale tracciava con i trattati (la cui trattazione è tuttavia rimandata al terzo Capitolo, dedicato al rapporto tra consuetudini e trattati[1071]): come per i trattati, infatti, non si ha un effetto propriamente 'generativo' della norma consuetudinaria, bensì la risoluzione costituisce un elemento di prova di consuetudini esistenti o in via di emersione; e, ancora come per i trattati, tale effetto normativo dipende dalle circostanze concrete, in particolare dalle effettive intenzioni e motivazioni degli Stati nel momento di votare (se del caso) per la risoluzione[1072], come evidenziato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel parere sulle armi nucleari[1073].

Come per i trattati, poi, si deve verificare ad esempio che la risoluzione adotti un linguaggio di tipo normativo, anche perché dalla scelta dei termini potrebbe appunto dedursi l'intenzione delle parti di riconoscere alla risoluzione un efficacia sul diritto consuetudinario. Inoltre, come per i trattati, rilevano le circostanze d'adozione, in particolare il metodo, il numero di voti e le dichiarazioni degli Stati, dovendosi riconoscere maggiore valore alla risoluzione in caso di unanimità o *consensus*, viceversa se si evidenzia la contrarietà di Stati particolarmente interessati[1074]. In generale, in ogni

[1070] A/CN.4/682, par. 46; in particolare le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza potrebbero avere maggior peso nella formazione del diritto consuetudinario che non nella sua identificazione.
[1071] In particolare vedi al punto I.2.1.
[1072] *Ibidem*, par. 47; nel caso dell'Assemblea Generale, ad esempio, che è un organo politico e i cui atti non hanno una portata chiara.
[1073] Parere del 8 luglio 1996, par. 70: '[I]t is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule.'
[1074] *Ibidem*, par. 49.

caso, l'esistenza di una risoluzione non dispensa dal dovere di ricercare l'effettiva prassi a sostegno della norma consuetudinaria[1075].

Alcune risoluzioni possono anche riflettere una consuetudine, contenendo una 'dichiarazione' di tale regola, ma per confermare che si tratti effettivamente di una regola consuetudinaria occorrerà verificare ancora una volta le circostanze del caso concreto, ossia se effettivamente il consenso degli Stati è motivato dall'accettazione della regola come diritto, e se la condotta dello Stato testimonia un effettivo rispetto della medesima.[1076] Altre risoluzioni possono influenzare lo sviluppo del diritto internazionale consuetudinario, determinando l'impulso per una nuova prassi accettata come diritto, o consolidando una prassi emergente[1077]. Le risoluzioni dell'Assemblea Generale, nello specifico, non essendo vincolanti, non possono certamente ritenersi in sé creatrici di norme consuetudinarie, ma possono certamente essere ritenute una prova di *opinio juris*, in particolare quando unanimemente adottate (e indipendentemente dal fatto che siano ripetute, come per i trattati)[1078].

Erano molti i membri della Commissione che appoggiavano l'espressa negazione della possibilità per una risoluzione di creare diritto consuetudinario[1079], benchè secondo alcuni il linguaggio risultasse ambiguo[1080]. Altri chiedevano di fare espresso riferimento a 'prassi' e '*opinio juris*' nel testo della conclusione, o per ricordare che l'esistenza di una consuetudine richiede in ogni caso tali elementi, di provenienza statale[1081], oppure per chiarire di quale dei due elementi una risoluzione

[1075] *Ibidem*, par. 50, citando Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It, Clarendon Press, 1994, p. 28.
[1076] *Ibidem*, par. 51.
[1077] *Ibidem*, par. 52; in tal senso, la risoluzione costituirebbe il testo scritto al quale la prassi degli Stati si farebbe riferimento.
[1078] *Ibidem*, par. 53, ricordando che prima di affermare l'esistenza di una consuetudine occorre verificare la conformità alla regola nella prassi degli Stati.
[1079] Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 7, chiedendo inoltre di sostituire l'espressione 'be evidence' con 'reflect', 'so as not to give the impression that they had legislative force'), Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9, preferendo un'inversione delle due affermazioni, prima negando cioè l'effetto costitutivo, poi affermando la possibilità di quello probatorio; Park sottolineava inoltre come i lavori della Commissione medesima costituiscono di fatto 'risoluzioni' (opinione contraria a quella di molti altri membri, secondo i quali le risoluzioni rilevano solo in quanto emanate da organi composti da rappresentanti statali)) e Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 7); contraria Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p. 4, ricordando che in realtà una risoluzione potrebbe creare una consuetudine: 'The example of Security Council resolution 1838 concerning acts of piracy off the coast of Somalia, which was followed by other resolutions on the same subject and which provided that "this resolution shall not be considered as establishing customary international law", could in fact be used to argue the contrary. Indeed, if it was accepted that the Security Council could prevent the formation of a rule of customary international law, why would it not be in a position to contribute to its creation? Along those same lines, reference could also be made to General Assembly resolution 377 A (V), entitled "Uniting for peace", or the practice of the European Union in its capacity as an international legal entity.').
[1080] Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 10, perchè troppo vicino al tema della 'formazione', la cui asserita eccessiva presenza nel lavoro del relatore speciale attirava anche una dura critica sull'impianto generale del lavoro - vedi *ibidem*, p. 9) e Kamto (A/CN.4/SR.3252, p. 15, preferendo a 'development' il termine 'formation' o, 'if that word was problematic', 'identification').
[1081] Murphy (A/CN.4/SR.3251, p. 3) e Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 11).

possa costituire prova[1082]. Alcuni facevano emergere anche il problema di precisare la distinzione tra risoluzioni di organizzazioni internazionali e di conferenze[1083], e, soprattutto nel primo caso, molti membri della Commissione evidenziavano la necessità di chiarire in che modo il peso della risoluzione muti in base alla composizione e al tipo di consenso raggiunto (unanimità o *consensus*)[1084]. In tal senso, ossia come parametro per spiegare il valore delle risoluzioni di organi di organizzazioni internazionali in generale, alcuni membri della Commissione richiamavano le risoluzioni dell'Assemblea Generale, chiedendo al relatore speciale di esplicitarne il particolare rilievo[1085]. Parallelamente, si chiedeva di esplicitare meglio la distinzione tra 'risoluzioni' e 'prassi' delle organizzazioni e di altri enti[1086], e il significato da attribuirsi all'inazione degli Stati di fronte

[1082] McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 4: 'The statement that resolutions adopted by international organizations or at international conferences could be evidence of customary international law left open the question of whether they were evidence of practice or *opinio juris*, or both.') e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6).

[1083] Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3, chiedendo di definire una 'conferenza') e Petric (A/CN.4/SR.3253, p. 8, attribuendo più valore alla risoluzione di una conferenza, partendo dall'assunzione che un organo di un'organizzazioni proceda (sempre) per votazione, mentre una conferenza decida (sempre) per *consensus*: 'The resolutions of international organizations expressed the will of the organizations, but they did not reflect the practice of member States, some of which might well have voted against the resolutions. On the other hand, international conferences usually adopted resolutions by *consensus*, and consequently they represented the sum of the will of participating States. When seeking to identify relevant State practice, the Commission should therefore give more weight to the resolutions of international conferences.').

[1084] Murphy (A/CN.4/SR.3251, p. 3, riferendosi in particolare ai lavori della Commissione su accordi e prassi successiva ad un trattato, in cui il *consensus* dell'organo non è equiparato all'accordo richiesto dall'articolo 31.3 della Convenzione di Vienna del 1969), Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9, sostituendo l'espressione 'in some circumstances' con una spiegazione più approfondita come 'the size of the organizations and conferences, the results of voting, the contents of resolutions and reactions of States to the resolution, etc.'), Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 11: 'The circumstances surrounding the adoption of the resolution, its content, whether it purported to set legal standards, whether the State representative was authorized to act on behalf of the State concerned and whether the forum was one with broad or limited representation of States all had to be taken into account. Moreover, if the practice did not conform to the content of the resolution, or if States acted in a manner that raised doubts about their belief in the binding nature of the rule, the value of the resolution must be discounted. Resolutions adopted unanimously or by *consensus* could be a strong indication of the existence of *opinio juris*, but they could not constitute instant *opinio juris*, as their acceptance as law needed to reflect consistent and general practice – a process that went beyond the instance of adoption of the resolution.'), Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 5, con espresso riferimento alla necessità di prassi da parte degli Stati), Saboia (A/CN.4/SR.3252, p. 12, chiedendo inoltre di esprimere 'in language that was more positive the actual influence of those resolutions') e Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3254, p. 8, esplicitando che solo le risoluzioni provenienti da organi composti da Stati possono costituire prova di prassi o *opinio juris*).

[1085] Tladi (A/CN.4/SR.3251, p. 5, negando che l'Assemblea costituisca semplicemente un organo politico, e dovendosi al contrario chiarire in che senso gli atti che essa emana hanno rilievo giuridico), Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 10: 'the commentary to draft conclusion 13 should provide guidance regarding, in particular, the probative value of declarations made by the General Assembly, and give examples of resolutions other than those of the General Assembly.'), Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3253, p. 10, dovendosi esplicitare che il peso probatorio di una risoluzione proveniente da un'organo universale è certamente maggiore: 'Resolutions adopted by organs with universal membership provided weightier evidence of the existence of customary rules than resolutions approved by organs with restricted membership.'), Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 12, affermando che hanno rilievo solo le risoluzioni provenienti da organi universali; tuttavia andrebbe riconosciuto il peso della prassi degli enti non statali - vedi sopra, nota 1013 e testo relativo), Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6, portando l'esempio dell'IMO: 'reference could be made to the considerable influence exerted by the International Maritime Organization on the development of maritime customary law, particularly through the rules that it was mandated to formulate under the United Nations Convention on the Law of the Sea in its capacity as the "competent organization", even though those rules did not, in themselves, constitute rules of international law.') e Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9, ricordando che le risoluzioni dell'Assemblea possono provare l'*opinio juris* degli Stati (solo) in caso di 'overwhelming (or even unanimous) approval').

[1086] Sturma (A/CN.4/SR.3252, p. 14: 'In view of the current large number of documents adopted by international bodies that were not classic resolutions adopted by international organizations or judicial decisions stricto sensu, the question

ad una risoluzione[1087]; nella sua replica, tuttavia, Wood si limitava a precisare che le 'conferenze' non necessariamente devono essere 'universali' perchè le risoluzioni da esse emanate possano valere come *opinio juris*[1088].

La Conclusione veniva significativamente riformulata all'interno del Drafting Committee, anzitutto specificando che si deve trattare di conferenze 'intergovernative', e anticipando nel primo paragrafo la precisazione che non è possibile che una risoluzione 'crei' in sé una consuetudine. Il secondo paragrafo conteneva quanto proposto nella Conclusione del relatore speciale, circa la funzione probatoria delle risoluzioni (sia per l'esistenza che per il contenuto di consuetudini) e la funzione catalizzatrice (ossia di impulso allo sviluppo del diritto consuetudinario). Veniva infine aggiunto un terzo paragrafo che sintetizza quanto affermato nel rapporto circa la possibilità che una risoluzione rifletta una consuetudine, pur dovendosi effettuare una verifica nella prassi e nell'*opinio juris* degli Stati[1089]:

> *Draft conclusion 12 [13] – Resolutions of international organizations and intergovernmental conferences*
>
> *1. A resolution adopted by an international organization or at an intergovernmental conference cannot, of itself, create a rule of customary international law.*
>
> *2. A resolution adopted by an international organization or at an intergovernmental conference may provide evidence for establishing the existence and content of a rule of customary international law, or contribute to its development.*
>
> *3. A provision in a resolution adopted by an international organization or at an intergovernmental conference may reflect a rule of customary international law if it is established that the provision corresponds to a general practice that is accepted as law (opinio juris).*

Gran parte degli Stati presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale si dicevano d'accordo con l'affermazione che una risoluzione potrebbe solo provare una consuetudine, non crearla[1090],

---

arose as to, for example, the importance to be accorded to the views, decisions or observations of international human rights treaty bodies. Although those bodies had neither the status nor the powers of international courts and tribunals, they did, however, as international institutions created by States, often perform functions that were similar to those of such judicial bodies.').

[1087] Nolte (A/CN.4/SR.3253, p. 6: 'since inaction could, under certain circumstances, constitute practice, and since some propositions contained in resolutions could be complied with simply by refraining from action, it was not always necessary for States to modify their national policies, or even legislation, for a rule of customary international law to come into existence.').

[1088] A/CN.4/SR.3254, p. 13.

[1089] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 14.

[1090] Repubblica Ceca (A/C.6/70/SR.20, par. 57), Messico (A/C.6/70/SR.21, par. 47), Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 71, in particolare per tre ragioni: 'Such resolutions constituted, as a rule, "soft law", were prone to politicization and tended not to reflect accurately binding customary international law.'), Giappone (A/C.6/70/SR.22, par. 127, riconoscendo il ruolo probatorio delle risoluzioni ma ricordando che una consuetudine richiede sempre e comunque sufficiente prassi e *opinio juris* di provenienza statale), Slovacchia (A/C.6/70/SR.23, par. 8, ricordando che la valutazione va fatta caso per caso: 'Case-by-case consideration of relevant resolutions and their content therefore seemed to be the only right approach.'), Indonesia (A/C.6/70/SR.23, par. 27), Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 41) e Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 64, ricordando che una risoluzione è normalmente votata sulla scorta di motivazioni politiche, e riprendendo il parere sulle

mentre solo un rappresentante sembrava schierarsi contro quest'impostazione, secondo cui non sarebbe possibile riconoscere in nessun caso il valore costitutivo di una risoluzione[1091]. Altri Stati adottavano invece un approccio ancor più cauto, talvolta facendo espresso riferimento all'ambiguo valore delle risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite[1092], mentre, come anticipato[1093], alcuni suggerivano di indicare in questa Conclusione i lavori della Commissione di Diritto Internazionale[1094]. Infine, se una parte richiedeva un maggior numero di esempi[1095], un'altra sollecitava ad analizzare il peso della condotta degli Stati *non parte* dell'organizzazione o della conferenza, nel supportare o meno la risoluzione[1096].

2.9. Obiettore persistente

Draft conclusion 16 – Persistent objector

A State that has persistently objected to a new rule of customary international law while that rule was in the process of formation is not bound by the rule for so long as it maintains its objection.

Nel suo terzo rapporto il relatore speciale affrontava anche la questione dell'obiettore persistente, che si preferisce collocare in questo Capitolo, dedicato ai soggetti, benchè sia soprattutto nel

---

Armi nucleari, in cui la CIG affermava: "General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption").

[1091] Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 57, suggerendo di eliminare il primo paragrafo, ma soltanto dopo aver chiarito quali sono i criteri per valutare il peso delle risoluzioni: 'it would be useful to indicate in detail in which circumstances such resolutions might be evidence of customary international law or contribute to its development. The Special Rapporteur's initial phrasing, "they cannot, in and of themselves, constitute it", was too categorical. The Drafting Committee's formulation for paragraph 1 was more acceptable, but her delegation was in favour of deleting the paragraph, since paragraphs 2 and 3 were sufficient to characterize the significance that resolutions of international organizations had for the identification of customary international law.').

[1092] Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 57, poichè 'The General Assembly was one political organ in which it was often far from clear that Member States' acts carried juridical significance. Considerations such as the language adopted, the nature of the body, the circumstances and methodology of adoption and the degree of support all called for a multifaceted analysis.'), Cile (A/C.6/70/SR.22, par. 82: 'Special mention should be made to General Assembly resolutions: because of the votes they received and their wording, they might provide a way of determining the existence of custom.'), Sudan (A/C.6/70/SR.21, par. 86, dovendosi dare priorità agli organi rappresentativi, e in ogni caso tenere conto del contesto), Turchia (A/C.6/70/SR.22, par. 109: 'a high threshold should be set for the evidentiary value of resolutions adopted by international organizations or at international conferences with regard to formation and identification of customary international law. The adoption of a resolution should not be equated with the acceptance of its content as customary international law.') e Corea del Sud (A/C.6/70/SR.23, par. 53: 'the Commission should approach the assessment of the evidentiary value of resolutions adopted by international organizations or at intergovernmental conferences with great caution, because not all resolutions were considered to have the same value. The commentary should clarify the elements required, including the composition of the international organization, the results of the voting, the voting procedures followed, and the objective of the resolution.').

[1093] Sopra al punto I.2.7.2.

[1094] Austria (A/C.6/70/SR.20, par. 27) e Cile (A/C.6/70/SR.22, par. 82).

[1095] Francia (A/C.6/70/SR.20, par. 17).

[1096] Malesia (A/C.6/70/SR.23, par. 44: 'The act of a State that was not a member of an international organization but chose to adopt, support or implement a resolution of that organization should also be considered to provide evidence of State practice.').

successivo che essa viene in rilievo problematicamente[1097]. La regola afferma che se una consuetudine (generale) vincola tutti gli Stati appartenenti alla comunità internazionale, uno Stato può sfuggire a tale vincolo (soltanto) se, nella fase formativa della norma, abbia obiettato ad essa in maniera continua e mantenga tale obiezione dopo la sua cristallizzazione. Tale posizione sarebbe sostenuta dalla giurisprudenza internazionale e nazionale, compresa la Corte Internazionale di Giustizia[1098]. Gli Stati, dal canto loro, invocano spesso la regola dell'obiettore persistente, e con la loro prassi la supportano[1099], assieme a buona parte della dottrina[1100], compresa la medesima Commissione di Diritto Internazionale, che nella Guida alle riserve del 2011 affermava che un modo per obiettare alla formazione di una norma consuetudinaria può essere, appunto, porre una riserva ad un trattato[1101]. Una simile regola sarebbe giustificata dalla necessità di evitare che il diritto consuetudinario garantisca i soli Stati più forti, permettendo il dissenso (altrimenti non ammesso rispetto alle norme consuetudinarie già vigenti); costituirebbe inoltre corollario della natura consensuale delle consuetudini, garanzia d'autonomia per gli Stati, e strumento per consentire agli Stati un certo periodo di tempo per adattarsi alla nuova norma e per evitare che questi tutelino i propri interessi ricorrendo ad altre misure, oltre che per evitare alla comunità internazionale e allo Stato obiettore i costi della violazione di una consuetudine[1102].

La difficoltà consiste certamente nel determinare il momento in cui la consuetudine viene ad esistenza, in maniera tale da distinguere un'obiezione valida (iniziata cioè prima di tale momento e continuata successivamente) da una soltanto 'susseguente' (e pertanto inefficace)[1103]. L'obiezione dovrà poi essere certamente espressa, ma non ricorrono requisiti formali, ritenendosi sufficiente che lo Stato contesti la natura consuetudinaria della regola, oppure la sua applicabilità in concreto, o entrambe[1104]. Come anticipato, si richiede che l'obiezione sia mantenuta nel tempo (dopo il

[1097] Poichè nella parte finale del successivo Capitolo, dedicato al rapporto tra consuetudini e trattati, si tenterà di analizzare, nell'ottica della prassi applicativa, il formarsi di una consuetudine a partire da un trattato, e quindi viene in rilievo la possibilità di uno o più Stati parte del trattato di sottrarsi al vincolo; vedi il Capitolo III, al punto III.2.

[1098] A/CN.4/682, par. 86, in cui Wood richiama le sentenze nel caso del Diritto d'asilo (Colombia c. Perù, 20 novembre 1950, p. 277-8: '[non è possibile ritenere che] the Colombian Government has proved the existence of such a custom. But even if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin-American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has, on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions of 1933 and 1939, which were the first to include [la regola in questione]') e delle Pescherie norvegesi (18 dicembre 1951, p. 131: '[T]he ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law. In any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast.'). Il relatore speciale ricorda inoltre che il London Statement dell'ILA non prende posizione contro l'esistenza dell'obiettore persistente, ma nella nota 200 individua alcuni esempi di dottrina contraria.

[1099] *Ibidem*, par. 87.

[1100] *Ibidem*, par. 88 e nota 213, con un elenco di dottrina contraria nella nota 214.

[1101] *Ibidem*, par. 89, che richiama la Guida alle riserve (Annuario ILC 2011), commento alla linea guida 3.1.5.3.

[1102] *Ibidem*, par. 90.

[1103] *Ibidem*, par. 91; nella nota 227 Wood individua tuttavia alcuni autori che hanno sostenuto la possibilità di un'obiezione susseguente.

[1104] *Ibidem*, par. 92.

consolidamento della regola come consuetudine), ossia ribadita ogni qual volta le circostanze lo richiedano (ragionevolmente)[1105]. L'onere di provare questi requisiti spetta chiaramente allo Stato che invoca la propria qualità di obiettore persistente[1106]. La Conclusione relativa, sopra riprodotta, veniva collocata dal relatore speciale in una Parte VI, assieme a quella relativa alle consuetudini particolari[1107].

Erano molti i membri della Commissione a manifestare dubbi circa l'opportunità di trattare il tema dell'obiettore persistente in un lavoro dedicato all'identificazione delle consuetudini, sottolineando l'assenza di omogeneo supporto nella dottrina e il rischio di frammentazione che la regola determinerebbe[1108], oltre al il rischio di giustificare la rinascita di un approccio volontarista al diritto consuetudinario, su cui la regola è basata[1109], e il fatto che in realtà essa non tutela affatto gli Stati più deboli quanto quelli più forti[1110]. D'altra parte, si sottolineava, gli Stati non si sono pronunciati contro la regola[1111], ed essa ha certamente rilievo per il tema della 'formazione'[1112]. In ogni caso, gli esempi nel commentario avrebbero dovuto essere chiariti e arricchiti[1113], e parimenti i requisiti

[1105] *Ibidem*, par. 93; infatti, come per il requisito di uniformità della prassi (vedi *supra*), anche qui si dovrebbe applicare un criterio flessibile, non rendendosi cioè necessaria la totale coerenza della condotta statale, ma ritenendosi lo Stato acquiescente alla norma consuetudinaria soltanto quando le circostanze avrebbero ragionevolmente richiesto di ribadire l'obiezione.
[1106] *Ibidem*, par. 94.
[1107] Ripresa nel Capitolo I, al punto I.3.14.
[1108] Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9: 'He himself was worried that it might cause fragmentation of international law. Moreover, a controversial theory should not be included in draft conclusions whose purpose was to provide guidance.'), Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 4; oltre a trattarsi di una questione legata più che altro all'applicazione' delle consuetudini, 'the persistent objector doctrine jeopardized the general applicability of customary international law and its increasing use might lead to the erosion of that branch of the law.') e Petric (A/CN.4/SR.3253, p. 9).
[1109] Caflisch (A/CN.4/SR.3252, p. 8, oltre a trovare supporto solo nella decisione della CIG sulle Pescherie norvegesi, la teoria dell'obiettore persistente 'had the potential to totally undermine the international legal order, since it made the consent of each State the basis of all international law, both treaty and customary.'), Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3254, p. 8); Kolodkin sembrava per altro appoggiare tale teoria (A/CN.4/SR.3254, p. 5).
[1110] Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3251, p. 8: 'States with greater geopolitical clout could hold on to their objections in the face of external pressure more easily than less influential States that were more susceptible to economic and diplomatic pressure.'); contrari Nolte (A/CN.4/SR.3253, p. 7, rilevando che nella maggior parte dei casi concreti la regola è andata a vantaggio di Stati più piccoli: 'the classic cases concerned less powerful States that stubbornly refused to agree to a certain development. Nor did he consider the recognition of the persistent objector to be in any way contrary to the law; it was an important factor in legitimizing the rules of customary international law and in ensuring transparency in the process of its formation.') e Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 12, pronosticando una futura espansione di casi di obiezione persistente proprio perchè la regola consente in ogni caso la nascita della consuetudine: 'Even though it had been infrequently invoked in the past, it might now come to play an increasingly important role. It promoted the development of new rules of customary international law by creating a back door that enabled a State to avoid being bound by rules of international law that had not been established by the traditional process.').
[1111] Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3253, p. 11: 'Judicial decisions regarding persistent objectors, the subject of draft conclusion 16, were far from clear, and learned writers' opinions were divided. However, there did not appear to be any general resistance from States to the persistent objector rule.') e Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p. 4).
[1112] Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9).
[1113] Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 7, alcuni esempi essendo necessari 'in order to show that the persistent objector rule was not purely theoretical (which it seemed to be)'. Inoltre, dovrebbe essere più chiaro che l'obiettore persistente non impedisce la nascita della regola consuetudinaria), Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 11, essendo alcuni degli esempi richiamati riferiti piuttosto all'opponibilità di regole consuetudinarie particolari), McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 5) e Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3253, p. 11).

dell'obiezione avrebbero dovuto essere meglio precisati[1114], in particolare evidenziando quelle ipotesi, come il diritto internazionale cogente, in cui non si potrebbe ammettere l'obiezione persistente[1115].

Rimanendo sul piano sostanziale, se, secondo un'isolata opinione, si dovrebbe riconoscere anche la possibilità di un'obiettore susseguente[1116], altri membri della Commissione suggerivano al relatore speciale di trattare il tema dell'obiettore persistente all'interno della più ampia prospettiva dell'opposizione di uno o più Stati ad una norma consuetudinaria in via di formazione[1117]. Rispondendo alle critiche, Wood evidenziava come già nel rapporto si era adottata la prospettiva dell'opponibilità della consuetudine piuttosto che quella della sua vincolatività, benchè in ogni caso la regola dell'obiettore persistente abbia rilievo anche ai fini dell'accertamento dell'esistenza della

[1114] Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9, nel caso la conclusione dovesse essere mantenuta, dovrebbe essere più chiaro che 'the rule applied only when a customary international law was in the process of emerging, and that a State must express its objection as early as possible.'), Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 11, potendo l'obiezione essere anche (talvolta) tacita, purchè sufficientemente comunicata agli altri Stati: 'it was not always clear how a State needed to express its objection and whether tacit objection would suffice. In his opinion, there had to be evidence that the State had objected throughout the crystallization of the rule and after its creation, and that it had consistently objected, albeit tacitly at times. The key was whether the objection was sufficiently well communicated to other States.'), Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 8, essendo necessario che l'obiettore comunichi in maniera 'sufficiente' la sua posizione; in generale, poi, 'the rule of persistent objector was important for preserving the consensual nature of customary international law'.) ed Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 11).

[1115] Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 7), Caflisch (A/CN.4/SR.3252, p. 8, qualora la Commissione decidesse di mantenere la conclusione), Kamto (A/CN.4/SR.3252, p. 16, richiedendosi non solo che l'obiezione sia rivolta ad una regola non ancora stabilita, ma che essa vincoli anche lo Stato obiettante se si tratta di una consuetudine 'universale'; ciononostante, Kamto sembra riconoscere che, in tali circostanze, la valutazione dovrebbe avvenire caso per caso: 'It remained to be seen whether, in that case, the persistent objection could continue to produce effects, in particular whether it could render the customary rule inapplicable as against the objecting State. Judging by the comments that had been made in that regard, the members of the Commission appeared to be of the view that that was not the case.'), Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3253, p. 11, oltre a doversi specificare la possibilità di un'obiezione persistente a consuetudini particolari) e Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3254, p. 8: 'He wished to know to what extent customary obligations erga omnes, such as those established by the International Court of Justice in relation to the fundamental principles of international humanitarian law in its advisory opinion on the Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, could limit that theory.').

[1116] Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 4, con particolare riferimento agli Stati di nuova formazione: 'The Special Rapporteur held that "subsequent objection", in other words an objection made after a customary rule had crystallized, was impermissible. Had any thought been given to the situation of a newly independent State which had a "clean slate" as far as treaties ratified by its predecessor were concerned? Would it not be permitted to object to customary rules which had crystallized before its independence?').

[1117] McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 5: 'Rather than focusing on the extreme and somewhat irrelevant case of the persistent objector, the draft conclusions should further explore the role of objection in preventing a rule of international customary law from coming into existence; whether a rule could develop when there were multiple persistent objectors; and at what point the objections of States could no longer prevent a rule from developing.'), Kamto (A/CN.4/SR.3253, p. 5: 'He agreed that the Commission needed to analyse in greater depth and take a stance on a number of issues relating to States' objections to the development of an emerging rule of customary international law. Those included: the rules relating to the persistent objector; the role of courts and codification bodies in identifying the existence of a rule of customary international law; and the relationship between the two.'), Petric (A/CN.4/SR.3253, p. 9, sottolineando la necessità di evidenziare in che senso un certo numero di Stati obiettori potrebbe ripercuotersi sul requisito di generalità della prassi: 'Could one refer to existing general practice and *opinio juris* when there were very few persistent objectors? The generality of practice seemed to depend less on the number of States and more on the absence of objections to practice, but it was important to know where to draw the line.') e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 7, con particolare riferimento agli Stati particolarmente interessati, oltre a doversi in ogni caso chiarire in che senso la regola dell'obiettore persistene ha rilievo per il tema dell'identificazione delle consuetudini).

consuetudine; il relatore speciale concedeva poi che il rapporto con lo jus cogens avrebbe dovuto essere approfondito[1118].

Come anticipato, il Drafting Committee antepone questa Conclusione a quella sulle consuetudini particolari, e vi dedica una Parte V apposita, denominata 'Persistent objector'. La Commissione riconosce pertanto che la regola esiste, pur precisando che i requisiti sono rigidi e vari esempi dovranno essere inseriti nel commento[1119]. Si preferisce fare riferimento all'inopponibilità della consuetudine all'obiettore persistente piuttosto che all'assenza di un vincolo, e si riformula il testo della Conclusione col fine di evidenziare, in un primo paragrafo, i requisiti di temporalità e continuità, mentre, nel secondo, quelli della necessaria conoscenza da parte degli altri Stati (chiarezza e notificazione), oltre a ribadire l'elemento della persistenza. Sono dunque lasciate al commentario ulteriori considerazioni[1120], e al nuovo topic dedicato al diritto cogente l'affermazione dell'impossibilità di un'obiezione persistente a simili norme:

> *Draft conclusion 15 [16] – Persistent objector*
>
> *1. Where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection.*
>
> *2. The objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently.*

Presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale la gran parte degli Stati si diceva favorevole a riconoscere la regola dell'obiettore persistente[1121], in particolare ancorandola alla natura consensuale del diritto consuetudinario[1122]. Molti altri, pur riconoscendo la regola, chiedevano di approfondirla, in ragione del rischio, che essa porta con sè, di incrementare la frammentazione[1123], o

[1118] A/CN.4/SR.3254, p. 13.
[1119] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 18.
[1120] *Ibidem*, p. 20; considerazioni circa la necessità di un'espressione non ambigua, benché non formale, e circa la costanza dell'obiezione, benché sia irrealistica la completa coerenza.
[1121] Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 72, poichè 'it safeguarded the autonomy of individual States and helped to ensure that customary international law did not become the domain of certain States to the disadvantage of others.'), Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 58, in particolare appoggiando la formulazione basata sul concetto di 'opponibilità'), Cile (A/C.6/70/SR.22, par. 84), Turchia (A/C.6/70/SR.22, par. 110) e Slovacchia (A/C.6/70/SR.23, par. 10).
[1122] Indonesia (A/C.6/70/SR.23, par. 28, oltre a trovare supporto in decisioni giudiziali e prassi statale, 'The persistent objector rule was important in order to preserve the consensual nature of customary international law.') e Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 66: 'It was one of the manifestations of the principle of equal sovereignty and could be considered an expression of the fundamental right of all States, without distinction, to be excluded from the scope of a given emerging rule. The persistent objector rule was an aspect of the "centrality of States" approach to the process of the formation of a rule of customary international law and a natural consequence of the essentially consensual nature of customary international law.').
[1123] Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 42).

in generale aggiungendo esempi nel commento[1124], o ancora esplicitando l'impossibilità di un'obiezione persistente nei riguardi di norme cogenti e principi generali[1125].

Alcuni Stati avanzavano richieste più particolari, come una verifica dell'obiezione nel tempo[1126], e l'indicazione che l'obiettore non è vincolato solo qualora una maggioranza di altri Stati non produca 'rilevanti argomenti contrari'[1127], solo se esso ha obiettato per mezzo di atti concreti e non mere dichiarazioni[1128], e solo se un'altra fonte non lo obbliga in ogni caso[1129]. Altri Stati sembravano addirittura dubitare del requisito della 'persistenza' della violazione, giudicato irrealistico o troppo oneroso per lo Stato[1130], mentre una parte chiedeva di adottare una prospettiva più ampia, analizzando cioè gli effetti dell'obiezione degli Stati alla condotta altrui, dovendosi distinguere la protesta da parte di singoli Stati dalla protesta *generalizzata*, che impedirebbe di integrare il requisito di generalità della prassi[1131]. Infine, alcuni Stati contestavano l'opportunità di indicare la regola dell'obiettore persistente nel lavoro della Commissione, in ragione dell'insufficiente supporto nella giurisprudenza e nella prassi statale, oltre che del rischio di frammentazione[1132].

[1124] Francia (A/C.6/70/SR.20, par. 18), Sudan (A/C.6/70/SR.21, par. 88), Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 68) e Giappone (A/C.6/70/SR.22, par. 126).

[1125] Austria (A/C.6/70/SR.20, par. 29), Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 45), Cipro (A/C.6/70/SR.21, par. 35), Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 68) e Slovenia (A/C.6/70/SR.23, par. 3).

[1126] Grecia, nel senso che non sarebbe possibile un'obiezione *ad infinitum* (A/C.6/70/SR.20, par. 45).

[1127] Bielorussia (A/C.6/70/SR.21, par. 29: 'Open and formal objection to the formation of a rule of customary international law could result in the rule not being binding for the State in question, provided that a majority of States did not adduce weighty motives to the contrary.').

[1128] Polonia (A/C.6/70/SR.21, par. 67).

[1129] El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 102, ricordando anche che l'obiezione non avrebbe valore in caso di consuetudini già esistenti).

[1130] Bielorussia (A/C.6/70/SR.21, par. 29: 'The requirement of persistent objection over time was not fully consistent with the chronological approach and, on the whole, was burdensome for States. Moreover, a State's temporary failure to object to a practice could be misinterpreted as tacit agreement, leading to groundless expectations regarding that State's future behaviour.'), Olanda (A/C.6/70/SR.21, par. 40, affermando che il diritto consuetudinario si baserebbe sul consenso 'implicito' degli Stati, il che rende necessaria la natura esplicita dell'obiezione al fine di non essere vincolati, ma solo durante il periodo di formazione della norma: 'only explicit, consistent and clearly-expressed objections would prevent a State from becoming bound by a rule. Such objections must be made during the formation of the rule, rather than after it. It followed that once a State had made it sufficiently clear that it did not wish to be bound, it had no obligation to reiterate that desire. On the contrary, the State would lose its position as a persistent objector only when its subsequent practice or legal positions expressed support for the new rule and deviated from its earlier position.') e Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 58: 'the requirement that the objection should be maintained persistently should be approached in a balanced and pragmatic manner. It was unrealistic and unwise to expect total consistency or persistency. In view of the increasing convergence of distinct disciplines and subject matter in various forums, not to mention the complex political considerations that were reflected in observable practice, that element required a holistic and contextual analysis.').

[1131] Romania (A/C.6/70/SR.21, par. 77, richiamando le decisioni della CIG sul Diritto d'asiolo e sulle Pescherie norvegesi, in cui l'argomento dell'obiezione persistente veniva affrontato solo dopo aver provato l'inesistenza della consuetudine in ragione della difformità della prassi: 'His delegation approved of the inclusion of the persistent objector rule but considered that difficulties might arise in view of the fine difference between cases where a custom existed but was not binding for one or more persistently objecting States and situations where a number of persistent objectors led in fact to a non uniform practice. He recalled that in both the Asylum case (Peru v. Colombia) and the Fisheries case (United Kingdom v. Norway), the persistent objector argument had been invoked after it had been shown that no custom existed owing to non-uniform practice.') e Cipro (A/C.6/70/SR.21, par. 35).

[1132] Cipro (A/C.6/70/SR.21, par. 35: 'Any right of a State to dissent from a rule of customary international law should not be construed narrowly merely to protect the basic scope of *jus cogens* as a fundamental principle of a law-abiding

II. L'aspetto soggettivo della prassi nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale su accordi successivi e prassi successiva

Come visto nel primo Capitolo, a venire in rilievo per la produzione di prassi successiva (in senso proprio o ampio) sono soprattutto gli Stati, in una prospettiva per nulla dissimile da quella adottata da Sir Michael Wood nel suo lavoro per la Commissione sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario[1133]. Sono in particolare quattro le Conclusioni che il relatore speciale Nolte dedica all'aspetto che qui si vuole indicare con il termine 'soggettivo'[1134]: anzitutto la quinta (adottando la numerazione indicata nei rapporti del relatore speciale), che propriamente individua i criteri per l'attribuzione di una condotta ad uno Stato affinchè questa possa rilevare come 'prassi successiva', oltre a fare riferimento ad 'altri enti' la cui attività può rilevare ai fini dell'accertamento[1135]. Poi le Conclusioni 10 e 11, dedicate rispettivamente alle Conferenze di Stati parte (COPs) e alle organizzazioni internazionali[1136]: entrambe possono, soltanto a talune condizioni, produrre accordi o prassi successiva, oppure assumere un ruolo nell'accertamento della prassi (come poco sopra ricordato). Infine la Conclusione 12, riferita all'attività di 'enti di esperti' costituiti dal trattato, che possono essere competenti a svolgere una funzione interpretativa ma anche provare o dare impulso ad un'interpretazione autentica da parte degli Stati parte del trattato[1137].

1. Attribuzione della prassi successiva allo Stato

> *Draft conclusion 4 – Possible authors and attribution of subsequent practice*
>
> *Subsequent practice can consist of conduct of all State organs which can be attributed to a State for the purpose of treaty interpretation.*
>
> *Subsequent practice by non-State actors, including social practice, may be taken into account for the purpose of treaty interpretation as far as it is reflected in or adopted by subsequent State practice, or as evidence of such State practice.*[1138]

---

international community. Rather, it should be construed broadly to safeguard the stability, predictability and security afforded to international relations by customary international law.' Inoltre, la regola dell'obiettore persistente si riferirebbe più all'ambito della 'applicazione' delle consuetudini, più che alla loro 'identificazione'.) e Corea del Sud (A/C.6/70/SR.23, par. 54: 'the persistent objector rule was one of the most controversial issues in the theory of customary international law. Some Commission members considered that it was not supported by sufficient State practice and jurisprudence and that it could lead to the fragmentation of international law.').

[1133] Sopra al punto I.2.1, relativo alla Conclusione 4 [5], che descrive la prassi degli Stati come quella 'primariamente' rilevante per la formazione del diritto consuetudinario.

[1134] Ribadendo che si utilizza questo termine per indicare l'ambito descritto dai soggetti rilevanti nella produzione e nell'accertamento di prassi successiva.

[1135] Al successivo punto II.1.

[1136] Ripettivamente ai punti II.2 e II.3.

[1137] Al punto II.4.

[1138] A/CN.4/660, par. 144. Il relatore speciale vi collega la conclusione preliminare 9 contenuta nel rapporto della Commissione per la 63esima sessione (A/66/10, par. 344), ossia 'Possible authors of relevant subsequent practice'.

La quarta parte del primo rapporto di Nolte per la Commissione era dedicata al tema dell'attribuzione della prassi successiva ad uno Stato, originariamente oggetto di analisi all'interno del primo rapporto per il Gruppo di Studio[1139]. Là Nolte aveva affermato espressamente che per attribuire una condotta successiva alle parti di un trattato ai fini della sua interpretazione non possano applicarsi pedissequamente le regole indicate nel Progetto della Commissione sulla responsabilità internazionale degli Stati[1140]. La posizione era ribadita nel primo rapporto per la Commissione, dove il relatore speciale precisava che gli attori che possono determinare la responsabilità internazionale dello Stato sono certamente in numero maggiore di quelli che possono utilmente iniziare una prassi determinante nell'interpretazione del trattato, soprattutto se autentica[1141].

Dal tema in sé e dalla giurisprudenza esso riguardante si ricaverebbe invece un principio generale, che cioè potrebbe attribuirsi allo Stato una condotta che sia stata determinata oppure accettata da quegli organi che siano responsabili per l'applicazione del trattato nella sua interezza[1142]. Si tratta certamente degli organi di più alto rango individuati nell'articolo 7 della Convenzione di Vienna del '69, ma la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia[1143] e alcuni arbitrati[1144] supportano l'idea che anche organi di rango inferiore possano con la loro condotta determinare l'interpretazione autentica del trattato. Già nel primo rapporto per il Gruppo di Studio, tuttavia, Nolte aveva precisato che il rilievo della condotta di organi inferiori o locali è da riconoscersi soltanto nei limiti in cui sia lecito attendersi che gli organi di più alto rango ne siano a conoscenza[1145]. Nel primo rapporto per la Commissione si utilizzava invece una formulazione leggermente diversa, affermando che si deve attribuire rilevanza a qualsiasi condotta 'intrapresa o accettata' da organi ritenuti internazionalmente

[1139] Georg Nolte, "Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Jurisprudence of the International Court Of Justice and Arbitral Tribunals of Ad Hoc Jurisdiction Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 169.
[1140] Introductory Report, cit., p. 197, affermando che il Progetto 'go much further than would be appropriate here in this context', riferendosi in particolare agli articoli 9 (Comportamento in assenza o in mancanza di autorità ufficiali) e 10 (Comportamento di un movimento insurrezionale o di altro movimento).
[1141] A/CN.4/660, par. 120: 'The range of possible wrongful acts by a State is necessarily much wider than those which are "in application of" a treaty.'
[1142] *Ibidem*, par. 121: 'only such conduct which is undertaken or deemed to be accepted by those organs of a State party which are internationally regarded as being responsible for the application of the treaty (as a whole, or of a particular provision of a treaty) may be attributed to a State'.
[1143] Ad esempio nei casi Francia c. Stati Uniti (1952), in cui si ammettevano come soggetti rilevanti anche le autorità doganali locali, e nel caso Kasikili\Sedudu (Botswana c. Namibia, 1999), in cui veniva in rilievo la presenza di una tribù originaria della Namibia in un'isola di confine con il Botswana (purché fosse effettivamente connessa al riconoscimento dell'effettiva linea confine tra i due paesi, con l'acquiescenza delle autorità del Botswana, cosa che in concreto la Corte negava).
[1144] Nel caso dei Debiti tedeschi (1980) si attribuiva rilievo ad una lettera della Banca d'Inghilterra all'amministrazione federale tedesca, mentre nel caso del Regime fiscale pensionistico per *ex* dipendenti UNESCO residenti in Francia (2003) veniva in rilievo la prassi delle autorità fiscali francesi di non esigere contributi, benché ad essere riconosciuta come decisiva fu poi la condotta del governo francese.
[1145] Introductory Report, cit. p. 199.

responsabili per l'applicazione del trattato, sia di alto che di basso rango[1146], richiamando la medesima giurisprudenza, prima di ribadire la conclusione che la prassi degli organi di basso rango viene in rilievo nei limiti in cui sia ragionevole ritenere che organi superiori siano a conoscenza di tale prassi e ne accettino la rilevanza come interpretazione del trattato[1147].

Un'altra precisazione collegata da Nolte al tema dell'attribuzione nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio aveva riguardato il rilievo da attribuirsi alla condotta successiva unilaterale, che certamente da sola non potrebbe testimoniare un accordo, a meno che non sia possibile ricavare dalle circostanze del caso concreto che si richiedeva una reazione della controparte. Tuttavia, quand'anche così fosse, sostiene Nolte, non potrebbe che attribuirsi ad una simile condotta successiva un valore interpretativo soltanto sussidiario, ex articolo 32 della Convenzione di Vienna[1148]. Bisognerebbe inoltre fare attenzione a distinguere un simile caso da quello di una condotta soltanto apparentemente unilaterale, ma che in realtà esprime un consenso rispetto alla condotta dell'altra parte[1149], e da quello di una condotta unilaterale che confermi indirettamente l'esistenza di un accordo con l'altra parte[1150].

Il relatore speciale riprendeva quindi la giurisprudenza raccolta nel suo secondo rapporto per il Gruppo di Studio, al fine di ricordare la cautela dimostrata dai giudici riguardo la possibilità di attribuire rilievo alla prassi di enti privati[1151]. Benchè sia possibile pensare che la prassi di tali enti possa contribuire ad accertare l'accordo interpretativo tra gli Stati parte di un trattato, l'esempio riportato da Nolte era quello del Tribunale USA-Iran, che in un caso ha assunto un criterio formale, affermando che la condotta di una banca iraniana era rilevante in quanto organo del rispettivo Stato, e negando invece che fossero attribuibili agli Stati Uniti alcuni atti compiuti da banche statunitensi, poiché non appartenenti all'organizzazione statale[1152]. In un'altra decisione, tuttavia, il Tribunale sembrava riconsiderare la questione della possibilità di attribuire allo Stato la condotta di tali enti

[1146] A/CN.4/660, par. 121.
[1147] A/CN.4/660, par. 124.
[1148] *Ibidem*. Viene citato il caso Kasikili\Sedudu (1999), in cui un rapporto tecnico di un esperto, noto soltanto allo Stato che l'aveva commissionato, veniva utilizzato a sostegno di un'interpretazione raggiunta per altra via.
[1149] Nel parere sul Sud Ovest Africa (1950) la CIG affermava, ad esempio, che nel sottoporre la questione del futuro status giuridico del Sud Ovest Africa al 'giudizio' dell'Assemblea Generale, il Sud Africa accettava la competenza di questa e quindi una certa interpretazione della Carta di San Francisco.
[1150] Citando il caso Qatar c. Bahrain, su cui vedi alla nota 644.
[1151] A/CN.4/660, par. 125-127.
[1152] Stati Uniti c. Iran, Lodo 108-A-16/582-591-FT, 25 gennaio 1984. Nell'opinione dissenziente il giudice Ansari afferma che la maggioranza avrebbe dovuto tener conto dei poteri di supervisione sulle banche statunitensi da parte del Tesoro e della Federal Reserve Bank; Nolte (Second Report, cit., p. 230) evidenzia come sarebbe più corretto negare che la condotta di una qualsiasi banca privata, in quanto non rivolta ad un altro Stato, manca del requisito di sufficiente determinatezza della prassi. Un criterio formale è stato adottato anche in Iran c. Stati Uniti, Lodo Interlocutorio ITL 83-B1-FT (Domanda Riconvenzionale), 9 settembre 2004 (WL2210709).

privati, negando tuttavia che una condotta fosse attribuibile, sulla base della verifica in concreto della insufficiente determinatezza della portata interpretativa della condotta medesima[1153].

Altra giurisprudenza rilevante era quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la sola ad avere preso in considerazione la 'prassi sociale': il tema è stato tuttavia già trattato in relazione alla definizione della prassi, cui si rimanda[1154]. Qui basti ricordare che non vi sono altre corti internazionali che abbiano tenuto conto di tale prassi, e che la medesima Corte di Strasburgo vi fa riferimento solo nei limiti in cui essa è stata sostenuta da prassi statale 'autentica', quale la legislazione nazionale[1155].

Infine Nolte richiamava alcuni contenuti del terzo rapporto per il Gruppo di Studio, al fine di indicare come la prassi di altri attori possa costituire (soltanto) prova di un accordo o di una prassi successiva, dandovi impulso o costituendone un riflesso[1156]. In particolare Nolte aveva attribuito rilievo ai materiali provenienti da organizzazioni internazionali, ossia le raccolte di prassi statale realizzate da tali enti, in particolare quando si tratti di organizzazioni di ambito universale che rivolgono la propria indagine ad uno specifico ambito, come il Manuale dell'UNHCR del 1992 su procedure e criteri per determinare lo status di rifugiato[1157], o il Comitato del Consiglio di Sicurezza istituito nel 2004 con l'obiettivo di monitorare l'implementazione della Convenzione sulle armi batteriologiche del 1972[1158]. Anche fonti 'non ufficiali', ad esempio rapporti di organizzazioni non governative[1159] (soprattutto quando specificamente istituite per simili finalità di monitoraggio, come nel caso del 'The Monitor'[1160]), possono costituire un mezzo per accertare l'esistenza di accordi o prassi successiva degli Stati, o anche darvi impulso, fino al punto di influenzare gli Stati in funzione della propria 'agenda'; in tal senso, Nolte sottolineava che tale 'agenda' potrebbe rappresentare un filtro al tipo di raccolta di prassi effettuato, pregiudicandone l'obiettività[1161].

[1153] Stati Uniti c. Iran, Decisione DEC37-A17-FT (Caso A17), 18 giugno 1985. Sul requisito della 'sufficiente determinatezza', utilizzato nel primo rapporto per il Gruppo di Studio per poi divenire in sostanza il 'requisito relazionale' di cui si parla nei rapporti per la Commissione, vedi il Capitolo I, al punto II.2.1.2.
[1154] Vedi al punto II.2.2.2.
[1155] A/CN.4/660, par. 128-134.
[1156] A/CN.4/660, par. 135.
[1157] Che rappresenta una raccolta di prassi nell'implementazione (e quindi nell'interpretazione) della Convenzione sui rifugiati del 1951 e del Protocollo del 1967 (*Ibidem*, p. 319).
[1158] Istituito con la risoluzione 1504/2004, il Comitato raccoglie nella cosiddetta '1540 matrix' le misure che gli Stati hanno impiegato al fine di dare esecuzione alla suddetta Convenzione, tanto da poter determinare un impatto anche sull'implementazione dei trattati collegati (*ibidem*).
[1159] Ma anche riviste scientifiche o i media (*ibidem*).
[1160] Il 'The Monitor' raccoglie la prassi (dichiarazioni e rapporti) degli Stati parte della Convenzione di Ottawa del 1997 sulle mine antiuomo e di Dublino del 2008 sulle munizioni a grappolo, in particolare nei tre ambiti del divieto di assistenza, stoccaggio e transito all'estero e disarmo. Vedi www.the-monitor.org per i rapporti finora pubblicati relativamente a ciascuna delle due convenzioni monitorate.
[1161] Third Report, cit., p. 321.

I medesimi esempi venivano ripresi nel primo rapporto per la Commissione, assieme alla precisazione che le organizzazioni non governative spesso operano per il raggiungimento di determinati obiettivi, piuttosto che operare in maniera pienamente neutrale, anche nella raccolta della prassi statale[1162]. La questione del ruolo della prassi delle organizzazioni internazionali veniva tuttavia approfondita nel terzo rapporto per la Commissione[1163]. Per concludere, Nolte riprendeva dal terzo rapporto per il Gruppo di Studio anche l'esempio del Comitato Internazionale della Croce Rossa (ICRC)[1164].

Esso veniva descritto da Nolte come vero 'catalizzatore' della prassi degli Stati rispetto alle quattro Convenzioni di Ginevra e il relativi protocolli (e di qui l'intero diritto internazionale umanitario). Esso svolge infatti una funzione di guida interpretativa[1165], attraverso conferenze cui partecipano anche delegati degli Stati parte delle quattro Convenzioni di Ginevra. Nel 2009 in particolare l'ICRC ha pubblicato la 'Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law', sulla base di materiali raccolti tra il 2003 e il 2008 da varie fonti[1166] e contenente dieci raccomandazioni con relativo commento, che costituiscono la posizione interpretativa del Comitato circa il diritto internazionale umanitario[1167]. Nolte evidenziava tuttavia come il Comitato affermi di interpretare il diritto internazionale umanitario in generale (non solo le quattro Convenzioni), dunque non è facile distinguere la prassi 'successiva' da quella che rimane nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario, oltre al fatto che gli Stati potrebbero voler rivendicare il proprio ruolo come veri autori dell'evoluzione del diritto umanitario consuetudinario[1168].

[1162] A/CN.4/660, par. 138-140.
[1163] Vedi oltre al punto II.3.
[1164] A/CN.4/660, par. 141-143.
[1165] L'articolo 5.2 degli Statuti del Movimento Internazionale della Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa recita infatti: 'The role of the International Committee, in accordance with its Statutes,is in particular: ... g) to work for the understanding and dissemination of knowledge of international humanitarian law applicable in armed conflicts and to prepare any development thereof'
[1166] Ossia di ambito accademico, militare, governativo e non governativo (Third Report, cit., p. 321).
[1167] La seconda Raccomandazione introduce ad esempio la categoria della 'continuous combat function' nei conflitti armati non internazionali (tale per cui un individuo non può più essere qualificato come civile se prende parte al conflitto con continuità, ossia come membro di un gruppo armato), ai fini dell'interpretazione dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra.
[1168] Third Report, cit., p. 322; Nolte ricorda tuttavia che il Comitato stesso nella Risoluzione 1 ('Strengthening legal protection for victims of armed conflicts') della 31esima Conferenza conferma il primario ruolo degli Stati: 'emphasizing the primary role of States in the development of international humanitarian law' (1 dicembre 2011, reperibile presso https://www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm)

1.1. Dibattito e riformulazione

Presso la Commissione, se alcuni sottolineavano l'inopportunità di utilizzare il medesimo termine 'prassi successiva' per indicare la condotta di Stati e di altri enti[1169], in generale erano in molti a escludere in toto la rilevanza della prassi di enti non statali[1170], e di quella sociale in particolare[1171]. Altri membri della Commissione suggerivano di indicare con maggior chiarezza i casi e i criteri di attribuzione della prassi allo Stato[1172], mentre da una parte si criticava in particolare il riferimento alla prassi delle organizzazioni internazionali[1173], e da un'altra si sottolineava che, tra gli organi dello Stato, dovrebbero riconoscersi solo a quelli internazionalmente rilevanti[1174]. Nolte concedeva che la formulazione avrebbe dovuto essere migliorata, per evitare che la prassi di enti non statali (che pure mantiene di fatto il limitato rilievo probatorio indicato) venisse equiparata a quella statale, ribadendo al contempo che la prassi sociale viene in rilievo soltanto quando confermata dalla prassi dello Stato[1175].

Il Drafting Committee raccoglieva tali critiche, modificando anche la rubrica dell'ormai quinta Conclusione[1176], riferita non più a 'possible authors' ma solo alla 'attribution' della prassi successiva. Il primo paragrafo faceva riferimento anche all'articolo 32 della Convenzione di Vienna, al fine di chiarire che la norma vale anche per la prassi di valore interpretativo sussidiario, e coerentemente ricorda che deve trattarsi di prassi 'in the application of the treaty'. Veniva rimosso il riferimento agli 'organi' dello Stato[1177], preferendo far rilevare come qualsiasi condotta attribuibile

[1169] Wood (A/CN.4/SR.3160, p. 3) e Murphy (A/CN.4/SR.3161, p. 7: 'The second sentence of draft conclusion 4 read as though the practice of non-State actors was a form of "subsequent practice" envisaged by article 31 of the Vienna Convention, an assertion for which there was no support', aggiungendo che anche il riferimento alla prassi sociale è inadeguato ad una conclusione di valore generale, dal momento che solo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ne fa uso, e solo a certe condizioni).

[1170] Kamto (A/CN.4/SR.3162, p. 4), Murase (A/CN.4/SR.3162, p. 5), Wisnumurti (A/CN.4/SR.3162, p. 5), Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3162, p. 6: 'With respect to the International Committee of the Red Cross, the so-called "interpretative guidance" provided by it should be understood as being either a "supplementary means of interpretation" under article 32 of the Vienna Convention or "a special meaning" under article 31, paragraph 4, of the Convention.', aggiungendo che dovrebbe anche attribuirsi rilievo al diverso peso dei diversi enti non statali, dando priorità a quelli competenti ad interpretare il rispettivo trattato istitutivo), Hmoud (A/CN.4/SR.3162, p. 7) e Hassouna (A/CN.4/SR.3163, p. 3).

[1171] Murphy (A/CN.4/SR.3161, p. 6), Sturma (A/CN.4/SR.3162, p. 3), Kamto (A/CN.4/SR.3162, p. 4), Murase (A/CN.4/SR.3162, p. 5) e Hmoud (A/CN.4/SR.3162, p. 7).

[1172] Forteau (A/CN.4/SR.3160, p. 5), Murphy (A/CN.4/SR.3161, p. 6), Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3162, p. 8, oltre a ricordare che 'the use of the expression "social practice" merited further consideration.') e Jacobbson (A/CN.4/SR.3162, p. 8).

[1173] Park (A/CN.4/SR.3160, p. 6, dal momento che le raccolte di prassi statale da parte dell'organizzazione internazionale non costituiscono prassi dell'*organizzazione* in sé).

[1174] A/CN.4/SR.3161, p. 5: 'such practice could only come from organs whose conduct had an international dimension.'

[1175] A/CN.4/SR.3163, p. 7.

[1176] Si ricordi infatti che la divisione della seconda Conclusione proposta dal relatore speciale in due determinava la variazione della numerazione, come descritto al punto II.3.3.

[1177] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Dire Tladi, 31 maggio 2013, p. 14, dove esplicitamente si afferma che vengono in rilievo non soltanto gli atti degli organi degli Stati come ricompresi nell'articolo 4 del Progetto del 2001 sulla responsabilità degli Stati.

allo Stato secondo il diritto internazionale può venire in rilievo quale accordo o prassi successiva, ma, appunto, non necessariamente costituisce sempre prassi successiva. Compatibilmente, viene demandata al commentario la questione degli organi di rango inferiore, la cui condotta può contrastare con quella degli organi competenti ad esprimere la posizione dello Stato sul piano internazionale, in ragione della difficoltà di individuare il rango e della priorità da riconoscersi al rilievo interpretativo della condotta medesima (piuttosto che della posizione gerarchica in sé dell'organo autore della prassi)[1178].

Il secondo paragrafo utilizzava l'espressione 'altra condotta' affermando che essa non viene in rilievo come prassi successiva per fini interpretativi in nessun caso; in particolare si manteneva il riferimento alla condotta di enti non statali, in accoglimento delle critiche di molti membri della Commissione circa l'irrilevanza della 'prassi' di questi[1179]. L'espressione funge chiaramente da elemento scriminante della presente fattispecie rispetto alla prassi attribuibile agli Stati, di cui al precedente paragrafo, e si accompagna alla descrizione del limitato rilievo probatorio che tale condotta potrebbe avere, lasciando per altro al commentario il compito di esplicitare che essa potrebbe dimostrare sia l'esistenza che il contenuto della prassi successiva[1180]. Veniva infine eliminato qualsiasi riferimento alla prassi sociale, in ragione delle critiche viste, demandandone la trattazione al commentario.

> *Draft conclusion 5 – Attribution of subsequent practice*
>
> *1. Subsequent practice under articles 31 and 32 may consist of any conduct in the application of a treaty which is attributable to a party to the treaty under international law.*
>
> *2. Other conduct, including by non-State actors, does not constitute subsequent practice under articles 31 and 32. Such conduct may, however, be relevant when assessing the subsequent practice of parties to a treaty.*

Presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale erano molti gli Stati a richiamare alla cautela e quindi ad un approfondimento circa il ruolo della 'condotta' di enti non statali[1181], mentre

[1178] *Ibidem*, p. 15.
[1179] *Ibidem*.
[1180] *Ibidem*, p. 16. Nel commentario dovranno indicarsi anche le modalità con cui tale condotta può costituire prova di una prassi rilevante, le interazioni tra le due, oltre ad esempi e giurisprudenza.
[1181] Francia (A/C.6/68/SR.17, par. 122: 'although non-State actors had a useful role to play in identifying practices, it would be wrong to draw hasty conclusions from that, insofar as their presentation might be influenced by the purpose of the organization or institution that prepared it.'), Sud Africa (A/C.6/68/SR.18, par. 45), Germania (A/C.6/68/SR.18, par. 70), Grecia (A/C.6/68/SR.18, par. 94, suggerendo di eliminare dalla Conclusione il riferimento agli enti non statali, relegandolo al commento), Italia (A/C.6/68/SR.19, par. 3, con particolare riferimento al caso Tadic deciso dal Tribunale penale internazionale per la Ex-Jugoslavia, in cui la prassi del Consiglio di Sicurezza di considerare i conflitti armati interni come una minaccia alla pace veniva qualificata come "common understanding of the United Nations membership in general", ossia "subsequent practice" di tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite), Tailandia (A/C.6/68/SR.19, par. 24: 'In order for such conduct to be relevant, it would have to be demonstrated with a degree of certainty that it did not conflict with the manner in which States parties intended to interpret the treaty.'), Malesia (A/C.6/68/SR.19, par. 35), Israele (A/C.6/68/SR.19, par. 40), Russia (A/C.6/68/SR.19, par. 53, sottolineando in

altri Stati si concentravano sulla questione del rango degli organi statali[1182], e altri ancora sul ruolo interpretativo degli organi istituiti dal trattato[1183].

2. Decisioni di conferenze di Stati parte (COPs)

> *Draft conclusion 10 – Decisions adopted within the framework of a Conference of States Parties*
>
> *(1) A Conference of States Parties, under these draft conclusions, is a meeting of States parties pursuant to a treaty for the purpose of reviewing or implementing the treaty, except if they act as members of an organ of an international organization.*
>
> *(2) The legal effect of a decision adopted within the framework of a Conference of States Parties depends primarily on the treaty and the applicable rules of procedure. Depending on the circumstances, such a decision may embody a subsequent agreement under article 31 (3) (a), or give rise to subsequent practice under article 31(3) (b) or article 32.*
>
> *(3) A decision adopted within the framework of a Conference of States Parties embodies a subsequent agreement or subsequent practice under article 31 (3) in so far as it expresses agreement in substance between the parties regarding the interpretation of a treaty, regardless of the form and the procedure by which the decision was adopted.*

Il relatore speciale riprendeva nel suo secondo rapporto per la Commissione anche la questione, inizialmente sviluppata nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio, degli accordi e prassi successiva rappresentati da decisioni prese da conferenze di Stati parte di un trattato. Essa rileva per il qui proposto 'aspetto soggettivo' dal momento che (gli accordi e) la prassi successiva possono provenire, secondo l'analisi che Nolte ne fa, non direttamente dagli Stati, ma da situazioni di particolare cooperazione tra questi, come appunto le COPs. Si sottolinea come nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte avesse individuato altre simili situazioni, rubricate quali 'aspetti

---

particolare che, piuttosto che la prassi dell'organizzazione internazionale, rileva la reazione a questa da parte degli Stati) e Iran (A/C.6/68/SR.19, par. 72, in particolare dovendosi risolvere la confusione generata dal fatto che la prassi di enti non statali potrebbe influenzare quella degli Stati nell'applicazione del trattato, e quindi in tal modo influenzare anche il diritto internazionale consuetudinario).

[1182] Spagna (A/C.6/68/SR.17, par. 139, dovendosi chiarire i requisiti per il rilievo della prassi organi inferiori, ossia che 'such practice was unequivocal and accepted by the higher authorities.') e Perù (A/C.6/68/SR.18, par. 26, dovendosi assicurare la priorità degli organi di rango più elevato).

[1183] Ruolo negato da Bielorussia (A/C.6/68/SR.18, par. 7: 'The practice whereby international treaty monitoring bodies placed themselves on equal footing with States in respect of the interpretation of treaties without having been so empowered by the States was a matter of concern. As those bodies were made up of experts from a limited number of parties to a treaty, their interpretations did not always correctly convey the agreed intention of the States, as reflected in the actual provisions of the treaty. [...] While the work of non-governmental organizations could provide useful information to support the analysis of the practice of States, their input must never replace the practice of States.') e Corea del Sud (A/C.6/68/SR.18, par. 106), ma sostenuto dal Messico (A/C.6/68/SR.17, par. 131, aggiungendo che 'the Commission should address their role [degli organi giudicanti istituiti dal trattato] as evidence and formation of subsequent practice of States.').

specifici' della condotta successiva al di fuori di contesti giudiziali, che qui si è ritenuto tuttavia di collocare altrove[1184].

Numerosi trattati multilaterali prevedono regolari assemblee degli Stati parte come strumento per il controllo e il continuo sviluppo della convenzione sottostante. La dottrina dibatte circa la natura di tali conferenze[1185], che si situerebbero a metà strada tra una conferenza diplomatica e un organo di un'organizzazione internazionale. Si tratta in ogni caso di assemblee aperte a tutti gli Stati (non a composizione limitata o enti composti da esperti) in cui la cooperazione tra gli Stati è chiaramente facilitata. Ve ne sono diversi tipi base al grado di istituzionalizzazione del trattato: si possono in definitiva raggruppare in organi di un'organizzazione, esclusi pertanto dall'analisi che segue[1186], e incontri periodici stabiliti dal trattato, su cui Nolte si concentra, dal momento che, oltre a facilitare in generale la cooperazione interstatale, possono anche avere dei compiti specifici di emendamento o adattamento del trattato[1187].

2.1. Atti delle COPs

Le conferenze di Stati parti producono atti che possono avere un effetto interno, ossia limitato a definire la struttura o l'operatività della conferenza medesima, oppure esterno, capaci cioè di influire sul contenuto degli obblighi previsti dal trattato. Talvolta la distinzione tra le due tipologie non è facile, come dimostrato dall'esempio della gestione delle risorse finanziarie da parte dalle COP successive alla Convenzione quadro sul cambiamento climatico e al Protocollo di Kyoto: l'articolo 11 UNFCCC prevedeva l'affidamento di tale funzione da parte delle COP ad organismi esistenti[1188], ma con il tempo gli Stati hanno creato nuove strutture al fine di realizzare la completa

[1184] Si tratta degli 'specifici contesti di cooperazione', di cui si è detto in relazione alla definizione della prassi (in particolare circa il numero di parti coinvolte, al punto II.2.2.6), e del valore della condotta di enti di monitoraggio ai fini di accertamento del trattato, di cui si parlerà poco oltre, al punto II.4.

[1185] Nolte ricordava che le COPs sono state qualificate come 'managerial treaty-making', 'autonomous, institutional arrangements', o 'no more than a diplomatic conference of States' (Third Report, cit., p. 365).

[1186] Nolte citava ad esempio la COP all'interno dell'Organizzazione per il divieto di armi chimiche istituita dall'articolo VIII della Convenzione sulle armi chimiche (CWC), gli organi politici del WTO (Conferenza ministeriale e Consiglio generale), e l'Assemblea dell'ICAO (Third Report, cit., p. 365). L'analisi delle organizzazioni internazionali è demandata al terzo rapporto per la Commissione; vedi oltre al punto II.3.

[1187] Non si tratterebbe quindi di 'institutions' con poteri di 'governo' sul trattato, bensì di 'processes or mechanisms'; ad esempio il 'Review Conference Process' della Convenzione del 1972 sulle armi batteriologiche (BWC), la *review conference* istituita dall'articolo VIII.1 del Trattato di non proliferazione nucleare (NPT), e le COP previste dai trattati sull'ambiente (come il trattato quadro ONU sul cambiamento climatico; Third Report, cit., p. 366).

[1188] Articolo 11 UNFCCC: 'Financial mechanism – 1. A mechanism for the provision of financial resources on a grant or concessional basis, including for the transfer of technology, is hereby defined. It shall function under the guidance of and be accountable to the Conference of the Parties, which shall decide on its policies, programme priorities and eligibility criteria related to this Convention. Its operation shall be entrusted to one or more existing international entities. [...]'. Il primo ente cui la gestione dei finanziamenti era stata affidata era il Global Environment Facilty del Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo.

realizzazione del meccanismo[1189], strutture che veicolano in concreto l'implementazione di alcune disposizioni sostanziali della Convenzione[1190].

A volte le COP hanno poteri di 'revisione' del trattato che vengono espressamente distinti dalle procedure di emendamento vere e proprie, soprattutto nelle convenzioni multilaterali sul clima[1191]. Anche qui la distinzione non è facile, e dovrebbe basarsi sul fatto che l'esercizio dei poteri di revisione testimonia l'intenzione degli Stati di adattare e far evolvere il trattato senza formalmente modificarlo[1192]. Tali poteri possono essere indicati in clausole generali, come nella UNFCCC[1193], o in disposizioni specifiche, che si riferiscono alla COP come autrice di 'linee guida' o propriamente di 'regole'[1194]: in entrambi i casi l'atto può costituire un accordo o una prassi successiva.

Nolte denominava poi 'procedure di emendamento tacite' quelle per cui la modifica si realizza attraverso la non-obiezione degli Stati parte: si tratta in particolare della modifica di allegati che contengono liste da aggiornare frequentemente (piuttosto che della modifica del trattato in sé)[1195]. In tali casi l'emendamento entra in vigore per tutte le parti se votato da una maggioranza qualificata, e in assenza di obiezioni espresse: in caso contrario, lo Stato obiettante è escluso dell'efficacia della modifica (meccanismo di opt-out). Secondo Nolte, l'atto della COP non costituirebbe in sé un 'accordo successivo', ma potrebbe in concreto avere un simile effetto.

Un esempio è quello della COP del 1993 alla Convenzione di Londra del 1972 sulla prevenzione dell'inquinamento marino, che emendava l'Allegato I ma confermava anche una nuova definizione di 'dumping', di fatto influenzando l'interpretazione della Convenzione medesima (e probabilmente anche modificandola)[1196]. Un altro esempio è quello della Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione (CITES),

[1189] Nel 2001 la COP crea il Special Climate Change Fund e il Least Developed Countries Fund (FCCC/CP/2001/13/Add1, Decisione 7/CP7); nel 2010 viene creato il Green Climate Fund (FCCC/CP/2010/7/Add.1, Decisione 1/CP16).
[1190] In particolare le obbligazioni previste dall'articolo 4 UNFCCC circa l'assistenza agli Stati in via di sviluppo da parte di quelli industrializzati.
[1191] Ad esempio l'UNFCCC tratta i primi all'articolo 7.2 e le seconde al 15; il Protocollo di Kyoto similmente al 13.4 e al 20 (Third Report, cit., p. 367).
[1192] Third Report, cit., p. 368.
[1193] L'articolo 7.2 UNFCCC afferma 'The Conference of the Parties, as the supreme body of this Convention, shall keep under regular review the implementation of the Convention and any related legal instruments that the Conference of the Parties may adopt, and shall make, within its mandate, the decisions necessary to promote the effective implementation of the Convention. To this end, it shall: [...]'
[1194] Ad esempio l'articolo 17 del Protocollo di Kyoto afferma 'The Conference of the Parties shall define the relevant principles, modalities, *rules* and *guidelines*, in particular for verification, reporting and accountability for emissions trading. [...]' (corsivo aggiunto).
[1195] Third Report, cit., p. 368.
[1196] Vedi le decisioni LC.51 e LC.50 del 'London Consultative Meeting of the Parties': tali decisioni riprendono il contenuto di una risoluzione del 1990 (LDC.41) che affermava espressamente che alla Convenzione inerisce qualsiasi forma di inquinamento che abbia origine dal mare (escludendo cioè l'inquinamento proveniente dalla terraferma: Third Report, cit., p. 369).

dove la COP, oltre ad avere il potere di modificare le liste di specie a rischio contenuti negli Allegati I e II[1197], ha emanato anche una risoluzione che precisava i criteri per identificare tali specie, di fatto producendo secondo Nolte un'interpretazione autentica dell'articolo II della Convenzione[1198].

2.2. Creazione di accordi e prassi successiva

Le Conferenze degli Stati parti svolgono dunque una funzione di supervisione del trattato in vista della realizzazione del suo oggetto e scopo, pertanto le decisioni che esse prendono rappresentano un momento fondamentale per l'adattamento del trattato, sul piano interpretativo o modificativo. La Divisione per gli affari legali dell'IMO ha riconosciuto che una decisione di una COP può costituire una forma di 'accordo successivo' ex articolo 31.3.a) della Convenzione di Vienna del 1969, dal momento che questo non prevede requisiti di forma[1199], e vi sono vari esempi di decisioni di COP che rappresentano un 'accordo successivo', nell'ambito della Convenzione quadro sul controllo del tabacco (FCTC)[1200], della Convenzione sulle armi batteriologiche (BWC)[1201], e del Protocollo di Montreal sulle sostanze che impoveriscono lo strato di ozono[1202]. Le COP svolgono normalmente attività interpretativa, e l'intenzione delle parti in tal senso è spesso palesata dal testo stesso, benché possa essere incerto l'effettivo accordo di tutte le parti sull'interpretazione[1203].

[1197] La procedura di emendamento tacito degli allegati è stabilita dall'articolo XV CITES, e riguarda sia l'Allegato I (specie a rischio di estinzione) che l'Allegato II (specie che potrebbero essere a rischio di estinzione a meno di regolarne e controllarne il commercio; Third Report, cit., p. 369).

[1198] Che individua i 'Fundamental Principles' per l'individuazione delle specie a rischio nei due allegati (*ibidem*).

[1199] Agenda item 4 (Ocean fertilization), submitted by the Secretariat on procedural requirements in relation to a decision on an interpretive resolution: views of the IMO Sub-Division of Legal Affairs (IMO LC 33/J/6, par. 3).

[1200] L'articolo 23.5 della Convenzione del 2003 afferma che la COP 'shall keep under regular review the implementation of the Convention and take the decisions necessary to promote its effective implementation' e, più in generale, l'articolo 5.4 individua l'obbligo di cooperazione tra gli Stati parte ('The Parties shall cooperate in the formulation of proposed measures, procedures and guidelines for the implementation of the Convention and the protocols to which they are Parties.'). Molte disposizioni della FCTC affidano alla COP il compito di stabilire linee guida sull'implementazione, senza particolarmente limitare la discrezionalità degli Stati: purché approvate per *consensus*, tali decisioni rappresentano pertanto interpretazioni autentiche (altrimenti valendo come mera proposta), come confermato dal Consiglio Legale dell'OMS (FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6). Le linee guida adottate dalla quarta COP nel 2010 definiscono ad esempio la dipendenza da tabacco (FTC.COP4(8); Third Report, cit., p. 370-371).

[1201] La Convenzione del 1972 prevede all'articolo XII una 'Review Conference' che produca 'additional understandings and agreements': questi possono veicolare l'interpretazione degli articoli e del preambolo della BWC, sia attraverso la diretta specificazione dei termini, sia attraverso la redazione di linee guida. L'articolo I contiene ad esempio un generale divieto di sviluppo, produzione, stoccaggio o qualsiasi forma di acquisizione o detenzione di varie categorie di armamenti, all'interno dei quali la terza COP nel 1991 include anche quelli 'harmful to plants and animals, as well as humans' (BWC/CONF.III/23 Parte II; Third Report, cit., p. 371).

[1202] L'articolo 4 del Protocollo del 1987 precisa i requisiti per il commercio con gli Stati non parte delle sostanze dannose indicate dagli allegati, e veniva modificato con l'emendamento di Pechino del 1999. La quindicesima COP nel 2003 individua 'by *consensus* a single interpretation of the term "State not party to this Protocol", to be applied by Parties to the Beijing Amendment for the purpose of trade in hydrochlorofluorocarbons under Article 4 of the Protocol' (Decisione XV/3 'Obligations of Parties to the Beijing Amendment under Article 4 of the Montreal Protocol with respect to hydrochlorofluorocarbons').

[1203] Third Report, cit., p. 372.

2.3. Requisiti procedurali

Di nuovo concentrandosi sulla decisione della COP come 'accordo successivo' (piuttosto che come prassi successiva), alcuni presupposti di natura procedurale dovrebbero essere soddisfatti affinché possa riconoscersi tale qualifica: 'certamente' si potrebbe riconoscere l'accordo di tutte le parti quando la decisione è unanime oppure vincolante, mentre dubbi sarebbero i casi di una decisione adottata per *consensus* oppure non vincolante[1204]. Decisioni vincolanti che costituiscono un 'accordo successivo' sono ad esempio quelle che vengono prese dalla COP al Protocollo di Montreal sulle sostanze che impoveriscono lo strato d'ozono in base all'articolo 2.9, che attribuisce agli Stati il compito di operare degli 'aggiustamenti' per l'implementazione dell'obbligo di eliminazione delle sostanze elencate nell'Allegato A[1205]. Tali decisioni non consentono infatti la possibilità di opt-out, e rappresenterebbero accordi successivi non solo in quanto hanno effetti su un obbligo sostanziale previsto dal trattato, ma anche perché l'accordo di tutte le parti si evince dal fatto che gli Stati, aderendo al trattato, hanno accettato anche la disposizione che attribuisce alla COP il potere di emanare decisioni vincolanti[1206].

Nel caso di 'risoluzioni interpretative' (non vincolanti), invece, si discute della necessità che siano prese per *consensus* al fine di qualificarle come accordi successivi: nel 2011, ad esempio, su richiesta degli Stati parte alla terza COP sulla Fertilizzazione dell'Oceano[1207], la Divisione IMO per gli affari legali sembrava affermare che un accordo successivo necessita di essere vincolante 'come un trattato o un emendamento'. Nolte si diceva contrario a tale impostazione, ricordando che l'articolo 31.3.a) della Convenzione di Vienna afferma che gli accordi successivi 'shall be taken into account' (ma non essere vincolanti in sè)[1208]: in definitiva, la necessità del *consensus*

[1204] *Ibidem*.
[1205] Articolo 9.2 del Protocollo di Montreal del 1987: 'a) Based on the assessments made pursuant to Article 6, the Parties may decide whether: i. Adjustments to the ozone depleting potentials specified in Annex A, Annex B, Annex C and/or Annex E should be made and, if so, what the adjustments should be; and ii. Further adjustments and reductions of production or consumption of the controlled substances should be undertaken and, if so, what the scope, amount and timing of any such adjustments and reductions should be [...] c) In taking such decisions, the Parties shall make every effort to reach agreement by *consensus*. If all efforts at *consensus* have been exhausted, and no agreement reached, such decisions shall, as a last resort, be adopted by a two-thirds majority vote of the Parties present and voting representing a majority of the Parties operating under Paragraph 1 of Article 5 present and voting and a majority of the Parties not so operating present and voting; d) The decisions, which *shall be binding* on all Parties, shall forthwith be communicated to the Parties by the Depositary. Unless otherwise provided in the decisions, they shall enter into force on the expiry of six months from the date of the circulation of the communication by the Depositary' (corsivo aggiunto).
[1206] In ogni caso, per parlarsi di accordo successivo sull'interpretazione, il contenuto della decisione vincolante deve chiaramente riguardare l'applicazione del trattato sottostante (Third Report, cit., p. 373, ricordando anche che parte della dottrina ha parlato espressamente di potere 'legislativo').
[1207] 'Intersessional Working Group on Ocean Fertilization' (31 maggio – 3 giugno 2011), LC 33/4, par. 4.15.2 (Third Report, cit., p. 373).
[1208] Importando solo l'effetto legale che discende dall'essere, appunto, accordo successivo sull'interpretazione autentica del trattato. Il punto è meglio chiarito all'interno del secondo rapporto di Nolte per la Commissione: vedi sopra al punto II.5.

dipenderebbe dalla specifica questione interpretativa, dovendosi cioè guardare alla presenza dell'accordo di tutte le parti che la Convenzione di Vienna richiede affinché l'accordo successivo, pur non essendo vincolante, abbia una funzione (comunque 'binding') d'interpretazione autentica[1209]. In sè il '*consensus*' è definibile come accordo generalizzato ma senza voto unanime, ed è una modalità che dall'Assemblea Generale delle Nazione Unite si è diffusa nel contesto delle relazioni interstatali[1210]. Essa costituisce la procedura normalmente seguita proprio dalle COP per l'implementazione del relativo trattato, per espressa previsione del regolamento della Conferenza[1211], oppure, in assenza, anche per prassi[1212].

Vi possono essere dei casi limite, come ad esempio presso la sesta COP della Convenzione sulla diversità biologica (CBD), dove dopo vari tentativi falliti di ottenere l'accordo su una decisione questa veniva adottata per *consensus* 'registrando' tuttavia il dissenso formale dell'Australia[1213]. Il Segretariato della CBD chiedeva un'opinione al Consiglio Legale delle Nazioni Unite, che affermava che *consensus* non significa accettazione della sostanza della delibera e che la decisione non avrebbe dovuto essere adottata, ma anche che nel caso specifico la condotta australiana non poteva qualificarsi come protesta formale, né costituiva una richiesta d'annullamento, bensì era da intendersi come mera 'riserva' sulla procedura seguita[1214]. Ad una successiva COP della Convenzione di Ramsar l'Australia richiedeva di non fare riferimento alla decisione suddetta, di cui dichiarava di non accettare la validità, oltre a manifestare formalmente il proprio disaccordo con il parere del Consiglio Legale[1215].

In definitiva, il problema principale della procedura per *consensus* è dato dalle modalità di espressione del dissenso, in particolare il momento entro il quale sarebbe necessario obiettare alla decisione; secondo Nolte, sembrerebbe affermarsi una prassi per cui l'obiezione dovrebbe essere

[1209] Non sarebbe pertanto sufficiente l'accordo astratto che potrebbe dedursi dalle regole sulle procedure di voto della COP, accettate dagli Stati con la ratifica o adesione al trattato (Third Report, cit., p. 374).
[1210] *Ibidem*.
[1211] La regola 28.2 del Regolamento di procedura della COP alla BWC ha rappresentato un modello per le regole di altre Conferenze: 'Adoption of decisions – [...] 2. The task of the Review Conference being to review the operation of the Convention with a view to assuring that the purposes of the preamble and the provisions of the Convention are being realized and thus to strengthen its effectiveness, every effort should be made to reach agreement on substantive matters by means of *consensus*. There should be no voting on such matters until all efforts to achieve *consensus* have been exhausted.' (BWC/CONF.I/02).
[1212] Third Report, cit., p. 376.
[1213] Si tratta della decisione VI/23 dell'aprile 2002 sulle linee guida per la prevenzione, introduzione e mitigazione dell'impatto di specie aliene rischiose per ecosistemi, habitat o specie (UNEP/CBD/COP/6/20).
[1214] UNEF/SCBD 30219R del 17 giugno 2002.
[1215] Ottava COP della Convenzione di Ramsar sulle zone umide, 18-26 novembre 2002; in particolare stava per essere adottata la decisione VIII.8 sulle specie invasive. Altri esempi di casi limite sono le due decisioni adottate alla COP sul Cambiamento climatico di Cancun nel 2010 nonostante l'opposizione della Bolivia (1/CMP.6 e 2/CMP.6), e, nel medesimo ambito, la decisione presa dal presidente della terza COP, che dichiara che una decisione può essere presa per *consensus* nonostante l'opposizione di tre Stati parte: tale presa di posizione viene impugnata *ex* articolo 34 delle regole di procedura della COP, ma il successivo appello viene ritirato quando il presidente dichiara di mettere ai voti la questione (Third Report, cit., p. 377).

confermata qualora necessario[1216]. Per quanto riguarda infine la possibilità di modifica del trattato attraverso una decisione di una COP, essa è stata talvolta riconosciuta, come si vedrà[1217].

2.4. La trattazione nel secondo rapporto per la Commissione

Anche nel secondo rapporto per la Commissione si ribadiva che sono escluse le conferenze che avvengono in seno ad organi di un'organizzazione internazionale[1218], sottolineando tuttavia che si teneva conto nella recente decisione presa dalla Corte di Giustizia Internazionale nel caso della Caccia alle balene nell'Antartico[1219]. In essa la CIG prendeva in considerazione le raccomandazioni della Commissione baleniera internazionale (IWC), riconoscendone il possibile rilievo interpretativo quando emanate per *consensus* o all'unanimità[1220]. Dopo aver riaffermato i tipi di atti che una conferenza può adottare[1221], venivano ripresi anche gli esempi visti[1222], in particolare quello della Convenzione di Londra sulla prevenzione dell'inquinamento marino[1223]: rispetto ad essa il relatore speciale aggiungeva che gli emendamenti taciti effettuati da tre COPs non potrebbero essere considerati 'accordi successivi', lasciando intendere (soltanto) che potrebbero essere considerati prassi successiva, in quanto incidenti sull'interpretazione.

Il punto rileva perchè anche nel secondo rapporto Nolte sembrava concentrarsi sugli atti di COPs propriamente come 'accordi successivi', relegando ad un ruolo secondario la possibilità che decisioni di COPs possano costituire una prassi interpretativa ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna[1224]. Il relatore speciale dichiarava infatti che le decisioni di COPs possono costituire sia accordi successivi ex articolo 31.3.a) che prassi successiva ex 31.3.b), salvo poi focalizzare l'analisi sul primo caso, probabilmente come conseguenza inevitabile del fatto che le decisioni di COPs sono singoli atti, e, come rilevato, la differenza tra i due mezzi interpretativi di cui all'articolo 31.3.a) e b) sta principalmente nella forma dell'accordo[1225].

Si dovrebbe infatti in concreto accertare che la decisione è anche accordo sull'interpretazione e quindi le parti vogliono l'effetto di interpretazione autentica (indipendentemente dalla vincolatività

[1216] *Ibidem*.
[1217] Vedi il Capitolo III, al punto II.2.1.
[1218] A/CN.4/671, par. 77, dal momento che sono oggetto del successivo terzo rapporto per la Commissione.
[1219] A/CN.4/671, par. 78.
[1220] Whaling in the Antarctic (Australia c. Giappone, 31 marzo 2014), par. 46: 'These recommendations, which take the form of resolutions, are not binding. However, when they are adopted by *consensus* or by a unanimous vote, they may be relevant for the interpretation of the Convention or its Schedule'.
[1221] A/CN.4/671, par. 83.
[1222] A/CN.4/671, par. 84-95. In particolare quello della Convenzione quadro sul controllo del tabacco (nota 1200), della Convenzioni sulle armi biologiche (nota 1201), del Protocollo di Montreal sulle sostanze che impoveriscono lo strato di ozono (nota 1202).
[1223] Vedi alla nota 1196 e testo collegato.
[1224] A/CN.4/671, par. 94-95.
[1225] Vedi sopra al punto II.2.1.1.

dell'atto in sé); varrebbe altrimenti una presunzione contraria, ma vincibile anche a partire da una prassi degli Stati tale da dimostrare che nella decisione è presente una volontà interpretativa[1226]. Facendo poi di nuovo riferimento all'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, senza chiarire ad esempio se la singola decisione possa in qualche caso considerarsi 'prassi', Nolte ricordava il possibile valore sussidiario che la decisione potrebbe assumere ex articolo 32[1227]. In definitiva, si può pensare che Nolte intenda la 'prassi successiva' prodotta dalle COPs come mera somma di decisioni che da sole non potrebbero considerarsi 'accordi successivi', ma accettate dagli altri Stati soltanto dopo un'iniziale espressa opposizione, compatibilmente con quanto si dirà tra poco circa gli effetti dell'acquiescenza ipotizzata dal relatore speciale nell'ambito delle COPs.

Nolte ribadiva poi le considerazioni viste circa le forme e quindi la procedura utilizzata per arrivare ad una decisione, esplicitamente affermando stavolta che una decisione unanime di una COP è certamente (in presenza di accordo interpretativo) un accordo successivo ex 31.3.a) VCLT, ma più spesso le COP decidono per *consensus*[1228]. Veniva ripresa la raccomandazione della Divisione per gli affari legali di IMO[1229], per chiarire che in ogni caso essenziale è l'accertamento in concreto dell'accordo interpretativo tra le parti, e l'esempio dell'opposizione australiana ad una decisione di una COP della Convenzione sulla diversità biologica[1230], come ipotesi in cui certamente l'accordo interpretativo è da escludersi.

Del tutto nuova era invece la parte finale, dedicata agli atti adottati in presenza di alcune parti soltanto: la decisione della COP, in sé, non sarà certamente sorretta dall'accordo tra tutte le parti, non potendo quindi vincolare ad una certa interpretazione lo Stato assente[1231]. Nolte precisava tuttavia che quest'ultimo dovrebbe in buona fede reagire in maniera tempestiva alla decisione, altrimenti dovendosi considerare acquiescente, con la conseguenza di poter ricomporre un 'accordo successivo', e non, curiosamente, una 'prassi successiva'; ciò si dovrebbe alla necessità, in questo caso, di dare priorità all'unico atto costituito dalla decisione della COP, piuttosto che all'acquiescenza come elemento che integra un accordo interpretativo tacito[1232]. Sarebbe dunque la 'centralità' del singolo atto, qui espressamente riconosciuta, il motivo per cui, come ricordato poco

[1226] Una prassi quindi che non è chiaro se Nolte intenda inquadrare nell'articolo 31.3.b), dal momento che il contenuto interpretativo autentico si ritroverebbe di nuovo nell'atto della COP, piuttosto che nella somma della condotta delle parti (ossia, appunto, nella prassi successiva).
[1227] A/CN.4/671, par. 95: 'Conference of States Parties decisions which do not qualify as subsequent agreements under article 31 (3) (a) or as subsequent practice under article 31 (3) (b) may, however, nevertheless be applicable as subsidiary means of interpretation under article 32'.
[1228] A/CN.4/671, par. 96-107.
[1229] Vedi sopra, in particolare al punto II.2.2.
[1230] Vedi sopra, in particolare alla nota 1213 e testo relativo.
[1231] A/CN.4/671, par. 108-109.
[1232] Il relatore speciale espressamente affermava che si tratta di 'an inchoate "common act" which is completed by the implicit acceptance by the non-participating States within a reasonable time [...] given the centrality of the collective act and the constructive character of the acceptance of the non-participating States.' (*ibidem*, par. 110).

sopra, Nolte sembra relegare la 'prassi successiva' delle COPs ad un piano secondario: se anche l'inerzia di uno Stato entro un tempo 'ragionevole' determina il perfezionarsi di un 'accordo interpretativo' 'per acquiescenza', le possibilità del verificarsi di una 'prassi successiva' nell'ambito delle COPs risultano decisamente limitate, ossia sostanzialmente all'ipotesi, poco sopra formulata, di una decisione oggetto di inizale opposizione ma in seguito accettata.

2.5. Dibattito e riformulazione

Presso la Commissione molti criticavano la Conclusione per l'insufficiente chiarezza nel definire una Conferenza di Stati parte, dovendosi meglio illustrare la differenza tra 'revisione' e 'implementazione'[1233], la diversità tra le varie forme di COP[1234] e la nozione di *consensus*[1235]. Anche gli esempi utilizzati dal relatore speciale venivano criticati perché ritenuti casi in cui non si trattava in realtà di 'interpretare' il trattato, bensì di implementarlo[1236], mentre si stigmatizzava anche l'uso dell'espressione 'agreement in substance', poiché non rinvenuta altrove[1237].

La Conclusione, tuttavia, veniva soltanto parzialmente modificata dal Drafting Committee. Il primo paragrafo, contenente la definizione di COP, rimaneva pressochè invariato, mantenendo il dualismo 'reviewing or implementing' e l'estromissione degli organi di organizzazioni internazionali. Anche il secondo ribadiva la dichiarazione di primazia delle regole proprie del trattato e 'qualsiasi' regola di procedura applicabile[1238]: sono quindi le 'circostanze' a determinare se la decisione della conferenza vale come accordo o prassi successiva ex articoli 31.3 e 32 della Convenzione di

[1233] Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 6; inoltre 'Contrary to what was indicated in paragraph 83 of the report, tacit acceptance and non-objection procedures were not generally described as "amendment" procedures; rather, they were often as "formal" as those according to which a State ratified an amendment.') e Kamto (A/CN.4/SR.3207, p. 6; inoltre 'In order to avoid the suggestion that such a decision could also be imposed on States which had not supported it, or which had abstained, it could be specified that the agreement in question was between "States parties which expressed support for the decision".').

[1234] Murase (A/CN.4/SR.3205, p. 9, cogliendo l'occasione per sottolineare la contraddizione, a suo dire, della CIG nella sentenza sulla Caccia alle balene, in cui si negava che le risoluzioni dell'IWC fossero rilevanti in quanto mancante l'accordo di tutte le parti, per poi prendere in considerazione la prassi tecnologica degli Stati) e Park (A/CN.4/SR.3206, p. 3).

[1235] Murase (A/CN.4/SR.3205, p. 9; in particolare 'a *consensus* could not always be equated with an "agreement" – a point that should be made in the commentary.'), Gomez Robledo (A/CN.4/SR.3208, p. 3, ricordando che nella decisione sulla Caccia alle balene la CIG ha dato alcune indicazioni per distinguere tra *consensus* e unanimità) e Wood (A/CN.4/SR.3208, p. 8).

[1236] Murphy in relazione ai quello della FCTC (A/CN.4/SR.3205, p. 6: 'the example of the guidelines for the implementation of article 14 of the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control was not relevant, since the aim of the guidelines was not to clarify the interpretation to be given to article 14 but rather "to assist States parties in fulfilling their obligations" under article 14. The guidelines indicated that the definitions of terms were provided for the purposes of the guidelines.') e Vasquez Bermudez rispetto a quelli in ambito UNCLOS (A/CN.4/SR.3208, p. 8: 'The case mentioned by the Special Rapporteur in paragraphs 157 and 158 of his report had in his own view been an agreement regarding the implementation of the Convention: its purpose had not been to determine or clarify the meaning of the instrument's provisions.').

[1237] Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3207, p. 4, preferendo in generale il termine 'consent').

[1238] Dove l'espressione 'any applicable rules of procedure' era spiegata semplicemente dal fatto che simili regole potrebbero non essere presenti nel caso concresto (Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Vergne Saboia, 5 giugno 2014, p. 12).

Vienna; si aggiungeva tuttavia che la decisione può anche indicare vari strumenti per implementare il trattato, con lo scopo di enfatizzare ulteriormente come non sempre una decisione costituisce un accordo successivo o una prassi successiva[1239]. Ciò sarebbe possibile, come ribadito dal terzo paragrafo, solo quando essa veicola un 'accordo nella sostanza' e 'riferito al contenuto del trattato'; si aggiungeva che ciò non dipenderebbe dalla forma della decisione, facendo espressa menzione del *consensus*, al fine di escludere che tale procedura dimostri automaticamente l'accordo tra tutte le parti[1240].

> *Draft Conclusion 10 – Decisions adopted within the framework of a Conference of States Parties*
>
> *1. A Conference of States Parties, under these draft conclusions, is a meeting of States parties pursuant to a treaty for the purpose of reviewing or implementing the treaty, except if they act as members of an organ of an international organization.*
>
> *2. The legal effect of a decision adopted within the framework of a Conference of States Parties depends primarily on the treaty and any applicable rules of procedure. Depending on the circumstances, such a decision may embody, explicitly or implicitly, a subsequent agreement under article 31, paragraph 3 (a), or give rise to subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b), or to subsequent practice under article 32. Decisions adopted within the framework of a Conference of States Parties often provide a nonexclusive range of practical options for implementing the treaty.*
>
> *3. A decision adopted within the framework of a Conference of States Parties embodies a subsequent agreement or subsequent practice under article 31, paragraph 3, in so far as it expresses agreement in substance between the parties regarding the interpretation of a treaty, regardless of the form and the procedure by which the decision was adopted, including by consensus.*

Nella Sesta Commissione dell'Assemblea Generale gli Stati reagivano abbastanza favorevolmente a questa conclusione, evidenziando tuttavia che sarebbe preferibile la chiara indicazione che il *consensus* non determina automaticamente il sorgere di un accordo successivo[1241], che gli effetti della decisioni della COP dipendono dai suoi poteri e dalle regole di procedura[1242], e che quindi

[1239] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Vergne Saboia, 5 giugno 2014, p. 12.

[1240] *Ibidem*, p. 13: 'In order to address concerns relating to decisions adopted by *consensus* at Conferences of States Parties, the phrase "including by *consensus*" was introduced in order to dispel the notion that *consensus* would necessarily be equated with agreement in substance.' In particolare lasciando il commento il compito definire il *consensus* e approfondire la questione.

[1241] Germania (A/C.6/69/SR.23, par. 38), Giappone (A/C.6/69/SR.23, par. 72), Malesia (A/C.6/69/SR.24, par. 30) e Iran (A/C.6/69/SR.24, par. 81, in realtà in riferimento alla decisione della CIG sulla Caccia alle balene, che riconosce la possibilità che un atto di un *organo* di un'organizzazione internazionale possa rilevare per l'interpretazione del trattato: 'However, *consensus* could not per se define the limits and scope of a treaty; it was simply one of many relevant factors in the interpretation of its provisions. Moreover, political expediency often overshadowed legal assumptions of States in joining a *consensus*, a fact which might render overly prescriptive any serious assessment of unanimous decision-making within international organizations.').

[1242] Bielorussia (A/C.6/69/SR.21, par. 122, oltre a suggerire di indicare che quanto contenuto nella decima Conclusione è valido '"for the purposes of these draft conclusions", as that would limit the scope of the text as defined by the Commission and avoid conflict with other international instruments.'), El Salvador (A/C.6/69/SR.23, par. 91) e Corea del Sud (A/C.6/69/SR.25, par. 27).

nella normalità dei casi la decisione non vale come accordo o prassi successiva[1243]. Se invece un rappresentante giudicava superflua questa Conclusione rispetto alla 'varietà di forme' già segnalata dalla sesta[1244], un altro suggeriva di inserire l'esempio dell'assemblea degli Stati della CPI[1245]; alcuni, infine, raccomandavano di indagare se principi simili fossero applicabili anche agli organi di un'organizzazione internazionale[1246].

3. Prassi successiva nell'interpretazione di trattati istitutivi di organizzazioni internazionali

Rilevante per l'aspetto 'soggettivo' della prassi è anche quella prodotta dalle organizzazioni internazionali, come visto nella precedente sezione di questo Capitolo: la Commissione, infatti, sulla base dei lavori di Sir Michael Wood, ne ha riconosciuto il significato per l'accertamento del diritto consuetudinario, e limitatamente per la sua formazione[1247]. Nello studio di Nolte tale prassi viene in rilievo nel terzo rapporto per la Commissione come strumento interpretativo del trattato istitutivo dell'organizzazione medesima (escludendo altre ipotesi in cui tale prassi potrebbe venire in rilievo, come tra poco si dirà). Occorre indagare i contenuti di questo terzo rapporto nella sua interezza, dal momento che esso è dedicato in maniera esclusiva a questo tema e non vi sono precedenti nei primi tre rapporti per il Gruppo di Studio; la Conclusione proposta era la seguente:

> *Draft conclusion 11 – Constituent instruments of international organizations*
>
> *(1) Articles 31 and 32 apply to a treaty which is the constituent instrument of an international organization without prejudice to any relevant rules of the organization. Accordingly, subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph*

[1243] Stati Uniti (A/C.6/69/SR.24, par. 63: 'It was by far the exception, not the rule, that a conference of the parties would produce a decision that constituted a subsequent agreement of the parties or engage in actions giving rise to subsequent practice, where such a decision or action reflected the agreement of all the parties, not just those present at the conference.').
[1244] Grecia (A/C.6/69/SR.24, par. 90, preferendo incorporare la conclusione nella sesta, che già indica la possibile varietà di forme di accordi e prassi successiva).
[1245] Romania (A/C.6/69/SR.22, par. 44, che avendo un potere interpretativo espresso 'was one exception to the generally valid statement in paragraph (31) of the commentary to draft conclusion 10 that the legal effect of a resolution of a Conference of States Parties was not usually indicated.').
[1246] Sud Africa (A/C.6/69/SR.24, par. 10 e 11, con particolare riferimento ai poteri interpretativi degli Stati in ambito NAFTA, sottolineando la presenza di simili meccanismi presso il WTO e l'IMF: 'It might be of value to the Commission in its work on the topic to consider the practice of having committees made up of political stakeholders who had the power to limit or expand the scope of protections or standards provided for in a treaty.' Anche i Commentaries in ambito HRC e da parte del Comitato del Patto sui diritti economici, sociali e culturali sono rilevanti a chiarire gli obblighi degli Stati, e anche in ambito ILO un apposito Comitato sull'applicazione delle Convenzione influenza la condotta degli Stati - *ibidem*, par. 12) e Stati Uniti (A/C.6/69/SR.24, par. 64, indicando che in ogni caso 'While it was possible for those parties to act through other bodies, such as a plenary organ of an international organization or a conference of the parties, it was the agreement of all parties to the treaty in question that must be demonstrated.'). Che una similitudine tra COP e organi (plenari) di organizzazioni internazionali sussista è ipotizzato in anche in questa sede, nei limiti della funzione probatoria, al successivo punto III.2.1.1.B)ii.
[1247] Vedi la sezione precedente, in particolare al punto I.2.5.

(3) (a) and (b) are, and other subsequent practice under article 32 may be, means of interpretation for such treaties.

(2) The conduct of an organ of an international organization in the application of the constituent instrument of the organization may give rise to or articulate a subsequent agreement or subsequent practice of the parties under article 31, paragraph (3) (a) and (b) or to other subsequent practice under article 32.

(3) The conduct of an organ of an international organization in the application of the constituent instrument of the organization may itself constitute a relevant practice for the purpose of the interpretation of such a treaty.

(4) The established practice of an international organization shall be taken into account in the interpretation of the constituent instrument of the international organization.

I trattati istitutivi di organizzazioni internazionali sono certamente soggetti alle regole d'interpretazione di cui alla Convenzione di Vienna, ma la personalità giuridica dell'organizzazione e il fatto che essa eserciti funzioni specifiche attraverso i propri organi determinano alcune peculiarità nell'interpretazione. Con particolare riferimento ad accordi e prassi successiva, diventa cioè necessario distinguere tra quelli che si devono ricondurre agli Stati, e quelli invece che possono ricondursi agli organi dell'organizzazione medesima[1248]. Nolte ricordava che nel progetto del 2011 sulla Responsabilità delle organizzazioni internazionali la Commissione aveva individuato l'elemento distintivo di queste rispetto agli Stati nel fatto che esse non hanno una competenza generale, bensì esercitano funzioni specifiche, e che sono tra loro differenti per struttura: in definitiva, in ogni caso, i caratteri delle singola organizzazione dipendono dal suo trattato istitutivo[1249].

Il relatore speciale dedicava una prima parte ad escludere talune questioni dall'ambito dell'indagine. Non erano ricompresi accordi e prassi successiva dell'organizzazione in rapporto ai trattati da questa adottati o conclusi[1250], né l'interpretazione delle decisioni degli organi dell'organizzazione[1251]; vengono tuttavia in rilievo gli atti degli organi quando costituiscano

[1248] A/CN.4/683, par. 8.

[1249] A/CN.4/683, par. 9. Nel Progetto del 2011 (DARIO General Commentary par. 7, in A/66/10, Supp. N. 10, p. 70, par. 88) si affermava: 'International organizations are quite different from States, and in addition present great diversity among themselves. In contrast with States, they do not possess a general competence and have been established in order to exercise specific functions ("principle of speciality"). There are very significant differences among international organizations with regard to their powers and functions, size of membership, relations between the organization and its members, procedures for deliberation, structure and facilities, as well as the primary rules including treaty obligations by which they are bound.'

[1250] A/CN.4/683, par. 12. Dei trattati *conclusi* dall'organizzazione si occupa la Convenzione di Vienna del 1986 sul Diritto dei trattati tra organizzazioni internazionali e tra Stati e organizzazioni internazionali, che secondo autorevole dottrina (Gardiner, Treaty Interpretation, OUP, 2008, p. 111) contiene norme di rango consuetudinario.

[1251] A/CN.4/683, par. 13-14. Nolte ricordava che nel parere sull'Indipendenza del Kosovo (22 luglio 2010) la CIG dichiarava che una decisione del Consiglio di Sicurezza non può essere interpretata come un trattato, dal momento che scaturisce da un processo di votazione e che può avere effetti vincolanti anche per gli Stati non partecipanti, potendosi estendere tali considerazioni anche ad altri atti di organi di organizzazioni internazionali. Anche in Preah Vihear la CIG aveva distinto le proprie decisioni dai trattati, evidenziando che esse sono vincolanti per statuto e non possono essere influenzate dalla prassi successiva degli Stati.

condotta successiva nell'interpretazione del trattato istitutivo, ma senza per il momento soffermarsi sulla questione del differente peso della condotta di organi diversi[1252]. Il relatore speciale escludeva anche le decisioni di corti competenti a giudicare questioni giuridiche, poichè costituiscono uno 'strumento speciale di interpretazione' in base all'articolo 38.1.d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia[1253]. Infine, le decisioni di COPs, poichè già trattate nel precedente rapporto, rimanevano fuori dall'indagine[1254].

3.1. L'articolo 5 della Convenzione di Vienna

La Convenzione di Vienna sul Diritto dei trattati ricomprende esplicitamente all'articolo 5[1255] anche i trattati istitutivi di organizzazioni internazionali (e quelli da queste conclusi) tra quelli cui essa si applica, comprese quindi le regole interpretative di cui agli articoli 31 e seguenti[1256]. L'articolo contiene in particolare una clausola che fa salve le regole particolari dell'organizzazione, il che costituisce certamente una garanzia anche per le caratteristiche nell'operatività dei mezzi interpretativi; ciò varrebbe anche per quelle disposizioni del trattato istitutivo che non hanno ad oggetto i poteri degli organi dell'organizzazione, e per strumenti formalmente separati ma strettamente collegati al trattato istitutivo[1257].

3.2. L'applicabilità delle regole interpretative della Convenzione di Vienna ai trattati istitutivi

La giurisprudenza conferma che le regole interpretative di cui alla Convenzione di Vienna si applicano anche ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali[1258], ma anche che questi

[1252] A/CN.4/683, par. 16. La questione sarà oggetto d'indagine del quarto rapporto.
[1253] A/CN.4/683, par. 17. Il punto non è chiarissimo: Nolte intendeva forse fare riferimento al fatto che, pur provenendo da organi e potendo costituire una serie costante di atti, la giurisprudenza non può essere equiparata ad una 'prassi successiva', in quanto svolge una funzione più ampia, di *ausilio nella determinazione del diritto,* in base allo Statuto della CIG.
[1254] A/CN.4/683, par. 18.
[1255] L'articolo 5 recita: 'Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization – The present Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization without prejudice to any relevant rules of the organization.'
[1256] A/CN.4/683, par. 21. Nolte ricordava come nel corso dei lavori alcuni membri della Commissione avevano dubitato della necessità di una simile disposizione generale, perchè i trattati istituitivi sono in ogni caso 'trattati' e gli Stati possono comunque derogare alla Convenzione (salvo le norme cogenti), preferendo singole disposizioni particolari dedicate ai trattati istitutivi quando necessario sottolinearne alcuni specifici aspetti di lontananza rispetto alla norma.
[1257] A/CN.4/683, par. 23: secondo Nolte, infatti, l'articolo 5 della Convenzione di Vienna ricomprende tutte queste fattispecie, nel senso che saranno da interpretare alla luce delle regole individuate dalla Convenzione di Vienna.
[1258] A/CN.4/683, par. 24-25. Il relatore speciale richiama in particolare i pareri della CIG sulle Armi Nucleari (in cui si affermava che i trattati istitutivi sono trattati multilaterali da interpretarsi secondo le consuete regole) e, prima ancora, su Certe spese delle Nazioni Unite (in cui la Carta di San Francisco veniva soggetta a normale interpretazione in quanto trattato multilaterale).

presentano delle particolarità nell'interpretazione[1259]. Queste, come anticipato, risultano garantite dalla clausola di salvaguardia contenuta nell'articolo 5, benchè spesso non si tratti di regole interpretative espresse all'interno del trattato istitutivo medesimo[1260].

3.3. (Tipologie di) prassi successiva nell'interpretazione dei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali

Confermato che le regole interpretive della Convenzione di Vienna si applicano anche ai trattati istitutivi, e che quindi la prassi successiva conserva il proprio rilievo tra i mezzi interpretativi, Nolte individuava tre possibili forme di condotta rilevante, tutte utilizzate dalla Corte Internazionale di Giustizia[1261]. La prima è quella che proviene dagli Stati parte dell'organizzazione: essa è stata presa in considerazione nel parere sulle Armi nucleari e nella decisione Cameron c. Nigeria, in entrambi i casi la Corte negando in concreto il valore interpretativo di certa prassi successiva ai rispettivi trattati istitutivi in ragione dell'assenza di un accordo degli Stati sull'interpretazione[1262]. In relazione alla possibilità che la prassi venga in rilievo anche in assenza di accordo tra le parti[1263], il relatore speciale riconosceva che talvolta sarebbe possibile affermare la rilevanza di accordi o prassi bilaterali o regionali per l'implementazione di un trattato multilaterale istitutivo di un'organizzazione internazionale (non potendo essi costituire 'accordi successivi' in quanto conclusi per l'appunto tra alcune parti soltanto): l'esempio è quello dell'ICAO, creato dal trattato di Chicago del 1944[1264].

[1259] A/CN.4/683, par. 26, ancora con riferimento al parere sulle Armi Nucleari, in cui la CIG affermava (par. 19) che, se l'oggetto del trattato è quello di creare un soggetto autonomo con obiettivi comuni ai diversi Stati parte, la sua interpretazione richiede di tenere conto, oltre che degli obblighi in capo agli Stati, della *natura* e della *prassi* successiva dell'organizzazione creata.

[1260] A/CN.4/683, par. 28, citando l'esempio della Corte Europea di Giustizia, che interpreta il (proprio) trattato istitutivo in particolare sulla base di oggetto e scopo, benchè neghi espressamente il rilievo della prassi successiva di organi e Stati in ragione della propria esclusiva competenza ad interpretare i trattati istituitivi. Essa non nega tuttavia il valore consuetudinario delle regole interpretative, tanto che la prassi successiva rileva quando si tratta di interpretare i trattati conclusi dall'Unione con Stati terzi o con altre organizzazioni internazionali (vedi il Capitolo I, in generale al punto II.1.3 e sull'uso della prassi successiva al punto II.2.2.3).

[1261] A/CN.4/683, par. 30-32: 'Three forms of conduct may be relevant: (a) the subsequent practice of the parties to constituent instruments of international organizations under articles 31 (3) (b) and 32 of the Vienna Convention; (b) the practice of organs of an international organization; (c) a combination of practice of organs of the international organization of subsequent practice of the parties.' Nolte affermava che la CIG *ha utilizzato* tutte e tre le forme, ma la classificazione è in sè innovativa (in particolare per quanto riguarda la terza categoria 'mista').

[1262] A/CN.4/683, par. 33-37. Nel parere la Corte aveva negato che una risoluzione dell'OMS costituisse un accordo degli Stati parte nel senso di attribuire all'organizzazione un potere di giudizio sulla legalità dell'uso delle armi nucleari. Nella decisione, la Commissione sul bacino del lago Ciad veniva giudicata un'organizzazione internazionale ma non rivolta alla risoluzione di problemi di pace e sicurezza a livello regionale, confermando la centralità dell'accordo delle parti sull'interpretazione.

[1263] Ossia considerando la prassi 'in senso ampio', rilevante come mezzo interpretativo sussidiario *ex* articolo 32 (vedi già la prima Conclusione riformulata dalla Commissione, sopra al punto II.1).

[1264] A/CN.4/683, par. 39-42. Il trattato prevede l'implementazione dei servizi aerei civili attraverso accordi bilaterali basati su 'forms of standard agreement', i cui più rilevanti sono quelli tra USA e Regno Unito (Bermuda I del 1946 e Bermuda II del 1977): su di essi si sono basati i trattati conclusi da altri Stati, che hanno poi prodotto i propri accordi

La seconda possibilità testimoniata dalla giurisprudenza della Corte è quella rappresentata dalla prassi degli organi, presa in considerazione di per sè, senza riguardo cioè alla prassi degli Stati (e nemmeno all'accettazione da parte di questi[1265]). Tra i pareri in cui ciò avviene[1266] gode di particolare rilievo quello su Certe spese, dove la Corte riconosceva rilievo interpretativo alla prassi dell'Assemblea Generale di includere a bilancio anche le spese per il mantenimento della pace e della sicurezza, in ragione del fatto che presso le Nazioni Unite ciascun organo è competente ad interpretare il trattato nei limiti delle proprie competenze: secondo Nolte, tale principio si deve considerare applicabile ad ogni altra organizzazione internazionale priva di un organo centrale competente in via esclusiva all'interpretazione del trattato istitutivo[1267]. Il relatore speciale aggiungeva che il valore di tale prassi sarebbe 'at a minimum' da ricondursi all'articolo 32 della Convenzione di Vienna, ma di fatto la prassi dell'organizzazione, quand'anche si tratti di uno o pochi atti, produce effetti difficilmente qualificabili come soltanto 'sussidiari' (benchè raramente di portata determinante sul significato del trattato)[1268]: in definitiva, la reale portata della prassi dell'organizzazione discenderebbe delle particolari regole che in concreto ne regolano il funzionamento[1269].

La terza e ultima ipotesi è quella di una prassi che il relatore speciale denominava 'mista' tra organizzazione e Stati parte, in particolare nel senso che questi accettano la prassi dell'organizzazione. Ciò avverrebbe in particolare nel parere della Corte Internazionale di Giustizia

---

standard. Ad oggi esistono fino a 4000 accordi bilaterali che evolvono in base alla prassi successiva: l'esempio è quello dell'articolo 5 della Convenzione, che esclude la necessità per i voli *charter* di richiedere il permesso di atterrare, permesso invece richiesto in alcuni degli accordi bilaterali ma soprattuto per prassi (unilaterale); in tal senso, la prassi è certamente rilevante nell'interpretazione della Convenzione, sia che si voglia riconoscere l'accordo di tutti gli Stati (rappresentato dalla prassi unilaterale, dagli accordi e della non opposizione altrui) oppure no (quindi soltanto *ex* articolo 32). Su quello che Nolte chiama 'serial bilateralism' vedi anche il Capitolo I, al punto II.2.1.3.

[1265] Punto distintivo rispetto alla terza ipotesi, poco oltre nel testo.

[1266] Ossia sulle Armi nucleari (in cui la CIG affermava (p. 74) che la prassi dell'organizzazione 'may deserve special attention'), sulla Competenza dell'Assemblea Generale riguardo l'ammissione alle Nazioni Unite (p. 9: 'The organs to which article 4 entrusts the judgment of the Organization in matters of admission have consistently interpreted the text in the sense that the General Assembly can decide to admit only on the basis of the recommendation of the Security Council'), sull'Applicabilità dell'articolo VI, sez. 22 della Convenzione su privilegi e immunità delle nazioni unite (par. 48: 'the practice of the United Nations shows that the persons so appointed [...] have been regarded as experts on missions within the meaning of Section 22') e quello sull'IMCO (in cui si fa riferimento (p. 169) alla 'practice followed by the Organization itself in carrying out the Convention') (A/CN.4/683, par. 43-51).

[1267] A/CN.4/683, par. 46-48, dove si evidenzia che la prassi produce l'effetto di creare una 'presunzione' che la spesa militare, decisa dal Consiglio e per cui sorgono obblighi finanziari in capo al Segretariato, valga come 'expense', su cui l'Assemblea Generale esercita le proprie competenze di bilancio.

[1268] Da distinguersi pertanto dalla 'established practice' che la Convenzione di Vienna del 1986 riconosce come 'regola dell'organizzazione' all'articolo 2.j). Il relatore speciale aggiunge che se anche un atto venisse adottato contro una minoranza esso varrebbe come prassi, ma non *ex* articolo 31.3 in ragione dell'assenza di accordo tra tutte le parti (A/CN.4/683, par. 49). È anche possibile che la prassi di un'organizzazione contribuisca ad interpretare il trattato istitutivo di un'altra, come avviene nel caso di alcune disposizioni IMO sulla costruzione di navi, la cui violazione è qualificata dal Segretariato IMO come violazione delle norme UNCLOS sulla sicurezza e sull'inquinamento (*ibidem*, par. 50).

[1269] A/CN.4/683, par. 51: 'The interpretative effect of the practice of organs may therefore amount to the effect provided for in article 32 and, depending on the rules of the constituent instrument concerned, possibly beyond.'

sulla Namibia, in cui si prendeva atto della prassi del Consiglio di Sicurezza, accettata dagli Stati, di qualificare come valide le risoluzioni su questioni non procedurali adottate con l'astensione dei membri permanenti, nonostante il disposto dell'articolo 27.3 della Carta di San Francisco, che impone il voto 'concurring' di questi ultimi[1270]. Vi sono poi altri casi[1271] accomunati dal fatto che l'enfasi è parimenti posta dalla Corte sulla prassi dell'organo e sull'accettazione (in special modo attraverso l'acquiescenza) da parte degli Stati: nel ribattere a taluni autori che insistono sulla necessità di distinguere tra prassi dell'organizzazione e prassi degli Stati, Nolte concludeva che nulla vieta di considerare questa terza via[1272].

3.4. Accordi successivi nell'interpretazione di trattati istitutivi di organizzazioni internazionali

Un accordo successivo nell'ambito di un'organizzazione internazionale potrebbe certamente avere l'effetto interpretativo indicato dall'articolo 31.3.a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ma occorrerebbe verificare anzitutto gli effetti che l'accordo produce in forza del regime vigente presso l'organizzazione medesima. In particolare, se il trattato istitutivo prevede una procedura specifica per l'interpretazione, non dovrebbe presumersi la volontà degli Stati parte di eludere tale procedura, così come il valore interpretativo di accordi successivi potrebbe essere escluso dallo statuto o per prassi[1273].

La prima ipotesi è quella di accordi autonomi, più rara poichè normalmente gli Stati preferiscono agire attraverso l'organo plenario, in particolare quando sia necessaria una modifica (per cui esiste un'apposita procedura o si conclude separatamente un protocollo aggiuntivo). È tuttavia possibile che gli Stati agiscano come tali presso l'organizzazione (cioè non come membri): l'esempio è quello del cambiamento di nome della moneta unica europea da ECU a Euro presso il Consiglio Europeo nel 1995, che espressamente qualificava tale decisione come 'interpretazione' delle disposizioni convenzionali in merito[1274]. La difficile distinzione tra atto degli Stati in quanto tali o

[1270] Senza tuttavia espressamente riconoscere che tale prassi modificava la Carta, come anticipato: vedi da ultimo il punto II.2 e la Conclusione 11 proposta dal relatore speciale, poi spostata nel terzo paragrafo della settima (A/CN.4/683, par. 52).
[1271] Ossia il parere sul Muro in Palestina (p. 149: 'The Court considers that the *accepted* practice of the General Assembly, as it has evolved, is consistent with Article 12, paragraph 1, of the Charter.'), la decisione sulla Caccia alle balene (in cui le risoluzioni dell'IWC sarebbero state considerate accordo o prassi successiva se ci fosse stata l'accettazione del Giappone), il caso dell'adesione della Repubblica Araba Unita (Siria ed Egitto) all'ICAO (adesione che il Consiglio accoglie senza opposizione da parte degli Stati), e quello della successione alla Cecoslovacchia e alla Jugoslavia presso l'IMF (A/CN.4/683, par. 53-55).
[1272] A/CN.4/683, par. 56.
[1273] A/CN.4/683, par. 57.
[1274] A/CN.4/683, par. 59. La decisione affermava: 'the name given to the European currency shall be euro. … The specific name euro will be used instead of the generic term "ECU" used by the Treaty to refer to the European currency unit. The Governments of the fifteen Member States have achieved the common agreement that this decision is the

in quanto membri, secondo Nolte, andrebbe ricondotta al testo dell'atto in concreto, avendo riguardo del suo contenuto e di tutte le circostanze rilevanti[1275].

L'ipotesi più frequente è tuttavia che un atto di un organo plenario costituisca accordo successivo relativo all'interpretazione, purchè esso effettivamente riveli l'accordo degli Stati parte, in quanto tali, sull'interpretazione. L'esempio indicato dal relatore speciale è quello della decisione Clove Cigarettes presa dall'Appellate Body del WTO, in cui espressamente si richiedeva che, per valere come accordo successivo ex articolo 31.3.a) della Convenzione di Vienna, una decisione, oltre che essere 'successiva', deve anche rivelare un'intenzione interpretativa e testimoniare un accordo sottostante tra tutti gli Stati parte[1276]. Occorrerebbe dunque che l'atto abbia un effetto interpretativo diretto sul trattato, non meramente indicando un'opzione pratica per la sua implementazione o costituendo una mera esortazione: in definitiva, ammetteva il relatore speciale, si tratterebbe di casi eccezionali e non della norma nell'attività di un'organizzazione internazionale[1277]. Ciò sarebbe testimoniato inoltre dalla prassi presso le Nazioni Unite: la Corte Internazionale di Giustizia tiene conto delle risoluzioni dell'organo plenario (l'Assemblea Generale), ma non fa espresso riferimento all'articolo 31.3.a) della Convenzione di Vienna, né in ogni caso considera sufficiente la mera adozione della risoluzione, attribuendo invece rilievo al consenso degli Stati[1278]. Di nuovo, ai fini di un'intepretazione 'autentica', occorrerebbe la chiara intenzione degli Stati parte del trattato istitutivo di agire come tali, e non meramente come membri dell'organo plenario[1279].

---

agreed and *definitive interpretation* of the relevant Treaty provisions' (corsivo aggiunto; Conclusioni del Consiglio Europeo di Madrid del 1995, Bollettino dell'Unione Europea, n. 12, p. 10).

[1275] Come affermato dalla Corte Europea di Giustizia nella decisione dei casi C-181/91 e C-248/91 (Parlamento c. Consiglio e Commissione, par. 12), relativi proprio alla risoluzione del Consiglio in esempio: la Corte escludeva la propria giurisdizione proprio in ragione del fatto che gli Stati avevano agito come enti sovrani e non come membri dell'Unione.

[1276] A/CN.4/683, par. 63-64. Nel caso United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (Report dell'AB-2012-1, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012) si trattava di verificare che la decisione della quarta Conferenza ministeriale di Doha nel 2001 indicasse un accordo nell'interpretazione dell'espressione 'reasonable interval' di cui all'articolo 2.12 dell'Accordo sulle barriere tecniche al commercio (TBT). L'intenzione interpretativa si deduceva, secondo l'Appellate Body (par. 266), dall'espresso riferimento a 'reasonable interval' nella decisione, e l'accordo invece dall'espressione 'shall be understood to mean' (par. 267). Secondo Nolte il caso rileva, anche se non si trattava di un accordo interpretativo sul trattato istitutivo del WTO, bensì relativo ad un Accordo collegato, comunque facente parte del 'WTO law' (A/CN.4/683, par. 65).

[1277] A/CN.4/683, par. 66.

[1278] L'esempio è quello della Dichiarazione sulle relazioni amichevoli tra gli Stati ai fini dell'interpretazione dell'articolo 2.4 della Carta di San Francisco: nel caso Nicaragua la CIG ha posto l'enfasi su 'the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions' (par. 188), ossia sul loro *consenso*: lo scopo era quello di indicare che questo costituiva *opinio juris* per la formazione di norme consuetudinarie, ma secondo Nolte non si potrebbe non pensare che tale consenso valga anche a sostenere un accordo sull'interpretazione *ex* articolo 31.3.a) VCLT (A/CN.4/683, par. 67).

[1279] A/CN.4/683, par. 67.

3.5. Inquadramento di accordi e prassi successiva ad un trattato istitutivo all'interno della Convenzione di Vienna del 1969

È possibile ritenere che gli accordi e, in particolare, la prassi successiva ad un trattato istitutivo di un'organizzazione internazionale valgano come mezzo interpretativo (soltanto) in ragione degli articoli 31 o 32 della Convenzione di Vienna[1280], oppure abbiano un rilievo ad hoc, specifico per quella categoria di trattati[1281], come ad esempio sostenuto in un lodo del 2001, che affermava che l'articolo 31.3.b) assume un significato speciale quando si tratti della prassi di un'organizzazione internazionale[1282]. Il relatore speciale sottolineava come è pacifico che la prassi svolga un ruolo interpretativo in qualsiasi trattato, in particolare specificandone oggetto e scopo[1283]: la controversia riguarda su quali basi questo si verifichi nel caso particolare dei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, dove oggetto e scopo costituiscono le funzioni dell'organizzazione.

Secondo il relatore speciale la ratio dell'uso della prassi successiva come strumento interpretativo non può che rinvenirsi nella Convenzione di Vienna, in particolare ricordando che l'articolo 5 della medesima consente l'utilizzo di tutti i mezzi interpretativi di cui agli articoli 31 e 32 per l'interpretazione di trattati istitutivi di organizzazioni internazionali[1284]. In definitiva, tuttavia, il valore interpretativo della prassi dipenderebbe dal caso concreto: essa potrebbe rilevare solo in quanto congiunta a quella statale, oppure in quanto indicazione di oggetto e scopo, oppure come mezzo interpretativo sussidiario, a seconda del trattato istitutivo e del singolo atto dell'organizzazione soggetto ad interpretazione[1285].

[1280] Nolte cita Gardiner (Treaty Interpretation, OUP, 2008, p. 247), secondo cui nel parere sulle Armi nucleari la CIG, nel riferirsi espressamente all'articolo 31.3.b) VCLT, avrebbe parificato la prassi dell'organizzazione internazionale a quella degli Stati come strumento interpretativo.

[1281] Ad esempio H.G. Schermers & N. M. Blokker (in International Institutional Law, 5th edition, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011, p. 844) sostengono che nel parere sulle Armi Nucleari la CIG tentava certamente di inquadrare la prassi dell'organizzazione internazionele all'interno dell'articolo 31.1.b) VCLT, ma non poteva che constatare il riferimento in esso alla sola prassi *degli Stati*.

[1282] Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares, 22 novembre 2002, UNRIAA, vol. XXIII, p. 224, par. 145. Riferendosi al parere della CIG sui Danni subiti al servizio delle Nazioni Unite la corte arbitrale ricordava il carattere speciale delle organizzazioni internazionali, i cui diritti e doveri dipendono dagli scopi e funzioni statutarie, a loro volta suscettibili di evolversi nel corso del tempo per mezzo della prassi dell'organizzazione medesima. Klabbers al contrario ha sostenuto che è sufficiente riconoscere che i trattati istitutivi di organizzazioni internazionali sono maggiormente suscettibili di essere interpretati evolutivamente, piuttosto che affermare particolarità nell'operatività della prassi successiva (J. Klabbers, An Introduction to International Institutional Law, 2a edizione, Cambridge, 2009, p. 89-90).

[1283] Ricordando il commento alla prima Conclusione: 'given instances of subsequent practice and subsequent agreements contributed, or not, to the determination of the ordinary meaning of the terms in their context and in the light of the object and purpose of the treaty' (A/68/10, Capitolo IV, p. 19, nota 58).

[1284] A/CN.4/683, par. 73: 'The different explanations of the possible relevance of an international organization's "own practice" ultimately remain within the framework of the rules of interpretation reflected in the Vienna Convention on the Law of Treaties.'

[1285] A/CN.4/683, par. 73-74: 'Depending on the specific constituent instrument concerned, the organization's "own practice" may thus be considered to be relevant as such, or in combination with the practice of the parties, or as an

3.6. Caratteri e peso della prassi degli organi e dell'organizzazione

Il relatore speciale ricordava come nella quinta Conclusione, relativa all'attribuzione della prassi agli Stati, si sottolineasse che la condotta di enti non statali non costituisce 'prassi successiva', ma possa contribuire ad individuarla[1286]. Non si escludeva tuttavia che la prassi degli organi di organizzazioni internazionali possa rilevare ex articoli 31 o 32 della Convenzione di Vienna, riconoscendosi in particolare che la 'established practice of the organization' costituisce una 'regola' dell'organizzazione, in ragione dell'articolo 2.j) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra organizzazioni internazionali e tra Stati e organizzazioni internazionali[1287]. Nel commento a tale articolo, tuttavia, la Commissione aveva sottolineato che il peso di tale prassi dipende in ogni caso dalle altre regole e dal carattere dell'organizzazione[1288]: sarebbe dunque doveroso distinguere, almeno dal punto di vista del valore, la prassi degli Stati da quella dell'organizzazione.

Nel parere sulla Namibia, tuttavia, la Corte Internazionale di Giustizia ha parlato di 'general practice of the organization' riferendosi a quella degli organi congiunta a quella degli Stati, e apparentemente distinguendola da quella intrapresa dal singolo organo responsabile per lo svolgimento di una determinata funzione[1289]. La Corte sembrava in particolare dare rilievo a tutte le circostanze del caso per la valutazione dell'esistenza di un 'accordo' tra tutte le parti sull'interpretazione del trattato, escludendosi che un atto adottato con l'opposizione di alcuni Stati membri potesse valere come 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b)[1290]. In tal senso, il valore di una 'general practice' sarà superiore a quello di una 'established practice' del singolo organo, poichè

---

indication of the object and purpose of the treaty, or not at all'. Il relatore speciale citava l'approccio suggerito da Lauterpacht nell'opinione separata del parare sul Sud-Ovest Africa, in cui si riferiva all'interpretazione della Carta di San Francisco come 'strumento costituzionale': 'A proper interpretation of a constitutional instrument must take into account not only the formal letter of the original instrument, but also its operation in actual practice and in the light of the revealed tendencies in the life of the Organization.' (Parere su 'Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South-West Africa', 7 giugno 1955, Opinione separata del giudice Lauterpacht, p. 106).

[1286] La quinta Conclusione recita: 'Attribution of subsequent practice - 1. Subsequent practice under articles 31 and 32 may consist of any conduct in the application of a treaty which is attributable to a party to the treaty under international law. 2. Other conduct, including by non-State actors, does not constitute subsequent practice under articles 31 and 32. Such conduct may, however, be relevant when assessing the subsequent practice of parties to a treaty.' Vedi più approfonditamente il punto II.1.

[1287] Vedi A/68/10, p. 45, par. 14, e sopra al punto II.1.

[1288] Annuario della Commissione di Diritto Internazionale, 1982, vol. II, p. 21, par. 25: 'It is true that most international organizations have, after a number of years, a body of practice which forms an integral part of their rules. However, the reference in question is in no way intended to suggest that practice has the same standing in all organizations; on the contrary, each organization has its own characteristics in that respect.'

[1289] Parere sulla Namibia, p. 22. Nolte cita Gardiner, Treaty Interpretation, OUP, 2008, p. 246 (A/CN.4/683, par. 78).

[1290] Nel parere la CIG fa riferimento alle risoluzioni dell'Assemblea Generale n. 1600 (XV), A/RES/1600 (15 aprile 1961, 60 favorevoli, 16 contrari, 23 astenuti) e n. 1913 (XVIII), A/RES/1913 (13 dicembre 1963, 91 favorevoli, 2 contrari).

solo la prima è sorretta dall'accordo interpretativo di tutte le parti[1291]. Tale accordo è perfezionato almeno (ma soprattutto) attraverso l'acquiescenza degli Stati parte, come riconosciuto dalla Corte Internazionale di Giustizia nel parere sul Muro in Palestina[1292].

Si è già accennato al fatto la Commissione riconosceva che la 'established practice of the organization' rileva come 'rule of the organization' già nell'articolo 2.j) della Convenzione di Vienna del 1986[1293], come poi confermato dall'articolo 2.b) del Progetto di articoli del 2011 sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali[1294]. La prassi dell'organizzazione è riconosciuta dunque, secondo Nolte, almeno come 'supplementary element of the law of an international organisation'[1295]: il dibattito sugli specifici effetti che questa produce in ragione delle diversità tra organizzazioni e quello sulla base giuridica di tali effetti (convenzionale o consuetudinaria) non potrebbero escludere che la prassi dell'organizzazione, quando 'established', abbia un valore particolare anche nell'interpretazione, poichè sostenuta dall'accordo (almeno tacito) degli Stati parte[1296]. In tal senso è difficile distinguere tale categoria dalla 'general practice of the organization' richiamata dalla Corte Internazionale di Giustizia: si tratterebbe in ogni caso di una prassi di cui è doveroso tener conto nell'interpretazione, e che potrebbe anche avere effetti ulteriori, che però esulano dall'ambito del topic allo studio della Commissione[1297].

3.7. L'articolo 5 della Convenzione di Vienna come norma consuetudinaria

Un ultimo punto trattato dal relatore speciale nel suo terzo rapporto riguardava la natura consuetudinaria dell'articolo 5 della Convenzione di Vienna, secondo cui questa si applica anche ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali. Alcuni commenti degli Stati presso la conferenza

[1291] A/CN.4/683, par. 79: 'a "general practice of the organization" seems to carry more weight as a means of interpretation than an "established practice" of an organ thereof. This is because an established practice of an organ which is accepted by the whole membership amounts to a subsequent practice of the parties under article 31 (3) (b).'
[1292] Dove la CIG (p. 150) parla di 'accepted practice of the General Assembly', riguardo la mutata interpretazione dell'articolo 12 della Carta, confermando che l'acquiescenza può perfezionare un accordo sull'interpretazione. Sul valore dell'inazione vedi anche la Conclusione 9, al punto II.5.
[1293] Vedi sopra al punto I.2.3. In particolare, nel commento all'articolo 2.j) come redatto nel 1982 la Commissione affermava che il valore della prassi di diverse organizzazioni varia in base ai rispettivi caratteri di queste, e che 'established' non doveva intendersi nel senso di 'congelare' la prassi in un tempo preciso, ma soltanto di escludere quella incerta o dibattuta (A/37/10, p. 21, para. 25).
[1294] A/66/10, Capitolo V, p. 52.
[1295] Da rilevare che qui Nolte non faceva riferimento al valore della prassi *ex* articolo 32 VCLT come strumento sussidiario *di interpretazione*.
[1296] A/CN.4/683, par. 82: 'It is a source of some controversy which specific legal effects such practice may produce in different organizations and whether such effects should be explained more in terms of traditional sources of international law (treaty or custom) or of institutional law. But even it is difficult to make general statements, it is clear that "established practice of the organization" encompasses a qualified form of practice by organs, one which has generally been accepted by the members of the organization, albeit sometimes tacitly.'
[1297] Si noti come in questa parte del rapporto Nolte non richiamasse né l'articolo 31 né l'articolo 32 della Convenzione di Vienna (*ibidem*).

di Vienna farebbero pensare ad una risposta affermativa[1298], ma Nolte rilevava come in realtà il sostegno a tale affermazione sia scarso, dovendosi considerare in particolare che gli Stati intervenivano più che altro sull'utilità dell'articolo nel complesso della Convenzione e che la Corte Internazionale di Giustizia non si è espressa sul quesito[1299]. Secondo Nolte, tuttavia, ai fini dell'indagine del ruolo della prassi dell'organizzazione come strumento interpretativo dei relativi trattati istitutivi è sufficiente affermare che la Convenzione di Vienna si applica anche a questi, salvo regole speciali dell'organizzazione: ciò garantirebbe sufficiente flessibilità per ricomprendere tutti i casi possibili, potendosi in senso ampio parlare di una norma consuetudinaria[1300].

3.8. Dibattito presso la Commissione

Il rapporto del relatore speciale generava un ricco dibattito presso la Commissione, a partire da alcuni punti di generale rilievo, a proposito della sua portata. Se un membro sottolineava che il tema è reso complesso dall'estrema diversità dei trattati istitutivi tra loro e del diverso trattamento ad essi riservato da parte delle varie corti internazionali[1301], un altro suggeriva di estendere la trattazione anche ai trattati conclusi dalle organizzazioni[1302] (giustamente esclusi, invece, secondo una diversa opinione[1303]). Si richiedeva anche di approfondire il ruolo interpretativo degli atti di enti giudicanti[1304], così come di indagare il tema dell'interpretazione delle decisioni di tali organi[1305].

[1298] In particolare nell'intervento del rappresentante dell'Argentina relativo all'allora articolo 4 del Progetto del 1966 (A/CONF.39/11, p. 52, par. 73).
[1299] A/CN.4/683, par. 84, ricordando come nel 1966 la Spagna evidenziasse il rischio di confusione generato dall'articolo (A/CONF.39/11, p. 44, par. 25) e Stati Uniti e Svezia ne proponessero l'eliminazione (*ibidem*, p. 43, par. 15, 18, 21, e p. 45, para. 33 e 36 rispettivamente).
[1300] A/CN.4/683, par. 85; ricompresi sarebbero anche i casi in cui il rilievo della prassi successiva è negato, con particolare riferimento all'ipotesi della Corte Europea di Giustizia: 'The rule which is formulated in article 5 is sufficiently flexible to accommodate all conceivable cases ... If it is understood in this broad and flexible sense it is clear that article 5 does reflect customary international law.'
[1301] Hmoud (A/CN.4/SR.3259, p. 8).
[1302] Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 5, in ragione del fatto che il rapporto tratta anche della prassi relativa al WTO, di cui è parte anche l'UE: sarebbe quindi la VCLTIO a regolare l'interpretazione del trattato istitutivo del WTO; inoltre 'The draft conclusions and commentaries thereto already adopted by the Commission referred abundantly to the *case law* of the WTO Dispute Settlement Body and to practice relating to the United Nations Convention on the Law of the Sea – in short, to treaties concluded not only between States but also between States and an international organization.').
[1303] Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 3, salvo poi affermare che, siccome l'articolo 5 VCLT si riferisce anche ad essi, sarebbe opportuno ricordare che gli articoli 31 e 32 si applicano anche a tali trattati).
[1304] Hmoud (A/CN.4/SR.3259, p. 8, non nel senso del rilievo delle decisioni di tali enti nell'interpretazione del trattato istitutivo, ambito giustamente escluso dal lavoro, bensì 'The question was whether there was practice beyond the special role of such an organ which might be relevant for the interpretation of the constituent instrument and whether there were instances when the authorized interpretation could be overruled by the subsequent practice of other organs or States parties or by an agreement of such parties regarding the interpretation. The report touched on that matter when discussing the *case law* of the European Court of Justice, but further elaboration in the commentaries might be useful.').
[1305] Park (A/CN.4/SR.3259, p. 12, non essendo chiaro il rilievo degli atti di organi di organizzazioni internazionali: 'the Security Council had evolved towards a broader interpretation of a "threat to peace" than in the past. That constituted an act of interpretation of the Charter by an internal organ of the United Nations and could be seen as subsequent practice. Similarly, organs of international organizations often adopted decisions or recommendations under their constituent instrument, but it would be difficult to determine which of those acts should be excluded from, or included in, the scope of the topic.').

Nolte si dichiarava contrario[1306], in particolare circa la distinzione tra 'decisioni di enti' e 'prassi dell'organizzazione', poichè in ogni caso qui rileva solo l'eventuale funzione interpretativa di tali atti[1307]; il relatore speciale si diceva tuttavia disposto ad analizzare il possibile effetto modificativo che una prassi degli Stati membri potrebbe produrre sul trattato istitutivo quando contraria ad una delle decisioni emanate da tali enti[1308].

Se poi alcuni membri della Commissione dubitavano della natura consuetudinaria della Convenzione di Vienna del 1986[1309], molti altri invitavano il relatore speciale a non enfatizzare eccessivamente il peso della giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia, trattandosi di un ente competente a giudicare su un ordinamento autonomo, e che tuttavia non rifugge l'applicazione dei canoni interpretativi di cui alla Convenzione di Vienna del 1969[1310]. Nolte riconosceva che in effetti in tale caso potrebbe riconoscersi la priorità delle 'regole speciali' (anche interpretative) dell'organizzazione ex articolo 5 VCLT, ma rimane il fatto che la Corte di Lussemburgo non fa uso

[1306] A/CN.4/SR.3262, p. 4, con riferimento ai trattati conclusi dalle organizzazioni.

[1307] A/CN.4/SR.3262, p. 4: 'While that distinction could not always be drawn with certainty, it could be considered that it was not necessary in the context of the topic at hand, inasmuch as the decisions concerned were clear enough to permit an assessment of their role in the interpretation of a constituent instrument.'

[1308] A/CN.4/SR.3262, p. 5: 'Mr. Hmoud had, however, proposed that future commentaries should indicate whether interpretations by such authorized bodies could be overruled by a subsequent agreement or subsequent practice of other bodies or by States parties. That was an interesting question, which in part touched upon the issue addressed by the Commission in paragraph 3 of draft conclusion 7, namely the possible modificatory effect of subsequent practice, a question which could be addressed on second reading.'

[1309] Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 3, in assenza di argomenti sufficienti) e Niehaus (A/CN.4/SR.3261, p. 11).

[1310] Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 5, non potendosi affermare in generale che la CGUE non tiene conto della prassi successiva, poichè la giurisprudenza citata si riferisce solo alla prassi degli organi (non a quella degli Stati) e ne nega l'effetto modificativo (non quello interpretativo): 'it was important not to confuse practice that had the effect of modifying a treaty and practice that served to interpret it. It would be useful to explore European Union *case law* in greater depth in relation to that point, since, in his view, it was more nuanced than what was suggested.'), Sturma (A/CN.4/SR.3260, p. 12, non potendo la Commissione cedere alle particolarità di una corte regionale: 'the International Law Commission had a duty to promote international law. It should not submit to the opinion of particular courts and could even criticize the Court of Justice of the European Union if it disregarded well established rules of international law, in particular the rules on treaty interpretation, under the pretext that the European Union treaties were special.' Inoltre 'the Member States (represented in the Council) were the masters of the treaties, as they had adopted them and could change them or even circumvent them by falling back on intergovernmental agreements.'), Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 13, dal momento che si tratta di un ordinamento autonomo, cui la giurisprudenza della CGUE è rivolta: 'For example, he was not sure how far the Court's approach to subsequent practice, which according to the Special Rapporteur departed from article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention, should be seen as a "relevant rule of the organization" within the meaning of the "without prejudice" clause in article 5 of the Vienna Convention.'), Kamto (A/CN.4/SR.3260, p. 16, dal momento che le regole interpretative applicate dalla CGUE, come da qualsiasi corte avente giurisdizione su un gruppo di Stati, non si applicano senz'altro al di fuori di tale comunità; inoltre la CGUE certamente utilizza i criteri interpretativi di cui agli articoli 31 e 32 VCLT), Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 5, in considerazione del fatto che la CGUE applica una logica autonoma, sulla base dell'assunzione che i trattati costituiscano un nuovo ordine giuridico: 'the rationale for that approach did not provide any guidance on the interpretation of treaties that constituted the constituent instruments of international organizations more generally; rather, it was because those founding treaties created a new legal order that the interpretative approach had been adopted.') e Laraba (A/CN.4/SR.3261, p. 6).

della prassi degli Stati membri o degli organi dell'Unione come mezzo interpretativo, e che si tratta pur sempre di trattati tra Stati, di cui questi rimangono 'masters'[1311].

Secondo molti membri della Commissione, poi, alcuni esempi utilizzati dal relatore speciale non avrebbero attinenza con 'l'interpretazione del trattato istitutivo'[1312]: Nolte replicava che in ogni caso in essi viene pur sempre in rilievo l'uso dei mezzi interpretativi di cui alla Convenzione di Vienna, identici a quelli individuati dalla Convenzione del 1986[1313], e che l'articolo 5 VCLT non distingue tra diposizioni 'istitutive dell'organizzazione' oppure no, così come nemmeno gli organi competenti effettuano tale distinzione nell'interpretare il trattato istitutivo[1314]. Nolte contestava in particolare la qualificazione dell'accordo sull'implementazione delle Parte XI di UNCLOS operata da alcuni[1315],

[1311] A/CN.4/SR.3262, p. 5: 'the report was based not only on his research as Special Rapporteur but also on a statement by the European Union itself. [...] The approach of the Court to subsequent agreements and subsequent practice should perhaps be considered as a form of "rule of the organization" in the sense of article 5 of the Vienna Convention. But that should not imply, as Mr. McRae seemed to suggest, that the mere declaration by a court that a particular constituent treaty created a "new legal order" should be enough to render inapplicable article 5 of the Vienna Convention or even the Convention as a whole, a conclusion which several members, including Mr. Šturma, had rejected with good reason.' Inoltre (*ibidem*, p. 6): 'for the time being, the normal procedure of the Court was to interpret the constituent instrument of an international organization without taking account of the subsequent agreements and subsequent practice of the organs or the parties. At the same time, it should be borne in mind that, to borrow Mr. Šturma's expression, the institutions of the European Union were the guardians of the founding treaties, but the member States were their masters.'

[1312] Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 5, in particolare quello dell'ICAO riguarderebbe il diritto sostanziale del trasporto aereo e non il diritto istituzionale dell'organizzazione, l'accordo di implementazione di UNCLOS del 1994 non potrebbe considerarsi 'prassi successiva', l'esempio riferito ad IMO riguarderebbe in realtà la prassi di un'organizzazione rispetto ad un'altra, e non avrebbe rilievo quello dell'ammissione degli Emirati Arabti all'ICAO), Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 13, in particolare evidenziando come in UNCLOS siano poche le disposizioni effettivamente relative all'istituzione' di organizzazioni internazionali, e l'articolo 5 della Convenzione ICAO certamente non lo è), McRae (A/CN.4/SR.3261, p. 5, anch'egli considerando che negli esempi riferiti a UNCLOS e WTO non si trattasse in realtà di interpretare il trattato istitutivo delle rispettive organizzazioni. In particolare nel caso Clove Cigarettes l'Appellate Body del WTO era chiamato piuttosto a decidere se applicare l'articolo 31.3.a) VCLT eludendo le regole speciali dell'organizzazione (nello specifico l'articolo IX del trattato WTO, sui poteri interpretativi degli Stati parte): si poteva pertanto riconoscervi un caso di accertamento della violazione dell'articolo 5 VCLT, non di 'interpretazione del trattato istitutivo'), Kolodkin (A/CN.4/SR.3261, p. 6, in particolare gli esempi riferiti all'ICAO in realtà riguardano accordi bilaterali, non l'interpretazione dell'articolo 5 della Convenzione di Chicago: 'Article 5 was also an example of a constituent provision that did not relate to the establishment of the organization. It regulated, not the vertical relations between the members and the organization, but the horizontal relations among members outside the framework of the organization.' Inoltre (*ibidem*, p. 7) mancherebbero esempi circa disposizioni convenzionali che attribuiscono competenze agli organi, focalizzandosi l'analisi del realtore speciale sulla giurisprudenza piuttosto che sulla prassi degli Stati) e Laraba (A/CN.4/SR.3261, p. 6, invitando inoltre ad elencare esempi provenienti da diverse organizzazioni internazionali).

[1313] A/CN.4/SR.3262, p. 4, in particolare la Convenzione istitutiva del WTO 'fell under article 5 of the 1969 Convention by virtue of article 3 (c) of that Convention and article 73 of the 1986 Convention. That was also the understanding of the WTO dispute settlement bodies, which had applied articles 31 and 32 of the 1969 Convention when interpreting the WTO agreements, even as applied to the European Union.'

[1314] A/CN.4/SR.3262, p. 6: 'It was true that constituent instruments contained many provisions relating to substantive obligations rather than to the institutional structure of the organization concerned, but they were nonetheless "constituent instruments" which came within the scope of article 5 of the Convention.' Inoltre l'articolo 20.3 VCLTIO impone agli organi l'accettazione delle riserve poste dagli Stati senza distinguere tra disposizioni sostanziali e istituzionali.

[1315] Forteau (A/CN.4/SR.3262, p. 6; se secondo Forteau doveva parlarsene come 'accordo complemetare', a giudizio di Nolte ciò non sarebbe comunque utile per chiarirne la portata interpretativa, dovendosi certamente escludere che si trattasse di un 'accordo successivo' ex 31.3.a) in ragione del fatto che non era stato concluso tra tutte le parti ad UNCLOS) e Wood (A/CN.4/SR.3262, p. 7, secondo cui l'Accordo avrebbe dovuto qualificarsi come emendamento implicito: Nolte rigetta tale tesi, di nuovo poichè esso non comprendere tutte le parti di UNCLOS, ma anche perchè una

e l'analisi della sentenza Clove Cigarettes dell'Appellate Body del WTO ad opera di un altro membro[1316]. Tale decisione era anche usata da alcuni membri per sostenere la necessità di rivedere l'affermazione contenuta nella Conclusione 9 per cui gli accordi successivi potrebbero non essere in sè vincolanti[1317]; Nolte contestava anche tale prospettiva[1318].

La Commissione appariva divisa anche rispetto alla distinzione tra tre categorie di prassi rilevante[1319], alcuni richiedendo che tale tripartizione venisse resa più evidente nel testo della Conclusione[1320], altri evidenziando la necessità di chiarire la categoria della 'prassi mista'[1321]. Replicando, Nolte ammetteva l'opportunità di riformulare la Conclusione in maniera più coerente al rapporto, ma evidenziava anche come, più che costituire una terza categoria, la prassi mista

---

procedura di emendamento per tale trattato esiste e non era stata usata (sembrando escludere l'effetto modificativo in ragione della non espletazione della procedura apposita in maniera più esplicita di quanto fatto nell'esame dell'effetto modificativo nel precedente rapporto): 'It would be safer and more reasonable to say that the Agreement purported to interpret the Convention in a way that might be applicable to the parties to the Convention which were not parties to the Agreement. That implied recognizing the Agreement as being a form of subsequent practice that was followed by certain parties to the Convention which could be taken into account, without necessarily being determinative, for the purposes of interpreting the Convention. Numerous examples, both in practice and in the literature, supported such an approach. That did not necessarily mean that that example should be referred to in the commentary, but he had wanted to raise the point with the members of the Commission.').

[1316] McRae (A/CN.4/SR.3259, p. 7, non potendosi affermare - soprattutto un'ente come la Commissione - che l'Appellate Body commetteva un errore interpretativo: 'Experts in WTO law, such as Mr. McRae, might argue the contrary, but the Commission should be cautious about asserting that the WTO Appellate Body had rendered a clearly erroneous decision.').

[1317] Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 7, poichè il relatore speciale nel suo terzo rapporto negava la rilevanza degli strumenti esortativi in ambito WTO, a partire appunto dalla decisione Clove Cigarettes, contraddicendo l'affermazione nella nona Conclusione per cui l'accordo tra le parti non dovrebbe essere in sè vincolante ai fini dell'uso come mezzo interpretativo *ex* 31.3 VCLT) e Kamto (A/CN.4/SR.3260, p. 16, anch'egli sollecitando una riformulazione della Conclusione 9).

[1318] A/CN.4/SR.3262, p. 7, considerando che in Clove Cigarettes l'Appellate Body non distingueva tra accordi 'binding' e 'hortatory', bensì tra 'hortatory' e 'with regard to the meaning' di un termine; inoltre: 'If it were otherwise, every subsequent agreement within the meaning of article 31, paragraph 3 (a), would be binding on the parties, and that would result, as Mr. Tladi feared, in a means which would elevate subsequent agreements to a higher status in interpretation than text, context and object and purpose'. Circa la discussione circa la natura non necessariamente vincolante dell'accordo vedi il Capitolo I al punto II.5.3.

[1319] A favore Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 6, suggerendo di estenderle anche agli accordi successivi), Park (A/CN.4/SR.3259, p. 12, suggerendo tuttavia di riformulare la conclusione affinchè tale tripartizione fosse più evidente, oltre ad indicare eplicitamente i criteri per effettuarla), Sturma (A/CN.4/SR.3260, p. 12, riconoscendo che l'organizzazione può sostituire gli Stati nell'esercizio di alcuni diritti, o divenire parte di trattati, nel qual caso la prassi degli organi potrebbe contribuire ad accordi e prassi successiva); contrari Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 13, in particolare criticando la tipologia cosiddetta 'mista', sottolineando che negli esempi individuati, in particolare il parere sulla Namibia e la decisione sulle Baleniere giapponesi, la CIG si era di fatto concentrata sulla posizione degli Stati, piuttosto che sulla condotta rilevante come prassi dell'organizzazione), Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 3, poichè tale tripartizione è in sè poco chiara, e non è ricavabile dal *case law* menzionato con assoluta certezza, oltre a non essere ripresa in maniera esplicita dalla Conclusione 11) e Laraba (A/CN.4/SR.3261, p. 8: 'The three forms of conduct listed in paragraph 31 might be inadequate to encompass all existing forms of conduct.').

[1320] Park (A/CN.4/SR.3259, p. 12) e McRae (A/CN.4/SR.3261, p. 5, la Conclusione 11 non riflettendo adeguatamente i contenuti del rapporto).

[1321] Hmoud (A/CN.4/SR.3259, p. 10, poichè essa avrebbe comunque valore interpretativo, o come prassi generale dell'organizzazione (la cui collocazione all'interno degli articoli 31 e 32 andrebbe comunque chiarita), o come prassi accettata dagli Stati (quindi di per sè già rilevante *ex* 31.3.b) VCLT)) e Niehaus (A/CN.4/SR.3261, p. 11).

discende in realtà dall'analisi separata della prassi dell'organizzazione e degli Stati, quando queste convergano nel caso concreto[1322].

Venendo dunque ai paragrafi che compongono l'undicesima Conclusione, secondo molti membri della Commissione sarebbe stato meritevole di approfondimento il rapporto dei mezzi interpretativi di cui alla Convenzione di Vienna con l'articolo 5 della medesima, il cui contenuto è richiamato dal primo paragrafo, in sostanza sollecitando il relatore speciale ad approfondire la natura 'particolare' dei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali ai fini dell'interpretazione[1323]. La questione si collega ai dubbi che buona parte della Commissione esprimeva circa il ruolo della prassi dell'organizzazione come mezzo interpretativo autonomo[1324]; per il momento, si evidenzia come Nolte giudicasse opportuna l'espressa indicazione della subordinazione delle Conclusioni alle regole dell'organizzazione[1325].

Circa il secondo paragrafo, che indicava che la prassi di un organo può dare impulso o riflettere un accordo o una prassi successiva, molti membri della Commissione sollecitavano il relatore speciale a rendere più esplicito che in questo caso l'accordo o la prassi rilevante è quella degli Stati, benchè per mezzo dell'organizzazione[1326]. Il punto più controverso, tuttavia, era quello della possibile attribuzione della condotta dell'organo agli Stati membri ivi rappresentati, piuttosto che all'organo

[1322] A/CN.4/SR.3262, p. 8: 'From a substantive point of view, the reason why the third category, namely the combination of the practice of organs and the practice of the parties, was not dealt with in a separate paragraph of the draft conclusion was — as Sir Michael Wood had rightly pointed out — that the two forms of practice might in principle both be considered in a particular case, but that did not necessarily mean that they coalesced to form a third category. It therefore seemed more prudent to proceed from two forms of relevant practice and to explain, in a separate paragraph, in the commentary or by way of the formulation of the draft conclusion, that the two forms of practice might often need to be assessed together.'

[1323] Hmoud (A/CN.4/SR.3259, p. 9, trattandosi non di una norma di conflitto che indica la priorità delle regole dell'organizzazione, bensì di un corollario del carattere costituzionale dei trattati istitutivi, che richiede di bilanciare la prerogativa degli Stati come interpreti, da una parte, e l'autonomia dell'organizzazione, dall'altra. In particolare, se le regole dell'organizzazione non dovessero apparentemente consentire un'interpretazione voluta dagli Stati parte, la questione andrebbe risolta valutando con attenzione scopi e funzioni dell'organizzazione, in sostanza restituendo priorità alle regole di questa), Tladi (A/CN.4/SR.3259, p. 11, valutando che, essendo gli articoli 31 e 32 VCLT applicabili anche ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, la prassi dell'organizzazione non avrebbe alcun ruolo 'speciale', ma rileverebbe come qualsiasi altro mezzo interpretativo: 'Unless the rules of the organization specified otherwise, article 31 and article 32, as appropriate, should be applied in the context of treaty interpretation. Therefore, in his view, there was nothing "special" about the practice of international organizations.'), Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 14, preferendo una formulazione che evidenziasse, come l'articolo 5 VCLT medesimo, la clausola 'without prejudice'), Laraba (A/CN.4/SR.3261, p. 6, sottolineando come la questione dell'applicabilità della Convenzione di Vienna ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali veniva ripetuta due volte nel rapporto, e in definitiva non era chiaro in che senso i trattati istitutivi siano 'particolari' sul piano dell'interpretazione) e Jacobsson (A/CN.4/SR.3261, p. 9).

[1324] Vedi poco oltre nel testo.

[1325] A/CN.4/SR.3262, p. 9.

[1326] Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 6, in particolare eliminando la separazione tra il secondo ed il quarto paragrafo), Kamto (A/CN.4/SR.3260, p. 16, indicando in particolare che il numero di Stati parte non dovrebbe costituire un criterio per escludere il rilievo della prassi, quindi contestando l'indicazione contenuta nel rapporto nel senso che la decisione Cameron c. Nigeria della CIG non ha rilievo in ragione del fatto che erano solo sei gli Stati componenti la Commissione sul Bacino del Lago Chad; in particolare, la CIG riconosceva che a tale Commissione erano stati affidati compiti inizialmente non previsti, proprio per mezzo di un accordo successivo degli Stati) e Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 3, dovendosi esplicitare che si deve trattre della prassi di tutti gli Stati parte).

(o, meglio, all'organizzazione), punto che erano in molti a giudicare non sufficientemente chiarito[1327], suggerendo anche di riconsiderare il contenuto della quinta Conclusione (sull'attribuzione della prassi agli Stati)[1328]. Nolte riconosceva che sarebbe possibile indicare espressamente una presunzione *iuris tantum* di attribuzione della prassi agli Stati *come membri* (ossia all'organizzazione)[1329], ma la giurisprudenza internazionale ammette certamente che la prassi di un organo può costituire l'avvio o la sintesi di un accordo o di una prassi successiva tra gli Stati membri[1330]. Il relatore speciale dubitava inoltre dell'opportunità di tornare sulla quinta Conclusione, almeno non prima di aver concluso la prima o seconda lettura delle Conclusioni; in ogni caso la prassi delle organizzazioni era già stata indicata nel commento a tale Conclusione[1331].

[1327] Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 6: 'In particular, he found it unfortunate that the quite apt expression "general practice of the organization" or "generally accepted practice", which was explained clearly in paragraphs 52 to 55 of the report, did not appear in draft conclusion 11. It was a key concept that allowed for making a distinction between the practice of an organization that reflected an agreement or practice of the parties to the treaty and the practice of an organization that reflected only its own will.' In tal senso sarebbe preferibile nel primo paragrafo usare l'espressione 'generally accepted', come nella decisione della CIG sulla Namibia, per indicare la necessità di accordo tra gli Stati parte, e nel secondo paragrafo spiegare più chiaramente le condizioni per cui la prassi dell'organizzazione potrebbe costituire un accordo o una prassi successiva attribuibile agli Stati parte, e quindi rilevante *ex* 31.3 VCLT), Hmoud (A/CN.4/SR.3259, p. 9), Sturma (A/CN.4/SR.3260, p. 12, suggerendo di indicare che per rilevare, la prassi dovrebbe provenire da un organo qualificato: 'it should be specified that the organ in question was not just any organ, but a "competent", "intergovernmental" or "plenary" organ.'), Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 3, dovendosi riformulare il secondo paragrafo distinguendo meglio la prassi degli Stati come mebri, da quella che invece costituisce reazione alla condotta dell'organizzazione di cui sono membri), McRae (A/CN.4/SR.3261, p. 5, suggerendo di rivedere la quinta Conclusione, che non faceva riferimento agli Stati come interpreti del trattato istitutivo dell'organizzazione di cui sono parte, né come tali, né autonomamente), Kolodkin (A/CN.4/SR.3261, p. 6, sottolineando che un criterio per distinguere il doppio ruolo degli Stati dovrebbero essere le disposizioni del trattato istitutivo, di cui soltanto alcune solitamente 'istituiscono' l'organizzazione, mentre altre si occupano di attribuirle l'autorità per implementare il trattato in ogni caso; la varietà di disposizioni determinerebbe una maggiore o minore difficoltà di raggiungere l'accordo tra gli Stati: 'there was a link between the different types of provisions in constituent instruments and the fact that States could be acting either as members of the organization or as parties to the constituent instrument when they reached agreement on treaty interpretation. In order to reach agreement on the interpretation of an instrument's institutional provisions, States merely had to act in their capacity as members of the organization. However, in order to reach agreement on the interpretation of provisions that did not relate to the activities of the organization, States must be acting as parties to the instrument.'), Laraba (A/CN.4/SR.3261, p. 8, con particolare riferimento al parere della CIG sulle Armi nucleari, dove non è chiaro se la prassi rilevante è quella dell'organizzazione o degli Stati) e Peter (A/CN.4/SR.3261, p. 9, evidenziando in particolare come dovrebbero distinguersi gli 'accordi successivi' conclusi tra gli Stati membri e quelli ricompresi in una decisione di un organo).

[1328] Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 7-8, suggerendo prima di indicare una clausola di salvaguardia nella quinta conclusione, poi (A/CN.4/SR.3261, p. 8) di includere tale clausola in ciascun paragrafo dell'undicesima conclusione, oltre a specificare eventualmente nella quarta, quinta e sesta che si deve in ogni caso trattare di un accordo o di una prassi *degli Stati*. In proposito, Jacobsson si diceva in particolare contraria ad aggiungere una clausola di salvaguardia in ogni paragrafo (*ibidem*)), Kolodkin (A/CN.4/SR.3261, p. 7, in particolare evidenziando il legame non chiaro con la quinta Conclusione (sull'attribuzione della prassi agli Stati), suggerendo di riconsiderarla), Peter (A/CN.4/SR.3261, p. 10, dovendosi verificare la presenza di un conflitto tra le due conclusioni) e Nihaus (A/CN.4/SR.3261, p. 11, suggerendo tuttavia di effettuare modifiche sulle Conclusioni già redatte soltanto, eventualmente, in seconda lettura, preferendo per prima cosa avvicinare ad esse il contenuto dell'undicesima).

[1329] A/CN.4/SR.3262, p. 8, oltre a suggerire di riferiri agli esempi riferiti all'Unione Europea. Si noti che si tratta di una proposta che va nella direzione esattamente opposta a quella indicata da Wood nel suo terzo rapporto sull'identificazione della consuetudine, ossia una presunzione semplice di attribuzione della prassi dell'organizzazione *agli Stati parte*; vedi sopra al punto I.2.5.

[1330] A/CN.4/SR.3262, p. 9.

[1331] A/CN.4/SR.3262, p. 10.

Ancora più controverso era il terzo paragrafo, che a giudizio di molti non spiegava a sufficienza (come nemmeno il terzo rapporto in generale) in che modo la prassi degli organi (ossia dell'organizzazione) possa valere autonomamente[1332], ossia in quale criterio interpretativo stabilito dalla Convenzione di Vienna la si dovesse collocare[1333]; in particolare, una parte proponeva di riconoscere nella prassi dell'organizzazione una 'regola di diritto internazionale applicabile alle parti' ex articolo 31.3.c) VCLT, purchè si trattasse di 'established practice'[1334], altrimenti dovendosi qualificarla come mezzo sussidiario ex articolo 32[1335].

Alcuni si dichiaravano contrari a tale approccio[1336], compreso Nolte, secondo cui la lettera c) dell'articolo 31.3 si riferisce a regole esterne all'organizzazione, al fine di realizzare l'integrazione 'sistemica' dei trattati con il diritto internazionale generale, mentre l'established practice' è una regola dell'organizzazione, e si applica agli Stati non come obbligo internazionale generale bensì in quanto parti dell'organizzazione; se poi gli unici accordi rilevanti avessero dovuto essere quelli vincolanti, sarebbe stato impossibile distinguerli dalle altre 'regole' rientranti nella lettera c)[1337].

[1332] Al di fuori dei casi in cui essa valga come accordo o prassi successiva poichè accettata da tutti gli Stati, ipotesi rientrante nel secondo paragrafo.

[1333] Park (A/CN.4/SR.3259, p. 12), Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 14, criticando in particolare l'espressione 'relevant practice' utilizzata nel quarto paragrafo, potendosi leggere come prassi 'rilevante' ma non rientrante nel topic perchè non collocabile nell'articolo 31.3: nel qual caso, rimarrebbe appunto da chiarire a quale mezzo interpretativo tale prassi dovrebbe essere riferita), Kamto (A/CN.4/SR.3260, p. 15: 'It was not clear to him which provision of the Vienna Convention would serve as the basis for an autonomous role of a subsequent practice that was not based on either article 31, paragraph 3 (b), or article 32 of that Convention.' Inoltre, l'articolo 32 non andrebbe in generale richiamato, poichè non indica espressamente la prassi successiva - *ibidem*, p. 16), Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 3: 'It was unclear whether the practice of international organizations as a means of interpretation under the 1969 Vienna Convention was best covered by article 31, paragraph 1; article 31, paragraph 3 (c); article 32; or by the relevant rules of the organization to which the Convention was without prejudice.'), Laraba (A/CN.4/SR.3261, p. 8, non essendo chiaro se e quando la prassi dell'organizzazione rileva *ex* articolo 31.3.b), o autonomamente) e Peter (A/CN.4/SR.3261, p. 10, anche in considerazione del fatto che la giurisprudenza cui Nolte faceva riferimento, e in particolare il parere della CIG su Certe spese, non sono d'aiuto).

[1334] Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 7: 'to relegate such practice to article 32 was no doubt too simplistic. The supplementary means of interpretation in article 32 were used solely to confirm the meaning resulting from the application of article 31. As it happened, there was reason to believe that the interpretative effect of such practice was a little stronger than what was provided for in article 32.').

[1335] A/CN.4/SR.3259, p. 7, descrivendo così una gradazione di effetti nell'undicesima Conclusione riformulata: 'The foregoing would produce a clear gradation of interpretative effect: reformulated paragraph 1 would concern the subsequent practice or subsequent agreements of the parties themselves; reformulated paragraph 2 would indicate that a generally accepted practice of an organization reflected a subsequent agreement of the parties; and reformulated paragraph 3 would indicate that a well-established practice of an organization could be covered by article 31, paragraph 3 (c), and that any other practice of the organization could be covered by article 32.'

[1336] Tladi (A/CN.4/SR.3259, p. 11: 'it was doubtful that the practice of an international organization could be regarded as a rule of international law applicable between the parties.') e Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 3, in ragione del fatto che in ogni caso il lavoro dovrebbe soltanto spiegare il funzionamento di accordi e prassi successiva *ex* articolo 31.3.a) e b) VCLT e non estendersi oltre.).

[1337] A/CN.4/SR.3262, p. 9. Era stato infatti lo stesso Forteau ad indicare, contrariamente all'impostazione del relatore speciale, che gli accordi dovrebbero essere in sè vincolanti al fine di rilevare per l'interpretazione (vedi il Capitolo I al punto II.5.3).

Un altro membro proponeva di riconoscere che in realtà la prassi dell'organizzazione è sempre rilevante per l'interpretazione quando aiuti a chiarire l'oggetto e lo scopo del trattato istitutivo[1338], e Nolte sembrava accogliere il suggerimento, affermando che tale prassi sarebbe comunque in qualche modo riconducibile all'articolo 31.1 VCLT (e in particolare, appunto, all'oggetto e allo scopo del trattato); il relatore speciale aggiungeva che sarebbe difficile essere più precisi, dal momento che le corti fanno certamente uso della prassi delle organizzazioni, ma senza esplicitamente specificare sulla scorta di quale mezzo interpretativo tra quelli della Convenzione[1339].

Tra le scelte terminologiche effettuate dal relatore speciale, quella di fare riferimento nel secondo e terzo paragrafo alla prassi del singolo organo suscitava particolare disaccordo, non essendo chiaro a quel punto quale fosse la distinzione tra prassi dell'organo e prassi dell'organizzazione[1340]; molti membri della Commissione nutrivano dubbi anche circa il rilievo della prima[1341]. Secondo alcuni meritava un approfondimento anche l'effetto dell'eventuale divergenza tra le condotte dei diversi

[1338] Peter (A/CN.4/SR.3261, p. 10, dopo aver riconosciuto che, qualora un'obbligo penda in capo all'organizzazione, l'inerzia di uno Stato parte dovrebbe valere come acquiescenza, il peso autonomo della prassi dell'organizzazione dovrebbe riconoscersi in forza del 'collegamento' con la prassi degli Stati (acquiescenti), oppure, appunto, in ogni caso, qualora sia utile a chiarire oggetto e scopo del trattato istitutivo. Conseguentemente, dovrebbe rimuoversi la gerarchia tra le due forme di prassi indicate dai paragrafi 2 e 3 dell'undicesima Conclusione).

[1339] A/CN.4/SR.3262, p. 9: 'Like Mr. Forteau, he was seeking to explain the relevance of the conduct of the organization itself as a means of interpretation of a constituent instrument of an international organization. If that could not be done by reference to article 31, paragraph 3 (c), and article 32 did not fully explain, in the light of the established *case law*, the relevance of the conduct of the organization, then perhaps the way forward would be to take such practice into account in the identification of the object and purpose of a rule under article 31, paragraph 1. [...] That was not engaging in the creation of new law, as Mr. Murphy had suggested. But it was important to alert the interpreter to the fact that international courts, in particular the International Court of Justice, had recognized the organization's "own practice" as a means of interpretation, even if the courts had not always explained that use by pointing to a particular element in the rules of interpretation, as Mr. Kamto would have liked.'

[1340] E anche, almeno per chi scrive, *se* vi fosse.

[1341] Hmoud (A/CN.4/SR.3259, p. 9: 'Concerning the practice of an organ of an international organization and its value as a means of interpretation, he was of the view that such practice, whether established or not, could be a supplementary means of interpretation under article 32 of the Vienna Convention. Nevertheless, the question remained as to what value that practice had in the interpretation of constituent instruments beyond article 32 of the Convention.' In particolare, 'the presumption that such practice was a separate means of interpretation could not be substantiated. It could either be an element of subsequent practice establishing the agreement of the parties under article 31, paragraph 2 (b), of the Convention, or a supplementary means under article 32.'), Sturma (A/CN.4/SR.3260, p. 11), Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 13, non potendo tale prassi rilevare come 'prassi successiva' *ex* 31.3.b) VCLT, in quanto riferito alla prassi degli Stati, bensì necessariamente rilevando ad altro titolo, e pertanto non rientrando nel *topic*: 'Any relevance for the interpretation of constituent instruments of the "practice of organs, as such" must lie elsewhere. In his view, such practice fell outside the scope of the topic, at least as it had been understood in the draft conclusions adopted thus far.' Wood suggerisce poi (*ibidem,* p. 14) di riformulare il secondo paragrafo della Conclusione, preferendo termini diversi da 'may give rise to' e 'articulate', dal momento che a rilevare in maniera centrale sarebbe in ogni caso la 'subsequent practice' degli Stati parte), Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 4, suggerendo di eliminare il terzo paragrafo poichè la prassi del singolo organo non è certamente rilevante *ex* articolo 31.3 VCLT e non sarebbe nemmeno possibile collocarla all'interno dell'articolo 32 VCLT), Jacobsson (A/CN.4/SR.3261, p. 9, sembrando focalizzarsi il secondo paragrafo non tanto su 'cosa' costituisca accordo o prassi successiva, bensì a come si generino accordi e prassi degli Stati parte a partire dalla prassi di un organo) e Niehaus (A/CN.4/SR.3261, p. 11, suggerendo di definire meglio cosa si intenda per 'organo': 'It was important that there should be a clear indication as to the type of organ that could perform the conduct in question; a relatively general description along the lines of "major organ" or "principal organ" would suffice.').

organi[1342], e da una parte si sosteneva la necessità di specificare che in ogni caso l'organo non dovrebbe agire al di fuori delle proprie competenze[1343]. Tale impostazione non era condivisa[1344], in particolare dallo stesso Nolte[1345], che si diceva tuttavia disposto ad approfondire i criteri per valutare il peso della prassi dei singoli organi, sostanzialmente da ricavarsi dal trattato istitutivo[1346].

L'espressione 'established practice', contenuta nel quarto paragrafo, era fonte di ulteriore dibattito: molti si dicevano contrari al suo utilizzo, in quanto essa è normalmente utilizzata per indicare una 'regola' dell'organizzazione piuttosto che un mezzo interpretativo[1347], mentre altri invitavano il relatore speciale a chiarirla[1348], oltre che a spostarla nel primo paragrafo, proprio perchè 'regola'

[1342] Hmoud (A/CN.4/SR.3259, p. 8, considerando che tale ipotesi è quella che normalmente impedisce di parlare di una 'established practice' dell'organizzazione), Kamto (A/CN.4/SR.3260, p. 16, dovendosi più in generale approfondire in che modo la modalità di emanazione dell'atto influesca sul suo rilievo interpretativo) e Jacobsson (A/CN.4/SR.3261, p. 9: 'it was necessary to discuss how to deal with the weight to be given to divergent practice among the organs of an international organization.').

[1343] Murase (A/CN.4/SR.3260, p. 17: 'In his view, competence was a crucial aspect in the context of the interpretation of the constituent instruments of international organizations because, unlike States, which possessed the same legal characteristics regardless of their form of government, international organizations were very diverse. [..] It was therefore important to take competence into account in the interpretation of the constituent instrument of an international organization under article 31, paragraph 3 (b), and article 32 of the Vienna Convention.' Ricordando che nel parere sulle Armi nucleari la CIG valutava esattamente una competenza dell'OMS, in Cameron c. Nigeria negava che la Commissione sul Lago Chad avesse competenze circa il mantenimento della pace e sicurezza a livello regionale, nel parare sull'Ammissione alle Nazioni Unite si trattava di valutare le competenze dell'Assemblea Generale, mentre nel parere su Certe spese la CIG riconosceva ogni organo competente a determinare la propria giurisdizione).

[1344] Niehaus (A/CN.4/SR.3261, p. 11: 'Such an addition would add nothing to the current meaning.').

[1345] A/CN.4/SR.3262, p. 10: 'since it was a clear and well-established general principle of the law of international organizations that those organizations could validly act only within their sphere of competence. He was nevertheless prepared to meet that concern by using the expression "competent organ" in the context of the practice of the organization.'

[1346] A/CN.4/SR.3262, p. 5, anche, si può ipotizzare, con l'obiettivo di risolvere eventuali divergenze tra le loro condotte.

[1347] Forteau (A/CN.4/SR.3259, p. 6, suggerendo di riprendere l'espressione 'generally accepted practice' utilizzata nel rapporto: 'he found it unfortunate that the quite apt expression "general practice of the organization" or "generally accepted practice", which was explained clearly in paragraphs 52 to 55 of the report, did not appear in draft conclusion 11. It was a key concept that allowed for making a distinction between the practice of an organization that reflected an agreement or practice of the parties to the treaty and the practice of an organization that reflected only its own will.'), Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 4, non essendo chiara la base giuridica e il rapporto del quarto paragrafo della Conclusione con i precedenti, oltre a non rilevare certamente come 'accordo successivo' o 'prassi successiva' nei termini dell'articolo 31.3 VCLT, dunque non rientrando nel topic; nel caso si tratti di una prassi dell'organizzazione supportata dagli Stati membri, essa sarebbe infine sovrapposta alla categoria della cosiddetta 'prassi mista') e Peter (A/CN.4/SR.3261, p. 9, evidenziando poi come il quarto paragrafo fosse in ogni caso problematico: 'If it was intended merely to mean that an organization's established practice was a relevant but subsidiary factor to consider in interpreting its constituent instrument, then it might be inadequate in a case where an organization had an established practice regarding the interpretation of its own constituent instrument. If, on the other hand, it was intended to suggest that an organization's established practice might shed light on how best to interpret its constituent instrument, then it was not clear how it differed from draft conclusion 11, paragraph 3. Paragraph 4 should therefore be deleted.').

[1348] Hmoud (A/CN.4/SR.3259, p. 9: 'The question, however, was which practice should be taken into account and whether it qualified as relevant subsequent practice for the purposes of articles 31 or 32 of the Vienna Convention, or whether it was an established practice that was part of the rules of the organization. The distinction between the different forms of practice would have a direct consequence on the conclusions to be drawn regarding the interpretation of the constituent instruments.'), Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 14, trattandosi di un'espressione usata altrove nei lavori della Commissione, 'namely the 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character, the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations and the articles on the responsibility of international organizations'. Tuttavia, Wood negava che 'established' significhi necessariamente fondata sull'accordo di tutte le parti - *ibidem*, p. 15), Kamto (A/CN.4/SR.3260, p. 17, sottolineando tuttavia che trattava dell'ennesima aggiunta

resa prioritaria dalla clausola di salvaguardia di cui all'articolo 5 della Convenzione di Vienna (richiamato appunto nel primo paragrafo)[1349]. Più in generale, si sottolineava la confusione generata dalla terminologia incostante utilizzata dal relatore speciale[1350], il quale replicava che, oltre ad essere stata erroneamente tradotta in francese[1351], l'espressione 'established practice' era ormai consolidata nei lavori della Commissione[1352], ed era certamente preferibile ad altre più generiche come 'generally accepted practice', utilizzata nell'ambito del diritto consuetudinario[1353].

Tale espressione, infatti, è utilizzata per indicare una prassi sufficientemente diffusa da integrare il requisito di generalità per la formazione di una norma consuetudinaria, e non sarebbe opportuno utilizzarla anche nell'ambito dello studio sulla prassi successiva, soprattutto perchè 'generalmente accettata' non significa 'unanimemente' accettata, come richiesto per la prassi successiva ex articolo 31.3.b) VCLT[1354]. Nondimeno, il relatore speciale concedeva che si potesse farvi riferimento prioritariamente come fonte del diritto dell'organizzazione, ma che non potesse negarsene il rilievo nell'interpretazione del trattato istitutivo[1355]; infine, non potrebbe certamente riconoscersi come 'established' qualora diverga tra diversi organi[1356].

---

ad una terminologia già di per se sovrabbondante - vedi anche la poco oltre, nota 1350), Jacobsson (A/CN.4/SR.3261, p. 9, dovendo specificarsi che essa dovrebbe necessariamente essere conforme a oggetto e scopo del trattato istitutivo) e Niehaus (A/CN.4/SR.3261, p. 11, bocciando la proposta di Forteau di utilizzare l'espressione 'generally accepted practice', poichè così sembrerebbe possibile un'accettazione soltanto parziale da parte degli Stati - mentre, si può dedurre, Niehaus riteneva necessaria l'accettazione da parte di tutti gli Stati affinchè si possa parlare di 'established practice').

[1349] Park (A/CN.4/SR.3259, p. 14) e Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 15, tuttavia rilevando che nel rapporto si affermava (anche) il contrario: 'Paragraph 79 of the report stated that "an established practice of an organ [not, incidentally, of an organization] which is accepted by the whole membership amounts to a subsequent practice of the parties under article 31 (3) (b)". That might be true, but it was not what was said in paragraph 4 of the draft conclusion.').

[1350] Park (A/CN.4/SR.3259, p. 12, denunciando la conseguente difficoltà nel seguire il ragionamento del relatore speciale, ad esempio non essendo chiaro perchè talune risoluzioni di organizzazioni internazionali sono indicate come 'accordi successivi', e talaltre invece come 'prassi successiva'), Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 13, non essendo chiaro degli esempi a quale disposizione della Convenzione di Vienna (o meno) si riferissero: 'in order for the Commission's conclusions to be useful, they [the examples] must explicitly refer back to the rules of treaty interpretation found in the Vienna Convention. They should be simpler and more concise and use established terminology.') e Kamto (A/CN.4/SR.3260, p. 17, con particolare riferimento all'espressione 'relevant practice' usata nel terzo paragrafo, quasi a negare che la prassi che rileverebbe *ex* articolo 32 non fosse 'relevant'. Inoltre 'The same was true for paragraph 4, as the reference to "established practice" added to the variety of terms used. While those terms were, no doubt, taken from international *case law*, the Special Rapporteur should have specified whether his analysis had shown that the expressions "subsequent practice", "relevant practice" and "established practice" referred to different legal practices.').

[1351] A/CN.4/SR.3262, p. 8, per cui era stata usata l'espressione "pratique établie" invece di "pratique bien établie" (e si può ipotizzare che effettivamente Forteau avesse letto il rapporto in francese). Nolte spiegava poi che le altre espressioni usate nel rapporto 'were not intended for inclusion in the draft conclusion.'

[1352] A/CN.4/SR.3262, p. 8, ossia VCLTIO e DARIO.

[1353] Il cui uso era stato suggerito da Forteau; vedi nota 1347.

[1354] A/CN.4/SR.3262, p. 8: 'the concept of "generally accepted practice" was not totally unambiguous, inasmuch as it was used in the context of the identification of customary international law to refer to a practice that was widely accepted, but not necessarily by all States. He had therefore been concerned that using the expression could give rise to the misunderstanding that the interpretation of the constituent instrument of an international organization took place in a way that was comparable to the identification of customary international law. He would nevertheless defer to the Commission if it considered that the expression "generally accepted practice" should be used in the draft conclusion.'

[1355] A/CN.4/SR.3262, p. 8: 'It might well be the case, as Mr. Forteau had said, that the primary function of that concept was to refer to an informal source of the secondary law of the organization. That informal secondary law, if it was

Tornando su un piano più generale, occorre sottolineare come molti membri della Commissione dubitassero della reale 'particolarità' dei trattati istitutivi: si tratterebbe in ogni caso di trattati tra Stati[1357], e la prassi dell'organizzazione non avrebbe alcun ruolo 'speciale' nella loro interpretazione, bensì rileverebbe genericamente ai sensi dell'articolo 31.1[1358]; in tal senso, la Commissione non dovrebbe 'creare diritto', dando l'impressione che accordi e prassi successiva abbiano lo stesso valore dei mezzi indicati per primi nella regola generale d'interpretazione[1359]. Nolte sarebbe stato colpevole di non aver dato sufficiente rilievo alla posizione degli Stati rispetto alla prassi dell'organizzazione[1360], benchè non mancasse chi riconosceva che gli Stati avevano risposto in misura inadeguata alla richiesta di informazioni da parte del relatore speciale[1361].

"established" could, however, also serve as a means of interpretation of the constituent treaty, in addition to its primary function as a "rule of the organization".'

[1356] A/CN.4/SR.3262, p. 9.

[1357] McRae (A/CN.4/SR.3261, p. 5, arrivando a considerare 'the question whether the Special Rapporteur was not forcing some kinds of interpretative practice into the category of the interpretation of the constituent instrument of an international organization, when in fact they were merely examples of treaty interpretation in a different context.').

[1358] In particolare Tladi (A/CN.4/SR.3259, p. 12: 'The Court [ICJ] did not appear to have addressed the constituent nature of the Charter of the United Nations: the particular factors it cited were all based on the text, context and object and purpose of the Charter. In other words, any justification for applying the rules of interpretation slightly differently should be deduced from the text, context and object and purpose of an instrument, rather than from the fact that it was a constituent treaty.'), che proponeva di considerare la prassi dell'organizzazione come 'successiva' solo quando riflessa in quella degli Stati (*ibidem*, p. 11: 'Decisions made by organs that were generally accepted gave rise to the practice of parties establishing the agreement of the parties regarding its interpretation.', mentre 'In instances where practice did not reflect agreement — for example, because some States had objected to it — it became relevant as a supplementary means of interpretation under article 32 of the Vienna Convention. In most of the judgments referred to by the Special Rapporteur, the International Court of Justice had not specifically referred to article 31, paragraph 3 (a) or (b), of the Convention. In other words, it was plainly cautious about suggesting that the practices in question could be regarded as subsequent practice within the meaning of those provisions – and presumably their effects were not the same as those of subsequent practice.'), e Sturma (A/CN.4/SR.3260, p. 11: 'However, their [international organizations] particularity should not be overestimated for the purpose of interpreting treaties. Article 5 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (as well as article 5 of the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations) clearly established that the rules on treaty interpretation set out in articles 31 and 32 of the Vienna Convention also applied to the constituent instruments of international organizations.').

[1359] Tladi (A/CN.4/SR.3259, p. 11: 'In trying to avoid simply restating the provisions of the Vienna Convention, the Commission had already gone beyond the current law. Some of the draft conclusions already adopted appeared to elevate subsequent agreements and subsequent practice to the same (or an even higher) status than the text, context, object and purpose of a treaty.'), Wood (A/CN.4/SR.3260, p. 12: 'the Commission should continue to be careful not to elevate subsequent agreements and subsequent practice to a more central position in treaty interpretation than they were accorded by articles 31 and 32 of the Vienna Convention.') e Murphy (A/CN.4/SR.3261, p. 4, aggiungendo che giurisprudenza e dottrina non riconoscono alla prassi dell'organizzazione un rilievo *ex* 31.3.a) o b) VCLT).

[1360] Kolodkin (A/CN.4/SR.3261, p. 6, essendo l'analisi focalizzata sulla giurisprudenza, e mancando riferimenti al punto di vista degli Stati parte, un'analisi dei trattati istitutivi al fine di evidenziare il ruolo degli Stati, ed esempi finalizzati a chiarire il punto di vista degli Stati circa la prassi dell'organizzazione: 'since there was virtually no analysis in the report of the views of the parties to constituent instruments, the Commission was confronted with a paradox: it was analysing the role of the practice of States and of international organizations for the purpose of the interpretation of constituent instruments essentially without considering State practice at all.').

[1361] Niehaus (A/CN.4/SR.3261, p. 11: 'It was regrettable that only a small number of States and international organizations had responded to the Commission's request to provide examples of practice and acts relevant to the present topic. In view of the potential importance of such examples for the Commission's work, it would perhaps be worth repeating the request to States.').

Quest'ultimo ribatteva che non si trattava di creare diritto ma di ribadire una giurisprudenza consolidata, per cui i trattati istitutivi effettivamente godono di natura particolare[1362], e che la giurisprudenza era inevitabilmente la primaria base di analisi proprio perchè gli Stati non avevano fornito la propria posizione[1363]. Dunque Nolte rivendicava piena aderenza alla giuriprudenza, in particolare a quella della Corte Internazionale di Giustizia, che non enfatizza affatto il ruolo delle organizzazioni, bensì riconosce la centralità degli Stati[1364]. Del resto, la prassi delle organizzazioni rientra nel piano di lavoro così come definito dalla Commissione medesima nel 2012[1365], e come confermato dalla discussione nella sessione precedente, per cui si sarebbe dovuto approfondire proprio tale aspetto, in rapporto alla quinta Conclusione[1366].

3.9. Riformulazione e commenti degli Stati

Alla luce delle numerose osservazioni, i membri della Commissione, riunitisi in qualità di Comitato di Redazione, riformulavano in modo vistoso la Conclusione. Nel primo paragrafo venivano rimossi la clausola di salvaguardia riferita ad 'any relevant rules ...', spostata nel quarto, e i richiami alle lettere a) e b) dell'articolo 31.3 della Convenzione di Vienna, per ragioni di coerenza con le altre Conclusioni[1367]; rimaneva quindi la sola menzione dei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali[1368], e del fatto che accordi e prassi successivi 'sono' mezzi interpretativi, mentre la prassi ex articolo 32 VCLT 'può esserlo'. Il secondo paragrafo veniva riformulato per chiarire che accordi e prassi successiva ex articoli 31 e 32 VCLT possono originare o essere espressi dalla prassi dell'organizzazione nell'applicazione del trattato istitutivo, lasciando al commento, attraverso un

[1362] A/CN.4/SR.3262, p. 3: 'he was merely restating the most important elements of the pertinent jurisprudence, in particular that of the International Court of Justice. It was the Court, not he himself, which had established that constituent instruments of international organizations were "treaties of a particular type". The *case law* of the Court showed that it had not limited its analysis to the constituent instrument of an international organization in a particular case, but that it had regularly invoked and taken into account certain features common to most international organizations. It was therefore not imprudent of the Commission to restate the widely accepted *case law* of the International Court of Justice which was relevant for the purposes of the topic.'

[1363] A/CN.4/SR.3262, p. 3, con riferimento alle scarse informazioni fornite dagli Stati: 'He had been aware of the issue when he had prepared the report and he had come to the conclusion that particular statements or examples of State practice would be less authoritative than widely accepted pertinent decisions of the most important international courts.'

[1364] A/CN.4/SR.3262, p. 10: 'he had been careful in trying to adhere strictly to the *case law* of international courts, in particular that of the International Court of Justice. Furthermore, he had refrained from adopting a "constitutionalist" approach to the interpretation of the constituent instruments of international organizations or any other theoretical approach that was not well established. He reaffirmed the primary role of States in the proper interpretation and development of constituent instruments of international organizations and expressed the hope that the members of the Commission would take a balanced approach which took full account of the accepted judicial practice.'

[1365] E già previsto nella proposta di Nolte del 2008 (A/63/10, Annex A, par. 18).

[1366] A/CN.4/SR.3262, p. 3-4: 'The Commission had also recognized, in its commentary to draft conclusion 5, that the practice of international organizations could constitute a means of interpretation in its own right. The role played by an international organization's "own practice", including that of its organs, was precisely the aspect of the topic that needed to be clarified on the basis of the well-established *case law* of the International Court of Justice and other courts.'

[1367] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 8 luglio 2015, p. 2.

[1368] *Ibidem*, p. 2, con l'intento espresso di escludere l'applicabilità della Conclusione ai trattati adottati o conclusi dall'organizzazione, all'interpretazione di pronunce da enti convenzionali di esperti o in generale a decisioni di organi.

richiamo alla definizione di accordi e prassi successiva offerta dalla quarta Conclusione, la precisazione che si deve trattare in ogni caso di prassi attribuibile agli Stati parte (e non ha pertanto valore interpretativo in sè in quanto prassi dell'organizzazione)[1369]. Le nuove espressioni enfatizzano che si tratta di due possibilità distinte, per cui la prassi dell'organizzazione genera o riflette un'accordo o una prassi successiva, senza più riferirsi alla prassi del singolo organo perchè è ben possibile che tale prassi emani da più organi[1370].

Il terzo paragrafo continuava a descrivere la diversa ipotesi in cui la prassi dell'organizzazione nell'applicazione del trattato istitutivo contribuisce direttamente all'interpretazione di questo, in forza delle regole interpretative di cui alla Convenzione di Vienna. In particolare, il richiamo è al primo paragrafo dell'articolo 31 (oltre che all'articolo 32), dal momento che l'articolo 31.3 si riferisce alla sola prassi statale, ma sarebbe stato scorretto limitare al solo articolo 32 il valore interpretativo (diretto) della prassi dell'organizzazione: quest'ultima non modifica dunque l'operatività della regola generale d'interpretazione, ma vi partecipa[1371]. La distinzione con l'effetto 'indiretto' di cui al precedente secondo paragrafo risultava pertanto più chiara, accompagnandosi alla rimozione del riferimento alla prassi del singolo organo. Veniva inoltre lasciata al commentario la precisazione che l'organizzazione dev'essere 'competente' a realizzare la prassi[1372], e si riconosceva che la Commissione avrebbe potuto decidere di tornare sulle Conclusioni 1.4 e 4.3, attualmente riferite alla sola prassi degli Stati, per chiarire in che senso la prassi dell'organizzazione potrebbe rientrare nella 'other subsequent practice' di cui all'articolo 32 della Convenzione di Vienna. Infine, omessa l'indicazione della prassi come 'general' o 'established', ricordata dal relatore speciale nel suo rapporto, perchè non sufficientemente chiara o consolidata[1373], il quarto paragrafo riprendeva la clausola di salvaguardia originariamente compresa nel primo, per cui sono fatte salve le regole speciali dell'organizzazione; la formulazione, che richiama l'articolo 5 della

[1369] *Ibidem*, p. 3: 'This paragraph concerns the practice of parties to the constituent instrument of an international organization. [...] in this case, the practice of the international organization does not play a interpretative role by itself, but only insofar as it gives rise to, or expresses, an agreement or a subsequent practice attributable to the parties to the constituent instrument (or to some of them, in the case of a subsequent practice under Article 32).'
[1370] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 8 luglio 2015, p. 3-4.
[1371] *Ibidem*, p. 5: 'The Drafting Committee excluded the possibility that the interpretative role of the practice of international organizations be based on Article 31, paragraph 3, because this paragraph only refers to the practice of the parties. It was also agreed that it was not possible to limit the role of the practice of international organizations to Article 32. Hence the decision to anchor it on Article 31, paragraph 1, as well as Article 32. This means in particular that the practice of the international organization does not modify the general rule of interpretation under Article 31.'
[1372] *Ibidem*, p. 4, spiegando che la 'competenza' dell'organizzazione internazionale è un requisito implicito per il rilievo della prassi e non è necessario ricordarlo nel testo della Conclusione.
[1373] *Ibidem*, p. 4: 'The decision was also taken not to qualify the practice of an international organization, in the text of paragraph 3, as either a general practice or as an established practice, because the effect of these forms of practice is not always entirely clear, or sufficiently well-established, in contemporary general international law.'

Convenzione di Vienna, sottolinea, assieme alla posizione finale, che si tratta di una norma valida per tutti i casi indicati nei precedenti paragrafi[1374].

> *Draft conclusion 11 – Constituent instruments of international organizations*
>
> *1. Articles 31 and 32 apply to a treaty which is the constituent instrument of an international organization. Accordingly, subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, are, and other subsequent practice under article 32 may be, means of interpretation for such treaties.*
>
> *2. Subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, or other subsequent practice under article 32, may arise from, or be expressed in, the practice of an international organization in the application of its constituent instrument.*
>
> *3. Practice of an international organization in the application of its constituent instrument may contribute to the interpretation of that instrument when applying articles 31, paragraph 1, and 32.*
>
> *4. Paragraphs 1 to 3 apply to the interpretation of any treaty which is the constituent instrument of an international organization without prejudice to any relevant rules of the organization.*

Nel discutere il rapporto della Commissione del 2015 erano in realtà pochi gli Stati che indirizzavano i propri commenti anche a questa undicesima Conclusione[1375]; tuttavia, è bene dare conto dei punti di particolare rilievo che emergono da tale discussione. Anzitutto molti si dicevano d'accordo con il ritenere gli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna anche ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, o in generale[1376], o sottolineando che sono salve le regole particolari dell'organizzazione[1377], o ancora dichiarando particolarmente utile il nesso creato con l'esplicito riferimento all'articolo 5 della Convenzione di Vienna contenuto nell'ultimo paragrafo[1378]; un rappresentante, anzi, criticava la Commissione per aver fatto riferimento anche a criteri interpretativi estranei a quelli della Convenzione di Vienna[1379]. In generale, gli Stati

[1374] *Ibidem*, p. 5, chiarendo per altro che la posizione finale dovrebbe anche impedire di dare troppa enfasi a questa clausola. La definizione di 'regole dell'organizzazione', inoltre, è da intendersi quella indicata dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra organizzazioni internazionali e tra Stati e organizzazioni internazionali, e ripresa dal Progetto della Commissione del 2011 sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali.

[1375] Alcuni Stati, in particolare, intervenivano commentando il lavoro sull'identificazione delle consuetudini, ma non quello su accordi e prassi successiva: Francia, Cipro, Messico, India, Israele, Sudan, Perù, Cina, Turchia, Giappone, Slovenia, Slovacchia, Vietnam, Indonesia, Irlanda, Argentina.

[1376] Nuova Zelanda (A/C.6/70/SR.22, par. 33), Stati Uniti (A/C.6/70/SR.22, par. 42), Cile (A/C.6/70/SR.22, par. 87, ricordando che anche la Carta delle Nazioni Unite, qualificata come 'Magna Carta of international law', è interpretata sulla base dei criteri indicati dalla Convenzione di Vienna, in particolare accordi e prassi successiva) e Russia (A/C.6/70/SR.23, par. 22).

[1377] Unione Europea (A/C.6/70/SR.19, par. 87), Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 52, in particolare ricordando la varietà di organizzazioni e di trattati istitutivi) e Repubblica Ceca (A/C.6/70/SR.20, par. 60, benchè sarebbe preferibile che le due affermazioni si trovassero entrambe nel primo paragrafo).

[1378] Polonia (A/C.6/70/SR.21, par. 69), Giamaica (A/C.6/70/SR.22, par. 28), Australia (A/C.6/70/SR.22, par. 52), Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 62), Regno Unito (A/C.6/70/SR.23, par. 38), Malesia (A/C.6/70/SR.23, par. 50) e Corea del Sud (A/C.6/70/SR.23, par. 59).

[1379] Stati Uniti (A/C.6/70/SR.22, par. 45, con particolare riferimento alla menzione dell'interpretazione 'costituzionale').

sembravano pertanto riconoscere la 'particolarità' dei trattati istitutivi[1380], alcuni sollecitando ad analizzare esempi concreti di 'regole speciali' dell'organizzazione che avessero influito sull'interpretazione del relativo trattato istitutivo[1381].

Per quanto riguarda il primo paragrafo, molti Stati evidenziavano la difficoltà insita nel distinguere la condotta degli Stati come tali piuttosto che come membri di un'organizzazione[1382], e soltanto alcuni riconoscevano espressamente il particolare ruolo dell'organizzazione internazionale nel determinare accordi o prassi successiva[1383]. In tal senso, alcuni plaudevano anzi all'indicazione da parte della Commissione che, per rilevare ai sensi dell'articolo 31.3 della Convenzione di Vienna, si

[1380] Austria (A/C.6/70/SR.20, par. 35, che richiede tuttavia di approfondire il significato di tale affermazione: 'First, the term "international organizations" should be understood to refer only to intergovernmental organizations, as was the case when used by the Commission in texts for conventions such as the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations. Second, for the purposes of the draft conclusions, the term "constituent instruments" comprised only treaties; however, organizations could be based on constituent instruments other than treaties.'), Australia (A/C.6/70/SR.22, par. 52, riconoscendone il carattere 'costituzionale', e menzionando il parere della CIG sulle Armi nucleari a supporto di tale affermazione), El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 106), Italia (A/C.6/70/SR.22, par. 113) e Corea del Sud (A/C.6/70/SR.23, par. 59).

[1381] Austria (A/C.6/70/SR.20, par. 37, riferendosi in particolare alla giurisprudenza in ambito WTO: 'While the case of United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes discussed in the commentary was reflective of some of the problems involved, the WTO Agreement demonstrated fully the difficulty of reconciling the institutionalized rules of an organization on interpretation with the role of member States as parties to the constituent instrument of an organization in interpreting that instrument.') e Germania (A/C.6/70/SR.22, par. 16, citando l'esempio dell'Unione Europea, dove il rilievo degli accordi successivi sembra essere escluso negli ambiti di giurisdizione della CGEU, e appunto invitando ad aggiungere nel commento al quarto paragrafo casi in cui le regole dell'organizzazioni hanno prevalos in quanto *lex specialis* sulla disciplina di accordi e prassi successiva descritta dalla Convenzione di Vienna).

[1382] Unione Europea (A/C.6/70/SR.19, par. 88, sottolineando che la CGEU ha evidenziato la necessità di procedure separate quando sia necessaria l'adozione dall'Unione e da parte degli Stati autonomamente: 'The recent judgement of the Court of Justice of the European Union in European Commission v. European Council (case C 28/12) had dealt with some aspects of that issue. The Court had stressed the importance of following separate procedures in cases in which it might be necessary to have decisions adopted by both the Union and by its member States in their independent capacity.'), Repubblica Ceca (A/C.6/70/SR.20, par. 61, nel senso che il secondo paragrafo non aiuta ad operare tale distinzione, né a identificare gli accordi o la prassi successiva; inoltre (*ibidem*, par. 62), considerando che accordi e prassi possono nascere da processi interni all'organizzazione, 'in that process, States acted as members of the organization but, at the same time, also as parties to the treaty which was the constituent instrument of the organization', e che è comunque necessario che 'the parties, by an agreement or a practice, had taken a position regarding the interpretation of the treaty.'), Olanda (A/C.6/70/SR.21, par. 45, sottolineando come in ragione di tale difficoltà sarebbe difficile individuare una 'prassi successiva' rilevante ai sensi dell'articolo 31.3.b) VCLTIO) e Corea del Sud (A/C.6/70/SR.23, par. 59, indicando come criterio primario per effettuare tale distinzione la *volontà* degli Stati parte, da desumersi dal contenuto dell'atto organico e dalle circostanze della sua emanazione: 'In connection with paragraph 2, it was sometimes difficult to determine whether States meeting within a plenary organ of an international organization were acting as members of that organ or in their independent capacity as States parties to the constituent instrument of the organization, although such a determination was important in order to decide whether those acts were acts of the plenary organ or acts of the States parties. The most important factor in that regard was the intention of the States concerned, which could be determined by means of a comprehensive examination of the content of the decision of the organ and the circumstances in which it was adopted.').

[1383] Austria (A/C.6/70/SR.20, par. 34) e Giamaica (A/C.6/70/SR.22, par. 27, considerando che la prassi 'istituzionale' è fondamentale a rafforzare i deboli processi che il trattato orginario inizialmente prevede: 'Institutional practice was of signal importance in transforming fragile institutional frameworks into strong integration entities. The inherent flaws of the treaty-making process, built on a desire to achieve the broadest possible *consensus*, left many details open. Institutional practice was accepted as a mechanism through which ambiguous texts could be clarified.' Tuttavia 'where there was a need to modify or amend the treaty, recourse must appropriately be had to the formal amendment procedures.').

deve trattare di accordi successivi e prassi successiva *degli Stati*[1384], così come molti altri richiedevano di evidenziare meglio come la distinzione tra secondo e terzo paragrafo sta proprio nel soggetto cui è attribuibile la prassi (gli Stati nel secondo, le organizzazioni nel terzo)[1385]. Più in generale, un rappresentante evidenziava come non fosse chiaro quale significato 'accordi successivi' e 'prassi successiva' assumessero nell'ambito dell'interpretazione di un trattato istitutivo[1386].

Circa il rilievo autonomo della prassi dell'organizzazione, di cui al terzo paragrafo, le opinioni divergevano, in particolare circa la collocazione da riconoscervi: se una parte indicava che avrebbe preferito in ogni caso imputare tale prassi all'articolo 31.3 VCLT[1387], un'altra non ammetteva alcun riferimento nemmeno all'articolo 31.1[1388], tuttavia potendosi concedere che la prassi dell'organizzazione possa rilevare sussidiariamente *ex* articolo 32[1389]. Alcuni Stati si dicevano al contrario d'accordo con l'attuale formulazione, in generale[1390] o specificamente plaudendo al riconoscimento della prassi dell'organizzazione come strumento per chiarire oggetto e scopo del trattato istitutivo[1391]. Alcuni assumevano un atteggiamento cauto, ma non totalmente opposto al

[1384] Stati Uniti (A/C.6/70/SR.22, par. 42, ipotizzando due possibili casi: 'For example, the parties might instruct the international organization to engage in a certain practice or react to the activities of the international organization in a way that constituted subsequent practice of the parties.') e Australia (A/C.6/70/SR.22, par. 53).

[1385] Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 80), Spagna (A/C.6/70/SR.22, par. 96, in particolare esplicitando che se tutti gli Stati parte sono coinvolti l'articolo rilevante è il 31.3, altrimenti il 32 VCLT. Inoltre (*ibidem*, par. 98): 'the commentary to that provision pointed in two different directions: on the one hand, the examples given alluded to the subsequent agreements and practice of member States or States parties which were reflected in the practice of the international organization; on the other, paragraph (15) of the commentary suggested that the practice of an international organization might trigger an agreement or a practice of States, either to react to it or to acknowledge it.'), Italia (A/C.6/70/SR.22, par. 114) e Russia (A/C.6/70/SR.23, par. 22: 'In draft conclusion 11, paragraph 2, it would be clearer and more appropriate not to refer to the practice of organizations in and of itself, but rather to the conduct of States with regard to the practice of international organizations.').

[1386] Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 61, in particolare proponendo di distinguere 'on the one hand, a practice that could reflect an agreement or practice of Member States as parties to a treaty and, on the other hand, a practice that expressed or amounted to a subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.').

[1387] Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 53).

[1388] Stati Uniti (A/C.6/70/SR.22, par. 43-44, in ragione del fatto che l'articolo 31.1 non fa riferimento alla prassi successiva, i lavori preparatori della Convenzione non offrono supporto a tale affermazione, e nemmeno i casi menzionati dalla Commissione fanno riferimento all'articolo 31.1. Il rappresentante statunitense concede tuttavia la possibilità che la prassi dell'organizzazioni rilievi autonomamente come mezzo interpretativo sussidiario *ex* articolo 32 VCLT, purchè la Commissione chiarisca a quali condizioni ciò possa avvenire) e Russia (A/C.6/70/SR.23, par. 22; vedi anche la nota successiva).

[1389] Russia (A/C.6/70/SR.23, par. 22: 'when analysing subsequent practice to interpret treaties, that the practice of States fell under the remit of article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, whereas the practice of international organizations was covered by article 32 alone. Therefore, he proposed to remove the reference to article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention in draft conclusion 11, paragraph 3.').

[1390] Australia (A/C.6/70/SR.22, par. 54, invitando tuttavia a distinguere più chiaramente la distinzione tra il secondo e il terzo paragrafo: ' It would be helpful if the language of draft conclusion 11 could be made more straightforward, for example by specifying that paragraph 2 was directed at the practice of States, whereas paragraph 3 applied to the practice of international organizations.').

[1391] Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 53, benchè alla prassi dell'organizzazione potrebbe riconoscersi solo un ruolo *confirmatorio* dell'oggetto e scopo rilevanto altrimenti), Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 80) e Germania (A/C.6/70/SR.22, par. 16).

riconoscimento di una funzione interpretativa alla prassi dell'organizzazione (pur senza indicazioni di merito circa la sua collocazione all'interno della Convenzione di Vienna)[1392]. Non mancava una presa di posizione particolarmente rigida, per cui la prassi delle organizzazioni rileverebbe esclusivamente nel caso questa sia anche l'intenzione degli Stati parte[1393], ossia qualsiasi atto dell'organizzazione potrebbe rilevare sul piano interpretativo soltanto quando votato all'unanimità o per *consensus*[1394].

Osservazioni di più generale rilievo provenivano invece da alcuni[1395], che apprezzavano il particolare peso riconosciuto alla prassi dell'Unione Europea nell'interpretazione del trattato istitutivo, mentre altri Stati chiedevano di chiarire la distinzione tra prassi dell'organizzazione e 'established practice', benchè tale espressione non si ritrovasse più nel testo della Conclusione[1396]. Secondo un'opinione, in particolare, tale prassi, in quanto 'regola' dell'organizzazione, potrebbe influenzare il *valore* interpretativo da attribuirsi alla prassi successiva ex 31.3 VCLT[1397].

[1392] Bielorussia (A/C.6/70/SR.21, par. 34: 'His delegation believed that the practice of international organizations should be considered in a restrained manner. The core task was to interpret the practice of States, and it would not be appropriate to pit that practice against that of the international organizations that those States had established. Only organs with a broad representation should be taken into account, and the practice of each body should be viewed only within the limits of its competence.') e Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 60, in particolare evidenziando che la priorità è da attribuirsi al testo del trattato, ricordando la varietà dei trattati istitutivi, e la 'fluidità' nella partecipazione a tali strumenti, anche con riferimento alla possibilità di una modifica informale del trattato: 'Membership of such organizations could often be fluid, and new members could be admitted that had not been involved in negotiating the constituent instrument or forming subsequent practice. While aware of the need for flexibility in view of changing circumstances, his delegation believed that it was advisable to avoid circumventing the amendment mechanisms set out in constituent instruments. Questions of transparency and legitimate expectations for prospective members should also be borne in mind.').

[1393] Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 68: 'his delegation considered that the Commission's work should not exceed the limits set out in articles 3l to 33 of the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties and should remain consistent with the Convention's object and purpose. The subsequent practice of the parties to an international organization's constituent instrument that was relevant for interpreting that instrument was limited to the parties' express intentions regarding such interpretation. [...] proper interpretation of the constituent instrument of an international organization must be accompanied by consideration of the intention of the negotiators of the original instrument, the member States' unanimous practice and the intention of all member States to *modify* the instrument's original mandate.').

[1394] A/C.6/70/SR.23, par. 68, con riferimento alla decisione della CIG nel caso delle Baleniere: 'practice of an organ of an international organization that did not involve all States members of the organization should not be regarded as relevant for interpreting the organization's constituent instrument.'

[1395] Unione Europea (A/C.6/70/SR.19, par. 87) e Germania (A/C.6/70/SR.22, par. 16, come esempio di regole speciali dell'organizzazione che escludono il rilievo degli accordi successivi negli ambiti di competenza della CGUE).

[1396] Austria (A/C.6/70/SR.20, par. 36: 'It was difficult to determine the exact meaning of "the practice of an international organization", in particular whether that practice included all acts attributable to the organization.'), Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 54), Bielorussia (A/C.6/70/SR.21, par. 34) e Italia (A/C.6/70/SR.22, par. 114-115, in realtà con riferimento alla formulazione inizialmente proposta dal relatore speciale, il rappresentante italiano giudicava positivamente la scelta di non utilizzare nel terzo paragrafo l'espressione 'established practice', e quella di individuare nel quarto una clausola di salvaguardia che evidenziasse il rilievo di tale prassi come regola dell'organizzazione).

[1397] Portogallo (A/C.6/70/SR.22, par. 63, suggerendo che 'established practice could influence the preconditions for and the significance of subsequent practice in the interpretation of the constituent instruments of international organizations', ossi il peso della prassi successiva dipenderebbe da come la 'established practice' dell'organizzazione, in quanto regola, delimita tala mezzo interpretativo; in definitiva, occorrerebbe distinguere più chiaramente la prassi successiva come mezzo interpretativo e la 'established practice' come regola dell'organizzazione).

Meritevole di chiarimento sarebbero stati anche i criteri per individuare, all'interno dell'organizzazione, quali organi (rappresentativi) possano ritenersi autori di prassi, appunto per individuare il peso relativo di questa[1398]. In ogni caso, secondo alcuni, la prassi di un organo potrebbe venire in rilievo anche in assenza di unanimità o *consensus*[1399]; dovrebbe tuttavia analizzarsi cosa avvenga in caso di mancata reazione da parte degli Stati alla condotta di un organo[1400]. Ulteriormente, avrebbe dovuto essere chiarito il ruolo degli enti composti da esperti: secondo un'opinione da valutarsi caso per caso[1401], secondo un'altra, invece, sempre e comunque soltanto indiretto[1402]. Alcuni Stati ribadivano infine la propria contrarietà a riconoscere il possibile effetto modificativo della prassi successiva[1403] (a maggior ragione, si può ipotizzare, poichè questa proviene dall'organizzazione e non è direttamente attribuibile agli Stati).

[1398] El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 106, distinguendo tra organi di diverso rango, similmente a quanto fatto nella quinta Conclusione: 'Draft conclusion 5 already dealt with attribution of subsequent practice, and its wording was based on the articles on responsibility of States for internationally wrongful acts. It would be useful to include a similar analysis for international organizations that gave rise to a general rule of attribution for them.') e Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 61, con particolare riferimento alla prassi di organi plenari).

[1399] Nuova Zelanda (A/C.6/70/SR.23, par. 34, potendo la decisione di un organo plenario riflettere comunque la posizione degli Stati e quindi rilevare ex 32 VCLT: 'In that regard, decisions adopted without a vote or without the full support of member States of an international organization provided supplementary material when considering the interpretation of a treaty under article 32 of the Vienna Convention.') e Grecia (A/C.6/70/SR.20, par. 53, benchè in assenza di accettazione da parte di tutti gli Stati il peso di tale prassi dovrebbe riconoscersi inferiore). Contrario a tale impostazione, come visto, l'Iran (nota 1393).

[1400] Unione Europea (A/C.6/70/SR.19, par. 89, citando un caso in cui si trattava in realtà di interpretare il trattato di un'altra organizzazione: nel caso Europaïsche Schule München la CGEU aveva fatto espresso riferimento all'articolo 31.3.b) VCLT per interpretare la Convenzione sullo Status delle Scuole Europee, in particolare considerando 'prassi successiva' la prassi di un ente indipendente, congiunta all'assenza di protesta da parte degli Stati, qualificata come accordo tacito; non si trattava tuttavia, appunto, di un caso di interpretazione dei trattati comunitari), Israele (A/C.6/70/SR.21, par. 80) e Nuova Zelanda (A/C.6/70/SR.22, par. 34, affermando che anche in assenza di reazione la prassi avrebbe rilievo interpretativo: 'Where member States expressed no view at the time of the decision and did not raise an objection, such supplementary material was also informative.').

[1401] Singapore (A/C.6/70/SR.21, par. 62: 'There was a range of such bodies, with different responsibilities, and the weight of their pronouncements depended both on the constituent document of the body and on the practice of parties in applying the treaty.').

[1402] Stati Uniti (A/C.6/70/SR.22, par. 46: 'The United States believed that the Commission must make clear that the actions or views of treaty bodies consisting of independent experts did not, in and of themselves, constitute a subsequent agreement or subsequent practice for the purposes of article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention, as they were neither agreements "between the parties" nor practice that established such an agreement.').

[1403] Giamaica (A/C.6/70/SR.22, par. 27, subito dopo aver riconosciuto, tuttavia, che la prassi istituzionale riveste una funzione importante nel rafforzare l'organizzazione medesima - vedi nota 1383), Nuova Zelanda (A/C.6/70/SR.22, par. 33: 'International organizations must take a flexible approach to their founding instruments; that would ensure that those organizations did not become frozen in time and were unable to meet the needs of their constituent States. Flexibility should not, however, be an excuse for bypassing the provisions of a constituent instrument when updating or altering an organization's mandate.'), Cile (A/C.6/70/SR.22, par. 88, in ragione di un principio di 'strict respect for treaties': 'Chile was aware of its common responsibility to ensure that the international system functioned smoothly, and an essential element was the principle of adherence to international law, which included strict respect for treaties, as a guarantee of international peace and stability.') e Malesia (A/C.6/70/SR.23, par. 49: 'Modification or amendment of a treaty should only be done in line with articles 39 to 41 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.'); apparentemente favorevole invece l'Olanda (A/C.6/70/SR.21, par. 44: 'the conduct of an organ of an international organization could influence that organization's practice in the application of a constituent instrument, especially when that practice had never been challenged by the parties to the instrument. That situation could result in an implicit modification of the constituent instrument of the organization.').

4. Enti di monitoraggio del trattato

Draft conclusion 12 Pronouncements of expert bodies

(1) For the purposes of these draft conclusions, an expert body is a body, consisting of experts serving in their individual capacity, which is established under a treaty for the purpose of contributing to its proper application. The term does not include organs of an international organization.

(2) Subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, or other subsequent practice under article 32, may arise from, or be reflected in, pronouncements of an expert body.

(3) A pronouncement of an expert body, in the application of the treaty under its mandate, may contribute to the interpretation of that treaty when applying articles 31, paragraph 1, and 32.

(4) Silence on the part of a State party shall not be assumed to constitute its acceptance of an interpretation of a treaty as it is expressed by a pronouncement of an expert body or by the practice of other parties in reaction to such a pronouncement.

(5) Paragraphs (1) to (4) apply without prejudice to any relevant rules of the treaty.

Nel suo quarto rapporto per la Commissione Nolte ricordava anzitutto che gli enti di esperti applicano il trattato, producendo prassi che pertanto potrebbe avere rilievo nella sua interpretazione[1404]. Gli esperti siedono a titolo personale, per cui l'atto non è attribuibile in nessun caso agli Stati parte[1405], né si tratta di 'prassi dello Stato'[1406], dunque non potrebbe in sè costituire accordo o prassi successiva[1407]. Le 'pronunce' di tali enti[1408] non hanno normalmente un effetto vincolante[1409], ma, appunto, potrebbero rilevare interpretativamente, in particolare nell'ambito dei diritti umani. Se nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva affermato la natura probatoria di tali pronunce rispetto alla condotta successiva vera e propria[1410], e aveva distinto

[1404] A/CN.4/694, par. 10.
[1405] A/CN.4/694, par. 11
[1406] A/CN.4/694, par. 13, con espresso riferimento al lavoro della Commissione sull'identificazione della consuetudine, che, come visto, evidenzia altresì tale aspetto (vedi sopra al punto I.2.4 e I.2.5).
[1407] Come già rilevato nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio, dove Nolte aveva tuttavia ricordato che in dottrina è stata espressa anche l'opinione contraria, per cui anche le interpretazioni autoritative provenienti da enti di esperti costituirebbero 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b) VCLT (Third Report, cit., p. 381).
[1408] Il termine 'pronuncements' è preferito dal relatore speciale a 'findings perchè il rilievo non è solo fattuale, a 'jurisprudence' perchè la natura non è giudiziale, ad 'output' perchè troppo ampio (A/CN.4/694, par. 14).
[1409] Il che si ricaverebbe dal 'significato ordinario' del termine con cui tali atti vengono denominati ('views' nel Protocollo all'ICCPR, 'recommendations' in UNCLOS), altrimenti dal contesto del trattato (A/CN.4/694, par. 15).
[1410] Third Report, cit., p. 378. Si sottolinea quest'aspetto perchè utile nel tracciare un confronto con la trattazione degli enti non statali da parte della Commissione nel lavoro sull'identificazione della conseutudine, che, come visto, adotta espressamente una prospettiva probatoria; vedi sopra al punto I.2.5 e oltre al punto III.2.1.2.

espressamente gli enti dagli organi di un'organizzazione internazionale[1411] e dalle COP[1412], tali precisazioni non si rinvengono nel rapporto per la Commissione.

Gli enti possono essere competenti ad emanare vari tipi di atti[1413], e il Comitato per i Diritti Umani (HRC) nell'ambito del Patto ONU sui Diritti civili e politici aveva esplicitamente proposto di riconoscere alla propria 'giurisprudenza', qualora sostenuta dall'acquiescenza degli Stati parte, il valore di 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b)[1414]. La proposta era stata bocciata, ma il commento finale evidenziava come tale 'giurisprudenza' costituirebbe in ogni caso una 'authoritative determination' circa il contenuto del Patto[1415].

Anche un'indagine conclusa dall'ILA nel 2004[1416] ipotizzava che le pronunce di simili enti non costituissero 'prassi successiva', senza tuttavia negare che lo potesse essere quella degli Stati in reazione agli atti medesimi, ma anche, alternativamente, che la Convenzione di Vienna semplicmente non tenga conto di tale aspetto, benchè l'interpretazione di trattati sui diritti dell'uomo che istituiscono enti di controllo non possa prescindere dalla prassi di tali enti[1417]. Senza prendere posizione, l'ILA procedeva all'analisi della giurisprudenza, citando in particolare il caso Diallo deciso dalla Corte Internazionale di Giustizia, che riconosce un rilievo interpretativo alle pronunce del HRC per l'interpretazione dell'ICCPR, ma non le colloca espressamente all'interno delle regole della Convenzione di Vienna del 1969[1418]. Sono poi molte le decisioni di corti nazionali

[1411] Poiché soggetti a istruzione da parte degli Stati, e poiché la prassi dell'organo, se 'established', può autonomamente costituire 'rule of the organization' *ex* articolo 2.j) della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati tra organizzazioni internazionali e Stati (*ibidem*; vedi anche sopra al punto II.3).

[1412] Che, come visto, possono produrre atti tali da costituire accordi o prassi successiva in quanto composte da rappresentanti degli Stati parte (*ibidem*).

[1413] Ossia risposte a rapporti annuali da parte degli Stati, o a comunicazioni da parte di individui, oppure atti genericamente riferiti all'implementazione e interpretazione del trattato (A/CN.4/694, par. 17). Nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio il relatore speciale aveva parlato di 'dialogo costruttivo', quando l'ente riceva rapporti circa l'implementazione del trattato da parte degli Stati (e anche da altri attori), per poi restituire le proprie osservazioni, cui talvolta lo Stato può replicare a sua volta. Nolte si era anche dilungato a spiegare che l'ente produce talvolta Commenti Generali su questioni specifiche, esprimendo in astratto la 'corretta' interpretazione del trattato anche cooperando con gli Stati parte, e che talvolta, invece, l'ente può ricevere e pronunciarsi su Reclami provenienti da Stati o, più raramente, individui (Third Report, cit., p. 380).

[1414] Draft general comment No. 33 (The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights - CCPR/C/GC/33/CRP.3, 25 August 2008, par. 17: 'In relation to the general body of jurisprudence generated by the Committee, it may be considered that it constitutes "subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" within the sense of article 31 (3) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, or, alternatively, the acquiescence of States parties in those determinations constitutes such practice.' La bozza aveva incontrato la resistenza degli Stati Uniti in particolare (A/CN.4/694, par. 18-20).

[1415] CCPR/C/GC/33, par. 13.

[1416] "Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies", Report of the Seventy-first Conference of the International Law Association, Berlino, 2004.

[1417] A/CN.4/694, par. 23-27

[1418] Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. Congo, 30 novembre 2010), par. 66: 'Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty'.

che si riferiscono alle pronunce di enti di controllo sui diritti umani, la massima parte delle quali ne riconosce un rilievo interpretativo, pur in assenza di un effetto vincolante[1419].

Nolte si riferiva poi ai precedenti lavori della Commissione, che nella Guida alle riserve del 2011 ha fatto riferimento alle pronunce di simili enti circa l'ammissibilità delle riserve ad un trattato, riconoscendo che l'effetto della pronuncia dipende dal trattato medesimo[1420], ma che è necessario 'tenere conto' della pronuncia[1421]. Pur non indagando direttamente il piano dell'interpretazione (bensì appunto quello dell'ammissibilità di una riserva), la Guida suggerisce pertanto che l'effetto della pronuncia in generale (e quindi anche nell'interpretazione), pure in sè non vincolante, deriva dall'obbligo di collaborazione tra Stato ed ente, dunque esiste un obbligo di tenerne conto, in buona fede[1422].

Passando quindi ad analizzare il valore interpretativo delle pronunce, occorre verificare che rapporto vi sia tra esse e accordi successivi e prassi successiva, ricordando che la Convenzione di Vienna si applica anche ai trattati sui diritti umani[1423]. Non potendo costituire un accordo o una prassi successiva, poichè non si tratta di enti in cui gli Stati sono rappresentati, non si potrebbe escludere che le pronunce 'riflettano o generino' un accordo o una prassi successiva da parte degli Stati stessi, il cui effetto giuridico non dipende da quello della pronuncia in sè[1424]. Nolte precisava tuttavia che ciò non avverrebbe facilmente, in particolare dovendosi riconoscere un accordo unanime degli Stati circa la correttezza dell'interpretazione da parte dell'ente; questi, da parte loro, raramente indagano la prassi degli Stati[1425].

[1419] Sottolineando che non mancano casi in cui le prononunce sono state dichiarate 'autoritative', altri in cui se n'è negato il rilievo, e altri ancora in cui sono state totalmente ignorate; sono rari, in ogni caso, i tentativi dei giudici interni di spiegare il fondamento del valore interpretativo riconosciuto (A/CN.4/694, par. 31-35).

[1420] "Guide to Practice on Reservations to Treaties", Linea guida 3.2.1: 'Competence of the treaty monitoring bodies to assess the permissibility of reservations - 1. A treaty monitoring body may, for the purpose of discharging the functions entrusted to it, assess the permissibility of reservations formulated by a State or an international organization. 2. The assessment made by such a body in the exercise of this competence has no greater legal effect than that of the act which contains it.'

[1421] "Guide to Practice on Reservations to Treaties", Linea guida 3.2.3: 'Consideration of the assessments of treaty monitoring bodies - States and international organizations that have formulated reservations to a treaty establishing a treaty monitoring body shall give consideration to that body's assessment of the permissibility of the reservations.'

[1422] A/CN.4/694, par. 38, citando il commento alla linea guida 3.2.3. Le medesime osservazioni avevano costituito la base della trattazione del tema nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio; vedi Third Report, cit., p. 379.

[1423] A/CN.4/694, par. 41.

[1424] A/CN.4/694, par. 42-43.

[1425] A/CN.4/694, par. 44. Nolte individua due esempi di modi in cui un accordo o una prassi successiva potrebbero sorgere: il primo è quello di una risoluzione adottata per *consensus* dell'Assemblea Generale che ribadisca il contenuto della pronuncia, come avvenuto per la risoluzione 70/169 del 2015 in relazione al commento generale n. 15 del Comitato del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, emanato nel 2002 (E/C.12/2002/11), circa un diritto all'acqua implicito negli articoli 11 e 12 del Patto; occorrerebbe tuttavia provare che la risoluzione riveli effettivamente l'accordo unanime richiesto dagli articoli 31.3.a) o b) VCLT. Un altro modo potrebbe essere la sottoposizione agli Stati di una bozza della pronuncia, prima della sua adozione finale, come talvolta succede per le pronunce dell'HRC in ambito ICCPR; anche qui occorrerebbe certamente provare l'accordo unanime degli Stati.

È tuttavia possibile che l'accordo sorga per acquiescenza, quando le circostanze richiedano una reazione ma gli Stati rimangano inerti di fronte ad una pronuncia[1426]; pur non sussistendo un obbligo di reagire, tali circostanze potrebbero riconoscersi quando la pronuncia si rivolga ad uno o più Stati in particolare, non invece quando essa sia rivolta alla generalità, o ad altri Stati[1427]. Nemmeno esiste un obbligo di reagire alla prassi di alcuni Stati che abbiano accolto la pronuncia, dal momento che i trattati sui diritti umani possono essere implementati in vario modo dai singoli Stati (non potendosi indicare in generale quali modalità esigano una reazione altrui)[1428]

Nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva anche approfondito la possibilità che gli accordi e la prassi degli Stati influenzino l'esito della procedura presso l'ente di controllo, il quale richiami ad esempio la prassi degli Stati all'interno di un Rapporto. Tuttavia, sarebbe opportuna una certa cautela, considerando che la prassi richiamata potrebbe anche costituire una violazione degli obblighi convenzionali, come spesso capita nell'ambito dei trattati sui diritti umani[1429]. Anche per redigere Commenti Generali l'ente tiene conto di accordi e prassi degli Stati, ma trattando tali atti di questioni specifiche la prassi potrebbe non essere pienamente rilevante, o non essere stata sufficientemente esaminata. Un limite ulteriore sarebbe dato dalla funzione dell'ente, che oltre al monitoraggio potrebbe essere anche quella di promuovere lo sviluppo del regime convenzionale: la distinzione tra le due attività risulterebbe estremamente difficile, soprattutto in presenza di pronunce di valore astratto[1430].

Nel medesimo terzo rapporto Nolte era anche andato oltre l'ipotesi della formazione per acquiescenza di accordi e prassi successiva, parlando anzitutto di 'dialogo interattivo'. In tale ipotesi la nascita di accordi e prassi successiva avverrebbe 'simultaneamente' alla procedura presso l'ente, poichè questa provocherebbe la reazione degli Stati parte, i quali a loro volta potrebbero con le proprie opinioni influenzare l'esito della procedura medesima, come nel caso dall'articolo 70 delle Regole di procedura del Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite[1431].

[1426] A/CN.4/694, par. 47, richiamando la Conclusione 9 (vedi il Capitolo I al punto II.5.1).
[1427] A/CN.4/694, par. 48. Nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva anche rilevato che potrebbe sorgere un 'accordo successivo' qualora gli Stati intendano all'unisono opporsi ad una determinata interpretazione prodotta dall'ente di monitoraggio (Third Report, cit., p. 383).
[1428] A/CN.4/694, par. 48, ricordando che alcune corti regionali sui diritti umani hanno ritenuto la prassi di una maggioranza di Stati parte influente sull'introduzione, ma non hanno affermato la necessità di una reazione da parte degli altri Stati al fine di escludere tali effetti.
[1429] Third Report, cit., p. 382.
[1430] Third Report, cit., p. 383; occorrerebbe anche tener conto della 'special nature' dei trattati sui diritti umani (se del caso), e dell'eventuale partecipazioni di altri attori, che potrebbe ostacolare l'operazione di rinvenimento dell'effettiva prassi *degli Stati parte*.
[1431] La Regola afferma: '1.In cases where the Committee has been notified under rule 69, paragraph 1, of these rules of the failure of a State to submit under rule 66, paragraph 3, any report under article 40, paragraph 1 (a) or (b), of the Covenant and has sent the corresponding reminders to the State party, the Committee may, at its discretion, notify the State party through the Secretary-General that it intends, on a date or at a session specified in the notification, to examine in a public session the measures taken by the State party to give effect to the rights recognized in the Covenant,

Secondariamente, si specificava che l'attività dell'ente potrebbe indurre la formazione di un accordo o di una prassi sull'interpretazione del trattato, attraverso la reazione espressa degli Stati all'atto finale della procedura, ossia l'accettazione delle osservazioni contenute in un rapporto o commento generale, o della prassi dell'ente in generale, oppure determinando l'obiezione dello Stato a tali contenuti[1432].

Tornando al quarto rapporto per la Commissione, il relatore speciale rilevava la possibilità che la pronuncia abbia in sè un rilievo (autonomo) sull'interpretazione; occorrerebbe tuttavia distinguere tra un obbligo ('shall') e una facoltà ('may') di 'tener conto' della pronuncia[1433]. La Guida alle riserve sembra riconoscere un 'obbligo' di tener conto di una pronuncia che riguardi l'ammissibilità della riserva[1434], ma, sul piano propriamente interpretativo, la giurisprudenza sembra piuttosto tener conto delle pronuncie soltanto sussidiariamente, ossia ex articolo 32 della Convenzione di Vienna[1435]. Nolte tuttavia evidenzia come sia opportuno prendere tali pronunce 'sul serio', come ricordato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso Diallo in ragione della specifica compenza interpretativa del HRC sull'ICCPR[1436]. Bisognerebbe certamente valutare le caratteristiche della pronuncia nela caso concreto[1437], e il valore di una 'giurisprudenza', ossia una serie di pronunce, è certamente superiore a quello di una singola, dal momento che rivela una più attenta analisi dell'oggetto dell'interpretazione[1438].

Una seconda ipotesi è che le pronunce dell'ente valgano propriamente come 'prassi successiva', ma soltanto *ex* articolo 32 della Convenzione di Vienna, dovendosi certamente riconoscere che è 'successiva' al trattato e riguarda la sua 'applicazione': si tratterebbe cioè di 'dichiarazioni ufficiali'

---

and to proceed by adopting concluding observations. 2.Where the Committee acts under paragraph 1 of this rule, it shall transmit to the State party, well in advance of the date or session specified, a list of issues as to the main matters to be examined. 3. The concluding observations shall be communicated to the State party, in accordance with rule 71, paragraph 3, of these rules, and made public. The State party shall present its next report within two years of the adoption of the concluding observations.' (CCPR/C/3/Rev.10)

[1432] Third Report, cit., p. 382; un esempio di obiezione è quello degli Stati Uniti e del Regno Unito contro il Commento Generale 24 dell'HRC sull'ammissibilità di riserve all'UNCCPR (vedi il Rapporto del Comitato per il diritti dell'uomo, 1995, A/50/40, Annex VI, p. 126 e 133); Nolte ricorda tuttavia che simili obiezioni potrebbero non essere mantenute nel tempo.

[1433] A/CN.4/694, par. 49-50, ricordando che anche la Convenzione di Vienna distingue tra mezzi interpretativi di cui è obbligatorio tener conto (articolo 31), e altri in cui ciò è possibile soltanto in determinate condizioni (articolo 32).

[1434] A/CN.4/694, par. 51; vedi poco sopra, in particolare le note 1420 e 1421.

[1435] A/CN.4/694, par. 53, citando in particolare una sentenza dell'Alta Corte di Osaka del 28 ottobre1994, ripresa in Japanese Annual of International Law, Vol. 38 (1995), p. 118.

[1436] A/CN.4/694, par. 55: 'That does not exclude the idea that such pronouncements should nevertheless be taken very seriously.'

[1437] *Ibidem*, indicando come rilevanti in particolare la coerenza del ragionamento, i caratteri del trattato e della disposizione interpretata, la composizione dell'ente, la procedura adottata, senza presumerne la correttezza o il carattere definitivo.

[1438] A/CN.4/694, par. 56, ricordando come in un parere del 2012 (Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development) la CIG avesse riconosciuto il peso di 30 anni di pronunce del HRC circa il diritto di accesso al giudice *ex* articolo 14 ICCPR, preferendo appoggiarsi sull'interpretazione contenuta nel commento generale n. 32, più recente, che non sul commento generale n. 12, il primo relativo a tale diritto.

circa l'interpretazione del trattato, non vincolanti ma comunque risultato dell'esercizio di una autorità[1439]. Nolte suggeriva pertanto di modificare la Conclusione che definiva la prassi successiva ex articolo 32 soltanto come prassi degli Stati, preferendo l'espressione atti 'ufficiali'; in tal modo si sarebbe anche corretta l'incongruenza rilevata dalla Commissione medesima, a proposito della prassi delle organizzazioni internazionali, anch'essa non ricompresa nella definizione adottata[1440]. Il relatore speciale instaurava anche un interessante parallelo tra l'articolo 32 della Convenzione di Vienna e l'articolo 38.1.d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, che non si riferisce alle pronunce degli enti come come 'mezzi sussidiari per l'accertamento del diritto' semplicemente perchè redatto negli anni '20 del secolo scorso, benchè tali pronunce presentino i caratteri talvolta di sentenze, talvolta di scritti dottrinali[1441]. Si tratta in ogni caso di 'mezzi sussidiari', di cui è perciò possibile (non obbligatorio) tener conto, tanto nell'accertamento del diritto (consuetudinario) quanto nell'interpretazione di un trattato[1442].

Nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva concluso la trattazione degli enti a tutela dei diritti umani rilevando che simili diritti, di portata universale, richiederebbero un'interpretazione del trattato non dipendente dai soli Stati parte, lasciando spazio per un maggior ruolo degli enti di monitoraggio. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo concede ampia importanza alla prassi degli Stati[1443], ma non sarebbe escluso che esista un nesso tra tale prassi e la (precedente) attività di controllo istituzionale. Nolte aveva rilevato che tale relazione non è oggetto di sufficiente indagine e andrebbe pertanto approfondita, benché non possa nemmeno escludersi che altri mezzi interpretativi, su tutti l'oggetto e lo scopo del trattato, possano risultare sufficienti a risolvere le questioni interpretative rilevanti[1444].

[1439] A/CN.4/694, par. 58-60.

[1440] A/CN.4/694, par. 61-62; nella Conclusione 4.3 si afferma: 'Other "subsequent practice" as a supplementary means of interpretation under article 32 consists of *conduct by one or more parties* in the application of the treaty, after its conclusion.' Nella Conclusione 12.3 invece: 'Practice of an international organization in the application of its constituent instrument may contribute to the interpretation of that instrument when applying articles 31, paragraph 1, *and 32*.' Si noti che per il momento le Conclusioni sono rimaste formulate in tal modo (A/CN.4/L.874, p. 4, corsivo aggiunto).

[1441] A/CN.4/694, par. 63: 'Whereas article 38 (1) (d) does not explicitly mention pronouncements of expert bodies (which are neither "judicial decisions" nor "teachings … of publicists"), such pronouncements may "exhibit some of the principal characteristics" of both those means'.

[1442] A/CN.4/694, par. 64: 'The main difference between both provisions does not lie in the kinds of means which they envisage, but in their function for "determining" the law. Whereas article 38 (1) (d) of the Statute focuses on the evidence for identifying the different sources of international law in judicial proceedings, article 32 of the Convention addresses treaty interpreters regardless of such proceedings'.

[1443] Vedi il precedente punto II.2.2.2.

[1444] Third Report, cit., p. 383: 'It is often sufficient and appropriate to stress other means of interpretation, in particular the object and purpose of a human rights treaty as such or of a specific right contained therein. This does not exclude, however, to take account of the role which the pronouncements of treaty monitoring bodies can play, regardless of their legal authority as such, as reflections or as triggers of relevant subsequent agreements or subsequent practice by States, as a result of proceedings which provide ample possibilities to express views.'

Nel quarto rapporto per la Commissione il relatore speciale indagava anche al di fuori dell'ambito dei diritti umani, dove parimenti enti di esperti influenzano con le loro pronunce l'interpretazione del trattato che li istituisce. Il relatore speciale ne indagava alcuni, non al fine di ricavare una regola generale, dal momento che ciascun trattato ne disciplina diversamente la competenza, bensì al fine di riconoscere indicazioni utili circa l'uso della prassi di tali enti a fini interpretativi, almeno per la trattazione di casi simili[1445]. Anzitutto la Commissione sui limiti della piattaforma continentale (CLCS), che, istituita dall'articolo 76.8 UNCLOS[1446], emana raccomandazioni non vincolanti, benchè il limite diventi definitivo se lo Stato costiero accetta la raccomandazione; la richiesta alla Commissione, inoltre, è necessaria affinchè lo Stato possa ottenerne uno superiore alle 200 miglia marine[1447]. Si tratta di 21 esperti in ambito tecnico competenti ad interpretare solo tale articolo ed esclusivamente nell'esercizio delle proprie funzioni, come evidenziato dall'ILA nel suo studio del 2004[1448]. Tuttavia Nolte vi riconosce, pur nei limiti di tale articolo, una funzione interpretativa simile a quella svolta dagli enti di controllo sui trattati a tutela dei diritti umani[1449].

Il secondo esempio è quello del Comitato di *compliance* istituito in base al Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro sul cambiamento climatico (UNFCCC), competente ad accertare violazioni del Protocollo[1450]. Una parte del Comitato ha funzioni di consulenza, l'altra determina violazioni del Protocollo ('non-compliance'), sulla base dell'articolo 18 del Protocollo, attraverso atti in sè non vincolanti[1451]. Il Comitato ha di fatto un margine interpretativo limitato[1452], e ogni sua decisione è

[1445] A/CN.4/694, par. 66-67.
[1446] A/CN.4/694, par. 69. L'articolo 76.8 UNCLOS afferma: 'The Commission shall make recommendations to coastal States on matters related to the establishment of the outer limits of their continental shelf. The limits of the shelf established by a coastal State on the basis of these recommendations shall be final and binding'.
[1447] A/CN.4/694, par. 70.
[1448] A/CN.4/694, par. 72-73. Lo studio ILA è già stato richiamato alla nota 1416.
[1449] A/CN.4/694, par. 74-76, in particolare evidenziando un parallelo con la linea guida 3.2.1 della Guida alle riserve del 2011 (riprodotta alla nota 1420), che indicava un obbligo di tenere conto delle pronunce degli enti circa l'ammissibilità delle riserve, e ricordando che in un parere del 1999 la CLCS ha espressamente riconosciuto la propria funzione interpretativa circa l'articolo 76.
[1450] A/CN.4/694, par. 77; il Comitato è stato istituito con la Decisione della COP 24/CP.7 del 2001 (FCCC/CP/2001/13/Add.3). Esso opera in particolare attraverso Expert Review Teams, che controllano le informazioni fornite dagli Stati circa il rispetto delle quote assegnate.
[1451] A/CN.4/694, par. 78-80; lo 'enforcement branch' del Comitato decide anche in caso di disaccordo tra Stati ed Expert Review Teams circa gli aggiustamenti proposti da questi ultimi agli Stati. La decisione definitiva sulla *compliance* è di fatto presa dalla COP, dal momento che l'articolo 18 del Protocollo richiede espressamente un emendamento affinchè le procedure di *compliance* (quindi anche le pronunce del Comitato) abbiano un effetto vincolante: 'The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Protocol shall, at its first session, approve appropriate and effective procedures and mechanisms to determine and to address cases of non-compliance with the provisions of this Protocol, including through the development of an indicative list of consequences, taking into account the cause, type, degree and frequency of non-compliance. Any procedures and mechanisms under this Article entailing binding consequences shall be adopted by means of an amendment to this Protocol.'
[1452] A/CN.4/694, par. 85, ricordando che la decisione della COP che istituisce il Comitato elenca anche espressamente le conseguenze applicabili in ogni caso. Il relatore speciale ricordava poi il caso di una decisione del Comitato che confermava l'illegittimità rilievata da un Team circa l'aggiunta di 3.5 tonnellate di CO2 effettuato dalla Croazia nel 2009 (FCCC/IRR/2008/HRV); la Croazia si era opposta contestando l'interpretazione 'grammaticale' effettuata dal Comitato delle fonti che avrebbero giustificato l'aggiunta (articolo 4 UNFCCC, con riferimento alla transizione ad una

appellabile in ogni caso presso la COP, che certamente non ha l'obbligo di tenere conto delle altre pronunce di quello: secondo il relatore speciale si tratta di contributi alla prassi applicativa dell'UNFCCC, ma non determinanti nell'interpretazione[1453]. Anche la Convenzione di Aarhus[1454] istituisce un Comitato di compliance, le cui decisioni divengono finali soltanto con l'accordo degli Stati interessati o la conferma da parte della COP[1455]. Quest'ultima riceve rapporti e raccomandazioni dal Comitato al fine di decidere eventuali misure, dunque le pronunce del Comitato sono soltanto provvisorie; ad esse tuttavia è riconosciuto un rilievo interpretativo[1456]. Infine l'International Narcotics Control Board, istituito da un trattato del 1961[1457] ma competente anche su altri, prende misure per l'implementazione di disposizioni convenzionali, richiede sanzioni nei confronti degli Stati[1458] e redige un rapporto annuale[1459]. Anche qui non esiste un vincolo degli Stati a seguire le raccomandazioni, cui anzi gli Stati spesso si oppongono[1460]. Per concludere, il relatore speciale affermava che le pronunce di tali enti sono principalmente finalizzate a facilitare l'accordo degli Stati, piuttosto che a interpretare il relativo trattato[1461].

4.1. Dibattito e riformulazione

Alla luce del dibattito presso la Commissione, il Drafting Committee riformulava profondamente questa Conclusione. Il primo paragrafo rimane di natura definitoria, ma preferendo le espressioni 'expert treaty bodies'[1462] e 'personal capacity'[1463], ed eliminando il riferimento alla funzione interpretativa dell'ente, poichè possono rilevare anche enti con funzioni diverse[1464]; viene mantenuta l'espressa esclusione di organi composti da esperti istituiti da organizzazioni

---

economia di mercato, e Decisione 7/CP.12, che consentiva l'aggiunta di 3.5 tonnellate), rispetto a quella teleologica che si sarebbe dovuta preferire, avendo cura delle circostanze in cui lo Stato si trovava (CC-2009-1-7/Croatia/EB). Il Comitato confermava la decisione con riferimento all'articolo 31 VCLT (CC-2009-1-8/Croatia/EB), e la Croazia si appellava alla COP, tuttavia ritirando poi tale appello.

[1453] A/CN.4/694, par. 86.

[1454] Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, conclusa ad Aarhus (Danimarca) nel 1998.

[1455] A/CN.4/694, par. 87; il Comitato è istituito con la Decisione I/7 del 2004 (ECE/MP.PP/2/Add.8).

[1456] A/CN.4/694, par. 89, citando un testo di dottrina, due decisioni di corti britanniche e una dichiarazione dell'Avvocato Generale della CGUE.

[1457] Single Convention on Narcotic Drugs, che all'articolo 9 definisce la composizione del Board.

[1458] A/CN.4/694, par. 91, richiamando l'attenzione di Stati, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite e della Commissione istituita dalla medesima Convenzione del 1961.

[1459] *Ibidem*; nel rapporto il Board indaga la situazione globale, formula raccomandazioni agli Stati e verifica che essi abbiano seguito quelle dell'anno precedente.

[1460] A/CN.4/694, par. 92.

[1461] A/CN.4/694, par. 93: '[The pronouncements of bodies] that are not established under human rights treaties, are primarily designed to facilitate the agreement of the parties regarding the application of the treaty rather than playing a role in the interpretation of the treaty.'

[1462] Invece di 'expert bodies', escludendo in tal modo gli organi istituiti da organizzazioni internazionali (Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Pavel Šturma, 10 giugno 2016, p. 4). Anche la rubrica della Conclusione veniva di conseguenza aggiornata (*ibidem*, p. 7).

[1463] Poichè i trattati usano più frequentemente tale espressione, invece di 'personal capacity' (*Ibidem*, p. 5).

[1464] *Ibidem*.

internazionali, ma il commento spiegherà che essi possono svolgere funzioni interpretative simili[1465]. Il secondo paragrafo riprende il secondo della Conclusione proposta dal relatore speciale, indicando che il valore della pronuncia dipende anzitutto dal trattato[1466].

Il terzo paragrafo si basa sul terzo e quarto della Conclusione proposta, assorbendo anche il secondo; in particolare al termine 'reflect' veniva sostituito da 'refer'[1467], che assieme a 'give rise' descrive gli effetti indiretti della pronuncia rispetto ad accordi e prassi successiva degli Stati; nel riprendere l'ammonimento circa il valore del silenzio degli Stati, si specificava poi che in tale ipotesi sarebbe una 'prassi successiva' a non poter essere presunta[1468]. Si aggiungeva infine, nel quarto paragrafo, l'indicazione del possibile effetto interpretativo diretto delle pronunce sull'interpretazione del trattato, attraverso una clausola di salvaguardia, allacciata al precedente paragrafo da 'otherwise'[1469].

> *Draft conclusion 13 [12] Pronouncements of expert treaty bodies*
>
> *1. For the purposes of these draft conclusions, an expert treaty body is a body consisting of experts serving in their personal capacity, which is established under a treaty and is not an organ of an international organization.*
>
> *2. The relevance of a pronouncement of an expert treaty body for the interpretation of a treaty is subject to the applicable rules of the treaty.*
>
> *3. A pronouncement of an expert treaty body may give rise to, or refer to, a subsequent agreement and subsequent practice by parties under article 31, paragraph 3, or other subsequent practice under article 32. Silence by a party shall not be presumed to constitute subsequent practice under article 31 (3) (b) accepting an interpretation of a treaty as expressed in a pronouncement of an expert treaty body.*
>
> *4. This draft conclusion is without prejudice to the contribution that a pronouncement of an expert treaty body may otherwise make to the interpretation of a treaty.*

III. Confronto tra le due declinazioni della prassi sul piano soggettivo

Occorre quindi operare un confronto tra le due dimensioni della prassi da un punto di vista 'soggettivo', che in questa sede significa, si ribadisce, l'ambito descritto dagli attori che con la loro prassi incidono sul processo consuetudinario e sull'interpretazione dei trattati[1470]. Si tratta anzitutto degli Stati, dei quali interessa verificare a quali condizioni essi possano produrre prassi rilevante per

[1465] *Ibidem*, p. 4.
[1466] *Ibidem*, p. 5, ribadendo che l'effetto vincolante o autoritativo della pronuncia non può andare oltre quello stabilito dal trattato.
[1467] *Ibidem*, p. 6, rischiando d'intendersi 'reflect' come se l'accordo delle parti fosse ricompreso nella pronuncia dell'ente.
[1468] *Ibidem*, riferimento alla 'prassi successiva' *ex* 31.3.b) VCLT che mancava, appunto, nella formulazione proposta dal relatore speciale.
[1469] *Ibidem*.
[1470] Da non confondersi quindi con l'elemento 'soggettivo' della consuetudine, ossia l'*opinio juris*, che per evitare confusione si è qui scelto di indicare con il termine 'psicologico'; in proposito vedi anche l'Introduzione, al punto 2.1.

la formazione del diritto consuetudinario o l'interpretazione autentica di un trattato da essi sottoscritto; in sostanza, occorre verificare quali organi possano, con la loro attività, venire in rilievo[1471]. Secondariamente si tratta di verificare in che senso la condotta di soggetti che non sono Stati possa influire sui due suddetti processi, non potendo 'costituire' una prassi in senso stretto, ma ad esempio, come anticipato anche nel primo Capitolo, rappresentare una 'prova' di tale prassi[1472].

Dall'analisi effettuata sui lavori della Commissione emerge un quadro abbastanza differente tra le due categorie di prassi dalla prospettiva dei soggetti, apparentemente più ampia quale elemento materiale della consuetudine, tendenzialmente più ristretta invece quella successiva alla conclusione di un trattato, benchè esistano alcuni punti in comune. In entrambi i casi non risulterebbe infatti escluso alcun organo dello Stato, almeno potenzialmente, purchè, nel caso della prassi successiva, si tratti di atti concretamente di implementazione del trattato[1473]. Ciò farebbe pensare, recuperando la teoria degli insiemi già utilizzata nel primo Capitolo[1474], ad un insieme, quello dato dai soggetti che possono produrre una prassi successiva ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, contenuto quale sottoinsieme in quello, più ampio, popolato dai soggetti che possono produrre una prassi rilevante per la formazione e accertamento delle consuetudini. È infatti difficile pensare ad organi capaci di produrre un'interpretazione autentica la cui condotta non sia anche, più in generale, 'prassi' dello Stato, e al contempo si riconosce che certamente essi sono soltanto alcuni degli organi che compongono uno Stato[1475].

D'altro canto, altri soggetti rilevanti nell'ambito del diritto internazionale possono con la loro opera svolgere una funzione probatoria. Si deve pensare, per altro, che non emergano distinzioni di sorta nella modalità con cui l'attività di tali soggetti possa rappresentare prova di una consuetudine, di un'interpretazione autentica o della prassi che sta alla base di queste. Non sarebbe cioè possibile distinguere la funzione probatoria svolta da tali soggetti in diversi ambiti. Organizzazioni internazionali, corti e altri enti, oltre alla dottrina, possono ragionevolmente provare, allo stesso modo, tanto una consuetudine quanto un'interpretazione autentica, o la prassi sottostante: in tal

[1471] La questione di quali organi statali vengano in rilievo è trattata al successivo punto III.1.
[1472] Il ruolo di altri soggetti rilevanti (organizzazioni intergovernative e non, corti, dottrina) è analizzato al successivo punto III.2.
[1473] Come chiarito poco oltre, è tale elemento, cosiddetto 'requisito relazionale', quello che maggiormente distingue la prassi successiva rispetto alla prassi come elemento materiale della consuetudine, così come si è ipotizzato che sia l'elemento dell'accordo la scriminante più cospicua dal punto di vista oggettivo (su cui vedi il Capitolo I, in particolare al punto III.2.2).
[1474] Dove si è proposto di indicare la prassi successiva *ex* articolo 31.3.b) VCLT come risulato dell'intersezione tra l'insieme descritto dalla prassi, in senso materiale, e dai possibili accordi che uno Stato può sottoscrivere; vedi Capitolo I, al punto III.3.
[1475] Particolarmente quelli, appunto, che applicano il trattato nel singolo caso concreto, ossia, appunto, un sottoinsieme degli organi statali.

senso si potrebbero immaginare due insiemi coincidenti costituiti dai possibili mezzi di prova per la prassi nelle sue due declinazioni[1476].

1. Organi dello Stato e organi de facto

Focalizzandosi dapprima sul piano degli organi dello Stato, e tornando sul rapporto appena descritto per cui si può considerare l'insieme dei soggetti capaci di produrre una prassi successiva come interno a quello dato dagli organi dello Stato, è forse ragionevole affermare che esisterebbe un insieme ancora più ampio, dato cioè dai soggetti che possono con la loro condotta determinare la responsabilità dello Stato[1477]. Secondo il Progetto del 2001 della Commissione anche la condotta di individui ed enti privati è suscettibile di determinare la responsabilità statale, qualora sussista, rispettivamente, un rapporto di 'istruzione, direzione o controllo'[1478], o la successiva appropriazione della condotta privata da parte dello Stato[1479]. Quello del rapporto con il Progetto del 2001 è infatti il primo dei profili che si propone di utilizzare per il confronto delle due dimensioni della prassi in relazione all'attribuzione della condotta allo Stato; il secondo riguarda il rilievo dei rapporti gerarchici interni alla struttura statale.

1.1. Rapporto con le indicazioni del progetto sulla responsabilità degli Stati

Benchè il Drafting Committee abbia scelto di non utilizzare il termine 'attribuzione'[1480], i criteri cui la Commissione fa riferimento per affermare che una condotta può costituire 'prassi' come elemento materiale della consuetudine sono di fatto modellati sul Progetto del 2001 sulla

[1476] Il che significa che tanto la prassi nella consuetudine e quanto la prassi successiva nell'interpretazione di un trattato potrebbero essere provate dall'attività degli stessi soggetti, diversi dallo Stato; vedi oltre al punto III.2.

[1477] Parallelamente sul piano oggettivo sarebbero molte più le condotte che possono determinare la responsabilità dello Stato rispetto a quelle che potrebbero ragionevolmente consolidarsi in una consuetudine. Un atto, infatti, dovrebbe essere ripetuto (entro certi limiti, vedi il Capitolo precedente al punto I.3.13) per formare una consuetudine, ma nulla esclude che uno Stato ripeta una condotta in sè illecita, magari con l'intento instaurare una nuova norma consuetudinaria attraverso la violazione di una precedente; tale ipotesi, del resto, è espressamente riconosciuta dalla dottrina: vedi Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 8; Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 45; Postema, "Custom in International Law: A Normative Practice Account", in A. Perreau-Saussine & J. B. Murphy, The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, 2007, p. 279, a p. 291; Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 87; Bederman, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21 (2010), p. 31, a p. 37; Kadens & Young, "How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885, a p. 904; Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 12.

[1478] Articolo 8 ASR:'Conduct directed or controlled by a State - The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.'

[1479] Articolo 11 ASR: 'Conduct acknowledged and adopted by a State as its own - Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.'

[1480] Vedi al punto I.2.1 circa la riformulazione della Conclusione 5 [6] del progetto sull'identificazione della consuetudine.

responsabilità degli Stati[1481]. È condivisibile la ragione della perplessità della Commissione, dal momento che certamente taluni atti dello Stato potrebbero determinarne la responsabilità internazionale ma non valere come prassi ai fini della formazione (e accertamento) di una consuetudine[1482]. Tra gli organi, in ogni caso, nessuna funzione statale viene esclusa: tutti gli atti del potere legislativo, esecutivo e giudiziario sono indicati come potenzialmente significativi; anzi, esplicitamente si negava che a rilevare sia soltanto la prassi di organi rappresentanti lo Stato sul piano internazionale, così come si rigettava l'idea che gli enti locali non debbano essere considerati poichè privi di soggettività internazionale[1483].

Anche il progetto di articoli su accordi e prassi successiva è privo di riferimenti al Progetto del 2001, ma manteneva espressamente il termine 'attribuzione', e faceva un generico richiamo ai criteri 'del diritto internazionale'[1484]. Sia la prassi successiva ex articolo 31.3.b) che 32 sarebbero quindi tali se 'attribuibili' allo Stato, chiaramente, ma senza precisamente indicare a quali organi tale prassi dovrebbe riferirsi, in particolare senza indicare che dovrebbe trattarsi soltanto degli organi che implementano il trattato: necessario e sufficiente sarebbe soltanto che la prassi sia, in sè, in applicazione del trattato[1485]. Tale 'requisito relazionale' rappresenta pertanto, in ipotesi, la principale scriminante tra la prassi successiva nell'interpretazione di un trattato e la prassi come elemento materiale di una consuetudine, da un punto di vista 'soggettivo'[1486].

[1481] Nel secondo rapporto di Wood il riferimento espresso è agli organi dello Stato, anche 'de facto', indicati dall'articolo 4 del Progetto del 2001: 'Conduct of organs of a State - 1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State. 2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.'

[1482] Tipico esempio sarebbe la condotta di individui privati, capace di determinare la responsabilità dello Stato quando riconducibile ai canoni di cui all'articolo 8 del Progetto del 2001 (riprodotto alla nota 1478); non è tuttavia escluso che una consuetudine nasca sulla scorta di un'attività privata, quando gli Stati la supportino o tollerino: vedi Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 58 (l'esempio è quello dell'attività di pesca in riferimento al diritto del mare); Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 271.

[1483] Vedi sopra al punto I.2.1.

[1484] La formulazione definitiva della Conclusione 5 a partire dal lavoro di Nolte recita: '*Attribution* of subsequent practice - 1. Subsequent practice under articles 31 and 32 may consist of any conduct in the application of a treaty which is attributable to a party to the treaty under international law. 2. [...].' (A/CN.4/L.874, p. 2, corsivo aggiunto).

[1485] Vedi la Conclusione 4: 'Definition of subsequent agreement and subsequent practice – 1. [...] 2. A "subsequent practice" as an authentic means of interpretation under article 31, paragraph 3 (b) consists of conduct *in the application of a treaty*, after its conclusion, which establishes the agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty. 3. Other "subsequent practice" as a supplementary means of interpretation under article 32 consists of conduct by one or more parties *in the application of the treaty*, after its conclusion.' (A/CN.4/L.874, p. 2, corsivo aggiunto); vedi anche il Capitolo precedente, al punto II.1.

[1486] Specularmente al necessario accordo unanime delle parti, che nel Capitolo I (punto III.2.2) si è ipotizzato essere il principale elemento distintivo tra le due declinazioni di prassi da un punto di vista oggettivo.

Come evidenziato sopra[1487], la scelta di non utilizzare il termine 'attribuzione' nell'ambito dell'identificazione della consuetudine si deve invece all'assenza di una necessità di analizzare ciò che invece, nel quadro della prassi successiva, è un piano determinante, ossia, appunto il legame tra lo Stato e il soggetto agente. Se infatti per produrre un'interpretazione (potenzialmente autentica e per ciò vincolante) l'organo dovrebbe essere direttamente investito del potere di applicare (e quindi interpretare) il trattato, oppure, come si vedrà a breve, a ciò autorizzato da un organo di rango superiore, una simile accurata verifica non è necessaria per affermare che l'atto è, in generale, prassi dello Stato idonea a formare una consuetudine[1488].

Occorre ricordare anzi che la Commissione rigettava espressamente l'idea che la 'prassi' rilevante internazionalmente sia soltanto quella prodotta da organi abilitati ad agire sul piano internazionale: ciò avrebbe appunto richiesto la verifica di uno specifico nesso tra organo autore della prassi e Stato di appartenenza, riducendo l'ambito della prassi rilevante[1489]. Del resto, la flessibilità del processo consuetudinario, di cui Commissione si fa più volte garante, sarebbe stata lesa dall'indicazione di un simile requisito[1490]. Si ricorda infine, con riferimento alla prassi successiva, che la possibilità di utilizzare interpretativamente una prassi 'sociale', ossia una tendenza da parte di enti privati, è riconosciuta soltanto dalla Corte Europea dei Diritti Umani, la quale in ogni caso in ultima istanza richiede l'effettivo riflettersi di tale prassi nella condotta degli organi dello Stato, in particolare

[1487] Vedi lo Statement del Presidente del Drafting Committee, sopra al punto I.2.1 nel paragrafo dedicato alla riformulazione della Conclusione 5 [6].

[1488] A tal fine sarebbe in ogni caso necessaria una 'attribuzione' dell'atto allo Stato, ma i criteri sulla base dei quali tale attribuzione dovrebbe verificarsi sembrano non preoccupare la Commissione, che non approfondisce il tema, affermando la possibilità che tutti gli organi dello Stato vengano in rilievo. Tale soglia non è sufficiente perchè si possa parlare di prassi successiva (anche *ex* articolo 32 VCLT – vedi nota 1485), dovendosi, *in aggiunta*, verificare che l'atto sia in applicazione del trattato sottostante, dunque *intrapreso o accettato* da un organo a ciò competente. Anche la dottrina sembra adottare una prospettiva ampia circa la questione di quali organi dello Stato rilevino al per intraprendere una prassi successiva; vedi tuttavia Hafner ("Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 105, a p. 112), che afferma che il nesso andrebbe verificato alla luce della necessità per la prassi di essere 'common, concordant and consistent'; tale prospettiva rigida, basata su una decisione dell'Appellate Body del WTO, è tuttavia rigettata espressamente da Nolte (vedi il Capitolo I al punto II.4). Il medesimo autore, come anche Moloo ("When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation", Berkeley Journal of International Law, Vol.31 (2013), p. 39, a p. 69), sottolinea che la vera distinzione da fare riguarda gli accordi successivi: trattandosi di atti *formali* finalizzati all'interpretazione autentica, essi dovrebbero provenire dagli stessi organi competenti a *concludere* il trattato (o da essi autorizzati).

[1489] Sopra al punto I.2.1.

[1490] Nel senso che la Commissione non dovrebbe limitare la flessibilità del processo consuetudinario, vedi ad esempio la reazione degli Stati al primo rapporto di Wood (Unione Europea, Finlandia, Regno Unito rispettivamente in A/C.6/68/SR.23, par. 35, 39 e 86; Portogallo in A/C.6/68/SR.24, par. 39; Spagna, Malesia, Singapore rispettivamente in A/C.6/68/SR.25, par.4, 27 e 111), e la replica dello stesso relatore speciale ai commenti della Commissione al suo terzo rapporto (A/CN.4/SR.3254, p. 10: 'it must be borne in mind that the aim of the topic was not to explain the myriad influences and processes involved in the development of rules of customary international law, especially if such processes were to maintain their inherent flexibility.').

quelli legislativi: ancora una volta si tratterebbe pertanto di verificare uno specifico nesso tra il trattato e i soggetti che lo applicano[1491].

1.2. Il rilievo del rango dell'organo

Per quanto riguarda la prassi nella consuetudine, la Commissione riconosceva la possibilità che gli organi di uno Stato non 'parlino con la medesima voce', nel qual caso sarebbe (eventualmente) possibile ridurre il valore complessivo della prassi di quello Stato[1492]. Si esplicita tuttavia che, quando gli organi occupano ranghi diversi nella gerarchia statale, godrà di priorità la prassi dell'organo collocato più in alto all'interno di tale gerarchia. Del resto, negare che tra le forme di prassi esista una gerarchia predeterminata non significa negare che una gerarchia possa rinvenirsi nel caso concreto, come appunto nell'ipotesi di organi statali di differente rango[1493]. Per quanto riguarda la prassi successiva, invece, la Commissione affermava che anche quelli di più basso rango possono determinare una prassi successiva rientrante nell'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, ma soltanto se quelli di più alto rango (e responsabili per l'applicazione del trattato) sono a conoscenza di tale prassi e la accettano come forma (autentica) di interpretazione[1494]. Similmente, come appena ricordato, la prassi di enti privati (cosiddetta prassi 'sociale') verrebbe in rilievo soltanto quando confermata da atti dello Stato, come avviene nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani, confermando la necessità di una primazia degli organi statali competenti[1495].

A conferma della scarsa rilevanza del tema dell'attribuzione nell'indagine della prassi come elemento della consuetudine, è dunque limitata anche l'indagine che la Commissione dedicava alle

[1491] Di per sè non dissimile da quello previsto dall'articolo 11 del Progetto del 2001 sulla responsabilità degli Stati (riprodotto alla nota 1479), ossia 'appropriazione' successiva da parte dello Stato dell'attività di privati.
[1492] Vedi il Capitolo I, al punto I.3.9, e la Conclusione 7 [8] del lavoro sull'identificazione della consuetudine: 'Assessing a State's practice - 1. [...] 2. Where the practice of a particular State varies, the weight to be given to that practice *may* be reduced.' (A/CN.4/L.872, p. 2, corsivo aggiunto).
[1493] Vedi al Capitolo I, al punto I.3.8. La negazione di una gerarchia predeterminata è espressa dalla Conclusione 6 [7] ('Forms of practice') del lavoro sull'identificazione della consuetudine, al terzo paragrafo: 'There is no predetermined hierarchy among the various forms of practice.'
[1494] Vedi sopra al punto II.1. Tale requisito 'gerarchico' sembrerebbe essere il modo in cui Nolte tenta di riportare ordine nell'uso della prassi successiva tra articolo 31.3.b) e 32 VCLT, dal momento che buona parte della dottrina, come del resto le corti internazionali, tendono a considerare 'prassi successiva' anche quella proveniente da altri attori (al di fuori dello Stato) che interpretino un trattato: vedi ad esempio Crema, "Subsequent Agreements and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 13.
[1495] Il che, ricollegandosi anche alla nota precedente, costituisce un ulteriore limite alla possibilità di qualificare come 'prassi successiva' (*ex* articolo 31.3.b) o anche 32 VCLT) l'attività d'interpretazione di un trattato operata da altri soggetti. Come è stato rilevato, tuttavia, esiste la tendenza a considerare come mezzo interpretativo la 'prassi' proveniente da altri soggetti (vedi Boisson de Chazournes, "Subsequent Practice, Practices, and 'Family-Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 53), ma, appunto, non si potrebbe forzare tale ipotesi all'interno della lettera della Convenzione di Vienna (e a questo sembrerebbe essere rivolta l'operazione di chiarimento operata da Nolte per la Commissione).

relazioni gerarchiche tra organi dello Stato[1496]. Nel confronto con i precisi requisiti per cui organi di rango inferiore potrebbero produrre una prassi successiva[1497], emerge dunque la maggiore rigidità richiesta nel verificare che la prassi abbia valore di interpretazione autentica, contrapposta alla flessibilità di cui gode il processo di formazione e accertamento delle consuetudini[1498]. Si ricordi anche che nell'ipotesi di una prassi successiva non avente valore autentico, bensì rientrante nell'articolo 32 della Convenzione di Vienna, è in ogni caso necessario che l'atto sia in applicazione del trattato: dal punto di vista degli organi agenti all'interno dello Stato, si dovrebbe verificare il medesimo nesso gerarchico, se non altro al fine di soppesare il valore interpretativo di una simile prassi successiva 'sussidiaria'[1499].

2. Altri soggetti

Altri soggetti che operano nel contesto del diritto internazionale possono, con la loro attività, influire sulla formazione di consuetudini internazionali e accordi interpretativi taciti sull'interpretazione di trattati. Si tratta, come visto, di un'influenza indiretta, che si manifesta soprattutto sul il piano probatorio; al di là dell'accertamento, tuttavia, alcuni tra tali soggetti possano anche svolgere ulteriori funzioni. Le organizzazioni internazionali intergovernative, anzitutto, possono produrre atti imputabili agli Stati membri, dunque rilevanti anche sul piano sostanziale, come 'prassi' per la formazione di una consuetudine di diritto internazionale[1500]. Tra gli enti non intergovernativi, poi, ve ne sono di specificamente competenti ad esercitare un controllo sul trattato istitutivo, e quindi interpretarlo istituzionalmente: la prassi di tali soggetti potrebbe cioè

[1496] Salvo affermare che esse vengono certamente in rilievo in un caso di prassi divergente proveniente da un medesimo Stato, come poco sopra ricordato.
[1497] Ossia la conoscenza e l'accettazione della condotta e del suo rilievo interpretativo da parte di quelli superiori; vedi poco sopra.
[1498] Una rigidità che sembra nascere proprio in ragione della natura *autentica* dell'interpretazione. Anche Kelsen sottolineava la particolare efficacia di un'interpretazione autentica, che, rispetto ad una normale interpretazione, potrebbe *sostituirsi* alla lettera del trattato (producendo effetti sostanzialmente modificativi). Su Kelsen, vedi Hexner, "Teleological interpretation of basic instruments of public international organizations", in Law, State, and international legal order: essays in honor of Hans Kelsen, University of Tennessee Press, Knoxville, 1964, p. 119, a p. 124. Sulla possibilità che un'interpretazione autentica *modifichi*, per ciò stesso, il trattato, complicando ulteriormente la distinzione tra interpretazione e modificazione, vedi anche Feldman, "Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analysing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement", New York University Journal of International Law & Politics, Vol. 41 (2009), p. 655, a p. 666, e Villiger, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", in Enzo Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, a p. 111, oltre che il successivo Capitolo III al punto III.1.
[1499] Ossia non per escluderne il rilievo qualora non autorizzata o accettata da organi competenti di più alto rango, poichè il valore interpretativo sarebbe in ogni caso soltanto sussidiario (non un'interpretazione *autentica*). Quando manchi l'autorizzazione o accettazione della prassi implementativa da parte dell'organo di più alto rango, non si potrebbe in definitiva escludere che la prassi rilevi come mezzo sussidiario *ex* articolo 32, ma con un valore interpretativo ancor più ridotto.
[1500] Vedi sopra al punto I.2.5 e poco oltre al punto III.2.1.1.

avere un valore interpretativo autonomo[1501]. La giurisprudenza nazionale ha poi notoriamente un doppio valore, sia di 'prassi' sul piano sostanziale, sia altrimenti probatoria, a titolo 'sussidiario', del diritto (anche consuetudinario) esistente[1502]; quella internazionale, invece, svolge una funzione 'soltanto' probatoria, ma di rilievo assolutamente fondamentale per l'accertamento di consuetudini[1503]. Infine, anche la dottrina può svolgere di fatto una funzione determinante per il concreto contenuto della condotta statale, benchè le venga normalmente riconosciuta una funzione soltanto probatoria[1504].

Riguardo la prova, occorre per altro anticipare alcune distinzioni. Oltre alla difficoltà di distinguere tra la funzione costitutiva e quella probatoria dei diversi materiali che lo Stato produce ai fini della formazione e dell'accertamento della consuetudine[1505], la Commissione distingue talvolta, all'interno dei materiali probatori, anche tra quelli che provano 'soltanto' la prassi in sè, e quelli che invece proverebbero la consuetudine o l'accordo interpretativo. Si può ipotizzare che tale distinzione possa essere operata in ragione di due criteri. Ratione personae, bisognerebbe guardare alla provenienza di tali materiali, ossia in definitiva sulla possibilità o meno di attribuire l'atto allo Stato: in caso affermativo si potrebbe trattare di 'prova della consuetudine'[1506]; se l'atto non è di provenienza statale, invece, esso potrebbe eventualmente valere soltanto come 'prova della prassi'[1507]. Tale distinzione sembrerebbe essere coerente con gli elenchi non esaustivi che il Segretariato offre nel suo Memorandum del 2013 per le prove 'primarie' (della consuetudine) e 'secondarie' (della prassi), benchè un esame più approfondito riveli come tra le seconde siano stati collocati materiali che la Commissione ha poi riconosciuto come 'prassi verbale' (e quindi prassi in senso sostanziale, piuttosto che sua prova)[1508].

[1501] Benchè non rilevante in quanto prassi successiva *ex* 31.3.b); vedi sopra al punto II.4. Al punto I.2.4 è indicata la trattazione nel lavoro sull'identificazione della consuetudine. Il tema è trattato oltre al successivo punto III.2.1.2.

[1502] Vedi al punto I.2.7.1. Notoriamente è l'articolo 38.1.d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia a qualificare le decisioni giudiziali (senza specificare che siano solo quelle di corti internazionali) come 'subsidiary means for the determination of rules of law'. Vedi oltre al punto III.2.2.1.

[1503] Proprio in ragione del fatto che si tratta di un diritto non scritto, che quindi necessita di una espressione autoritativa; vedi oltre al punto III.2.2.2.

[1504] Nel senso che esponenti della dottrina sono anche chiamati a consigliare gli Stati circa la loro condotta, e sono indicati come giudici di corti internazionali; vedi oltre al punto III.2.3.

[1505] Su cui vedi il Capitolo precedente, in particolare al punto I.3.2.

[1506] Dal momento che si tratterebbe di prassi *degli* Stati, quindi in ipotesi sia elemento materiale della consuetudne, sia prova, appunto, della norma consuetudinaria; vedi *ibidem* circa la difficoltà di distinguere i due aspetti.

[1507] Ossia essere utile soltanto ad indicare quei materiali che, in quanto prodotti dallo Stato, possano andare a costituire l'elemento materiale di una consuetudine.

[1508] Il Segretariato indica infatti 'Government comments' ed 'executive branch publications' tra le prove della prassi (piuttosto che come prassi in sè, di tipo verbale). Gli altri materiali indicati sono in ogni caso compatibili con una distinzione basata sulla provenienza dell'atto: 'publications of international organizations and non-governmental organizations ... international judicial decisions and the writings of jurists' sono collocati tra le prove 'secondarie', mentre tra le prove 'primarie' figurano 'internal law, municipal court decisions, practice of the executive branch, diplomatic practice and treaty practice' (entrambi gli elenchi non esaustivi; A/CN.4/659, par. 23-24; vedi anche il primo Capitolo, punto I.2).

Del resto, non è escluso che l'attività di altri soggetti possa in concreto anche fornire prova direttamente della consuetudine o dell'interpretazione autentica, piuttosto che della prassi che ne sta alla base. Pertanto ci si potrebbe affidare ad un altro criterio, ratione temporis: se la consuetudine o l'accordo interpretativo sono già esistenti, l'attività di altri soggetti potrebbe costituirne prova, mentre se ci si colloca ancora nel momento formativo, tale attività potrebbe valere soltanto come 'catalizzatore' della prassi statale[1509]. Del resto la Commissione individua una funzione di 'impulso' iniziale che la condotta di altri soggetti avrebbe sulla prassi degli Stati (sia nella sua funzione normativa che in quella interpretativa), apparentemente distinguendola dalla funzione probatoria in senso 'proprio'[1510]. Una prospettiva di tipo temporale sembrerebbe essere anche quella assunta dal Segretariato nel Memorandum del 2016, in cui si distinguono le decisioni di corti nazionali come (prova di) prassi o *opinio juris*, ossia elementi costitutivi di una consuetudine in formazione, e come 'mezzi sussidiari' per l'accertamento del diritto, ossia già riconosciuto come esistente[1511].

In realtà simili questioni, per lo più di rilievo teorico, possono essere risolte soltanto guardando al singolo caso, verificando il valore del materiale disponibile in concreto[1512]. Come anticipato, nemmeno è possibile indicare in astratto come si distingua sul piano operativo la funzione probatoria svolta dall'attività di tali altri soggetti nell'ambito consuetudinario o in quello dell'interpretazione di trattati: non c'è ragione per escludere che una decisione giudiziale, un atto di un'organizzazione o un articolo accademico possano provare sia una prassi costitutiva di una consuetudine, sia una prassi interpretativa, allo stesso modo. Si ritiene invece più utile indagare entro quali limiti ciascuno di tali materiali possa venire in rilievo, nel provare la prassi in un senso o nell'altro, o altri aspetti rilevanti della fattispecie.

[1509] Benchè successivamente, quando la norma consuetudinaria si sia formata o l'accordo interpretativo perfezionato, non si potrebbe escludere che una corte possa fare riferimento a tali materiali per provare la prassi formativa.
[1510] Ossia quella di raccolta della prassi. Circa la funzione 'catalizzatrice' o di impulso dell'attività di altri enti non statali, vedi sopra ai punti I.2.4 e II.4.
[1511] Vedi il Memorandum 'The role of decisions of national courts in the *case law* of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determination of customary international law' (A/CN.4/691). La Commissione, che con Wood aveva richiesto il Memorandum al fine di redigere il quarto rapporto sull'identificazione della consuetudine, sembra farne concretamente uso.
[1512] Come già rilevato per la distinzione tra materiali che costituiscono elemento materiale della consuetudine o meramente su prova (sopra al punto I.3.2), simili qualificazioni potrebbero essere effettuate utilmente solo dall'inteprete (il giudice) nel caso concreto, in forza delle circostanze. Richiami al caso concreto si rinvengono del resto a più riprese nei lavori dei due relatori speciali.

2.1. Organizzazioni internazionali

2.1.1. Organizzazioni intergovernative

Il problema principale che si pone in rapporto alle organizzazioni internazionali riguarda la possibilità di attribuire direttamente agli Stati parte gli atti, e quindi la prassi[1513], dell'organizzazione medesima. Le organizzazioni internazionali, infatti, possono talvolta agire in maniera tale che la loro condotta risulta direttamente attribuibile agli Stati parte, anzi Wood proponeva nel suo terzo rapporto di specificare una presunzione in tal senso[1514]. Non è chiaro se tale presunzione riguarderebbe soltanto gli organi plenari o anche quelli che non lo sono; è forse preferibile pensare che uno Stato non parte dell'organo agente non si veda attribuito un atto di tale organo, e certamente bisognerebbe escludere gli organi composti da esperti, poichè per definizione i membri di questi non siedono in rappresentanza degli Stati[1515]. La presunzione faciliterebbe in ogni caso il lavoro di una corte che dovesse valutare la condotta di uno Stato parte la cui prassi fosse altrimenti ignota o dubbia, ma che, in quando parte di un'organizzazione, potrebbe vedersi imputata una certa condotta (o una certa *opinio juris*).

Per vincere la presunzione potrebbe essere sufficiente la prova che in realtà lo Stato votava contro l'adozione dell'atto o partecipava ad un *consensus* ma con riserva mentale: se il primo caso potrebbe essere più facile da dimostare[1516], nel secondo si ricade nel difficile accertamento

[1513] La distizione tra 'prassi dell'organizzazione' e 'risoluzioni' è, come visto, ripresa anche dalla Commissione nel suo lavoro sull'identificazione della consuetudine, e alcuni membri evidenziano come non sia altrimenti chiarita; vedi sopra al punto I.2.5. Molta dottrina, del resto, tende inevitabilmente a concentrarsi sul valore delle risoluzioni, al momento di analizzare la prassi dell'organizzazione in rapporto a fomazione e accertamento della consuetudine: vedi ad esempio Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 201; Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 267; J. Klabbers, "International Organizations in the Formation of Customary International Law", in E. Cannizzaro & P. Palchetti, Customary International Law on the Use of Force, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 179, a p. 182.

[1514] Vedi sopra al punto I.2.5.

[1515] In questo senso si esprime anche la Commissione, di conseguenza distinguendo tra attività interna ('tecnica') ed esterna dell'organizzazione (sopra al punto I.2.5). In dottrina, Yee ("Report on the ILC Project on 'Identification of Customary International Law"', Chinese Journal of International Law, Vol. 14 (2015), p. 375, a p. 384) sottolinea che è anche in tal senso che la Commissione dovrebbe spiegare l'espressione 'In certain cases' contenuta nella Conclusione 4 [5] (paragrafo 2: 'In certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.' - A/CN.4/L.872, p. 2).

[1516] Il voto negativo varrebbe cioè come protesta, e potrebbe essere facilmente provato ricorrendo alle dichiarazioni di voto (lo Stato potrebbe eventualmente, nel caso la consuetudine si affermi, invocare la propria obiezione persistente, al ricorrere delle condizioni viste sopra al punto I.2.9). La dottrina si è per altro concentrata sul valore del voto *favorevole*, negando che costituisca sempre espressione di *opinio juris*, dal momento che possono essere altre le ragioni che muovono lo Stato (anzitutto la consapevolezza che la risoluzione è priva di effetto vincolante): vedi ad esempio MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12, a p. 14; Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 36; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 366; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 83; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 118. Le

dell'elemento psicologico di uno Stato[1517]. Emerge in tal modo una certa relazione tra il piano dell'imputazione dell'elemento materiale della consuetudine da quello della prova dell'elemento psicologico: quand'anche l'atto fosse in sè presuntivamente imputato allo Stato, potrebbe non essere possibile dimostrare la necessaria accettazione come diritto della condotta intrapresa dall'organizzazione (o, detto altrimenti, lo Stato potrebbe provare la propria opinio non juris). Si tratta di un'ulteriore conferma dello stretto legame tra i due elementi della consuetudine[1518].

È tuttavia opportuno ricordare che non si tratta di stabilire la responsabilità internazionale degli Stati parte dell'organizzazione, bensì di riconoscere la prassi dell'organizzazione come di diretta provenienza statale per la formazione e identificazione di una consuetudine, per cui il margine di valutazione di una corte potrebbe essere più ampio, anzitutto potendo ricomprendere altre forme e prove di prassi a sostegno dell'esistenza della norma consuetudinaria[1519]. A ben vedere, la prova che l'atto dell'organizzazione non è direttamente imputabile agli Stati membri potrebbe non essere sufficiente ad escludere la consuetudine, e lo Stato potrebbe in ogni caso esimersi dall'applicazione della norma consuetudinaria soltanto attraverso l'invocazione dell'obiezione persistente.

In definitiva, in ogni caso, non esiste né per la Commissione[1520], né per la dottrina[1521], la possibilità di offrire regole certe per l'imputazione di un atto dell'organizzazione agli Stati membri, potendosi

---

stesse cautele dovrebbero tuttavia valere, *mutatis mutandis*, quando uno Stato voti contro una risoluzione palesemente dichiarativa di norme consuetudinarie.

[1517] L'adozione per *consenus* è del resto una pratica consolidatasi presso l'Assemblea Generale delle nazioni unite proprio al fine di evitare il palesarsi, attraverso la votazione, di proteste; nulla esclude che lo Stato, pur non potendo votare contro, non condivida totalmente la risoluzione, o comunque la sua conformità al diritto (dunque manchi la piena *opinio juris*). Sul *consensus* come 'invenzione' degli Stati membri delle Nazioni Unite al fine di produrre più velocemente atti collettivi ('normativi'), vedi Sohn, "Sources of International Law", Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 25 (1995-1996), p. 399, a p. 404.

[1518] Si tratterebbe cioè di un'attività attribuita allo Stato ma non intrapresa nella convinzione di adempiere al diritto, come del resto avviene, notoriamente, negli atti di cortesia internazionale (comity). Circa l'inestricabile relazione tra i due elementi della consuetudine, vedi anche Wood nel suo terzo rapporto (Capitolo I in particolare al punto I.4.3), oltre che in dottrina, ad esempio, Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161, a p. 165 (citando Haggenmacher).

[1519] La stessa Commissione si premura di specificare che, quand'anche una risoluzione possa essere intesa come prova di *opino juris* in ragione delle circostanze concrete della sua adozione, per l'identificazione della consuetudine sarebbe *necessario* ricorrere ad altri elementi (anzitutto la prassi; vedi sopra al punto I.2.8).

[1520] Il caso più rilevante sarebbe quello in cui l'atto dell'organizzazione riflette la prassi e l'*opinio juris* degli Stati parte, non sussistendo appunto divergenze tra quello che normalmente uno Stato fa e pensa tanto all'interno quanto all'esterno dell'organizzazione. Mancano tuttavia, appunto, indicazioni specifiche circa i criteri da adottarsi per operare tale attribuzione. Eccezionalmente, in ogni caso, sarebbe imprescindibile l'imputazione agli Stati membri di atti di un'organizzazione che svolgesse funzioni delegatele dai medesimi in via esclusiva, come già evidenziato e con specifico riferimento all'Unione Europea. Vedi sopra al punto I.2.5.

[1521] Vedi in particolare Klabbers, "International Organizations in the Formation of Customary International Law", in E. Cannizzaro & P. Palchetti, Customary International Law on the Use of Force, Martinus Nijhoff, 2005, p. 179 (che a p. 191 afferma 'the legal situation is less than fully clear'); Reisman, "The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application", in R. Wolfrum & V. Röben, Developments of International Law in Treaty Making, Springer, 2005, p. 15 (che a p. 35 parla di quello influenzato dalle organizzazioni come 'induced custom' o 'not natural, but cultured legal pearls'); Peters, "Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?", Göttingen Journal of International Law, Vol. 3/2 (2011),

soltanto dire che un'attenta valutazione delle circostanze del caso concreto è in sostanza determinante. Assunta, in ogni caso, la possibilità di imputare la prassi dell'organizzazione agli Stati parte, occorre tornare nell'ambito proprio della presente indagine, verificando in che modo sia possibile distinguere tra l'ambito consuetudinario e quello dell'interpretazione dei trattati. Quando l'atto è imputabile, si può parlare di una funzione 'sostanziale' della prassi dell'organizzazione internazionale; altrimenti è possibile che essa funga soltanto da prova di una consuetudine o di una intepretazione ('funzione probatoria').

A) Funzione sostanziale della prassi dell'organizzazione

i. Nella formazione di consuetudini generali e particolari

La prassi di organizzazioni internazionali è qualificata dalla Commissione come costitutiva di consuetudini internazionali soltanto in tre ipotesi: quella in cui si tratti di prassi interna all'organizzazione, quella in cui essa riguardi l'attività istituzionale della medesima, oppure quando lo Stato vi abbia delegato delle competenze[1522]. Nel primo caso, il riferimento è alla 'established practice of the organization', che costituisce, secondo l'articolo 2.1.j) della Convenzione di Vienna del 1986 e il Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali (DARIO), una 'regola' dell'organizzazione[1523]. Si tratterebbe dunque di una norma che è possibile qualificare come 'consuetudinaria' solo in senso lato, essendo di rilievo esclusivo per l'organizzazione e il suo funzionamento: più diritto 'amministrativo' dell'organizzazione che diritto internazionale propriamente inteso[1524]. In ogni caso, per quanto qui interessa, non si tratterebbe di consuetudini generali, pertanto non viene in rilievo un problema di attribuzione agli Stati[1525].

---

p. 617 (che a p. 632 parla di 'established practice of the organization' come 'quasi customary international law'); Mathias, "The Work of the International Law Commission on Identification of Customary International Law: A View from the Perspective of the Office of Legal Affairs", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 19 (che parla delle organizzazioni come possibili 'stage', 'actors' o 'spectators' nel processo consuetudinario).

[1522] Si tratta di una tripartizione che si usa in questa sede ricavandola dal lavoro di Wood, benchè il relatore speciale ne avesse proposta un'altra nel suo lavoro sull'identificazione della consuetudine, dedicata al *ruolo* della prassi delle organizzazioni in generale (ripresa sopra al punto I.2.5).

[1523] L'articolo 2.1.j.) VCLTIO recita: '"rules of the organization" means, in particular, the constituent instruments, decisions and resolutions adopted in accordance with them, and established practice of the organization.' Il Progetto di articoli, elaborato dalla Commissione nel 2011, riprende tale disposizione quasi verbatim, all'articolo 2.b): '"rules of the organization" means, in particular, the constituent instruments, decisions, resolutions and other acts of the international organization adopted in accordance with those instruments, and established practice of the organization'.

[1524] In dottrina il punto si ritrova in Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9 (che a p. 30 parla di 'organizational custom'); Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993 (a p. 80 parla di 'international law of the organization'); Klabbers, "International Organizations in the Formation of Customary International Law", in E. Cannizzaro & P. Palchetti, Customary International Law on the Use of Force, Martinus Nijhoff, 2005, p. 179, a p. 181; Peters, "Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?", Göttingen Journal of International Law, Vol. 3 (2011), p. 617 (che a p. 631 parla di 'quasi customary international law').

[1525] Dal momento che si tratterebbe in ogni caso di norme che disciplinano l'operare dell'organizzazione, non imponendo propriamente vincoli agli Stati.

La seconda ipotesi è invece quella dell'attività operativa dell'organizzazione, finalizzata cioè al raggiungimento del suo oggetto e scopo: tale prassi, che scaturisce dall'attività esterna dell'organizzazione, è l'unica cui la Commissione attribuisce rilievo diretto per la formazione di consuetudini generali[1526]. Si tratterebbe cioè esattamente di quegli atti per cui gli Stati istituiscono l'organizzazione, dal momento che singolarmente essi non potrebbero raggiungere l'obiettivo che questa dovrebbe raggiungere. Né, si può pensare, essi potrebbero intraprendere direttamente tale condotta[1527]: tale considerazione, nondimeno, non toglie che si debba risolvere un problema di 'attribuzione' della medesima agli Stati parte, poichè la norma consuetudinaria richiede 'primariamente' una condotta degli Stati[1528]. In alternativa, si dovrebbe pensare che la consuetudine si perfezioni in forza dell'attività dell'organizzazione (elemento materiale) e la sua accettazione da parte degli Stati (elemento psicologico)[1529].

A ben vedere l'*opinio juris* dovrebbe essere accertata in capo agli Stati in ogni caso[1530], e ciò richiede l'esame altrettanto delicato dell'intenzione degli Stati parte dell'organo deliberante. A tal fine potrebbero venire in soccorso i criteri indicati dalla Commissione nell'esame delle risoluzioni di organizzazioni internazionali (o conferenze), la cui trattazione è separata da quella dedicata all'esame delle organizzazioni internazionali. La Commissione, infatti, sembra concentrarsi sulle risoluzioni come elemento di prova (o momento iniziale\impulso) di una consuetudine, potendosi riconoscere tale funzione in ragione della motivazione degli Stati al momento di votare per la risoluzione, del linguaggio della risoluzione e di ogni altra circostanza dell'adozione[1531]. Ancora

[1526] La maggioranza della Commissione sostiene in questo senso la posizione espressa da Wood nel suo terzo rapporto, citando ad esempio le misure esecutive del Consiglio di Sicurezza. Si ricordi che le altre ipotesi riguardano la prassi dell'organizzazione che è in realtà attribuibile agli Stati (e quindi rileva in quanto prassi statale o prova di *opinio juris*), e quella per cui l'attività dell'organizzazione 'catalizza' prassi e *opinio juris* statali (dunque influisce solo indirettamente sulla formazione della consuetudine); vedi sopra al punto I.2.5.

[1527] L'esempio classico è quello dell'uso della forza, vietato agli Stati salvo legittima difesa, ma possibile all'Organizzazione delle Nazioni Unite.

[1528] Questa la posizione espressa dalla Commissione nella Conclusione 4 [5]: 'The requirement, as a constituent element of customary international law, of a general practice means that it is *primarily the practice of States* that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law.' (A/CN.4/L.872, p. 2, corsivo aggiunto).

[1529] La Commissione sembra non escludere tale ipotesi, quando ricorda che 'in ogni caso' l'*opinio juris* deve provenire dagli Stati (vedi sopra al punto I.2.5). Anche alcuni autori (soprattutto quelli più vicini ad una definizione consensualista del diritto consuetudinario) evidenziano che ciò che conta è in realtà l'accettazione della prassi da parte degli Stati, magari provata dalla risoluzione medesima: vedi ad esempio Green, "The Raw Materials of International Law'", International & Comparative Law Quarterly, Vol. 29 (1980), p. 187, a p. 204; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 81; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 384 (affermando che ciò che conta è il consenso dello Stato a vincolarsi); Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 267; Arangio-Ruiz, "Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom", in N. Angelet, Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant, 2007, p. 93, a p. 102.

[1530] Si preferisce non usare il termine 'attribuita' agli Stati, per evitare confusione con l'elemento materiale. La Commissione riconosce che l'elemento psicologico, quand'anche la prassi provenga dall'organizzazione

[1531] Vedi sopra al punto I.2.8. La maggioranza della dottrina, del resto, è concorde nel sottolineare la necessità di una verifica casistica delle risoluzioni: vedi ad esempio Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 83; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272

una volta un esame casistico, quindi, e il relatore speciale non mancava di ricordare che, in ogni caso, la consuetudine dev'essere sostenuta da un'adeguata prassi[1532]. Si rinvia del resto al paragrafo successivo per un esame della prassi dell'organizzazione utilizzata unicamente a fini probatori, ipotesi nella quale non dovrebbe essere necessario operare nessuna attribuzione della condotta agli Stati per utilizzarla come prova della consuetudine, o della prassi[1533].

La terza ipotesi è quella dell'Unione Europea, e più in generale di organizzazioni cui gli Stati membri abbiano attribuito competenze esclusive: sussisterebbe qui un obbligo di tenere conto della prassi dell'organizzazione, essendo altrimenti privati gli Stati della possibilità di intervenire nel processo consuetudinario[1534]. L'atteggiamento cauto con cui Wood imposta il problema della prassi delle organizzazioni sembra in parte abbandonato in questa ipotesi, e il resto della Commissione e degli Stati sembra non avere dubbi nel riconoscere tale eventualità; faceva eccezione la Gran Bretagna, che sottolineava come in ogni caso l'esercizio delle competenze esclusive dell'Unione Europea è comunque soggetto a determinati vincoli[1535].

Quest'ultimo è forse il caso in cui viene maggiormente in evidenza la possibilità che la prassi dell'organizzazione informi una consuetudine particolare, piuttosto che (o, almeno, prima di) una generale. È ragionevole ritenere che la possibilità che la prassi si realizzi anzitutto attraverso l'attività dell'organizzazione potrebbe considerarsi un fattore di accelerazione nell'accumulo di una sufficiente condotta a livello locale, ma non sarebbe certo facilitata la prova dell'elemento psicologico (per quanto nelle consuetudini particolari, secondo una tesi, più assimilabile ad un 'consenso' di fatto[1536]). Nonostante infatti l'attività dell'organizzazione si presti ad essere analizzata più agevolmente[1537], il problema rimarrebbe quello di verificare che il gruppo di Stati sia arrivato ad assumere quella condotta non per obbligo convenzionale, ma appunto riconoscendo l'esistenza di

(1998), p. 155, a p. 384; Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 304.

[1532] In particolare facendo riferimento alla prassi *degli Stati*, dunque ribadendone la primazia rispetto a quella delle organizzazioni; vedi sopra al punto I.2.8.

[1533] Punto III.2.1.1.B).

[1534] Nei limiti, chiaramente, delle prerogative che gli Stati abbiano rinunciato ad esercitare; Wood aveva anticipato la questione anche nel suo secondo rapporto: vedi sopra ai punti I.2.3 e I.2.5.

[1535] Vedi gli interventi degli Stati in commento alla Conclusione 4 [5] del lavoro sull'identificazione delle consuetudini, sopra al punto I.2.5.

[1536] Sulle consuetudini particolari vedi il Capitolo I al punto I.3.14; la loro possibile natura consensuale è discussa anche nel successivo Capitolo III, al punto III.1.2.2.

[1537] Dal momento che gli atti delle organizzazioni sono deliberati e (normalmente) pubblicamente accessibili, così come anche i voti e le dichiarazioni di voto degli Stati, talvolta qualificati da certa dottrina come 'prassi verbale': vedi in tal senso MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12, a p. 20, e Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 279; vedi anche il London Statement ILA ('Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law') a p. 19.

una norma consuetudinaria speciale. Si tratterebbe di un 'paradosso di Baxter' che non potrebbe essere risolto sulla scorta della considerazione della prassi di Stati 'terzi'[1538].

Un altro problema da risolvere per riconoscere alla prassi dell'organizzazione intergovernativa la funzione di elemento materiale nella consuetudine investe poi i necessari caratteri della prassi. La Commissione affermava che i connotati della prassi, quali definiti in rapporto agli Stati, dovrebbero ricorrere anche nella prassi dell'organizzazione[1539]. Anche questo aspetto, tuttavia, è scarsamente approfondito: in che senso una prassi dell'organizzazione dovrebbe essere diffusa, rappresentativa e sufficientemente uniforme? Il parametro da considerare è dato semplicemente dal complesso degli atti intrapresi dell'organizzazione, oppure la 'generalità' della prassi dovrebbe misurarsi rispetto alla condotta della comunità internazionale nella sua interezza?[1540] Potrebbe venire in soccorso affermare che il valore della prassi dell'organizzazione sarebbe tanto maggiore quanto più numerosi fossero gli Stati parte (o maggiore supporto tale prassi abbia ottenuto presso gli Stati in generale), nel senso di affermare che la prassi di organizzazioni più grandi, al limite universali, gode certamente di maggior peso[1541].

Si può anche ritenere che la 'prassi verbale' delle organizzazioni sia rappresentata dalle risoluzioni[1542], e quindi fare di nuovo riferimento ai requisiti che dovrebbero essere presi in considerazione per determinarne il rilievo probatorio; si è già sottolineato quanto l'esame della 'prassi dell'organizzazione' si risolva spesso in quello delle risoluzioni[1543], e come la valutazione andrebbe fatta nel caso concreto, sulla base di elementi che sembrano riguardare più l'elemento psicologico che quello materiale, conformemente all'idea per cui la risoluzione, più che 'prassi', è prova di *opinio juris*[1544]. A seconda del valore probatorio riconosciutole, poi, rimarrebbe più o meno spazio alla necessità di ricorrere ad altro materiale per accertare la consuetudine[1545].

[1538] Data appunto la natura particolare della consuetudine, e quindi almeno fino a quando non si ponga il problema di dimostrare che quella consuetudine, come pure è possibile, sia divenuta generale. Sul paradosso di Baxter e in generale il valore della prassi degli Stati parte di un trattato al fine della formazione di una consuetudine, vedi il Capitolo III, ai punti III.1.2.2 e III.2.

[1539] Vedi sopra al punto I.2.5.

[1540] È chiaro che occorrerebbe anzitutto distinguere tra una consuetudine di rango generale o particolare, per stabilire quali dimensioni debba soddisfare il requisito di 'generalità'.

[1541] Affermazione contenuta anche nel terzo rapporto del relatore speciale, e che si basa nuovamente sull'assunzione per cui quella da accertare è una consuetudine *generale*; vedi al punto I.2.5.

[1542] Nel senso che le risoluzioni costituirebbero 'prassi verbale' *degli Stati* direttamente, vedi invece la dottrina riportata alla nota 1537.

[1543] Il relatore speciale Wood non a caso dedica ampio spazio alle risoluzioni nel suo lavoro sull'identificazione della consuetudine, in particolare a quelle di un organo universale come l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite; vedi sopra al punto 192I.2.8.

[1544] Confermando la difficoltà di separare i due elementi; vedi sopra al punto I.2.8.

[1545] Una *necessità*, per l'appunto, non potendo la risoluzione, quand'anche ripetuta, costituire la prova definitiva dell'esistenza di una consuetudine; vedi sopra al punto I.2.8. Parte della dottrina esclude infatti che risoluzioni ripetute (così come disposizioni identiche all'interno di più trattati) costituiscano una prova sufficiente della consuetudine: vedi ad esempio MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom,

ii. Nell'interpretazione del trattato costitutivo

Nemmeno nel lavoro sulla prassi successiva la Commissione si concentrava particolarmente sui criteri di attribuzione della prassi successiva dell'organizzazione agli Stati parte, sembrando anzi operare una classificazione basata sull'assunto che a rilevare prioritariamente dovrebbe essere in ogni caso l'accordo tra gli Stati membri[1546]. Come visto, tale accordo potrebbe evidenziarsi quando, di per sè, la prassi organizzativa è in realtà prassi degli Stati parte (ma senza appunto spiegare in generale quando ciò avvenga) e quando la prassi dell'organizzazione è accettata dagli Stati parte (pur non essendo loro direttamente attribuibile)[1547]. Riemerge anche qui il dualismo tra imputazione dell'atto e accettazione del medesimo, stavolta con espressa menzione dell'importanza del consenso degli Stati, diversamente che nel lavoro sull'identificazione della consuetudine (dove il rischio è quello di riesumare il volontarismo nella teoria delle fonti[1548]). L'ipotesi intermedia, infine, è quella in cui la prassi degli organi godrebbe di rilievo interpretativo autonomo, pur in assenza di accordo tra le parti: in tal caso, si deve suppore, si prescinde dal problema dell'attribuzione agli Stati[1549].

Prima di esaminare più a fondo le tre ipotesi, occorre ricordare che il criterio interpretativo della prassi successiva è certamente applicabile anche ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, in virtù dell'articolo 5 della Convenzione di Vienna[1550]. Il problema da risolvere riguarda anzitutto la definizione di tale prassi, se essa sia cioè soltanto quella degli Stati come richiesto dall'articolo 31.3.b) della Convenzione medesima, o anche quella dell'organizzazione in sè, anche alla luce del fatto che il suddetto articolo 5 fa salve 'regole speciali' dell'organizzazione[1551]. Queste ultime

---

Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12, a p. 15; Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413, a p. 417; ILA 'Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law', a p. 59.

[1546] Quale elemento fondamentale della prassi successiva al fine di costituire mezzo autentico d'intepretazione; vedi anche il Capitolo I, al punto III.2.2, dove si ipotizza che si tratti dell'elemento distintivo più cospicuo dal punto di vista dei caratteri della prassi.

[1547] Vedi sopra al punto II.3.3.

[1548] Vedi tuttavia la parte finale del terzo Capitolo (sezione III, in particolare al punto III.1.2.2), in cui si cerca di verificare quale possa essere il ruolo del consenso nella formazione della consuetudine, anche in rapporto all'*opinio juris*.

[1549] Dunque, come ipotizzato poco oltre, tale prassi dell'organizzazione svolgerebbe una funzione probatoria e non 'sostanziale', parallelamente a quanto rilevato nel precedente paragrafo in rapporto alla prassi dell'organizzazione che non possa essere attribuita agli (o sia accettata dagli) Stati membri.

[1550] Vedi sopra al punto II.3.1, dove si precisa che l'articolo 5 determina l'applicabilità della Convenzione di Vienna anche ai trattati *conclusi* dall'organizzazione, benchè essi siano, almeno per il momento, esclusi dall'indagine.

[1551] Articolo 5 VCLT: 'Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization - The present Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization *without prejudice to any relevant rules of the organization*.' (corsivo aggiunto).

potrebbero certamente essere anche regole d'interpretazione, ponendosi a quel punto l'ulteriore problema di collocarle all'interno del quadro della Convenzione medesima[1552].

Delle tre ipotesi proposte, la prima indicava la prassi dell'organizzazione come attribuibile direttamente agli Stati, dunque in grado di svolgere la propria funzione in base al dettato dell'articolo 31.3.b) (ossia in forza dell'accordo delle parti). Anche qui la Commissione evidenzia il problema dell'attribuzione, ma non lo risolve, richiamandosi alle circostanze concrete della condotta dell'organizzazione e non fornendo dei criteri validi in via generale (motivo per cui molti membri della Commissione sollecitavano un approfondimento)[1553]. Come si indicherà nel prossimo paragrafo, tuttavia, quand'anche non fosse possibile nel caso concreto operare tale attribuzione, nulla vieta che la prassi dell'organizzazione possa costituire (soltanto) prova di una prassi successiva degli Stati[1554].

La seconda ipotesi era quella del rilievo autonomo della prassi dell'organizzazione come strumento interpretativo, concentrando cioè l'analisi sulla possibilità che tale prassi contribuisca direttamente all'interpretazione[1555]. Non trattandosi quindi di una 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, si palesa il problema di collocarla altrove entro la Convenzione medesima, e la Commisione propone di collocarla genericamente entro l'articolo 31.1 o 32[1556]. Si tratta di una soluzione poco chiara, che oltretutto non spiega in che modo una prassi successiva degli Stati ex articolo 31.3.b) e una prassi successiva dell'organizzazione, se entrambi presenti, interagiscano all'interno del processo interpretativo in generale[1557]. Si può rilevare, tuttavia, che la Commissione

[1552] Il problema è cioè quello di riconoscere nella prassi dell'organizzazione un mezzo interpretativo reso utilizzabile dalle regole dell'organizzazione, di cui, come noto, fa parte anche la 'established practice' dell'organizzazione medesima, secondo il dettato dell'articolo 2.i.j) VCLTIO: '"rules of the organization" means, in particular, the constituent instruments, decisions and resolutions adopted in accordance with them, and established practice of the organization.' Si può dunque pensare che la prassi quando sia 'established' sia una regola applicabile alle parti e quindi rilevante interpretativamente *ex* 31.3.c) VCLT (vedi la proposta di Forteau presso la Commissione, sopra al punto II.3.8); quando la prassi *non* è 'established' bisognerebbe qualificarne il valore interpretativo (in sè riconosciuto) alla luce delle regole della Convenzione di Vienna del 1969.

[1553] Vedi sopra al punto II.3.8, dove si ricorda anche che Nolte aveva proposto di indicare una presunzione *iuris tantum* di attribuzione della prassi agli Stati *in quanto membri* dell'organizzazione (non in quanto tali), contrariamente alla presunzione indicata nel progetto sull'identificazione della consuetudine (vedi poco sopra nel testo).

[1554] Nel senso che la prassi dell'organizzazione potrebbe provare l'accordo delle parti, ma, in sè, esso si collocherebbe in una prassi esterna degli Stati, in quanto tali.

[1555] Piuttosto che meramente rappresentare prova di una prassi successiva degli Stati, quest'ultima costituendo il mezzo interpretativo

[1556] Vedi sopra al punto II.3.5 e, per la discussione presso la Commissione, II.3.8.

[1557] Salvo chiaramente la relazione gerarchica che intercorrerebbe tra la prassi dell'organizzazione *ex* 32 VCLT e la prassi successiva degli Stati *ex* 31.3.b), per quanto molti autori sottolineino (almeno con riferimento ai lavori preparatori) che non c'è una vera *subordinazione* dei mezzi di cui all'articolo 32, che vengono bensì utilizzati come parte di un processo omogeneo (vedi in questo senso il Capitolo I, alla nota 906, dove è anche elencata la dottrina rilevante). La Commissione, in ogni caso, ritiene possibile che la prassi dell'organizzazione valga *ex* articolo 31.1 VCLT, non indagando, appunto, il rapporto di tale prassi con quella degli Stati membri *ex* 31.3.b) (salvo ricordare che nel commento alla Convenzione di Vienna si negava una gerarchia tra i mezzi interpretativi parte della regola generale, ma si riconosceva l'ordine logico dei paragrafi, a partire dal significato ordinario; vedi anche il quinto paragrafo della Conclusione 2 [1] del lavoro su accordi e prassi successiva: 'The interpretation of a treaty consists of a single combined

richiede che, per valere autonomamente, la prassi dell'organizzazione sia 'established', ossia valga, come visto[1558], come 'regola' dell'organizzazione: in tal senso, si potrebbe fare riferimento alla natura di lex specialis di tale prassi al fine di utilizzarla nel processo interpretativo, eventualmente collocandola entro l'articolo 31.3.c) della Convenzione[1559]. In alternativa, potrebbe venire in soccorso l'articolo 31.4, per cui si tratterebbe di un significato speciale che le parti, attraverso la prassi dell'organizzazione, intendono attribuire al trattato[1560].

Si sottolinea per altro come Nolte, nel commentare il terzo rapporto di Wood sull'identificazione della consuetudine in qualità di membro della Commissione, contestasse la qualificazione che in esso si rinveniva, come poco sopra ricordato, per cui la 'established practice' sarebbe soltanto quella 'interna' all'organizzazione; del resto, l'intera disamina operata da Nolte sottende un'interpretazione più ampia di tale espressione[1561]. Inoltre, essa veniva preferita all'espressione 'generally accepted practice', poichè normalmente utilizzata nello studio della consuetudine e basata non sull'unanimità, bensì, appunto, sulla generalità della prassi[1562].

L'ultima ipotesi è quella della prassi dell'organizzazione accettata dagli Stati, altrimenti descritta come 'mix' tra prassi organizzativa e statale; non si tratterebbe per altro di una categoria 'distinta' delle altre due forme di prassi, bensì di un modo di risolvere l'indagine che parte dalla prassi dell'organizzazione e da quella degli Stati, tra loro distinte, al fine di giustificare il valore interpretativo del prodotto risultante[1563]. Di nuovo, non è chiaro in che modo questo mezzo interpretativo possa poi essere collocato nel quadro della Convenzione di Vienna: è qui possibile ipotizzare che l'accettazione degli Stati determini la presenza di un accordo interpretativo, ma non si potrebbe dire che la prassi dell'organizzazione sia per ciò soltanto attribuita agli Stati, ricadendo altrimenti nell'articolo 31.3.b)[1564]. Pertanto, come indicato poco oltre, è forse questa l'ipotesi in cui

---

operation, which places appropriate emphasis on the various means of interpretation indicated, respectively, in articles 31 and 32' - A/CN.4/L.874, p. 2).

[1558] Vedi l'articolo 2.i.j) della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali, riprodotto alla nota 1552, e ripreso *verbatim* dall'articolo 2.b) del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, pubblicato dalla Commissione nel 2011.

[1559] Come suggerito da Forteau, senza incontrare tuttavia il favore di nessun membro della Commissione, e anzi l'opposizione del relatore speciale, secondo cui l'articolo 31.3.c) potrebbe riferirsi soltanto a regole *esterne* all'organizzazione (vedi sopra al punto II.3.8).

[1560] Dal momento che una prassi 'established' sottenderebbe in ogni caso l'accettezione unanime da parte degli Stati membri, ma non sarebbe altrimenti possibile attribuirla direttamente a questi (altrimenti si ricadrebbe in una 'prassi successiva' vera e propria *ex* 31.3.b) VCLT). Ancora una volta, di fatto, si tratta della soluzione pragmatica che si fonda sulla scriminante dell'intenzione degli Stati (ossia la loro accettazione o meno della prassi dell'organizzazione).

[1561] Vedi sopra al punto I.2.5.

[1562] Sopra al punto II.3.8.

[1563] Vedi sopra al punto II.3.3.

[1564] Anche qui occorre segnalare che l'*accettazione* della prassi dell'organizzazione da parte degli Stati in qualche modo 'risolverebbbe' la questione dell'attribuzione di tale prassi agli Stati, assicurandole un valore interpretativo più elevato di quello che essa avrebbe altrimenti (anche se, appunto, non è chiaro in che modo si possa inquadrare tale ipotesi entro le regole di Vienna).

più facilmente, in sede giudiziale, la prassi dell'organizzazione potrebbe essere utilizzata per provare l'accordo degli Stati sul piano interpretativo (benchè, almeno inizialmente, la prassi possa non essere sostenuta da tale accordo).

B) Funzione probatoria della prassi dell'organizzazione

i. Come prova di consuetudini o dei suoi elementi costitutivi

Oltre ai casi indicati poco sopra per cui la prassi dell'organizzazione potrebbe contribuire alla formazione di consuetudini, in tutti gli altri[1565] la prassi dell'organizzazione potrebbe avere soltanto rilievo probatorio: potrebbe cioè accertare la prassi e l'*opinio juris* degli Stati, oppure dare impulso ad una successiva prassi statale sostenuta dall'*opinio juris* degli Stati (da accertarsi separatamente). In entrambi i casi, il procedimento formativo della consuetudine non subirebbe alterazioni, dovendo ricorrere in ogni caso i due elementi di provenienza statale; soltanto si aggiungerebbero atti provenienti da un'organizzazione internazionale, cui sarebbe possibile riferirsi per provare tali elementi. Anche in questo senso va letta la scelta della Commissione di mantenere la formulazione inizialmente proposta dal relatore speciale, per cui è la prassi degli stati che 'primariamente' rileva per la formazione di una consuetudine[1566].

Come visto, tuttavia, i dubbi rimangono, dal momento che non sono indicati specifici criteri secondo cui operare le classificazioni proposte, in particolare i criteri per cui la condotta di un organo potrebbe essere attribuita agli Stati in esso rappresentati. Qualsiasi valutazione dovrebbe avvenire con cautela, e concentrarsi sul caso specifico, considerando molteplici fattori, anzitutto la diversità delle organizzazioni tra loro. Anche gli atti dell'organizzazione sono di diversa natura, e tra questi le risoluzioni godono di particolare interesse: esse sono qualificate espressamente come possibile elemento di prova (di *opinio juris* in particolare), ancora una volta sulla scorta di una verifica delle concrete circostanze del caso[1567]. La Commissione e buona parte della dottrina riconoscono del resto alle risoluzioni gli stessi effetti dei trattati in quanto strumenti di codificazione[1568]: benchè si tratti di testi non vincolanti, esse potrebbero dichiarare, cristallizzare o

[1565] Purché si tratti di attività esterna, dal momento che quella interna non avrebbe rilievo per il diritto internazionale consuetudinario, ma soltanto per le 'consuetudini dell'organizzazione'; vedi anche sopra al punto III.2.1.1.A)i.

[1566] Che tuttavia può leggersi anche nel modo sopra indicato, per cui una consuetudine potrebbe fondarsi su una prassi *dell'organizzazione*, se accompagnata all'accettazione come diritto da parte degli Stati in sè. Vedi *ibidem*.

[1567] Vedi sopra al punto I.2.8.

[1568] Per la posizione della Commissione vedi *ibidem*; tra gli studiosi vedi ad esempio Czaplinski, "Sources of International Law in the Nicaragua Case", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 1 (1989), p. 151, a p. 161; Kohen, "La pratique et la théorie des sources du droit international", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Parigi, 2004, p. 81, a p. 105 (citando De Arechaga); Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 139; Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27, a p. 30.

generare una consuetudine[1569]. Senza contare che talvolta l'organizzazione può produrre anche atti vincolanti[1570].

Concentrandosi qui sul piano probatorio, emergono dunque due possibilità, per una prassi dell'organizzazione che non possa essere attribuita agli Stati membri. Il primo, normalmente riconosciuto dalla dottrina con particolare riferimento alle risoluzioni, è che la prassi veicoli in ogni caso l'*opinio juris* di tali Stati, costituendo quindi prova dell'elemento psicologico[1571]. La difficoltà è quella usuale, rappresentata della ricerca dell'elemento psicologico di uno Stato all'interno di una dichiarazione, che qui assume la forma di un atto collettivo[1572]. La seconda ipotesi è che la prassi

[1569] Se nelle prime due ipotesi la risoluzione assume più chiaramente la funzione probatoria, in quella della generazione si tratterebbe più che altro di un impulso alla reazione degli Stati; il che non toglie che una volta che tale reazione abbia determinato, *di per sè*, la formazione della consuetudine, la risoluzione originaria abbia comunque un peso nell'accertamento, se non altro come potendo venire citata almeno come formulazione della norma.

[1570] Ciò che conta per il vincolo sembrerebbe essere in definitiva l'accettazione di questo da parte degli Stati, o *ex ante*, attraverso l'adesione all'organizzazione (e quindi l'accettazione di una competenza ad emanare atti vincolanti), o *ex post*, accettando l'atto non vincolante come norma di diritto consuetudinario. Wolfke (Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 109) sostiene che solo agli atti vincolanti si possa riconoscere la volontà dello Stato di vincolarsi *direttamente*, mentre quelli non vincolanti potrebbero diventarlo solo attraverso la loro attuazione nella prassi e l'effettiva *opinio juris*, provata con altri mezzi. In questo senso anche Mendelson ("The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 384), individuando nel consenso a vincolarsi il requisito fondamentale. Cassese (International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 185) sembra indicare che lo Stato, accettando la competenza dell'organizzazione ad emanare atti vincolanti, di fatto acconsente ad una forma più rapida di normazione internazionale. Tomka ("Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27, a p. 30) sottolinea che se l'atto è vincolante esso potrebbe valere come *prassi* (purchè effettivamente implementato), laddove una risoluzione non vincolante rileverebbe soltanto come prova di *opinio juris*.

[1571] Ipotesi notoriamente riconosciuta dalla CIG nel caso Nicaragua c. Stati Uniti, con riferimeno in particolare alla Dichiarazione sulle relazioni amichevoli del 1970. La decisione è tuttavia oggetto di critiche perchè, nonostante il richiamo alla necessità della prassi, la Corte si concentrava appunto sull'elemento psicologico per affermare le consuetudini sul divieto dell'uso della forza e sul non intervento (per altro affermando che la prassi non dovrebbe essere in 'rigourous conformity' con la regola, e che quella contraria rafforza la norma se qualificata come eccezione o altrimenti giustificata – vedi il Capitolo I al punto I.3.9): vedi ad esempio D'Amato, "Trashing Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 101, a p. 102; Kirgis, "Custom on a Sliding Scale", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 146, a p. 147; Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 16 (1996), p. 85, a p. 98; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, p. 86; Weisburd, "The International Court of Justice and the Concept of State Practice", The University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31 (2009), p. 295, a p. 336. Come rileva Klabbers ("International Organizations in the Formation of Customary International Law", in E. Cannizzaro & P. Palchetti, Customary International Law on the Use of Force, Martinus Nijhoff, 2005, p. 179, a p. 1888), in ogni caso la Corte avrebbe rilevato l'*opinio juris* nell'*attitudine* degli Stati Uniti rispetto alla risoluzione, piuttosto che nella risoluzione in sè. Della stessa opinione anche Tomka ("Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27, a p. 43), che evidenzia tuttavia come piuttosto nel parere sulle Armi nucleari la Corte abbia riconosciuto il 'valore normativo' delle risoluzioni. Infine, Czaplinski ("Sources of International Law in the Nicaragua Case", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 1 (1989), p. 151, a p. 159) sottolinea come la risoluzione in parola dovesse considerarsi piuttosto una forma di interpretazione (autentica) della Carta di San Francisco, piuttosto che una espressione di principi validi in generale.

[1572] Possono essere molte, infatti, le ragioni che inducono uno Stato a votare favorevolmente ad una risoluzione, non ultima la consapevolezza di non esservi vincolato. Vedi in questo senso MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12, a p. 14; Danilenko, "The Theory of International Customary Law",

dell'organizzazione possa svolgere la medesima funzione probatoria riconosciuta dalla Commissione agli 'altri enti non statali': tale prassi, come visto, potrebbe infatti essere un elemento di prova 'secondario', ossia contribuire ad accertare la prassi degli Stati[1573].

ii. Come prova di una prassi successiva, o di una certa interpretazione del trattato

La prassi dell'organizzazione potrebbe poi provare una prassi successiva, ma anche, in senso lato, una certa interpretazione del trattato[1574]. Si tenta qui di ricondurre alle ipotesi proposte dalla Commissione il possibile riconoscimento di una funzione di accertamento svolta dalla prassi delle organizzazioni[1575]. La prima ipotesi era quella di una prassi dell'organizzazione direttamente attribuibile agli Stati, con il corollario della difficoltà nell'operare tale attribuzione[1576]. Una simile prassi sarebbe pertanto non solo costitutiva dell'accordo intepretativo ex 31.3.b) della Convenzione di Vienna, ma anche, in base a quanto ricordato, 'prova' del medesimo[1577]. È anche pensabile che una prassi dell'organizzazione non vada a costituire un'interpretazione autentica, ma soltanto la provi, quando tale prassi vada ad implementare un accordo successivo ex articolo 31.3.a) della Convenzione di Vienna. Tale accordo potrebbe anche essere 'esterno' al quadro istituzionale dell'organizzazione, in quanto gli Stati rimangono 'padroni' del trattato che tale quadro realizza; la prassi dell'organizzazione, che implementa tale atto, costituirebbe quindi prova di un accordo formale per l'interpretazione autentica del trattato. Non è per questo escluso che l'atto che formalizza l'accordo sia emanato da un organo (plenario) dell'organizzazione medesima, purchè tale atto sia attribuibile direttamente agli Stati, in quanto tali e non in quanto membri dell'organizzazione[1578].

German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 36; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 118.

[1573] Ossia non costituire prova della consuetudine direttamente: si pensi ad una serie di dichiarazioni dell'Assemblea Generale che constatino la diffusione di una certa condotta. Come chiarito rispetto all'attività di altri enti non statali, ci si riferisce in sostanza al reperimento e alla raccolta della prassi statale; vedi sopra al punto I.2.5.

[1574] Distinguendo cioè la possibilità di usare la prassi dell'organizzazione per provare, da un lato, una prassi successiva degli Stati (o l'accordo ad essa sottostante), oppure, dall'altra, per 'provare un'intepretazione', ossia sostenere un'interpretazione del trattato (riconoscendosi nella prassi dell'organizzazione un mezzo interpretativo autonomo).

[1575] Benchè il lavoro su accordi e prassi successiva non sia redatto sulla base di una prospettiva probatoria, fatta eccezione, come si vedrà, nel caso degli enti non statali.

[1576] Vedi poco sopra al punto III.2.1.1.A).

[1577] In ragione della difficoltà di stabilire un confine tra ciò che è 'sostanziale' e ciò che è 'probatorio', quando il *fatto* assuma una valenza anche *costitutiva* della norma; vedi il Capitolo I, al punto I.3.2.

[1578] L'esempio, indicato anche da Nolte nel suo terzo rapporto (sopra al punto II.3.4), è quello della decisione di modificare il nome della moneta unica europea: si tratta di una decisione qualificata come 'interpretativa' dagli Stati membri del Consiglio Europeo e, appunto, presa in qualità di Stati sovrani. Si tratterebbe appunto di un'interpretazione autentica, ma non riconducible all'articolo 31.3.b) in quanto si tratta di un singolo atto, non di una prassi; la prassi dell'organizzazione. Quesione diversa riguarda la possibilità di riconoscere in tale caso un accordo *modificativo*, di fatto, dei trattati comunitari, ma la CGUE ha riconosciuto come determinante la suddetta intenzione interpretativa.

La seconda ipotesi era invece quella per cui la prassi dell'organizzazione godrebbe di rilievo interpretativo autonomo, dunque non tanto prova di un'interpretazione autentica ad opera degli Stati, quanto portatrice di un'interpretazione diretta e autonoma, da ricondursi agli articoli 31.1 e 32 della Convenzione di Vienna[1579]. Si potrebbe tuttavia adottare una prospettiva probatoria, dicendo che, quando dotata di rilievo interpretativo autonomo e sussidiario (ex articolo 32), la condotta dell'organizzazione è certamente 'prova', in senso lato, di una certa interpretazione[1580]: del resto, i 'mezzi sussidiari' nell'(accertamento di una) interpretazione svolgono la stessa funzione dei 'mezzi sussidiari' nell'accertamento del diritto, come rilevato dallo stesso relatore speciale[1581].

Più difficile è parlare di una 'funzione probatoria' della prassi dell'organizzazione riconducendola al primo paragrafo dell'articolo 31[1582]. Si potrebbe tuttavia dire che tale prassi prova non tanto una certa interpretazione, quanto la volontà delle parti di consentire che il trattato venga interpretato in maniera evolutiva[1583]. È del resto in questo modo che la Commissione descrive l'operatività della prassi successiva degli Stati in rapporto all'interpretazione evolutiva: oltre a costituire un mezzo interpretativo autonomo, essa potrebbe cioè provare l'intenzione delle parti di consentire al trattato di evolvere interpretativamente[1584]. Sarebbero per altro i trattati istituitivi di organizzazioni

[1579] Vedi sopra al punto II.3.9 circa la scelta di riferirsi espressamente a tali due ipotesi, nel paragrafo 3 della Conclusione 12 [11] del lavoro su accordi e prassi successiva: 'Practice of an international organization in the application of its constituent instrument may contribute to the interpretation of that instrument when applying articles 31, paragraph 1, and 32.' (A/CN.4/L.874, p. 4).

[1580] Nel senso che, come indicato dall'articolo 32 VCLT, la prassi dell'organizzazione potrebbe rilevare per *confermare* un'interpretazione raggiunta con altri mezzi, ma anche andare a sostegno di una tra le interpretazioni rese possibili dalla regola generale *ex* 31 VCLT (ossia risolvere gli *hard cases* del 'significato ambiguo od oscuro', o del 'risultato manifestamente irragionevole').

[1581] In relazione all'attività di enti di controllo sui trattati, come visto al punto II.4.

[1582] Salvo genericamente affermare, come pure è possibile, che la prassi dell'organizzazione 'prova' il significato ordinario del trattato istitutivo, il suo contesto o il suo oggetto e scopo; viene da pensare, tuttavia, che in tal caso la prassi dell'organizzazione svolga in realtà la medesima funzione 'sussidiaria' appena descritta, dunque rilevante *ex* articolo 32 VCLT.

[1583] La prassi dell'organizzazione costituirebbe cioè prova di una *volontà* degli Stati parte, esattamente come normalmente si riconosce che una risoluzione possa provare l'*opinio juris* degli Stati membri dell'organo o conferenza (vedi la nota 1571). Nel Capitolo III, punto III.1.1, si approfondisce il ruolo della prassi successiva in rapporto all'interpretazione evolutiva; basti anticipare che l'intenzione *originaria* delle parti è necessaria affinchè un trattato possa essere interpretato evolutivamente, e la prassi successiva *ex* 31.3.b) VCLT potrebbe appunto fornire indicazioni in tal senso, pur veicolando la volontà *successiva* delle parti.

[1584] Oltre a dire che un'interpretazione basata *soltanto* sulla prassi successiva potrebbe portare allo stesso risultato di un'interpretazione evolutiva; vedi in particolare il caso Costa Rica c. Nicaragua, risolto dalla CIG secondo un'interpretazione evolutiva, e, con lo stesso risultato, dal giudice Skotnikov (Capitolo III, punto II.3). Buona parte della dottrina tende del resto a distinguere nettamente i due tipi di interpretazione: vedi Arato, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 9 (2010), p. 443, e Moloo, "When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation", Berkeley Journal of International Law, Vol.31 (2013), p. 39 (precisando che la prassi successiva può in effetti sia chiarire le intenzioni delle parti, sia veicolare il *contenuto* di un'interpretazione evolutiva).

internazionali quelli che maggiormente necessitano di adattarsi alle mutate circostanze del diritto internazionale[1585].

Infine, può leggersi da un punto di vista probatorio la terza ipotesi indicata dalla Commissione, quella cioè di un 'mix' tra prassi dell'organizzazione e prassi statale: è forse qui più evidente la possibilità di ritenere che la prassi dell'organizzazione rappresenti un mezzo di prova, in particolare della prassi successiva degli Stati. Inoltre, oltre a precisare che si tratterebbe soltanto un modo particolare di rapportarsi le due prassi, tra loro distinte[1586], la Commissione si concentrava in particolare sulla possibilità che il legame sia dato dall'accettazione da parte degli Stati della prassi dell'organizzazione[1587]. Occorre dunque evidenziare come, una volta riconosciuta l'esistenza delle due prassi, quella dell'organizzazione possa anche assumere una funzione di prova dell'accordo interpretativo sotteso alla prassi statale[1588].

A conferma della possibilità per una prassi di altri enti di provare una prassi successiva degli Stati, ci si può riferire alla trattazione degli enti di monitoraggio del trattato (ossia bensì enti di esperti). Si tratta in buona sostanza di quelli che nel progetto sull'identificazione della consuetudine rietrerebbero nella categoria degli 'altri enti non statali', alla cui prassi è riconosciuta, per l'appunto, una funzione esclusivamente probatoria *della prassi* degli Stati[1589]. Non c'è ragione di escludere che la medesima funzione probatoria della prassi successiva in sè (piuttosto che dell'accordo alla base dell'interpretazione autentica) possa essere svolta anche dalla prassi delle organizzazioni internazionali[1590].

Si potrebbe infine tracciare una parallelo tra le gli organi assembleari di organizzazioni internazionali e COPs. La Commissione sembra precisare dei limiti più rigidi circa la possibilità degli atti di una COP di costituire una prassi successiva ex articolo 31.3.b): dal momento che le COPs producono singoli atti, persino nel caso in cui soltanto alcune parti siano favorevoli ad una determinata risoluzione e le altre accettino per acquiescenza soltanto successivamente, il risultato

[1585] Nel senso che l'interpretazione evolutiva è uno strumento di adattamento delle organizzazioni internazionali vedi ad esempio Herdegen, "Interpretation in International Law", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com.
[1586] Nel senso che questa terza ipotesi 'mix' non dovrebbe considerarsi come alternativa netta alle altre due; vedi sopra al punto II.3.3.
[1587] Si tratta evidentemente di un'ipotesi molto simile a quella per cui una consuetudine potrebbe formarsi sulla base della prassi *dell'organizzazione* ma sostenuta dall'*opinio juris degli Stati* (vedi sopra).
[1588] Ma ci si troverebbe in un caso differente da quello per cui la prassi dell'organizzazione è *anche* attribuibile agli Stati parte, ipotesi in cui si è ipotizzato, parimenti, che tale prassi proverebbe l'accordo interpretativo.
[1589] Vedi sopra al punto I.2.4 e I.2.5.
[1590] Immaginando cioè che gli atti di un'organizzazione raccolgano elementi di prassi da cui dedurre un'interpretazione autentica.

sarebbe comunque un 'accordo interpretativo' ex articolo 31.3.a) della Convenzione di Vienna[1591]. Tuttavia, alla luce delle considerazioni appena fatte in rapporto alla prassi delle organizzazioni, e alla similitudine tra COP e organi assembleari, non si potrebbe escludere che l'attività delle COP, come quella delle organizzazioni, possa svolgere una funzione probatoria[1592]. Si ricordi del resto che la Commissione, nel suo lavoro sull'identificazione della consuetudine, riconosceva la portata probatoria delle risoluzioni in generale, provenienti sia da conferenze, appunto, che da organizzazioni internazionali[1593].

2.1.2. Organizzazioni non governative

A) Attività rilevante per il diritto consuetudinario

Gli enti di rilievo internazionale composti da esperti, individui cioè non rappresentanti degli Stati di provenienza, non sono riconosciuti come potenziali autori di una prassi che possa direttamente formare norme consuetudinarie[1594]. Tuttavia, il lavoro di raccolta della prassi Statali che tali enti realizzano è certamente rilevante dal punto di vista probatorio come prova 'secondaria' della prassi degli Stati (ossia quale mezzo sussidiario per accertare una consuetudine senza dover direttamente rinvenire la prassi degli Stati)[1595]. È anche ammessa la possibilità che gli atti di un simile ente, soprattutto quando non si limiti alla raccolta della prassi esistente, possa servire da impulso alla prassi degli Stati, che a quel punto, se sostenuta dall'elemento psicologico e di per sè sufficiente a soddisfare i criteri oggettivi che si sono individuati, potrebbe determinare la formazione di una nuova consuetudine.

È appena il caso di sottolineare che, anche in ragione del loro valore non vincolante, tali atti non determinano per gli Stati nemmeno un obbligo (ne una necessità) di reazione, non potendosi pertanto ritenere che dall'inazione degli Stati possa discendere la formazione di una norma

[1591] Non, appunto, una prassi successiva; vedi sopra al punto II.2.4. La stessa rigidità non si evince dalla trattazione della prassi delle organizzazioni nell'interpretazione del trattato istitutivo, benchè, come ricordato, per poterne parlare come 'prassi successiva' *ex* articolo 31.3.b) sia necessario superare l'ostacolo rappresentato dal dover attribuire agli Stati tale prassi.

[1592] Nei medesimi modi, cioè, in cui si è ipotizzato possa essere svolta dalla prassi dell'organizzazione internazionale: provando una prassi degli Stati, o l'accordo successivo (o l'intenzione evolutiva), o, in senso lato, provando una certa interpretazione (valore sussidiario *ex* 32 VCLT). Si può anzi pensare che la COP produca atti rilevanti anche per l'interpretazione di più trattati, sulla quale sia competente, o magari collegati per tema, chiarendo ad esempio un termine ad essi comune.

[1593] Sempre sulla scorta di una valutazione attenta delle circostanze del caso concreto; vedi sopra al punto I.2.8.

[1594] La Commissione esprime tale circostanza nella Conclusione 4 [5], paragrafo 3 del lavoro sull'identificazione della consuetudine: 'Conduct of other actors is not practice that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law, but may be relevant when assessing the practice referred to in paragraphs 1 and 2.' (A/CN.4/L.872, p. 2).

[1595] Ossia una prova 'secondaria', secondo la terminologia adottata dal Memorandum del Segretariato del 2013 (vedi il Capitolo I al punto I.2). Si ricorda anche che Wood si era dimostrato più cauto nel riconoscere anche tale funzione probatoria, mentre la Commissione aveva riconosciuto tale possibilità nel riformulare la Conclusione 4 [5].3, riferendosi alla prassi di enti come l'ICRC (vedi la nota precedente e sopra al punto I.2.5).

consuetudinaria conforme a quanto accertato dagli enti[1596]. Diversa è l'ipotesi in cui una maggioranza di Stati effettivamente reagisca all'attività dell'ente con una prassi generale e uniforme di cui riconosca la giuridicità: in questo caso si potrebbe riconoscere la formazione di una norma consuetudinaria in ragione dell'acquiescenza degli altri Stati[1597]. Anche nell'ipotesi appena descritta, del resto, si tratta di un'incidenza soltanto indiretta sulla formazione di una consuetudine. Sarebbe dunque preferibile evitare l'uso del termine 'prassi' per indicare la condotta di tali enti, al fine di evitare confusioni terminologiche con l'unica prassi rilevante, ossia quella statale (o, limitatamente, delle organizzazioni).

B) Attività rilevante per l'interpretazione di trattati

La 'prassi' di enti non statali veniva indicata anche nel lavoro su accordi e prassi successiva come elemento di esclusivo rilievo secondario, anzi nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio si trattava dell'unico argomento affrontato in una prospettiva di 'accertamento' della prassi successiva degli Stati[1598]. Anche qui si negava per altro che possa utilizzarsi il termine 'prassi' (successiva) per identificare la condotta di tali enti, che pure potrebbe costituire ausilio nella determinazione o impulso nella formazione di un accordo interpretativo tra gli Stati parte[1599]. Si tratta insomma delle due medesime possibilità rinvenute dalla Commissione nel lavoro sull'identificazione delle consuetudini[1600], benchè sia possibile individuare alcune particolarità, con specifico riferimento alla prassi successiva o all'interpretazione del trattato in generale.

Anzitutto si rileva che la funzione propriamente probatoria, ossia la raccolta della prassi statale, potrebbe essere incompleta o deliberatamente parziale, svolgendo normalmente l'ente indagini limitate ad alcuni ambiti o casi particolari, e potendo anzi essere investito anche di una funzione di sviluppo del regime descritto dal trattato. In questo senso, la prassi degli Stati raccolta potrebbe anche influire sull'esito dell'attività dell'ente, ossia sull'interpretazione che questo produce[1601]. Si può anzi ipotizzare che la prassi di alcuni Stati parte, raccolta dall'ente di controllo, potrebbe estendersi con la pubblicazione dell'atto anche alle altre parti, divenendo solo a quel punto (ossia

[1596] Conformemente a quanto richiesto dalla Conclusione 11[10].3 del lavoro sulla consuetudine e 9 del lavoro sulla prassi successiva; vedi il capitolo precedente ai punti I.3.6 e II.5.1 rispettivamente.
[1597] Di nuovo al ricorrere delle condizioni richiamate anche alla nota precedente. Si tratterebbe di riconoscere nell'attività dell'ente la fonte 'materiale' della norma consuetudinaria, che per sorgere richiede in ogni caso l'implementazione da parte di almeno alcuni Stati e l'accettazione di tutti gli Stati.
[1598] Vedi il punto II.4.
[1599] *Ibidem*.
[1600] Vedi il paragrafo precedente e, più in generale sulla funzione degli altri enti non statali come analizzata dalla commissione, il punto I.2.5.
[1601] Tali questioni venivano sottolineate più che altro nel terzo rapporto di Nolte per il Gruppo di Studio, piuttosto che nella trattazione contenuta nel quarto rapporto per la Commissione; vedi sopra al punto II.4.

con l'accordo di tutti gli Stati) una 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna[1602].

Dall'altra parte, un atto dell'ente potrebbe anche fungere da impulso, determinando la reazione degli Stati parte nel senso di portare alla formazione di un accordo interpretativo tacito[1603]. Anche qui, tuttavia, non sussiste un obbligo di reazione in capo agli Stati a fronte dell'attività dell'ente, quindi occorre tendenzialmente escludere che l'inerzia possa far insorgere un'interpretazione autentica vincolante, così come si è parimenti escluso che essa determini la formazione di una consuetudine per acquiescenza[1604]. Una necessità di reagire sarebbe infatti ipotizzabile solo per lo Stato o il gruppo di Stati cui l'atto è normalmente rivolto, mentre non la si dovrebbe generalmente affermare nemmeno qualora alcuni Stati effettivamente rispondano alla pronuncia dell'ente[1605]. Ma occorre anche sottolineare che gli Stati rimangono padroni del trattato, potendosi anche 'sottrarre' all'interpretazione determinata dall'ente, 'reagendo' all'attività dell'ente accordandosi per un'interpretazione diversa: tale interpretazione potrebbe dunque autonomamente rilevare quale accordo o prassi successiva. Tuttavia, occorre precisare che, qualora si tratti di trattati a difesa di diritti umani, il nucleo di significato non dovrebbe essere soggetto alla sola interpretazione fornita dalle parti[1606].

Esiste infine la la possibilità di riconoscere alla prassi di simili enti un valore interpretativo autonomo, in base all'articolo 32 della Convenzione di Vienna, in forza delle circostanze del caso concreto, in particolare attribuendo particolare rilievo, più che al singolo atto, alla 'giurisprudenza' eventualmente prodotta dall'ente[1607]. A titolo conclusivo, in ogni caso, La Commissione ribadiva che tali enti non svolgono una funzione primariamente interpretativa, quanto piuttosto di facilitazione dell'accordo tra gli Stati[1608]. Si lascia intendere pertanto che la misura in cui questo accordo possa poi essere rilevante a fini interpretativi per l'articolo 31.3 della Convenzione di

[1602] Immaginandosi cioè che una prassi successiva nell'applicazione del trattato tra alcuni Stati parte, inizialmente perciò rilevante soltanto *ex* 32 VCLT, si diffonda presso i rimanenti Stati parte del trattato, divenendo appunto, al ricorrere del requisito dell'accordo unanime, una prassi successiva *ex* 31.3.b) VCLT.
[1603] Ossia sotteso a quella prassi che gli Stati realizzino in seguito all'emanazione dell'atto medesimo.
[1604] Vedi al paragrafo precedente.
[1605] Ossia le circostanze non richiederebbero una reazione da parte degli altri Stati nemmeno quando alcuni abbiano di fatto agito; vedi sopra al punto II.4.
[1606] In questo senso si era espresso anche Nolte nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio; vedi sopra al punto II.4. L'oggetto e scopo di un trattato sui diritti umani dovrebbe anche far ritenere che la soglia per una modifica informale del trattato si collochi più in alto del normale, compatibilmente con l'idea per cui il limite tra interpretazione e modificazione dipende dalla portata dell'interpretazione possibile (compreso quindi un oggetto e scopo di particolare valore): vedi oltre al capitolo
[1607] Benchè il riferimento ad un valore 'aggiunto' dato dall'accumulazione di più atti da parte dell'ente venga indicato dal relatore speciale Nolte come elemento di cui tener conto *in generale* (non soltanto nei limiti di un'interpretazione *ex* 32 VCLT), assieme ai caratteri del singolo atto (ragionamento giuridico, composizione dell'ente, procedura seguita, ecc.); vedi al punto II.4.
[1608] *Ibidem*.

Vienna è questione che non riguarda in maniera diretta l'operato di tali enti, i quali, appunto, svolgono soltanto una funzione sussidiaria. È interessante in tal senso il collegamento instaurato tra simili 'mezzi sussidiari' nell'interpretazione e i 'mezzi sussidiari' di cui all'articolo 38.1.d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, in ragione dei vari elementi di contatto tra tali atti, da una parte, e le decisioni giudiziali e la dottrina, dall'altra[1609]. Ciò conferma per altro il parallelo con la funzione svolta dagli atti di enti non statali nel processo consuetudinario, sostanzialmente probatoria[1610].

2.2. Giurisprudenza

Le corti giudiziali giocano certamente un ruolo di primo piano all'interno del processo di accertamento delle norme consuetudinarie e convenzionali. Le corti nazionali producono del resto anche 'prassi' statale, in senso sostanziale, con particolare riferimento a consuetudini internazionali il cui contenuto presuppone l'attività di organi giudiziali interni[1611], ma anche in rapporto ad una possibile interpretazione autentica di un trattato, nei limiti che si indicheranno[1612]. Questo dualismo è riconosciuto in entrambi i lavori della Commissione, sottolineandosi tuttavia la cautela con cui dovrebbero valutarsi le decisioni di vari Stati, nel loro insieme, come prassi internazionale in grado di soddisfare i requisiti richiesti per la formazione di una consuetudine o un'interpretazione autentica[1613]. La decisione di una corte nazionale può anche costituire prova di una prassi statale, sia nell'accertamento di una consuetudine o di un accordo successivo per l'interpretazione di un trattato[1614], svolgendo quindi una funzione 'secondaria' o 'sussidiaria'[1615]. Si tratterebbe pertanto di

[1609] *Ibidem*; Nolte ricordava anche che l'articolo 38 dello Statuto della CIG è stato inizialmente redatto negli anni 20 del secolo scorso per lo Statuto della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, con ciò spiegandosi l'assenza di un riferimento ad atti prodotti da enti che ancora non esistevano. Anche parte della dottrina sostiene che l'elenco di fonti (formali e materiali) al paragrafo 1 non sia esaustivo e debba essere adeguato al mondo attuale: vedi ad esempio Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 5 (sostenendo la necessità di *interpretare*, si potrebbe dire 'evolutivamente', l'articolo scritto negli anni '20); Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 118; Kammerhofer, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, Vol. 15 (2004), p. 523, a p. 541; Reisman, "The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application", in R. Wolfrum & V. Röben, Developments of International Law in Treaty Making, Springer, 2005, p. 15, a p. 36 (parlando di 'non dit' nell'articolo 38, con particolare riferimento al valore delle risoluzioni).

[1610] E conferma anche la possibilità di intendere tale funzione 'sussidiaria' nel senso di 'probatoria', come del resto già visto nell'analisi del valore della prassi delle organizzazioni internazionali rispetto all'interpretazione (sopra al punto III.2.1.1.B)ii).

[1611] Come tipicamente quelle che riguardano priviliegi e immunità, come sottolineato dalla CIG ad esempio nel caso Germania c. Italia (riguardo l'immunità giurispdizionale dello Stato straniero) e quello sul Mandato d'arresto (Congo c. Belgio, riguardo l'immunità di un ministro degli esteri in carica).

[1612] Si potrebbe ad esempio immaginare un trattato sui diritti umani interpretato identicamente dalle corti di tutti o quasi gli Stati parte, tale da rapresentare una 'prassi successiva' nella sua applicazione; vedi però oltre circa il problema di individuare in una simile prassi un 'accordo successivo', come richiesto dall'articolo 31.3.b) VCLT.

[1613] Vedi i punti I.2.7.1 e II.1.

[1614] Un accordo intepretativo realizzato cioè da altri organi dello Stato.

utilizzare una decisione giudiziale con priorità rispetto al ricorso alle prove primarie della prassi (ossia gli atti dello Stato in sè), dal momento che appunto la decisione afferma direttamente l'esistenza della consuetudine o dell'accordo successivo[1616].

Se nel suo quarto rapporto Nolte evidenziava la necessaria cautela che una corte dovrebbe osservare prima di affermare l'esistenza di una prassi successiva *ex* articolo 31.3.b)[1617], Wood non dirigeva uno specifico ammonimento ai giudici nazionali nel valutare l'esistenza di consuetudini. Del resto, oltre ad essere rare le ipotesi in cui una corte interna è chiamata ad applicare il diritto internazionale generale (e quindi a verificarne l'esistenza), lo scopo della guida pratica dovrebbe essere esattamente quello di chiarire ai giudici nazionali come procedere nell'accertamento di prassi e *opinio juris*, qualora necessario.

Dall'altro lato, le decisioni di corti internazionali non possono certo costituire 'prassi statale' tale da rappresentare l'elemento materiale di una consuetudine o di un'interpretazione autentica, tuttavia è innegabile che tali corti siano in concreto gli attori più frequentemente chiamati ad accertare il diritto internazionale consuetudinario e ad interpretare i trattati (tanto che, secondo alcuni, lo sviluppo del diritto internazionale sarebbe di fatto istituzionalmente dipendente dalla loro attività[1618]). Esse costituiscono del resto la base su cui la Commissione poggia primariamente la

---

[1615] Per utilizzare la terminologia adottata dal Segretariato delle Nazioni Unite nel Memorandum del 2013, in cui quella 'primaria ' è prova di consuetudini, mentre quella 'secondaria' è prova di prassi; vedi il Capitolo I, al punto I.2.

[1616] Questa incongruenza tra qualifica come 'mezzo sussidiario' per l'accertamento del diritto', *ex* articolo 38.1.d) dello Statuto della CIG (che appunto non distingue tra decisioni di corti internazionali e nazionali), e un uso concreto di fatto prioritario di tali decisioni, è sottolineata talvolta dalla dottrina: vedi ad esempio Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 21; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 146; Alvarez-Jimenez, "Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60 (2011), p. 681, a p. 682; Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 5.

[1617] A/CN.4/694, Sezione III, dedicata all'analisi di decisioni interne che abbiano dato rilievo alla condotta successiva delle parti nell'interpretazione di un trattato; la Conclusione che Nolte proponeva ribadisce la gran parte dei contenuti già espressi dalle precedenti, ed è forse per tale motivo che la Commissione ha preferito non riprenderla nel suo rapporto del 2016 (la Conclusione 13 affermava: 'Decisions of domestic courts - (1) Decisions of domestic courts in the application of a treaty may constitute relevant subsequent practice under articles 31 (3) (b) and 32 for the interpretation of the treaty. (2) Domestic courts, when applying a treaty, should (a) consider that subsequent agreements and subsequent practice under article 31 (3) (a) and (b) are not binding as such. (b) be aware that subsequent agreements and subsequent practice under article 31 (3) (a) and (b) and other subsequent practice under article 32 may support a narrow or a wide interpretation of the meaning of a term of a treaty, including one that is constant or is evolving over time. (c) distinguish between subsequent agreements and subsequent practice under article 31 (3) (a) and (b), which require the agreement of the parties, and other subsequent practice under article 32, which does not. (d) carefully identify whether a subsequent practice in the application of a treaty establishes agreement of the parties regarding an interpretation of the treaty, and in particular whether silence on the part of one or more parties actually constitutes their acceptance of the subsequent practice. (e) attempt to identify a broad and representative range of subsequent practice, including decisions of domestic courts, when considering subsequent practice as a means of interpreting a treaty.' – *ibidem*, p. 47-48).

[1618] Trattandosi di un diritto non scritto, il diritto internazionale consuetudinario necessita di essere 'accertato' (di fatto, portato alla luce) dall'attività di una corte nel caso concreto: vedi in particolare l'analisi di Kadens & Young ("How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885) sul diritto consuetudinario medievale. Come sottolinea Pellet ("Shaping the Future of International Law: The Role of the World

propria indagine, ed è chiaro che per verificare in che modo una consuetudine si formi, o una prassi influisca sull'interpretazione del trattato da cui emana, è necessario fare ricorso a quanto i giudici internazionali hanno ritenuto essere nei casi finora sottoposti alla loro attenzione. Emerge altresì l'assoluta priorità della Corte Internazionale di Giustizia in questa analisi, ma anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e gli organi decisori del WTO sono un punto di riferimento importante[1619].

2.2.1. Giurisprudenza nazionale

A) Rilievo come prassi o sua prova

La giurisprudenza nazionale può notoriamente svolgere una funzione duplice, ossia, da una parte, costituire l'elemento materiale (prassi) alla base di una consuetudine internazionale o di un accordo interpretativo tacito rispetto ad un trattato, e, dall'altra, costituire una prova dell'esistenza della consuetudine o accordo interpretativo medesimo, la cui esistenza sia sottoposta all'accertamento da parte dei giudici nazionali[1620]. Il primo caso è quello per cui ciò che i giudici fanno, ossia i diritti e gli obblighi che essi accertano, sul piano internazionale rappresenti il contenuto, o il fondamento, di una regola giuridica che riguardi il rapporto tra gli Stati (o altri soggetti del diritto internazionale)[1621].

Condizione perché ciò avvenga, si può ipotizzare, è che tale regola investa più da vicino gli organi giudiziali medesimi, nel senso che essi siano quelli cui è deputata l'applicazione della regola

---

Court in Law-Making", in M. H. Arsanjani, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065) l'attività 'creativa' di una corte (la CIG in particolare) sarebbe di fatto inevitabile proprio perchè esiste un *obbligo* decidere (evitando il *non* liquet) all'interno di un ordinamento cronicamente incerto. L'attività di una corte sarebbe poi prioritaria proprio per verificare il contenuto della metanorma che disciplina l'accertamento del diritto consuetudinario, come si deduce anche dal fatto che, tra i 'materiali rilevanti' indicati nel secondo rapporto di Wood sull'identificazione della consuetudine, si rinvengono anche le decisioni giudiziali (vedi A/CN.4/663, che nella Parte quarta, 'Range of materials to be consulted', include a p. 21 il 'Case law of the International Court of Justice' e a p. 27 il 'Case law of other courts and tribunals' – si noti che non si tratta ancora di tali materiali come 'prassi' o meno, bensì appunto di materiali da considerare per verificare come effettivamente l'interprete, in questo caso il giudice, ha accertato la consuetudine). In questo senso vedi anche Gradoni, "La Commissione di Diritto Internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine", Rivista di Diritto Internazionale, 2014, p. 667 (che a p. 683 evidenzia tuttavia come le indicazioni che si ricavano dalla giuriprudenza della CIG non costituiscono un modello chiarificatore).

[1619] Come rilevato nell'analisi di Nolte circa accordi e prassi successiva, sopra al punto II e anche nel Capitolo precedente ai punti II.1 e II.2.2.

[1620] La Commissione riconosce espressamente la doppia funzione della giurisprudenza nazionale nel lavoro sull'identificazione della consuetudine: vedi il Capitolo I, al punto I.3.2, circa la sua qualifica come 'forma di prassi' sopra, e sopra, al punto I.2.7.1, per la sua funzione 'sussidiaria'. La dottrina è per lo più concorde: vedi ad esempio Wood & Sender, "State Practice", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com; Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 112; ILA Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, a p. 18; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 111; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 74.

[1621] La Conclusione 6 [7], al paragrafo 2, individua le 'decisions of national courts' tra le forme di prassi; vedi il Capitolo precedente al punto I.3.2.

internazionale sul piano nazionale[1622]. Tuttavia, bisognerebbe usare cautela nel verificare che effettivamente la prassi soddisfi i criteri di cui s'è detto, in particolare dovendo essere uniforme presso vari sistemi giuridici[1623]. Ciò potrebbe non essere semplice, anche in considerazione delle profonde differenze tra questi, anzitutto quella tra paesi di *common law* e *civil law*[1624]. Occorrerebbe inoltre fare attenzione al rango delle corti nazionali decidenti[1625], e in definitiva all'importanza della norma, che potrebbe non essere tale da consentire l'accumularsi di case law sufficientemente 'generale' e 'ripetuto'[1626].

Altrimenti, la decisione nazionale potrebbe valere soltanto come prova della consuetudine (o della prassi di altri organi)[1627] o dell'*opinio juris* dello Stato[1628]. In questo caso occorre sottolineare che spesso le corti nazionali non hanno grande esperienza in diritto internazionale, per cui sarebbe opportuno verificare, prima di utilizzare la decisione di una corte nazionale come elemento di prova, che essa rispetti i requisiti, individuati dal diritto internazionale, per la formazione di una consuetudine[1629]. Occorre cioè analizzare il contenuto della sentenza per verificare che

[1622] L'esempio che anche la Commissione richiama è quello della consuetudine circa l'immunità giurisdizionale dello Stato straniero, per l'accertamento della quale sarebbe prioritario guardare (anche) alla giurisprudenza nazionale, come rilevato dalla CIG nel caso Germania c. Italia, par. 55: 'In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune [...]'.

[1623] Ossia le corti di diversi Stati dovrebbero decidere uniformemente casi simili che abbiano un rilievo internazionale; sull'uniformità come connotato materiale della prassi vedi il Capitolo I, al punto I.3.9.

[1624] Si potrebbe anche pensare che, in ragione dell'obbligo del precedente, è più facile che una 'prassi' giudiziaria si instauri nei paesi di *common law* che in quelli di *civil law*. La dottrina evidenzia per altro che la natura dell'ordinamento internazionale, caratterizzata dall'assenza di un legislatore centrale, presenta maggiori affinità con i primi che con i secondi, vedi in questo senso Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 17 (pur riconoscendo che le corti internazionali si limitano agli argomenti presentati dalle parti, probabilmente in ragione del fatto che gli avvocati non sono liberi di argomentare oltre quanto concordato con lo Stato). Nel senso invece che quello internazionale non è un ordinamento con base giudiziale vedi tuttavia McGinnis, "The Comparative Disadvantage of Customary International Law", Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 30 (2006), p. 7, a p. 12. Sul ruolo prioritario delle corti *internazionali* vedi oltre, e già alla nota 1618.

[1625] Dando priorità a quanto stabilito in decisioni inappellabili, in forza della gerarchia interna agli organi del singolo Stato; si ricordi che la Commissione riconosce che, pur non sussistendo una gerarchia predeterminata, il rango dell'organo viene in rilievo nel valutare il peso della prassi: sul punto vedi sopra al punto III.1.2 e anche il Capitolo precedente al punto I.3.9.

[1626] Pur potendosi riconoscere che la consuetudine può formarsi anche a prescindere da una lunga durata e da una omogenea diffusione *della prassi* in sè: come riconosciuto dalla Commissione, la consuetudine sorge anche sulla base di una diffusa inerzia che tuttavia testimoni l'accettazione come diritto; vedi il Capitolo precedente, al punto I.3.6, che chiarisce le condizioni in cui ciò potrebbe avvenire.

[1627] La Conclusione 13 [14] del progetto sull'identificazione della consuetudine afferma al paragrafo 2, riprendendo la formulazione dell'articolo 38.1.d) dello Statuto della CIG: 'Regard may be had, as appropriate, to decisions of national courts concerning the existence and content of rules of customary international law, as a subsidiary means for the determination of such rules.' (A/CN.4/L.872, p. 4). Come già evidenziato, è difficile distinguere tra 'forma' e 'prova' di prassi quando si tratti di atti di provenienza statale (vedi al Capitolo precedente, al punto I.3.2), ma non c'è ragione di escludere che una decisione nazionale provi la prassi di un altro organo.

[1628] Vedi alla Conclusione 10 [11] del progetto sull'identificazione della consuetudine ('Forms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*)'), che al paragrafo 2 indica altresì le 'decisions of national courts' (A/CN.4/L.872, p. 3).

[1629] È in questo senso che andrebbe letta l'espressione 'regard *may* be had', contenuta nella Conclusione 13 [14] del lavoro sulla consuetudine; nei rapporti di Wood non si rinvengono simili richiami alla cautela, che invece caratterizzano la trattazione della giurisprudenza nazionale nel quarto rapporto di Nolte su accordi e prassi successiva. La dottrina

effettivamente il giudice nazionale abbia applicato (anche incidentalmente) una consuetudine effettivamente sulla base delle condizioni descritte dal diritto internazionale generale, potendosi altrimenti riconoscere una riduzione del peso di tale prassi[1630].

Del resto, i lavori della Commissione sono esattamente indirizzati allo scopo di facilitare il lavoro degli operatori del diritto (ossia, in particolare, i giudici nazionali) che ignorino le caratteristiche del diritto internazionale[1631]. Ricordando infine che il confine tra 'forma' della prassi e sua 'prova' è piuttosto labile, soprattutto quando si tratti ogni caso di atti dello Stato, nulla vieta di ritenere che una sentenza che accerti o meno l'esistenza di una consuetudine possa poi essere considerata 'prassi' dello Stato che concorra sostanzialmente alla norma medesima (come prassi o anche come espressione di *opinio juris*)[1632].

B) In relazione con la prassi successiva, o l'interpretazione del trattato in generale

La prassi successiva è certamente prassi dello Stato, dunque valgono mutatis mutandis le considerazioni appena fatte. Una sentenza emanata dagli organi di uno Stato può cioè costituire una prassi interpretativa del trattato, il che è certamente plausibile nel caso si tratti di un trattato che richieda di essere implementato in sede giudiziale, ma potrebbe essere anche il caso di una disposizione convenzionale normalmente applicata da altri organi che divenga controversa e debba essere chiarita da un giudice in sede contenziosa[1633]. In questi casi, è il giudice l'organo nazionale che applica il trattato, e dunque lo interpreta: se una prassi giurisprudenziale si instaura e magari si accompagna a decisioni simili da parte delle corti di altri Stati parte del medesimo trattato, è ragionevole pensare di trovarsi di fronte ad una prassi interpretativa la cui esistenza non potrebbe

---

statunitense si è interrogata del resto circa l'applicabilità delle consuetudini da parte delle corti federali statunitensi, evidenziando appunto l'incertezza del diritto consuetudinario, rispetto ai rigidi vincoli che restringono la possibilità dell'esecutivo di concludere trattati: vedi ad esempio Dodge, "Customary International Law and the Question of Legitimacy", Harvard Law Review Forum, 120 (2007), p. 19; Guzman & Meyer, "Customary International Law in the 21st Century", in R. A. Miller and R. M. Bratspies, Progress in International Law, Martinus Nijhoff, 2008, p. 199.

[1630] Conseguenza prevista dalla Conclusione 7 [8] del lavoro sull'identificazione della consuetudine, al paragrafo 2: 'Where the practice of a particular State varies, the weight to be given to that practice may be reduced.' (A/CN.4/L.872, p. 2; vedi anche al Capitolo I, al punto I.3.9).

[1631] Vedi l'Introduzione, al punto 1.

[1632] Poichè, appunto, si tratta della condotta di un organo statale, benché non esattamente quello che normalmente mette in atto la consuetudine (spesso l'esecutivo). Sulla distinzione tra 'forma' e 'prova' di prassi, e quindi sulla continuità del processo di formazione e consolidamento delle consuetudini, vedi il Capitolo I al punto I.3.2.

[1633] Se il primo caso potrebbe essere quello di un trattato che contenga disposizioni relative alla giurisdizione dei giudici nazionali (ipotizzando che debbano declinarla in alcune ipotesi che vengano ad essere integrate dalla prassi), per il secondo si può immaginare l'invocazione da parte di una individuo di un trattato sul libero scambio, originariamente applicato da autorità doganali.

essere ignorata in sede internazionale, quando magari un altro Stato parte affermi o contesti l'esistenza di un accordo interpretativo[1634].

Si ricordi che tale accordo, oltre a non essere richiesto quando si voglia considerare una prassi soltanto come mezzo interpretativo sussidiario ex articolo 32 della Convenzione di Vienna, non dovrebbe essere concluso secondo particolari formalità (altrimenti si ricadrebbe nell'ipotesi descritta dall'articolo 31.3.a) della medesima Convenzione)[1635], e nemmeno essere in sé vincolante[1636]. Tuttavia, oltre che in generale arduo da provare in concreto, tale accordo sarebbe qui forse difficile da sostenere anche da una prospettiva astratta, normalmente essendo il potere esecutivo quello competente a perfezionare accordi internazionali[1637]. L'altro requisito della prassi successiva (anche ex articolo 32), ossia il nesso con il trattato, invece, sarebbe forse più agevole da dimostrare, dovendo il giudice certamente fare riferimento al trattato conteso e alle modalità della sua applicazione.

È tuttavia possibile che il giudice nazionale semplicemente rilevi una prassi interpretativa relativa ad un trattato che egli sia chiamato ad interpretare: in tal modo, la sentenza andrebbe a costituire la prova dell'esistenza (o meno) di tale prassi[1638]. Il relatore speciale Nolte aveva dedicato una Conclusione apposita alle cautele che il giudice nazionale dovrebbe usare per rilevare una prassi successiva[1639], ma tali indicazioni non si riscontrano nell'articolato sottoposto agli Stati[1640]. In ogni

[1634] Potendosi in ogni caso riconoscere la possibilità che le decisioni di alcuni Stati costituiscano prassi successiva soltanto a titolo sussidiario *ex* articolo 32 VCLT. Nel suo quarto rapporto Nolte riconosce che i giudici nazionali fanno talvolta riferimento alla giurisprudenza di altri Stati per interpretare un trattato, pur senza richiamare l'articolo 31 o 32 della Convenzione di Vienna: vedi A/CN.4/694, par. 108, dove il relatore speciale evidenzia anche il rischio che la prassi richiamata sia selettiva e non rappresentativa. La dottrina ha del resto riconosciuto la difficoltà di individuare l'uso di tali mezzi interpetativi, poichè non espressamente richiamati: vedi Ruiz Fabri, "Subsequent Practice, Domestic Separation of Powers, and Concerns of Legitimacy", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 160.

[1635] Sulla natura formale della distinzione tra 'accordi successivi' e 'prassi successiva' vedi il Capitolo I al punto II.2.1.1.

[1636] Circa tale affermazione, non condivisa da alcuni membri della Commissione, vedi il Capitolo I al punto II.2.1.

[1637] Il che si collega al problema, evidenziato anche da Gardiner (Treaty Interpretation, Oxford, 2008, a p. 129) di verificare quale organo dello Stato è effettivamente competente ad interpretare il trattato. Si è del resto indicato come la Commissione tratti in maniera più precisa il tema dell'attribuzione nel lavoro sulla prassi successiva piuttosto che in quello sull'identificazione della consuetudine (vedi sopra al punto III.1.1), indicando in particolare che gli organi di più alto rango devono essere a conoscenza e accettare l'interpretazione da parte dell'ente di rango più basso. Qui il problema non riguarda il rango, bensì i diversi poteri dello Stato, giudiziario ed esecutivo; ciò non toglie che potrebbe ammettersi che un simile 'riconoscimento' da parte degli esecutivi della giurisprudenza delle rispettive corti integri l'accordo richiesto dall'articolo 31.3.b) VCLT. Lo stesso Gardiner (*ibidem*, a p. 230) riconosce in ogni caso che la giurisprudenza di più Stati può testimoniare una certa interpretazione comune, pur non qualificando tale criterio interpretativo entro l'articolo 31 o 32 VCLT.

[1638] Salvo di nuovo rilevare che la prassi, per sua natura, confonde il piano sostanziale e quello probatorio, per cui sarebbe possibile che la medesima decisione vada poi a rafforzare, quale ulteriore elemento materiale, la medesima prassi successiva come mezzo autentico d'interpretazione.

[1639] Vedi il quarto rapporto di Nolte per la Commissione, A/CN.4/694, p. 43; la Conclusione 13 è stata riportata alla precedente nota 1617.

[1640] Nemmeno è ripresa la rassegna giurisprudenziale che il quarto rapporto conteneva, nel tentativo di rilevare nella giurisprudenza nazionale l'uso di accordi e prassi successiva; vedi A/CN.4/694, pp. 36-43.

caso si evidenzia il parallelo con le cautele che il giudice dovrebbe adottare nel verificare che una consuetudine internazionale esista[1641], e con la possibilità che una decisione che riconosce l'esistenza di una prassi interpretativa possa, in seguito, essere riconosciuta come parte della medesima 'prassi'[1642].

2.2.2. Giurisprudenza internazionale

Passando al case law delle corti internazionali, esso rappresenta per entrambi i relatori speciali il punto di partenza della rispettiva analisi delle consuetudini e dell'interpretazione autentica del trattato. Pur non trattandosi di prassi statale[1643], infatti, le decisioni di giudici internazionali di fatto incidono sull'effettivo processo di formazione della norma consuetudinaria, come testimoniato dall'uso che la dottrina, compresa la Commissione medesima, fa delle sentenze, in particolare, della Corte Internazionale di Giustizia, tanto per l'affermazione del *modo di accertamento* della consuetudine[1644], quanto per descrivere l'effettivo uso che viene fatto dell'articolo 31.3 della Convenzione di Vienna[1645].

In assenza di un legislatore centrale, un ordinamento giuridico si sviluppa in base al modo in cui l'ente decisore, che su tale ordinamento ha competenza, decide i casi ad esso sottoposti. Un diritto di tipo 'consuetudinario', ossia basato su una regolarità d'uso cui la comunità di riferimento riconosce valore giuridico, necessita cioè di una corte per essere affermato: è l'ente decisore, infatti,

---

[1641] Benchè non individuate dal relatore speciale Wood con la medesima attenzione; vedi il paragrafo precedente.

[1642] Benché normalmente il trattato sia applicato da altri organi; Nolte sembra espressamente riconoscere che la giurisprudenza nazionale va ad integrare una prassi esistente, quando nel suo quarto rapporto afferma: 'Apart from possibly confirming an interpretation under article 32, such engagement [l'uso da parte dei giudici nazionali di una giurisprudenza straniera] may *add to the development* of a subsequent practice together with other domestic courts' (A/CN.4/694, par. 108, corsivo aggiunto).

[1643] In questo senso si esprime la Commissione (vedi sopra al punto I.2.7.1) e la pressochè totalità della dottrina, salvo affermare che in ogni caso la funzione della giurisprudenza (in particolare della CIG) è anche creativa, di fatto, di norme consuetudinarie: vedi in questo senso Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119; Pellet, "Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making", in M. H. Arsanjani, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065. Tale funzione normativa si collegherebbe in particolare alla posizione che la Corte occupa nel senso di rilevare l'effettivo *consensus* della comunità internazionale, ossia l'*opinio juris communis*: vedi Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 16 (1996), p. 85, a p. 126; Kadens & Young, "How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885, a p. 892.

[1644] Che le sentenze della CIG in particolare siano fondamentali nell'accertamento della 'metanorma' (o norma di riconoscimento) che definisce le modalità di accertamento delle consuetudini (o 'metacustom') è opinione condivisa in dottrina: vedi in tal senso Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 19; Mendelson, "The International Court of Justice and the sources of international law", in V. Lowe and M. Fitzmaurice, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge University Press, 1996, p. 63, a p. 67 (benchè la CIG si esprima spesso in 'forma delfica'); Gradoni, "La Commissione di Diritto Internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine", Rivista di Diritto Internazionale, 2014, p. 667, a p. 684 (affermando tuttavia che la disomogeneità dei casi rende difficile ricavare una metanorma chiara).

[1645] Norma, del resto, indirizzata sostanzialmente a giudici, in quanto delinea i mezzi da utilizzarsi nell'interpretazione del trattato.

che chiarisce, almeno per il caso concreto, il contenuto di una norma altrimenti lasciata alla *traditio* non scritta[1646]. Le decisioni discendono tuttavia, in ultima istanza, dall'analisi dottrinale sulla cui scorta i giudici si sono formati, e divengono in seguito ulteriore conferma dell'ipotesi inizialmente avanzata in sede dottrinale. Come rilevato anche nel successivo paragrafo, dedicato alla dottrina, si tratta di un meccanismo cui il diritto internazionale non si sottrae, ed è ad esempio il caso, per quanto qui rileva, proprio della teoria dei due elementi costitutivi della consuetudine[1647]. Il modo di procedere della Commissione, con il suo continuo riferirsi al *case law* internazionale, più ancora che alla 'prassi' effettiva degli Stati, non fa eccezione, anzi esso si pone *esplicitamente* come intervento 'chiarificatore' da parte della dottrina sul quadro non facilmente intelligibile, e certamente non unitario, descritto dalla giurisprudenza internazionale[1648].

È forse il caso di sottolineare già a questo punto come la Commissione, quale organo di un'organizzazione universale come le Nazioni Unite, svolge tale funzione con la prospettiva di dover comunque ottenere il responso positivo degli Stati (che si potrebbe qualificare come una sorta di 'prassi confirmatoria'), a partire dagli interventi di questi presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale, come si è visto[1649]. Di qui, si può ritenere, la scelta di limitarsi a

[1646] Vedi l'interessante disamina della consuetudine come fonte del diritto nel medioevo, realizzata da Emily Kadens e Ernest Young ("How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885), in cui si sottolinea che i problemi oggi dibattuti dalla dottrina in ragione dell'incertezza del diritto internazionale consuetudinario (quanti episodi siano necessari, quanto tempo debba passare, ecc.) sono stati affrontati già in passato, offrendo soluzioni arbitarie (due decisioni necessarie, dieci anni di tempo, ecc.), e soltanto in alcune ipotesi. L'esistenza di una controversia, e la sua decisione da parte di un giudice, sono necessarie a poter definire come 'diritto' un insieme di comportamenti ripeteuti dalla comunità secondo memoria, e pertanto, di fatto, intrapresi in maniera disomogenea. La controversia nasce anzi proprio quando il *consensus* presso la comunità circa l'esatto contenuto della consuetudine viene meno, ed è necessario un chiarimento da parte dell'autorità, che mantiene in tal senso la parola finale. La consuetudine è dunque l'esercizio di un potere *equitativo* da parte del decisore, benchè fondata sulla descrizione (approssimativa) di fatti giuridicamente rilevanti, come sembra affermare anche Cassese (International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 187), quando dice che l'equità esercitata dalle corti costituisce di fatto una fonte del diritto internazionale.

[1647] Molti autori si soffermano in particolare sulla nascita dell'idea di *opinio juris sive necessitatis*, elaborata dalla scuola storica tedesca tra XVIII e XIX secolo al fine di superare il giusnaturalismo e giustificare l'idea di un diritto proprio di ogni popolo, poichè appunto incentrato sulla convinzione popolare (Volksüberzeugung). Il termine viene utilizzato nell'ambito del diritto internazionale dagli inizi del '900 (in particolare da Rivier nel 1896, e da Geny nel 1919) ed è stato confermato, appunto, dalla giurisprudenza della CIG nel caso della piattaforma continentale del Mare del Nord, nel 1969 (benchè già la CPGI nel caso Wimbledon del 1923 avesse parlato di 'general opinion' degli Stati). Sull'evoluzione storica dell'elemento psicologico vedi in particolare Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177. Come rilevato da Stern ("Interpretation in International Trade Law", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010, p. 111), secondo Kelsen l'*opinio juris* costituisce esattamente la maschera del potere normativo delle corti.

[1648] In questo senso sono da leggersi i continui richiami alla necessità che l'opera della Commissione vada a costituire una 'guida pratica', sia nel lavoro sull'identificazione della consuetudine (il termine 'guidelines' viene utilizzato per la prima volta nel rapporto della Commissione del 2012 - A/67/10, par. 166), sia in quello su accordi e prassi succesiva (già utilizzando Nolte il termine 'guidelines' nella sua proposta del 2009 - A/63/10, Annex A, par. 22).

[1649] Nel senso che la condotta degli Stati presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale è un momento fondamentale di accumulo di prassi e *opinio juris* è sottolineato, in particolare, da Pellet ("Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making", in M. H. Arsanjani, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065), che indica per altro come le determinazioni del diritto consuetudinario ad opera della Commissione sono espressione di una competenza

confermare quanto di non controverso vi sia nella disciplina della formazione della consuetudine e dell'uso della prassi a fini interpretativi, preferendo non concentrarsi su quanto, nella stessa prassi giurisprudenziale internazionale, risulti ancora incerto, e quindi non avallando le posizioni più isolate o estreme prese da singoli giudici o studiosi[1650].

Ciò senza tuttavia voler porre un freno alla 'flessibilità del processo consuetudinario', o all'uso della prassi interpretativa *lato sensu*, come visto, lasciando cioè margine a Stati e giudici affinché possano far evolvere il diritto (i primi istituzionalmente, i secondi indirettamente)[1651]. Dal momento che in ipotesi la funzione probatoria è svolta in maniera identica sia per la prassi come elemento materiale della consuetudine che come mezzo interpretativo dei trattati[1652], e ciò vale anche per le decisioni internazionali quando usate a fine probatorio, si segnala piuttosto nella parte che segue un comune fattore di incongruenza rispetto al modo in cui le corti internazionali hanno affrontato finora entrambi i temi. L'esistenza di consuetudini è stata cioè affermata senza aver adeguatamente indagato i requisiti della prassi, mentre la prassi successiva delle parti come strumento interpretativo è stata utilizzata al di fuori dei termini prescritti dalla Convenzione di Vienna.

A) Disattenzione nei confronti della prassi come elemento costitutivo della consuetudine

La Corte Internazionale di Giustizia procede nell'affermazione di una consuetudine (la cui esistenza sia controversa) a partire dall'uso del 'materiale meglio accessibile'[1653], ossia guardandosi dall'indagare, per ogni singola norma consuetudinaria, l'adeguatezza della prassi degli Stati che,

---

istituzionale e 'ad referendum' (ossia richiedono la conferma da parte degli Stati, in particolare con la ratifica della convenzione di codificazione eventualmente proposta), mentre quelle della CIG sono risultato di una competenza implicita e valide soltanto entro i limiti del caso concreto, pur svolgendo in ogni caso una funzione determinante (non secondariamente perchè la corte è usa riferirsi alla propria giurisprudenza precedente).

[1650] Nel lavoro sull'identificazione della consuetudine, ad esempio, si è scelto di non approfondire questioni che avessero diretta attinenza con la *formazione* della consuetudine (ragione dello stesso cambio di titolo da 'formazione e identificazione' della consuetudine a 'identificazione': vedi il rapporto della Commissione del 2014, A/69/10, par. 150 e 172). Nell'ambito del lavoro su accordi e prassi successiva si può ricordare l'ambigua formulazione della Conclusione 7.3, circa l'effetto modificativo della prassi successiva, di cui si dirà più ampiamente nel Capitolo III, al punto II.2.

[1651] Richiami alla necessaria flessibilità del processo consuetudinario si ritrovano già nel rapporto del 2012 della Commissione (A/67/10, par. 166, 171, 172); la flessibilità dell'utilizzo della prassi successiva da parte delle corti internazionali viene evidenziata da Nolte già nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio ("Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Jurisprudence of the International Court Of Justice and Arbitral Tribunals of Ad Hoc Jurisdiction Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 169, a p. 199 proponendo per la prima volta di qualificare come mezzo interpretativo sussidiario *ex* 32 VCLT la prassi non sufficiente ad integrare il requisito dell'accordo unanime).

[1652] Nel senso che non occorre distinguere *all'interno* della funzione probatoria, ossia essa è svolta allo stesso modo con riferimento a consuetudini o accordi interpretativi taciti, o alla prassi che di tali norme costituisce il fondamento; a mutare, appunto, può essere soltanto *l'oggetto* provato.

[1653] In questo senso si esprime Tomka ("Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27), parlando (a p. 29) di 'best and most expedient evidence' e (a p. 47) di 'pragmatic approach', basato anzitutto sulla giurisprudenza precedente (prova secondaria), altrimenti sulle prove primarie (di prassi e *opinio juris*), in particolare trattati multilaterali e risoluzioni, assieme a deduzione (da una regola esistente) e analogia (a casi simili).

nelle sue varie forme, si sia accumulata testimoniando generalità e uniformità, e spesso ritenendo l'accettazione come diritto di fatto presunta (o contenuta) all'interno dell'atto[1654]. I continui richiami che la Corte medesima fa alle proprie decisioni precedenti, cui si appellano normalmente anche le altre corti internazionali chiamate ad applicare norme consuetudinarie a proposito delle quali la Corte de L'Aia si sia pronunciata, dimostrano che le prove 'secondarie' svolgono in realtà una funzione primaria nell'accertamento del diritto consuetudinario[1655]. Si tratta di un'ulteriore conferma del ruolo della giurisprudenza nel formare di fatto il diritto internazionale, soprattutto considerando che si tratta di norme non scritte che pertanto si prestano a (e anzi necessitano di) essere accertate in via autoritativa[1656].

Certamente non si può pensare che, quando la medesima consuetudine (generale) sia invocata in un caso successivo, la corti debbano ripetere la lunga valutazione dei requisiti oggettivi e soggettivi della medesima, potendo, pertanto, utilizzare la decisione precedente come prova (definitiva) della consuetudine medesima[1657]. Il vero problema sarebbe quello di verificare la completezza dell'indagine operata dal primo giudice, quello cioè cui la successiva decisione si riferisce: tale punto potrebbe essere oggetto di contestazione da parte degli Stati[1658]. È altrettanto difficile, tuttavia, pensare che norme consuetudinarie sancite da alcune risalenti sentenze possano essere

[1654] Cosiddetto '*double counting*', la cui possibilità è confermata espressamente dalla Commissione: vedi Capitolo I, punto I.4.2. Secondo buona parte della dottrina, del resto, l'elemento psicologico non potrebbe che essere dedotto da altri elementi 'materiali', ossia una prassi concreta o verbale: vedi in tal senso Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 20; Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161, a p. 164; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 105.

[1655] Che la giurisprudenza della CIG costituisca per la medesima, ma anche per altre corti internazionali, il principale mezzo di prova di una consuetudine lo riconosce anche parte della dottrina: vedi ad esempio Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27, a p. 47; Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 8. Critica tale atteggiamento Weisburd, "The International Court of Justice and the Concept of State Practice", The University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31 (2009), p. 295.

[1656] Sulla necessità che un diritto non scritto come quello consuetudinario venga articolato autoritativamente da una corte vedi in particolare le note 1644 e 1646, e il testo relativo.

[1657] Circa il ruolo primario assunto dalla giurisprudenza della CIG nell'affermare l'esistenza e il contenuto di una consuetudine vedi la dottrina richiamata alla nota 1655. In particolare sull'inopportunità di attribuire un peso eccessivo alla giurisprudenza della corte a discapito dell'effettiva prassi statale vedi Weisburd ("The International Court of Justice and the Concept of State Practice", The University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31 (2009), p. 295).

[1658] L'articolo 59 dello Statuto della CIG limita del resto il valore vincolante della decisione in sede contenziosa alla parti in causa e al caso deciso, ma ciò non toglie che, appunto, una decisione della Corte assuma un valore probatorio fondamentale, rappresentando una espressa articolazione di una norma altrimenti non scritta (se non codificata). Jennings istituisce un parallelo tra il diritto internazionale, sempre più '*case law*', e gli ordinamenti di *common law*, pur riconoscendo che il precedente non è vincolante e non rappresenta un 'holy writ' ("What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 17).

messe in discussione[1659], e non bisogna dimenticare che altre forme di prova della consuetudine, come disposizioni convenzionali e risoluzioni di organizzazioni internazionali, possano intervenire successivamente a sostenerne l'esistenza, magari proprio facendo affidamento su una sentenza precedentemente emanata[1660].

Gli Stati (quelli parte della controversia, ma anche in generale) tendono infatti ad accettare la determinazione del diritto contenuta in sentenze provenienti da organi come la Corte Internazionale di Giustizia, e conformano la loro condotta alla sostanza di tali determinazioni, producendo prassi ulteriore che va a sostegno della consuetudine rilevata[1661]. Quando ciò non avviene, si può pensare, è perché lo Stato intende giustificare la propria condotta sulla base di un'eccezione alla regola, o (più raramente) intenda mettere in moto, con la propria prassi, il processo di formazione di una diversa consuetudine[1662]. In questa sede, in ogni caso, ci si può limitare a riconoscere che la sentenza di una corte internazionale che accerti una determinata norma consuetudinaria rappresenterà per lo Stato un punto di riferimento fondamentale per determinare la propria futura condotta, si potrebbe dire, appunto, l'unica prova, circa l'esistenza e il contenuto del diritto consuetudinario, di cui lo Stato necessita al fine di regolare la propria condotta[1663].

In definitiva, in ogni caso, il ruolo della prassi degli Stati all'interno delle decisioni risulta essere ridotto, il che si può forse giustificare ricordando le difficoltà che ineriscono il reperimento di

[1659] Salvo chiaramente la possibilità di riconoscere l'effettivo mutamento del diritto consuetudinario per tramite di una prassi nuova; che da una violazione possa nascere il diritto, contrariamente alla massima *ex iniuria jus non oritur*, è riconosciuto nel diritto internazionale: vedi ad esempio Postema, "Custom in International Law: A Normative Practice Account", in A. Perreau-Saussine & J. B. Murphy, The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, 2007, p. 279; Bederman, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21 (2010), p. 31. In particolare Kammerhofer ("Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, Vol. 15 (2004), p. 523) evidenzia come l'illiceità esista al livello della norma sostanziale, mentre al livello normativo secondario quella prassi (contraria alla precedente) rappresenta potenzialmente, appunto, l'elemento materiale di una nuova consuetudine.

[1660] In tale prospettiva sono cioè gli Stati a modificare la propria condotta in funzione della precisazione contenuta in una decisione della CIG, votando risoluzioni o concludendo trattati conformemente (o meno); nel senso che le decisioni della CIG incrementano l'informazione disponibile circa le aspettative degli altri Stati circa cosa è o non è consuetudine, vedi Guzman & Meyer, "Customary International Law in the 21st Century", in R. A. Miller & R. M. Bratspies, Progress in International Law, Martinus Nijhoff, 2008, p. 199, a p. 215.

[1661] Come, appunto, successivi trattati che includano la regola (dove tuttavia la 'prassi' sarebbe propriamente quella applicativa, non i trattati in sè), o risoluzioni di organizzazioni internazionali di cui essi facciano parte; vedi anche la nota precedente.

[1662] Vedi alla nota 1659 circa la riconosciuta possibilità del diritto consuetudinario di evolvere per tramite di 'violazioni'.

[1663] È insoma la corte a decidere cosa è consuetudine e cosa no, come rilevato anche da Kelsen (ripreso da Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 76); ciò vale in particolare per quelle norme che la CIG ha 'riconosciuto', ma di fatto creato, ormai appunto accettate e applicate dagli Stati: sulla personalità delle organizzazioni internazionali (Riparazione dei danni, 1949), sul regime delle riserve (Riserve alla Convenzione sul genocidio, 1951), sulle linee di base (Pescherie norvegesi, 1952), sul *genuine link* ai fini della protezione diplomatica (Nottebohm, 1955), sui criteri equitativi nella delimitazione delle zone marittime (a partire dalla decisione sulla piattaforma continentale del Mare del Nord, 1969, in cui se ne nega la natura consuetudinaria, salvo poi essere ripresi dagli Stati all'interno di UNCLOS).

questa e, non secondariamente, la difficoltà di individuare quella rilevante all'interno della massa oggi disponibile, in ragione dell'evoluzione delle relazioni internazionali e dei mezzi tecnologici[1664]. La dottrina ha del resto frequentemente segnalato la tendenza della corte a preferire ad un ragionamento induttivo, che parta cioè da elementi concreti (la prassi) al fine di ricavarne una regola, uno di tipo deduttivo, che guarda cioè, più che alla prassi, all'*opinio juris*, veicolata in particolare da trattati di codificazione e risoluzioni[1665]. Si è anche rilevato che in realtà la Corte ha ben presente le conseguenze dell'uno e dell'altro metodo, e sembra applicare entrambi a seconda del caso da decidere (o su cui esprimere un parere)[1666].

B) Utilizzo disomogeneo della prassi successiva come strumento interpretativo

La ricca raccolta giurisprudenziale effettuata dalla Commissione evidenzia come la prassi successiva non solo delle parti ad un trattato, ma anche quella di organizzazioni internazionali e altri enti, come si è visto, sia di fatto utilizzata dalle corti all'interno del processo interpretativo spesso prescindendo dai requisiti richiesti dall'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna del 1969, e al contempo guardandosi dal collocarla all'interno dell'articolo 32[1667]. Anche in assenza di un accordo tra le parti (o, meglio, in assenza di un'indagine dell'esistenza di tale accordo) le corti attribuiscono

[1664] Il problema rileva in questa sede dal momento che ogni decisione presa circa il materiale effettivamente rilevante è presa, *soggettivamente*, dai giudici: vedi in tal senso Charney, "Universal International Law", American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p.529, a p. 546; McGinley, "Practice as a Guide to Treaty Interpretation", Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 9 (1985), p. 211, a p. 212. Come indicato nel Capitolo I, al punto I.1, la Commissione riconosceva il problema del reperimento della prassi già dai suoi primi anni di attività, con il Memorandum del 1950 su 'Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available', commissionato ad Hudson e poi ripreso nel report della seconda sessione (A/CN.4/34, p. 366); il relatore speciale Wood sollecitava a riprendere in mano la questione nel suo quarto rapporto per la Commissione sull'identificazione del diritto consuetudinario, nel 2016 (A/CN.4/695, parte IV).

[1665] Il passaggio da ragionamento induttivo a deduttivo segnala del resto il passaggio dalla teoria tradizionale della consuetudine a quella moderna: vedi in tal senso Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", American Journal of International Law, Vol. 95 (2001), p. 757. Kolb ("Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119) sostiene del resto che una fase deduttiva necessariamente preceda quella induttiva, dal momento che i dati della prassi devono essere comunque letti all'interno di un quadro di riferimento soggettivamente stabilito, così come soggettivamente dev'essere determinato il livello di astrattezza cui l'indagine tende.

[1666] Vedi in particolare Alvarez-Jimenez, "Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60 (2011), p. 681, che identifica un metodo 'induttivo rigido' nella sentenza sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord (1969), in cui il passaggio da norma convenzionale a consuetudinaria viene subordinato all'assenza della possibilità di porre riserve, alla partecipazione alla prassi degli Stati particolarmente interessati e all'accettazione da parte degli altri (*opinio juris*). A tale metodo si contrapporrebbe quello 'deduttivo flessibile' adottato in Nicaragua c. Stati Uniti (1986), in cui non si richiede la perfetta uniformità della prassi e si ricava l'*opinio juris* con riferimento a risoluzioni e trattati multilaterali. Il Parere sulle Armi nuclari (1996) avrebbe rappresentato tuttavia un nuovo irridigimento, e negli anni dal 2000 al 2009 entrambi i metodi sono stati utilizzati dalla Corte in un pari numero di casi; tuttavia, quello flessibile non avrebbe prodotto effetti sensibili sul diritto internazionale, laddove l'applicazione di quello rigido si è sempre risolta con la negazione della consuetudine controversa. Ulteriormente, Alvarez-Jimenez riconosce come metodi 'alternativi' quello dell'uso della giurisprudenza precedente, e quello in cui la Corte implicitamente riconosce una prassi pur non facendo espresso riferimento alla sua natura consuetudinaria.

[1667] Vedi il Capitolo I, al punto II.2.2.

un significato al trattato che trae validità dal modo in cui lo si applica. Una volta emanata la sentenza, pertanto, non si potrebbe dire che essa costituisce prova definitiva di un'interpretazione autentica del trattato, proprio in ragione dell'assenza di un'adeguata indagine, da parte della corte, dei requisiti richiesti dalla Convenzione di Vienna[1668].

Al contrario, quando efficacemente sostenuta sulla scorta dell'articolo 31.3.b), la sentenza potrebbe avere valore probatorio definitivo circa la prassi interpretativa, anche nei confronti degli Stati parte del trattato che non siano intervenuti in causa o abbiano altrimenti contestato tale prassi. È raro, tuttavia, che una sentenza applichi rigorosamente i mezzi interpretativi della Convenzione di Vienna, che sono anch'essi soggetti all'arte dell'interpretazione[1669]. La situazione potrebbe mutare con la pubblicazione del lavoro della Commissione, di importanza tale da indurre certamente le corti a specificare a che titolo essi stiano utilizzando una prassi a fini interpretativi[1670]. Non bisogna dimenticare, tuttavia, che gli Stati rimangono i padroni del trattato, e potrebbero quindi sostituire la

[1668] Poiché tali requisiti sarebbero gli unici che ragionevolmente gli Stati sarebbero disposti ad accettare come necessari e sufficienti ad affermare l'esistenza di un'interpretazione autentica del trattato, che, si ricorda, li vincola in quanto tale. La dottrina, del resto, è sostanzialmente unanime nel riconoscere che, in assenza di accordo, la prassi successiva non ha valore d'interpretazione autentica (o 'quasi autentica', in ragione del suo non essere formalizzata, secondo Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", Annuaire français de droit international, Vol. 40 (1994), p. 41, a p. 46), ma soltanto un valore sussidiario: tra gli autori più risalenti Cot, "La Conduite subséquente des parties à un traité", Revue générale de droit international public, Vol. 70 (1966), p. 632, a p. 637; Capotorti, "Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna", in Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago, 1987, p. 202. Più recentemente anche Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, 2008, a p. 32; Moloo, "When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation", Berkeley Journal of International Law, Vol.31 (2013), p. 39, a p. 41.

[1669] Che l'interpretazione sia 'un'arte e non una scienza' è stato riconosciuto dalla stessa Commissione al momento di indagare la possibilità di introdurre 'regole' nel progetto di Convenzione sul diritto dei trattati: Yassen 'speaking as a member of the Commission, said that in his view the Commission had been right in not attempting to go into details and in confining itself to stating a few rules which could be considered the *scientific basis of the art of interpretation*.' (Yearbook of the ILC 1966, Volume I, Part II, p. 197, par. 48, corsivo aggiunto), mentre nel commento all'articolo 27 del Progetto del '66 si affermava 'recourse to many of these principles is discretionary rather than obligatory and the interpretation of documents is to some extent *an art, not an exact science*.' (Yearbook of the ILC 1966, Volume II, p. 218, par. 4, corsivo aggiunto). La dottrina ha ribadito il *dictum* della Commissione (recentemente Aust, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge, 2007, a p. 205; Villiger, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", in E. Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, a p. 106), benchè alcuni autori abbiano provato ad attenuare l'affermazione, ad esempio ricordando che anche la 'scienza' non è in realtà così rigorosamente deterministica, e l'interpretazione è uno strumento necessariamente flessibile (Merkouris, "Interpretation is a Science, is an Art, Is a Science", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010, p. 1). Sulla natura di 'regole' di quelle agli articoli 31-33 VCLT, vedi ad esempio Gardiner (Treaty Interpretation, Oxford, 2008, che a p. 7 ricorda che esse non sono 'a simple set of precepts that can be applied to produce a scientifically verifiable result', ne la qualifica di 'regole' ne determina la forza o validità) e Klabbers ("Virtuous Interpretation", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010, p. 17, che a p. 30 afferma che si tratterebbe in realtà di un 'methodological device').

[1670] È questo del resto lo scopo delle 'linee guida' (ossia le Conclusioni) del lavoro su accordi e prassi successiva, come Nolte riconosceva già a partire dalla sua proposta nel 2009 (A/63/10, Annex A, par. 22), incontrando da subito il favore degli Stati (Austria, Regno Unito, Germania, in A/C.6/63/SR.16, par. 38, 61, 65; Russia, in A/C.6/63/SR.18, par. 13; Francia, in A/C.6/63/SR.19, par. 21; Bulgaria, in A/C.6/63/SR.21, par. 26).

prassi interpretativa riconosciuta dalla corte con una qualsiasi altra (eventualmente anche modificativa dei termini del trattato, per quanto siano restii ad ammetterlo in sede giudiziale)[1671].

Un'ultima considerazione da fare riguarda la possibilità di ritenere che in realtà l'uso della prassi a titolo sussidiario possa avvenire anche al di fuori dei rigidi termini descritti dalla Convenzione di Vienna. Ciò si baserebbe sulla considerazione che il processo interpretativo è in realtà unitario e i mezzi di cui all'articolo 32 non rivestono una posizione 'secondaria', ma soltanto, appunto, 'sussidiaria', come testimoniato dal valore comunque elevato attribuito dai membri della Commissione, durante lo studio per la redazione di quella che sarebbe poi divenuta la Convenzione di Vienna, ai lavori preparatori del trattato come mezzo interpretativo, benché essi siano collocati all'interno dell'articolo 32[1672].

I mezzi interpretativi riconducibili a tale disposizione avrebbero cioè valore pari a quelli di cui all'articolo 31, come evidenziato proprio dall'uso che le corti normalmente fanno dei lavori preparatori e, più in generale, dall'applicazione non rigida dei requisiti applicativi di cui all'articolo 32[1673]. Ai nostri fini, la conseguenza di tale approccio sarebbe il venir meno di una sostanziale distinzione tra tipi diversi di prassi successiva a seconda dell'esistenza o meno di un accordo sottostante tra le parti (spiegando del resto il modo in cui le corti operano in concreto). È chiaro, tuttavia, come una simile posizione non possa essere avallata dalla Commissione, non soltanto perché evidentemente lontana dalla clausola che nell'articolo 32 subordina espressamente l'uso di mezzi interpretativi all'insufficienza (o alla conferma) di quelli di cui all'articolo 31, stabilendo tra essi una gerarchia, ma anche perché, come visto, ciò allontanerebbe la possibilità per la 'guida

[1671] Sull'effetto modificativo della prassi successiva vedi il Capitolo III, al punto II.2 e III.1.2.

[1672] Vedi in tal senso l'indagine di Briggs ("The Travaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties", The American Journal of International Law, Vol. 65 (1971), p. 705), nel senso che proprio i lavori preparatori della Convenzione di Vienna confermano che il ricorso ai lavori preparatori come mezzo interpretativo (una circolarità che non sfugge al medesimo autore, a p. 708) non è di fatto subordinato alla regola generale; in particolare Waldock, relatore speciale per la Commissione dal 1962 (il quarto dopo Brierly, Lauterpacht e Fitzmaurice), aveva affermato che la Commissione non intende scoraggiare il ricorso ai lavori preparatori.

[1673] Nel senso che le corti spesso prescindono dalle condizioni cui l'articolo 32 subordina il ricorso ad altri mezzi interpretativi, vedi ad esempio Fitzmaurice & Merkouris, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010, p. 153 (richiamando a p. 183 il caso EC-Zeroing, in cui l'Appellate Body del WTO indicava che l'applicazione degli articoli 31 e 32 VCLT deve avvenire in maniera 'olistica'); Fox, "Article 31(3)(A) and (B) of the Vienna Convention and the Kasikili/Sedudu Island Case", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010, p. 59, a p. 70); Gardiner, "The Vienna Convention rules on treaty interpretation", in D. B. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, OUP, 2012, p. 475 (con espresso riferimento ai lavori preparatori, a p. 501).

.

pratica' prodotta dalla Commissione di svolgere la propria funzione chiarificatrice nelle norme esistenti, confondendo anzi maggiormente il quadro derivante dalla giurisprudenza[1674].

2.3. La dottrina e il suo contributo alla posizione dello Stato

Oltre a quanto accennato circa la provenienza dei giudici internazionali dall'ambiente degli studiosi[1675], l'opera di questi ultimi è significativa anche da un punto di vista propriamente probatorio. Nonostante il ruolo della ricerca accademica nella formazione del diritto internazionale abbia visto diminuire il proprio ruolo, in ragione dell'evoluzione di questo nel senso di offrire agli Stati occasioni sempre più frequenti di confrontarsi direttamente[1676], la ricerca accademica continua infatti a svolgere una funzione di analisi e sistematizzazione. I testi dottrinali possono cioè provare la prassi degli Stati, e confermare o meno l'esistenza di consuetudini (e, al limite, anche di accordi interpretativi). Tuttavia, come sottolineato dalla Commissione[1677], non bisognerebbe attribuire eccessivo peso all'opinione di singoli autori, e anzi concentrarsi su quelli 'most highly qualified' (benché alcune voci presso la Commissione medesima e presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale criticassero l'uso di un simile criterio soggettivo[1678]), anche in considerazione del fatto che le corti non richiamano contribuiti individuali[1679].

Al contrario, più spesso è l'analisi dottrinale a fondarsi sulla giurisprudenza (internazionale e nazionale) per motivare le proprie posizioni, il che è del resto il modo di procedere adottato dalla

[1674] Oltre a ricordare che la tesi di Briggs (nota 1672) è incentrata sui lavori preparatori, che in tal senso sembrerebbero godere in via 'esclusiva' di uno status particolare tra i mezzi sussidiari *ex* 32 VCLT; simile è anche la posizione di Aust (Modern Treaty Law and Practice, Cambridge, 2007, a p. 218), che, citando Schwebel, riconosce che i lavori preparatori potrebbero 'correggere' (non soltanto 'confermare') il significato ordinario del testo; tuttavia il ricorso agli altri mezzi sussidiari rimarrebbe comunque soltanto 'possibile', come stabilito dall'articolo 32 ('recourse may be had'). Si tratta in definitiva di un punto di conflitto tra la teoria tradizionale di interpretazione 'soggettiva' dei trattati (tesa alla ricostruzione dell'intenzione originaria, soprattutto poggiando sui lavori preparatori) e quella 'oggettiva' (basata sul testo del trattato), resa prioritaria dalla Commissione con la formulazione dell'attuale articolo 31.1 VCLT; critico, notoriamente, di tale impostazione 'testualista', era stato McDougal ("The International Law Commission's Draft Articles Upon Interpretation: Textuality Redivivus", American Journal of International Law, Vol. 61 (1967), p. 992), delegato statunitense alla Conferenza di Vienna.

[1675] Vedi sopra al punto III.2.2.

[1676] Ma anche in ragione dello spostamento, nel diritto internazionale, da un'impostazione giusnaturalista, basata su principi maneggiati più agilmente dagli studiosi, ad una positivista, basata sulla prassi degli Stati (vedi in tal senso Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 110). È curioso che, come rileva Carty ("Doctrine versus State Practice", in B. Fassbender & A. Peters, The Oxford Handbook of the History of International Law, Oxford University Press, 2012, p. 972, a p. 977), sia stata proprio certa dottrina (de Vattel in particolare) ad 'inventare' il concetto di 'prassi' e fondare su di essa l'impianto del diritto internazionale moderno.

[1677] Nei lavori sull'identificazione del diritto consuetudinario; vedi sopra al punto I.2.7.2.

[1678] *Ibidem*. Nel senso che sia opportuno concentrarsi soltanto sull'opera di alcuni studiosi rappresentativi, nel complesso, di vari sistemi giuridici, in particolare quando le loro opinioni convergano, vedi anche Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 156.

[1679] Mendelson ("The International Court of Justice and the sources of international law", in V. Lowe & M. Fitzmaurice, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge University Press, 1996, p. 63, a p. 84) attribuisce tale atteggiamento della CIG alla volontà di non distinguere alcun autore in particolare, al fatto che i giudici sono anche studiosi, al rischio di non dare sufficiente conto di tutti i punti di vista, e all'assenza di sufficiente spazio per l'analisi della dottrina.

Commissione medesima[1680]. In questo senso, si può ipotizzare che il singolo autore, nel riprendere le decisioni, soprattutto quelle della Corte Internazionale di Giustizia, al fine di argomentare il proprio punto di vista non aggiunga molto alla prova dell'esistenza di consuetudini che da tali decisioni già direttamente si ricava; non secondariamente, occorre distinguere, all'interno della dottrina, la componente di raccolta della prassi da quella della sua valutazione[1681]. Si aggiunga anche che i singoli autori, piuttosto che puntare alla mera affermazione o negazione dell'esistenza di una consuetudine, spesso scrivono con l'intento di analizzare l'intero impianto teorico della consuetudine internazionale quale fonte del diritto, dunque soltanto in seconda battuta il singolo scritto potrebbe essere utilizzato come strumento di prova[1682]. Si è tuttavia sottolineato come la ricerca realizzabile da uno studioso è certamente più ampia di quella che una corte può effettuare, dovendo questa decidere piuttosto un caso concreto[1683].

Il ruolo dell'accademia si potrebbe tuttavia riconoscere anche a partire da meccanismi diversi, che si instaurano a livello nazionale o internazionale. Essa assolve anzitutto, su richiesta degli Stati, una funzione di consulenza, tale da influenzare gli atti degli Stati medesimi, poi rilevanti in quanto 'prassi' internazionale[1684]. Si tratterebbe pertanto di attività di 'impulso' sulla condotta dello Stato, riconoscendosi la diretta incidenza dell'opinione dottrinale sul concreto contenuto del successivo atto dello Stato[1685]. Gli Stati, quando devono definire la propria posizione in una controversia, o anche in sede diplomatica, si rivolgono a manuali o ad esperti. Dunque è in buona sostanza in tal modo che la condotta dello Stato, ossia la sua 'prassi', assume una veste giuridica piuttosto che un'altra, benché possa, in sé, scaturire da motivi differenti[1686].

Secondariamente, sul piano internazionale, i giudici di corti internazionali, provengono dal mondo accademico, in quanto eletti dagli Stati medesimi. Occorre pertanto sottolineare il rapporto di reciproca influenza che si instaura tra dottrina e giurisprudenza, anche alla luce del fatto che, come

[1680] Come già evidenziato poco sopra, al punto III.2.2.
[1681] In tal senso vedi Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 314.
[1682] In questo senso si è espresso anche il relatore speciale Wood nel suo terzo rapporto; vedi sopra al punto I.2.7.2.
[1683] Vedi in tal senso Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 22; Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27, a p. 35.
[1684] Senza distinguere, di fatto, se si tratti di prassi nell'implementazione\interpretazione di un determinato trattato o di altra condotta.
[1685] A ben vedere, la medesima funzione di impulso che si è riconosciuta all'attività di altri soggetti che possono svolgere una funzione probatoria, su tutti le organizzazioni internazionali e non governative; vedi sopra al punto III.2.1.
[1686] Sohn ha anzi sostenuto che l'attività di consulenza di studiosi esperti del diritto internazionale di fatto *crei* il diritto internazionale, plasmando la prassi: vedi Sohn, "Sources of International Law", Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 25 (1995-1996), p. 399, a p. 401. Nel senso invece che il diritto internazionale non debba essere modificato 'by scholarly design' (come invece regolarmente avverrebbe), vedi Kammerhofer, "Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship", in M. Happold, International Law in a Multipolar World, Routledge, 2012, p. 138, a p. 151.

poco sopra ricordato, la materia prima dell'analisi dottrinale internazionalistica è costituita dalle sentenze prodotte dalle corti internazionali, ma allo stesso tempo, appunto, i giudici sono di fatto espressione della medesima cultura accademica, e tenderanno ad impostare i propri argomenti alla luce di questa[1687]. Il punto ha chiaramente rilievo soprattutto sul piano dell'interpretazione, dal momento che il processo interpretativo avviene (o dovrebbe avvenire) sulla scorta delle regole individuate dalla Convenzione di Vienna del 1969, prodotto da un ente di esperti come la Commissione di Diritto Internazionale[1688].

L'opera di simili enti è del resto istituzionalmente destinata ad essere utilizzata dagli Stati per assisterli nella definizione della propria posizione sul piano internazionale[1689]. La Commissione rappresenta il più importante, in quanto parte delle Nazioni Unite, e si può forse riconoscere come proprio i lavori sull'identificazione di consuetudini e su accordi successivi e prassi successiva siano testimonianza dei meccanismi per cui il diritto internazionale effettivamente si forma e si sviluppa, soprattutto nell'ambito del diritto consuetudinario[1690]. Anche in quello convenzionale, tuttavia, lo studioso svolge una funzione importante, occupandosi di osservare la concreta applicazione di un trattato (nella prassi) e di rivelarne pertanto l'interpretazione, così come eventualmente sostenuta dall'accordo di tutti gli Stati parte[1691]; oppure analizzando una sentenza che interpreti il trattato in

[1687] Come riconosciuto da Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 76; Mendelson, "The International Court of Justice and the sources of international law", in V. Lowe & M. Fitzmaurice, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge University Press, 1996, p. 63, a p. 84; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 110.

[1688] Nel senso che l'articolo 31 VCLT sia il risultato delle diverse scuole di pensiero presenti all'interno della Commissione negli anni in cui, con Waldock, si cominciò a discutere del contenuto della regola (oltre che della sua opportunità), vedi Villiger, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", in Enzo Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, a p. 117. Come rilevato, avrebbe prevalso la scuola dell'interpretazione oggettiva, testualista, piuttoso che quella soggettiva, o originalista (tesa alla ricerca della volontà *originaria* delle parti), anche in ragione del fatto che il testo 'must be presumed to be the authentic expression of the intentions of the parties; [...] in consequence, the starting point of interpretation is the elucidation of the meaning of the text, not an investigation *ab initio* into the intentions of the parties.' – ILC Yearbook 1966, Volume II, p. 220, par. 11).

[1689] Si potrebbe leggere in tal modo l'obiettivo di 'sviluppo progressivo' assegnato alla Commissione dall'articolo 1.1 del suo Statuto, nel senso che essa riconosce (o attribuisce) una direzione alla 'prassi' degli Stati; si tratterebbe tuttavia di una competenza esercitata *ad referendum*, ossia in ogni caso sottoposta al giudizio degli Stati medesimi (da contrapporsi a quella esercitata implicitamente, ma in maniera definitiva, dalla CIG): vedi Pellet, "Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making", in M. H. Arsanjani, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065, a p. 1075).

[1690] È impossibile non notare una certa circolarità, quando si osservi che un ente composto da studiosi opera nel tentativo di chiarire alcune regole di fondo, a partire dalle decisioni dei giudici internazionali, scelti nel medesimo bacino di studiosi dagli Stati, i quali per altro determinano la prorpia condotta consultando altri studiosi (almeno per quanto riguarda la veste giuridica di tali scelte, senza negare che esse possano essere dovute a motivi politici, come avviene nei casi di uso unilaterale della forza). Nel senso che molto, nel diritto internazionale, ruota attorno all'accademia, vedi anche Sohn, "Sources of International Law", Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 25 (1995-1996), p. 399.

[1691] Non può che essere l'interprete ad individuare nella prassi degli Stati l'accordo sottostante richiesto dall'articolo 31.3.b), poichè, per definizione, esso non è formalizzato. Se tale interprete già non è un giudice, è chiaro che una simile determinazione potrebbe poi essere utilizzata in sede contenziosa qualora uno Stato tenti di negare l'accordo

una determinata maniera, tentando di riportare il ragionamento della corte nel quadro descritto dagli articoli della Convenzione di Vienna (quando, s'intende, la corte non vi abbia già provveduto)[1692].

interpretativo: non è escluso, infatti, che gli Stati facciano riferimento ad opinioni di singoli giuristi nelle loro argomentazioni.

[1692] Ossia esattamente quanto Nolte (e gli autori su cui egli si basa) tenta di fare nei suoi rapporti, ossia restituire ordine nell'uso dei suddetti articoli presso le varie corti internazionali.

CAPITOLO III – LA PRASSI NEL RAPPORTO TRA CONSUETUDINI E TRATTATI

I. La relazione tra consuetudini e trattati nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale sul diritto consuetudinario

Il terzo ambito rilevante ai fini del presente studio riguarda il valore della prassi nei rapporti tra consuetudini e trattati, di nuovo focalizzandosi prima sull'aspetto formativo e probatorio del diritto consuetudinario, quindi sulla funzione interpretativa (e modificativa) della prassi successiva ad un trattato. Come nei capitoli precedenti, nell'indicare come il tema è stato affrontato dalla Commissione, si parte dall'indicazione delle Osservazioni contenute nel Memorandum del Segretariato delle Nazioni Unite del 2013 sui passati lavori della Commissione, per poi indicare le Conclusioni rilevanti proposte dal relatore speciale e la loro discussione all'interno della Commissione, prima, e da parte degli Stati, poi.

1. Le Osservazioni del Segretariato nel Memorandum del 2013 rilevanti per la relazione tra consuetudini e trattati

Le Osservazioni da 25 a 28 del Memorandum del 2013 riguardavano specificamente la relazione del diritto internazionale consuetudinario con quello convenzionale: dopo aver ricordato che già nella Convenzione di Vienna si riconosce la possibilità di una norma convenzionale di divenire consuetudinaria[1693], spiegando, in quanto tale, i propri effetti su Stati terzi, il Segretariato riconosceva nei lavori della Commissione la tendenza ad ammettere il trattato come elemento di prova di norme consuetudinarie, in particolare quando si tratti di un trattato di codificazione[1694]. Ulteriormente la Commissione ha accertato che un trattato può contribuire alla cristallizzazione o allo sviluppo di norme consuetudinarie in via di formazione, ma che allo stesso tempo la mera ripetizione di una norma in una serie di trattati non determina automaticamente la formazione di una consuetudine[1695]. La Commissione ha inoltre riconosciuto che una consuetudine sopravvenuta

[1693] Articolo 38 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: 'Rules in a treaty becoming binding on third States through international custom - Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.' Il Segretariato rammenta che la norma faceva già parte del progetto del 1996.

[1694] A/CN.4/659, p. 33: 'Observation 25 - Recognizing that a treaty may codify existing rules of customary international law, the Commission has often referred to treaties as possible evidence of the existence of a customary rule.'

[1695] *Ibidem*, p. 33-4: 'Observation 26 - While indicating that a treaty does not itself bind third States, the Commission has, on several occasions, recognized that treaties may contribute to the crystallization or development of a rule of customary international law. The Commission, however, has found that the frequent enunciation of a provision in international treaties did not necessarily indicate that the provision had developed into a rule of customary international law.'

potrebbe modificare un trattato[1696], e che viceversa un trattato può derogare a norme consuetudinarie (purché non cogenti), vigendo tuttavia l'obbligo di interpretare il trattato alla luce delle norme internazionali esistenti, comprese le (altre) consuetudini[1697].

2. Le Conclusioni della Commissione rilevanti per la relazione tra consuetudini e trattati

Oltre alle Conclusioni 6 [7], che tra le forme di prassi indicava gli 'atti in connessione con trattati'[1698], e 10 [11], che individuava come possibile prova di *opinio juris* la 'disposizione di un trattato'[1699], la Commissione redigeva una sola altra Conclusione che si può ritenere avere rilievo al fine di chiarire la relazione tra consuetudini e trattati. Si tratta della Conclusione 11 (12 nella numerazione proposta originariamente dal relatore speciale), collocata nella parte che il Drafting Committee rinominava 'Significance of certain materials for the identification of customary international law', assieme a quella sulle risoluzioni, vista nel capitolo precedente.

2.1. Il ruolo dei trattati nel terzo rapporto

Draft conclusion 12 – Treaties

A treaty provision may reflect or come to reflect a rule of customary international law if it is established that the provision in question: (a) at the time when the treaty was concluded, codifies an existing rule of customary international law; (b) has led to the crystallization of an emerging rule of customary international law; or (c) has generated a new rule of customary international law, by giving rise to a general practice accepted as law.

Nel suo terzo rapporto per la Commissione, dopo aver ricordato che la condotta degli Stati 'in connessione con trattati' è già stata riconosciuta come forma di prassi nella Conclusione 6 [7] e che la 'treaty pratice' si trova nella Conclusione 10 tra le possibili prove di *opinio juris* (su cui il Drafting Committee in questa fase doveva ancora esprimersi), il relatore speciale ricordava che, se un approfondimento è utile, tuttavia il mandato della Commissione riguardava il solo ruolo del

[1696] *Ibidem*, p. 34: 'Observation 27 - The Commission has alluded to the possibility that the emergence of a new rule of customary international law may modify a treaty, depending on the particular circumstances and the intentions of the parties to the treaty.' Qui il Segretariato fa riferimento all'articolo 38 del progetto del 1966 della Convenzione sul diritto dei trattati, dedicato alla possibilità di modifica di un trattato per mezzo della prassi successiva degli Stati, sui cui vedi Capitolo IV.

[1697] *Ibidem*: 'Observation 28 - The Commission has recognized that, with the exception of *jus cogens* norms, States may depart from rules of customary international law through the conclusion of bilateral or multilateral agreements. At the same time, the Commission has emphasized that a treaty, except where it provides otherwise, must be interpreted and applied in the light of existing rules of international law, including customary law.'

[1698] Vedi al punto I.3.2; in particolare 'practice in connection with treaties', nella Conclusione proposta dal relatore speciale, diventa e '*acts* in connection with treaties' nella formulazione del Drafting Committee. Sembrerebbe tuttavia trattarsi per lo più di una scelta editoriale.

[1699] Vedi al punto I.3.3; si sottolinea come dall'espressione 'treaty practice', proposta dal relatore speciale, si passa all'espressione 'treaty provisions', un'espressione che però non dovrebbe intenderesi nel senso di escludere il rilievo della prassi successiva ad un trattato.

trattato nella formazione e identificazione delle consuetudini (e non la totalità della relazione tra consuetudini e trattati)[1700]. Tale ruolo è stato spesso riconosciuto dalla Commissione[1701], ma mai nel senso di affermare un'equivalenza tra disposizione convenzionale e consuetudine, bensì riconoscendo (soltanto) che la prima può costituire prova dell'esistenza o del contenuto della seconda[1702]. Riflettendo cioè la posizione degli Stati almeno al momento della conclusione del trattato, quest'ultimo costituisce la 'riposta preliminare' all'esistenza della consuetudine, ed evita, almeno in un primo momento, di dover effettuare un'indagine sulle 'prove primarie' (ossia la prassi degli Stati)[1703]. La Corte Internazionale di Giustizia ha riconosciuto tale circostanza, sottolineando come mai tuttavia il solo trattato potrebbe considerarsi prova definitiva della consuetudine, dovendosi invece ricercare prassi e opino juris nel caso concreto[1704].

Il relatore speciale ricordava poi le tre modalità in cui un trattato può influire sul diritto consuetudinario, ossia contribuire ad accertarlo: codificando consuetudini esistenti al momento della sua conclusione, 'cristallizzando' una regola emergente, oppure portando ad una nuova prassi accettata come diritto[1705]. La prima ipotesi è quella di un trattato che dichiari espressamente una norma consuetudinaria[1706], oppure affermi di essere in parte codificazione, in parte sviluppo progressivo del diritto internazionale[1707], oppure ancora implicitamente dia forma scritta ad una consuetudine[1708]. Bisognerà di fatto verificare nel caso concreto quante e quali disposizioni del trattato sono effettivamente declaratorie del diritto consuetudinario vigente, piuttosto che finalizzate allo sviluppo progressivo, oppure operanti una codificazione 'scorretta' (in caso di imperfetta corrispondenza tra la norma consuetudinaria e quella codificata), o ancora superate dall'evoluzione del diritto consuetudinario medesimo: ciò significa appunto verificare prassi e *opinio juris* degli Stati, in particolare nel tempo che precede il trattato (compresi i lavori preparatori[1709]), le successive

[1700] A/CN.4/682, par. 31.
[1701] Ripresi dal Memorandum del Segretariato del 2013 (vedi *supra*), in particolare nel rapporto di Hudson del 1950, che già ammetteva come il vincolo convenzionale potesse estendersi oltre le parti al trattati qualora ne fosse riconosciuta la natura consuetudinaria, e che persino i trattati multilaterali non ancora in vigore potessero costituire prova di consuetudini (*Ibidem*, par. 32).
[1702] Come evidenziato anche dal Memorandum del 2013, ripreso immediatamente sopra nel testo.
[1703] *Ibidem*, par. 33. Sembra riecheggiare qui la terminologia adottata dal Segretariato nel Memorandum del 2013, dove si distingueva, appunto, tra prove 'primarie' (prove della consuetudine, ossia la prassi vera e propria) e prove secondarie (prove della prassi degli Stati); tale terminologia non viene altrimenti adottata dal relatore speciale. Vedi il Capitolo I ai punti I.2 e I.3.2.
[1704] *Ibidem*, par. 34, richiamando la decisione Libia c. Malta (1985).
[1705] *Ibidem*, par. 35; il relatore speciale ricorda che i tre processi possono 'sfumare' ('shade') l'uno nell'altro.
[1706] Come espressamente fa, nel preambolo, la Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958.
[1707] Come ad esempio la Convenzione di New York del 2004 sull'immunità giurisdizionale degli Stati
[1708] L'esempio indicato dal relatore speciale è quello della Convenzione sul genocidio del 1948, benchè si possa dubitare che già negli anni della conclusione di questa il divieto di genocidio avesse natura consuetudinaria.
[1709] Se ad esempio questi indicano un'alta opposizione in seno alla conferenza e\o la necessità di significativi compromessi, come affermato dalla CIG in Mare del Nord, sarebbe più difficile pensare che la disposizione in questione sia effettivamente declaratoria di una norma consuetudinaria.

dichiarazioni degli Stati, la prassi degli Stati non partecipanti e quella degli Stati parte nei confronti di questi ultimi[1710].

Una 'cristallizzazione' di una norma consuetudinaria potrebbe avvenire nel momento in cui il trattato viene negoziato e quindi un accordo raggiunto all'interno della conferenza intergovernativa: in tal senso, non è il trattato che, in sé, cristallizza, ma di nuovo la prassi e l'*opinio juris* degli Stati che si concentrano nella fase negoziale, come ad esempio per il riconoscimento della zona economica esclusiva presso la terza Conferenza UNCLOS[1711]. L'ultima ipotesi è che il trattato stia alla base dello sviluppo di nuove norme consuetudinarie, in tal modo arrivando a vincolare anche gli Stati non partecipanti, come riconosciuto dalla Corte Internazionale di Giustizia nella sentenza sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord[1712], e poi dall'articolo 38 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati[1713]. Si tratterebbe tuttavia un processo di difficile dimostrazione, richiedendosi anzitutto che la disposizione convenzionale sia 'of a fundamentally norm-creating character' tale da poter costituire la base per una regola generale[1714], oltre a doversi comunque rinvenire una prassi generale[1715] generalmente accettata come diritto al di fuori dell'obbligo convenzionale (non potendo questo essere in fatto ritenuto equivalente ad una consuetudine)[1716].

Vi sono numerosi esempi di disposizioni di trattati 'law making' che riflettono o divengono consuetudine, come la Convenzione del 1958 sulla piattaforma continentale e le regole d'interpretazione contenute nella Convenzione di Vienna del 1969[1717]. La difficoltà maggiore, quando si tratti di un trattato particolarmente partecipato, starebbe tuttavia nel provare che l'ampia prassi conforme alla regola sia dovuta non all'obbligo convenzionale ma ad una convinzione di giuridicità (*opinio juris*): autorevole dottrina afferma, in tale prospettiva, che la prassi in esecuzione

[1710] *Ibidem*, par. 37.
[1711] Nonostante la Convenzione ONU sul diritto del Mare sia stata conclusa nel 1982 e sia entrata in vigore più di dieci anni più tardi, il riconoscimento di tale area di sfruttamento marittimo esclusivo viene riconosciuta come consuetudine vigente a partire dagli anni della terza Conferenza.
[1712] Decisione del 20 febbraio 1969, di fatto la prima autoritaria affermazione dei tre effetti in oggetto.
[1713] Articolo 38: 'Rules in a treaty becoming binding on third States through international custom - Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.'
[1714] Riprendendo le parole della CIG in Mare del Nord, par. 72; Wood a titolo esemplificativo individua come non 'fondamentalmente normative' le disposizioni di una trattato che individuino le competenze degli organi creati dal medesimo (A/CN.4/682, par. 39).
[1715] Nel senso di 'extensive and virtually uniform' più sopra evidenziato, compresa la prassi degli Stati particolarmente interessati; di nuovo, pertanto, sulla scorta della sentenza della CIG in Mare del Nord, par. 74. In tale decisione la Corte sembrava ammettere che un'ampia partecipazione ad un trattato multilaterale potesse determinare *di per sé* la nascita di una norma consuetudinaria, ma il relatore speciale ricorda che tale ipotesi non è mai stata in concreto riconosciuta dalla Corte medesima (*ibidem*, nota 94, citando Tomka, Custom and the International Court of Justice, p. 207).
[1716] A/CN.4/682, par. 39. Vedi la nota precedente circa la posizione del relatore speciale circa la possibilità di un trattato di costituire *di per sè* una consuetudine.
[1717] *Ibidem*, par. 40; alcuni sostengono che anche la Convenzione del 2004 sull'immunità giurisdizionale degli Stati abbia contribuito alla definizione di una norma consuetudinaria, quella sull'immunità appunto, che ha tuttavia radici ben più lontane.

di un trattato è scarsamente utile all'accertamento dell'esistenza di una norma consuetudinaria, dovendosi prediligere la verifica della prassi degli Stati non partecipanti al trattato o della condotta degli Stati parte nei confronti di quelli non partecipanti[1718].

Il relatore speciale formulava poi alcune considerazioni conclusive, la prima riguardante l'impossibilità di dedurre in maniera automatica la natura consuetudinaria di una regola dalla mera ripetizione di una medesima disposizione in più trattati, potendosi trattare in realtà di un'eccezione al diritto internazionale generale (quindi ripetuta proprio per questa ragione)[1719]. La seconda riguardava l'opportunità di verificare l'effettiva firma o ratifica del trattato e l'eventuale possibilità di apporre riserve, come anche le altre circostanze di conclusione del trattato e l'effettiva conformità della prassi, quando si stia verificando l'*opinio juris* degli Stati[1720]. La Conclusione proposta è quella sopra riportata, la prima di una nuova parte V intitolata dal relatore speciale 'Particular forms of practice and evidence', e contenente anche quella dedicata alle risoluzioni.

La formulazione della Conclusione suscitava alcune perplessità da parte di molti membri della Commissione, a cominciare dalla scelta del termine 'reflect'[1721] e dall'assenza di un richiamo all'articolo 38 della Convenzione di Vienna[1722]. Circa le tre ipotesi individuate, se da una parte si suggeriva di rivedere le espressioni utilizzate per tutti i tre[1723], alcuni contestavano in particolare il modo in cui il relatore speciale aveva definito la codificazione[1724], la cristallizzazione[1725] e la

[1718] *Ibidem*, par. 41; si tratta in particolare di quello che in dottrina è stato denominato 'paradosso di Baxter' (R.R. Baxter, "Treaties and Custom", Recueil des cours, n. 129 (1970), p. 64). Wood ricorda tuttavia come la prassi successiva ha certamente una funzione rilevante nell'interpretazione del trattato *ex* articoli 31.3.b) e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.
[1719] *Ibidem*, par. 42.
[1720] *Ibidem*, par. 43.
[1721] Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 6) e Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3252, p. 10, poichè il verbo 'reflect' richiama il problema della formazione, che secondo Escobar Hernández doveva rimanere al di fuori del lavoro della Commissione).
[1722] Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3, con particolare riferimento alle problematiche che scaturiscono dalla clausola 'recognized as such' contenuta nell'articolo e riferita alle regole consuetudinarie che il trattato potrebbe generare.) e Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9).
[1723] Kamto (A/CN.4/SR.3252, p. 15: 'As to draft conclusion 12, he proposed to split it into two paragraphs, the first of which would contain the chapeau and current subparagraphs (a) and (b), to delete the phrase "or come to reflect", which added nothing and might cause unnecessary confusion, and to amend subparagraph (b) to read: "has led, at the date of the conclusion of the treaty, to the crystallization of an emerging customary rule." The second paragraph of draft conclusion 12 would reproduce the substance of current subparagraph (c) and read: "A treaty provision may also create a new rule of customary international law, by giving birth to a general practice accepted as law".') e Jacobsson (A/CN.4/SR.3254, p. 4: 'It was doubtful whether subparagraph (a) was necessary, since it was obvious that a treaty provision that codified a rule of customary international law could reflect that rule. In contrast, subparagraph (c) dealt with what now probably the main means by which customary law was formed, given the number of treaties that existed. Subparagraph (b), meanwhile, should be reworded or even deleted, as it sought to cover the transition of a treaty-based rule into a customary one and thus dealt with an emerging rule that did not yet form part of customary international law.').
[1724] Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 6, con particolare riferimento alla lettera a), per cui non sarebbe sufficiente che una disposizione in un trattato di codificazione corrisponda ad una consuetudine esistente al momento della conclusione del trattato medesimo, poichè nel frattempo eesa potrebbe essersi modificata: 'Instead, it should be stated that a customary rule codified by a treaty must still apply at the time of the attempt to identify the rule.').

generazione di nuove consuetudini[1726]. Sul piano sostanziale, del resto, risultava poco chiaro il rapporto tra cristallizzazione e generazione[1727], così come non sufficientemente illustrato il passaggio da disposizione convenzionale a consuetudine[1728]. Più in generale, un membro della Commissione negava che i trattati bilaterali potessero assumere particolare rilievo per l'identificazione di consuetudini generali[1729], osservazione che Wood, nella sua replica, rifiutava di condividere; il relatore speciale spiegava inoltre che la differenza tra le lettere b) (cristallizzazione) e c) (generazione) è fondamentalmente temporale, essendo nel primo caso la regola consuetudinaria già in via di formazione, mentre nel secondo essa è per prima cosa norma convenzionale, per poi divenire consuetudine soltanto successivamente[1730].

In definitiva, solo da una parte era giudicata sufficiente una trattazione corrispondente alla classica teoria delle tre relazioni tra consuetudini e trattati contenuta nella sentenza della CIG sulla piattaforma continentale del Mare del Nord[1731]. Altri membri della Commissione invitavano piuttosto il relatore speciale a trattare varie altre questioni: il valore delle riserve ad una disposizione che abbia (assunto) valore consuetudinario[1732], quello dei trattati di codificazione non

---

[1725] Hmoud (A/CN.4/SR.3251, p. 10, indicando la necessità di verificare la regola prima, durante e dopo il trattato, perchè possa parlarsi di 'cristallizzazione': 'The content of such an emerging rule needed to be asserted in three stages: before the treaty, throughout the treaty process and after the treaty, although, in reality, there was some overlap between the identification of an emerging rule that crystallized through the treaty and the identification of a new customary rule created by the treaty.'), Petric (A/CN.4/SR.3253, p. 8, oltre a non essere chiara l'espressione '*in statu nascendi*' usata nel rapporto), Vázquez-Bermúdez (A/CN.4/SR.3253, p. 10: ', draft conclusion 12 (b) should be reformulated, because the treaty provision had not led to the crystallization of an emerging rule of customary international law: instead, the rule of customary international law in statu nascendi had crystallized with the adoption of the treaty provision. It should therefore read "has crystallized" or "crystallizes an emerging rule of customary international law".') e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6, dovendosi chiarire i due possibili significati del termine 'cristallizzazione': 'It could either mean that a treaty provision could serve as evidence of the completion of the process of the formation of a rule of customary international law or that it could clarify the content of an emerging rule of customary international law.').

[1726] Wisnumurti (A/CN.4/SR.3252, p. 7), Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6, non essendo chiaro se in tal caso il trattato costituisce elemento di prassi o prova di *opinio juris*, o entrambi) e Singh (A/CN.4/SR.3254, p. 9).

[1727] Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3, nel senso che non sarebbe chiara la differenza tra 'emerging rule' e 'new rule'; in ogni caso, ricorda Murase, il lavoro della Commissione non dovrebbe riguardare la formazione delle norme consuetudinarie.) e Nolte (A/CN.4/SR.3253, p. 6.).

[1728] Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3251, p. 7, in particolare criticando il relatore speciale per aver negato il cosiddetto paradosso di Baxter, soprattutto in considerazione del fatto che maggiormente i trattati si diffondono come strumento giuridico nel mondo odierno, minore sarà la prassi degli Stati 'non parte' a cui affidarsi per provare l'esistenza di una corrispondente norma consuetudinaria, come richiesto dalla CIG nella sentenza sulla piattaforma continentale del Mare del Nord. In tal senso sarebbe opportuno affidarsi ad una teoria come quella di Provost, per cui la scarsità di prassi verrebbe compensata dall'*opinio juris* (quindi non lontana dalla 'sliding scale' di Kirgis, già richiamata da Kittichaisaree e negata da Wood; vedi sopra al punto I.4.3).) e Huang (A/CN.4/SR.3253, p. 11: 'According to international *case law*, the following elements needed to be investigated: the extent to which the treaty had been ratified, acceded to and accepted by States; whether any of the States parties had withdrawn from or denounced the treaty; the length of time the treaty had been in effect; the nature of the treaty provisions; and, lastly, the number of reservations.').

[1729] Forteau (A/CN.4/SR.3251, p. 6: 'Bilateral treaties rarely gave rise to customary law, if only for statistical reasons: to reflect *consensus* among the nearly 200 States in the international community would require the existence of nearly 20,000 similar bilateral treaties.').

[1730] A/CN.4/SR.3254, p. 12.

[1731] Sturma (A/CN.4/SR.3252, p. 13).

[1732] Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9) e Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 5).

in vigore[1733], la necessità per la disposizione convenzionale di essere 'fundamentally norm-creating' come richiesto dalla CIG nella medesima sentenza[1734], la possibilità di considerare l'adesione stessa ad un trattato una forma di prassi e il ruolo della prassi successiva al trattato[1735], il ruolo dei lavori preparatori[1736], la possibilità che una disposizione convenzionale sostituisca una consuetudine esistente e il rapporto con il diritto consuetudinario particolare[1737]. Nella sua replica Wood si diceva d'accordo con il fare riferimento alla necessità di una disposizione convenzionale 'fundamentally norm-creating', e in generale con l'opportunità di aggiungere elementi nel testo della conclusione, salvo l'indagine di riserve e trattati non vigenti, che giudicava meglio collocata all'interno del commentario[1738].

Il Drafting Committee preferiva anzitutto rinominare la parte V in 'Significance of certain materials for the identification of customary international law', come anticipato, al fine di sottolineare che trattati e risoluzioni costituiscono materiali particolarmente rilevanti nella fase di accertamento delle consuetudini. La formulazione della Conclusione relativa ai trattati veniva in parte rivista[1739], in particolare con l'aggiunta di un secondo paragrafo, finalizzato a riportare all'interno del *corpus* delle Conclusioni quanto affermato dal relatore speciale nel suo terzo rapporto, relativamente all'impossibilità di dedurre automaticamente la natura consuetudinaria di una norma dalla ripetizione di una medesima disposizione in più trattati:

> *Draft conclusion 11 [12] – Treaties*
>
> *1. A rule set forth in a treaty may reflect a rule of customary international law if it is established that the treaty rule: (a) codified a rule of customary international law existing at the time when the treaty was concluded; (b) has led to the crystallization of a rule of customary international law that had started to emerge prior to the conclusion of the treaty;*

[1733] Park (A/CN.4/SR.3251, p. 9).
[1734] Murase (A/CN.4/SR.3252, p. 3), Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 5) e Kolodkin (A/CN.4/SR.3254, p. 6).
[1735] McRae (A/CN.4/SR.3253, p. 4, in particolare: 'Was becoming a party to a multilateral treaty more likely to constitute evidence of *opinio juris* than entering into successive bilateral treaties with the same content?').
[1736] Hassouna (A/CN.4/SR.3252, p. 5).
[1737] Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3254, p. 7, indicandolo come un 'fourth process', ossia 'cases in which a treaty altered the meaning of an existing rule of customary law by establishing a new rule of international law that invalidated a previous practice that had been recognized as law.' Inoltre 'the question arose as to whether the geographical distribution of States parties to a treaty could serve to determine the representative or general nature of the practice. When analysing the importance of the role of treaties in the identification of customary international law, the Special Rapporteur seemed to refer only to general rules of customary international law, even though there was no indication to that effect in draft conclusion 12, which simply stated that a treaty provision could reflect or come to reflect a "rule of customary international law".').
[1738] A/CN.4/SR.3254, p. 12.
[1739] Se viene mantenuta l'espressione 'may reflect' al fine di impedire di ritenere che il trattato crei o costituisca prova definitiva di una consuetudine, viene rimossa 'may come to reflect', poiché ritenuta espressione riferibile più allo sviluppo futuro delle consuetudini piuttosto che al loro stato attuale; viene inoltre preferita l'espressione 'rule set forth in a treaty' a 'treaty provision', poichè una regola convenzionale potrebbe divenire consuetudine indipendentemente dall'essere ricompresa in una singola disposizione (Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau, 29 luglio 2015, p. 11).

or (c) has given rise to a general practice that is accepted as law (opinio juris), thus generating a new rule of customary international law.

2. The fact that a rule is set forth in a number of treaties may, but does not necessarily, indicate that the treaty rule reflects a rule of customary international law.

Nel commentare questa conclusione alcuni Stati apprezzavano l'indicazione che i trattati possono avere un rilievo soltanto probatorio[1740], benchè alcuni di essi sollecitassero la Commissione ad indicare esplicitamente che il trattato in sè non potrebbe generare una consuetudine[1741]. Nello specifico, alcuni Stati[1742] indicavano il proprio supporto all'impossibilità che le consuetudini nascano dalla mera ripetizione di disposizioni simili in diversi trattati, e un rappresentante[1743] si diceva esplicitamente d'accordo con il riconoscimento di un maggior rilievo probatorio ai trattati multilaterali. Molti Stati, tuttavia, richiedevano alla Commissione di chiarire in che modo una consuetudine possa formarsi a partire da un trattato[1744], in particolare suggerendo taluni criteri cui si dovrebbe tenere conto[1745]. Tra i criteri già evidenziati dal relatore speciale, invece, alcuni Stati

[1740] Repubblica Ceca (A/C.6/70/SR.20, par. 57, evidenziando che particolare rilievo probatorio dovrebbe riconoscersi a trattati (e risoluzioni) che effettivamente avessero come scopo quello di codificare o determinare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale: 'While most treaties and resolutions were of little help in identifying customary international law, some that were designed to codify and progressively develop international law, such as the 1963 Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Uses of Outer Space and the 1967 Outer Space Treaty, were part of a continuous process that might eventually generate rules of customary international law.'), Messico (A/C.6/70/SR.21, par. 47-48, dichiarando il proprio supporto al riconoscimento dei tre classici effetti dei trattati sul diritto consuetudinario) e Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 41 evidenziando in particolare che la prova fornita da un trattato non potrebbe in ogni caso considerarsi definitiva: 'In and of themselves, treaties could neither create customary international law nor conclusively attest to it.').

[1741] Repubblica Ceca (A/C.6/70/SR.20, par. 57) e Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 41).

[1742] Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 41) e Corea del Sud (A/C.6/70/SR.23, par. 53).

[1743] Romania (A/C.6/70/SR.21, par. 76).

[1744] Polonia (A/C.6/70/SR.21, par. 67), Romania (A/C.6/70/SR.21, par. 76, in particolare riconoscendo la scarsa distanza tra le ipotesi di 'cristallizzazione' e 'generazione'), Slovacchia (A/C.6/70/SR.23, par. 8, dovendosi approfondire specialmente il ruolo dei trattati non in vigore), Indonesia (A/C.6/70/SR.23, par. 27, invocando un chiarimento circa l'ipotesi della 'generazione': 'his delegation had no difficulty with subparagraphs (a) and (b), but doubted whether the formulation of subparagraph (c), especially the phrase "by giving rise to a general practice accepted as law" would be sufficiently clear to those interpreting the draft conclusion.') e Corea del Sud (A/C.6/70/SR.23, par. 53, sollecitando un chiarimento in generale sulla funzione probatoria dei trattati: 'The commentary should therefore provide sufficient explanation regarding the criteria for determining the relevance of a treaty provision as evidence of a rule of customary international law.').

[1745] Cina (A/C.6/70/SR.22, par. 69: 'In determining whether a treaty provision reflected a rule of customary international law, the criteria of objectivity and impartiality should be applied, and the investigation should be based strictly on general practice and *opinio juris*. Consideration should be given to factors such as the extent to which the treaty in question had been ratified, acceded to or accepted by States and whether a treaty provision had a universal character. In particular, non-party States should not arbitrarily determine which treaty provisions were rules of customary international law based on their narrow national interests. Such tactics of expediency were tantamount to utilitarianism or double standards.'), Turchia (A/C.6/70/SR.22, par. 109, in particolare negando che la distribuzione delle parti al trattato possa soddisfare il requisito di generalità della prassi: 'her delegation did not agree with the view expressed by some Commission members that the geographical distribution of the parties to a treaty could serve as evidence of the general character of practice. The approach should not be limited to a sole criterion.') e Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 63, evidenziando l'insufficienza della prassi degli Stati parte ad un trattato anche universale, né l'universalità di una o più disposizioni di un trattato non universale: 'In the United Nations Convention on the Law of the Sea, for example, the provisions concerning transit passage through straits used for international navigation were considered to represent progressive development of international law but not to constitute rules of customary international law, despite worldwide acceptance of the Convention. In that regard the practice of States not parties to the treaty was essential evidence. It was therefore necessary for the Commission to define the criteria to be met in order for

manifestavano il proprio supporto all'indicazione che la disposizione convenzionale dovrebbe essere 'fundamentally norm-creating'[1746].

II. La relazione tra consuetudini e trattati nei lavori della Commissione di Diritto Internazionale su accordi successivi e prassi successiva

È possibile individuare nei lavori relativi ad accordi e prassi successiva una sola Conclusione direttamente rilevante per i rapporti tra consuetudini e trattati, avendo scelto la Commissione di occuparsi esclusivamente del tema dell'interpretazione dei trattati attraverso la condotta successiva, abbandonando gli altri temi individuati da Nolte nell'ambito del titolo originario 'Treaties over time'[1747]. Tale Conclusione tratta tuttavia un tema di particolare delicatezza, ossia quello del possibile effetto modificativo della prassi successiva sul trattato, ipotesi di modifica del trattato che era stata collocata dalla Commissione medesima, nel progetto di Convenzione sul diritto dei trattati del 1964, immediatamente prima di quella realizzabile per mezzo della consuetudine[1748].

Occorre infatti verificare se ed in che senso una prassi 'successiva', sorretta dall'accordo unanime delle parti, può non solo interpretare, ma anche modificare il trattato, dove cioè risiede la linea di confine tra i due effetti, ed in che senso tale prassi possa ulteriormente distinguersi da quella che eventualmente formi una consuetudine (in grado, questa volta certamente, di derogare ed eventualmente anche estinguere il diritto convenzionale[1749]). L'indagine che segue parte tuttavia dalla Conclusione originariamente dedicata dal relatore speciale agli effetti interpretativi, ma all'interno della quale il Drafting Committee sceglieva di ricollocare la trattazione della questione della modifica informale[1750].

Dopo aver ricostruito l'analisi della possibilità di una modifica informale[1751], si dedica poi spazio alla Conclusione che riconosce l'interpretazione evolutiva, la cui ampia portata sarà estremamente rilevante nel tentare, nella terza sezione del Capitolo, di descrivere il confine tra interpretazione e modificazione[1752]. Si chiude con l'indicazione di alcuni esempi individuati da Nolte nel suo terzo

---

such provisions to crystallize into customary international law that was binding on States that were not parties to those instruments.').

[1746] India (A/C.6/70/SR.21, par. 64), Cina (A/C.6/70/SR.22, par. 69) e Irlanda (A/C.6/70/SR.23, par. 41).

[1747] A ben vedere la proposta di Nolte era in sè già incentrata sull'aspetto interpretativo, salva l'elencazione di altre questioni di possibile interesse (compresa quella dei possibili effetti estintivi o modificatori sul trattato di norme sopravvenute, in particolare consuetudinarie - vedi A/63/10, Annex A, par. 9).

[1748] Per un approfondimento sui lavori della Commissione relativa alla modifica informale del trattato, salvo quanto già ricordato da Nolte nei suoi rapporti, vedi il successivo punto III.1.

[1749] Si fa riferimento all'ipotesi della desuetudine, su cui ancora vedi il successivo punto III.1.2.2; Nolte vi fa riferimento solo nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio (vedi il Capitolo I, al punto II.2.1).

[1750] Punto II.1.

[1751] Punto II.2.

[1752] Punto II.3.

rapporto per il Gruppo di Studio circa la relazione tra prassi successiva nell'interpretazione dei trattati di codificazione e prassi nella formazione di consuetudini, analisi non espressamente ripresa nei suoi rapporti per la Commissione ma direttamente rilevante per il tema oggetto di questo lavoro[1753].

1. Possibili effetti di accordi e prassi successiva nell'interpretazione

> *Draft conclusion 7 – Possible effects of subsequent agreements and subsequent practice in interpretation*
>
> *1. Subsequent agreements and subsequent practice under articles 31 (3) and 32 can contribute to the clarification of the meaning of a treaty, in particular by narrowing or widening the range of possible interpretations, or by indicating a certain scope for the exercise of discretion which the treaty accords to the parties.*
>
> *2. The value of a subsequent agreement or subsequent practice as a means of interpretation may, inter alia, depend on their specificity.*

Nel suo secondo rapporto per la Commissione Nolte indagava i possibili effetti interpretativi della condotta successiva; il rilievo di questa Conclusione ai nostri fini discende dal fatto che il Drafting Committee vi trasferiva, in un nuovo terzo paragrafo, anche la trattazione del possibile effetto modificativo della prassi successiva, originariamente indicato dal il relatore speciale in una apposita Conclusione[1754]. Si trattava di una scelta di coerenza, in maniera che in un'unica Conclusione si trattassero gli effetti della condotta successiva (in generale); è tuttavia opportuno in ogni caso dare conto della settima Conclusione come inizialmente proposta, in considerazione del fatto che molte riflessioni qui collocate possono essere utili proprio per tracciare il confine tra interpretazione (pur estensiva) e modificazione; nel successivo paragrafo, poi, si indicheranno propriamente le basi su cui veniva redatta la Conclusione dedicata alla modifica informale.

Il relatore speciale affermava, come nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio, che accordi successivi e prassi successiva possono specificare un termine, oppure confermare un significato più ampio (anche nel senso di garantire uno spazio di discrezionalità per gli Stati). Per quanto riguarda la prima ipotesi, accordi e prassi successiva potrebbero specificare il significato del trattato, non tanto in funzione del grado di determinazione di una disposizione del trattato, quanto in ragione dell'intenzione delle parti. Nolte indicava come il termine 'feasible precautions' contenuto nell'articolo 57 del I Protocollo Addizionale del 1977 alle quattro Convenzioni di Ginevra sia stato

[1753] Punto II.4.
[1754] La numero 11, come indicato al successivo punto II.2.

specificato dall'articolo 3.10 del Protocollo II del 1980 su mine e trappole, definizione poi adottata nella prassi dagli Stati che si individua nei manuali militari[1755].

Spesso la specificazione deriva da una decisione di una conferenza di Stati parte (COP), qualificabile come 'accordo successivo', come nel caso della quarta COP della Convenzione quadro dell'OMS sul controllo del tabacco del 2003: nel 2010 gli Stati hanno infatti definito alcuni termini della Convenzione e gli obiettivi da raggiungere con l'imposizione ai produttori di tabacco di obblighi di disvelamento di informazioni[1756]. Se tale esempio si ritrova nel lavoro di Nolte come relatore speciale nella parte relativa alle COPs, in questa parte del secondo rapporto, come esempio di prassi successiva che limita il significato di un trattato, si rinviene di nuovo anche il caso del permesso di atterrare degli aerei *charter* nella convenzione di Chicago, da questa non espressamente previsto ma ritenuto per prassi obbligatorio[1757].

'Specificazione' può anche significare la conferma di un'interpretazione ampia, come rispetto all'articolo 33 della Convenzione sui rifugiati del 1951, che richiede un'individuale determinazione dello status di rifugiato, nulla dicendo rispetto alle situazioni di arrivo in massa di richiedenti asilo: l'UNHCR infatti ha sempre applicato un criterio di verifica individuale anche alle situazioni di massiccio afflusso, benché i lavori preparatori della Convenzione facessero pensare al contrario[1758]. Anche la portata dell'immunità dei veicoli consolari dall'esecuzione è stata specificata dalla prassi degli Stati, che tendono a consentire la rimozione di tali veicoli se necessario alla viabilità stradale[1759].

L'altro effetto di accordi e prassi successiva individuato nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio era quello di determinare la portata della discrezionalità concessa agli Stati nell'esecuzione del

[1755] Nolte, "Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Subsequent Agreements and Subsequent Practice Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 307, a p. 334. L'articolo 3.10 del Protocollo II afferma: 'All feasible precautions shall be taken to protect civilians from the effects of weapons to which this Article applies. Feasible precautions are those precautions which are practicable or practically possible taking into account all circumstances ruling at the time, including humanitarian and military considerations. [...]'.

[1756] *Ibidem*; l'articolo 10 della Convenzione suddetta (rubricato 'Regulation of tobacco product disclosures') prevede genericamente: 'Each Party shall, in accordance with its national law, adopt and implement effective legislative, executive, administrative or other measures requiring manufacturers and importers of tobacco products to disclose to governmental authorities information about the contents and emissions of tobacco products. Each Party shall further adopt and implement effective measures for public disclosure of information about the toxic constituents of the tobacco products and the emissions that they may produce.'

[1757] Vedi sopra al punto II.2.1.3.

[1758] Third Report, cit., p. 335.

[1759] *Ibidem*; occorre considerare che l'articolo 31.4 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari non prevede infatti una simile eccezione: 'The consular premises, their furnishings, the property of the consular post and its means of transport shall be immune from any form of requisition for purposes of national defence or public utility. If expropriation is necessary for such purposes, all possible steps shall be taken to avoid impeding the performance of consular functions, and prompt, adequate and effective compensation shall be paid to the sending State.'

trattato[1760]. Il primo esempio era quello dell'obbligo di esporre i simboli della Croce Rossa e Mezzaluna Rossa, sancito dall'articolo 12 del secondo Protocollo Addizionale del 1977 alle quattro Convenzioni di Ginevra[1761]: la prassi degli Stati sembra infatti andare nella direzione di subordinare tale obbligo alla discrezionalità dello Stato, consentendogli di valutare il rischio che l'adempimento nel caso concreto esponga il personale ad un aumentato rischio di attacchi armati deliberati[1762].

Nolte menzionava anche l'aggiunta da parte delle COP alla Convenzione di Ramsar di nuovi requisiti per la designazione di zone umide non inizialmente previsti nel trattato[1763], requisiti che tuttavia nella prassi degli Stati non sembrano ritenersi vincolanti (lasciando dunque spazio alla discrezionalità agli Stati)[1764]. Infine la prassi degli Stati nell'attribuire la qualifica di persona non grata ex articolo 9 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche sembra confermare l'ampia discrezionalità che la disposizione concede[1765].

Nel secondo rapporto per la Commissione Nolte riprendeva poi la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia per evidenziare, come nel primo rapporto per il Gruppo di Studio, la relazione tra la condotta successiva e gli altri mezzi interpretativi. La Corte normalmente parte dal significato ordinario del trattato, utilizzando la prassi come elemento confermativo (o meno); Nolte riprendeva l'analisi contenuta nel primo rapporto per il Gruppo di Studio[1766], indagando la relazione della condotta successiva con il significato ordinario, il contesto e l'oggetto e scopo del trattato. Si ribadisce che ai fini di questo elaborato i successivi esempi fungono esclusivamente come indicatori

[1760] Third Report, cit., p. 336.
[1761] L'articolo recita: 'The distinctive emblem – Under the direction of the competent authority concerned, the distinctive emblem of the red cross, red crescent or red lion and sun on a white ground shall be displayed by medical and religious personnel and medical units, and on medical transports. It shall be respected in all circumstances. It shall not be used improperly.'
[1762] Nolte menziona in particolare la risposta del Governo tedesco ad un'interrogazione parlamentare del 9 aprile 2010 ('Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan', http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/013/1701338.pdf).
[1763] Convenzione sulle zone umide di importanza internazionale, articolo 2: '1. Each Contracting Party shall designate suitable wetlands within its territory for inclusion in a List of Wetlands of International Importance, hereinafter referred to as "the List" which is maintained by the bureau established under Article 8. The boundaries of each wetland shall be precisely described and also delimited on a map and they may incorporate riparian and coastal zones adjacent to the wetlands, and islands or bodies of marine water deeper than six metres at low tide lying within the wetlands, especially where these have importance as waterfowl habitat. [...]'
[1764] In particolare la Corte Federale Australiana, nel caso Minister for the Environment & Heritage c. Greentree (no. 2, 2004), ha affermato che il linguaggio delle raccomandazioni delle COPs non fa pensare ad un effetto vincolante.
[1765] L'articolo recita: '1. The receiving State may at any time and without having to explain its decision, notify the sending State that the head of the mission or any member of the diplomatic staff of the mission is persona non grata or that any other member of the staff of the mission is not acceptable. In any such case, the sending State shall, as appropriate, either recall the person concerned or terminate his functions with the mission. A person may be declared non grata or not acceptable before arriving in the territory of the receiving State'. Secondo Nolte la prassi evidenzia che la gravità dei casi è spesso elevata, ma a volte la dichiarazione avviene anche in casi meno gravi, come quello di guida in stato di ebrezza registrato nella prassi canadese (Third Report, cit., p. 337).
[1766] Nolte, "Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Jurisprudence of the International Court Of Justice and Arbitral Tribunals of Ad Hoc Jurisdiction Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 169, da p. 177.

del potenziale interpretativo della prassi successiva, che dovrà essere messo in relazione alla possibilità di modificare informalmente il trattato, in particolare con l'obiettivo di tracciare un confine tra interpretazione e modificazione.

1.1. Il significato ordinario dei termini

Normalmente punto di partenza di qualsiasi operazione interpretativa, il significato ordinario dei termini di un trattato spesso porta ad un risultato che la condotta successiva delle parti è meramente chiamata a confermare oppure smentire. Nel primo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva proposto quattro possibili relazioni tra i due criteri interpretativi: la condotta successiva, anzitutto, può avere l'effetto di restringere (specificare) o ampliare (in senso evolutivo) il significato ordinario di un termine utilizzato nel trattato, come nel caso del parere della Corte Internazionale di Giustizia sulle Armi nucleari[1767]. Tuttavia, si riconosce anche la possibilità che una prassi successiva potrebbe non essere ritenuta sufficiente a sostenere un'interpretazione ampia di un termine contenuto nel trattato, in mancanza nel trattato di un'esplicita menzione in tal senso; tuttavia, rileva Nolte, tale rigidità si manifesta raramente in giurisprudenza[1768].

Altra possibilità è quella che la condotta successiva relativa al trattato in generale o ad alcune disposizioni influenzi l'interpretazione di un'altra disposizione, ragion per cui non dovrebbero riconoscersi disparità di valore della condotta successiva in funzione dell'oggetto a cui essa è riferita[1769]. Infine si rileva l'ipotesi in cui un termine sia particolarmente ambiguo, per cui la condotta successiva assumerebbe un ruolo determinante; Nolte rileva tuttavia come la condotta successiva eserciti un'influenza significativa anche quando il termine è chiaro, arrivando anzi, talvolta, a modificare di fatto il trattato, come in casi che hanno riguardato le Nazioni Unite[1770].

Nel secondo rapporto per la Commissione si ritrovano anche due casi che non erano stati richiamati nel primo rapporto per il Gruppo di Studio. In particolare, il parere su Certe Spese delle Nazioni

[1767] In esso si giudica che il termine 'poisonous weapon' non ricomprenda le armi nucleari; vi sarebbero tuttavia casi in cui la condotta è tanto ambigua da non poter portare a tale specificazione, ad esempio nel caso Cittadini statunitensi in Marocco (Francia c. Stati Uniti). Come frequenti casi di interpretazione evolutiva si indicano quelli che coinvolgono le organizzazioni internazionali, ad esempio il parere del 1989 nel caso Mazilu, che conferma l'applicabilità dell'articolo 22 della Convenzione su privilegi e immunità delle Nazioni Unite a individui non regolarmente impiegati dall'ONU (anch'essi quindi qualificabili come 'esperti' se impiegati in un determinato incarico) (*Ibidem*, p. 178).

[1768] *Ibidem*, p. 178-9. Come esempio di mancata estensione del significato ordinario del termine nonostante una chiara condotta successiva in tal senso, Nolte cita il caso El Salvador c. Honduras, deciso dalla CIG nel 1992, per cui la corte nega che il trattato in parola le attribuisca giurisdizione sulla questione della delimitazione dei confini tra i due Stati.

[1769] *Ibidem*, p. 179. L'esempio è il parere della CIG 'Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Safety Organization' (1960), in cui la prassi successiva conferma l'utilizzo del criterio del tonnellaggio per l'interpretazione dell'espressione 'largest ship owning nation'.

[1770] *Ibidem*, p. 180. Esempi di termini chiari il cui significato è stato esteso o di fatto modificato dalla condotta successiva sono infatti quelli contenuti negli articoli 27 e 12 della Carta di San Francisco, sulla base dei pareri della CIG nel caso Namibia (1971) e sulla costruzione di un Muro in Palestina (2004), rispettivamente.

Unite, in cui la Corte Internazionale di Giustizia aveva utilizzato la prassi successiva per restringere il significato di un termine ('azione') ed estendere quello di un altro ('spese'), e la decisione su Cittadini USA in Marocco, in cui essa aveva rilevato come la variazione di una prassi determinasse il venir meno dell'effetto specificativo[1771].

1.2. Il contesto del trattato

Nel primo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte si era limitato ad affermare che il 'contesto' comprende, secondo l'articolo 31.2 della Convenzione di Vienna, oltre a preambolo e allegati, anche 'accordi' e 'altri strumenti' conclusi 'in connessione con il trattato'. Si tratterebbe di una categoria scarsamente utilizzata dalle corti, e la cui distinzione rispetto alla condotta successiva sarebbe, in ogni caso, meramente di collocazione temporale. Nella sostanza, anzi, si tratterebbe di un elemento interpretativo che opera in maniera strutturalmente simile, sulla base, cioè, dell'accordo delle parti[1772]. Nel secondo rapporto per la Commissione, invece, Nolte citava il parere sull'IMCO, in cui la Corte ha fatto riferimento alla prassi di usare il criterio del tonnellaggio, in applicazione di altre disposizioni della Convenzione IMCO, per definire la categoria di 'largest ship owning nation' di cui all'articolo 28 della medesima[1773].

1.3. Oggetto e scopo

Nel primo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte ipotizzava quattro possibili relazioni che legano la condotta successiva al criterio interpretativo dell'oggetto e scopo del trattato. Anzitutto la condotta successiva potrebbe direttamente contribuire all'individuazione dell'oggetto e scopo; Nolte richiamava in tal senso l'espressione 'emergent purpose' usata da Sir Gerald Fitzmaurice[1774]. La portata della condotta successiva come criterio interpretativo potrebbe poi essere influenzata dal carattere e dal contenuto del trattato, intesi come elemento del suo oggetto e scopo; la giurisprudenza disponibile è tuttavia troppo scarsa e troppo poco specifica per supportare in maniera definitiva una simile tesi, rilevava Nolte[1775].

[1771] A/CN.4/671, par. 23 e 24.
[1772] *Ibidem*, p. 180.
[1773] A/CN.4/671, par. 25. L'esempio era stato utilizzato da Nolte nel primo rapporto per il Gruppo di Studio in riferimento al significato ordinaro, piuttosto che al contesto del trattato: vedi la nota 1769.
[1774] *Ibidem*, p. 181-2. Nella giurisprudenza della CIG, esempi di condotta successiva usata per ricavare l'oggetto e lo scopo del trattato sono Danimarca c. Norvegia (1993), Camerun c. Nigeria (1998), ma in particolare il caso delle Piattaforme Petrolifere (1996), in cui la Corte nega che il trattato di amicizia USA-Iran avesse come oggetto e scopo quello di costituire relazioni pacifiche tra i due paesi, anche in base alla prassi per cui il trattato non viene invocato in altri casi di contrasto tra i due paesi.
[1775] *Ibidem*, p. 183. La tesi, attribuita a Villiger, sembrerebbe inoltre basarsi inoltre sul fatto che il carattere del trattato, oltre al numero di parti, possa distinguersi tra 'legislativo' e 'contrattuale', opinione che non gode più di significativo seguito nella dottrina internazionalistica.

Terza possibilità, questa volta non controversa, è che la condotta successiva possa contribuire a riconciliare i diversi oggetti e scopi ascrivibili al trattato, come nel caso Kasikili\Sedudu, deciso dalla CIG nel 1999[1776]. Infine, la condotta successiva potrebbe essere d'ausilio nello specificare entro quali limiti si realizza concretamente l'oggetto e scopo di un trattato, quando questo non preveda, per iniziale disaccordo delle parti, un regime d'implementazione: Nolte individuava tuttavia l'esempio di una prassi tale da rendere inappropriato il ricorso ad oggetto e scopo del trattato al fine estenderne l'applicazione, ossia il parere della Corte Internazionale di Giustizia sulle Armi Nucleari[1777].

Nel suo secondo rapporto per la Commissione il relatore speciale non ribadiva tali quattro ipotesi, limitandosi ad ricordare alcuni casi in cui la condotta successiva ha contribuito a chiarire l'oggetto e scopo del trattato o riconciliarlo con il significato che altri mezzi interpretativi avrebbero determinato[1778], o ancora a riconciliarlo con l'oggetto e scopo di singole disposizioni[1779].

Infine, un paragrafo del secondo rapporto era dedicato all'analisi della specificità della prassi: la giurisprudenza internazionale (di cui al secondo rapporto per il Gruppo di Studio) sembra concorde nell'evidenziare che quanto più una prassi è specifica rispetto al trattato da interpretare, tanto maggiore sarà il suo ruolo rispetto agli altri mezzi d'interpretazione, con la rilevante eccezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[1780]. Essa, come visto a proposito della definizione della prassi successiva[1781], spesso verifica semplicemente il contenuto delle legislazioni nazionali o le posizioni degli Stati, in ragione del contenuto particolare della CEDU: i diritti individuali non si prestano infatti ad essere interpretati autoritativamente e 'applicati' dagli Stati, bensì devono essere tradotti nell'ordinamento dei singoli Stati. In tal senso, sarebbee sufficiente appunto verificare un certo grado di comunanza nelle legislazioni nazionali, o addirittura per certi diritti acquista valore anche una prassi meno specifica. Si ricorda che, tra le Conclusioni viste, un riferimento alla 'specificità'

[1776] *Ibidem.*
[1777] *Ibidem.* In esso, senza appunto far riferimento a oggetto e scopo, la CIG riteneva le armi nucleari escluse dalla portata del Protocollo di Ginevra del 1925, che parla di 'asphyxiating, poisonous or other gases, and of all analogous liquids, materials or devices', poichè esso è stato in concreto attuato nel senso di applicarsi limitatamente a tali armamenti (par. 55 del parere: 'The terms have been understood, in the practice of States, in their ordinary sense as covering weapons whose prime, or even exclusive, effect is to poison or asphyxiate. his practice is clear, and the parties to those instruments have not treated them as referring to nuclear weapons.'). Al contrario, un ambito in cui la condotta successiva indica i concreti limiti di oggetto e scopo sarebbe quello delle convenzioni sul regolamento pacifico delle controversie, che richiedono un accordo speciale per l'attribuzione di competenza ad un determinato tribunale internazionale: l'oggetto e scopo del trattato iniziale verrebbe così ad essere definito dall'accordo successivo.
[1778] Come nei casi Jan Mayen, Piattaforme Petrolifere e Cameron c. Nigeria (A/CN.4/671, par. 28).
[1779] Come nella decisione Kasikili\Sedudu (A/CN.4/671, par. 29).
[1780] A/CN.4/671, par. 39-41.
[1781] Vedi sopra al punto II.2.2.2.

della prassi si sia rinvenuto nell'ottava Conclusione, dove il Drafting Committee riteneva meglio collocata una simile considerazione, relativa al peso della prassi[1782].

1.4. Dibattito e riformulazione

I membri della Commissione criticavano per varie ragioni la formulazione di questa Conclusione, giudicata a rischio di sovrapporsi con altre[1783], troppo ambigua[1784] e manchevole di una distinzione tra articolo 31 e 32 della Convenzione di Vienna[1785]. Alcuni in particolare rilevavano la necessità di indicare espressamente che gli effetti interpretativi di accordi e prassi successiva non possono essere tali da prevalere sul significato ordinario[1786] o sull'intenzione originaria delle parti[1787], mentre veniva messo in dubbio anche l'uso del termine 'specificità'[1788].

Il Drafting Committee, pertanto, riformulava completamente questa Conclusione, basandosi sul primo paragrafo proposto dal relatore speciale, spostando il secondo (relativo alla 'specificità' della prassi) nella successiva ottava Conclusione e introducendo qui il discorso relativo all'effetto modificativo, originariamente contenuto nell'undicesima[1789]. Il primo paragrafo ribadiva pertanto che accordi e prassi successiva possono contribuire a chiarire il significato del trattato, attribuendo tuttavia maggiore enfasi al fatto che essi sono alcuni soltanto dei mezzi interpretativi di cui all'articolo 31 della Convenzione di Vienna, che devono operare tutti in maniera combinata; in particolare, accordi e prassi successivi potrebbero chiarire anche il significato degli stessi altri

[1782] Vedi il Capitolo I al punto II.4.1, circa la riformulazione dell'ottava Conclusione.
[1783] Murphy (A/CN.4/SR.3205, p. 6: 'Draft conclusion 7, paragraph 1, appeared to duplicate draft conclusion 11, paragraph 1, since both indicated that subsequent conduct could help to clarify the meaning of a treaty by narrowing or widening the range of possible interpretations. Paragraph 2 should be harmonized with draft conclusion 8, given that, as they currently stood, the two formulations made the value of subsequent practice as a means of interpretation conditional upon differing criteria.') e Forteau (A/CN.4/SR.3205, p. 8: 'it was unclear what the difference was between the interpretative effect, value or scope — terms used in draft conclusions 7, 8 and 11 — of subsequent practice, and he was of the view that those terms, which for the most part were equivalent, should be brought together in a single draft conclusion.').
[1784] Park (A/CN.4/SR.3206, p. 3; in particolare 'he queried the contents of draft conclusion 7, given that the European Court of Human Rights was the only international court to limit itself to broad, comparative assessments of subsequent practice.') e Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3207, p. 4: 'In paragraph 2, while she had no preference for either "value" or "weight", it would be wise to clarify the meaning of the term chosen in the commentary.').
[1785] Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3207, p. 4), Wood (A/CN.4/SR.3208, p. 7, ricordando inoltre che l'uso dei mezzi interpretativi sussidiari non è soggetto a condizioni soltanto quando si tratti di confermare il significato del trattato già raggiunto attraverso altri mezzi.) e Gevorgian (A/CN.4/SR.3208, p. 9).
[1786] Hmoud (A/CN.4/SR.3208, p. 5).
[1787] Gevorgian (A/CN.4/SR.3208, p. 9).
[1788] Park (A/CN.4/SR.3206, p. 3) e Gevorgian (A/CN.4/SR.3208, p. 9: 'he queried the choice of specificity as the criterion for determining the value of subsequent agreements and subsequent practice. Was that really the most important element in treaty interpretation? According to draft conclusion 8, on the other hand, the value of subsequent practice as a means of interpretation depended on the extent to which it was concordant, common and consistent.' - vedi anche il commento negativo di Gevorgian all'uso di questa triade di aggettivi, in relazione all'ottava Conclusione, nota 699).
[1789] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Vergne Saboia, 5 giugno 2014, p. 4.

mezzi interpretativi[1790]. Il secondo paragrafo confermava poi il ruolo sussidiario della prassi ex articolo 32, al fine di riprendere la distinzione tra le due forme di prassi successiva.

Come anticipato, il discorso relativo all'effetto modificativo, originariamente contenuto nel secondo paragrafo della Conclusione 11, veniva spostato in questa, poichè dedicata per l'appunto agli effetti di accordi e prassi successiva[1791]. Tuttavia, dal momento che la sostanza di tale questione è trattata nel prossimo paragrafo, si preferisce rinviare ad esso l'analisi del modo in cui il Drafting Committee riformula e quello in cui gli Stati commentano il terzo paragrafo della Conclusione 7.

> *Draft Conclusion 7 – Possible effects of subsequent agreements and subsequent practice in interpretation*
>
> *1. Subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, contribute, in their interaction with other means of interpretation, to the clarification of the meaning of a treaty. This may result in narrowing, widening, or otherwise determining the range of possible interpretations, including any scope for the exercise of discretion which the treaty accords to the parties.*
>
> *2. Subsequent practice under article 32 can also contribute to the clarification of the meaning of a treaty.*
>
> *3. [...]*

2. Portata dell'interpretazione a partire da accordi e prassi successiva (in particolare l'effetto modificativo della prassi successiva)

> *Draft conclusion 11 – Scope for interpretation by subsequent agreements and subsequent practice*
>
> *(1) The scope for interpretation by subsequent agreements or subsequent practice as authentic means of interpretation under article 31 (3) may be wide.*
>
> *(2) It is presumed that the parties to a treaty, by a subsequent agreement or subsequent practice, intend to interpret the treaty, not to modify it. The possibility of modifying a treaty by subsequent practice of the parties has not been generally recognized.*

Come ricordato la Conclusione 11 proposta dal relatore speciale, sostanzialmente dedicata all'effetto modificativo della prassi successiva, veniva incorporata all'interno della settima, come appena descritto. È il caso a questo punto di approfondire nella sostanza la questione come affrontata da Nolte, a partire dal suo primo rapporto per il Gruppo di Studio.

[1790] *Ibidem*, p. 5: 'such conduct may serve not only to clarify the terms of the treaty but also other means of interpretation which are mentioned in article 31.'

[1791] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Vergne Saboia, 5 giugno 2014, p. 6. Per l'undicesima Conclusione proposta da Nolte, rubricata 'Scope for interpretation by subsequent agreements and subsequent practice', vedi il punto immediatamente successivo II.2.

2.1. La modifica del trattato attraverso la prassi successiva nel primo rapporto per il Gruppo di Studio

Ampia parte del primo rapporto per il Gruppo di Studio era dedicato alla possibilità che la condotta successiva delle parti abbia l'effetto di modificare il contenuto del trattato, come sarebbe stato in astratto riconosciuto dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso Costa Rica c. Nicaragua[1792]. Anzitutto si ricostruiva la proposta della Commissione di introdurre un apposito articolo nella Convenzione sul diritto dei trattati: l'articolo 38 del Progetto del 1966, rubricato 'Modification of treaties by subsequent practice', affermava 'A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions.'[1793]

Alla Conferenza di Vienna del 1968 furono molti gli Stati che contestarono la disposizione, sulla base di diverse motivazioni: la necessità di esigere il rispetto di apposite procedure al fine di modificare un trattato[1794], il rischio di pregiudicare la stabilità del trattato e il principio *pacta sunt servanda*[1795], oltre che le procedure costituzionali nazionali[1796], l'essere sufficiente un articolo dedicato all'effetto interpretativo della prassi successiva[1797], il rischio che si determinassero modifiche senza l'accordo di tutte le parti[1798], o a partire dalla condotta di organi di rango inferiore[1799]. Molte furono tuttavia anche le argomentazioni spese a favore dell'articolo proposto: la conformità con la natura non formale del diritto internazionale[1800], il supporto nella giurisprudenza[1801], l'assenza di reali problemi a livello nazionale[1802], l'insufficienza dell'interpretazione come metodo di risoluzione di certi conflitti, l'assenza di un reale contrasto con il principio *pacta sunt servanda*[1803], e l'essere la modifica informale di fatto già riconosciuta come regola o principio di diritto internazionale[1804].

Anche il relatore speciale Waldock difese la proposta evidenziando l'assenza di un conflitto tra la disposizione e il principio *pacta sunt servanda,* dal momento che ad essere riconosciute avrebbero

[1792] Con specifico riferimento alla prassi successiva, la Corte afferma (par. 64 della sentenza): 'the subsequent practice of the parties, within the meaning of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention, can result in a departure from the original intent on the basis of a tacit agreement between the parties'.
[1793] Annuario della Commissione di Diritto Internazionale, 1966, vol. II, p. 236.
[1794] A/CONF.39/11, p. 208, par. 63 (Francia).
[1795] A/CONF.39/11, p. 210, par. 75 (Cile) e p. 212, par. 35 (Uruguay).
[1796] A/CONF.39/11, p. 208, par. 58 (Giappone) e par. 63 (Francia); p. 209, par. 68 (Spagna); p. 211, par. 21 (Colombia).
[1797] A/CONF.39/11, p. 207, par. 57 (Finlandia).
[1798] A/CONF.39/11, p. 208, par. 73 (Spagna).
[1799] A/CONF.39/11, p. 209, par. 68 (Spagna); p. 211, par. 6 (Stati Uniti).
[1800] A/CONF.39/11, p. 211, par. 9 (Iraq) e par. 22 (Italia).
[1801] A/CONF.39/11, p. 214, par. 51 (Argentina).
[1802] A/CONF.39/11, p. 214, par. 57 (Sir Humphrey Waldock).
[1803] A/CONF.39/11, p. 214, par. 51 (Argentina); p. 123, par. 49 (Cambogia).
[1804] A/CONF.39/11, p. 211, par. 22 (Italia); p. 212, par. 33 (Austria); p. 213, par. 48 (Israele); p. 214, par. 51 (Argentina).

potuto essere in ogni caso soltanto le modifiche informali apportate in buona fede, e negando che sarebbero sorti dei problemi interni di ordine costituzionale[1805]. Ciononostante, venne avanzata una proposta di eliminazione dell'articolo, che ottenne il favore della maggioranza degli Stati rappresentati alla Conferenza[1806].

2.1.1. Casi rilevanti

La Corte Internazionale di Giustizia non ha mai espressamente affermato che in concreto una prassi successiva abbia modificato di fatto un trattato, ma, sosteneva Nolte nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio, l'analisi di alcuni casi suggerisce che in realtà ciò sia effettivamente avvenuto. Anzitutto nel parere sulla Namibia del 1971, in cui la Corte riconosceva che il disposto dell'articolo 27 della Carta di San Francisco, che impone il voto 'concorrente' di tutti i membri permanenti del Consiglio di Sicurezza per questioni di natura non procedurale, non aveva impedito l'approvazione di talune risoluzioni non procedurali nonostante l'astensione di taluni membri permanenti del Consiglio[1807]. Più recentemente, nel parere sulla Costruzione di un Muro in Palestina, la Corte riconosceva che, nonostante il disposto dell'articolo 12 della Carta delle Nazioni Unite, con crescente frequenza Consiglio di Sicurezza e Assemblea Generale si occupano contemporaneamente della medesima questione riguardante il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali[1808]. Infine, anche in una sentenza, quella sul Tempio di Preah Vihear, la Corte riconosceva il confine tra Cambogia e Tailandia sulla base di una mappa distribuita unilateralmente dalle autorità francesi amministranti la Cambogia, in apparente difformità (benché la Corte lasciasse aperta la questione) rispetto alla linea di confine indicata in un trattato concluso tra Francia e Siam nel 1908[1809].

[1805] A/CONF.39/11, p. 214 e seguenti.

[1806] Per la precisione 53 voti a favore, 15 contrari e 26 Stati astenuti.

[1807] Parere sulla Namibia (1971), p.22, par 22: 'However, the proceedings of the Security Council extending over a long period supply abundant evidence that presidential rulings and the positions taken by members of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions. By abstaining, a member does not signify its objection to the approval of what is being proposed; in order to prevent the adoption of a resolution requiring unanimity of the permanent members, a permanent member has only to cast a negative vote. This procedure followed by the Security Council, which has continued unchanged after the amendment in 1965 of Article 27 of the Charter, has been generally accepted by Members of the United Nations and evidences a general practice of that Organization'.

[1808] Parere sulla Costruzione di un Muro in Palestina (2004), p. 149, par. 27: 'As regards the practice of the United Nations, both the General Assembly and the lsecurity Council initially interpreted and applied Article 12 to the effect that the Assembly could not make a recommendation on a question concerning the maintenance of international peace and security while the matter remained on the Council's agenda. [...] However, this interpretation of Article 12 has evolved subsequently. [...] the Court notes that there has been an increasing tendency over time for the General Assembly and the Security Council to deal in parallel with the same matter concerning the maintenance of international peace and security [...]. It is often the case that, while the Security Council has tended to focus on the aspects of such matters related to international peace and security, the General Assembly has taken a broader view, considering also their humanitarian, social and economic aspects.'

[1809] Tempio di Preah Vihear (1962), p. 23 e seguenti.

Anche la giurisprudenza arbitrale sembra confermare la possibilità di una modifica informale del trattato sulla base della prassi successiva. Nella controversia tra Etiopia ed Eritrea il tribunale riconosceva che il trattato sui confini tra i due paesi era stato effettivamente modificato dalla condotta successiva delle parti[1810], e nell'arbitrato Taba i giudici dichiaravano, almeno in astratto, che a prevalere in caso di conflitto tra un trattato sui confini e la linea disegnata in concreto da alcuni pilastri sarebbe stata quest'ultima a prevalere (salvo poi negare che un simile contrasto sussistesse in concreto)[1811]. Ciò, concludeva Nolte, fa pensare che non è necessario che un termine sia ambiguo od oscuro affinché la condotta successiva delle parti abbia un effetto modificativo sul trattato, bensì tale effetto si può produrre anche in presenza di un linguaggio specifico o un significato chiaro[1812].

2.1.2. Categorie di trattati suscettibili di modifica informale

Sarebbero in particolare due le categorie di trattati che, pertanto, Nolte asseriva possano subire una modifica informale. Anzitutto i trattati istitutivi di un'organizzazione internazionale, come dimostrano i pareri della Corte Internazionale di Giustizia nel caso della Namibia e della Costruzione di un muro in Palestina. La ragione di ciò sarebbe da ricollegarsi alla dinamicità dell'organizzazione, che evolverebbe nel tempo in funzione dello scopo statutario[1813]. Nolte rigettava la tesi di Fitzmaurice[1814] per cui tale effetto modificativo sarebbe limitato al modo di esercizio delle competenze dell'organo, non potendosi spingere nel senso di modificare o aggiungere altri poteri all'organizzazione: secondo l'autore del rapporto, invece, alcune decisioni della Corte Internazionale di Giustizia riconoscono espressamente l'eventualità di effetti sostanziali della prassi sulla struttura e i poteri dell'organizzazione[1815]. In ogni caso, concludeva Nolte, non sarebbe possibile negare un ruolo particolare della condotta successiva nell'evoluzione delle organizzazioni internazionali, come emerge anche dall'articolo 2.1.j) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali, che

[1810] Lodo del 13 aprile 2002, in particolare p. 110 e seguenti.
[1811] Lodo del 29 settembre 1988 in una controversia tra Egitto e Israele.
[1812] Introductory Report, cit. p. 202.
[1813] *Ibidem*, p. 203. In particolare, come avviene nei casi indicati, la modifica potrebbe più facilmente riconoscersi quando non si abbiano reali turbamenti nelle competenze degli organi e nei rapporti di forza tra gli Stati membri dell'organizzazione.
[1814] Espressa nella sua opinione dissenziente nel parere sulla Namibia, in particolare p. 282, par. 94.
[1815] *Ibidem*. Si tratterebbe del parere sulla Riparazione dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite (1949)('the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice'), di quello sulle Armi nucleari (1996)(in cui l'applicazione dell'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna alla prassi dell'organizzazione rappresenterebbe, secondo Nolte, la dimostrazione del riconoscimento, almeno in astratto, della possibilità di un'influenza della prassi sui poteri dell'organizzazione) e della decisione in Camerun c. Nigeria (Obiezioni preliminari, 1998)(par. 70: ' The Court further notes that the member States of the Commission subsequently charged it with carrying out the demarcation of boundaries in the region on the basis of the agreements and treaties referred to in the experts' report of November 1984').

individua, come visto più sopra[1816], tra le 'regole dell'organizzazione' anche la 'established practice of the organization'.[1817]

Altra categoria di trattato suscettibile di subire modifiche informali, come emerge dalla giurisprudenza, sarebbero i trattati di delimitazione dei confini, nonostante il linguaggio preciso e la funzione di stabilità che dovrebbero svolgere[1818]. Nella decisione della controversia tra Burkina Faso e Mali la Corte Internazionale di Giustizia ha affermato il principio secondo cui le dispute sui confini dovrebbero essere decise, ossia presumendo la priorità del titolo ma ammettendo che il principio di effettività possa vincere tale presunzione[1819]; ciò è quanto avviene, in ragione dell'acquiescenza di uno Stato ad atti di sovranità altrui, nelle decisioni Camerun c. Nigeria[1820] e Tempio di Preah Vihear. Nolte sottolineava per altro come in molti trattati sui confini persiste un'ambiguità dovuta alla necessità di marcare in concreto il confine, e la Corte sembra distinguere tra i trattati che definiscono un confine pur chiaramente ma senza marcarlo (quindi più suscettibili di modifica informale), e quelli che invece fissano direttamente la linea di demarcazione[1821].

Nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio Nolte aveva già avuto modo di sottolineare come, d'altro canto, le esigenze di stabilità che informano un trattato sui confini determinerebbero una preferenza per un'interpretazione di tipo contemporaneo (piuttosto che evolutivo)[1822], e dovrebbero presumersi violati (piuttosto che modificati) quando uno Stato non reagisca ad una condotta di uno Stato confinante lesiva della sua sovranità[1823]. Tali considerazioni potrebbero risultare difficilmente compatibili con l'affermazione che i trattati sui confini sono suscettibili di essere modificati attraverso la prassi successiva, e Nolte sembrava non a caso assumere un atteggiamento cauto, astenendosi dal rinvenire nella giurisprudenza disponibile un espresso riconoscimento della modifica informale. Ciò che egli affermava era che, se nei trattati istitutivi di organizzazioni

[1816] Vedi il punto II.3.6.
[1817] Introductory Report, cit. p. 204. Nolte ricorda che anche Fitzmaurice, nella sua opinione dissenziente nel parere sulla Namibia (vedi nota 1814), non esclude totalmente che una prassi di lungo corso possa equipararsi ad un accordo tacito con effetti modificativi, ma varrebbe la presunzione contraria, in special modo quando il trattato preveda un'espressa procedura di emendamento. Secondo Nolte, un'indagine più approfondita dovrebbe in ogni caso tenere conto della distinzione tra prassi dell'organizzazione e prassi dei suoi membri.
[1818] Introductory Report, cit. p. 204.
[1819] Burkina Faso c. Mali (1986), p. 586, par. 63: 'Where the act does not correspond to the law, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title, reference should be given to the holder of the title. In the event that the *effectivité* does not CO-exist with any legal title, it must invariably be taken into consideration.'
[1820] Camerun c. Nigeria (2002), p. 353, par. 68: 'the conduct of Cameroon in that territory has pertinence only for the question of whether it acquiesced in the establishment of a change in treaty title, which cannot be wholly precluded as a possibility in law.'
[1821] Ancora in Camerun c. Nigeria (2002), p. 351, par. 64: 'now that [the Court] has made its findings that the frontier in Lake Chad was delimited long before the work of the LCBC began, it necessarily follows that any Nigerian *effectivités* are indeed to be evaluated for their legal consequences as acts *contra legem*.'
[1822] Vedi oltre al punto II.3.2.
[1823] Vedi il Capitolo I, al punto II.5.1.

internazionali la prassi successiva è naturalmente significativa, poiché si tratta di contesti dinamici in cui gli Stati sono chiamati a reagire a situazioni esterne difficili da anticipare, un trattato sui confini si pone un obiettivo di stabilità la cui realizzazione dovrebbe passare attraverso la prassi successiva delle sole parti confinanti.

La giurisprudenza sembrerebbe pertanto ammettere un effetto modificativo di tale prassi proprio al fine di conseguire l'obiettivo di stabilità del trattato, nei limiti in cui si possa riconoscere l'effettiva acquiescenza dello Stato che rinuncia ad invocare per tempo gli originari termini dell'accordo a fronte della condotta lesiva della controparte. In questo senso, affermava Nolte, si deve pensare ad un equilibrio tra stabilità per mezzo del trattato e per mezzo della prassi successiva, da raggiungersi preferibilmente in base alle circostanze del caso[1824]. Benché la recente decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso Kasikili\Sedudu abbia fatto pensare ad una prevalenza del criterio testuale, le circostanze del caso, appunto, erano tali per cui sarebbe eccessivo, a giudizio di Nolte, attribuire a tale decisione l'effetto di compromettere in generale la possibilità di una modifica informale dei trattati sui confini[1825].

Al di fuori di tali categorie di trattati la giurisprudenza non offre numerosi altri esempi di modifica attraverso la prassi successiva: un altro esempio in ambito arbitrale è un lodo sui Servizi aerei tra Stati Uniti e Francia, risalente al 1963 (quindi precedente alla Convenzione di Vienna)[1826]. Secondo Nolte, in ogni caso, il fatto che le corti usino riconoscere in astratto tale possibilità, quindi non con espresso riferimento alle sole categorie suddette, così come la distanza che separa queste ultime, sarebbero argomenti sufficienti per affermare che qualsiasi trattato è informalmente modificabile. Nolte concedeva tuttavia che alcuni trattati potrebbero risultare poco suscettibili ad un procedimento di questo tipo, in funzione del loro carattere o della presenza di un esplicito meccanismo di emendamento[1827].

[1824] Introductory Report, cit. p. 204.
[1825] Nel caso Botswana c. Namibia (1999), come visto, la condotta successiva era quella di una tribù indigena della Namibia, e la Corte negava che potesse costituire prassi successiva rilevante agli effetti di una modifica del trattato. Si trattava pertanto di un caso estremamente particolare che investiva anche il problema dell'attribuzione di tale condotta allo Stato. Sarebbe pertanto improprio, secondo Nolte, trarre da tale caso conclusioni tanto di portata generale circa la subordinazione della portata della prassi successiva rispetto al testo in un trattato sui confini. Vedi Introductory Report, cit. p. 206.
[1826] In esso la corte arbitrale riconosceva che la condotta di alcune compagnie aree statunitensi che servivano anche destinazioni non originariamente previste costituisse, più che una reinterpretazione del trattato, una modifica dello stesso: 'This course of conduct may, in fact, be taken into account not merely as a means useful for interpreting the Agreement, but also as something more: that is, as a possible source of a subsequent modification, arising out of certain actions or certain attitudes, having a bearing on the juridical situation of the Parties and on the rights that each of them could properly claim'.
[1827] Introductory Report, cit., p. 206.

2.1.3. Desuetudine\obsolescenza

Un caso particolare di modifica informale, realizzata attraverso una prassi tacita delle parti, sarebbe costituita dalla desuetudine del trattato. Nolte riprendeva la tesi di Fitzmaurice per cui tale effetto non si può ritenere prodotto in ragione del mero passaggio del tempo o della non applicazione del trattato per un lungo periodo[1828], e la posizione espressa dalla Commissione nel 1966, per cui la base giuridica di tale causa di estinzione del trattato risiede nella comune volontà delle parti, quand'anche essa possa desumersi dalla loro condotta successiva[1829]. In particolare, a provare tale volontà non basterebbe l'assenza di nuove accessioni al trattato o la modifica di una certa prassi sull'apposizione delle riserve[1830]: Nolte concludeva che la soglia probatoria da soddisfarsi prima di ammettere in concreto l'obsolescenza di un trattato per mezzo della prassi successiva dovrebbe ritenersi particolarmente elevata[1831].

2.1.4. Rapporti con l'interpretazione, anche evolutiva

Va dunque riconosciuto che la prassi successiva potrebbe avere anche un effetto modificativo sul trattato, oltre a quello interpretativo riconosciuto dall'articolo 31.3.b): il confine tra le due fattispecie, tuttavia, spesso nella realtà appare notevolmente sfumato. La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia non ha finora espresso chiaramente un criterio distintivo, né, secondo Nolte, è utile cercare di individuare in astratto un simile parametro: sarebbe piuttosto preferibile lasciare che tale qualificazione, quando necessaria, risponda alle circostanze del caso concreto[1832]. In particolare occorrerebbe verificare quanto spazio è possibile accordare ad un'interpretazione di tipo evolutivo: maggiore tale spazio, minore la necessità di riconoscere una modifica informale, come testimoniato dalla decisione Costa Rica c. Nicaragua[1833]. Circa l'interpretazione evolutiva e tale decisione della Corte Internazionale di Giustizia, vedi oltre[1834].

[1828] Annuario della Commissione, 1957, Vol. II, p. 31.

[1829] Annuario della Commissione, 1966, Vol. II, p. 237: 'while 'obsolescence' or 'desuetude' may be a factual cause of the termination of a treaty, the legal basis of such termination, when it occurs, is the consent of the parties to abandon the treaty, which is to be implied from their conduct in relation to the treaty'. La posizione è ripresa nell'opinione dissenziente allegata alla decisione sui Test nucleari (Australia c. Francia, 1974), ad opera dei giudici Bengzon, Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga e Sir Humphrey Waldock.

[1830] Sono le due eventualità espressamente individuate nell'opinione dissenziente in Australia c. Francia; vedi nota precedente.

[1831] Introductory Report, cit., p. 207.

[1832] *Ibidem*. Nolte indica in particolare l'oggetto e la natura del trattato, il carattere della disposizione, e il contesto interpretativo entro cui il trattato opera.

[1833] Dove la CIG poteva astenersi dal pronunciare sull'avvenuta modifica del trattato proprio in ragione della possibilità di (limitarsi ad) effettuare un'interpretazione evolutiva del termine 'comercio'.

[1834] In particolare al punto II.3, dedicato alle Conclusioni 2 e 3 come da ultimo formulate dal Drafting Committee, relative propriamente alla funzione interpretativa autentica (ed evolutiva) di accordi e prassi successiva.

2.1.5. Rapporti con il trattato originario

Un altro problema discende dalla necessità di chiarire quale sia la fonte delle obbligazioni, una volta modificato informalmente il trattato: se il trattato originario, o la prassi successiva come fonte autonoma prevalente su di esso, ipotesi entrambe ricorrenti in giurisprudenza[1835]. Nolte, ancora una volta, suggeriva di guardare al caso concreto, in particolare alla volontà delle parti di stabilire un'autonoma fonte di obblighi attraverso la prassi successiva, il che dovrebbe presumersi ad esempio quando si constati l'aggiunta al trattato di nuovi elementi o modifiche significative al suo oggetto e scopo (al contrario di un mero chiarimento o adattamento dei termini del trattato)[1836].

2.2. La modifica del trattato attraverso la prassi successiva nel secondo rapporto per la Commissione

In qualità di relatore speciale, Nolte toccava la questione della modifica informale del trattato come ultimo punto del suo secondo rapporto, proponendo una Conclusione relativa ai limiti della 'portata' di accordi successivi e prassi successiva[1837]. Anzitutto venivano riprese le considerazioni contenute nel primo rapporto introduttivo circa la relazione tra i mezzi di cui all'articolo 31.3.a) e b) della Convenzione di Vienna con eventuali procedure espressamente previste dal trattato[1838]. Là si affermava che è ragionevole presumere che la volontà delle parti di negoziare procedure simili determini una priorità di queste rispetto ad altre modalità informali, ma a volte la giurisprudenza non è andata in questo senso, riconoscendo cioè che la prassi, se presente, non possa essere ignorata, come in due trattati sui confini che prevedevano l'istituzione di un'apposita commissione per la concreta demarcazione[1839]. Si concludeva, pertanto, con l'ennesimo richiamo al caso concreto, interpretando il trattato per stabilire fino a che punto si può affermare che tali procedure escludono il ricorso alla vie informali della condotta successiva[1840].

[1835] Nolte cita due lodi arbitrali che assumono posizioni opposte: il primo è quello sulle Commissioni all'aeroporto di Heathrow (1992), in cui i giudici negavano che avrebbero avuto giurisdizione se avessero dovuto riconoscere la modifica informale del trattato in oggetto attraverso un *memorandum* d'intesa; al contrario in Servizi Aerei tra Stati Uniti e Francia (1963) i giudici riconoscevano la giurisdizione a decidere degli obblighi delle parti anche quando modificate dalla prassi successiva.

[1836] Introductory Report, p. 208.

[1837] A/CN.4/671, par. 112. La parte è intitolata, come nella rubrica dell'undicesima Conclusione proposta dal relatore speciale, 'Scope for interpretation by subsequent agreements and subsequent practice'.

[1838] A/CN.4/671, par. 113-114.

[1839] Ossia la CIG in Tempio di Preah Vihear (1962) e la corte arbitrale in Canale di Beagle (1977), che riconoscono che la non attuazione di tali procedure non può significare l'illegittimità di una delimitazione dei confini attraverso la prassi successiva.

[1840] In Canale di Beagle (1977), la corte arbitrale rigetta l'argomento dell'Argentina per cui i termini del trattato avrebbero espressamente escluso qualsiasi effetto alla prassi unilaterale (par. 174): 'It is clear that the Treaty is controlling, but the critical issue is, what does the Treaty mean? In the event of a dispute, as in the present case, the Parties are not concerned with the immovable character of the frontier but with the problem of what the frontier is. This

Inoltre si riprendeva la decisione dell'Appellate Body del WTO nel caso EC – Chicken Cuts, in cui si affermava che i poteri interpretativi descritti dall'articolo IX:2 del trattato che istituisce il WTO non costituiscono *lex specialis* rispetto alle regole d'interpretazione individuate dalla Convenzione di Vienna, e la decisione Methanex in ambito NAFTA, come conferma del fatto che una disposizione convenzionale specifica non escluderebbe il valore di un accordo successivo o di una prassi successiva sulla base di tali regole generali[1841].

Il punto centrale è tuttavia quello del rapporto tra interpretazione e modificazione attraverso accordi o prassi successiva, e Nolte allargava in parte l'analisi già effettuata nel primo e terzo rapporto per il Gruppo di Studio, combinandola con la giurisprudenza raccolta nel secondo. Nell'individuare in generale il limite tra le due fattispecie il punto di partenza rimaneva la decisione Costa Rica c. Nicaragua, ma stavolta Nolte affermava più chiaramente che essa non può ritenersi con certezza la definitiva conferma che la Corte Internazionale di Giustizia riconosca anche solo in astratto la possibilità della modifica informale di un trattato[1842].

2.2.1. Effetto modificativo della prassi successiva

Con specifico riferimento al possibile effetto modificativo della prassi successiva, il relatore speciale richiamava la vicenda dell'articolo 38 della bozza di Convenzione sul diritto dei trattati del 1966[1843] e la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia che sembra implicitamente riconoscere la modifica informale: tuttavia, rispetto al primo rapporto per il Gruppo di Studio, l'atteggiamento di Nolte sembrerebbe qui essere ancora più cauto, espressamente negando che da tale giurisprudenza possa ricavarsi una risposta definitiva alla questione, anzi evidenziando che la Corte sembra utilizzare formule che lascino pensare ad un'interpretazione ampia, benché difficilmente conciliabile con la lettera del trattato, piuttosto che ad una modificazione[1844].

---

is precisely the question that has to be decided. The true effect of Article VI is that, pending arbitration in the event of a dispute, the boundary cannot be changed by the unilateral action of either Party.' Secondo Nolte, se ne deve inoltre dedurre che se la presenza di una procedura per la modifica del trattato impedisce una modifica informale, non è esclusa nondimeno la possibilità di utilizzare la prassi successiva a fini interpretativi.

[1841] Oltre nuovamente al lodo sul Canale di Beagle, già citato nel primo rapporto per il Gruppo di Studio (vedi le note precedenti).

[1842] A/CN.4/671, par. 115. Vedi in particolare la nota 1792 per la citazione della CIG, che si riporta anche qui per convenienza: "subsequent practice of the parties, within the meaning of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention, can result in a departure from the original intent on the basis of a tacit agreement." Secondo il relatore speciale, questa frase potrebbe intendersi semplicemente come riferita al ruolo della prassi successiva al fine di dimostrare che l'intento presunto delle parti è quello di dare ad un termine un significato capace di evolvere nel tempo, come riconosciuto nella terza Conclusione (nella numerazione finale; vedi il punto II.3).

[1843] A/CN.4/671, par. 118-123, con gli argomenti degli Stati pro e contro, ricordando che in ogni caso la dottrina nega che l'eliminazione dell'articolo si traduca nella generale impossibilità, in forza del diritto internazionale generale, che la modifica informale abbia luogo (vedi sopra).

[1844] A/CN.4/671, par. 124-129. Come indicato al punto II.2.1.1 e II.2.1.2, vengono in rilievo, oltre a Costa Rica c. Nicaragua, due *pareri* circa il funzionamento delle Nazioni Unite (Namibia e Muro in Palestina), circa i quali Nolte

Piuttosto che distinguere tra 'categorie' di trattati suscettibili di modifica informale, come nel primo rapporto per il Gruppo di Studio[1845], infatti, il relatore speciale si concentrava sulla giurisprudenza: quella arbitrale vista poco sopra[1846], ma anche alcune decisioni individuate nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio. Anzitutto la decisione EC – Bananas III in ambito WTO[1847], dove l'Appellate Body affermava che una modifica del trattato non può costituirne 'applicazione'[1848]. Si trattava, secondo Nolte, (anche) di una conseguenza del disposto dell'articolo 3.2 del DSU, che impedisce agli organi del DSB di aggiungere o sottrarre diritti o obblighi alle parti[1849]. Come anticipato, inoltre, l'articolo IX.2 dell'accordo prevede la possibilità per le parti di determinare un'interpretazione autentica con una maggioranza di tre quarti degli Stati membri (e purché ciò non rechi pregiudizio alla procedura di emendamento)[1850]: tuttavia, né il DSB chiarisce la relazione tra tale disposizione e quelle della Convenzione di Vienna, né la giurisprudenza dell'Appellate Body è particolarmente chiara sul punto[1851].

È tuttavia soprattutto la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a venire in rilievo[1852], poichè essa si caratterizza proprio per il riconoscimento della possibilità di una modifica

---

conclude affermando: 'It would therefore not seem to be appropriate to derive a general rule of the law of treaties solely from precedents which concern a distinguishable type of treaty for which subsequent practice may play a specific role.' Quindi venivano richiamate le due sentenze sulla delimitazione dei confini (Preah Viehar e Camerun c. Nigeria) già analizzate nel primo rapporto introduttivo, concludendo: 'the Court has so far not explicitly recognized that such an effect has actually been produced in a specific case.'

[1845] Ossia trattati sui confini e istitutivi di organizzazioni internazionali; vedi poco sopra.

[1846] A/CN.4/671, par. 130-131, ossia i lodi Eritrea c. Etiopia (sopra, nota 1810) e Servizi aerei USA-Francia (sopra, nota 1826), già richiamati nel primo rapporto introduttivo (vedi sopra al punto II.2.1.1): qui Nolte aggiungeva l'indicazione che il primo è stato qualificato come 'isolated exception', e ribadiva che il secondo precede la Convenzione di Vienna.

[1847] A/CN.4/671, par. 132.

[1848] European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (per il secondo ricorso all'articolo 21.5, report dell'Appellate Body del 26 novembre 2008, WT/DS27/AB/RW2/ECU e WT/DS27/AB/RW/USA, report del Panel del 7 aprile 2008, WT/DS27/RW2/ECU). Il problema era se la concessione di un'esenzione da parte della Conferenza Ministeriale rispetto ad un accordo cessato al momento dell'esenzione medesima potesse considerarsi prolungamento dei termini di validità dell'accordo in quanto prassi successiva: se il Panel riconosceva l'accordo delle parti e l'identità di contenuto, l'Appellate Body evidenziava la diversa natura di un'esenzione e l'effetto modificativo che essa avrebbe avuto sull'accordo se fosse stato ancora in vigore.

[1849] Second Report, cit., p. 223. L'articolo 3.2 del Dispute Settlement Understanding recita: '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. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.'.

[1850] Articolo IX, paragrafo 2 dell'Accordo WTO: 'The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements. In the case of an interpretation of a Multilateral Trade Agreement in Annex 1, they shall exercise their authority on the basis of a recommendation by the Council overseeing the functioning of that Agreement. The decision to adopt an interpretation shall be taken by a three-fourths majority of the Members. This paragraph shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X.'

[1851] In Japan – Alcoholic Beverages II (vedi nota 528) si affermava che l'articolo IX:2 escludeva la possibilità di utilizzare la condotta successiva *ex* 31.3 della Convenzione di Vienna come ulteriore mezzo interpretativo, mentre in EC – Chicken Cuts (vedi nota 747) si escludeva che esistesse una relazione di specialità tra le due disposizioni, anzi in EC – Bananas III (vedi nota 1848) si ammette una certa affinità.

[1852] A/CN.4/671, par. 133-135.

informale della CEDU per mezzo della prassi successiva degli Stati parte[1853]. Il primo caso in cui tale riconoscimento avviene *in astratto* è Soering c. Regno Unito, in cui la Corte ammetteva, in un *obiter dictum*, che la prassi successiva degli Stati di abrogare nei propri ordinamenti la pena di morte avrebbe potuto avere l'effetto di modificare l'articolo 2 sul diritto alla vita (che espressamente consente la pena capitale a titolo di eccezione). Ciò avrebbe determinato la rimozione di un limite ad un'interpretazione evolutiva dell'articolo 3, che vieta i trattamenti inumani e degradanti, nel senso di vietare anche il trasferimento di un individuo in uno Stato in cui egli rischiasse seriamente la pena di morte. La Corte evidenziava tuttavia come la firma del Protocollo 6 sull'abolizione della pena capitale in tempo di pace testimoniava la volontà degli Stati di emendare la CEDU in maniera formale (escludendo pertanto in concreto un effetto modificativo della prassi successiva)[1854].

Nella successiva decisione Öcalan c. Turchia, la corte di nuovo riconosceva in astratto la possibilità che la prassi successiva modifichi il trattato, e anzi affermava che ciò sarebbe successo proprio con l'abolizione della pena di morte in tempo di pace, nel senso che in tal modo sarebbe stata rimossa l'eccezione contenuta nell'articolo 2 e, di conseguenza, sarebbe possibile interpretare l'articolo 3 nella maniera vista. Si tratta tuttavia di un altro *obiter dictum*, dal momento che il caso riguardava la pena di morte in tempo di guerra, rispetto alla cui abolizione, di nuovo, gli Stati dimostravano di aver scelto la via della modificazione formale per tramite di un altro Protocollo alla CEDU, il tredicesimo[1855].

[1853] Second Report, cit., p. 261.

[1854] Soering c. Regno Unito, 7 luglio 1989, par. 103: 'Subsequent practice in national penal policy, in the form of a generalised abolition of capital punishment, could be taken as establishing the agreement of the Contracting States to abrogate the exception provided for under Article 2 § 1 (art. 2-1) and hence to remove a textual limit on the scope for evolutive interpretation of Article 3 (art. 3). However, Protocol No. 6 (P6), as a subsequent written agreement, shows that the intention of the Contracting Parties as recently as 1983 was to adopt the normal method of amendment of the text in order to introduce a new obligation to abolish capital punishment in time of peace and, what is more, to do so by an optional instrument allowing each State to choose the moment when to undertake such an engagement. In these conditions, notwithstanding the special character of the Convention [...], Article 3 (art. 3) cannot be interpreted as generally prohibiting the death penalty.'

[1855] Ocalan c. Turchia, Grande Camera, 12 maggio 2005, par. 163 (citando la decisione della Camera): 'in assessing whether a given treatment or punishment is to be regarded as inhuman or degrading for the purposes of Article 3 it cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field [...]. Moreover, the concepts of inhuman and degrading treatment and punishment have evolved considerably since the Convention came into force in 1953 and indeed since the Court's judgment in Soering in 1989. [...] Equally the Court observes that the legal position as regards the death penalty has undergone a considerable evolution since Soering was decided. The de facto abolition noted in that case in respect of twenty-two Contracting States in 1989 has developed into a de jure abolition in forty-three of the forty-four Contracting States and a moratorium in the remaining State that has not yet abolished the penalty, namely Russia. This almost complete abandonment of the death penalty in times of peace in Europe is reflected in the fact that all the Contracting States have signed Protocol No. 6 and forty-one States have ratified it, that is to say, all except Turkey, Armenia and Russia. It is further reflected in the policy of the Council of Europe, which requires that new member States undertake to abolish capital punishment as a condition of their admission into the organisation. As a result of these developments the territories encompassed by the member States of the Council of Europe have become a zone free of capital punishment. [...] Such a marked development could now be taken as signalling the agreement of the Contracting States

Il riconoscimento *in concreto* dell'effetto modificativo si ritrova finalmente nel caso Al-Saadoon & Mufdhi, in cui la Corte era chiamata a decidere se il trasferimento di un prigioniero iracheno dal Regno Unito ad uno Stato non parte della CEDU, l'Iraq, costituiva un trattamento inumano o degradante ex articolo 3 della Convenzione, dal momento che nel paese di destinazione avrebbe concretamente rischiato la pena di morte. La Corte, riprendendo la linea di ragionamento già espressa in Soering e Öcalan, afferma quindi che l'articolo 2 deve ormai ritenersi emendato dalla prassi successiva delle parti nel senso di abolire la pena di morte, quindi non costituirebbe più un ostacolo a riconoscere nell'articolo 3 un divieto della pena capitale, quando questa fosse conseguenza del trasferimento in uno Stato terzo che potrebbe effettivamente applicarla[1856].

Nolte aveva evidenziato nel suo secondo rapporto per il Gruppo di Studio come la Corte sembra richiedere, per ammettere un effetto modificativo alla prassi successiva, che sussista l'accordo apparentemente unanime delle parti, ma nemmeno sembra dare precedenza a procedure formali di emendamento, nel senso di limitare in generale la possibilità di una modifica informale (benché in concreto l'effetto emendativo sia prioritariamente ascritto a tali procedure, quando di fatto osservate)[1857]. Di fatto, poi, solo nella giurisprudenza appena analizzata la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha concesso (prima in astratto ed infine in concreto) la possibilità di una modifica informale, e lo ha fatto sulla base di un'attenta verifica in concreto dell'unanime prassi degli Stati del Consiglio d'Europa; d'altra parte, essa si è dimostrata invece molto cauta nell'effettuare interpretazioni evolutive che aggiungessero diritti non previsti dalla Convenzione[1858].

Tornando al secondo rapporto per la Commissione, il relatore speciale sottolineava che altrove la questione della modifica attraverso la prassi successiva è poco sviluppata: nella giurisprudenza di ITLOS, IACtHR, CPI, tribunali penali internazionali e CGUE essa non è toccata, oppure l'effetto

---

to abrogate, or at the very least to modify, the second sentence of Article 2 § 1, particularly when regard is had to the fact that all Contracting States have now signed Protocol No. 6 and that it has been ratified by forty-one States. It may be questioned whether it is necessary to await ratification of Protocol No. 6 by the three remaining States before concluding that the death penalty exception in Article 2 § 1 has been significantly modified. Against such a consistent background, it can be said that capital punishment in peacetime has come to be regarded as an unacceptable ... form of punishment that is no longer permissible under Article 2.').

[1856] Al-Saadoon & Mufdhi c. Regno Unito, 2 marzo 2010, par. 120: 'It can be seen, therefore, that the Grand Chamber in Öcalan did not exclude that Article 2 had already been amended so as to remove the exception permitting the death penalty. Moreover, as noted above, the position has evolved since then. All but two of the member States have now signed Protocol No. 13 and all but three of the States which have signed it have ratified it. These figures, together with consistent State practice in observing the moratorium on capital punishment, are strongly indicative that Article 2 has been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances. Against this background, the Court does not consider that the wording of the second sentence of Article 2 § 1 continues to act as a bar to its interpreting the words "inhuman or degrading treatment or punishment" in Article 3 as including the death penalty').

[1857] Second Report, cit., p. 265.

[1858] *Ibidem*, con riferimento al caso Johnston e altri c. Irlanda (18 dicembre 1986, par. 53, in cui si nega che la prassi sociale possa determinare il riconoscimento di un diritto, quello al divorzio, non insito, e anzi deliberatamente escluso, dalla Convenzione). Tuttavia, Nolte ricorda tuttavia che in Mamatkulov & Askarov c. Turchia (Grande Camera, 4 febbraio 2005) la minoranza dei giudici critica la Corte proprio per essersi riconosciuta in via d'interpretazione evolutiva il potere di emanare misure provvisorie vincolanti.

modificativo si nega espressamente[1859]. Tuttavia, al di fuori di contesti giudiziali, gli Stati sembrano in realtà riconoscere la possibilità di una modifica informale, come evidenziato in dottrina[1860]: se cioè gli Stati tendono a negare la possibilità di un effetto modificativo della prassi successiva quando coinvolte in una controversia giudiziale, essi sono invece inclini a riconoscerla extra-giudizialmente, nella normalità delle relazioni internazionali. Ad esempio, la Convenzione sulle specie migratorie sarebbe ormai interpretata nel senso di proteggere anche le specie che diventano migratorie a causa del cambiamento climatico[1861].

In definitiva, le uniche conclusioni che il relatore speciale riteneva di poter comunicare alla Commissione erano che 'il trattato regola la questione', benché ciò si verifichi raramente[1862], e che, in ragione dei rischi già evidenziati da molti Stati alla Conferenza di Vienna[1863], una modifica informale attraverso la prassi non potrebbe presumersi, dovendosi preferire ogni sforzo al fine di rimanere nell'ambito di una 'interpretazione', da realizzarsi, come di consueto, avendo riguardo di tutti i mezzi indicati dall'articolo 31[1864].

2.2.2. Effetto modificativo di accordi successivi

L'ultimo punto riguardava l'effetto modificativo degli accordi successivi[1865], riprendendo certa casistica già analizzata nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio e alcuni esempi di prassi extra-giudiziale, inizialmente contenuti nel terzo. L'utilità di questi esempi ai fini del presente elaborato è limitata ad indicare quale debba essere il confine tra una 'modifica informale' in senso proprio, ossia realizzata per mezzo della prassi, e una realizzata attraverso un atto successivo, dunque, almeno in parte, 'formale'[1866]. Il relatore speciale richiamava espressamente l'articolo 39 della

[1859] A/CN.4/671, par. 136, in particolare alla nota 279 Nolte rinviava il lettore al secondo rapporto per il Gruppo di Studio: tali considerazioni si ritrovano all'interno del presente lavoro in corrispondenza della quarta Conclusione, al punto II.2.2.

[1860] Murphy, "The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties", In Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 201, p 82.

[1861] A/CN.4/671, par. 137.

[1862] A/CN.4/671, par. 139, come sarebbe confermato dal fatto che la modifica informale è negata in ambito WTO e riconosciuta in ambito CEDU: 'ultimately much depends on the treaty or of the treaty provisions concerned'.

[1863] A/CN.4/671, par. 141. In particolare il relatore speciale si rifaceva agli argomenti di quegli Stati che evidenziavano la priorità delle procedure previste dal trattato, e i problemi a livello costituzionale e di stabilità del trattato che una modifica informale attraverso la prassi successiva avrebbe comportato.

[1864] Non solo, quindi, sulla base dela prassi successiva (A/CN.4/671, par. 142): 'while there are indications in international jurisprudence that, absent indications in the treaty to the contrary, the agreed subsequent practice of the parties may lead to certain limited modifications of a treaty, the actual occurrence of that effect is not to be presumed. Instead, States and courts should make every effort to conceive an agreed subsequent practice of the parties as an effort to interpret the treaty in a particular way.'

[1865] A/CN.4/671, par. 143-165.

[1866] In questa sede si preferisce usare l'espressione 'modifica informale' per indicare esclusivamente la modifica per mezzo della prassi; le modifiche realizzate per mezzo di un accordo successivo determinato da un singolo atto dovrebbero qualificarsi, a rigori, come 'formali', benchè non realizzate per tramite del procedimento eventualmente preposto dal trattato per il suo emendamento. Lo stesso Nolte sembrerebbe d'altra parte aver riconosciuto, altrove, una prospettiva altrettanto formalistica, affermando che quando ci si trova dinnanzi ad un unico atto, come nel caso delle

Convenzione di Vienna, che parla di modifica per mezzo di 'accordi' senza richiedere particolari presupposti formali[1867]: se in EC – Bananas III[1868] l'Appellate Body del WTO aveva correttamente rilevato che l'articolo 31.3 VCLT non si riferisce alla modifica del trattato, parlando di 'applicazione', tuttavia, l'articolo 39 VCLT consente la modifica del trattato per mezzo di un 'agreement', stesso temine utilizzato nell'articolo 31.3.a). Ciò farebbe pensare, appunto, che simili fattispecie di 'accordi successivi' possano produrre entrambi gli effetti, e gli esempi che il relatore speciale indicava subito dopo servivano a chiarire quali condizioni debbano sussistere per distinguere tali effetti, mancando entrambi gli articoli di specifiche indicazioni.

Anzitutto, in una decisione del Tribunale USA-Iran in un *obiter dictum* si riconosceva che gli accordi successivi possono avere un effetto modificativo[1869]. Veniva poi richiamata la giurisprudenza dei panels in ambito NAFTA circa la qualificazione della Nota della FTC del 2001 sulla definizione di minimo standard di trattamento, già vista in corrispondenza della Conclusione 4, la cui qualificazione come accordo meramente interpretativo ha destato dubbi[1870]. Si aggiungeva la più recente sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso Pulp Mills[1871], in cui la Corte Internazionale di Giustizia riconosceva che un 'understanding' del 2004 tra i Ministri degli Esteri dei due paesi avrebbe potuto liberare l'Uruguay dai suoi obblighi di adempiere alle procedure previste da un trattato del 1975, ma solo nel caso in cui tale Stato avesse effettivamente dato esecuzione a tale 'understanding'; in tal senso, secondo Nolte la CIG sembrava riconoscere che l'effetto modificativo di un accordo successivo non può escludersi, ma nemmeno presumersi[1872].

Seguivano alcuni esempi di prassi extragiudiziale, inizialmente indicati nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio. In esso si affermava che gli Stati talvolta intendono modificare un trattato senza l'utilizzo di procedure formali, mentre a volte pur iniziando la procedura formale la modifica viene di fatto completata attraverso un singolo atto. 'Accordi successivi' possono determinare una modifica del trattato, come avvenuto in ambito UNCLOS per il differimento del termine finale per l'elezione dei giudici dell'ITLOS e dei membri della Commissione sui limiti della piattaforma

---

COP, non si dovrebbe parlare di 'prassi successiva' nemmeno nel caso di successivo assenso tacito a tale atto (vedi il Capitolo II, al punto II.2.3).

[1867] A/CN.4/671, par. 143-144.

[1868] Sopra, note 1848 e 1847.

[1869] A/CN.4/671, par. 148. Si trattava di Iran c. Stati Uniti, Lodo Introduttivo ITL-83-B1-FT (Domanda Riconvenzionale), 9 settembre 2004 (WL2210709), in cui il Tribunale riconosceva che la mancata protesta degli Stati Uniti a fronte delle domande riconvenzionali dell'Iran e viceversa ('official counter-claims') dimostravano l'acquiescenza dei due Stati rispetto all'ammissibilità di tali domande, non espressamente previste dal CSD.

[1870] A/CN.4/671, par. 155. Vedi il capitolo precedente al punto II.2.1.5.

[1871] Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina c. Uruguay, 20 aprile 2010).

[1872] A/CN.4/671, par. 146-147.

continentale (CLCS)[1873]: tali decisioni non costituirebbero, secondo Nolte, accordi 'interpretativi' o sulla (temporanea) non esecuzione del trattato, bensì vere e proprie modifiche, in considerazione della volontà degli Stati parte di fornire una base giuridica per i nuovi termini.

Ancora in ambito UNCLOS, l'articolo 4 dell'Allegato II prevedeva un limite di 10 anni dall'entrata in vigore della Convenzione per il singolo Stato che intendesse estendere il limite della piattaforma continentale oltre le 200 miglia marittime[1874]: anche qui, una COP decideva che il termine per gli Stati per cui la Convenzione era entrata in vigore prima del 13 maggio 1999 sarebbe invece decorso a partire da tale data[1875], realizzando per *consensus* un risultato che avrebbe normalmente richiesto il ricorso alla procedura di cui agli articoli 312-314 UNCLOS[1876]. Inoltre, in base ad un'altra decisione degli Stati parte[1877], per l'adempimento della procedura di cui sopra si dichiarava sufficiente l'indicazione entro il termine di 10 anni di 'informazioni preliminari', piuttosto che dei 'particolari' richiesti dall'articolo 4[1878]: secondo Nolte, quest'ultimo è un esempio di come gli Stati preferiscano ricorrere ad una (almeno asserita) interpretazione autentica piuttosto che ad una (dichiarata) modificazione[1879].

Un altro esempio si rinveniva nell'ambito della Convenzione di Vienna sulle sostanze che impoveriscono lo strato di ozono, dove nel 1990 la seconda COP tra gli Stati aderenti al Protocollo di Montreal del 1987 realizzava numerose modifiche che avrebbero ragionevolmente richiesto il rispetto della procedura prevista dall'articolo 9.5 della Convenzione[1880]: la decisione II/2 prevedeva

[1873] L'articolo 4.3 dell'Allegato VI alla UNCLOS prevedeva come ultima data possibile per l'elezione dei giudici ITLOS il 16 maggio 1995, mentre durante il primo incontro della COP (21-22 novembre 1994, SPLOS/3) il termine veniva spostato al 1 agosto 1996. Similmente, nel corso del terzo incontro (27 novembre – 1 dicembre 1994, SPLOS/5) il termine per l'elezione dei membri della CLCS veniva spostato al 13 marzo 1997, rispetto alla data del 16 maggio 1996 prevista dall'articolo 2.2 dell'Allegato II a UNCLOS (Third Report, cit., p. 353).

[1874] Possibilità riconosciuta dall'articolo 76 UNCLOS. L'articolo 4 afferma: 'Where a coastal State intends to establish, in accordance with article 76, the outer limits of its continental shelf beyond 200 nautical miles, it shall submit particulars of such limits to the Commission along with supporting scientific and technical data as soon as possible but in any case within 10 years of the entry into force of this Convention for that State. The coastal State shall at the same time give the names of any Commission members who have provided it with scientific and technical advice.'

[1875] Decisione dell'undicesimo incontro degli Stati parte (14-18 maggio 2001, SPLOS/73).

[1876] Nolte ricorda come lo stesso Segretariato avesse caldeggiato un accordo informale al fine di realizzare tale modifica (piuttosto che una procedura formale), e che la COP stessa aveva affermato che tale modifica rientrava nelle sue prerogative, in quanto questione procedurale e gli Stati essendo 'custodi della Convenzione'. Si registrava tuttavia l'opposizione della Germania, che sottolineava che si sarebbe trattato di un emendamento *ratione materiae* (Third Report, cit., p. 354).

[1877] Decisione del diciottesimo incontro degli Stati parte (13-20 giugno 2008, SPLOS/183: 'Decision regarding the workload of the Commission on the Limits of the Continental Shelf and the ability of States, particularly developing States, to fulfil the requirements of article 4 of Annex II to the Convention, as well as the decision contained in SPLOS/72, paragraph (a)').

[1878] Vedi nota 1874.

[1879] Third Report, cit., p. 354.

[1880] Secondo l'articolo 9.5: 'Ratification, approval or acceptance of amendments shall be notified to the Depositary in writing. Amendments adopted in accordance with paragraphs 3 or 4 above shall enter into force between parties having accepted them on the ninetieth day after the receipt by the Depositary of notification of their ratification, approval or acceptance by at least three-fourths of the Parties to this Convention or by at least two-thirds of the parties to the protocol concerned, except as may otherwise be provided in such protocol. Thereafter the amendments shall enter into

in particolare una diversa procedura per l'entrata in vigore delle modifiche in essa previste, che deroga ai termini dell'articolo 9.5[1881]. Nella successiva prassi vengono utilizzati i termini indicati dalla procedura prevista dalla decisione, confermando la modifica informale della stessa procedura d'emendamento[1882].

Come accennato, in alcuni casi la procedura di emendamento viene avviata parallelamente ad un accordo informale, il quale realizza in concreto la modifica prima del completamento della procedura, e indipendentemente dal fatto che quest'ultima venga effettivamente perfezionata. L'esempio è quello del Protocollo di Kyoto del 1997 alla Convenzione quadro ONU sul cambiamento climatico: l'articolo 18 del Protocollo prevede l'istituzione da parte della prima COP di procedure per la verifica della non-compliance, specificando che qualsiasi conseguenza vincolante avrebbe dovuto essere stabilita attraverso un emendamento del Protocollo[1883]. La decisione 27/CMP.1 crea pertanto un Compliance Committee, in particolare prevedendo un 'Enforcement Branch' le cui decisioni sono appellabili presso la stessa COP: una volta esperito l'appello, secondo Nolte, lo Stato va incontro a 'conseguenze vincolanti' che avrebbero reso necessario l'emendamento del Protocollo[1884]. La procedura d'emendamento veniva in effetti avviata, ma di fatto la modifica si realizzava (anzitutto) attraverso una decisione delle parti, e veniva confermata dalla prassi successiva (ossia le decisioni delle successive COP)[1885].

Un ultimo esempio è rappresentato dalla Convenzione di Basilea del 1989 sul controllo dei movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi e sulla loro eliminazione, la cui seconda COP nel 1994 decide per *consensus* di vietare il movimento dei rifiuti da paesi OCSE a paesi non-OCSE[1886], nonostante le critiche di alcuni membri che avrebbero preferito che una simile modifica venisse realizzata attraverso la procedura di emendamento[1887]. Quest'ultima veniva avviata dalla terza COP l'anno successivo[1888], determinando per altro una spaccatura tra Stati che ritenevano la modifica già in vigore oppure non ancora: secondo Nolte, non si tratta della prova che l'emendamento formale è sempre necessario, quanto piuttosto dell'utilità della procedura quando gli Stati vogliano evitare *ab*

---

force for any other Party on the ninetieth day after that Party deposits its instrument of ratification, approval or acceptance of the amendments.'

[1881] L'articolo 2 dell'Allegato II alla decisione II/2 afferma: 'Entry into force – 1. This Amendment shall enter into force on 1 January 1992, provided that at/least twenty instruments of ratification, acceptance or approval of the Amendment have been deposited by States or regional economic integration organizations that are Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer. In the event that this condition has not been fulfilled by that date, the Amendment shall enter into force on the ninetieth day following the date on which it has been fulfilled. [...]'

[1882] Third Report, cit., p. 355.

[1883] L'articolo 18 del Protocollo di Kyoto è stato riprodotto alla nota 1451, dove il medesimo esempio rileva quale ente di controllo sul relativo trattato.

[1884] Third Report, cit., p. 355.

[1885] Vedi in particolare le decisioni 4/CMP.2 e 4/CMP.4, circa le procedure del Compliance Committee.

[1886] UNEP/CHW.2/30, Decisione II/12, p. 20.

[1887] Prevista dall'articolo 17 della Convenzione di Basilea.

[1888] UNEP/CHW.3/34.

initio una probabile contrapposizione. Anzi, l'avvio della procedura di emendamento in parallelo ad un accordo informale dovrebbe fornire la prova che l'intenzione degli Stati è quella di procedere alla modifica in maniera formale[1889].

Nel secondo rapporto per la Commissione il relatore speciale riprendeva la gran parte di tali casi[1890], anzitutto quelli in ambito UNCLOS[1891], del Protocollo di Montreal[1892] e, in particolare, della Convenzione di Basilea del 1989, esempio di quale rapporto intercorra tra modifica attraverso accordi successivi e procedure d'emendamento espressamente previste dal trattato, pur senza sottolineare che l'accordo informale 'anticipa' la successiva attivazione del procedimento formale, realizzando la modifica anche se questo non è concluso[1893]. Piuttosto, il relatore speciale evidenziava come sia talvolta difficile distinguere tra gli accordi successivi in ragione delle diverse forme da essi assunte, ossia l'accordo successivo che il trattato espressamente disciplina (attribuendovi forza vincolante), l'accordo successivo ex articolo 31.3.a) e l'accordo modificativo ex articolo 39. L'esempio della Convenzione di Basilea dimostrerebbe che gli Stati preferiscono dare esecuzione alla procedura di emendamento, almeno al fine di evitare discussioni, e non necessariamente perché ritengono che il precedente accordo fosse illegittimo[1894].

L'unica conclusione possibile, ancora una volta, rilevava l'apparentemente diffusa la tendenza ad attribuire all'accordo un'ampia portata interpretativa, piuttosto che riconoscerne espressamente l'effetto modificativo. Varrebbe cioè una presunzione che un accordo successivo (in deroga all'eventuale procedura formale di emendamento) non modifichi il trattato, almeno quando esso inciderebbe sul suo oggetto e scopo o su altri elementi essenziali; come per l'effetto modificativo della prassi successiva, tutto dipende dalle circostanze del caso concreto, piuttosto che dall'astratta determinazione del confine tra interpretazione e modificazione [1895].

[1889] Third Report, cit., p. 356.
[1890] Sostanzialmente escludendo soltanto l'esempio costituito dalla procedure di *non-compliance* previste dal Protocollo di Kyoto per l'istituzione da parte della prima COP.
[1891] In ambito UNCLOS la decisione della COP del 1994 di spostare il termine per l'elezione dei giudici dell'ITLOS e quella di una COP del 2001 di ritardare il decorso del termine decennale per la dichiarazione da parte degli Stati della volontà di estendere il limite della piattaforma continentale oltre le 200 miglia marine (A/CN.4/671, par. 156-158).
[1892] A/CN.4/671, par. 159-161, per cui una COP nel 1990 modifica la stessa procedura di emendamento prevista dalla Convenzione di Vienna del 1985 per la protezione dello strato di ozono, di cui il Protocollo del 1987 è parte
[1893] A/CN.4/671, par. 162. L'esempio è quello della COP che nel 1995 decide per *consensus* di vietare il trasporto di rifiuti pericolosi da Stati OCSE a Stati non-OCSE, cui segue nel 1996 la decisione della successiva COP di avviare la procedura di emendamento al medesimo fine, generando un contrasto tra Stati che ritengono il divieto già valido e altri che negano tale eventualità
[1894]. A/CN.4/671, par. 163.
[1895] A/CN.4/671, par. 164-165.

2.3. Dibattito e riformulazione

La maggior parte della Commissione si dichiarava contraria alla stessa scelta di fare riferimento all'effetto modificativo, in quanto estraneo all'ambito di uno studio focalizzato sull'interpretazione dei trattati[1896]; altri più in generale suggerivano al relatore speciale di usare cautela nel necessario approfondimento che comunque la questione avrebbe richiesto[1897]. Soltanto alcuni assumevano in proposito una posizione più netta: se da una parte si dubitava della correttezza delle affermazioni per cui l'effetto modificativo non debba presumersi e non sia 'generalmente riconosciuto'[1898], da un'altra si evidenziava come in ogni caso la prassi successiva potrebbe avere un effetto soltanto interpretativo, al limite anche in senso evolutivo[1899]; infine si affermava in ogni caso che la questione è decisa dalla sostanza della condotta in concreto, piuttosto che dalla sua forma[1900].

[1896] Forteau (A/CN.4/SR.3205, p. 7: 'it was doubtful whether it was appropriate to address issues related to the implementation of a treaty or its amendment when the topic under consideration related to the interpretation of treaties'), Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3207, p. 4, dopo aver sottolineato che il primo paragrafo della Conclusione dovrebbe essere spostato nella Conclusione 7 e il secondo paragrafo nella 6, Escobar Hernandez afferma che 'The reference to modifying a treaty should also be deleted.'), Tladi (A/CN.4/SR.3207, p. 5), Sturma (A/CN.4/SR.3207, p. 6; dopo aver affermato che 'instead of confining itself to article 31, it would be better for the Commission to analyse all the possible roles which subsequent agreements and subsequent practice could play in the interpretation of a treaty', Sturma dichiara: 'With regard to the controversial issue of subsequent agreements the object of which was not to interpret a treaty, but to amend it, while it might be interesting to attempt to draw a clearer distinction between the interpretative and modifying effects of subsequent agreements and subsequent practice, it was necessary to remain within the scope of the topic, namely the interpretation of treaties.'), Hmoud (A/CN.4/SR.3208, p. 5: '[the Commission] must remain within the confines of the topic and not deviate from the understanding reached in 2012, when the format of the topic had been changed. Despite the evident difficulty in distinguishing between the interpretation of treaties and their modification through subsequent practice, it would be counterproductive to address the topic solely from the standpoint of its relationship to the rules on interpretation.'), Vasquez Bermudez (A/CN.4/SR.3208, p. 9) e Gevorgian (A/CN.4/SR.3208, p. 10, ricordando che 'The Vienna Convention was based on the notion that the original intentions of the authors of treaties were expressed primarily in the texts of treaties, and it was up to those who interpreted treaties to elucidate those intentions. The International Court of Justice had repeatedly emphasized that the interpreter's task was not to review treaties or to bring up things they did not contain.'; inoltre un effetto modificativo dato da accordi o prassi successiva discenderebbe non dall'articolo 31.3 VCLT bensì dall'articolo 39, e se il trattato necessita di essere interpretato in maniera evolutiva è perché è giunto il tempo di emendarlo, attraverso le apposite procedure formali).

[1897] Kamto (A/CN.4/SR.3207, p. 6: 'In principle, he was opposed to the possibility of modifying the treaty by means of subsequent practice, but if the Commission were to tackle that issue in the context of the topic under discussion, it should be extremely cautious and strictly limit that possibility, because it stretched the formal review procedure provided for in all treaties.'), Niehaus (A/CN.4/SR.3208, p. 4) e Wood (A/CN.4/SR.3208, p. 8, ricordando oltretutto che la Convenzione di Vienna adotta il termine 'emendamento', distinguendolo da 'modificazione').

[1898] Forteau (A/CN.4/SR.3205, p. 7, citando i pareri Namibia e Muro in Palestina, in cui la CIG 'appeared to have recognized that subsequent practice could indeed result in amending a treaty.').

[1899] Gomez Robledo (A/CN.4/SR.3208, p. 4: 'the line [between interpretation and amendment] was by no means so tenuous, since the subsequent practice of the parties was merely one of the elements in the general rule of interpretation set out in article 31 of the Vienna Convention. Moreover, the report showed that it was only in decisions of arbitral tribunals that a treaty was seen to be susceptible to modification by the practice of parties. The majority of the international courts considered subsequent practice as providing an evolutive interpretation of a treaty.').

[1900] Park (A/CN.4/SR.3206, p. 4: 'In paragraph 2, a distinction was made between modification of a treaty and conduct by which the parties "intended to interpret" a treaty, the distinction being whether or not the conduct was consistent with the treaty provisions governing modification. It was the substance, not the form of conduct, which was important. Subsequent practice resulting in a fundamental change in a treaty was a de facto modification and not an interpretation of that treaty.').

Come visto, il Drafting Committee eliminava in sostanza l'undicesima Conclusione, ritenendo già trattati dalla settima, dedicata agli 'effetti' di accordi e prassi successiva, i contenuti del primo paragrafo, e avendo spostato il secondo, riguardante l'effetto modificativo della prassi successiva, nella medesima settima Conclusione[1901]. La formulazione è tuttavia piuttosto simile all'undicesima Conclusione proposta dal relatore speciale: si ribadiva che vale una presunzione per cui l'intenzione delle parti che adottino un accordo o una prassi successiva è quella di interpretare il trattato e non di modificarlo, ma scegliendo l'espressione piuttosto ampia di 'agreement subsequently arrived at' al fine di ricomprendere anche gli 'accordi' che l'articolo 39 della Convenzione di Vienna indica come possibili strumenti di modificazione del trattato[1902]. Si ripeteva poi l'indicazione per cui manca un generale riconoscimento del possibile effetto modificativo della prassi successiva, e si aggiungeva un'ultima frase, contenente una clausola di salvaguardia secondo cui valgono in ogni caso le norme circa emendamento e modifica contenute nella Convenzione di Vienna, oltre a quelle consuetudinarie[1903].

> *Draft Conclusion 7.3 – It is presumed that the parties to a treaty, by an agreement subsequently arrived at or a practice in the application of the treaty, intend to interpret the treaty, not to amend or to modify it. The possibility of amending or modifying a treaty by subsequent practice of the parties has not been generally recognized. The present draft conclusion is without prejudice to the rules on the amendment or modification of treaties under the Vienna Convention on the Law of Treaties and under customary international law.*

È dunque il caso di evidenziare qui la grande attenzione che gli Stati dedicavano all'ultimo paragrafo di questa conclusione nei loro interventi presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale. Se da alcune parti si accoglieva la cauta formulazione adottata dal relatore speciale, per cui si dovrebbe sempre presumere che le parti intendono interpretare il trattato piuttosto che modificarlo, ma lasciando intendere che l'effetto modificativo non potrebbe essere escluso in generale[1904], in molti si dicevano d'accordo con la formulazione proprio perchè vi leggevano una

[1901] Si ricorda anche che l'originario paragrafo 7.2, relativo alla 'specificità' della prassi, originariamente posto nella conclusione dedicata ai possibili effetti della prassi successiva, veniva spostato nell'ottava Conclusione, dedicata al valore di tale prassi (vedi il precedente punto II.1, e il Capitolo I al punto II.4).

[1902] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Vergne Saboia, 5 giugno 2014, p. 6: 'The use of the phrase "agreement subsequently arrived at or a practice in the application of a treaty" seeks to clarify this distinction [tra accordi *ex* articolo 39 ed *ex* articolo 31.3 VCLT] and points to a wider notion of those terms. The commentary will provide further clarification on this point.'

[1903] *Ibidem,* p. 7; la clausola è introdotta perchè 'provided a sufficient clarification for the understanding of the paragraph as whole', ma si spiegano le paure di alcuni membri che essa 'could conceivably be considered as going too far or not far enough', dal momento che il riferimento al diritto consuetudinario lascia spazio all'ipotesi che l'effetto modificativo della prassi successiva possa trovare in futuro riconoscimento (se già non lo trova) in una consuetudine.

[1904] Austria (A/C.6/69/SR.22. par. 18, precisando che l'affermazione è vera solo nei limiti in cui si consideri la 'prassi' definita dalla Conclusione 4.2 come 'mezzo autentico d'interpretazione', ma in una prospettiva più generale la prassi può certamente modificare un trattato: 'Notwithstanding the decision taken at the 1969 United Nations Conference on the Law of Treaties to delete former draft article 38 (Modification of treaties by subsequent practice) of the Vienna Convention, it seemed clear that subsequent practice establishing an *agreement to modify* a treaty should be regarded as

negazione della possibilità di una modifica informale[1905]. Altri si dichiaravano più cauti, affermando che la questione avrebbe dovuto essere meglio approfondita, in particolare chiarendo la distinzione tra i due effetti degli accordi successivi, eventualmente astenendosi per il momento dal prendere una posizione[1906]. Non mancavano posizioni più rigide, una in particolare insistendo sul fatto che gli effetti della prassi successiva non possono in nessun caso contrastare con l'intento originario delle parti[1907], mentre alcuni Stati suggerivano in sostanza di riformulare esplicitando l'impossibilità di

---

a modification of the treaty and not merely as an interpretation exercise. Furthermore, where no such intention of the parties could be established, general international law did not exclude the possibility that States parties to a treaty could establish *customary international law* through their subsequent practice, if accompanied by *opinio juris*, and could thereby modify the rights and obligations contained in the treaty.' - corsivo aggiunto), Romania (A/C.6/69/SR.22. par. 42: 'it would be sufficient to refer to the presumption that State practice in the application of the treaty would imply its interpretation and not its amendment or modification. In addition, that sentence might be considered overly restrictive, in view of the thin line between interpretation and modification.') e Germania (A/C.6/69/SR.23, par. 37: 'Without excluding the possibility that subsequent practice might, in very specific cases, amend or modify a treaty, the draft conclusion also accurately pointed out that that possibility had not been generally recognized.').

[1905] Bielorussia (A/C.6/69/SR.21, par. 122, in realtà con riferimento all'undicesima Conclusione proposta dal relatore speciale, il rappresentante bielorusso afferma: 'Interpretation in good faith in any form should not replace the existing procedure for amending a treaty, when that followed logically from the treaty itself.'), Russia (A/C.6/69/SR.21, par. 131, ricordando i problemi di stabilità del trattato e di diritto nazionale che si verrebbero a creare riconoscendo la possibilità di una modifica informale, e che 'If, in the process of applying a treaty, there arose a broad need for evolutive interpretation through subsequent agreements and practice, that was a sign that the treaty needed to be reviewed. The updating of a treaty through formal amendments to the text made it more precise and was a means of directly enshrining changes that had taken place in the parties' understanding of their obligations since they had signed the treaty.'), Francia (A/C.6/69/SR.22. par. 32, suggerendo inoltre di non utilizzare la parola 'agreement': 'the use of the term "agreement" in the title of the topic could be confusing insofar as a treaty could also be amended as the result of an agreement.'), Polonia (A/C.6/69/SR.22, par. 58, in particolare ricordando che un trattato può espressamente impedire alla prassi successiva di modificarlo, come riconosciuto dalla Corte Europea di Giustizia nel caso Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, in cui una risoluzione degli Stati membri del 1961 riguardante la discriminazione di genere nei salari non poteva avere l'effetto di estendere il limite temporale previsto dal trattato.), Giappone (A/C.6/69/SR.23, par. 72: 'Any modification to the provisions of treaties must be made by a clear expression of intention by States, and not solely by an unclear subsequent agreement or subsequent practice. The primary rule in that regard was article 39 (General rule regarding the amendment of treaties) of the Vienna Convention.'), Malesia (A/C.6/69/SR.24, par. 29: 'Modification or amendment of a treaty should only be done in line with articles 39 to 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.'), Grecia (A/C.6/69/SR.24, par. 87: 'That presumption [that the parties, by a subsequent agreement or practice in the application of a treaty, intended to interpret it, not to amend or modify it], which was supported in the commentary by a significant amount of relevant *case law*, was crucial for the stability of treaty relations', suggerendo inoltre di spostare la clausola di salvaguardia nella Conclusione 3 ('Interpretation of treaty terms as capable of evolving over time').) e Vietnam (A/C.6/69/SR.25, par. 15, ricordando l'eliminazione dell'articolo 38 dal progetto di Convenzione sul diritto dei trattati del 1966, l'assenza di supporto nella giurisprudenza e nella prassi degli Stati, e il contraso con le norme interne vietnamite, 'which stipulated that amendments to treaties must be agreed upon by the parties concerned.').

[1906] Italia (A/C.6/69/SR.22. par. 47: 'the Commission's decision to focus on interpretation made it inappropriate for the time being to take a definite stand on the issue of treaty modification. The ambiguity between interpretation and modification was, in fact, recognized in the commentary.'), Paesi Bassi (A/C.6/69/SR.23, par. 47: 'A clear distinction should be made between the process of amending or modifying treaties through the operation of articles 39 to 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the process of interpreting treaties.'), El Salvador (A/C.6/69/SR.23, par. 90), Spagna (A/C.6/69/SR.24, par. 20), Irlanda (A/C.6/69/SR.24, par. 43, ricordando che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riconosce alla prassi successiva la possibilità di modificare la CEDU) e Stati Uniti (A/C.6/69/SR.24, par. 60).

[1907] Russia (A/C.6/69/SR.21, par. 130: 'The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties was based on the principle that the genuine intentions of the parties to an international treaty were expressed first and foremost in the treaty itself and that identifying them was the main task of the interpreter. International judicial bodies, including the International Court of Justice, had stated on many occasions that the interpreter's task was not to review treaties or to identify in them anything that was not there, either overtly or indirectly.').

una modifica informale[1908]. Interessante, ai nostri fini, infine una posizione[1909], per cui sarebbe stato meritevole di chiarimento il rapporto tra interpretazione, modificazione e formazione di norme consuetudinarie (sembrando quindi riconoscere tre distinti processi[1910]).

3. Accordi e prassi successiva come mezzi interpretativi

> *Draft conclusion 2 – Subsequent agreements and subsequent practice as authentic means of interpretation*
>
> *Subsequent agreements and subsequent practice between the parties to a treaty are authentic means of interpretation which shall be taken into account in the interpretation of treaties.*
>
> *Subsequent agreements and subsequent practice by the parties may guide an evolutive interpretation of a treaty.*[1911]

Si ritiene a questo punto oppurtuno, in previsione di descrivere nella terza parte del presente Capitolo il confine tra interpretazione e modificazione, indicare in che modo la Commissione abbia descritto la possibilità di interpretare il trattato evolutivamente, e in che rapporto la prassi successiva risulti legata a tale tipologia, estremamente estensiva, di interpretazione[1912]. La trattazione si colloca nella seconda parte del primo rapporto per la Commissione, dedicata ad accordi e prassi successiva come 'mezzi autentici di interpretazione'[1913]. Anche qui Nolte si affidava alla giurisprudenza internazionale della Corte Internazionale di Giustizia (richiamando in particolare il caso Kasikili\Sedudu)[1914] e al *case law* raccolto nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio per dimostrare il concreto uso di tali strumenti. Per ragioni di completezza, prima di passare alla descrizione dell'interpretazione evolutiva, è bene sintetizzare in che modo la giurisprudenza

[1908] Cile (A/C.6/69/SR.24, par. 47, ricordando il rigetto dell'articolo 38 proposto dalla Commissione nel 1966, il pregiudizio al principio *pacta sunt servanda* e a livello costituzionale che si verrebbero a produrre altrimenti, e l'assenza di decisioni della CIG a supporto) e Corea del Sud (A/C.6/69/SR.25, par. 25, suggerendo tuttavia alla Commissione di fare attenzione al *case law* futuro, benchè fosse vero che al momento la possibilità di modifica attraverso la prassi successiva non era 'generalmente riconosciuta').

[1909] Spagna (A/C.6/69/SR.24, par. 22: 'General international law did not preclude the parties to a treaty from creating customary law through subsequent practice if the relevant *opinio juris* existed; in fact, the absence of a hierarchy of norms in international law would support such a possibility. However, a systematic effort should be made to keep the two processes separate, as their legal consequences were different.').

[1910] Come ipotizzato in questa sede: vedi oltre, in particolare al punto III.1.2.

[1911] A/CN.4/660, par. 64. Il relatore speciale collega questa Conclusione alle conclusioni preliminari 4 e 7 individuate dal rapporto della Commissione del 2011 (A/66/10, par. 344), intitolate, rispettivamente, 'Recognition in principle of subsequent agreements and subsequent practice as means of interpretation' e 'Evolutionary interpretation and subsequent practice'.

[1912] Si tratta appunto di una tipologia di interpretazione che consente di dilatare il significato del trattato oltre la sua lettera, ma senza che si debba parlare di una 'modificazione'; sul rapporto tra le due fattispecie vedi al successivo punto III.1.

[1913] A/CN.4/660, par. 29-30.

[1914] A/CN.4/660, par. 32.

abbia inteso la condotta successiva come 'mezzo autentico d'interpretazione'[1915], anche al fine di riassumere l'analisi del *case law* rinvenuto.

3.1. La condotta successiva come 'mezzo autentico d'interpretazione'

3.1.1. Giurisprudenza in regimi economici[1916]

Partendo dal WTO, l'uso che gli organi del DSB fanno della condotta successiva è abbastanza restrittivo, forse più di quanto desumibile dalla lettera dell'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, e certamente in rapporto alla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia. Occorrerebbe tuttavia riconoscere che si tratta di uno strumento interpretativo speso utilizzato da tali organi, ancorché raramente di portata decisiva. Inoltre, si manifestava una chiara avversione all'interpretazione evolutiva, sia basata sui termini, sia sull'oggetto e scopo, sia, appunto, sulla prassi successiva. Rispetto a quest'ultimo punto, Nolte evidenziava come la condotta successiva delle parti, proprio in quanto basata sull'accordo obbligatorio delle parti (e quindi sul consenso), potrebbe svolgere in futuro tale funzione evolutiva, consentendo di allontanarsi dall'approccio rigidamente testuale adottato finora, in particolare, dall'Appellate Body[1917].

Dall'altra parte le caratteristiche della giurisprudenza del Tribunale USA-Iran, che assume una prospettiva tradizionale rispetto alle regole della Convenzione di Vienna, deriverebbero dal carattere bilaterale della sua giurisdizione, e dal fatto che legittimati processuali sono anche enti para-statali o privati dei cui interessi è necessario tenere conto[1918]. Nei Tribunali ICSID, invece, l'uso limitato e particolarmente cauto che essi fanno della prassi successiva è spiegabile considerando che riconoscere effetti interpretativi ad una successiva prassi statale comporterebbe il rischio di modificare retroattivamente i diritti degli investitori privati; tuttavia, secondo Nolte, la presenza di interessi privati non costituisce normalmente un ostacolo per l'uso della prassi successiva da parte, su tutti, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[1919]; in tal senso, non si potrebbe escludere un incremento dell'uso di questo criterio da parte dei Tribunali.

Infine, l'approccio dei tribunali NAFTA all'interpretazione, pur riconoscendo la prassi successiva e attribuendovi ampio rilievo, sarebbe sufficientemente restrittivo da ridurre le possibilità che tale criterio interpretativo giochi un ruolo determinante, in particolare quando il requisito di sufficiente

[1915] Si sottolinea come la Commissione utilizzava questa espressione nel descrivere *tutti* i mezzi interpretativi dell'allora articolo 27 del Progetto del 1966 sul diritto dei trattati; vedi oltre al punto III.1.1.
[1916] A/CN.4/660, par. 33-35.
[1917] Second Report, cit., p. 224-6.
[1918] Second Report, cit., p. 232.
[1919] Second Report, cit., p. 237. Si può per altro anticipare che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tende marcatamente ad utilizzare proprio la prassi successiva concepita in senso più ampio per estendere i diritti fondamentali degli individui, come evidenziato più oltre nel testo.

determinatezza non risulti soddisfatto. Quando invece l'accordo tra le parti è evidente i tribunali tenderebbero a concedervi ampio spazio, similmente al Tribunale USA-Iran e certamente in misura maggiore rispetto agli organi del WTO, probabilmente proprio in funzione dell'enfasi che l'articolo 102.2 del NAFTA attribuisce all'obiettivo di liberalizzazione. La questione delle diverse possibilità di qualificazione delle Note interpretative della FTC, inoltre, costituirebbe un esempio di particolare rilievo per tutte quelle organizzazioni internazionali all'interno delle quali un organo gode di un espresso potere di interpretazione autentica[1920].

3.1.2. Giurisprudenza in regimi a tutela dei diritti umani[1921]

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dimostra un ampio uso di numerose forme di prassi, ma non è facile inquadrare tale giurisprudenza nell'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, in ragione degli scarsi riferimenti ad esso. Sul piano soggettivo, la Corte adotta una prospettiva più estesa, considerando la prassi non solo degli Stati ma anche quella sociale (purché sostenuta da quella statale, come evidenziato), e senza indagare se si tratti di una prassi effettivamente in applicazione della CEDU[1922]. La prassi rileva poi anche quando sussiste un *consensus* soltanto parziale (ossia quello di una significativa maggioranza) o del tutto mancante (riducendosi meramente il valore della prassi): di conseguenza, si può dire che il rilievo del requisito dell'accordo risulta estremamente ridotto. Ciò si accompagna ad una scarsa attenzione al ruolo del silenzio, e, di nuovo, al disinteresse che l'accordo investa propriamente un punto di diritto collegato alla Convenzione (ossia il cosiddetto 'requisito relazionale').

La Corte adotta inoltre un canone di attribuzione della prassi agli Stati estremamente più temperato rispetto a quello applicato dalla Corte Internazionale di Giustizia, in particolare quando si guardi al rilievo della prassi sociale (per cui basterebbe che dalla prassi si ricavi nella sostanza la posizione dello Stato). La ragione di ciò, secondo Nolte, starebbe nel fatto che per la CEDU non si pone un problema di applicazione da parte di organi di rango inferiore o privati, ma essa viene inevitabilmente applicata, in special modo, da governi e parlamenti[1923]. Ciò costituirebbe anche il motivo per cui la Corte sembra trascurare il requisito della sufficiente determinatezza della prassi, dal momento che è sufficiente verificare che i poteri dello Stato siano esercitati in conformità o meno alla Convenzione, senza il bisogno di verificare che si abbia una specifica condotta, magari ad opera di un organo di rango inferiore, intrapresa con l'obiettivo di implementare un accordo

[1920] Second Report, cit., p. 243-244. Nolte ricorda in particolare l'articolo IX:2 del trattato istitutivo del WTO (vedi *supra*).
[1921] A/CN.4/660, par. 36-39.
[1922] In questo senso, sostiene Nolte, la Corte sembra presumere che gli Stati, adottando una certa condotta, siano consapevoli degli obblighi che derivano loro dalla CEDU e agiscano in buona fede (Second Report, cit., p. 266).
[1923] Second Report, cit., p. 267.

interpretativo sul trattato[1924]. Prassi non specifica, anzi, sarebbe particolarmente utile quando la Corte intende trovare supporto, in generale, al fatto che sussista un obbligo di tutela, con l'obiettivo di estendere la portata di un diritto garantito dalla CEDU[1925].

Infine, per quanto riguarda la riconosciuta possibilità di una modifica informale, Nolte evidenziava come si tratti di pochi casi relativi alla pena di morte, tema di importanza tale per cui potrebbe costituire un'eccezione nell'ambito della Convenzione; senza contare che, come visto, la modifica informale, in concreto, si è sempre accompagnata alla (volontà di) modifica per tramite dell'ordinaria procedura dei Protocolli aggiuntivi. La particolare importanza della Convenzione, in quanto trattato a tutela dei diritti umani concluso tra Stati relativamente omogenei tra loro, è un fattore da tenere presente quando si guardi all'approccio interpretativo seguito dalla Corte e lo si raffronti a quello di altre corti internazionali[1926].

Nella giurisprudenza della Corte Inter-americana dei Diritti dell'Uomo, invece, accanto a riferimenti piuttosto rari alla prassi successiva in senso stretto, si evidenziava un ampio ricorso alla prassi in senso lato, caratterizzato dalla scarsa attenzione della Corte a distinguere esplicitamente tra le lettere b) e c) dell'articolo 31.3 della Convenzione di Vienna. Ciò si dovrebbe al ruolo naturalmente ridotto della prassi degli Stati quando si tratti di verificare fattualmente gravi violazioni dei diritti umani all'interno di questi, e quindi all'effetto antitetico che considerare la prassi degli Stati avrebbe rispetto alla volontà della Corte di estendere la tutela dei diritti. A ciò si aggiungerebbe la fondamentale disomogeneità dei sistemi politici degli Stati dell'America Latina fino alla fine della Guerra Fredda[1927]. In un confronto con la Corte Europea dei Diritti Umani, si notava esattamente che, nella giurisprudenza di quella, l'uso della prassi successiva è maggiore in ragione della natura non grave delle violazioni, dell'omogeneità dei sistemi politici, e anche del maggior numero di decisioni.

Quello del Comitato dei Diritti dell'Uomo, infine, è un approccio particolare, che fa uso dei diversi criteri interpretativi della Convenzione di Vienna, ma si concentra in particolare su quello dell'oggetto e scopo. Mancano espressi riferimenti agli accordi successivi e anche la prassi successiva utilizzata non è quella indicata nell'articolo 31.3.b) della Convenzione, in particolare mancando l'indagine circa la sussistenza dell'accordo tra le parti. Secondo Nolte, si tratta di un

[1924] Second Report, cit., p. 267: 'it must be borne in mind that a human rights treaty is not designed to be authoritatively interpreted and applied by executive organs of the State, but rather must be appropriately taken into account in the legislation and international agreements of States. For that purpose, sufficiently strong trends in the national legislation of member States can already be relevant for the determination of the scope of a right or the necessity of its restriction.'
[1925] Il che non significa, tuttavia, che tale prassi specifica sia portata oltre i limiti di ciò che sarebbe possibile desumervi; ad esempio in Al-Adsani (nota 554) i giudici erano divisi circa la possibilità di ricavare dal divieto di tortura, riconosciuto ormai come norma cogente, un'eccezione all'immunità anche in sede civile, oltre che penale.
[1926] Second Report, cit., p. 268.
[1927] Second Report, cit., p. 275.

approccio sommario che riflette la brevità del ragionamento del Comitato, e che diverge anche in base all'argomento trattato[1928]. La ragione di ciò starebbe, appunto, nella priorità di oggetto e scopo quale criterio interpretativo, aprendosi cioè uno spazio maggiore alla prassi successiva quando si tratti di sostenere il risultato interpretativo che meglio realizza l'oggetto o lo scopo del Patto. In tal senso la prassi svolge una funzione ausiliaria nel senso di escludere o sostenere la legittimità di determinate restrizioni ai diritti compresi nel Patto, precisando l'onere della prova per lo Stato che vorrebbe giustificare tali restrizioni.

3.1.3. Giurisprudenza in altri contesti[1929]

Nel secondo rapporto per il Gruppo di Studio si affermava che non era ancora possibile trarre conclusioni dalla scarsa giurisprudenza del Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare sul ruolo che in essa svolge la prassi successiva, salvo sottolineare che, almeno fino ad allora, non era mai stato verificato il requisito di generale partecipazione all'accordo ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna. Sarebbe tuttavia da escludere che, stante il ruolo della prassi nella formazione delle consuetudini sul diritto del mare e la vaghezza di molti dei termini utilizzati in UNCLOS e negli strumenti collegati, il ruolo della prassi risulterà affatto circoscritto nel successivo sviluppo della giurisprudenza del Tribunale, soprattutto in riferimento ad alcune particolari questioni[1930]. Oltre a queste, occorrerà verificare quale soglia il Tribunale riterrà necessaria per verificare la partecipazione di tutti gli Stati ad una prassi successiva[1931], e quale qualificazione, come 'accordo successsivo' o come emendamento, sarà data all'Accordo sull'implementazione del 1994. Si ricordi tuttavia che nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio espressamente si affermava che tale accordo doveva considerarsi un 'accordo successivo'[1932].

Guardando ai tribunali penali internazionali[1933], la giurisprudenza dimostra una certa apertura all'uso della prassi successiva, nonostante quello penale dovrebbe essere un ambito caratterizzato da una certa stabilità. Questo avverrebbe non solo nella giurisprudenza dei tribunali speciali, che necessariamente devono riferirsi ad un ambito come quello consuetudinario, dove la prassi

[1928] Second Report, cit., p. 281. In particolare Nolte ricorda come nella giurisprudenza sull'estradizione e sulla libertà di espressione la prassi ha giocato un ruolo importante per la decisione, mentre in quella sul braccio della morte e in quella sulla libertà religiosa il Comitato è pervenuto a decisioni anche contrastanti con la prassi esistente.
[1929] A/CN.4/660, par. 40-41.
[1930] Second Report, cit., p. 286. Quali questioni in cui la prassi, presuntivamente, giocherà un ruolo di maggior rilievo, Nolte menziona la determinazione delle linee rette di confine, il passaggio di navi cariche di sostanze pericolose in acque territoriali, le manovre militari nelle zone economiche esclusive, il transito in stretti internazionali.
[1931] In particolare nel senso di ritenere necessaria oppure no l'acquiescenza degli Stati senza accesso al mare, e la necessità di reagire a prassi unilaterali o regionali.
[1932] Vedi sopra il testo cui si riferisce la nota 655.
[1933] Benchè nel suo secondo rapporto per la Commissione il relatore speciale non facesse riferimento alla (scarsa) giurisprudenza della Corte Penale Internazionale.

costituisce un elemento costitutivo[1934], ma anche nell'ambito della Corte Penale Internazionale. A ciò si aggiunga che la prassi considerata è per lo più intesa in maniera ampia, ossia senza verificare i requisiti di cui all'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna (in particolare quello dell'accordo tra le parti). Un ulteriore elemento di attivismo è rappresentato dal riferirsi alla giurisprudenza delle corti sui diritti umani, che di per sé rappresenta uno dei più dinamici tra i case law analizzati[1935].

Circa infine la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, se lo speciale carattere dell'ordinamento europeo determina la scarsa rilevanza della prassi degli Stati nell'interpretare il diritto primario, gli accordi con Stati terzi sono talvolta interpretati dalla Corte anche con riferimento alla prassi successiva, concepita tuttavia in maniera rigida. Si potrebbe pensare che un atteggiamento tanto rigoroso si debba alla volontà della Corte, in quanto esclusivamente competente ad interpretare il diritto comunitario, di assumere un ruolo di difensore di tale diritto, ma Nolte ricordava come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pur anch'essa dotata di una competenza esclusiva (per l'interpretazione di disposizioni a tutela di diritti fondamentali), conceda molto più spazio alla prassi successiva degli Stati, concependola per di più in maniera ampia[1936].

Nel primo rapporto per il Gruppo di Studio si era descritto anche l'approccio interpretativo della Corte Permanente di Giustizia Internazionale: esso, si evidenziava, era focalizzato sull'intenzione originaria delle parti, e pertanto tendeva a mettere in secondo piano la condotta successiva come criterio dinamico d'interpretazione dei trattati[1937]. Per lo più questa era stata usata dalla Corte come mezzo interpretativo supplementare, al fine di confermare un risultato interpretativo già raggiunto altrimenti[1938], salvo alcuni casi in cui, presumibilmente, il regime istituzionale descritto dal trattato motiva la Corte ad adottare un approccio più dinamico[1939]. Il principio interpretativo seguito dalla Corte si ritrova espresso nel parere sulla Giurisdizione delle corti di Danzica (1928): "the intention of the parties, which is to be ascertained from the contents of the agreements, taking into consideration the manner in which the Agreement has been applied, is decisive"[1940].

[1934] Qui Nolte sembra tracciare un parallelo tra prassi interpretativa e prassi costitutiva di consuetudini, benché, come visto, nella giurisprudenza dei tribunali speciali a rilevare è la prassi successiva a determinati trattati che siano d'aiuto per individuare le consuetudini (e non, in sè, la prassi costitutiva di consuetudini).
[1935] All'opposto, sottolineava Nolte, di quello del WTO (Second Report, cit., p. 295).
[1936] *Ibidem*, p. 302.
[1937] Introductory Report, cit., p. 175-6.
[1938] *Ibidem*, in particolare nota 49.
[1939] In particolare in due pareri che coinvolgono l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, specialmente nel caso Libera Città di Danzica e ILO (1930)(interpretando in senso restrittivo i poteri della Polonia sulle relazioni estere di Danzica a partire dalla prassi dell'Alto Commissario e successivi accordi tra le parti), ma anche nel caso Competenza dell'ILO a regolare, incidentalmente, il lavoro personale del datore di lavoro (1926)(in cui si richiama all'uso della prassi da parte delle corti nazionali al fine di risolvere questioni di legittimità costituzionale circa i poteri del governo).
[1940] Introductory Report, cit., p. 177.

3.1. (continua) La condotta successiva come 'mezzo autentico d'interpretazione'

Nel primo rapporto per la Commissione la trattazione di questa parte è più sintetica, e si concentrava sulla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, oltre che sul rapporto tra condotta successiva e altri mezzi d'interpretazione di cui all'articolo 31 della Convenzione di Vienna, indagato nel primo rapporto per il Gruppo di Studio e qui indicato in corrispondenza della settima Conclusione (dedicata agli effetti della condotta successiva)[1941]. Si aggiugeva soltanto, nel rapporto tra condotta successiva e l'oggetto e scopo del trattato, che non è possibile concludere in via generale (cioè a partire dalla giurisprudenza della CIG) che il ruolo di accordi e prassi successiva sarebbe determinato dal carattere del trattato e dalla natura del suo contenuto (che costituirebbero espressioni di oggetto e scopo)[1942]. Veniva poi finalmente indagato il ruolo della condotta successiva nel rapporto tra interpretazione contemporanea ed evolutiva, riprendendo il primo rapporto introduttivo, da cui è opportuno partire[1943].

3.2. L'interpretazione evolutiva nel primo rapporto per il Gruppo di Studio

Nolte dedicava ampio spazio nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio al ruolo della condotta successiva delle parti nella questione intertemporale, ricostruendo anzitutto il caso Costa Rica c. Nicaragua deciso dalla Corte Internazionale di Giustizia nel 2009. Oggetto di controversia era la libertà di navigazione sul fiume San Juan, che segna il confine tra i due paesi ma sul quale il Nicaragua è sovrano; il Costa Rica, secondo un trattato del 1858, gode tuttavia del diritto di navigazione, anche per 'objetos de comercio'. È attorno all'interpretazione di questa espressione che si svolge gran parte del dibattimento: il Nicaragua sosteneva che dovesse intendersi solo il commercio di beni, in base ad un'interpretazione fondata sul significato prevalente di 'commercio' ai tempi della conclusione del trattato, mentre il Costa Rica difendeva l'esercizio del trasporto di turisti sul fiume, sulla scorta di un'interpretazione evolutiva del termine.

La Corte respingeva l'argomento del Nicaragua, affermando che l'utilizzo di un termine generico è certamente indizio del fatto che le parti intendevano riconoscere la possibilità che il trattato evolvesse nel tempo, al variare del significato ordinario del temine medesimo. Ciò che interessa evidenziare in questa sede è che, nella sua opinione parzialmente dissenziente, il giudice Skotnikov giungeva al medesimo risultato utilizzando il criterio interpretativo della prassi successiva, ossia

[1941] A/CN.4/660, par. 52-53, e qui al punto II.1, circa la .
[1942] Che la natura del trattato non rilevi nel modificare l'operatività della regola generale d'interpretazione, compresa la prassi successiva, era già stato rilevato da Nolte nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio: vedi sopra al punto II.2.
[1943] Introductory Report, cit., p. 184 ss.

l'esercizio di servizi turistici da parte del Costa Rica sul fiume San Juan per più di dieci anni, senza proteste da parte del Nicaragua, avrebbe certamente determinato la necessità di rigettare l'interpretazione contemporanea proposta da quest'ultimo. Secondo Nolte, si tratta della conferma che la condotta successiva può sostenere un'interpretazione di tipo evolutivo.

La Commissione non ha esposto la questione intertemporale in maniera chiara nella Convenzione di Vienna, né ha potuto arrivare nel rapporto del 2006 sulla frammentazione del diritto internazionale ad una definitiva soluzione circa il rapporto tra condotta successiva ed interpretazione evolutiva. In tale rapporto, il relatore speciale Martti Koskenniemi proponeva un approccio cauto, che partisse dal testo del trattato e quindi da un'interpretazione di tipo contemporaneo, verificando poi che i termini utilizzati potessero nel caso concreto sostenerne una di tipo evolutivo[1944].

Tale approccio è certamente supportato dalla giurisprudenza, ma non è possibile escludere che in taluni casi emerga un'alternativa più netta, come sembra dimostrare la giurisprudenza riguardante diversi temi. Infatti, se quella relativa a trattati sulla delimitazione dei confini tende ad un'interpretazione di tipo contemporaneo, data la necessità di preservare la stabilità del trattato[1945] (il che non esclude tuttavia, come si è già evidenziato[1946], che nei medesimi casi possa riconoscersi una modifica informale del trattato medesimo, sulla base della prassi statale), un'interpretazione di tipo evolutivo si realizza spesso quando vi sono termini maggiormente dipendenti dal contesto[1947].

Secondo Nolte, la giurisprudenza più recente sembra non contraddire il supporto proveniente dalla dottrina rispetto alla possibilità di interpretare evolutivamente un trattato, ma al contempo sembra farlo mantenendo un certo ossequio alla volontà delle parti, come nel caso Gabcikovo-

[1944] A/CN.4/L.682, par. 478: "Because it seems pointless to try to set any general and abstract preference between the past and the present, it is best, once again, to merely single out some considerations that may be relevant when deciding whether to apply article 31 (3) (c) so as to "take account" of those "other obligations" as they existed when the treaty was concluded or as they exist when it is being applied. The starting-point must be, again, the fact that deciding this issue is a matter of interpreting the treaty itself. Does the language used give any indication? The starting-point of the argument might plausibly be the "principle of contemporaneity" - with regard to the normative environment as it existed at the moment when the obligation entered into force for a relevant party. When might the treaty language itself, in its context, provide for the taking account of future developments? Examples of when this might be a reasonable assumption include at least: (a) Use of a term in the treaty which is "not static but evolutionary" [...] (b) The description of obligations in very general terms, thus operating a kind of renvoi to the state of the law at the time of its application. [...]"

[1945] Nolte porta ad esempio i casi Tempio di Preah Vihear (1962), Kasikili\Sedudu (1962), Eritrea c. Etiopia (2002), Camerun c. Nigeria (2002), tutti decisi dalla CIG, e in cui si trattava di interpretare termini molto specifici (rispettivamente 'watershed', 'main channel\Thalweg', nomi di località e 'mouth of a river'). Introductory Report, cit. p. 186.

[1946] Vedi sopra al punto II.2, a proposito dell'effetto modificativo della prassi successiva come trattato da Nolte nel primo rapporto per il Gruppo di Studio, e poi nel secondo rapporto per la Commissione.

[1947] Ad esempio nel parere sulla Namibia (1971), dove le espressioni 'the well-being and development of such peoples' e 'the strenuous conditions of the modern world' nell'articolo 22 del Patto della Società delle Nazioni sono interpretate dalla CIG alla luce del moderno principio di autodeterminazione, mentre in Grecia c. Turchia (1978) l'interpretazione evolutiva si fonda sulla natura generica dei termini utilizzati, e Costa Rica c. Nicaragua (2009) sulla natura 'durevole' del trattato. *Ibidem*.

Nagymaros[1948]. La scelta tra un tipo di interpretazione e l'altra dipenderebbe in definitiva dai termini utilizzati e dalle circostanze, e non è possibile escludere il contemporaneo utilizzo di entrambe le modalità interpretative[1949]. Per quanto concerne il rapporto con la condotta successiva, dunque, dopo aver precisato che l'interpretazione evolutiva non costituisce un criterio d'interpretazione, bensì un modo di applicare correttamente tali criteri[1950], Nolte precisava che la condotta successiva può sia giustificare, da sola, un'interpretazione di tipo evolutivo, sia limitarla, nel senso di subordinare alla volontà delle parti un'estensione di significato che potrebbe altrimenti essere anche maggiore[1951].

Nel secondo rapporto per la Commissione l'analisi era ancora una volta incentrata sul caso Costa Rica c. Nicaragua, e Nolte sintetizzava molto brevemente la giurisprudenza esaminata nel secondo rapporto, in particolare ricordando che se il DSB del WTO raramente interpreta in senso evolutivo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo fa ampio riferimento alla dottrina del 'living instrument'[1952]. Ciò confermerebbe che vale una presunzione soltanto semplice di interpretazione contemporanea, dal momento che sono ormai molti i casi decisi utilizzando un'interpretazione di tipo evolutivo[1953].

3.3. Dibattito e riformulazione

Nella discussione presso la Commissione, un'osservazione ricorrente riguardava la necessità di fare riferimento, oltre all'interpretazione evolutiva, anche a quella contemporanea[1954]. Parte del dibattito investiva la nozione stessa di interpretazione come ricerca della volontà (originaria) delle parti, dovendosi pertanto basare sul testo, al fine di deprimere il rilievo di un'interpretazione di tipo evolutivo[1955]. A tale posizione, Nolte replicava affermando che certamente interpretare un trattato significa andare alla ricerca dell'intenzione della parti, ma che accordi e prassi successiva servono

[1948] In esso (1997) la CIG afferma (par. 112 della decisione) che 'newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty' e che 'By inserting these evolving provisions in the Treaty, the parties recognized the potential necessity to adapt the Project.'

[1949] Ad esempio, la corte arbitrale nel caso concernente la delimitazione del confine marittimo tra Guinea Bissau e Senegal (1989) adotta un'interpretazione di tipo contemporaneo, ma parallelamente afferma la possibilità di interpretare evolutivamente certi termini. Introductory Report, cit. p. 181.

[1950] *Ibidem*.

[1951] *Ibidem*, di nuovo con riferimento all'opinione dissenziente in Costa Rica c. Nicaragua.

[1952] Vedi sinteticamente anche le conclusioni riferite alla giurisprudenza di tali corti, individuate da Nolte nel suo secondo rapporto per il Gruppo di Studio, e riprese qui nel Capitolo I, al punto II.3.1.

[1953] A/CN.4/660, par. 54-63.

[1954] Tladi (A/CN.4/SR.3159, p. 7: 'Subsequent agreements and subsequent practice could just as easily support an evolutive interpretation as they could a contemporaneous interpretation, owing to the fact that they were merely tools for identifying, in good faith, the ordinary meaning of the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.'), Wood (A/CN.4/SR.3160, p. 3), Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3162, p. 7) e Jacobbson (A/CN.4/SR.3162, p. 8).

[1955] Al-Marri (A/CN.4/SR.3160, p. 4), Huang (A/CN.4/SR.3160, p. 4) e Hmoud (A/CN.4/SR.3160, p. 4, che in generale si domanda se è ammissibile un'interpretazione che non rifletta l'intenzione originaria delle parti del trattato).

appunto a chiarire tale intenzione[1956]. La posizione del relatore speciale è confermata dalla sua replica ad una critica, che aveva evidenziato il mancato riferimento all'articolo 31.4 della Convenzione di Vienna (significato speciale voluto dalle parti)[1957]: tale omissione sarebbe stata dovuta proprio all'eccessiva enfasi che ciò avrebbe posto sull'intenzione originaria delle parti[1958]. Del resto, ulteriori critiche erano dirette all'omissione in questa seconda Conclusione di espressi riferimenti all'articolo 31, in particolare allo stesso terzo paragrafo[1959], e al secondo, dedicato al contesto[1960].

Anche altri membri della Commissione si dicevano contrari all'indicazione dell'interpretazione evolutiva[1961], mentre altri erano d'accordo nel farvi riferimento, a patto che si precisasse che essa costituisce non un 'metodo' d'interpretazione, bensì il risultato di una certa applicazione dei mezzi indicati dalla Convenzione di Vienna[1962], oppure che si indicassero in generale i parametri della sua applicazione[1963], o ancora in generale che si provvedesse a darne una definizione più precisa[1964]. Secondo alcuni, infine, mancava un'espressa indicazione dei diversi effetti della condotta successiva in trattati bi- e multilateriali[1965]. Nella propria replica, Nolte difendeva in generale la propria scelta di adottare un linguaggio vicino alla Convenzione di Vienna, e si diceva d'accordo sia con il menzionare anche l'interpretazione contemporanea, sia con l'indicare che l'interpretazione evolutiva è il risultato dell'applicazione dei mezzi indicati dalla Convenzione di Vienna[1966].

In ragione delle divergenze presso la Commissione, il Drafting Committee sceglieva di redigere due distinte Conclusioni, la prima rubricata allo stesso modo, la seconda dedicata all'interpretazione

[1956] A/CN.4/SR.3160, p. 4.
[1957] Forteau (A/CN.4/SR.3160, p. 4, richiamando il caso Costa Rica c. Nicaragua quale dimostrazione di come la prassi successiva possa allontanarsi dall'intento originario delle parti, 'as an intention modifying the original intention of the parties.').
[1958] A/CN.4/SR.3160, p. 4: 'paragraph 4 [...] suggested that "the parties so intended" meant the original intentions, which was restrictive'.
[1959] Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3162, p. 7).
[1960] Jacobbson (A/CN.4/SR.3162, p. 8).
[1961] Petric (A/CN.4/SR.3161, p. 5, sottolineando in particolare che l'approccio evolutivo della ECtHR, in quanto tipico di tale corte, non avrebbe potuto essere esteso in via generale), Murhpy (che dopo aver sottolineato che tutti i mezzi interpretativi sono 'autentici' in quanto indicati dalla Convenzione di Vienna, critica il riferimento all'interpretazione evolutiva proprio perché priva di un sostegno nella Convenzione medesima - A/CN.4/SR.3161, p. 6), Murase (A/CN.4/SR.3162, p. 5) e Gevorgian (A/CN.4/SR.3163, p. 3, poichè 'in the absence of any definition of that notion [di interpretazione evolutiva], its meaning could be deduced only by applying a variety of means of interpretation.').
[1962] Sturma (A/CN.4/SR.3162, p. 3) e Kamto (A/CN.4/SR.3162, p. 3).
[1963] Wisnumurti (A/CN.4/SR.3162, p. 5).
[1964] Hassouna (A/CN.4/SR.3163, p. 3).
[1965] Kamto (A/CN.4/SR.3162, p. 3; in particolare 'While for the former [trattati multilaterali] they could be a means of interpretation, for the latter [bilateral treaties] their effect was to modify or confirm the original intention of the parties.') e Escobar Hernandez (A/CN.4/SR.3162, p. 8).
[1966] A/CN.4/SR.3163, p. 6.

evolutiva[1967]. La Conclusione 2 veniva quindi riformulata nel senso di chiarire in che senso accordi e prassi successiva sono 'mezzi autentici' d'interpretazione, riprendendo un'espressione contenuta nel commento della Commissione all'articolo 27 del Progetto del 1966 di Convenzione sul diritto dei trattati, per cui la condotta successiva costituisce 'objective evidence of the understanding of the parties as to the meaning of the treaty'[1968]. Inoltre si fa di nuovo riferimento all'articolo 31 della Convenzione di Vienna, per rimarcare che in ogni caso l'uso di questi mezzi interpretativi deve avvenire in applicazione alla regola generale d'interpretazione[1969].

> *Draft conclusion 2 – Subsequent agreements and subsequent practice as authentic means of interpretation*
>
> *Subsequent agreements and subsequent practice under article 31 (3) (a) and (b), being objective evidence of the understanding of the parties as to the meaning of the treaty, are authentic means of interpretation, in the application of the general rule of treaty interpretation reflected in article 31.*

Presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale le reazioni divergevano per lo più a proposito delle scelte terminologiche fatte dalla Commissione in questa seconda Conclusione: l'espressione 'objective evidence' era in particolare osteggiata da una parte[1970], ma caldeggiata da molti Stati[1971], mentre il termine 'authentic means' determinava alcune critiche osservazioni[1972].

Come anticipato, la nuova Conclusione 3 riprende il secondo paragrafo della Conclusione 2 proposta dal relatore speciale, alla luce del dibattito presso la Commissione circa la nozione di interpretazione evolutiva, la sua relazione con la condotta successiva e la necessità di far riferimento anche all'interpretazione contemporanea[1973]. La riformulazione era dunque finalizzata a sottolineare come accordi e prassi successiva possano contribuire ad orientare la scelta tra le due

---

[1967] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Dire Tladi, 31 maggio 2013, p. 6: 'The Drafting Committee considered that the content of paragraph 2 of the text initially presented by the Special Rapporteur, which addressed the question of evolutive interpretation, would be better dealt with in a separate draft conclusion.'
[1968] *Ibidem*, p. 7 e Annuario della Commissione, 1966, vol. II, p. 221, par. 15.
[1969] Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Dire Tladi, 31 maggio 2013, p. 7.
[1970] Francia (A/C.6/68/SR.17, par. 119: 'The term was neither necessary nor helpful. States' interpretation of a treaty might evolve and vary according to need and circumstance. It would be preferable not to describe the evidence as "objective", although that did not detract from the relevance of giving consideration to subsequent agreements and subsequent practice in order to interpret a treaty. On the other hand, it would be useful if future work were to draw a distinction among subsequent agreements between those that were binding and those that the parties did not acknowledge as such.').
[1971] Sud Africa (A/C.6/68/SR.18, par. 42), Slovacchia (A/C.6/68/SR.18, par. 75, benchè affermi la necessità di definire più chiaramente tale espressione), Irlanda (A/C.6/68/SR.18, par. 118) e Italia (A/C.6/68/SR.19, par. 2).
[1972] Regno Unito (A/C.6/68/SR.18, par. 16: 'The phrase "authentic means of interpretation" in draft conclusion 2 might not be appropriate, since in treaty terms, the word "authentic", which was often used when referring to different language versions of treaties, did not tend to have a particular technical meaning.') e Grecia (A/C.6/68/SR.18, par. 88, criticando la distinzione che la Commissione sembrava operare tra 'authentic means' e 'authentic interpretation', dal momento che tutti i mezzi ricompresi nell'articolo 31 della Convenzione di Vienna sono 'autentici', nel senso di dover essere utilizzati per interpretare il trattato; inoltre, basandosi su un accordo tra le parti, accordi e prassi successiva costituiscono un vincolo ad una determinata interpretazione - 'autentica', per l'appunto).
[1973] *Ibidem*, p. 8.

interpretazioni, nel senso di assistere nella verifica che l'intenzione 'presunta' delle parti fosse (oppure no) quella di dare ad un termine un significato capace di evolvere nel tempo (e lasciando al commentario il compito di spiegare che l'intenzione presunta va accertata attraverso l'uso di tutti i mezzi interpretativi)[1974].

L'obiettivo era anche quello di non far trasparire una preferenza della Commissione per l'una o l'altra tipologia di interpretazione, bensì richiamare alla cautela nell'uso della condotta successiva al fine di sostenere un'interpretazione evolutiva: il commentario avrebbe evidenziato quindi l'approccio caso per caso all'interpretazione evolutiva che le corti adottano, e il fare parte di quest'operazione non di un autonomo metodo interpretativo, bensì del normale processo di cui all'articolo 31 della Convenzione di Vienna[1975].

> *Draft conclusion 3 – Interpretation of treaty terms as capable of evolving over time*
>
> *Subsequent agreements and subsequent practice under articles 31 and 32 may assist in determining whether or not the presumed intention of the parties upon the conclusion of the treaty was to give a term used a meaning which is capable of evolving over time.*

Molti Stati si dicevano d'accordo con la scelta della Commissione di assumere una posizione flessibile, che riconoscesse cioè la necessità di una scelta tra interpretazione contemporanea ed evolutiva nel caso concreto[1976], ma alcuni manifestavano le proprie perplessità circa l'espressione 'presumed intention'[1977]. Altri Stati dichiaravano che l'interpretazione evolutiva è certamente possibile, ma a determinate condizioni[1978], in particolare trovando un limite nell'intenzione

[1974] *Ibidem*, p. 8. In particolare non sarebbe possibile verificare l'intenzione delle parti soltanto attraverso i lavori preparatori.
[1975] *Ibidem*, p. 9.
[1976] Messico (A/C.6/68/SR.17, par. 127), Spagna (A/C.6/68/SR.17, par. 137, in particolare 'The Commission must not extrapolate the specific jurisprudence of the European Court of Human Rights on two cases, which were very specific in their factual background and very complex in their analysis of intertemporal law.'), Regno Unito (A/C.6/68/SR.18, par. 17), Germania (A/C.6/68/SR.18, par. 70), Romania (A/C.6/68/SR.18, par. 111), Italia (A/C.6/68/SR.19, par. 2) e Russia (A/C.6/68/SR.19, par. 53).
[1977] Stati Uniti (A/C.6/68/SR.17, par. 43, affermando che il processo interpretativo non deve indagare l'intenzione in sé bensì avvenire applicando i mezzi interpretativi di cui agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna, il che in realtà non è diverso da quanto espressamente afferma anche la Commissione, come visto), Francia (A/C.6/68/SR.17, par. 120: 'the idea of the "presumed intention" of the parties did not reflect the commentaries, whose purpose her delegation shared, namely to raise the question of the choice between a contemporaneous approach and an evolutive approach to treaty interpretation.') e Grecia (A/C.6/68/SR.18, par. 93: 'Attempts to identify the presumed intention of the parties upon the conclusion of the treaty by applying the various means of interpretation recognized in articles 31 and 32 could lead to misleading conclusions', poichè a mutare potrebbe essere l'intenzione delle parti e non in sè il termine).
[1978] Ungheria (A/C.6/68/SR.18, par. 60: l'interpretazione evolutiva sarebbe soltanto possibile, non obbligatoria: 'It was vital to provide the possibility, and not the obligation, to parties to a treaty to give a term used in the treaty a meaning which was capable of evolving over time through subsequent agreements or subsequent practice.'), India (A/C.6/68/SR.19, par. 18: 'the evolutive interpretation of a treaty could not be merely a matter of the presumption of the intent of parties, unless there was a clear acceptance by the parties of such interpretation, particularly in regard to treaties that laid down the specific rights of each party and where such an interpretation might alter the core rights of a party.') e Indonesia (A/C.6/68/SR.19, par. 64: l'interpretazione evolutiva dovrebbe preservare la stabilità del trattato e basarsi sull'accordo di tutte le parti - espresso nel caso degli accordi successivi, implicito in quello della prassi successiva - soprattutto nell'ipotesi di trattati multilaterali).

originaria delle parti[1979]. Da alcuni si sottolineava che il richiamo a tale metodo d'interpretazione dovrà essere utilizzato anche per tracciare un confine con l'eventuale modifica\emendamento successivo del trattato (come proposto in questa sede)[1980]. Infine, alcuni Stati manifestavano una cautela ancor maggiore nel considerare la stessa possibilità di interpretare evolutivamente un trattato[1981], o di modificarlo informalmente attraverso la prassi successiva (problema che ancora non era stato discusso in questa fase dei lavori)[1982].

4. Relazione tra prassi successiva ad un trattato e formazione di norme consuetudinarie parallele nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio

Di diretto interesse per l'oggetto di questa tesi, il tema del rapporto tra prassi successiva e prassi come elemento formativo delle consuetudini era stato oggetto di specifica analisi nel terzo rapporto per il Gruppo di Studio, benchè tali considerazioni non si ritrovino nei rapporti per la Commissione. La ragione è certamente da attribuirsi al fatto che ancora la portata del lavoro della Commissione non era ancora stata espressamente limitata all'effetto intepretativo di accordi e prassi successiva, dovendosi a quel punto escludere ogni riferimento al diritto consuetudinario[1983]. Di particolare interesse, in ogni caso, erano stati nello specifico i trattati di codificazione, dove risulta 'on

[1979] Corea del Sud (A/C.6/68/SR.18, par. 106), Cuba (A/C.6/68/SR.19, par. 28) e Iran (A/C.6/68/SR.19, par. 71, criticando l'approccio adottato dalla Commissione, manchevole di un espresso riferimento alla questione intertemporale).

[1980] Sud Africa (A/C.6/68/SR.18, par. 43, proponendo di considerare che per alcuni trattati l'intenzione delle parti è tale per cui un determinato termine è da intendersi alla luce delle circostanze valide al tempo della conclusione, potendo accordi e prassi successiva soltanto indicare un'eventuale modifica dell'intenzione delle parti, ma non certo di per sé modificare il significato del trattato. Se invece il termine è 'by their very nature capable of evolving over time', come avviene per alcune categorie di trattati (ad esempio quelli sui diritti umani), sarebbe certamente possibile avere un'interpretazione di tipo evolutivo, purché tale verifica venga fatta in concreto), Slovacchia (A/C.6/68/SR.18, par. 76: 'While subsequent practice was generally understood to serve as a means of identifying the original intent of parties with respect to a treaty, the question arose as to whether or to what extent it might depart from or modify that original intent. In that regard, it was also crucial to ask whether the meaning of a term or provision in a treaty was capable of evolving over time.') e Iran (A/C.6/68/SR.19, par. 70: 'The question was not only to determine what factors might have played a role in bringing some States parties to ignore or modify certain provisions of a treaty. That was called "subsequent practice" and should not be confused with interpretation of treaties.').

[1981] Tailandia (A/C.6/68/SR.19, par. 24, ricordando che il relatore speciale basa la propria conclusione soltanto sull'opinione del giudice Guillame nel caso Costa Rica c. Nicaragua) e Malesia (A/C.6/68/SR.19, par. 34: 'given that support for an evolutive approach to treaty interpretation varied across international courts and tribunals, her delegation was of the view that caution must be exercised in determining the presumed intention of parties at the conclusion of a treaty in order to avoid distorting or departing in any way from the letter and spirit of the treaty.').

[1982] Spagna (A/C.6/68/SR.17, par. 138: 'his delegation was not sure of the actual scope that might be attached to subsequent practice in cases which, for example, might result in the modification of the initial agreement being interpreted.') e Bielorussia (A/C.6/68/SR.18, par. 5: 'While it was not feasible to draft a text that could, a priori, categorize international treaties as being evolutive, a useful guideline that set out the inadmissibility of an interpretation that would lead to the amendment of a treaty would be useful.').

[1983] Come testimoniato dal mutamento del titolo, da 'Treaties over time' a 'Subsequent agreement and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties'; vedi nell'Introduzione al punto 2.1.

occasion' difficile distinguere tra la prassi nelle sue due declinazioni (interpretativa di trattati e formativa di consuetudini)[1984].

Il primo esempio è rappresentato dall'articolo 4 della Convenzione de L'Aja del 1930 su certe questioni relative al conflitto di leggi sulla nazionalità: tale articolo afferma che uno Stato non può agire in protezione diplomatica a difesa di un proprio cittadino che abbia la cittadinanza anche dello Stato contro cui si agirebbe[1985]. La norma tutela la sovrana uguaglianza degli Stati ed era considerata consuetudinaria, ma dopo la Seconda Guerra Mondiale gli Stati cominciarono ad adottare spesso condotte ad essa contrarie, tanto che nel 2006 la Commissione di Diritto Internazionale propone nel suo Progetto sulla protezione diplomatica di prevedere un'eccezione al divieto di intervenire per lo Stato che abbia con l'individuo il rapporto di cittadinanza 'effettiva', riconoscendo tale norma come l'attuale consuetudine[1986]. In tal senso, la prassi di alcuni Stati parte della Convenzione del 1930 (qualificabile come 'successiva' e diretta all'interpretazione di tale Convenzione) e di altri Stati (rilevante solo per l'eventuale formazione di una consuetudine) hanno proceduto in parallelo nel far evolvere, rispettivamente, il trattato e il diritto consuetudinario[1987].

Nel diritto internazionale umanitario l'esempio è quello dell'articolo 85 della Terza Convenzione di Ginevra, che afferma l'obbligo di considerare il prigioniero di guerra come tale anche qualora egli sia perseguito penalmente sulla base delle leggi dello Stato di detenzione per atti commessi precedentemente alla cattura[1988]: la prassi successiva si è tuttavia consolidata nel senso affermare che l'individuo perde la qualifica di prigioniero di guerra se non si sia adeguatamente distinto dai civili nel corso del conflitto. Oggi tale norma è confermata dall'articolo 44 del Primo Protocollo Addizionale[1989] ed è riconosciuta come norma consuetudinaria vigente dall'ICRC nello Studio sul

---

[1984] Third Report, cit., p. 350.

[1985] Articolo 4 della Convenzione de L'Aja del 1930: 'A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a State whose nationality such person also possesses.'

[1986] Articolo 7 dei Draft Articles on Diplomatic Protection : 'Multiple nationality and claim against a State of nationality – A State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is predominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim.' (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf)

[1987] Third Report, cit., p. 350.

[1988] Articolo 85 della Convenzione di Ginevra del 1949: 'Offences committed before capture – Prisoners of war prosecuted under the laws of the Detaining Power for acts committed prior to capture shall retain, even if convicted, the benefits of the present Convention.'

[1989] Articolo 44 del Primo Protocollo Addizionale del 1977: '3. In order to promote the protection of the civilian population from the effects of hostilities, combatants are obliged to distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack. Recognizing, however, that there are situations in armed conflicts where, owing to the nature of the hostilities an armed combatant cannot so distinguish himself, he shall retain his status as a combatant, provided that, in such situations, he carries his arms openly: (a) during each military engagement, and (b) during such time as he is visible to the adversary while he is engaged in a military deployment preceding the launching of an attack in which he is to participate. Acts which comply with the requirements of this paragraph shall not be considered as perfidious within the meaning of Article 37, paragraph 1 (c). 4. A combatant who falls into the power of an adverse Party while failing to meet the requirements set forth in the second sentence of

diritto umanitario consuetudinario, in cui si richiama in particolare la prassi di uno Stato, Israele, che non è parte del Primo Protocollo[1990].

Nel medesimo ambito umanitario è opportuno altresì tornare sulla prassi dell'utilizzo delle tecnologie di puntamento più avanzate, che è soprattutto una prassi degli Stati Uniti, i quali non sono parte del Primo Protocollo Addizionale alle Quattro Convenzioni di Ginevra[1991]. L'articolo 57 di tale strumento, come ricordato[1992], impone un obbligo di adottare tutte le misure 'fattibili' al fine di evitare danni collaterali ai civili, e viene qualificato dall'ICRC come consuetudinario, richiamando anche la prassi di Stati, appunto, che non sono parte del Primo Protocollo[1993]. Gli Stati Uniti sarebbero vincolati all'obbligo di precauzione previsto dall'articolo 2.3 della Convenzione de L'Aja del 1907 sul bombardamento navale[1994], di cui essi sono parte, e un manuale militare navale statunitense del 2007 fa espresso riferimento all'obbligo[1995]: tale manuale, secondo Nolte, non potrebbe essere considerato tuttavia una 'prassi successiva' alla Convenzione del 1907 quanto piuttosto il riconoscimento di una prassi consuetudinaria che origina dal Protocollo Addizionale del 1977[1996]. La prassi di utilizzare il dispositivo più avanzato disponibile è una prassi iniziata dagli Stati Uniti che non può essere 'successiva' ad un trattato cui essi non partecipano, ma che viene seguita dagli Stati parte al Primo Protocollo Addizionale, verificandosi di nuovo un parallelismo tra sviluppo dell'interpretazione di un trattato, da una parte, e del diritto consuetudinario, dall'altra[1997].

Un ultimo esempio è rappresentato dal principio di *non-refoulement* contenuto nell'articolo 33 della Convenzione sullo status di rifugiato del 1951 e riconosciuto come norma consuetudinaria[1998]:

---

paragraph 3 shall forfeit his right to be a prisoner of war, but he shall, nevertheless, be given protections equivalent in all respects to those accorded to prisoners of war by the Third Convention and by this Protocol. This protection includes protections equivalent to those accorded to prisoners of war by the Third Convention in the case where such a person is tried and punished for any offences he has committed.'

1990 La regola 106 dello Studio ICRC sul Diritto internazionale umanitario consuetudinario afferma: 'Combatants must distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack. If they fail to do so, they do not have the right to prisoner-of-war status.' Nel commento alla regola si cita in particolare una sentenza della Corte Suprema Israeliana che precede il Primo Protocollo Addizionale (cui, come ricordato, Israele non è parte; vedi Third Report, cit., p. 351).

1991 *Ibidem*.

1992 Vedi il Capitolo I al punto II.3, e in particolare la nota 671.

1993 Vedi le regole da 16 a 18 dello Studio sul diritto internazionale umanitario consuetudinario.

1994 Articolo 2.3 della Convenzione de L'Aja del 1907: 'If for military reasons immediate action is necessary, and no delay can be allowed the enemy, it is understood that the prohibition to bombard the undefended town holds good, as in the case given in paragraph l, and that the commander shall take *all due measures* in order that the town may suffer as little harm as possible.' (corsivo aggiunto).

1995 Vedi The Commander's Handbook on the law of Naval Operations, Chapter 8 'The Law of Targeting', in particolare 8.1.2.1 'Incidental Injury and Collateral Damage' (disponibile presso www.usnwc.edu).

1996 Third Report, cit., p. 351.

1997 Con particolare riferimento alla prassi NATO in Libia nel 2011, in cui dichiaratamente gli Stati parte hanno utilizzato i più avanzati sistemi di puntamento: Nolte sottolinea che nonostante non sia possibile individuare i singoli Stati autori dei bombardamenti, la gran parte dei membri della NATO è anche parte del Protocollo del 1977 (Third Report, cit., p. 352).

1998 Articolo 33: 'Prohibition of expulsion or return ("refoulement") – 1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be

secondo Nolte sarebbe difficile stabilire se la condotta di uno Stato parte della Convenzione costituisce prassi successiva o prassi nell'evoluzione della norma consuetudinaria[1999]. Infine, una indicazione circa la distinzione tra le due declinazioni della prassi viene identificata da Nolte in una controversia tra Stati Uniti e Italia del 1965, in cui il tribunale arbitrale affermava che la soglia probatoria per l'affermazione dell'esistenza di una norma consuetudinaria dovrebbe essere più alta di quella sufficiente per affermare la presenza di una prassi successiva ad un trattato[2000].

III. La prassi nel rapporto tra consuetudini e trattati

In questa sezione si tenterà di descrivere in che modo consuetudini e trattati interagiscono tra loro assumendo la prospettiva della prassi degli Stati. È chiaro infatti che, per quanto non esattamente coincidenti, la prassi che forma norme consuetudinarie e quella che può determinare un'interpretazione del trattato presentano elementi di affinità, quali strumenti informali attraverso cui gli Stati possono 'governare' i propri vincoli giuridici[2001]. Si dedica una prima sezione all'effetto della prassi sui trattati, ossia a verificare in che modo la condotta degli Stati parte di un trattato influisce sull'effettiva attuazione delle norme convenzionali. La seconda sezione tenta di descrivere le modalità con cui la prassi degli Stati determina, con il formarsi o l'evolversi di una consuetudine, una coincidenza o un conflitto tra fonti del diritto: nel primo caso si avrà, in senso lato, una 'codificazione', nel secondo uno 'sviluppo progressivo'[2002].

1. L'effetto della prassi sui trattati

La condotta degli Stati parte ad un trattato incide certamente sull'evoluzione del medesimo, potendo descrivere, come visto, un'interpretazione autentica, o comunque sottendendo un certo significato

---

threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. [...]'.

[1999] Third Report, cit., p. 352. Sul punto vedi più estesamente il successivo punto III.2.

[2000] Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy, 17 luglio 1965, par. 6.b): 'It is correct that only a constant practice, observed in fact and without change can constitute a rule of customary international law. However, in the case in point the matter at issue is not to deduce a legal standard from the practice followed but merely to reveal the interpretation the parties gave to the provisions in dispute, which can serve as additional evidence in ascertaining the intentions of the parties and illustrate their intent as of the time the Agreement was concluded. For this purpose a shorter period of continuity is sufficient.'

[2001] Secondo Kohen ("La pratique et la théorie des sources du droit international", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Parigi, 2004, p. 81) la prassi, in sè, rappresenta il 'mezzo più sicuro per rapportare diritto alla realtà', poichè il diritto internazionale corrisponde con quanto gli Stati fanno: la difficoltà sta più che altro nel riconoscere il passaggio da essere a dover essere, ossia nell'identificare un elemento psicologico che, come ipotizzato, è diverso, ma comunque sempre presente, sia ai fini del processo consuetudinario, che ai fini dell'interpretazione autentica del trattato.

[2002] Utilizzando il termine 'codificazione' in senso lato per ricomprendere anche l'ipotesi in cui la consuetudine si generi dal trattato (come del resto riconosciuto dalla CIG nel caso della Piattaforma Continentale del Mare del Nord); anche l'espressione 'sviluppo progressivo' è usata in senso ampio per riferirsi all'evoluzione del diritto internazionale, a partire da una tale condizione di coincidenza tra norma convenzionale e consuetudinaria, per arrivare un'altra condizione in cui la prassi ha reso differenti tali norme, modificandone una (in ipotesi, quella consuetudinaria). Vedi oltre al punto III.2.

che alcune parti attribuiscono al trattato (valendo 'soltanto' come mezzo interpretativo sussidiario)[2003]. Le parti tuttavia potrebbero in concreto applicare il trattato in una maniera che si allontana non soltanto dalla lettera del testo, ma anche da ogni altra possibile interpretazione resa possibile dai mezzi di cui agli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna. In tal caso non si potrebbe pertanto parlare di una mera 'interpretazione', quindi, ma si dovrebbe riconoscere una vera e propria 'modificazione' (o emendamento) del trattato[2004]. Essa si indicherà con l'espressione 'modifica informale', al fine di distinguerla da quella operata secondo le procedure che talvolta un trattato espressamente prescrive[2005].

La difficoltà sta esattamente nell'individuare il momento in cui una prassi successiva ex articolo 31.3.b) (quindi basata sull'accordo di tutte le parti) diviene modifica informale del trattato, poichè essa dovrebbe certamente richiedere il medesimo accordo unanime[2006]. Una ulteriore possibilità, che si discuterà anche nella successiva sezione, sta nel distinguere questa ipotesi da quella in cui la prassi è tale da modificare il trattato in quanto formativa di una nuova consuetudine[2007]. Occorre dunque descrivere prima l'effetto interpretativo, poi quello modificativo, ed infine tentare di individuare alcuni criteri che possano servire a identificare la soglia tra le due fattispecie.

1.1. Effetto interpretativo

1.1.1. Nella Convenzione di Vienna

L'unica forma di prassi riconosciuta nella Convenzione di Vienna è descritta in termini particolarmente rigidi. Senza voler ripetere quanto indicato nei precedenti capitoli, la 'prassi successiva' che si rinviene nell'articolo 31.3.b) della Convenzione poggia su due requisiti ben determinati: l'accordo di tutti gli Stati parte e la relazione con il trattato[2008]. In assenza di accordo tra tutte le parti, ossia il primo requisito, la prassi di (alcuni) Stati, purchè in applicazione del trattato (ossia il secondo requisito), potrebbe in ogni caso influire sull'interpretazione del medesimo

[2003] Vedi in generale il Capitolo I, in particolare ai punti II.2.2 e II.4.
[2004] Tale considerazione anticipa quanto si dirà rispetto al confine tra interpretazione e modificazione, da individuarsi in funzione del 'raggio interpretativo' kelseniano, senza tuttavia prescindere dalla concreta volontà delle parti: vedi al punto III.1.3.
[2005] L'espressione è la medesima utilizzata da Nolte nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio: vedi sopra al punto II.2.1.
[2006] Si deve ipotizzare che l'accordo unanime delle parti sia necessario ai fini di una modifica informale, come indicato nell'articolo 38 del Progetto del 1966 di Convenzione sul diritto dei trattati, e rilevato dalla maggioranza della dottrina; alcuni autori hanno tuttavia negato tale requisito. La questione è approfondita, con i dovuti riferimenti dottrinali, al successivo punto III.1.2.
[2007] Vedi al punto III.1.2.2.
[2008] L'articolo 31.3.b) VCLT afferma: 'any subsequent practice *in the application* of the treaty which *establishes the agreement* of the parties regarding its interpretation' (corsivo aggiunto). Sul ruolo dei due requisiti rispetto a quelli che si sono definiti gli aspetti 'oggettivo' e 'soggettivo' della prassi, vedi rispettivamente il Capitolo I, al punto III.2.2 e il Capitolo II, al punto III.1.

in via sussidiaria. Non esistono altre forme di prassi espressamente riconosciute dalla Convenzione, il che, come visto, rende difficile collocare la prassi delle organizzazioni internazionali, ad esempio, o quella di livello sociale, all'interno dello schema convenzionale[2009].

La prassi, intesa in senso ampio[2010], potrebbe tuttavia svolgere una funzione ulteriore, ossia 'sostenere' un'interpretazione evolutiva, normalmente collegata dalla dottrina agli articoli 31.1, riferito alla buona fede e al significato ordinario dei termini, e 31.3.c), relativo alle altre regole di diritto internazionale applicabili alle parti[2011]. Si tratta delle due 'parti' della regola di diritto intertemporale, come notoriamente espressa dal giudice Huber nel caso Isola di Palmas del 1928: la validità del trattato andrebbe cioè valutata in base al diritto in vigore al tempo della sua conclusione (principio di contemporaneità), ma la sua valida applicazione dipenderebbe dalle norme vigenti al tempo della sua implementazione[2012]. Nel redigere la Convenzione, la Commissione non ha indicato tale regola espressamente, nonostante una proposta del relatore speciale Waldock andasse esattamente in tal senso[2013], bensì l'avrebbe 'spezzata' nelle sue due componenti, collocate appunto nella regola generale d'interpretazione[2014]. La medesima Commissione, nel rapporto sulla frammentazione del 2006, ha confermato una presunzione di interpretazione contemporanea, senza

[2009] Sulla prassi delle organizzazioni internazionali nell'interpretazione del trattato istitutivo vedi in particolare il Capitolo II al punto II.3, e, sulla prassi sociale, il Capitolo I al punto II.2.2.2.

[2010] Nel senso che non sarebbe necessaria prassi in sè sostenuta dall'accordo delle parti o nell'applicazione del trattato: vedi in tal senso McLachlan, "The Evolution of Treaty Obligations in International Law", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 69, a p. 74

[2011] Non manca tuttavia in dottrina chi collega *direttamente* alla prassi successiva *ex* articolo 31.3.b) VCLT la possibilità di un'interpretazione evolutiva: vedi in tal senso Simma, "Miscellaneous Thoughts on Subsequent Agreements and Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 46, a p. 48. Fanno riferimento invece ai soli articoli 31.1 e 31.3.c) VCLT per fondare la possibilità di un'interpretazione evolutiva Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, 2008, a p. 252; Arato, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 9 (2010), p. 443, a p. 466; Moloo, "When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation", Berkeley Journal of International Law, Vol.31 (2013), p. 39, a p. 52.

[2012] Island of Palmas, lodo del 4 aprile 1928, p. 845: 'a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled. [...] The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law.' Nel senso che si tratta di due componenti complementari, la prima che assicura stabilità alle relazioni convenzionali, la seconda che ne assicura la continuità, vedi Kotzur, "Intertemporal Law", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com, par. 6.

[2013] Si tratta dell'articolo 56 del Progetto del '64: 'The inter-temporal law - 1. A treaty is to be interpreted in the light of the law in force at the time when the treaty was drawn up. 2. Subject to paragraph 1, the application of a treaty shall be governed by the rules of international law in force at the time when the treaty is applied.'; Yearbook if the ILC 1964, Vol. II, p. 8-9.

[2014] In tal senso vedi Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, 2008, a p. 251: il principio di buona fede *ex* 31.1 VCLT e quello indicato all'articolo 31.3.c) (talvolta denominato di interpretazione 'sistematica') rappresenterebbero appunto le due componenti della regola di diritto intertemporale. Si noti per altro che le altre regole vigenti costituiscono qui *criteri d'interpretazione* del trattato, piuttosto che norme potenzialmente prevalenti o subordinate rispetto ad esso.

negare, tuttavia, che un attento esame delle circostanze possa giustificare un'interpretazione di tipo dinamico[2015].

1.1.2. La prassi successiva in rapporto all'interpretazione evolutiva

Al di là di quanto espressamente la Convenzione afferma, dunque, è riconosciuto che la prassi successiva possa contribuire ad una interpretazione evolutiva di un trattato[2016]. Il punto rileva in rapporto alla modifica informale poichè quanto più è possibile estendere il significato del trattato per mezzo di una interpretazione, minore sarà lo spazio per una modifica informale, e quindi minore anche la necessità per una corte di dimostrare quest'ultima[2017]. Nel lavoro di Nolte la prassi successiva era indicata come criterio interpretativo capace di determinare lo stesso risultato di un'interpretazione evolutiva, in forza della decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso Costa Rica c. Nicaragua[2018]. Nella sua opinione separata il giudice Skotnikov arrivava infatti alla stessa conclusione della maggioranza della Corte, che aveva interpretato evolutivamente un termine, sulla base invece della prassi sucessiva di uno Stato di tollerare un certo uso della controparte[2019].

È tuttavia necessario distinguere: come anche la dottrina riconosce, l'interpretazione evolutiva è in realtà una modalità di utilizzare i criteri interpretativi, fondata sull'intenzione degli Stati di concedere che il trattato possa nel tempo evolvere, in ragione del mutamento del significato ordinario di un termine, dell'oggetto o scopo del trattato, o delle altre regole di diritto internazionale[2020]. Come tali elementi, la prassi successiva potrebbe pertanto specificare il *contenuto* di un'interpretazione evolutiva[2021], ma potrebbe anche costituire la prova di un'*intenzione*

[2015] A/CN.4/L.682, par. 478: 'The starting-point of the argument might plausibly be the "principle of contemporaneity" - with regard to the normative environment as it existed at the moment when the obligation entered into force for a relevant party. When might the treaty language itself, in its context, provide for the taking account of future developments?', quindi offrendo alcuni esempi di 'indicatori' della possbilità di interpretare evolutivamente: uso di un termine 'not static but evolutionary' (ossia privo di definizione o che riveli un 'programme of progressive development', in rapporto con l'oggetto e scopo del trattato), oppure descrizione degli obblighi con termini generali (che quindi richiedano di essere interpretati alla luce di altre norme vigenti).

[2016] In questo senso si esprime anche il relatore speciale Nolte; vedi sopra al punto II.3.2.

[2017] Anche in ragione dell'incertezza circa la stessa possibilità di una modifica informale, e dei suoi requisiti; vedi poco oltre nel testo.

[2018] Vedi sopra al punto II.3.2.

[2019] Dunque, per altro, una prassi negativa, debitamente presa in considerazione in una circostanza in cui sarebbe stato ragionevole attendersi una diversa reazione; sul valore del silenzio vedi il Capitolo I, al punto III.1.4.

[2020] Ossia elementi fattuali o giuridici che determinano il *contenuto* dell'interpretazione evolutiva, mentre il primo e il terzo paragrafo, lettera c) dell'articolo 31 VCLT, poco sopra richiamati, costituirebbero piuttosto il suo fondamento giuridico; in tale ottica, la volontà delle parti che il trattato evolva potrebbe qualificarsi come 'requisito essenziale' dell'interpretazione evolutiva.

[2021] Producendo un risultato *coincidente* con quello di un'intepretazione evolutiva, come nel caso Costa Rica c. Nicaragua.

successiva delle parti affinchè il trattato possa evolvere[2022]. Compatibilmente, si è segnalato anche come un'interpretazione basata sulla (sola) prassi successiva ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna si debba distinguere da un'interpretazione generalmente qualificabile come 'evolutiva', in particolare evidenziando che nel primo caso, a differenza che nel secondo, le parti mantengono un maggiore controllo sul trattato[2023].

Ciò che qui occorre rilevare è che ricorrere ad una interpretazione evolutiva è certamente vantaggioso, se possibile, rispetto alla necessità di dimostrare una modifica informale del trattato. Affermare cioè che un trattato si applica diversamente poichè un termine ha visto mutare il suo significato ordinario, oppure oggetto e scopo del trattato hanno assunto una diversa fisionomia, anche sulla base di una certa prassi[2024], è certamente più agevole per una corte, oltre che meglio gradito dagli Stati parte della controversia, rispetto al riconoscere in tale prassi una fonte di modifica degli obblighi convenzionali. Oltre ad essere compatibile con l'inquadramento della modifica informale come *extrema ratio* che anche la Commissione adotta[2025], tale considerazione è frequente anche in dottrina, evidenziandosi la tendenza a considerare 'interpretazioni' anche applicazioni di un trattato molto lontane dalla lettera del suo testo[2026]. È infine doveroso evidenziare come tanto l'interpretazione evolutiva quanto la modifica informale del trattato si debbano basare su una volontà degli Stati nel rispettivo senso, per quanto nel primo caso si tratti normalmente di un'intento originario[2027], nel secondo invece si debba rilevare una volontà successiva.

[2022] In questo senso vedi in particolare Moloo, in "Changing Times, Changing Obligations: The Interpretation of Treaties over Time", American Society International Law Proceedings, n. 106 (2012), p. 261, a p. 262, e anche in "When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation", Berkeley Journal of International Law, Vol.31 (2013), p. 39, a p. 55.

[2023] Vedi in tal senso Arato, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 9 (2010), p. 443. L'autore fonda l'interpretazione evolutiva sui termini o sull'oggetto e scopo del trattato, ed evidenzia come le conseguenze 'orizzontali' (su altri trattati) di una simile interpretazione siano ben maggiori che non nel caso di un'interpretazione basata sulla prassi successiva.

[2024] Non *necessariamente* una prassi *degli Stati* parte *ex* 31.3.b) VCLT, bensì intesa in senso lato per ricomprendere anche tendenze normative e sociali; vedi in tal senso McLachlan, "The Evolution of Treaty Obligations in International Law", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 69. Un esempio potrebbe essere dato dalla teoria del 'living instrument' applicata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ossia l'interpretazione dinamica della CEDU basata anche sulle tendenze normative degli Stati parte (senza provare l'accordo unanime), o su quelle sociali (pur riflesse nella legislazione).

[2025] Indicando espressamente nella Conclusione 7.3 che dev'essere presunta l'intenzione delle parti di interpretare il trattato, piuttosto che quella di modificarlo: 'It is presumed that the parties to a treaty, by an agreement subsequently arrived at or a practice in the application of the treaty, intend to interpret the treaty, not to amend or to modify it.' (A/CN.4/L.874, p. 3).

[2026] Vedi in tal senso Kohen, "La pratique et la théorie des sources du droit international", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Parigi, 2004, p. 81, a p. 99; Murphy, "The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 82, a p. 90. Sull'uso della lettera del trattato per delinare un confine tra 'interpretazione' e 'modificazione', vedi al punto III.1.3.

[2027] Intento tipicamente fondato sull'uso nel trattato di termini capaci di evolvere, obblighi descritti in maniera generica, ecc.; è chiaro che quando è la prassi successiva ad indicare che un'interpretazione evolutiva è possibile (costituendone il fondamento piuttosto che il contenuto), si tratterà di una volontà successiva, come nel caso di una modifica informale.

1.2. Effetto modificativo (modifica informale)

1.2.1. Nel diritto consuetudinario, codificato nell'articolo 38 del Progetto del 1966

É nota, e ribadita da Nolte nel suo secondo rapporto per la Commissione[2028], la vicenda dell'articolo 38 proposto dalla Commissione di Diritto Internazionale nel Progetto di Convenzione sul diritto dei trattati del 1966: si trattò dell'unico articolo che presso la Conferenza di Vienna venne sottoposto a votazione per rimuoverlo dal testo della Convenzione[2029]. È tuttavia opportuno rilevare che nella precedente bozza della Commissione, risalente al 1964, si riconoscevano espressamente tre possibili modalità di modificazione del trattato: per mezzo di un successivo trattato sullo stessa materia, per mezzo della prassi successiva, e per mezzo di una nuova consuetudine[2030]. Se la prima ipotesi si ritrova oggi nell'articolo 30 della Convenzione conclusa a Vienna nel 1969 (che tuttavia parla di 'priorità' delle norme indicate nel secondo trattato)[2031], la seconda e la terza non sono esplicitamente indicate[2032]. In ogni caso, il suddetto articolo 68 costituisce la prova che non soltanto la modifica per mezzo della sola prassi successiva degli Stati parte del trattato (modifica informale)

Circa la distinzione tra contenuto e fondamento dell'interpretazione evolutiva vedi Moloo, nella dottrina richiamata alla nota 2022.

[2028] Vedi sopra al punto II.2.1, dove si indicano anche le motivazioni degli Stati pro e contro. L'articolo affermava: 'Modification of treaties by subsequent practice - A treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions.' (Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 236).

[2029] La proposta proveniva da Finlandia, Giappone, Venezuela e Vietnam (A/CONF.39/C.1/SR.37, par. 57 ss).

[2030] Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 198: 'Article 68 - Modification of a treaty by a subsequent treaty, by practice or by customary law - The operation of a treaty may also be modified: (a) By a subsequent treaty between the parties relating to the same subject matter to the extent thattheir provisions are incompatible; (b) By subsequent practice of the parties in the application of the treaty establishing their agreement to an alteration or extension of its provisions; or (c) By the subsequent emergence of a new rule of customary law relating to matters dealt with in the treaty and binding upon all the parties.'

[2031] Articolo 30 VCLT: 'Application of successive treaties relating to the same subject-matter - 1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs. 2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail. 3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the latter treaty. 4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one: (a) as between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3; (b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations. 5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty, the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.'

[2032] La seconda veniva trasposta nell'articolo 38 del Progetto del 1964, con l'esito visto, la terza veniva rimossa poichè ritenuta non rientrante all'interno del tema del diritto dei trattati. Sulle vicende dell'articolo 68 vedi in particolare Cot, "La Conduite subséquente des parties à un traité", Revue générale de droit international public, Vol. 70 (1966), p. 632, da p. 637; e Menzione, "La modificazione dei trattati per via della condotta successiva delle parti", Diritto internazionale, Vol. 25 (1971), p. 440 (che a p. 449 rileva per altro che le tre opzioni erano state indicate inizialmente come *criteri d'interpretazione* del trattato, piuttosto che come metodi per la sua modifica).

è (o era) ritenuta possibile, ma anche che andrebbe distinta da quella realizzata attraverso la formazione di una nuova norma consuetudinaria[2033].

La Commissione afferma oggi che la modifica informale non è 'generalmente riconosciuta'[2034], salvo che nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in concreto in un solo caso e riguardante un diritto particolarmente rilevante come quello alla vita[2035]. Riguardo la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, tuttavia, nei precedenti rapporti per il Gruppo di Studio Nolte sembrava sbilanciarsi affermando che la corte avrebbe di fatto ammesso la modifica informale di alcuni trattati, in particolare quelli istitutivi di organizzazioni internazionali (non ultimo quello istitutivo delle Nazioni Unite) e quelli di fissazione di confini[2036]. Anche certa dottrina, del resto, riconosce che proprio i trattati istitutivi di organizzazioni internazionali (e la Carta di San Francisco in particolare) sarebbero più suscettibili di modifica informale[2037], in particolare in ragione dell'assenza di un vero potere di *review* giudiziale o politica[2038], e nonostante

[2033] La modifica attraverso una consuetudine sopravvenuta è oggetto del successivo paragrafo, III.1.2.2.

[2034] Nella Conclusione 7, paragrafo 3, seconda frase del lavoro su accordi e prassi successiva: 'The possibility of amending or modifying a treaty by subsequent practice of the parties has not been *generally* recognized.' (A/CN.4/L.874, p. 3, corsivo aggiunto).

[2035] Si tratta del caso Al Saadon del 2010: la Corte di Strasburgo ritiene modificato *per prassi* l'articolo 2 CEDU (diritto alla vita) nel senso che la pena di morte non costituisce più una legittima eccezione, in quanto ormai vietata anche in tempo di pace, dunque l'articolo 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti) può essere interpretato nel senso di vietare il trasferimento di un detenuto in Stati dove sussista il rischio di applicazione della pena capitale. Si tratta di un caso particolare in cui ad essere minacciato è in definitiva il diritto alla vita (benchè la decisione riguardi l'interpretazione dell'articolo 3), e già, negli stessi termini, valutato dalla Corte in due casi precedenti (Soering del 1989, e Ocalan del 2005), dove però la modifica informale rimaneva ipotizzata soltanto *in astratto* (essendo di fatto intervenuta in base al *procedimento formale* del protocollo aggiuntivo); vedi la trattazione da parte della Commissione sopra al punto II.2.2.1.

[2036] Vedi sopra in particolare al al punto II.2.1.2.

[2037] In tal senso Engel, "The Changing Charter of the United Nations", in George W. Keeton & Georg Schwarzenberger, The Yearbook of World Affairs, 1953, p. 71 (distinguendo a p. 75 tra 'mutamenti' informali *attraverso* l'interpretazione, la non applicazione, o un accordo supplementare); Kuijper, "The Court and Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969", Legal Issues of European Integration, Vol. 25 (1998), p. 1 (sottolineando a p. 9 che se la CGUE nega la possibilità degli Stati di modificare informalmente i trattati comunitari tale possibilità non sarebbe esclusa per tramite della prassi *degli organi*); Peters, "Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?", Göttingen Journal of International Law, Vol. 3/2 (2011), p. 617 (ipotizzando a p. 623 che la 'established practice' dell'organizzazione divenga un diritto 'quasi' consuetudinario e possa pertanto modificare il trattato istitutivo, o il modo di operare della prassi successiva come mezzo interpretativo); Liang, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", Nordic Journal of International Law, Vol. 81 (2012), p. 1 (affermando a p. 2 che la modifica informale della Carta di San Francisco dovrebbe essere riconosciuta proprio in ragione delle difficoltà di attivare le procedure formali di emendamento, e in ragione della necessità che le Nazioni Unite rispondano alle nuove esigenze della comunità internazionale); Alvarez, "Limits of Change by Way of Subsequent Agreements and Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 123 (preferendo tuttavia a p. 128 parlare di interpretazione estensiva da parte degli organi dell'organizzazione, in particolare quando abbiano ciascuno competenza ad interpretare il trattato istitutivo, come nel caso delle Nazioni Unite); Herdegen, "Interpretation in International Law", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com (affermando al par. 20 che la prassi degli organi, se accettata dagli Stati membri, non si limiterebbe ad 'interpretare' il trattato istitutivo, in particolare se lontana dal significato ordinario dei termini e dall'intenzione originaria degli Stati membri).

[2038] Nel senso che in ambito ONU non esisterebbe autorità che giudichi circa l'illiceità della modifica, ossia manca tanto la *judicial review* (salva la possibilità di chiedere pareri alla CIG o, in caso di controversia, una sentenza valida solo tra le parti) che la *political review* (salva la possibilità di espulsione o di misure *ex* Capitolo VII se rinvenuta una 'minaccia alla pace'): la modifica non potrebbe cioè *istituzionalmente* costituire 'iniuria'; l'idea è di Engel e si rinviene in

la rilevata difficoltà di riconoscere nella prassi dell'organizzazione una 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna[2039].

La Conclusione proposta dalla Commissione non è del resto totalmente esclusiva della possibilità di una modifica informale, dal momento che la clausola finale lascia aperta la possibilità che essa si ricavi dal diritto internazionale consuetudinario[2040]. Occorrerebbe in definitiva rilevare una norma consuetudinaria che consenta la modifica del trattato per mezzo della prassi successiva, il che richiederebbe anzitutto il rinvenimento di una prassi in tal senso, ossia un sufficiente numero di casi in cui in concreto le parti abbiano modificato un trattato attraverso la condotta successiva alla sua conclusione. Si è sostenuto che in concreto ciò avverrebbe frequentemente, ma al di fuori di un accertamento giudiziale[2041]: è chiaro infatti che in presenza di un vero accordo modificativo il caso non genera una vera controversia, come nell'esempio delle (asserite[2042]) modifiche informali alla Carta di San Francisco, relative agli articoli 27[2043] e 12[2044] (su cui la Corte Internazionale di

---

"Procedures for the De Facto Revision of the Charter", American Society International Law Proceedings, Vol. 59 (1965), p. 108, a p. 113, oppure in "The Changing Charter of the United Nations", in George W. Keeton & Georg Schwarzenberger, The Yearbook of World Affairs, 1953, p. 71, a p. 96. In senso contrario Blum (Eroding the United Nations Charter, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 251), che riconosce un maggior ruolo alla CIG, in particolare quando le interpretazioni da parte di questa vengano confermate da una risoluzione dell'Assemblea Generale.

[2039] Sul problema dell'attribuzione della prassi dell'organizzazione agli Stati membri vedi il Capitolo II, ai punti I.2.5 e III.2.1.1.

[2040] La Conclusione 7.3 del lavoro su accordi e prassi successiva, oltre ad indicare, come rilevato poco sopra, una presunzione per cui l'intenzione delle parti manifestata dalla condotta successiva alla conclusione del trattato sarebbe da intendersi come interpretativa piuttosto che modificativa, si chiude con una clausola che fa salve le disposizioni della Convenzione di Vienna e, soprattutto, appunto, il diritto internazionale consuetudinario: 'The present draft conclusion is without prejudice to the rules on the amendment or modification of treaties under the Vienna Convention on the Law of Treaties and under customary international law.' (A/CN.4/L.874, p. 3).

[2041] Murphy, "The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 82, a p. 83.

[2042] Secondo parte della dottrina si tratterebbe di modifiche per tramite di consuetudini (per esempio Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 410; in generale anche Villiger, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", in Enzo Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, p. 105, a p. 111); le due note successive evidenziano come la CIG abbia preferito parlare di 'interpretazione', come del resto si è fatto anche in dottrina (ad esempio Alvarez, "Limits of Change by Way of Subsequent Agreements and Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 123).

[2043] Il cui paragrafo 3 afferma: 'Decisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of seven members including the concurring votes of the permanent members [...].' La CIG ha tuttavia evidenziato nel parere sulla Namibia del 1971 (par. 22): 'the proceedings of the Security Council extending over a long period supply abundant evidence that presidential rulings and the positions taken by members of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions.'

[2044] Il cui primo paragrafo afferma: 'While the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests.' La CIG ha tuttavia riconosciuto nel parere sul Muro in Palestina del 2004 (par. 27, corsivo aggiunto): 'As regards the practice of the United Nations, both the General Assembly and the lsecurity Council initially *interpreted and applied* Article 12 to the effect that the Assembly could not make a recommendation on a question concerning the maintenance of international peace and security while the matter remained on the Council's agenda. [...] However, this interpretation of Article 12 has evolved subsequently. [...] Indeed, the Court notes that there has been an increasing tendency over time for the General Assembly and the Security Council to deal in parallel with the same matter concerning the maintenance of international peace and security (see, for

Giustizia si è espressa soltanto a titolo consultivo). Una corte internazionale, poi, è competente a decidere un singolo caso, e, come ricordato, non è comune per una corte indagare a fondo la prassi internazionale al fine di accertare la consuetudine applicabile al caso concreto[2045].

Per quanto riguarda l'opinio juris, la giurisprudenza non potrebbe costituire la definitiva prova dell'inesistenza di una consuetudine che consenta la modifica informale anche perchè una parte sarà interessata a negare la stessa possibilità (in astratto) di una modifica informale al solo scopo di negare la modifica nel caso concreto[2046]. Guardando poi alla Commissione, essa è istituzionalmente deputata a codificare le norme consuetudinarie, sulla base di un supporto giurisprudenziale o quello, diretto, degli Stati presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale. Se il primo, come già ribadito, è decisamente scarso, gli Stati hanno tuttavia giudicato positivamente un testo ambiguo come quello della suddetta Conclusione 7.3 del lavoro su accordi e prassi successiva[2047]. Inoltre, benchè sembri andare nella direzione opposta[2048], la votazione presso la Conferenza di Vienna per la rimozione dell'articolo 38 testimonia come gli Stati erano di fatto divisi, tra una maggioranza degli Stati che si esprimeva favorevolmente all'eliminazione dell'articolo, e una minoranza di Stati numericamente di poco inferiore, nella somma tra contrari e astenuti[2049].

Per quanto riguarda il contenuto dell'*opinio juris*, ossia i termini della consuetudine, le condizioni di una modifica informale dovrebbero essere in ogni caso stringenti, nel senso che certamente occorrerebbe provare un accordo unanime non dissimile da quello previsto dall'articolo 31.1.b) della Convenzione di Vienna. È del resto impensabile una valida modifica che non sia sostenuta dal consenso di tutte le parti del trattato, e, non secondariamente, era in questo senso che si esprimeva l'articolo 38 del Progetto del 1966[2050]. Anche la dottrina riconosce che l'accordo costituirebbe un

---

example, the matters involving Cyprus, South Africa, Angola, Southern Rhodesia and more recently Bosnia and Herzegovina and Somalia).'

[2045] Sull'atteggiamento delle corti internazionali, e della CIG in particolare, nell'accertamento delle consuetudini internazionali, vedi il Capitolo II, al punto III.2.2.2.

[2046] Nel senso che la condotta dello Stato all'interno della singola controversia non potrebbe costituirebbe prova dell'*opinio juris* dello Stato nella normalità dei casi.

[2047] Un testo che lascia cioè spazio ad una consuetudine che consenta la modifica informale; per i commenti degli Stati vedi sopra al punto II.2.3.

[2048] Si richiamano alla vicenda dell'articolo 38 per negare l'*opinio juris* degli Stati Alvarez ("Limits of Change by Way of Subsequent Agreements and Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 123, a p. 126) e Hafner ("Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 105, a p. 117).

[2049] Ossia 53 voti a favore, mentre tra contrari (15) e astenuti (26) si contavano 41 Stati (A/CONF.39/C.1/SR.38, par. 60). Ciò potrebbe interpretarsi (almeno) come un sostanziale disaccordo nell'*opinio juris* degli Stati circa l'esistenza nel diritto internazionale consuetudinario di una norma che consenta alla prassi successiva di modificare il trattato informamente. Circa tuttavia i limiti nella possibilità di ricavare l'*opinio juris* di uno Stato dall'esercizio del diritto di voto in una conferenza o in una organizzazione, vedi il Capitolo II, ai punti I.2.8 e III.2.1.1.

[2050] Adottando una formulazione ancor più stringente dell'allora articolo 27.3.b) sulla prassi successiva come mezzo interpretativo: 'Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the *understanding* of the parties regarding its interpretation' (Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 181, corsivo

elemento necessario alla modifica[2051] (salvo alcuni autori[2052]), quand'anche siano in pochi ad ammettere espressamente l'esistenza di una consuetudine (o di un principio) che autorizzi la modifica informale di un trattato[2053] (come del resto aveva fatto Waldock nel commentare la proposta di rimozione dell'articolo 38[2054]). Taluni preferiscono precisare che simili modifiche interverrebbero solo a titolo temporaneo[2055], o in misura minima sul trattato[2056]; altri che in realtà ad essere modificati sono, piuttosto che il trattato, diritti e obblighi degli Stati parte[2057].

---

aggiunto); mentre l'articolo 38 parlava di 'subsequent practice in the application of the treaty establishing the *agreement of the parties to modify* its provisions.' (*ibidem*, p. 182, corsivo aggiunto).

[2051] In tal senso Cot, "La Conduite subséquente des parties à un traité", Revue générale de droit international public, Vol. 70 (1966), p. 632, a p. 637; Engel, ""Living" International Constitutions and the World Court (the Subsequent Practice of International Organs Under their Constituent Instruments)", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 16 (1967), p. 865, a p. 909; Zacklin, "The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies", Sijthoff, Leiden, 1968, p. 171, a p. 172; Menzione, "La modificazione dei trattati per via della condotta successiva delle parti", Diritto internazionale, Vol. 25 (1971), p. 440, a p. 440; Capotorti, "Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna", in Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago, 1987, p. 202, a p. 206; Scalese, Diritto dei trattati e dovere di coerenza nella condotta. Nemo potest venire contra factum proprium, Editoriale Scientifica, 2000, a p. 200; Lennard, "Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements", Journal of International Economic Law, Vol. 5 (2002), p. 17, a p. 33.

[2052] Ad esempio Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", British Yearbook of International Law, Vol.47 (1975), p. 273, a p. 277 (affermando che nel caso delle Nazioni Unite sarebbero sufficienti le maggioranze previste per le procedure formali d'emendamento, come sostenuto da Akehusrt); McGinley, "Practice as a Guide to Treaty Interpretation", Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 9 (1985), p. 211, a p. 225 (rilevando che la CIG sembra rilevare un 'consenso' a modificare il trattato anche in presenza dell'opposizione di una o più parti, negandosi la modifica solo in presenza di un'elevata opposizione); Liang, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", Nordic Journal of International Law, Vol. 81 (2012), p. 1, a p. 16 (preferendosi un test 'falling short of unanimity', ad esempio quello della prassi 'common, concordant e consistent' in ambito WTO, poichè sufficiente ad evitare un'imposizione alle minoranze).

[2053] Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, 2008, a p. 64 (parlando in realtà di un 'principio' di diritto internazionale); Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1, a p. 20 (secondo cui l'evoluzione del diritto del mare dagli anni 70 è prova che la prassi può modificare i trattati); Feldman, "Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analysing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement", New York University Journal of International Law & Politics, Vol. 41 (2009), p. 655, a p. 658; Liang, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", Nordic Journal of International Law, Vol. 81 (2012), p. 1, a p. 5.

[2054] Affermando che si tratta di un corollario del principio di buona fede: 'He was surprised that some delegations should think article 38 constituted a quasi-violation of the principle *pacta sunt servanda*, especially as the legal basis of the article was good faith. The provision was based on the principle that a State which had taken up a position on a point of law, particularly in the interpretation of treaties, and allowed another State to act in accordance with that understanding of the legal position, could not go back on its representation of the legal position and declare the act performed illegal. Consequently, the criticism that the article was contrary to the principle *pacta sunt servanda* could not be accepted.' (A/CONF.39/C.1/SR.38, par. 56).

[2055] Engel, "The Changing Charter of the United Nations", in George W. Keeton & Georg Schwarzenberger, The Yearbook of World Affairs, 1953, p. 71, a p. 100; Zacklin, "The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies", Sijthoff, Leiden, 1968, p. 171, a p. 197; Liang, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", Nordic Journal of International Law, Vol. 81 (2012), p. 1, a p. 19.

[2056] Liang, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", Nordic Journal of International Law, Vol. 81 (2012), p. 1 (affermando a p. 16 che modifiche di più ampia portata richiederebbero più attenzione e la via informale sarebbe del resto impraticabile in ragione del gran numero di obiezioni). Alvarez ("Limits of Change by Way of Subsequent Agreements and Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 123, a p. 126) evidenzia come un trattato (o le sue disposizioni) che benefici un terzo o che preveda un meccanismo di risoluzione delle controversie dovrebbe considerarsi meno suscettibile di essere modificato informalmente.

[2057] Hafner, "Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 105, a p. 115; Moloo, "When Actions

In questa sede, in definitiva, si preferisce adottare la prospettiva per cui la modifica informale è di fatto possibile, per il complesso dei motivi visti[2058]. Essa va vista in confronto con la modifica per mezzo di una prassi che diventi una consuetudine, quale momento (successivo e) differente, come evidenziato nel successivo paragrafo[2059]. In particolare, sarebbe difficile immaginare una consuetudine generale che si affermi successivamente ad un trattato multilaterale e preveda una condotta contraria alle disposizioni di questo, senza riconoscere che il trattato è stato precedentemente modificato informalmente: la consuetudine richiede infatti una condotta *generalmente* intrapresa o accettata, comprese quindi le parti del trattato. Quando queste cioè intraprendono o accettano (unanimemente) una nuova condotta generale, contraria al trattato cui sono vincolate, esse lo modificherebbero informalmente, prima ancora che la consuetudine si affermi[2060].

1.2.2. La modifica attraverso una prassi che divenga diritto consuetudinario

Normalmente riconosciuta è infatti la possibilità che una nuova consuetudine prevalga su un trattato, data l'assenza di una gerarchia tra le fonti del diritto internazionale, e la conseguente necessità di risolvere i conflitti di norme sulla base del criterio di specialità o, per quanto qui interessa, cronologico: nulla esclude infatti che una norma consuetudinaria sopravvenuta prevalga sulla disposizione difforme contenuta in un precedente trattato[2061]. La Convenzione di Vienna è notoriamente povera di indicazioni circa la relazione tra consuetudini e trattati, salvo riconoscere all'articolo 38 che un trattato può divenire consuetudine e perciò applicarsi anche gli Stati terzi, a

---

Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation", Berkeley Journal of International Law, Vol.31 (2013), p. 39, a p. 84.

[2058] In particolare il riconoscimento da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e gli spazi lasciati aperti dalla Commissione nella Conclusione 7.3 del lavoro su accordi e prassi successiva, oltre ad un discreto supporto dottrinale: tra i testi analizzati, nega *espressamente* la possibilità di una modifica informale soltanto Kohen, "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 34 (affermando a p. 36 che i trattati sono atti solenni e formali).

[2059] Oltre che dimostrato dalla lettera dell'articolo 68 del Progetto di Convenzione sul diritto dei trattati del 1964, richiamato poco sopra; vedi in particolare la nota 2030.

[2060] Non si tratta chiaramente di un passaggio obbligato: come chiarito nel successivo paragrafo, le parti del trattato potrebbero continuare ad applicarne le disposizioni tra di loro, benchè contrarie alla sopravvenuta consuetudine, in quanto obiettori persistenti, o sostenendo l'esistenza di una consuetudine particolare (nata dal trattatato).

[2061] Sull'assenza di gerarchia tra consuetudini e trattati vedi ad esempio Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008 (indicando a p. 123 che si applicano i criteri cronologico e di specialità); Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005 (ricordando a p. 117 che ciò consente agli Stati di non 'legarsi le mani'). Contrario Kelsen, sulla base del fatto che i trattati deriverebbero la loro validità dal principio consuetudinario *pacta sunt servanda*, ripreso da Kunz ("The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 47 (1953), p. 662, a p. 665) e, recentemente, Jia ("The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, a p. 87).

titolo di eccezione rispetto alla norma dell'inefficacia di un trattato oltre l'ambito delle parti contraenti[2062].

L'articolo 64 della Convenzione medesima riconosce la possibilità che l'intero trattato venga ad estinguersi per contrasto con una norma cogente sopravvenuta[2063], ed è maggioritaria l'opinione per cui le norme cogenti sono per lo più consuetudinarie[2064]; quella che qui rileva è tuttavia un'ipotesi meno cospicua, in cui la generalità degli Stati recepisce il valore consuetudinario di una prassi che si affermi nonostante il contenuto contrario di uno o più trattati, prevalendo su questi (o 'modificandoli'). Occorre ricordare anche che la Commissione riconosceva espressamente, nell'articolo 68 della bozza del '64 che un trattato può essere 'modificato' da una consuetudine sopravvenuta[2065]; non è per altro il caso di valutare se sia preferibile utilizzare il termine 'modifica' o ritenere che semplicemente vi sia una subordinazione del trattato alla consuetudine successiva, dal momento che in concreto l'effetto è il medesimo[2066].

Salvo quanto si dirà nella successiva parte, si potrebbero immaginare diverse situazioni, assumendo il punto di vista della partecipazione o meno degli Stati contraenti alla prassi che informa la consuetudine. La prima è che essi non partecipino attivamente, ma la nuova consuetudine generale[2067] si affermi ugualmente sulla base della prassi proveniente da altri Stati, con l'acquiescenza degli Stati parte del trattato[2068]. In tal modo essi acconsentirebbero anche alla (futura) modificazione del diritto tra loro in vigore[2069]. Per evitare tale conseguenza, e quindi con

[2062] Al ruolo della prassi nella formazione, a partire dal trattato, di una consuetudine ad esso *conforme* (articolo 38 VCLT), è dedicata la successiva sezione; qui si indaga piuttosto l'effetto sul trattato di una prassi *difforme*, divenuta consuetudinaria.

[2063] Articolo 64 VCLT: 'Emergence of a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*) - If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.'

[2064] Vedi in tal senso Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717 (ammettendo a p. 734 che sarebbe sufficiente una quantità di prassi inferiore ad una normale consuetudine); Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 142; Thirlway, "Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues", Leiden Journal of International Law, Vol. 28 (2015), p. 495 (a p. 119 affermando che 'normally, perhaps necessarily' il diritto cogente è consuetudinario). In senso contrario Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1 (affermando a p. 14 che simili norme non sono in realtà diffuse nella prassi, derivando piuttosto da trattati).

[2065] Vedi il paragrafo precedente, in particolare la nota 2030, dove è riprodotto il suddetto articolo.

[2066] Come testimoniato dai lavori preparatori della Convenzione di Vienna: il progetto del '64 prevedeva all'articolo 68 che un trattato successivo sulla stessa materia 'modificasse' quello precedente (vedi alla nota 2030), ma la Commissione ritenne la questione già assorbita dall'allora articolo 63, che parlava di 'prevalenza' del successivo trattato (Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 185): tale articolo divenne il 26° del progetto del '66 (Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 214), e l'attuale articolo 30 VCLT.

[2067] Chiaramente nel caso si formi una nuova consuetudine particolare tra Stati diversi il trattato non subirebbe alcuna modifica.

[2068] È infatti ammesso che la consuetudine si formi con l'acquiescenza (piuttosto che la prassi concreta), della generalità degli Stati; circa il valore del silenzio e i rapporti con il requisito di generalità, vedi il Capitolo I, al punto III.1.4.

[2069] O alla 'prevalenza' della nuova consuetudine sul trattato. Si può ad esempio ipotizzare che le parti del trattato abbiano esaurito l'interesse ad una certa disposizione (magari ad un divieto), alla luce di una nuova prassi emergente (permissiva, rispetto al divieto orginario).

l'obiettivo di giustificare la continua applicazione tra di loro della norma difforme rispetto alla nascente consuetudine, le parti del trattato, che in ipotesi hanno continuato tra di loro ad applicarne le disposizioni, dovrebbero attivamente protestare, e quindi qualificarsi come obiettori persistenti[2070].

L'obiezione persistente richiederebbe per altro che le parti del trattato non fossero in numero tale da poter impedire il generarsi della consuetudine con la loro protesta, impedendo cioè l'affermarsi di una prassi 'generale'[2071]. Si potrebbe anche considerare che il requisito di 'persistenza' dell'obiezione sia soddisfatto per mezzo del continuo riconoscimento (e implementazione) dell'obbligo convenzionale. Se si ammette che la continua implementazione del trattato costituisce 'protesta' rispetto alla nuova prassi difforme, e il trattato è particolarmente diffuso, è chiaro che una consuetudine generale non potrebbe venire ad esistenza, dal momento che la prassi non sarebbe, nel complesso, sufficientemente generale e uniforme[2072].

Avendo tuttavia ipotizzato l'acquiescenza delle parti contraenti, una via alternativa affinchè il trattato non risulti modificato dalla nuova consuetudine sarebbe data dall'invocazione di una consuetudine particolare, basata sulla prassi nell'implementazione della disposizione convenzionale, sostenuta da una effettiva *opinio juris* nell'ambito del gruppo di Stati contraenti[2073]. Essa sarebbe generata dal trattato, ma, in quanto consuetudine successiva, sarebbe anche capace di

[2070] La possibilità dell'obiezione persistente è riconosciuta dalla Commissione nel lavoro sull'identificazione delle consuetudini, nella Conclusione 15 [16]: 'Persistent objector - 1. Where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection. 2. The objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently.' (A/CN.4/L.872, p. 4); vedi anche il Capitolo II, al punto I.2.9. In dottrina si è sottolineato che l'obiezione persistente e le consuetudini particolari (vedi poco oltre nel testo) sarebbero l'unico modo per gli Stati contraenti di sottrarsi ad una consuetudine *nata* dal trattato (mentre qui il caso è quello di una consuetudine che modifichi il trattato, non potendosi tuttavia escludere che le due esimenti valgano allo stesso modo come tali): vedi Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, a p. 83.

[2071] Dal momento che non esiste un numero 'critico' di Stati che soddisfi il requisito di generalità della prassi, non è possibile indicare *quanti* Stati possano diventare obiettori persistenti prima che tale requisito venga meno; certa dottrina ricorda tuttavia che la regola costituisce (anche) una forma di tutela delle minoranze (dunque un *gruppo* di Stati, come il blocco comunista nel secondo dopoguerra): vedi in tal senso Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 41; Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 39 (1996), p. 198, a p. 242; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95 (facendo tuttavia riferimento a p. 107 all'opposizione della minoranza di Stati dotati di armamenti nucleari rispetto al divieto consuetudinario di tali armamenti, come riconosciuto dalla CIG nel parere del 1996). Vedi tuttavia Elias ("The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67, a p. 86) che afferma che in caso l'obiezione provenga da 'più' Stati la consuetudine nascente sarà particolare e non generale.

[2072] Potrebbe chiaramente generarsi una consuetudine particolare tra gli Stati terzi.

[2073] La possibilità di una consuetudine particolare è ammessa dalla Commissione, che la esprime nella Conclusione 16 [15] del lavoro sull'identificazione della consuetudine: 'Particular customary international law - 1. A rule of particular customary international law, whether regional, local or other, is a rule of customary international law that applies only among a limited number of States. 2. To determine the existence and content of a rule of particular customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice among the States concerned that is accepted by them as law (*opinio juris*).' (A/CN.4/L.872, p. 4); vedi anche il Capitolo I, al punto I.3.14.

derogare alla nuova consuetudine generale 'esterna'[2074]. È anche possibile opinare che in tale ipotesi ci si trovi di fronte a due consuetudini particolari, a seconda della dimensione del gruppo di Stati che si ritengono vincolati a ciascuna di esse: quello 'terzo' rispetto al trattato, contrapposto a quello rappresentato dagli Stati contraenti[2075]. Occorre del resto sottolineare che esiste una terza via disponibile alle parti del trattato per continuare a seguire la stessa regola, ossia includerla in un nuovo trattato, successivo alla neonata consuetudine, dunque prevalente in quanto *lex posterior*; la certezza del diritto sarebbe anzi maggiormente salvaguardata dalla norma scritta.

L'ipotesi che qui maggiormente interessa è tuttavia quella in cui la consuetudine si è formata sulla base della prassi proveniente (anche) dagli Stati parte[2076]. Se questo è vero, è ragionevole supporre che ci sia stato un momento in cui la prassi proveniente dalle parti, in quanto tale, modificava il trattato informalmente, prima che la consuetudine si consolidasse per la generalità degli Stati[2077]. Ciò dovrebbe intendersi come ulteriore prova che tale meccanismo di modifica informale è possibile, almeno in astratto e in una simile ipotesi (al ricorrere del requisito dell'accordo unanime)[2078]. A ben vedere la principale scriminante tra l'ipotesi di modifica informale e modifica attraverso una successiva consuetudine sarebbe data in sostanza dal carattere dell'elemento psicologico: un accordo, nel primo caso, una *opinio juris*, nel secondo. Ciò sottende chiaramente una visione 'ortodossa' dell'elemento psicologico nella consuetudine: non un consenso, bensì una 'convinzione di giuridicità'[2079].

[2074] Circa la possibilità del trattato di generare una consuetudine (in questo caso particolare), vedi in generale il precedente punto I.2.1, e anche oltre al punto III.2.

[2075] Certa dottrina riconosce che in certi casi è difficile dire se ci si trovi di fronte ad una consuetudine generale derogata da una particolare, o a due (o più) consuetudini particolari: vedi ad esempio Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 30-31; Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67, a p. 86; Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119, a p. 140; Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, a p. 90; Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 13.

[2076] E si tratta, giova ricordarlo, di una consuetudine il cui contenuto contrasta con il trattato; diversa è l'ipotesi, discussa nella successiva sezione (III.2), di una consuetudine che sia 'generata' dal trattato, ossia riproduttiva di (alcune) disposizioni convenzionali.

[2077] Si deve ritenere infatti che anche in tal caso si possa parlare di prassi 'nell'applicazione' del trattato, come richiesto dall'articolo 38 del progetto del 1966 sul diritto dei trattati (vedi nota 2028), benchè ne risulti una condotta differente rispetto a quella imposta dalla lettera del trattato; tale osservazione sarà approfondita al successivo punto III.2.1.

[2078] Sarebbe un'ulteriore prova della possibilità di modificare informalmente il trattato, rispetto alle altre indicate al precedente punto III.1.2.1 (giudicate in sè argomenti sufficienti, in ogni caso).

[2079] Che una consuetudine internazionale (generale) necessiti di un elemento psicologico, qualificato come *opino juris sive necessitatis*, è stato indicato nell'ambito del diritto internazionale da Rivier nel 1896, da von Liszt nel 1898 e da Geny nel 1919, sulla base dell'idea di Volksüberzeugung avanzata dalla scuola storica tedesca tra XVIII e XIX secolo, esattamente in contrapposizione al volontarismo (e anche all'idea tradizionale di 'longa consuetudo', necessitante su una prassi di lungo corso); vedi in tal senso Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177, a p. 194; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 46; Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of

Occorre tuttavia rilevare che parte della dottrina evidenzia l'impossibilità di effettuare una simile distinzione, soprattutto quando, come in questo caso, ci si trovi nel momento formativo della norma: una vera *opinio juris*, intesa come 'convinzione' circa la giuridicità del comportamento, è possibile soltanto quando la norma già esiste, altrimenti lo Stato si troverebbe in errore[2080]; per la formazione della norma, invece, sarebbe in ogni caso necessario un elemento di volontà, quand'anche un consenso tacito[2081]. Nell'ipotesi qui analizzata, di una consuetudine sopravvenuta che modifichi un trattato in forza di una nuova *opinio juris*, contrapposta ad una modifica informale del trattato che poggi su un accordo unanime, è tanto chiaro che la differenza si dovrebbe individuare nell'elemento psicologico, quanto difficile da accertare in concreto. Si pensi in particolare all'ipotesi in cui il trattato venga modificato da una successiva consuetudine particolare,

---

International Law, 23 maggio 2014, a p. 7. L'idea di 'convinzione' che la condotta costituisce diritto o obbligo si confonde con quella di 'accettazione come diritto', adottata dalla stessa Commissione: il relatore speciale Wood aveva anzi preferito la seconda formulazione, senza inizialmente fare riferimento all'espressione '*opinio juris*' (vedi il secondo rapporto per la Commissione, A/CN.4/672, par. 65-66). L'idea di 'convinzione' si rinviene nella giurisprudenza della CIG nel caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord (par. 77: 'a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of Iaw requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*.') e in Nicaragua (par. 207, richiamando la prima), ma già in quella della PCGI nel caso Lotus (indicando a p. 28: 'only if such abstention were based on their being *conscious of having a duty* to abstain would it be possible to speak of an international custom.' – corsivo aggiunto).

[2080] Come già rilevato da Kelsen, sussiste un paradosso per cui i primi Stati agenti non potrebbero essere convinti della giuridicità della loro (nuova) condotta, se non ammettendo che essi siano in errore; Kelsen superava tuttavia il paradosso ammettendo che è necessario un elemento psicologico per distinguere una prassi giuridicamente vincolata dalla semplice cortesia, e che essso si individuerebbe nella convinzione circa l'esistenza di un vincolo (non solo giuridico, ma anche morale o qualsiasi): per una sintesi vedi Kunz, "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 47 (1953), p. 662, a p. 667; Kammerhofer, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, Vol. 15 (2004), p. 523, a p. 534. Per risolvere il paradosso, certa dottrina afferma che inizialmente, più che *opinio juris*, si dovrebbe rilevare un'*opinio necessitatis*: vedi Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 120; Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119, a p. 138; Mathias, "The Work of the International Law Commission on Identification of Customary International Law: A View from the Perspective of the Office of Legal Affairs", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 19, a p. 22.

[2081] Che una '*opinio juris*' in senso proprio possa sussistere solo quando la consuetudine già esiste, dovendosi pertanto ricorrere ad una teoria consensualistica\volontaristica per spiegarne la formazione, è sostenuto da MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12, a p. 23 (indicando il consenso come condizione *sufficiente* a creare il vincolo per lo Stato che lo presta); Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1, a p. 5; Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177, a p. 192 (sottolineando inoltre a p. 182 che la giurisprudenza internazionale supporta sia l'idea dell'elemento psicologico come 'belief' che come 'consenso\accettazione'); Arangio-Ruiz, "Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom", in N. Angelet, Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant, 2007, p. 93, a p. 103; Tasioulas, "*Opinio juris* and the Genesis of Custom: A Solution to the 'Paradox'", Australian Yearbook of International Law, Vol. 26 (2007), p. 199, a p. 202 (parlando di concezione 'disgiuntiva', ossia doppia, di *opino juris*). Anche Wood, nel suo secondo rapporto, preferiva usare l'espressione 'accettazione come diritto', che, come sottolinea l'ILA (Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, a p. 30), consente di veicolare sia un'idea 'costitutiva' (consenso) che una 'dichiarativa' (convinzione).

il cui elemento psicologico è, secondo alcuni, più affine ad un consenso, rispetto ad una consuetudine generale[2082].

L'importanza pratica di distinguere la modificazione informale da quella prodotta dal venire ad esistenza di una consuetudine, in ogni caso, è certamente data dalla possibile evoluzione futura della norma: qualora si tratti di una modifica informale il contenuto della norma rimane nella disponibilità delle parti, che potrebbero nuovamente accordarsi tra loro per modificarla nuovamente attraverso il loro accordo unanime[2083]. Il punto di difficoltà starebbe anzi nello stabilire la fonte giuridica dell'obbligo, se il trattato iniziale, o, in sè, l'accordo modificativo tacito manifestato dalla prassi succesiva; se si riconoscesse la seconda possibilità, ciò potrebbe avere ripercussioni anzitutto sulla competenza a giudicare di controversie nascenti dal trattato, e sul contenuto degli obblighi che coinvolgono i nuovi Stati parte del trattato[2084].

Alternativamente, qualora la modifica al trattato sia determinata dall'insorgere di una nuova consuetudine, occorrerebbe distingure se si tratti di una consuetudine generale o particolare: soltanto nel secondo caso le parti del trattato manterrebbero un controllo sulla norma, potendola modificare nuovamente attraverso una nuova prassi accettata come diritto. Anche, qui, incidentalmente, non si potrebbe negare che anzitutto il trattato è stato modificato informalmente, dalla medesima prassi soltanto in seguito accettata come diritto. Si ribadisce tuttavia che distinguere l'accordo unanime, necessario ad una modifica informale, dall'elemento psicologico di una consuetudine particolare potrebbe essere estremamente arduo[2085].

[2082] Che le consuetudini particolari somiglino ad accordi taciti (per cui sarebbero in effetti fondate sul consenso) è stato sostenuto da Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", Indian Journal of International Law, Vol. 5 (1965), p. 2, a p. 37-8; D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, Ithaca, 1971, p. 252; Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67, a p. 67 (dovendosi dedurre che anche le consuetudini generali sono basate, di fatto, sul consenso); Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161, a p. 168 (per cui il consenso è sufficiente a creare un vincolo tra alcuni Stati, che poi 'like a snowball' si diffonde presso l'intera comunità internazionale creando una consuetudine generale); ILA Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, a p. 40 (pur non focalizzandosi il rapporto sulle consuetudini particolare, si afferma che esse possono basarsi sul consenso); Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 164; Yee, "Report on the ILC Project on 'Identification of Customary International Law"', Chinese Journal of International Law, Vol. 14 (2015), p. 375, a p. 392.

[2083] Che le modifiche informali abbiano solo valore temporaneo è opinione di vari autori: vedi la nota 2055.

[2084] Problemi di competenza giurisdizionale in caso di modifica informale di un trattato istitutivo di organizzazioni internazionali sono stati evidenziati da Nolte nel suo primo rapporto per il Gruppo di Studio (vedi sopra al punto II.2.1.2); circa l'incertezza degli obblighi che peserebbero sugli Stati che intendessero aderire ad un trattato informalmente modificato, vedi ad esempio Menzione, "La modificazione dei trattati per via della condotta successiva delle parti", Diritto internazionale, Vol. 25 (1971), p. 440, a p. 444. Vedi anche oltre al punto III.2.2.2.A).

[2085] Qualora si sposi la tesi per cui le consuetudini particolari si fondano sul consenso (vedi la dottrina segnalata alla nota 2082), la modifica attraverso una successiva consuetudine particolare si baserebbe su un accordo informale tacito, dello stesso tipo di quello necessario per una modifica informale.

Un ulteriore livello di complessità sarebbe dato dal riconoscimento, che talvolta proviene dalla dottrina, di una consuetudine particolare *inter se*, ossia tra alcune parti del trattato soltanto, che intendessero modificare tra di loro gli obblighi pattizi: in tal caso certamente non si avrebbe una modifica informale del trattato, poichè l'accordo non è unanime, ma una qualche forma di accordo tacito, a sostegno della consuetudine particolare, non potrebbe negarsi[2086]. Se invece la consuetudine modificativa avesse valore generale il trattato vi rimarrebbe soggetto (poichè cronologicamente precedente)[2087].

Infine, un'ultima ipotesi che occorre ricordare in generale è quella della desuetudo: essa è riconosciuta come causa di estinzione sia di trattati che di consuetudini, benchè la dottrina non sia unanime nel qualificarla[2088]. Una maggioranza sottolinea che si tratti di fatto di una consuetudine 'negativa' sopravvenuta: si richiede cioè che gli Stati non solo abbandonino la condotta prescritta, ma soprattutto riconoscano la giuridicità della nuova situazione[2089]. Certa dottrina tende tuttavia a qualificare la desuetudo come causa di estinzione dei trattati al 'mutuo dissenso' previsto

[2086] L'articolo 41 VCLT riconosce d'altra parte la possibilità di una modifica *inters se*, al ricorrere di taluni requisiti formali: non si potrebbe pertanto negare la possibilità agli Stati di raggiungere lo stesso risultato informalmente, ossia modificare non *il trattato* (poichè cioè richiederebbe l'unanimità, *ex* articolo 39 VCLT), bensì alcuni obblighi da esso derivanti, tramite una consuetudine, certamente di portata particolare e basata su un accordo tacito. Vedi in particolare Menzione, "La modificazione dei trattati per via della condotta successiva delle parti", Diritto internazionale, Vol. 25 (1971), p. 440, che a p. 451 ricorda come Waldock, in occasione del progetto sul diritto dei trattati del 1964, avesse evidenziato come quella tra alcune parti soltanto sarebbe l'ipotesi *più frequente* di modifica informale, pronendo di distinguere espressamente la modifica unanime da quella *inter se*, così come due erano gli articoli sull'emendamento unanime e quello *inter se*; qui si è preferito tuttavia ricorrere alla consuetudine particolare, che in assenza di accordo unanime sembrerebbe essere l'unica fonte giuridica capace di produrre un effetto modificativo. In generale vedi anche Cot, "La Conduite subséquente des parties à un traité", Revue générale de droit international public, Vol. 70 (1966), p. 632, a p. 654; Moloo, "When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation", Berkeley Journal of International Law, Vol.31 (2013), p. 39 (che a p. 83 sembra individuare *questa* come la vera ipotesi di 'modifica' informale, dal momento che coinvolge solo alcune parti – 'emendamento' sarebbe il termine da usare nel caso di un accordo *unanime*, pur tacito). In senso contrario, evidenziando la necessità dei vincoli formali che l'articolo 41 VCLT impone, vedi Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, 2008, a p. 236; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 114 (riconoscendo tuttavia che il punto è 'unsettled').

[2087] Salvo il riconoscimento di una deroga a vantaggio dei partecipanti ad esso, in forza di una consuetudine particolare, l'obiezione persistente, o un successivo trattato, nei termini visti poco sopra nel testo. Vedi anche la successiva sezione III.2 circa possibili problematiche nell'evoluzione del diritto consuetudinario che sia stato generato da un trattato.

[2088] Vedi in generale Wouters & Verhoeven, "Desuetudo", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com (in cui si riconosce che la desuetudo è causa di estinzione sia di trattati che di consuetudini).

[2089] Non basterebbe cioè una prassi 'negativa' (di astensione rispetto alla condotta obbligata) ad estinguere la norma, bensì essa dovrebbe accompagnrsi ad un elemento psicologico, tale per cui la norma precedente non dev'essere più applicata. Vedi in tal senso Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 16; Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1, a p. 7; Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", Annuaire français de droit international, Vol. 40 (1994), p. 41 (richiedendo tuttavia a p. 67 la condotta *attiva* degli Stati); Kohen, "La pratique et la théorie des sources du droit international", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Parigi, 2004, p. 81 (a p. 97 con riferimento alla *desuetudo* in quanto estintiva di consuetudini); Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 412; Bederman, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21 (2010), p. 31 (domandandosi a p. 37 se sia necessaria anche una nuova prassi *contraria*, non solo l'abbandono di quella imposta).

dall'articolo 54 della Convenzione di Vienna, quando tale dissenso sia implicito nella prassi[2090]. In questa sede si preferisce la prima opzione, motivo per cui si colloca qui la fattispecie, sottolineando l'affinità della desuetudo con l'ipotesi, appena analizzata, di una consuetudine sopravvenuta che modifichi il trattato. Il nesso con l'articolo 54 farebbe invece pensare ad un disaccordo unanime tacito, il che avvicinerebbe la desuetudo alla modifica informale, poichè fondata sull'accordo unanime tacito[2091]. In ogni caso, il risultato non cambia: entrambe le ipotesi si fondano su una peculiarità del diritto internazionale, ossia che nuovo diritto può nascere dalla violazione di quello esistente[2092].

1.3. Il confine tra interpretazione e modificazione

La dottrina giuridica si interroga da lungo tempo circa il confine tra interpretazione e modificazione di una norma, e in ambito internazionale il tema riguarda in particolare la fonte convenzionale, quella per cui esiste, cioè, un testo suscettibile di essere interpretato, e anche dei criteri espressamente riconosciuti per compiere tale operazione. Una risposta data al problema in via generale proviene da Kelsen, che affermava che è possibile parlare di interpretazione soltanto nei limiti di quella cerchia di significati che è ragionevolmente possibile assegnare al testo della

[2090] L'articolo 54 VCLT afferma: 'Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties - The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place: (a) in conformity with the provisions of the treaty; or (b) at any time *by consent of all the parties after consultation* with the other contracting States.' (corsivo aggiunto). Vi collegano la *desuetudo* Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1 (citando a p. 22 l'opinione di Vamvoukos); Kohen, "La pratique et la théorie des sources du droit international", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Parigi, 2004, p. 81 (a p. 101 con riferimento alla *desuetudo* come causa di estinzione dei trattati).

[2091] Vedi sopra al punto III.1.2.1.

[2092] Come espresso dalla massima '*ex iniuria ius oritur*', riconosciuto dalla CIG nel caso Nicaragua c. Stati Uniti (Merito, par. 207: 'Reliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle rnight, if shared in principle by other States, tend towards a modification of customary international law.') e dalla dottrina: vedi ad esempio Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1 (indicando a p. 37 che le consuetudini possono mutare per il solo effetto di *dichiarazioni*, indipendentemente dalla convinzione che ne sta alla base); Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 45; Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1, a p. 31; Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717, a p. 733; Zemanek, "What is 'State Practice' and who Makes It?", in U. Beyerlin e altri, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer, 1995, p. 289 (precisando a p. 300 che tutto dipende chiaramente dalla reazione degli altri Stati); Kammerhofer, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, Vol. 15 (2004), p. 523 (chiarendo a p. 531 che ciò che costituisce 'violazione' sul piano della norma sostanziale può, su quello metanormativo, costituire elemento di una nuova consuetudine); Postema, "Custom in International Law: A Normative Practice Account", in A. Perreau-Saussine & J. B. Murphy, The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, 2007, p. 279, a p. 291; Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 87; Bederman, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21 (2010), p. 31, a p. 37; Kadens & Young, "How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885 (citando a p. 904 Suarez); Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 12.

disposizione; al di fuori di tale ambito, occorrerebbe riconoscere che è avvenuta una modificazione, tale è la distanza tra disposizione e norma applicata[2093]. Occorre anche evidenziare come Kelsen attribuisse una particolare efficacia all'interpretazione autentica, in quanto proveniente dagli stessi autori del trattato, e quindi, in sè, capace persino di sostituire la norma interpretata[2094]. La 'prassi successiva' ex articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna, oltre ad essere definita dalla medesima Commissione come mezzo autentico d'interpretazione[2095], costituisce un criterio d'interpretazione autentica[2096]: in questa sede, il confine da definire è dunque propriamente quello tra interpretazione autentica e modificazione per mezzo della prassi degli Stati contraenti[2097].

La dottrina internazionale riprende questo tipo di argomentazione, che individua il confine sostanzialmente in base a ciò che rientra nel testo della norma[2098]: costituisce interpretazione, cioè, quanto rimane sub lege, e non è contra legem[2099]. Tuttavia, si è anche provato ad allargare l'ambito descritto dai significati attribuibili alla disposizione oltre la lettera del trattato, andando a ricomprendere tutti i criteri interpretativi individuati dagli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna[2100]. Si tratta di un ambito di grande portata, dal momento che, come visto, essi sono

[2093] Per una sintesi del punto di vista kelseniano vedi Hexner, "Teleological interpretation of basic instruments of public international organizations", in Law, State, and international legal order: essays in honor of Hans Kelsen, University of Tennessee Press, Knoxville, 1964, p. 119, a p. 124 (ipotizzando per altro che tale 'interpretative radius' si modifichi a sua volta nel tempo); Hafner, "Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 105, a p. 144.

[2094] Hexner, "Teleological interpretation", cit., a p. 126; vedi anche J. Kammerhofer, "Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship", in M. Happold, International Law in a Multipolar World, Routledge, 2012, p. 138 (che a p. 144 afferma che un'interpretazione veramente 'autentica' non sarebbe più una semplice interpretazione, lasciando forse intendere che dovrebbe considerarsi una modifica); Feldman, "Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analysing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement", New York University Journal of International Law & Politics, Vol. 41 (2009), p. 655, a p. 666.

[2095] Nel commento all'articolo 27.3.b) del Progetto del 1966 si legge: 'The Commission considered that subsequent practice establishing the understanding of the parties regarding the interpretation of a treaty should be included in paragraph 3 as an *authentic means of interpretation* alongside interpretative agreements.' (Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 222, corsivo aggiunto). Si ricordi tuttavia che tale definizione si applica a tutti i criteri interpretativi di cui all'allora articolo 27.

[2096] O 'quasi autentica', dal momento che informale, secondo Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", Annuaire français de droit international, Vol. 40 (1994), p. 41, a p. 46.

[2097] Ancora nel commento, questa volta all'articolo 38, del Progetto del 1966 si legge: 'Although the line may sometimes be blurred between interpretation and amendment of a treaty through subsequent practice, legally the processes are distinct.' (Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 236).

[2098] Sulla centralità del testo nel distinguere tra interpretazione e modificazione insistono Wolfke, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", in J. Klabbers & R. Lefeber, Essays on the Law of Treaties: A collection of Essays in Honour of Bert Vierdag, Martinus Nijhoff, 1998, p. 31, a p. 43; Menzione, "La modificazione dei trattati per via della condotta successiva delle parti", Diritto internazionale, Vol. 25 (1971), p. 440, a p. 443 (ricordando che anche Waldock e Ago, presso la Commissione, avevano distinto una prassi non 'consolidata' come mezzo ausiliario d'interpretazione, una prassi 'uniforme e consolidata' come mezzo autentico d'interpretazione, e una prassi non conforme al significato ordinario del testo come strumento di modifica).

[2099] Zacklin, "The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies", Sijthoff, Leiden, 1968, p. 171, a p. 173; Bernhardt, "Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties - Comments on Arts. 27, 28, 29 and 38 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties", Heidelberg Journal of International Law, Vol. 27 (1967), p. 491, a p. 499.

[2100] In particolare Moloo, in "When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation", Berkeley Journal of International Law, Vol.31 (2013), p. 39, a p. 84, e in "Changing Times,

numerosi e sufficientemente flessibili da accomodare una vasta gamma di possibili modalità interpretative. Tra queste, in particolare, anche un'interpretazione di tipo evolutivo, che riconosca nei termini utilizzati dal trattato un significato diverso da quello normalmente attribuitovi al tempo della sua conclusione[2101]. Il confine da tracciare va dunque spostato oltre l'ampia portata di un'interpretazione evolutiva[2102].

La modificazione di un trattato interverrebbe pertanto ove non sia possibile risolvere interpretativamente una questione circa la sua applicazione, e soltanto, appunto, nei casi limite in cui (tutti) i mezzi interpretativi non sono sufficienti. Una soluzione simile è quella adottata, come visto, dalla Commissione nel lavoro su accordi e prassi successiva, in cui tuttavia non si riconosce espressamente la possibilità che un trattato possa essere modificato per tramite della prassi successiva[2103]. Complice l'incertezza riguardante tale ipotesi, ma concentrandosi pur sempre sullo specifico problema di individuare il confine tra interpretazione e modificazione, è necessario rilevare la chiara intenzione della Commissione di estendere il più possibile il margine interpretativo: la volontà interpretativa, piuttosto che modificativa, delle parti è data per presunta, e i possibili effetti che i mezzi interpretativi di cui all'articolo 31.3 possono determinare sono descritti in maniera piuttosto estesa[2104]. Benchè non sussista un'espressa analisi del problema, dunque, è necessario supporre che anche per la Commissione la soglia che separa interpretazione e modificazione si colloca oltre il limite del testo del trattato, dovendosi la modificazione riconoscersi solo a titolo di extrema ratio, quando cioè il concreto operare del trattato non possa essere in alcun modo spiegato facendo riferimento a tutti i mezzi interpretativi disponibili.

Ciò è conforme alla cautela che la Corte Internazionale di Giustizia utilizza nell'affermare una modifica informale del trattato, e ai limiti stringenti con cui la stessa Convenzione di Vienna regola in generale l'emendamento, facendo riferimento al necessario accordo di tutte le parti[2105]. Occorre in definitiva ribadire che una corte internazionale, di fronte all'interrogativo se una certa modalità di implementazione del trattato costituisca una legittima interpretazione o una (più o meno lecita)

Changing Obligations: The Interpretation of Treaties over Time", American Society International Law Proceedings, n. 106 (2012), p. 261, a p. 263.

[2101] Sottolinea la necessità di verificare che si possa riconoscere un'interpretazione evolutiva nel caso concreto, piuttosto che una modifica, Herdegen, "Interpretation in International Law", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com, par. 48.

[2102] Che, in quanto sostenuta dalla prassi successiva, sarebbe anche un'interpretazione *autentica*, come appena ricordato.

[2103] Vedi sopra al punto II.2. Menzione ("La modificazione dei trattati", cit., a p. 451) ricorda anche che le tre possibilità di modifica (attraverso un successivo trattato, la prassi successiva, o una successiva consuetudine) indicate dall'articolo 68 del Progetto sul diritto dei trattati del 1964 erano state mutuate *verbatim* da un articolo originariamente riferito all'interpretazione, evidenziando pertanto l'affinità dei criteri interpretativi con le possibili modalità di modificazione.

[2104] Vedi sopra al punto II.2 e II.3.

[2105] Articolo 39 VCLT: 'General rule regarding the amendment of treaties - A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except in so far as the treaty may otherwise provide.'

modificazione, dovrà valutare in ogni caso l'esistenza, e soprattutto il contenuto, di un'intesa tra le parti. Se la prova di un accordo interpretativo è forse resa forse più agevole dall'intera gamma dei mezzi interpretativi garantiti dalla Convenzione di Vienna, per cui l'attribuzione di significato al trattato potrebbe essere fondata su diversi elementi, per una modifica informale occorrerebbe provare la prestazione di un consenso a vincolarsi ad un obbligo differente da quello convenzionalmente stipulato. Anche da una prospettiva probatoria, in definitiva, la modificazione emerge come ultima ratio, e contribuisce a rilevare che è l'intenzione delle parti nel caso concreto l'effettivo elemento scriminante nel confine tra interpretazione e modificazione[2106]. La volontà delle parti costituisce dunque il criterio di riferimento, benchè possa risultare una soluzione poco soddisfacente in via generale; l'alternativa è data dal limitarsi ad affermare, come pure è stato fatto, che la differenza tra interpretazione e modificazione è puramente formale[2107], o di 'di grado'[2108], oppure di fatto non esiste[2109]. Inoltre, come già rilevato, non c'è ragione di escludere che la modificazione informale sia in via generale possibile, anzi essa in talune ipotesi dovrebbe riconoscersi come passaggio 'obbligato' verso l'affermazione di una consuetudine generale successiva e pertanto prevalante sul trattato[2110].

[2106] È cioè il consenso (o intento) degli Stati che produce, in ogni caso, effetti sul trattato, rendendo di fatto indistinguibile l'interpretazione dalla modificazione: vedi in tal senso Schwarzenberger, "Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties", Virginia Journal of International Law, Vol. 9 (1968), p. 1 (indicando a p. 8 che la volontà di effetti *ex tunc* determinerebbe l'effetto interpretativo, quella di effetti *ex nunc* l'effetto modificativo della prassi successiva); Herdegen, "Interpretation in International Law", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com, par. 48; Scalese, Diritto dei trattati e dovere di coerenza nella condotta. Nemo potest venire contra factum proprium, Editoriale Scientifica, 2000, a p. 200; Feldman, "Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analysing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement", New York University Journal of International Law & Politics, Vol. 41 (2009), p. 655, a p. 704; Gardiner, "The Vienna Convention rules on treaty interpretation", in D. B. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, OUP, 2012, p. 475, a p. 497; Simma, "Miscellaneous Thoughts on Subsequent Agreements and Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 46, a p. 46 (affermando che è possibile distinguere soltanto in base alla dichiarazione delle parti); Alvarez, "Limits of Change by Way of Subsequent Agreements and Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 123, a p. 130 (citando Waldock).

[2107] Feldman, "Evolving Treaty Obligations", cit., a p. 666.

[2108] Wuerth, "Treaty Interpretation, Subsequent Agreements and Practice, and Domestic Constitutions", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 154, a p. 158.

[2109] Engel, ""Living" International Constitutions and the World Court (the Subsequent Practice of International Organs Under their Constituent Instruments)", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 16 (1967), p. 865 (affermando a p. 909 che in entrambi i casi il testo rimane intatto, mentre si modificano i contenuti); McGinley, "Practice as a Guide to Treaty Interpretation", Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 9 (1985), p. 211, a p. 222; Francesco Capotorti, "Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna", in Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago, 1987, p. 202 (affermando a p. 202 che la differenza è solo teorica); Kammerhofer, "Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship", in M. Happold, International Law in a Multipolar World, Routledge, 2012, p. 138 (affermando a p. 145 che la prassi produce in ogni caso un mutamento sul trattato, poichè incorpora sempre elementi esterni, politici o morali); Liang, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", Nordic Journal of International Law, Vol. 81 (2012), p. 1 (affermando a p. 6 che la distinzione è 'mere fiction').

[2110] Circa la possibilità della modifica informale, vedi sopra al punto III.1.2.1; circa il suo essere 'passaggio' verso la formazione di una consuetudine modificativa del trattato quando gli Stati contraenti partecipino a (o accettino) una prassi difforme, vedi al punto III.1.2.2.

2. La prassi applicativa dei trattati nella formazione (ed evoluzione) di norme consuetudinarie

Parallela alla possibilità che un trattato venga modificato attraverso una prassi successiva o una consuetudine di nuova formazione, è quella che una o più norme contenute nel trattato divengano consuetudinarie, assumendo il trattato natura codificatoria. Si tratta sempre di una condotta degli Stati che questi mettono in atto in maniera continua e omogenea, ma se dapprima lo fanno sulla scorta della disposizione convenzionale che si impone loro, più tardi mantengono tale comportamento a prescindere da tale obbligo, bensì in base ad una *opinio juris*. Come già rilevato nel tentativo di distinguere la modifica informale da quella che avviene per tramite di una successiva consuetudine[2111], si deve ritenere infatti che, anche per distinguere una norma seguita in quanto covenzionalmente imposta e una dal valore consuetudinario, l'elemento distintivo sia quello psicologico, piuttosto che la prassi in sè. È necessario cioè rilevare che l'accettazione della norma come imposta generalmente (o nell'ambito particolare descritto da un gruppo di Stati) subisce uno spostamento, dall'originario consenso prestato al vincolo pattizio, verso una convinzione di giuridicità della norma già seguita (ossia una *opinio juris*)[2112].

La Commissione, come rilevato, rigetta la teoria consensualistica della consuetudine, come buona parte della dottrina[2113]. Quand'anche si ritenga che il consenso è condizione sufficiente a provare il vincolo consuetudinario[2114], nel caso qui discusso si dovrebbe trattare di una accettazione della norma come consuetudinaria, piuttosto che come convenzionale, come richiesto dall'articolo 38

[2111] Vedi la precedente sezione, in particolare al punto III.1.2.2.

[2112] In questo caso non verrebbe in rilievo la possibilità, più oltre approfondita (vedi nota 2114), di riconoscere nel *consenso* l'elemento psicologico della consuetudine, come condizione almeno sufficiente e almeno nel momento formativo della norma; nel passaggio da norma convenzionale a consuetudinaria, infatti, si distinguerebbero più facilmente due fasi: quella formativa, che riguarda il trattato, caratterizzata certamente da un *effettivo* consenso a vincolarsi ad una determinata condotta, ed una successiva, di trasformazione in norma consuetudinaria, dove sarebbe più facile parlare di una convinzione (ossia di un progressivo convincimento) della comunità di Stati circa la giuridicità della norma.

[2113] Rigettano l'impostazione consensualista, riprendendo in particolare l'argomento kelseniano per cui l'accordo tacito costituirebbe una finzione, ad esempio Kunz, "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 47 (1953), p. 662, a p. 663; Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 23; Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 11; Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 39 (1996), p. 198, a p. 213; Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 123; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 102.

[2114] Che il consenso sia in ogni caso condizione sufficiente (quand'anche non necessaria) a creare un vincolo consuetudinario è opinione di MacGibbon, "Customary International Law and Acquiescence", British Yearbook of International Law, Vol. 33 (1957), p. 115, a p. 144; Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", Indian Journal of International Law, Vol. 5 (1965), p. 2, a p. 37; Sohn, "'Generally Accepted' International Rules", Washington Law Review, Vol. 61 (1986), p. 1073, a p. 1074; Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177, a p. 192; ILA Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, a p. 38.

della Convenzione di Vienna del 1969, l'unico in cui si accenna al rapporto tra trattati e consuetudini[2115]. Non è d'altra parte così minoritaria, in dottrina, la posizione che ritiene che l'elemeno psicologico della consuetudine abbia a che fare con il consenso, in tutto[2116] o in parte[2117], almeno nella fase formativa della norma[2118]. Si potrebbe evidenziare, tuttavia, che nel caso qui

[2115] Articolo 38 VCLT: 'Rules in a treaty becoming binding on third States through international custom - Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, *recognized as such*.' (corsivo aggiunto).

[2116] Assumono una prospettiva consensualista, talora evidenziando il valore del consenso tacito (pur negando che una consuetudine costituisca un vero 'accordo tacito') Tunkin, "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", California Law Review, Vol. 49 (1961), p. 419 (affermando a p. 422 che la consuetudine è 'expression of the will of the State of its agreement'); Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1 (rimpiangendo a p. 9 i tempi in cui l'*opinio juris* era più 'francamente' denominata 'consenso'); Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1, a p. 44; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993 (affermando a p. 163 che il criterio dell'accettazione è chiaro, comprensibile, verificabile e 'has the confidence of the goverment of all States and peoples'); Charney, "Universal International Law", American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p. 529 (parlando a p. 548 di un 'tacit consent system'); Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177, a p. 202 (per cui il consenso è condizione sufficiente in tutte le fasi di vita della consuetudine, non soltanto in quella formativa); Scott & Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 25 (1996), p. 71 (indicando a p. 76 che il consenso è implicito nella partecipazione alla prassi o alla comunità internazionale); Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67 (ricavando il fondamento consensuale delle consuetudini generali da quello, asserito, delle consuetudini particolari, dovendo essere la norma di riconoscimento identica per entrambe le forme di diritto consuetudinario); Kammerhofer, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, Vol. 15 (2004), p. 523, a p. 532; Petersen, "Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation", American University International Law Review, Vol. 23 (2008), p. 275, a p. 303 (riprendendo il 'Lotus principle' dall'omonima sentenza della PCGI, per cui la volontà degli Stati è basilare per l'esistenza di un vincolo).

[2117] Riconoscono che una qualche forma di consenso, pur vagamente definita, costituisce il fondamento delle consuetudini (non abbracciando quindi un approccio rigidamente consensualista) MacGibbon, "Customary International Law and Acquiescence", British Yearbook of International Law, Vol. 33 (1957), p. 115 (richiamando a p. 117 l'idea di Fitzmaurice per cui il consenso è 'latente' nel momento formativo, e palese in quello dell'accertamento); Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413 (indicando a p. 433 che il consenso non è con certezza il fondamento delle consuetudini ma 'acceptance never ceased to be a linchpin in the classic theory of custom'); Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9 (parlando a p. 14 di un consenso 'diffuso' e 'non strutturato'); Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161 (indicando a p. 169 che non è possibile ignorare il ruolo del consenso, in particolare nel rapporto delle consuetudini con i trattati); Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119 (indicando a p. 143 che l'elemento psicologico è dato da una 'mixture of will-elements (*opinio juris*) and non-will-elements (general practice binding all States)'); Arangio-Ruiz, "Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom", in N. Angelet, Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant, 2007, p. 93 (sottolineando a p. 116 che non si tratta dello stesso consenso che sta alla base dei trattati, bensì di qualcosa di peculiare al processo consuetudinario); Guzman & Meyer, "Customary International Law in the 21st Century", in R. A. Miller & R. M. Bratspies, Progress in International Law, Martinus Nijhoff, 2008, p. 199 (indicando a p. 205 che si tratterebbe di qualcosa 'a little more than consent'). In particolare hanno recentemente parlato di '*consensus*' della società internazionale Kohen, "La pratique et la théorie des sources du droit international", p. 81, a p. 93; Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 282; Kadens & Young, "How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885, a p. 888.

[2118] Riconoscono che il consenso è necessario almeno per la formazione della norma, dal momento che non può esserci in tale fase una '*opinio juris',* MacGibbon, "Customary International Law and Acquiescence", cit., a p. 144; Wolfke, Custom in Present International Law, cit., a p. 48; Mendelson, "The Subjective Element", cit., a p. 202 (tuttavia negando che sia possibile meramente affermare che il consenso compete alla fase formativa e l'*opinio juris* a quella in

discusso certamente la formazione della norma è sostenuta dal consenso al trattato, dunque diviene più evidente la distanza che necessariamente dovrebbe separare tale volontà iniziale (consensuale) dall'elemento psicologico della successiva consutudine (una 'vera' *opinio juris*). Quand'anche si ipotizzasse che la consuetudine si formi a partire dal trattato a livello particolare (prima di divenire, eventualmente, generale), si dovrebbe in ogni caso provare un elemento psicologico diverso dal consenso alla norma pattizia, benchè da dimostrare con maggior attenzione, per ciascuno degli Stati parte del gruppo[2119]. Nelle consuetudini particolari si nega infatti la presunzione per cui l'elemento psicologico possa essere ricavato dalla sola prassi, come invece per una consuetudine generale[2120].

Se da una parte, quindi, la possibilità che una disposizione convenzionale divenga consuetudine, e in quanto tale si applichi anche agli Stati terzi rispetto al trattato, è espressamente riconosciuta anche dalla giurisrpudenza della Corte Internazionale di Giustizia[2121], dall'altra parte, tuttavia, essa è difficile da accertare in concreto, guardando ai soli Stati parte del trattato, poichè, appunto, si tratterebbe di accertare una modificazione nelle loro intenzioni soggettive. Come evidenziato in dottrina, sussiste il paradosso per cui nonostante la ricca disponibilità di prassi (nell'implementazione del trattato[2122]) risulta particolarmente arduo affermare la natura

---

cui la consuetudine esiste, poichè il processo è continuo); ILA Final Report of the 2000 London Conference, cit., a p. 39; Arangio-Ruiz, "Customary Law", cit., a p. 103; Tasioulas, "*Opinio juris* and the Genesis of Custom: A Solution to the 'Paradox'", Australian Yearbook of International Law, Vol. 26 (2007), p. 199, a p. 202.

[2119] Vedi il Capitolo I, al punto I.3.14, circa le consuetudini particolari come analizzate dalla Commissione; la Conclusione 16 [15] del lavoro sull'identificazione della consuetudine, che al secondo paragrafo afferma: 'To determine the existence and content of a rule of particular customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice among the States concerned that is *accepted by [each of] them as law* (*opinio juris*).' (vedi *ibidem* circa l'eliminazione della clausola 'each of them', che comunque, precisava il Drafting Committee, non doveva intendersi nel senso di escludere la necessità di provare l'accettazione da parte di ogni Stato - A/CN.4/L.872, p. 5)

[2120] Tale presunzione è implicita nel riconoscimento del *double counting*, riguardo cui vedi il Capitolo I, al punto I.4.3. Anche certa dottrina evidenzia come la distinzione principale tra diritto consuetudinario generale e particolare si individuerebbe in un più alto standard probatorio: nel primo caso, cioè, vale il prinicpio *iura novit curia* (per cui il giudice ha l'onere di accertare l'esistenza e il contenuto del diritto non scritto), nel secondo caso, invece, è la parte che invoca la norma che dovrebbe provarne l'esistenza, e quindi l'accettazione da parte della controparte in causa: vedi in tal senso Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 12; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 90; Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67, a p. 81; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 216; Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 164; Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 92; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 106.

[2121] Oltre che nell'articolo 38 VCLT, sopra riportato (nota 2115), rileva notoriamente la decisione della CIG sulla piattaforma continentale del Mare del Nord (1969), par. 71: 'In so far as this contention is based on the view that Article 6 of the Convention has had the influence, and has produced the effect, described, it clearly involves treating that Article as a norm-creating provision which has constituted the foundation of, or has generated a rule which, while only conventional or contractual in its origin, has since passed into the general corpus of international law, and is now accepted as such by the *opinio juris*, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention. There is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed. At the same time this result is not lightly to be regarded as having been attained.'

[2122] Vedi la parte successiva circa l'identificazione della prassi rilevante ai fini del passaggio da disposizione convenzionale a consuetudine, che si deve restringere a quella nell'implementazione del trattato.

consuetudinaria della norma[2123]. Se l'asserita norma consuetudinaria ha valore generale, nondimeno, è possibile risolvere il paradosso guardando al comportamento e all'elemento soggettivo di Stati estranei al trattato[2124]. Il problema, tuttavia, rimane qualora il trattato goda di una partecipazione quasi universale (e siano pertanto pochi gli Stati 'terzi' di cui verificare la prassi)[2125]. Non si può certo escludere, tuttavia, che anche la prassi degli Stati parte costituisca un necessario fattore nella valutazione del passaggio da disposizione convenzionale a consuetudine, poichè anche la prassi di tali Stati certamente continua ad avere rilievo nella formazione del diritto internazionale, come certa dottrina ha evidenziato[2126]. La successiva sezione è dunque dedicata a quale prassi venga in rilievo.

2.1. Quale prassi rileva

2.1.1. Scarsa rilevanza della prassi circa la negoziazione e la conclusione di trattati

Tra le condotte che potrebbero costituire oggetto di analisi, allo scopo di individuare quelle che possono effettivamente venire in rilievo nella formazione di una consuetudine a partire dal trattato,

[2123] Vedi in tal senso Baxter, "Treaties and Custom", Recueil des cours, Vol. 129 (1970), a p. 64.

[2124] Come riconosciuto dallo stesso Baxter in "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 41 (1965-66), p. 275, a p. 296; la dottrina è concorde: vedi ad esempio Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 23; Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 39; Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119, a p. 145; Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 376.

[2125] Punto evidenziato ad esempio da Schachter, "New Custom: Power, *Opinio juris* and Contrary Practice", in J. Makarczyk Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Kluwer Law International, 1996, p. 531, a p. 726; Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 378.

[2126] Discutono della possibilità di distinguere, all'interno della prassi degli Stati, tra quella imposta dal trattato e quella motivata da *opinio juris* Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717 (affermando a p. 729 che il problema di distinguere tra prassi nell'applicazione del trattato e prassi consuetudinaria va risolto sul piano dell'elemento psicologico, e riguarda in ogni caso solo la norma che regola i rapporti tra gli Stati parte del trattato); Czaplinski, "Sources of International Law in the Nicaragua Case", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 1 (1989), p. 151 (che a p. 165 nega la possibilità di 'simultaneità' tra trattato e consuetudine proprio in ragione dell'impossibilità di distinguere la prassi nell'applicazione del trattato e quella motivata da *opinio juris*); Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", The American Journal of International Law, Vol. 90 (1996), p. 238 (indicando a p. 247 che, come rilevato dall'ICRC, non si potrebbe accertare una consuetudine di diritto umanitario *soltanto* sulla base della prassi degli Stati che non sono parte al Primo protocollo alle Convenzioni di Ginevra); Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161 (a p. 170 confermando che anche la prassi degli Stati parte di una convenzione rileva per formazione o evoluzione di una consuetudine connessa); Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81 (a p. 102 evidenziando come anche la prassi che 'supera' o 'contraddice' il trattato mantiene con esso un legame); Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27 (a p. 36 ricordando che la prassi nell'applicazione di un trattato *di codificazione*, in particolare, potrebbe non essere motivata da *opinio juris*, bensì dal vincolo convenzionale).

occorre anzitutto escludere la rilevanza di quella prassi che gli Stati producono in generale nella fase negoziale e conclusiva di un trattato. Essa, come rilevato dalla Commissione e da parte della dottrina, benchè certamente connessa allo specifico trattato, avrebbe del resto rilievo esclusivamente in riferimento a consuetudini che riguardino il modo di negoziare e concludere i trattati in generale[2127]. É infatti da escludersi un particolare nesso con i contenuti sostanziali del trattato concluso, i quali costituiscono invece il principale oggetto d'indagine quando si tratti di analizzare la condotta degli Stati per stabilire se essa è intrapresa in forza del trattato o meno[2128].

Tuttavia, appunto, non è escluso che il modo in cui gli Stati procedono ai fini della negoziazione e conclusione valga a formare consuetudini riguardanti il legittimo venire in essere di un trattato internazionale; del resto, questo tipo di norme sono ormai oggetto di una convenzione codificatrice, quella di Vienna del 1969, che dal canto suo recepiva una prassi di lungo corso e non particolarmente modificatasi negli ultimi anni[2129]. Per altro, sono proprio simili trattati di codificazione, ormai risalenti, ad essere suscettibili di subire modificazioni nella prassi, sia che questa operi sul piano convenzionale o su quello consuetudinario[2130].

2.1.2. Il trattato come elemento di prassi, o prova di consuetudini

La dottrina è divisa circa la possibilità di considerare il trattato in sè, ossia l'atto con le disposizioni che esso contiene, come elemento di prassi statale. La Commissione ha accolto la posizione espressa da Wood nei suoi rapporti, per cui è certamente 'prassi' quella che gli Stati realizzano 'in connessione' con i trattati di cui sono parte[2131]. Se, incidentalmente, tale prassi comprende anche quella il cui rilievo in questa sede si è appena escluso, ossia gli atti che riguardano la negoziazione e portano alla conclusione del trattato (confermando che tale prassi vale eventualmente a formare consuetudini riguardanti tali aspetti, che però non vengono qui ad essere oggetto di discussione), non è chiaro se il trattato in sè possa essere preso in considerazione e a quale titolo.

[2127] Vedi in particolare Wolfke, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", in J. Klabbers & R. Lefeber, Essays on the Law of Treaties: A collection of Essays in Honour of Bert Vierdag, Martinus Nijhoff, 1998, p. 31, a p. 36; Wood & Sender, "State Practice", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com, par. 16; ILA Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, p. 48.

[2128] Una condotta analizzata anche (e soprattutto) allo scopo di ricavarne l'*opinio juris*, che potrebbe limitarsi (in tesa in senso lato) al riconoscimento di un obbligo convenzionale, o rilevare (in senso proprio) come accettazione della norma *in quanto consuetudinaria*; vedi poco oltre.

[2129] Se si esclude la tendenza a concludere con sempre maggiore frequenza trattati multilaterali nell'ambito di organizzazioni internazionali, piuttosto che bilateralmente come fino alla metà del secolo scorso.

[2130] Vedi in proposito poco oltre, circa la possibilità per una prassi, nel tempo, di modificare una norma codificata, che cioè ha sia natura convenzionale che consuetudinaria: una simile prassi sarebbe certamente 'nell'applicazione' del trattato, ma produrrebbe inevitabilmente effetti anche sulla connessa norma consuetudinaria.

[2131] Vedi la conclusione 6 [7] ('Forms of practice') del lavoro sull'identificazione della consuetudine, che al secondo paragrafo individua non il trattato in sè, bensì 'conduct *in connection* with treaties' (A/CN.4/L.872, p. 2, corsivo aggiunto).

Secondo un'opinione, esso potrebbe venire in rilievo nella *formazione* diritto consuetudinario propriamente in quanto 'prassi'[2132], ma la Commissione riconosce espressamente soltanto che esso potrebbe rilevare come *prova* di consuetudini o dell'*opinio juris* degli Stati parte[2133]. Non c'è infatti ragione di dubitare del possibile valore probatorio di una disposizione convenzionale, che potrebbe articolare[2134] una prassi che le parti già mettevano in atto prima del trattato, oppure intraprendono in quanto vincolati[2135], e anche fornire un indizio circa l'opinione di giuridicità della medesima[2136]. Più dubbio è tuttavia il valore definitivo di tali prove, che dovrebbero nella maggior parte dei casi essere accompagnate da ulteriori elementi utili ad accertare che effettivamente quella prassi è sufficientemente generale e omogenea e accettata come diritto o obbligo[2137]. In questa sede, in ogni caso, si deve ipotizzare che il trattato in sè non costituisca una forma di prassi[2138], come del resto sotteso all'analisi dell'aspetto oggettivo della prassi nel primo Capitolo: in essa, si ricordi, si era definita la prassi successiva *ex* articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna come risultato dell'intersezione tra l'insieme dato dalle possibili condotte statali (la 'prassi') e quello dato dagli

[2132] Vedi la dottrina richiamata alla successiva nota 2138.

[2133] Vedi il precedente punto I.2.1. Si ricordi anche che nella Conclusione 6 [7], paragrafo 2, tra le 'Forms of State practice' si indica quella intrapresa 'in connection with treaties', piuttosto che il trattato in sè: vedi il Capitolo I al punto I.3.2.

[2134] Prendendo in prestito l'espressione usata da D'Amato per definire l'elemento psicologico della consuetudine: non '*opinio juris*', appunto, bensì 'articulation' della norma che impone o permette la condotta intrapresa; vedi in tal senso D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, Ithaca, 1971, a p. 88. Incidentalmente, secondo D'Amato il trattato costituisce 'prassi': vedi ad esempio "Trashing Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 101, a p. 103.

[2135] La gran parte della dottrina evidenzia il valore probatorio dei trattati, talvolta negando tuttavia che si tratti della prova *definitiva* della consuetudine: vedi ad esempio Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1 (indicando a p. 5 che *l'adesione* al trattato potrebbe costituire una forma di prassi, ma il trattato in sè non proverebbe una consuetudine in maniera definitiva); Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993 (distinguendo a p. 70 il trattato come possibile prova di prassi, di *opinio juris* o di consuetudini, nel caso di un trattato di codificazione); Scott & Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 25 (1996), p. 71 (affermando a p. 78 che talvolta il valore probatorio è maggiore che altrove); International Law Association, Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (negando a p. 43 che il trattato costituisca prova definitiva); Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27 (evidenziando a p. 29 che i testi scritti costituiscono il materiale analizzato con priorità dalla CIG nell'accertamento delle consuetudini); Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014 (indicando a p. 3 che il trattato può riconoscersi come prova *di prassi*); Wood, "The present position within the ILC on the topic "Identification of customary international law": in partial response to Sienho Yee, Report on the ILC Project on "Identification of Customary International Law", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 3 (indicando a p. 11 che non si tratta di una prova definitiva).

[2136] Si noti che la Commissione riconosce, alla Conclusione 10 [11] ('Forms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*)') del lavoro sull'identificazione della consuetudine, che le *'treaty provisions'* (non più, questa volta, la condotta *connessa* al trattato) possono rappresentare una prova dell'elemento psicologico; vedi A/CN.4/L.872, p. 3.

[2137] Vedi la nota 2135.

[2138] Vedi tuttavia in senso contrario Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 3; D'Amato, "Trashing Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 101, a p. 103; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 111.

accordi che uno Stato può concludere (un insieme popolato anche dai trattati internazionali e, appunto, separato dal primo)[2139].

È incentrata sull'aspetto probatorio anche l'analisi della Commissione[2140], che precisa che la ripetizione di una norma in più trattati non potrebbe intendersi come sufficiente a produrre una norma consuetudinaria, confermando in sostanza che il trattato in effetti non potrebbe rappresentare in sè 'prassi' dello Stato[2141]. Per il resto la Commissione si dedica a descrivere il rapporto tra consuetudine e trattato alla maniera suggerita dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord, su cui si tornerà nella successiva sezione[2142]. Prima occorre invece individuare la prassi che certamente viene in rilievo per la possibile formazione di norme consuetudinarie a partire dal trattato, ossia quella che gli Stati realizzano nell'adempiere agli obblighi pattizi.

2.1.3. La prassi successiva al trattato

Il comportamento degli Stati in funzione del trattato è certamente rilevante in quanto prassi statale, poichè si tratta di atti che equivalgono a qualsiasi altra condotta dello Stato. La dottrina ha discusso della possibilità di distinguere tra prassi nell'applicazione del trattato e prassi motivata da *opinio juris*, cercando di distinguere la condotta inizialmente motivata dall'obbligo di adempiere al trattato da quella che dovrebbe informare la consuetudine infine risultante[2143]. Si ricordino anche gli esempi che Nolte individuava nel suo terzo rapporto per il Gruppo di Studio, senza poi riprenderli nei suoi lavori come relatore speciale[2144]. Da un punto di vista meramente obiettivo, tuttavia, la condotta che gli Stati realizzano in quanto vincolati dal trattato è in grado di assumere quei connotati di generalità e omogeneità richiesti dall'analisi oggettiva descritta nel primo Capitolo[2145]. Essa è inoltre messa in atto da organi dello Stato che svolgano funzioni legislative, esecutive o giudiziare,

[2139] Vedi il Capitolo I, al punto III.3.
[2140] Con particolare riferimento Conclusione 11 [12], analizzata al precedente punto I.2.1.
[2141] Almeno non in quanto prassi sufficientemente generale e uniforme, e fatta salva in ogni caso la necessità di provare contemporaneamente anche l'*opinio juris*. Sull'impossibilità di presumere che la ripetizione in più trattati della stessa disposizione costituisca una consuetudine (poichè potrebbe provare anche il contrario), vedi ad esempio Kunz, "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 47 (1953), p. 662, p. 668; Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717, a p. 732; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 71 e 143; Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119, a p. 146; Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 299. Anche gli autori che ritengono che il trattato costituisca prassi (nota 2138) ammettono tale incertezza: Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 43; Thirlway, "The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 112.
[2142] Al punto III.2.2.1 in particolare.
[2143] Vedi la dottrina richiamata alla nota 2126.
[2144] Sopra al punto II.4.
[2145] Vedi il Capitolo I, al punto I.3 circa i requisiti materiali della prassi, e III.1 per una verifica della presenza di tali caratteri nella prassi successiva come criterio interpretativo.

soddisfacendo pertanto anche i requisiti soggettivi della prassi come rilevati nel secondo Capitolo[2146]. Poco importa anche che si tratti di una prassi propriamente finalizzata all'interpretazione del trattato, e sostenuta da un accordo unanime in tal senso, come richiesto dall'articolo 31.3.b) della Covenzione di Vienna[2147].

Dal punto di vista oggettivo dovrebbe trattarsi certamente di atti nell'applicazione del singolo trattato, non dissimilmente da quanto visto per la prassi successiva a fini interpretativi, ai fini di poter rilevare ex articolo 32 della Convenzione di Vienna, ma non necessariamente ex articolo 31.3.b), che richiede che la prassi veicoli anche l'accordo unanime delle parti[2148]. Anche dal punto di vista soggettivo occorre ribadire quanto già affermato, ossia che è sufficiente verificare che la condotta implementi il trattato, piuttosto che richiedere che in sè l'organo sia specificamente competente per l'implementazione dei trattati internazionali, o che sia abilitato a rappresentare internazionalmente lo Stato[2149]. Si deve insomma ipotizzare che la prassi che viene in rilievo per la formazione di una consuetudine internazionale a partire del trattato sia anche prassi successiva rilevante per la sua interpretazione, quanto meno sussidiariamente ex articolo 32, poichè costituisce una sua implementazione[2150].

D'altro canto non verrebbe in rilievo, in sè, il fatto che la prassi manifesti un accordo sull'interpretazione, potendo chiaramente un atto costituire prassi dello Stato anche prescindendo da tale elemento; anzi, per la formazione di una consuetudine, come noto, non si dovrebbe guardare al consenso tra gli Stati agenti bensì ad una comune convinzione di giuridicità, necessariamente per altro condivisa anche dagli Stati non direttamente agenti[2151]. Salvo quando detto, tuttavia, circa la possibilità di riconoscere che (almeno) nella fase formativa della norma consuetudinaria un elemento consensuale sarebbe da ritenersi sufficiente[2152], in questa sede interessa soltanto escludere che l'accordo interpretativo sia necessario a tener conto della prassi nell'implementazione del

[2146] Vedi il Capitolo II, al punto III.1, dove si è indicato l'insieme descritto dai soggetti che possono produrre una prassi successiva nell'implementazione del trattato come sottoinsieme di quello descritto dai soggetti che possono essere autori di prassi rilevante come elemento materiale della consuetudine (a sua volta ricompreso entro l'insieme popolato dai soggetti che potrebbero determinare la responsabilità internazionale dello Stato).
[2147] Che richiede un accordo *sull'*interpretazione; vedi il Capitolo I, al punto II.2.
[2148] Come più volte ricordato nei primi due Capitoli: vedi in particolare il Capitolo I, al punto II.2.2.
[2149] Rispetto a tali aspetti vedi il Capitolo II, ai punti II.1 e III.1.
[2150] Abbracciando l'idea che ogni applicazione è anche interpretazione, come confermato da Nolte nel suo primo rapporto: vedi il Capitolo I, al punto II.3. Supporto dottrinale all'affermazione per cui l'interpretazione necessariamente precede l'applicazione si ricava ad esempio da Schwarzenberger, "Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties", Virginia Journal of International Law, Vol. 9 (1968), p. 1, a p. 4; Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, 2008, a p. 27; Villiger, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", in Enzo Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, p. 105, a p. 116.
[2151] Vedi tuttavia il paragrafo precedente circa il non trascurabile supporto ad una teoria consensualistica della conseutudine (in particolare le note 2116 e 2117); sulla necessità di utilizzare la prassi degli Stati terzi rispetto al trattato al fine di provare l'applicabilità in generale di una consuetudine di matrice convenzionale, vedi invece la nota 2125.
[2152] Vedi la dottrina richiamata alla nota 2118.

trattato per la formazione di una consuetudine a partire dal trattato. In definitiva, occorre riconoscere che se una prassi che implementa il trattato non veicola un accordo unanime sull'interpretazione ai fini dell'articolo 31.3.b) ma rileva interpretativamente solo *ex* articolo 32, essa potrebbe ugualmente divenire una prassi sufficientemente diffusa e accettata da costituire una consuetudine[2153]. Come si dirà, tale consuetudine potrebbe essere, prima che generale, soltanto particolare, tra tutte o anche soltanto alcune parti del trattato[2154].

2.2. L'evoluzione del diritto codificato

Occorre dunque individuare le modalità con cui il diritto consuetudinario si evolve in presenza di una norma codificatrice, ossia verificare quali sono gli effetti della prassi della sua implementazione, sul trattato e sulla consuetudine, quando entrambe le fonti abbiano lo stesso contenuto. Si propone qui di adottare i termini 'codificazione' e 'sviluppo progressivo'[2155], volendo con il primo indicare in senso lato tutte le ipotesi in cui sussiste una coincidenza (o una similitudine) tra la norma convenzionale e quella consuetudinaria, e con il secondo le ipotesi in cui le due norme arrivano a distanziarsi, per effetto, appunto, di una prassi difforme[2156]. La Commissione, nel lavoro sull'identificazione delle consuetudini, sembra limitarsi a riprendere l'esame contenuto nella sentenza della CIG sulla Piattaforma continentale del Mare del Nord e ai tre

[2153] Buona parte della dottrina sottolinea come la 'prassi successiva' non abbia caratteri tali da renderla incapace di produrre una consuetudine, ossia, detto altrimenti, che la prassi 'successiva' debba nettamente distinguersi da quella generalmente intesa; anche in questa sede si è evidenziato che essa è in ogni caso compresa nell'insieme definito, sul piano 'oggettivo' e 'soggettivo', dalla prassi in generale: vedi il Capitolo I, al punto III.3, e il Capitolo II, al punto III): vedi ad esempio Menzione, "La modificazione dei trattati per via della condotta successiva delle parti", Diritto internazionale, Vol. 25 (1971), p. 440 (ricordando a p. 442 che anche Waldock ammetteva la difficoltà di distinguere la modifica informale da quella tramite una consuetudine); Capotorti, "Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna", in Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago, 1987, p. 199 (che a p. 199 evidenzia tuttavia come al prassi successiva sarebbe deliberata, a differenza di quella intesa in senso generale, ma entrambe sarebbero della 'stessa natura'); D'Amato, "Trashing Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 101 (affermando a p. 105 che la prassi modifica il trattato in quanto tale o in quanto consuetudine); Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", Annuaire français de droit international, Vol. 40 (1994), p. 41 (affermando a p. 70 che la prassi successiva è una manifestazione della prassi come le altre). In senso contrario vedi però Kadelbach, "Domestic Constitutional Concerns with Respect to the Use of Subsequent Agreements and Practice at the International Level", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 145, a p. 151.

[2154] Le fattispecie sono parallele a quelle indicate al punto III.1.2.2, circa la possibilità che un trattato venga *modificato* da una consuetudine, anche particolare, e anche *inter se*, ossia tra alcune parti del trattato soltanto. In tale ultimo caso si tratterebbe non di una 'modifica informale' (poichè essa, in ipotesi, richiederebbe l'accordo *unanime*) bensì di una modifica che si fonda sull'accordo di alcune parti soltanto; a meno di riconoscere effetti giuridici prevalenti sul trattato all'accordo informale, la categoria della consuetudine particolare sembrerebbe essere l'unica utilizzabile per costituire il fondamento di simili modifiche; vedi in particolare la nota 2086.

[2155] Espressioni notoriamente utilizzate negli articoli 13.1.a) della Carta di San Francisco, che attribuisce tale competenza all'Assemblea Generale, e 1 dello Statuto della Commissione di Diritto Internazionale, organo sussidiario appositamente istituito dall'Assemblea medesima.

[2156] Si assume cioè la prospettiva della prassi statale nel tentativo di evidenziare il suo ruolo nel possibile mutamento del rapporto tra consuetudine codificata e trattato di codificazione. Una simile prospettiva, per cui la prassi è motore di sviluppo, quand'anche non necessariamente 'progressivo', nel diritto internazionale, è assunta da Kohen, "La pratique et la théorie des sources du droit international", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Parigi, 2004, p. 81, a p. 110.

effetti di codificazione (in senso stretto), cristallizzazione e generazione, là per la prima volta affermati[2157].

Di tale sentenza la Commissione discuteva brevemente anche la parte in cui la Corte aveva ipotizzato che in determinate situazioni, sempre che la disposizione convenzionale sia 'fundamentally norm creating'[2158], essa possa in sè costituire una consuetudine, il che significherebbe l'immediata e 'diretta' trasposizione di una norma convenzionale nel diritto consuetudinario (che si direbbe 'istantaneo'): occorrerebbe in particolare che la partecipazione al trattato sia diffusa e rappresentativa, nel senso di comprendere gli Stati specialmente interessati[2159]. La Commissione sceglieva apparentemente di ignorare tale questione, come anche quella del riconoscimento di una speciale categoria di Stati 'particolarmente interessati'[2160]: la sentenza, del resto, è ormai risalente, ed è la sola in cui la Corte abbia avanzato tale ipotesi, poi mai in concreto accertata finora. Tali sono i motivi per cui buona parte della dottrina preferisce escludere la possibilità che in sè una norma convenzionale possa in tal modo considerarsi direttamente trasposta all'interno del diritto consuetudinario[2161]. Anche in questa sede si è rilevato come il trattato non potrebbe in sè considerarsi forma di prassi, per cui bisognerebbe in ogni caso rinvenirne altra,

[2157] Vedi il precedente punto I.2.1 circa il ruolo dei trattati nell'accertamento delle consuetudini, come definito dalla Commissione.

[2158] Riferendosi *in generale* alla possibilità di generazione di una consuetudine a partire da una disposizione convenzionale (vedi il par. 71 della sentenza, riportato alla nota 2121), la CIG afferma: 'It would in the first place be necessary that the provision concerned should, at all events potentially, be of a *fundamentally norm-creating character* such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law.' (Piattaforma continentale del Mare del Nord, 20 febbraio 1969, par. 72, corsivo aggiunto).

[2159] *Ibidem*, par. 73: 'With respect to the other elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice *of itself*, provided it included that of States whose interests were specially affected.' (corsivo aggiunto).

[2160] Vedi sopra al punto I.2.1.

[2161] Negano la possibilità di una consuetudine 'istantanea' generata da un trattato, ad esempio, Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1, a p. 24; Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717, a p. 723; Czaplinski, "Sources of International Law in the Nicaragua Case", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 1 (1989), p. 151, a p. 155; Mendelson, "The International Court of Justice and the sources of international law", in V. Lowe & M. Fitzmaurice, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge University Press, 1996, p. 63, a p. 74; Scott & Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 25 (1996), p. 71, a p. 74; Wolfke, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", in J. Klabbers & R. Lefeber, Essays on the Law of Treaties: A collection of Essays in Honour of Bert Vierdag, Martinus Nijhoff, 1998, p. 31, a p. 33; Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27, a p. 30. In senso contrario vedi ILA Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, a p. 50, tuttavia circoscrivendo l'ipotesi all'eccezionale caso in cui sussista la chiara *volontà* delle parti del trattato di creare una consuetudine, e di accettarla *come tale*, conformemente all'idea che il consenso è condizione sufficiente alla creazione del vincolo consuetudinario (già vista in Mendelson, allora presidente del gruppo di lavoro ILA, ad esempio in "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177).

magari precedente (compresa la stessa fase di negoziazione), ricadendo in sostanza nel caso di 'cristallizzazione', oppure susseguente, ricadendo nel caso di generazione[2162].

Operata tale esclusione, occorre anche aggiungere che l'analisi che segue si fonda sul *dictum* della medesima Corte nella sentenza Nicaragua c. Stati Uniti, in forza del quale, quand'anche di contenuto simile, norma convenzionale e consuetudinaria rimangono in ogni caso su due piani separati[2163]. Volendo assumere la prospettiva della prassi degli Stati, si tenta di verificare in che modo essa possa influire diversamente sulle due norme, quando entrambe esistenti (e dal contenuto simile, se non identico). La disposizione convenzionale risulterebbe apparentemente più resistente a tale influsso, poichè suscettibile di essere interpretata, quand'anche in maniera estensiva, ma non modificata informalmente se non in casi da valutarsi con particolare rigore[2164]. Il mutamento della prassi influirebbe invece in maniera più profonda sulla norma consuetudinaria (in ipotesi di identico contenuto), non sussistendo requisiti così stringenti come quelli che dovrebbero connotare una prassi successiva avente valore di interpretazione autentica, o di modifica informale.

Se la prassi degli Stati fosse tale da modificare la norma consuetudinaria ciò dovrebbe in qualche modo influire sulla norma convenzionale di identico contenuto, potendosi riconoscere eventualmente la modifica del trattato, ossia l'ipotesi in cui il trattato viene 'modificato' per mezzo di una consuetudine successiva[2165]. Il problema riguarda particolarmente gli Stati parte della convenzione di codificazione, e dipende dalla diffusione di questo: certamente la consuetudine codificata non potrebbe modificarsi senza che alla nuova prassi partecipino, o la accettino, gli Stati parte di un trattato universale di codificazione[2166]. In alternativa, non si potrebbe escludere un

[2162] Come evidenziato dalla Commissione (I.2.1), le due ipotesi si distinguono dal punto di vista della collocazione temporale della prassi: precedente la conclusione del trattato nel caso di cristallizzazione, successiva (e comunque necessaria, è bene ricordarlo) in quello di generazione.

[2163] Già nel giudizio sulla giurisdizione si legge: 'The Court cannot dismiss the claims of Nicaragua under principles of customary and general international law, simply because such principles have been enshrined in the texts of the conventions relied upon by Nicaragua. The fact that the abovementioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multilateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions. Principles such as those of the non-use of force, non-intervention, respect for the independence and territorial integrity of States, and the freedom of navigation, continue to be binding as part of customary international law, despite the operation of provisions of conventional law in which they have been incorporated.' (Nicaragua c. Stati Uniti, Giurisdizione, 26 novembre 1984, par. 73). Nel giudizio su merito la CIG, dopo aver escluso che la Carta di San Francisco abbia lo stesso contenuto del diritto consuetudinario sul divieto di uso della forza, conferma che 'even if a treaty norrn and a custornary norrn relevant to the present dispute were to have exactly the same content, this would not be a reason for the Court to take the view that the operation of the treaty process must necessarily deprive the custornary norm of its separate applicability.' (Nicaragua c. Stati Uniti, Merito, 27 giugno 1986, par. 175).

[2164] Ossia, come poco sopra ipotizzato (III.1.2.1), verificando in sostanza l'accordo unanime delle parti in tal senso.

[2165] Ossia, detto altrimenti, essa *prevale* sul trattato in ragione del criterio cronologico; vedi sopra al punto III.1.2.2. Diversamente dall'ipotesi già analizzata, la particolarità in questo caso è che la consuetudine già esiste, e coincide (almeno in parte) con la disposizione convenzionale; il caso discusso sopra riguarda invece una consuetudine *sopravvenuta*, che modifica la disposizione convenzionale (non codificatrice) in quanto *lex posterior*.

[2166] Salvo riconoscere la possibilità della formazione di una consuetudine particolare, chiaramente, come evidenziato dal successivo paragrafo.

effetto della nuova norma consuetudinaria sull'interpretazione del trattato, in quanto (nuova) 'regola applicabile alle parti' ex articolo 31.3.c) della Convenzione di Vienna (non soltanto 'prassi successiva' *ex* 31.3.b))[2167]. Nel paragrafo successivo si indicherà anzitutto in che senso l'esistenza di un trattato di codificazione possa limitare una simile evoluzione della consuetudine che esso codifica.

2.2.1. Codificazione: incorporazione, cristallizzazione, generazione di consuetudini (generali)

Non occorre qui analizzare le tre fondamentali modalità con cui un trattato può influire sul diritto consuetudinario, bensì ci si focalizza, per ciascuna, sull'effetto 'ostativo' (o 'dissuasivo') che esse potrebbero rappresentare a fronte del possibile 'sviluppo progressivo' del diritto, raramente analizzato in dottrina[2168]. Si tratta infatti delle tre ipotesi in cui sussiste una coincidenza (totale o parziale) di norma convenzionale e consuetudinaria, ma, si è ipotizzato, tale coincidenza potrebbe venire meno per effetto di una nuova prassi generale, che non solo influisca sull'interpretazione del trattato[2169] ma vada a costituire una nuova consuetudine, modificando quella esistente[2170]. A tale scopo, si ricorda, non sarebbe necessario che la nuova prassi riveli il consenso unanime degli Stati parte, bensì sarebbe necessaria e sufficiente una prassi generale e uniforme (eventualmente anche di Stati terzi) che venga ad essere accettata come autonomamente normativa, modificandosi l'*opinio juris* rispetto alla consuetudine precedente[2171].

L'effetto 'ostativo' nel caso di una codificazione in senso proprio è particolarmente sensibile, dal momento che il trattato costituisce il riconoscimento di prassi magari di lungo corso, sicuramente

[2167] In forza dell'articolo 31.3.c) VCLT, che in tal senso rileva l'affinità con le ipotesi previste dalle lettere a) e b) del medesimo paragrafo: si tratterebbe in questo caso non (solo) di una prassi successiva, ma di una prassi successiva divenuta consuetudine, dunque rilevante, appunto, in quanto 'regola' (consuetudinaria).

[2168] Si vedano tuttavia Baxter, "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 41 (1965-66), p. 275 (che a p. 299 afferma che un trattato 'dichiarativo', ossia di codificazione, potrebbe bloccare l'evoluzione del diritto consuetudinario); Weisburd, "Customary International Law: The Problem of Treaties", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1 (a p. 19 affermando al contrario che un trattato di codificazione non potrebbe 'congelare' una consuetudine, poichè è la prassi degli Stati ciò che conta); Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", The American Journal of International Law, Vol. 90 (1996), p. 238 (a p. 247 rilevando che l'evoluzione del diritto internazionale umanitario applicabile ai conflitti armati non internazionali non è stata di fatto bloccata dalle poche norme comprese nel Primo protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra).

[2169] Poichè si tratterebbe di una prassi in ogni caso 'nell'applicazione del trattato', proprio perchè la norma coincide con quella consuetudinaria: una simile prassi è notoriamente valida almeno come mezzo interpretativo sussidiario *ex* 32 VCLT.

[2170] O su tale consuetudine prevalendo, ma il risultato sarebbe difficilmente distinguibile in concreto. Vedi oltre (punto III.2.2.2.B)) circa la possibilità, estremamente ridotta, che tale modifica intervenga a titolo informale, piuttosto che consuetudinario.

[2171] Si prescinde cioè dalla valutazione dei requisiti che dovrebbero connotare una prassi successiva capace di interpretare autenticamente il trattato *ex* 31.3.b) VCLT, o di modificarlo informalmente (ossia, appunto, l'accordo unanime).

già accettata come diritto al momento della negoziazione. Se (alcuni) Stati volessero violare una certa disposizione 'codificatrice'[2172] e giustificare tale illecito con l'esistenza di una diversa consuetudine generale, sarebbero dissuasi non solo dalla lettera del trattato, ma anche dall'indagine operata dall'ente di codificazione. Tale indagine, benchè il più delle volte si fondi su prove 'secondarie' come la giurisprudenza internazionale[2173], determina per altro l'accumulazione di nuova prassi statale, in fase di commento ai lavori dell'ente[2174]. Per superare la coincidenza tra trattato e consuetudine gli Stati dovrebbero insomma non soltanto violare la lettera di un trattato dichiaratamente di codificazione, ma anche dimostrare il superamento della norma accertata dall'ente, con una successiva operazione di raccolta della nuova prassi difforme, congiuntamente alla prova del mutato elemento psicologico.

Similmente l'effetto ostativo è considerevole nel caso di una 'cristallizzazione', dove cioè il momento di negoziazione del trattato è quello che ha consentito il consolidamento di sufficiente prassi (soprattutto verbale, data dalle dichiarazioni degli Stati) e *opinio juris* (contenuta in tali dichiarazioni) per l'affermazione di una norma consuetudinaria, già in fase di formazione[2175]. Sussiste dunque anche qui effettiva coincidenza tra la disposizione convenzionale e la consuetudine che essa dichiara: quand'anche il trattato non sia esplicito nell'indicare la propria natura

[2172] Il discorso vale certamente soltanto per le sole disposizioni del trattato che effetivamente codifichino una consuetudine esistente e non già rappresentino uno 'sviluppo progressivo'; notoriamente, tuttavia, la distinzione è ardua da effettuare in concreto, tanto che anche le convenzioni redatte dalla CDI tendono a non distinguere espressamente le due ipotesi: vedi in dottrina Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 6; Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413, a p. 428; Czaplinski, "Sources of International Law in the Nicaragua Case", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 1 (1989), p. 151, a p. 164; Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119, a p. 146; Pellet, "Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making", in M. H. Arsanjani, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065, a p. 1076-7; Tomka, "Custom and the International Court of Justice", in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27, a p. 37; Mathias, "The Work of the International Law Commission on Identification of Customary International Law: A View from the Perspective of the Office of Legal Affairs", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 19, a p. 20.

[2173] Vedi in proposito il Capitolo II, ai punti I.2.7.2 e III.2.3.

[2174] Sul ruolo dei commenti degli Stati ai lavori della CDI in quanto prassi verbale, vedi ad esempio Brownlie, "Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom", in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz, Vol. I (2004), p. 313, a p. 315; Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, p. 142; Pellet, "Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making", in M. H. Arsanjani, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065, a p. 1078 (per cui i progetti della CDI costituiscono una fase del processo formativo\evolutivo delle consuetudini, come anche le sentenze delle corti internazionali).

[2175] Ci si riferisce soprattutto a trattati multilaterli conclusi a seguito di conferenze intergovernative, ad esempio con la terza conferenza UNCLOS si considerano 'cristallizzate' le norme sulla zona economica esclusiva, sulla delimitazione delle acque arcipelagiche e sul limite del mare territoriale; vedi in proposito Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717, a p. 736.

codificatrice[2176], rimarrebbe difficile per gli Stati, come per il caso della codificazione in senso proprio, allontanarsi dalla condotta prescritta, giustificandosi in ragione di un'asserita modificazione della norma consuetudinaria generale. In questo caso occorrerebbe per altro fornire la prova di una nuova prassi sufficiente a vincere quella accumulata nella fase dei lavori preparatori della convenzione medesima[2177].

Infine, nel caso di un trattato che generi una consuetudine, si è già detto che non si deve intendere l'ipotesi di una generazione 'diretta', per cui la disposizione convenzionale costituirebbe in sè (e immediatamente) la consuetudine[2178]. Piuttosto, come descritto dalla Commissione, il caso, riconosciuto anche dalla Convenzione di Vienna all'articolo 38, è quello in cui una disposizione del trattato dà impulso al diffondersi di una prassi in seguito accettata come diritto e quindi tale da generare, nel tempo, una consuetudine[2179]. Siamo dunque in un'ipotesi in cui il parallelismo tra norma convenzionale e consuetudinaria si produce a distanza di tempo dalla conclusione del trattato, e il trattato non poteva essere espressamente 'di codificazione'. L'effetto ostativo di tale trattato sarebbe dunque minore: né la sua lettera, né i suoi lavori preparatori, potrebbero ostacolare l'allontanamento della prassi che il trattato ha generato, con il tempo, da quella inizialmente articolata convenzionalmente. Potrebbe dunque più facilmente verificarsi l'ipotesi che la consuetudine si modifichi, e quindi modifichi a sua volta il trattato, o ne influenzi l'interpretazione[2180].

Le considerazioni fatte variano chiaramente in base alle circostanze, in particolare il numero di parti del trattato e al tipo di consuetudine (generale o particolare) cui si faccia riferimento; è chiaro infatti che è perfettamente possibile per gli Stati intraprendere una nuova prassi che produca, almeno inizialmente, una consuetudine particolare, piuttosto che generale, a quel punto venendo ad

[2176] L'effetto dissuasivo è chiaramente maggiore se il trattato riconosce di codificare una consuetudine, come per i trattati codificazione in senso proprio (vedi sopra nel testo); è tuttavia difficile trovare una simile dichiarazione in un trattato che *cristallizzi* una consuetudine.

[2177] Diversamente che nella codificazione in senso proprio, in sostanza, un trattato di 'cristallizzazione' potrebbe valere a scoraggiare gli Stati dall'adottare una condotta diversa non tanto in ragione della sua lettera, quanto in forza del fatto che la consuetudine si è appena consolidata, durante i lavori preparatori. Anche in dottrina si è sottolineato che la negoziazione di trattati multilaterali è tale da facilitare, rispetto al passato, l'accertamento (del momento formativo) di una consuetudine: vedi in proposito Stein, "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law", Harvard International Law Journal, Vol. 26 (1985), p. 457, a p. 465; Charney, "Universal International Law", American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p. 529, a p. 547.

[2178] Ipotesi che la dottrina in massima parte esclude: vedi sopra al punto III.2.2.

[2179] Ipotesi invece espressamente riconosciuta dall'articolo 38 VCLT, che, come sottolineano Scott & Carr ("Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 25 (1996), p. 71, a p. 80), parla di 'rule set forth in a treaty from *becoming* binding upon a third State as a customary rule' (alludendo pertanto ad un *processo* che si avvii in seguito alla conclusione del trattato).

[2180] Per quanto ciò non significhi che l'effetto ostativo sia del tutto nullo, la norma scritta potendo certamente dissuadere gli Stati dal tenere una condotta difforme, soprattutto in prossimità della conclusione del trattato.

esistenza una 'terza' norma che deroga a quella originaria[2181]. Un altro fattore condizionante è certamente il tempo: è chiaro che la forza di 'attrazione' della norma scritta nel trattato di codificazione, che impedirebbe l'affermarsi di una prassi difforme, va in ogni caso diminuendo all'aumentare della distanza dalla data di entrata in vigore del trattato stesso[2182]. Per ricollegarsi alla sezione precedente, infine, occorre sottolineare che una prassi che modifichi una consuetudine corrispondente ad una norma convenzionale, determinando così una modificazione anche di quest'ultima, dovrebbe considerarsi di fatto una prassi nell'applicazione del trattato stesso, per cui essere anzitutto rilevante per l'interpretazione del trattato ex articolo 32 della Convenzione di Vienna[2183]. In presenza di accordo, certamente, tale prassi potrebbe anche rilevare come mezzo autentico d'interpretazione ex articolo 31.3.b), o addirittura, a seconda del contenuto dell'accordo, modificare informalmente il trattato. Tali ipotesi sono esplicitate nella parte che segue.

2.2.2. 'Sviluppo progressivo': la prassi che modifica la norma codificata

Con le modalità appene descritte, dunque, la presenza di un trattato di codificazione potrebbe limitare lo sviluppo ('progressivo') del diritto internazionale generale, ossia consuetudinario, ma non si potrebbe escludere che l'evolersi della prassi degli Stati, in ogni caso, potrebbe generare una difformità, prima inesistente, tra il diritto convenzionale e quello consuetudinario[2184]. A partire da una situazione di iniziale (o anche successiva) coincidenza, o sovrapposizione, tra le due fonti, si assisterebbe ad uno 'sviluppo progressivo'[2185]. La prassi potrebbe cioè intervenire a modificare una delle due norme, ed occorre verificare a quali condizioni e con quali conseguenze: si è già ipotizzato che la norma consuetudinaria possa essere più facilmente modificata dalla prassi, rispetto

[2181] 'Terza' rispetto a quella codificata, che rimarrebbe valida e coincidente nelle sue 'versioni' convenzionale e consuetudinaria.

[2182] Potendo anzi gli Stati giustificare una prassi difforme, quindi in grado di modificare la consuetudine, sulla scorta di un'asserita sopraggiunta inadeguatezza della norma codificata. L'età di di alcuni risalenti trattati era per altro uno dei motivi indicati da Nolte nel proporre alla Commissione di indagare 'Treaties over time', nel 2008: 'As certain important multilateral treaties reach a certain age, they [problems in the evolution of treaties over time] are even more likely to arise in the future.' (A/63/10, Annex A, par. 6).

[2183] Vedi sopra al punto III.2.1, relativo a quale pressi rileva.

[2184] Vedi il tal senso Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, che individua anzitutto l'esempio del diritto internazionale umanitario, che si sarebbe evoluto oltre i termini delle Convenzioni di Ginevra e i suoi Protocolli (in particolare riguardo i conflitti armati non internazionali); in particolare ai mercenari viene talvolta concessa la qualifica di 'prigionieri di guerra' nonostante la lettera dell'articolo 47 del Primo protocollo. Un altro esempio sarebbe quello del trattato sulla luna del 1979, oggetto di scarse ratifiche, e suscettibile pertanto di essere superato dall'effettiva prassi del futuro sfruttamento lunare. Un altro esempio sarebbe dato dall'Accordo del 1994 sulla Parte XI di UNCLOS, relativa allo sfruttamento dei fondali marini: l'Accordo costituirebbe articolazione della prassi effettiva degli Stati, molti dei quali (in particolare gli Stati Uniti) rifiutavano il regime descritto da UNCLOS (con particolare riferimento alle modalità di finanziamento collettivo delle operazioni di estrazione).

[2185] Espressione usata in questa sede in un senso non troppo distante da quello desumibile dall'articolo 1.1 dello Statuto della CDI: se là, infatti, lo sviluppo progressivo' si dovrebbe realizzare attraverso la cooperazione tra Commissione e Stati (la prima redigendo progetti di convenzione, i secondi commentandoli), in questo caso tale sviluppo si realizzerebbe per opera degli Stati, che fanno evolvere con la loro prassi successiva un trattato di codificazione.

alla rigidità che normalmente caratterizza un trattato. Si richiamano pertanto le possibili modalità di modifica del trattato per mezzo di una consuetudine, per poi verificare, nel successivo paragrafo, la possibilità di una modifica informale di un trattato di codificazione.

A) Modificazione di un trattato di codificazione attraverso l'evoluzione della consuetudine codificata

Si deve assumere che la prassi degli Stati sia in grado con maggiore facilità di modificare la norma consuetudinaria, piuttosto che l'identica norma convenzionale. È chiaro tuttavia, ed è stato riconosciuto in dottrina, che la modificazione della consuetudine codificata produrrebbe una modifica del trattato[2186]. Nel momento in cui intendano intraprendere una diversa condotta, e quindi provarne la legittimità, gli Stati dovranno tuttavia superare gli ostacoli rappresentati dall'esistenza del trattato di codificazione, e degli eventuali precedenti lavori di codificazione o di conclusione, come poco sopra rilevato[2187]. È stato anche sostenuto che l'esistenza di una consuetudine in un certo ambito rende più ardua una diversa regolamentazione di tale ambito, rispetto ad uno ancora non disciplinato[2188]. In ogni caso, ipotizzando che la consuetudine si modifichi, tale mutamento si ripercuoterebbe sull'identica norma pattizia con modalità differenti: assumendo che la consuetudine codificata sia generale, occorrere distinguere in base alla portata del trattato di codificazione e quindi quali Stati intraprendono quale condotta. È anche possibile pensare all'interazione con il diritto consuetudinario particolare, e al possibile effetto della nuova consuetudine sull'interpretazione del trattato.

Difficilmente un trattato di codificazione è bilaterale, mentre è ben possibile immaginare un trattato multilaterale di codificazione ratificato da un numero di Stati non particolarmente ampio: in tal caso, sarebbe possibile pensare ad un generalizzato mutamento della prassi presso gli Stati terzi

[2186] Vedi ad esempio Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717, a p. 720; Czaplinski, "Sources of International Law in the Nicaragua Case", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 1 (1989), p. 151, a p. 163 (tuttavia negando a p. 165 che vi possa essere una vera coincidenza normativa tra consuetudine e trattato); Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993 (evidenziando a p. 99 come una codificazione non possa essere perfetta perchè il diritto consuetudinario è sempre in evoluzione, e parlando a p. 100 di norme 'intermedie', nel caso di trattati di codificazione o anche consuetudini generate da trattati); Guzman & Meyer, "Customary International Law in the 21st Century", in R. A. Miller & R. M. Bratspies, Progress in International Law, Martinus Nijhoff, 2008, p. 199, a p. 212 (sottolineando come non sarebbe necessaria una modifica formale proprio perchè la convenzione codifica il diritto consuetudinario); Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, a p. 98.

[2187] Al punto III.2.2.1.

[2188] Vedi in tal senso Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 19; Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 45; Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 65; Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014, a p. 12.

rispetto al trattato, che modifichi la consuetudine generale e quindi prevalga sul trattato[2189]. Come già visto in relazione alla modifica di un trattato per mezzo di una consuetudine, per sottrarsi ad essa le parti del trattato potrebbero eccepire la loro obiezione persistente (se non in numero tale da impedire la sufficiente generalità della prassi), o il valore di consuetudine particolare della norma tra loro vigente[2190]. La consuetudine modificata si applicherebbe altrimenti anche ad esse, modificando il trattato di codificazione, o estinguendolo.

Se il trattato è (quasi) universale, come talvolta avviene per un trattato di codificazione[2191], l'ostacolo alla generazione di una nuova prassi sufficientemente generale e uniforme è certamente maggiore: la (gran parte della) comunità internazionale sarebbe infatti vincolata sia convenzionalmente che per consuetudine[2192]. Come è stato rilevato in dottrina, la difficoltà in un simile caso di coincidenza tra due fonti del diritto internazionale, starebbe proprio nel distinguere le prassi intrapresa in forza del vincolo convenzionale, da quella sostenuta da una (diversa) *opinio juris*[2193]. Occorre in sostanza verificare la posizione del singolo Stato, e valutare le condizioni sopra descritte con riguardo alla modifica del trattato per mezzo di una consuetudine: partecipazione alla nuova prassi in forza di una convinzione di giuridicità, o acquiescenza[2194]. L'elemento distintivo sarebbe in sostanza quello psicologico, dal momento che la prassi in sè non potrebbe altrimenti distinguersi[2195]: la presente analisi si poggia del resto sulla considerazione che prassi 'rilevante' per modificare la consuetudine codificata è anche 'nell'applicazione del trattato' di codificazione, dunque 'prassi successiva' ai fini dell'interpretazione *ex* articolo 32 della Convenzione di Vienna[2196].

[2189] Circa il confine tra 'modificazione' e 'prevalenza' vedi tuttavia Thirlway ("The Sources of International Law", in M. D. Evans, International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95, a p. 114), che afferma che di 'modifica' del trattato di codificazione si potrebbe parlare soltanto quando alla nuova prassi partecipino anche gli Stati contraenti; solo lo *jus cogens* avrebbe 'prevalenza' sui trattati precedenti (non lo *jus dispositivum*), ma in definitiva riconoscendo che la questione rimane 'unsettled'.

[2190] Vedi sopra al punto III.1.2.2, e in dottrina Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, a p. 83.

[2191] Vedi l'analisi di Sinclair ("The Impact of the Unratified Codification Convention", in A. Bos, H. Siblesz, Realism in Law-Making: Essays on International Law In Honour of Willem Riphagen, Martinus Nijhoff, 1986, p. 211) circa le convenzioni di codificazione che possano qualificarsi come 'successful' o meno.

[2192] Benchè chiaramente gli Stati, in quanto enti sovrani, possano chiaramente creare nuovo diritto violando precedenti vincoli (purchè non cogenti); vedi alla nota 2092 per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali che riconoscono tale circostanza.

[2193] Vedi, in generale, la nota 2126 e, in particolare circa l'impossibilità di distinguere tra 'prassi successiva' e prassi come elemento materiale della consuetudine che nasca dal trattato, la nota 2153.

[2194] Si dovrebbe cioè valutare l'acquiescenza, se non la diretta partecipazione, dello Stato ad una condotta che costituisca, originariamente, una violazione del trattato; in questo caso, si noti, essendo il trattato universale, l'impulso alla nuova prassi proverrebbe dall'interno della cerchia degli Stati contraenti.

[2195] Sull'impossibilità di distinguere sulla base della sola prassi quella motivata dal vincolo convenzionale e quella invece dall'*opinio juris*, si vedano le note 2126 e 2153, già richiamate alla precedente nota 2193.

[2196] Vedi sopra al punto III.2.1.3.

Il problema, chiaramente, non esiste per gli Stati che sono terzi rispetto al trattato, la cui prassi rileva certamente soltanto per l'ambito consuetudinario[2197]. Nel caso di un diffuso trattato di codificazione, tali Stati terzi potrebbero formare tra loro soltanto una consuetudine particolare (quando non fosse possibile dimostrare la partecipazione o l'acquiescenza alla nuova prassi anche degli Stati parte del trattato di codificazione). Tuttavia, nel caso di un trattato di codificazione scarsamente diffuso, è possibile che, nel caso gli Stati terzi intraprendano una diversa prassi, la norma codificata debba essere 'declassata' a consuetudine particolare[2198]. La natura 'generale' o 'particolare' della consuetudine dipende dunque dalla partecipazione e dell'accettazione della prassi, oltre che dalla diffusione del trattato di codificazione; è tuttavia necessario effettuare la distinzione, pur con cautela, dal momento che sono diverse le conseguenze sul piano dell'accertamento tra le due categorie[2199]. Un'altra ipotesi per cui potrebbe venire in essere una nuova consuetudine particolare è quella, già a suo tempo rilevata, per cui alcuni Stati parte del trattato modifichino la loro prassi *inter se*, producendo una nuova norma consuetudinaria. Trattandosi qui di un trattato di codificazione, tale consuetudine derogherà sia a quella generale, che all'identica disposizione convenzionale; si rimanda alla relativa parte per un'analisi dei requisiti ipotizzabili[2200].

Tutto dipenderebbe in definitiva dalla volontà degli Stati agenti, dunque si potrebbe ipotizzare che, pragmaticamente, per evitare una complessa indagine dell'elemento psicologico, e quindi per esigenze di certezza del diritto, una modifica della norma codificata sarebbe con tutta probabilità effettuata dagli Stati agendo formalmente sul piano convenzionale, concludendo un nuovo trattato o modificando quello esistente attraverso una procedura formale. Il che non esclude che ciò possa avvenire anche a seguito di una modifica per mezzo di una consuetudine, al fine di consolidarla nel trattato di codificazione. Per anticipare quanto si dirà nel successivo paragrafo, il problema si complica, ma rimane sostanzialmente collocato sul piano dell'elemento psicologico, quando si

[2197] Come evidenziato ad esempio da Schachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717, a p. 729; Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, a p. 83.

[2198] Vedi in tal senso Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119, a p. 147 (indicando come un trattato di codificazione potrebbe portare ad una abrogazione della consuetudine generale o ad un suo declassamento a consuetudine particolare).

[2199] Dovendosi per una consuetudine particolare provare l'accettazione da parte dei singoli Stati, laddove per una consuetudine generale vale il principio 'iura novit curia', dunque una volta provata l'esistenza della norma essa è certamente vincolante per tutti gli Stati (salva l'obiezione persistente o, appunto, deroghe particolari debitamente dimostrate); vedi più estesamente il Capitolo I, al punto I.3.14, e la nota 2120.

[2200] Vedi sopra al punto III.1.2.2.

consideri l'ipotesi di una modifica informale di un trattato di codificazione: essa, si ricorderà, dovrebbe difatti essere sostenuta dall'accordo di tutti gli Stati contraenti[2201].

Prima di analizzare tale ipotesi occorre ricordarne un'altra, cui s'è accennato, benchè essa abbia un'importanza soltanto secondaria, quando si ammetta che la nuova consuetudine 'modifica' anche il trattato di codificazione. Si tratta del rilievo esclusivamente interpretativo della nuova consuetudine in forza dell'articolo 31.1.c) delle Convenzione di Vienna: esso attribuisce valore interpretativo alle 'regole applicabili alle parti', il che chiaramente comprende il diritto consuetudinario (generale o particolare)[2202]. Come già ribadito, la prassi che genera la diversa consuetudine è certamente da qualificarsi come prassi successiva nell'applicazione del trattato, poichè si parte in ipotesi da una situzione di coincidenza tra norma convenzionale e consuetudinaria[2203]. Occorre dunque distinguere due momenti, nel processo interpretativo: quello in cui si valuti tale prassi in sè come mezzo d'interpretazione ex articolo 32 della Convenzione di Vienna, pertanto soltanto sussidiariamente[2204], e quello in cui tale prassi sia divenuta consuetudine, dunque interpretativamente rilevante a titolo primario, *ex* articolo 31.3.c) della Convenzione medesima[2205]. Tale ipotesi è del resto quella che certa parte della dottrina riconosce come l'ipotesi normale di interpretazione evolutiva, data cioè dall'evoluzione del contesto giuridico in cui il trattato opera[2206].

B) Modificazione informale di un trattato di codificazione?

Si è assunto che il mutare di una prassi implementativa di una norma, dal valore tanto convenzionale che consuetudinario, determini la modificazione della consuetudine piuttosto che del trattato. Bisogna chiarire che ciò discende non solo dalla considerazione dei rigidi limiti che regolano la modifica informale delle disposizioni convenzionali, ma anche dal fatto che, in presenza

[2201] Almeno nella prospettiva assunta nel presente elaborato, alla luce dell'articolo 38 del Progetto del 1966 di convenzione sul diritto dei trattati: vedi al punto III.1.2.

[2202] Circa la portata dell'articolo 31.3.c) VCLT, che ormai si ritiene comprenda certamente anche norme *convenzionali* oltre che consuetudinarie, vedi ad esempio Gardiner, "The Vienna Convention rules on treaty interpretation", in D. B. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, OUP, 2012, p. 475, a p. 486.

[2203] Vedi sopra al punto III.2.1.3.

[2204] Salva chiaramente la possibilità che tale prassi integri un'interpretazione autentica *ex* 31.3.b) VCLT al ricorrere del requisito dell'accordo unanime; vedi il Capitolo I, al punto II.2.2.

[2205] Dovendosi sottolineare che, a rigori, la Commissione aveva qualificato *tutti* i mezzi ricompresi nella regola generale di cui all'articolo 31 VCLT come 'mezzi autentici d'interpretazione': vedi Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 220 (commento all'allora articolo 27): 'the Commission was of the opinion that the distinction made in articles *27 and 28 between authentic and supplementary* means of interpretation is both justified and desirable.' (corsivo aggiunto).

[2206] L'interpretazione evolutiva è direttamente ancorata all'articolo 31.3.c) VCLT, ad esempio, da Gardiner, "The Vienna Convention rules on treaty interpretation", in D. B. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, OUP, 2012, p. 475, a p. 499. Altra dottrina, come visto (nota 2011), estende tale possibilità ad altri articoli: vedi in particolare Arato ("Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 9 (2010), p. 443, a p. 467), che sottolinea come non solo l'evoluzione dell'ambito giuridico, ma anche quello *fattuale*, può portare ad un'interpretazione evolutiva: in tal caso essa dovrebbe collegarsi al primo paragrafo dell'articolo 31, riferito alla buona fede.

di una norma consuetudinaria di eguale contenuto, esiste già una via informale per la modifica normativa che non incontra tali ostacoli: appunto, il diritto consuetudinario[2207]. Si è visto come sia possibile riconoscere una modifica del trattato attraverso una procedura formale, in particolare un successivo trattato, oppure informalmente, con l'accordo unanime delle parti contraenti, oppure ancora attraverso una consuetudine[2208]. In particolare la modifica informale è stata sopra riconosciuta, dal momento che le parti di un trattato ne sono padrone, e nulla, almeno in astratto, impedirebbe loro di sostituire il consenso iniziale con un nuovo accordo unanime finalizzato a modificare il modo in cui le disposizioni del trattato sono implementate, quand'anche tale accordo risulti implicitamente da atti che implementino il trattato in maniera difforme rispetto al quadro delle interpretazioni possibili[2209].

È chiaro tuttavia che quando un trattato codifica una norma consuetudinaria generale gli Stati parte non potrebbero considerarsi del tutto 'padroni' della stessa. Si ricordi che la modifica informale è stata di per sè relegata ad extrema ratio, nel caso non esista la possibilità di qualificare come 'interpretazione', pur estensiva ed eventualmente evolutiva, una divergenza tra il trattato e la sua applicazione[2210]. Nel caso qui in parola, lo 'sdoppiamento' della norma sul piano convenzionale e consuetudinario determinerebbe una sorta di (ulteriore) resistenza al riconoscimento di una modifica informale. Sarebbe di fatto impossibile provare che tutti gli Stati parte di un trattato di codificazione universale intraprendano o accettino una prassi difforme che esprima un accordo finalizzato a modificare il trattato, in presenza dell'*opinio juris* che sostiene la norma codificata. Assumendo la possibilità di un simile accordo universale, esso significherebbe in realtà il modificarsi dell'*opinio juris* suddetta[2211], e la prassi che lo realizza dovrebbe più semplicemente riconoscersi quale elemento materiale di una diversa consuetudine[2212]: si tratterebbe cioè di una modifica della norma consuetudinaria, piuttosto che di quella che si è definita 'modifica informale' del trattato. Si tratterebbe in realtà della normale evoluzione della consuetudine codificata: si potrebbe anche dire che la 'modifica informale' di un trattato di codificazione coincide di fatto con la modifica per consuetudine[2213]. O ancora, detto altrimenti, le vicende della norma nella sua prassi

[2207] Per quanto certamente per riconoscere una consuetudine occorrano altri requisiti specifici.
[2208] Si tratta delle tre modalità di modifica riconosciute anche dalla Commissione nel Progetto del 1964 sul diritto dei trattati: vedi sopra al punto III.1.2.1.
[2209] *Ibidem*; circa la collocazione del confine tra modificazione e interpretazione con riferimento al 'raggio' dei significati resi possibili dall'utilizzo dei mezzi interpretativi di cui alla Covenzione di Vienna, vedi al punto III.1.3.
[2210] Di nuovo al punto III.1.2.1.
[2211] Come si ribadirà anche poco oltre nel testo, il consenso costituisce una forma di 'accettazione come diritto'; si veda più estesamente la dottrina richiamata alla nota 2114.
[2212] Dal momento che la prassi implementa una norma sia convenzionale che consuetudinaria, non sarebbe possibile operare distinzioni; vedi sopra al punto III.2.1.3.
[2213] La coincidenza della norma convenzionale con quella consuetudinaria determinerebbe in sostanza la coincidenza del metodo di modifica informale con quello per mezzo di una consuetudine.

applicativa, dal momento che essa già esiste sul piano consuetudinario, rimangono assorbite all'interno di quest'ultimo[2214].

D'altra parte, nel caso di un trattato di codificazione non universale, si potrebbe riconoscere che le parti si accordino tacitamente per modificare tra di loro la norma codificata attraverso una prassi difforme. Anche nel caso di un trattato di codificazione universale, del resto, potrebbe immaginarsi una simile iniziativa da parte di alcuni degli Stati parte[2215]. Tuttavia, in entrambi i casi, si dovrebbe parlare di una deroga della norma codificata, piuttosto che di una modifica informale del trattato: salvo che si tratti di jus cogens, infatti, rimane certamente possibile agli Stati derogare ad una consuetudine di jus dispositivum[2216]. Una simile deroga potrebbe essere facilmente realizzata dagli Stati, anche per esigenze di certezza, attraverso un processo formale, quale un successivo trattato. Qualora, nondimeno, ci si trovi di fronte ad una prassi derogatoria, è più agevole pensare, come nel caso sopra evidenziato, che si tratti in realtà dell'elemento materiale di una consuetudine particolare, piuttosto che di una 'modifica informale'[2217]. Dal punto di vista dell'elemento psicologico di tale consuetudine, poi, si è già sottolineato come una consuetudine particolare possa, secondo alcuni, somigliare ad un accordo tacito, esattamente come quello che dovrebbe sostenere una modifica informale[2218].

Le fattispece considerate, in definitiva, rimangono difficili da inquadrare quali 'modifica informale': la coincidenza tra norma convenzionale e consuetudinaria rende sostanzialmente indistinto il confine tra modifica informale e modifica per consuetudine. Nel caso di un normale trattato si era ipotizzato che se tutti gli Stati parte agiscono in un modo con esso incompatibile, o prestano la propria acquiescenza ad una simile condotta da parte di altri Stati, è necessario ritenere che il trattato sia già modificato informalmente, prima che una consuetudine si affermi. Per provare una consuetudine modificativa occorreva la prova di uno spostamento 'qualitativo' dell'elemento psicologico, da consenso unanime a modificare il trattato ad *opinio juris*[2219]. Quando invece la consuetudine già esiste, come in questo caso, si deve assumere che l'intenzione degli Stati sia quella di modificarla direttamente, o derogarvi, piuttosto che, in sè, modificare il trattato che la

[2214] Il trattato dovrebbe insomma riconoscersi come modificato dalla diversa consuetudine sopravvenuta, ricadendo nell'ipotesi trattata nel paragrafo precedente.
[2215] Ossia una modifica *inter se* del trattato di codificazione, nei termini in cui la si è descritta al punto III.1.2.2.
[2216] Si deve immaginare dunque che la norma codificata rimanga in vigore, almeno finchè, eventualmente, la prassi degli Stati in deroga non si diffonda al punto da determinarne una modifica.
[2217] In quanto tale capace di derogare alla consuetudine generale codificata (nei richiamati limiti dello *jus dispositivum*); di nuovo, la prassi spiega i suoi effetti sul diritto consuetudinario, piuttosto che su quello convenzionale, in ragione della coincidenza normativa data dal trattato di codificazione (punto III.2.1.3).
[2218] Vedi in particolare la dottrina richiamata alla nota 2082.
[2219] Vedi sopra al punto III.1.2.2.

codifica[2220]. Quand'anche si riuscisse a provare un accordo unanime, elemento fondamentale della modifica informale, esso dovrebbe intendersi piuttosto come elemento psicologico della consuetudine: si ricordi quella dottrina che evidenzia come il consenso sia in ogni caso condizione sufficiente ad integrare l'*opinio juris*, soprattutto nel suo momento formativo[2221]. Come già evidenziato, invece, l'effetto di una deroga potrebbe essere più chiaramente raggiunto attraverso la conclusione di un successivo trattato (ossia un accordo formale esplicito). Si aggiunga che tale trattato potrebbe anche portare ad un'effettiva modifica della consuetudine generale codificata, quando gli Stati terzi, con il tempo, riproducano la nuova condotta[2222].

2.2.3. Osservazioni conclusive

Occorre infine indicare quali conseguenze possano immaginarsi in ragione dei procedimenti di modifica fin qui ipotizzati. La dottrina segnala talvolta come la coesistenza della stessa norma nel diritto convenzionale e in quello consuetudinario determini diversi effetti soprattutto sul piano della sua interpretazione e applicazione[2223]. Meno frequentemente si sottolineano i complessi rapporti che possano generarsi tra norme convenzionali e consuetudinarie, in funzione di quali disposizioni convenzionali siano effettivamente modificate, e quale sia, pertanto, il residuo valore delle rimanenti. Ciò ha rilievo soprattutto dal punto di vista delle procedure di controllo che il trattato dovesse predisporre per la sua violazione, magari affidandole ad enti appositamente creati[2224]. Senza pretesa di offrire un quadro completo, si dovrebbe distinguere in definitiva tra modifiche che intervengano sul contenuto sostanziale del trattato, e modifiche sul piano procedurale.

Nel primo caso la modifica (informale o consuetudinaria) farebbe salve le procedure che il trattato dovesse prescrivere per la sua implementazione e interpretazione; si dovrebbe tuttavia verificare se un eventuale ente di controllo (giudiziale o meno) rimanga competente a giudicare del trattato, pur modificato nella sostanza, in funzione dell'accordo tacito o della consuetudine che ne ha sostituito il

[2220] Come afferma Sohn ("Sources of International Law", Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 25 (1995-1996), p. 399, a p. 403), pur con riferimento all'efficiacia dei trattati di codificazione e l'ardua distinzione con lo sviluppo progressivo: 'States do not like to waste time'.
[2221] Vedi le note 2114 e 2118.
[2222] Per effetto dell'impulso determinato dal trattato rispetto alla prassi, come evidenziato anche dalla Commissione; vedi al punto I.2.1.
[2223] Vedi ad esempio Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 6; Scachter, "Entangled Treaty and Custom", in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717, a p. 720; Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", The American Journal of International Law, Vol. 90 (1996), p. 238, a p. 246; Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, a p. 95.
[2224] Si ricordi la posizione di Engel, secondo cui la modifica informale della Carta di San Francesco sarebbe di fatto resa possibile proprio dall'assenza di meccanisimi effettivi di *judicial* o *political review*, nel senso che l'illiceità di un certo esercizio dei poteri dell'organizzazione non potrebbe accertarsi con sicurezza laddove ogni organo è competente ad intepretare il trattato istitututivo nei limiti della propria competenza (vedi Engel, "The Changing Charter of the United Nations", in George W. Keeton & Georg Schwarzenberger, The Yearbook of World Affairs, 1953, p. 71, da p. 96).

contenuto[2225]. Tutto dipende chiaramente dalla fonte della modifica: nel caso di una modifica informale è possibile argomentare nel senso che la fonte del nuovo obbligo è l'accordo tacito e non più il trattato, con la consguenza che un organo di controllo potrebbe dover declinare la popria competenza. Nel caso di una modifica per consuetudine, invece, dovrebbe ritenersi che l'ente sia comunque tenuto ad applicare la norma, in quanto essa farebbe parte del diritto generale; si tratterebbe per altro di un caso in cui potrebbe ritenersi risolto il problema, notoriamente di difficile soluzione, dell'individuazione del momento formativo della consuetudine: esso è certamente posteriore al trattato, dunque la consuetudine prevarrebbe[2226]. Si aggiunga poi che l'indagine operata dall'eventuale ente decisore circa l'avvenuta modifica costituirà il fondamentale riconoscimento autoritativo dell'effettivo verificarsi dei processi di cui s'è finora parlato, per quanto spesso tali pronunce non abbiano valore vincolante (almeno al di fuori del caso specifico)[2227].

Dall'altra parte, benchè soprattutto nel caso di un trattato di codificazione siano le norme sostanziali a corrispondere ad una consuetudine, sono quelle procedurali ad essere più spesso riconosciute come oggetto di processi di modifica, al limite anche informale[2228]. Che l'assetto procedurale sia maggiormente suscettibile di modifica, anzi, si ricaverebbe delle poche modifiche informali finora 'riconosciute' dalla Corte Internazionale di Giustizia, riferite agli articoli 12 e 27 della Carta di San Francisco[2229]. La ragione potrebbe imputarsi alla maggiore facilità con cui in simili casi sarebbe raggiungibile un accordo unanime come quello richiesto per la modifica informale, piuttosto che quando si tratti di una norma sostanziale del trattato (norma che nel caso di un trattato di codificazione avrebbe anche valore consuetudinario[2230]). Benchè si sia sottolineato come difficilmente possa riconoscersi il passaggio di simili disposizioni convenzionali nel diritto consuetudinario, ad esempio quelle che istituiscono (gli organi di) un'organizzazione[2231], si tende

[2225] La questione è accennata anche da Nolte in relazione alla modifica informale; vedi sopra al punto II.2.1.5, dove il riferimento è ad un criterio casistico.
[2226] Nel senso che la formazione di consuetudini a partire dal trattato facilita l'individuazione del momento formativo della consuetudine, vedi la dottrina richiamata alla nota 2177.
[2227] Si fa riferimento tanto alla 'giurisprudenza', in senso lato, di organi di controllo sul trattato (vedi in tal senso anche Nolte in occasione della trattazione dell'attività di tali enti, Capitolo II, punto II.4), quanto all'attività propriamente giudiziale di corti eventualmente istituite dal trattato, la cui efficiacia, tuttavia, è tipicamente limitata al caso deciso; vedi ad esempio l'articolo 59 dello Statuto della CIG.
[2228] Vedi in tal senso Aust, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge, 2007, a p. 214; Liang, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", Nordic Journal of International Law, Vol. 81 (2012), p. 1, a p. 9;
[2229] Benchè la CIG, in due pareri, si sia guardata dal riconoscere espressamente una consuetudine modificativa, come ricordato sopra: vedi le note 2043, 2044 e il testo relativo, al punto III.1.2.1.
[2230] Si sono sottolineati gli ostacoli che dovrebbero rallentare il perfezionarsi un simile accordo modificativo, o meglio uno spostamento nell'*opinio juris*, tale da modificare informalmente la disposizione convenzionale, quando essa abbia anche natura consuetudinaria (soprattuto nel caso di un trattato di codificazione in senso proprio, o di cristallizzazione; vedi sopra al punto III.2.2.1).
[2231] Come affermato dalla CIG nel caso della Piattaforma continentale del Mare del Nord (par. 72), per divenire consuetudinaria la disposizione convenzionale dovrebbe essere 'of a fundamentally norm-creating character', il che viene interpretato dalla gran parte della dottrina nel senso di escludere le disposizioni 'contrattuali', o 'sinallagmatiche'

appunto a riconoscere che proprio queste, pur 'procedurali', vengano ad essere oggetto di modifica informale o per consuetudine[2232].

Alla fine dei conti, trattati multilaterali dalla partecipazione quasi universale cominciano ad essere risalenti, e sarà interessante verificare secondo quali modalità essi saranno effettivamente soggetti alle modifiche rese necessarie dai mutamenti nella realtà internazionale. Potrebbe essere sufficiente un adattamento sul piano interpretativo, oppure essere raggiunto un accordo più o meno formalizzato, fino a potersi riconoscere una consuetudine difforme, magari (almeno inizialmente) di portata particolare. Si tratta di modalità tutte ugualmente valide e dimostrabili, al ricorrere dei rispettivi requisiti, e a disposizione di una corte che dovesse essere chiamata a stabilire il diritto internazionale in vigore. Il giudice dovrà chiaramente tenere presente il rischio di frammentazione del diritto internazionale generale, quando si consideri che norme diverse, magari ricollegabili a trattati precedenti, potrebbero essere sostenute dalla prassi di gruppi di Stati differenti, ed aver raggiunto una diversa portata. Forse è per questo che la Commissione si limita ad affermare che andrebbe preferita la soluzione interpretativa, quando ci si trovi di fronte di una questione di 'modificazione' nella prassi implementativa del contenuto di un trattato, sia esso di codificazione o di altro tipo[2233].

(come appunto quelle che istituiscono e regolano organi): vedi ad esempio Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 7; Jia, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81, a p. 92). Nel senso invece che ogni disposizione è 'normativa', vedi ad esempio Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119, a p . 148; Dinstein, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242, a p. 375. Akehurst sottlinea d'altra parte che più suscettibili di divenire consuetudinarie sarebbero le disposizioni più affini ad una consuetudine già esistente ("Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 50).

[2232] Come si è sottolineato, sarebbero proprio i trattati istituitivi di organizzazioni internazionali ad essere più suscettibili di essere modificati informalmente, per altro per mezzo di una prassi, quella degli organi dell'organizzazione, che non è chiaro secondo quali criteri possa essere attribuita agli Stati parte; vedi sopra al punto III.1.2.1 e il Capitolo II, al punto II.3.3.

[2233] Si fa riferimento alla Conclusione 7 del lavoro su accordi e prassi successiva, che stabilisce una presunzione a favore dell'intenzione interpretativa delle parti, in presenza di una prassi applicativa del trattato: 'It is presumed that the parties to a treaty, by an agreement subsequently arrived at or a practice in the application of the treaty, intend to interpret the treaty, not to amend or to modify it.' (A/CN.4/L.874, p. 3).

CONCLUSIONI

Dall'analisi fin qui operata emerge un quadro composito, per cui sembrerebbe possibile affermare che la prassi può manifestarsi in diversi modi, tra i quali spicca quello individuato dalla Convenzione di Vienna all'articolo 31.3.b), dal momento che esso sembra replicare l'impianto normativo del diritto internazionale consuetudinario applicandolo all'interpretazione dei trattati. Come è noto, esistono condotte che gli Stati intraprendono essendo consapevoli della loro inefficacia sul piano normativo e del fatto che esse corrispondono solamente a forme di cortesia internazionale. Altre condotte, al contrario, vengono accompagnate da un elemento psicologico, necessario a determinarne la normatività in quanto diritto consuetudinario, benchè si possa discutere della natura di tale elemento: si va dalla necessità di una volontà normativa, come contrapposta alla possibile spontaneità della normazione[2234], fino ad ipotizzare uno spazio per il consenso, contrapposto ad una convinzione di giuridicità. La prassi successiva come strumento d'interpretazione autentica sembra operare secondo un simile 'schema'[2235], per cui per assumere valore normativo è necessario che si accompagni ad un elemento psicologico, rappresentato, per espressa previsione della Convenzione di Vienna, dall'*accordo* informale degli Stati contraenti.

[2234] Si discute in dottrina della natura spontanea o deliberata della consuetudine; 'spontaneisti', dopo Kelsen, furono in particolare alcuni autori italiani della metà del secolo scorso, su tutti Ago, Barile e Giuliano: vedi in proposito Arangio-Ruiz, "Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom", in N. Angelet, Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant, 2007, p. 93 (che a p. 96 individua in tale approccio una risposta al volontarismo, e nega che davvero si possa dire che le consuetudini vengano prodotte spontaneamente); Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005 (che a p. 119 accoglie l'approccio spontaneista). Recentemente, tale posizione è stata condivisa da Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 14; Reisman, "The Cult of Custom in the Late 20th Century", California Western International Law Journal, Vol. 17 (1987), p. 133 (che a p. 133 indica che spesso gli Stati non sono consapevoli);Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1, a p. 4; Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177, a p. 179; Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119 (indicando a p. 120 che le consuetudini sono 'norms which are moulded together by complex modular forces', piuttosto che basarsi sulla volontà degli Stati); Sottolineano al contrario la natura consapevole della consuetudine, ad esempio, Stein, "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law", Harvard International Law Journal, Vol. 26 (1985), p. 457 (indicando a p. 464 che nel passaggio da un processo induttivo a partire da fatti ambigui ad un processo deduttivo da testi ambigui, si è giunti ad un tipo di normazione non più spontanea ma consapevole); Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9 (sottolineando a p. 14 che gli Stati sono consapevoli delle conseguenze giuridiche dei loro atti); Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161, a p. 164; Kammerhofer, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, Vol. 15 (2004), p. 523 (assumendo a p. 532 una posizione consensualista); Reisman, "The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application", in R. Wolfrum & V. Röben, Developments of International Law in Treaty Making, Springer, 2005, p. 15 (dove l'opinione è quella, in sede di commento, di Abi Saab, che a p. 35 afferma che il moderno processo consuetudinario produce in realtà 'not natural, but cultured legal pearls', ossia un 'induced custom', non spontaneo come in passato).

[2235] Un '*consensual* framework', secondo Boisson de Chazournes, "Subsequent Practice, Practices, and 'Family-Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 53, a p. 53 (corsivo aggiunto).

Tale aspetto è stato evidenziato nel primo Capitolo, dedicato alla dimensione oggettiva della prassi, ossia i suoi caratteri 'oggettivi', o materiali: in tale prospettiva, l'accordo unanime costituirebbe l'aspetto di maggiore distinzione della prassi come elemento della consuetudine e come mezzo d'interpretazione dei trattati[2236]. Si è individuata tuttavia la possibilità di riconoscere tale consenso come elemento psicologico della condotta, piuttosto che come requisito della prassi in sè, individuando un possibile parallelismo con il modello dualistico normalmente utilizzato per descrivere la consuetudine come fonte del diritto internazionale[2237]. Nell'esaminare i caratteri della prassi, poi, è emerso un quadro disomogeneo: se, da una parte, in entrambe le declinazioni della prassi non è possibile dare elenchi esaustivi[2238], ma è doveroso tenere conto della prassi verbale[2239] e potenzialmente anche dell'inerzia[2240], dall'altra parte la generalità della prassi *successiva* necessita di essere rapportata anche al requisito dell'unanimità dell'accordo sull'interpretazione[2241]. È poi possibile notare come la frequenza e l'uniformità della prassi vengano sostanzialmente ridimensionate in entrambe le declinazioni[2242], ed emerge inoltre la possibilità di fare ulteriori raffronti circa le conseguenze di un ridotto numero di Stati partecipanti ad essa[2243], simili problemi di reperimento[2244] e particolarità in diversi ambiti sostanziali[2245]. Alla luce del confronto, si è proposto di individuare la prassi successiva come mezzo d'interpretazione autentica nell'intersezione dell'insieme descritto dalla prassi in generale, da una parte, con quello popolato dai possibili accordi conclusi dallo Stato, dall'altra[2246]. In assenza di accordo, la prassi successiva

[2236] Capitolo I, punto III.2.2.
[2237] *Ibidem*; sia che si voglia riconoscere nell'accordo un connotato materiale della prassi successiva o un elemento 'psicologico' ad essa legato, la questione rimane di competenza del Capitolo I, dedicato ai requisiti 'oggettivi' della prassi (dove il termine oggettivo è usato in maniera estensiva, in opposizione all'uso del termine 'soggettivo' per indicare i possibili autori della prassi nel Capitolo II). La nota difficoltà di distinguere tra loro prassi (elemento materiale) e *opinio juris* (elemento psicologico) sembra riflettersi anche in questa sede.
[2238] Capitolo I, punto III.1.1.
[2239] Capitolo I, punto III.1.2.
[2240] Potendo valere l'inerzia come 'contrappeso' al requisito di generalità della prassi, quando riveli l'acquiescenza degli Stati che non partecipano attivamente alla condotta (tanto che la Commissione analizza l'inerzia specificamente quale forma di *opinio juris*, piuttosto che come prassi 'negativa': vedi il Capitolo I, al punto III.1.4).
[2241] Capitolo I, punto III.1.5, sottolineandosi che la necessità di un accordo unanime determinerebbe l'innalzamento della soglia probatoria rispetto alla verifica della generalità della prassi come elemento di consuetudine, paragonabile a quanto avviene nelle consuetudini particolari (da taluni, non per niente, assimilate più ad accordi taciti – vedi anche il Capitolo III al punto III.1.2.2).
[2242] Negando un'interpretazione rigorosa della frequenza e dell'uniformità della prassi ai fini della formazione di una consuetudine, ed espressamente riconoscendone la natura di mera *variabile* (non requisito) del peso interpretativo della prassi successiva; vedi il Capitolo I, al punto III.1.3.
[2243] Capitolo I, punto III.1.6, confrontando la prassi nelle consuetudini particolari con la prassi successiva tra alcune parti del trattato (priva di accordo sottostante e dunque rilevante interpretativamente solo a titolo sussidiario).
[2244] Capitolo I, punto III.1.7, dovendosi supporre che la prassi successiva sia forse più facile da reperire quando il trattato crei un contesto istituzionale, come conferenze o organi plenari di un'organizzazione intergovernativa.
[2245] Capitolo I, punto III.1.8, negandosi che ambiti sostanziali diversi determinino diverse modalità di operare del processo consuetudinario, e che, parimenti, trattati di diversa natura determinino una diversa operatività della prassi successiva.
[2246] Capitolo I, punto III.3.

risulterebbe comunque compresa all'interno del primo insieme, appunto poichè in ogni caso modalità di espressione della prassi statale.

Nel secondo Capitolo, dedicato ai soggetti potenzialmente rilevanti, sia nella produzione di 'prassi' che a titolo soltanto probatorio, si è evidenziato come un problema di attribuzione della prassi allo Stato esista in entrambi gli ambiti d'indagine, ma in particolare in quello della prassi successiva esso assuma una connotazione particolare, dovendo tale prassi essere in applicazione del trattato[2247]. Ciò impone di verificare non solo che l'atto sia attribuibile ad un organo statale, per quanto non si possano individuare in astratto criteri utili ad effettuare tale operazione[2248], ma, nel caso della prassi successiva, l'organo dev'essere anche competente ad applicare il trattato, o, altrimenti, la sua interpretazione dev'essere conosciuta e accettata da un organo competente di rango superiore[2249]. L'attività di altri soggetti è stata in massima parte relegata ad una funzione probatoria, benchè chiaramente il caso delle organizzazioni internazionali sia del tutto particolare, potendo l'attività di organi assembleari (in particolare quelli plenari) essere ricondotta agli Stati partecipanti[2250]. In ogni caso, l'accertamento può riguardare *diversi* aspetti della fattispecie: la prassi in sè, la norma consuetudinaria, un certo tipo di interpretazione della disposizione convenzionale, o anche la volontà degli Stati (ossia, in generale, l'elemento psicologico)[2251]. La verifica di che cosa venga provato rimane sostanzialmente anch'essa dipendente dal caso concreto, ossia il contenuto del materiale disponibile e l'uso che l'interprete ne fa. In alternativa, si è anche riconosciuto che la condotta di altri soggetti potrebbe rilevare soltanto come momento d'avvio di una condotta statale, ossia come impulso ad essa[2252].

Il tema del consenso ritorna nel terzo Capitolo, poichè, nell'indagare il rapporto tra consuetudini e trattati assumendo la prospettiva della prassi, emerge quella che potrebbe definirsi come una sorta di 'continuità' nel processo normativo descritto dalla condotta degli Stati nell'adempiere, o nel

[2247] Capitolo II, punto III.1.
[2248] Capitolo II, punti I.2.5 e II.3.3, rispettivamente circa l'assenza di criteri d'attribuzione in ambito consuetudinario e a fini interpretativi, come emerge dai rispettivi lavori della Commissione, che evidenzia la necessità di un esame delle circostanze concrete.
[2249] Capitolo II, punto III.1.2, verificandosi in tal modo che il problema dell'attribuzione andrebbe indagato più a fondo nel caso della prassi successiva, dovendosi verificare un requisito in più, ossia l'attinenza della prassi al trattato, e quindi la competenza degli organi agenti o autorizzanti.
[2250] Capitolo II, punto III.2.1, individuando varie possibili categorie di prassi dell'organizzazione, e verificando di ciascuna il possibile ruolo 'sostanziale' (nella formazione della consuetudine e nell'interpretazione, a vario titolo) o soltanto probatorio (della consuetudine, della prassi degli Stati, dell'*opinio juris* o dell'accordo unanime richiesto dalla prassi successiva).
[2251] Capitolo II, punto III.2, ove si sottolinea anzitutto che non è possibile distinguere *come* la funzione probatoria è svolta, per la prassi in generale o la prassi successiva. Vedi in particolare il punto III.2.1.1.B)ii circa la possibilità che la prassi di un'organizzazione internazionale provi la volontà degli Stati parte di consentire un'interpretazione evolutiva del trattato istitutivo (contribuendo quindi all'interpretazione ma non propriamente come 'prassi successiva' *ex* 31.3.b) VCLT).
[2252] Capitolo II, punti I.2.4 e II.4, in particolare a riguardo dell'attività di enti non governativi, nei lavori della Commissione circa, rispettivamente, la consuetudine e l'interpretazione dei trattati.

violare, una determinata norma. Si deve anzitutto riconoscere non soltanto che una prassi possa interpretare un trattato, anche in maniera particolarmente estensiva quando tale prassi sostenga un'interpretazione di tipo evolutivo[2253], ma anche modificarlo in maniera informale, purchè sostenuta da un accordo unanime dello stesso tipo di quello richiesto dall'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna per produrre un'interpretazione autentica 'tacita'[2254]. Un trattato potrebbe tuttavia anche essere modificato da una consuetudine[2255], emergendo in tal modo, appunto, un primo elemento di continuità: se tale consuetudine nasce (anche) a partire dalla prassi degli Stati contraenti, infatti, sarebbe difficile distinguere tale ipotesi da quella di una modifica informale. È infatti nell'elemento psicologico che si dovrebbe individuare la distinzione: da una parte avremmo l'accordo unanime necessario alla modifica informale, dall'altra l'*opinio juris* richiesta dalla consuetudine. Un'altra possibilità è che una disposizione convenzionale divenga consuetudinaria, e a quel punto si produca una diversa continuità, ossia un parallelismo tra norma convenzionale e consuetudinaria[2256]. Anche la verifica di tale processo non può prescindere dall'analisi del contenuto e della natura dell'elemento psicologico degli Stati contraenti, ma focalizzandosi qui sulla prassi, si è supposto che in ragione dell'esistenza di una consuetudine, la prassi che dovesse deviare dalla prescrizione produrrebbe anzitutto i suoi effetti sul piano consuetudinario, facendo evolvere (modificando) la consuetudine generale o producendone una particolare[2257]. Tale prassi, data l'identità normativa, sarebbe tuttavia anche 'nell'applicazione del trattato'[2258], e produrrebbe i suoi effetti su di esso, anzitutto, e almeno, sul piano interpretativo[2259]. Lo spazio per riconoscere una modifica informale di un simile trattato di codificazione sarebbe ancor più ristretto, quando si consideri che tale processo dovrebbe essere sostenuto da un accordo unanime[2260]. La via 'informale' alla modificazione, in presenza di una prassi differente rispetto alla prescrizione imposta dalla consuetudine e codificata nel trattato, dovrebbe essere anzitutto quella operante sul piano consuetudinario, e solo secondariamente tale modificazione potrebbe ripercuotersi sul trattato.

Se dunque la prassi successiva sembrerebbe, in sè, un modo per recuperare agli Stati un certo controllo sul trattato attraverso un'interpretazione di tipo soggettivo *ex post*, contrapposta

[2253] Capitolo III, punto III.1.1.2.
[2254] Capitolo III, punto III.1.2.1.
[2255] Capitolo III, punto III.1.2.2.
[2256] Capitolo III, punto III.2.2, dove si propone di utilizzare il termine 'codificazione' in senso lato, per indicare ogni ipotesi di coincidenza normativa.
[2257] Capitolo III, punto III.2.2.2.
[2258] Capitolo III, punto III.2.1.3.
[2259] Capitolo III, punto III.2.2.2.A), in quanto 'altra regola applicabile alle parti', come indicato dall'articolo 31.3.c) VCLT.
[2260] Accordo forse realizzato piuttosto per vie formali, ai fini di una maggiore certezza del diritto; vedi il Capitolo III al punto III.2.2.2.B).

all'impostazione oggettiva adottata dall'articolo 31, paragrafo 1, della Convenzione di Vienna[2261], l'aspetto più interessante è dunque quello del rapporto che, poggiando sulla prassi, intercorre tra consuetudini e trattati. L'accordo, ossia un elemento psicologico di tipo consensuale che connoti necessariamente la prassi al fine di attribuirvi un valore giuridico, rappresenterebbe, come è stato riconosciuto[2262], un elemento di possibile correlazione tra le due fonti del diritto internazionale (senza tuttavia tornare a concepire la consuetudine come 'pactum tacitum', bensì limitandosi a riconoscere nel consenso *una* fonte 'materiale' del diritto)[2263]. Di qui l'idea di continuità cui s'è poco sopra accennato, dal momento che si potrebbe pensare ad una sorta di 'spettro' di processi contigui: l'interpretazione autentica fondata su un accordo unanime, la modifica informale parimenti su base consensuale, ed infine il sorgere di una consuetudine che replichi la disposizione convenzionale oppure la modifichi[2264], in ogni caso sulla base di un elemento psicologico che è estremamente arduo distinguere da un'accettazione più o meno diffusa tra le parti contraenti[2265]. La prassi successiva sembrerebbe dunque un modo per conciliare l'applicazione del trattato nel tempo con la continua evoluzione del diritto consuetudinario, dal momento che un accordo interpretativo iniziale può facilitare la produzione di quell'*opinio juris* che dovrebbe sostenere il valore propriamente normativo della prassi degli Stati[2266].

Si è evidenziata tuttavia la difficoltà di distinguere l'accordo che dovrebbe informare un simile effetto interpretativo, o informalmente modificativo, con l'elemento psicologico di una consuetudine, in special modo quando questa abbia natura particolare. A differenza del diritto consuetudinario generale, infatti, quello particolare potrebbe effettivamente essere assimilato ad un accordo tacito tra un gruppo di Stati, come testimoniato dalla riconosciuta necessità di dimostrare

[2261] Dove l'interpretazione 'soggettiva' tende alla ricerca del significato voluto dalle parti, mentre l'interpretazione 'oggettiva' ricerca il significato sulla base di elementi materiali, in particolare il testo; vedi in proposito Antonio Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 133; Herdegen, "Interpretation in International Law", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com; in senso critico, McDougal, "The International Law Commission's Draft Articles Upon Interpretation: Textuality Redivivus", American Journal of International Law, Vol. 61 (1967), p. 992

[2262] Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161, a p. 171.

[2263] Sull'idea di *pactum tacitum*, sostenuta a partire da Grozio nel XVII secolo, vedi in generale Koskenniemi (From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Revised ed., Cambridge University Press, 2006, a p. 307) e Kolb (Theory of International Law, Hart, 2016, a p. 440). Secondo un'impostazione puramente positivista, che qui non si suggerisce di riesumare, il consenso degli Stati sarebbe l'*unico* fondamento del diritto internazionale, nel suo complesso.

[2264] Si noti che occorre distinguere, come s'è fatto nel terzo Capitolo (punti III.1.2 e III.2.2), tra una consuetudine che *modifica* il trattato in quanto sopravvenuta, ma che potrebbe nascere indipendentemente dalla condotta delle parti contraenti, da quella consuetudine che nasca *a partire* dal trattato, replicandone la prescrizione e quindi producendo una coincidenza normativa (ossia una 'codificazione', in senso lato).

[2265] Come è stato sottolineato, il termine 'accettazione' presuppone del resto un elemento consensuale: vedi International Law Association, Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, disponibile presso http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376, a p. 30.

[2266] Affermazione che per altro prescinde dalla possibilità\necessità di riconoscere nell'*opinio juris*, in sè, alcun elemento consensuale, ponendosi l'accordo sul piano interpretativo e in una fase iniziale.

l'accettazione di *ogni* Stato parte di tale gruppo[2267]. Il problema si manifesta particolarmente nella difficile distinzione tra una modifica informale del trattato, basata su un accordo unanime degli Stati contraenti, e una consuetudine particolare che modifichi il trattato, quando chiaramente non si tratti di una modifica soltanto *inter se*, cioè tra alcune parti contraenti soltanto[2268]. Si potrebbe ipotizzare, anche qui, che l'indagine dell'elemento psicologico possa essere risolutiva, almeno in astratto, nel senso che il contenuto dell'accordo modificativo dovrebbe distinguersi da quello dell'effettiva *opinio juris* 'particolare'. Tuttavia, una simile indagine è tutt'altro che agevole da effettuare in concreto, poichè per definizione ci si trova davanti ad ipotesi di accordi (o norme) taciti e informali, la cui stessa esistenza dev'essere dedotta dalle manifestazioni di condotta degli Stati (ossia la loro prassi).

Più in generale, si potrebbe anche guardare all'accordo richiesto dall'articolo 31.3.b) della Convenzione di Vienna come testimonianza della necessità (o quantomeno, l'essere condizione sufficiente) dell'accordo quale elemento psicologico *anche* della consuetudine, tanto particolare quanto generale[2269]. D'altra parte è stato notato che l'allontanamento da una prospettiva consensuale nello studio della consuetudine internazionale è stata giustificata più che altro da ragioni storiche, ossia il superamento di una eccessiva sensibilità del diritto (internazionale) alla volontà (dello Stato), e quindi al potere politico, a seguito delle guerre della prima metà del secolo scorso[2270]. Più concretamente, e più tardi, si trattava anche di assicurare il rispetto dell'ordinamento internazionale anche da parte dei nuovi Stati risultanti dal processo di decolonizzazione[2271]. Ed è stato notato anche che il termine 'accettazione' come diritto, adottato dalla Commissione con precedenza rispetto all'espressione '*opinio juris*', sarebbe utilizzato, già nell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, proprio per configurare una particolare forma di consenso[2272].

[2267] Vedi più ampiamente il Capitolo I, punto III.1.6, e il Capitolo III, punto III.1.2.2.

[2268] Poichè in tal caso mancherebbe quel requisito di unanimità che si richiederebbe per una 'modifica informale' in senso proprio.

[2269] Nel senso che il meccanismo di produzione di una consuetudine particolare, basata sul consenso, non potrebbe distinguersi da quello di una consuetudine generale, dunque anch'essa di base consensuale, vedi Elias, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67. Sull'approccio consensualistico alla consuetudine, vedi il Capitolo III, punto III.2, in particolare la dottrina richiamata a partire dalla nota 2113.

[2270] Vedi Kolb, Theory of International Law, Hart, 2016, a p. 84, che ricorda anche l'argomento anti-positivista avanzato frequentemente agli inizi del XX secolo, per cui se il diritto fosse solo il prodotto dell'autorità, occorrerebbe immaginare un'autorità superiore che attribuisca alla prima il potere di produrre norme giuridiche.

[2271] Il consenso dei 'new States' non sarebbe cioè elemento necessario alla vincolatività, anche nei loro confronti, di quelle consuetudini risalenti, nate prima del venire ad essere parte della comunità internazionale da parte di tali Stati. Sulle origini storiche dell'espressione *opinio juris*, a partire dall'idea di Volksüberzeugung della scuola storica tedesca, vedi l'Introduzione, in particolare alla nota 3.

[2272] Vedi la precedente nota 2265. Del significato del termine 'accettazione' discutono anche Bos, "The Identification of Custom in International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9, a p. 51; MacGibbon, "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken

È vero tuttavia che l'esistenza di una consuetudine può essere di fatto soltanto accertata in un dato momento, mentre è più difficile indagarne la concreta formazione: di conseguenza, è anche più agevole affermare (o presumere) che in un dato momento esista un 'senso di giuridicità', piuttosto che individuare l'elemento consensuale che nel momento formativo dovrebbe sostenere il sorgere della norma[2273]. Che il consenso giochi un ruolo rilevante nella formazione del diritto consuetudinario è del resto testimoniato tanto dal valore dell'acquiescenza, quanto dal riconoscimento dell'obiettore persistente, entrambi elementi ormai indiscussi della teoria del diritto consuetudinario, come testimoniato dal lavoro della Commissione[2274]. Parallelamente, tuttavia, è anche possibile affermare che il consenso torna in primo piano proprio nel momento dell'accertamento, quando si riconosca che, piuttosto che l'*esistenza* del diritto, viene in rilievo la sua *applicabilità* nel caso controverso: focalizzandosi, cioè, sulla natura bi- o plurilaterale del rapporto giuridico tra gli Stati, non si potrebbe ignorare l'assenza di un consenso a vincolarsi da parte dello Stato (per quanto poi la decisione finale possa, o debba, essere presa anche sulla base di criteri equitativi)[2275]. Si tratta di un'impostazione più pragmatica, che rischia tuttavia di sacrificare la normatività del diritto, poichè è tanto più arduo parlare di una 'norma' generale quanto minore è il livello di astrazione dal caso concreto[2276].

Un'impostazione di tipo consensuale, almeno in parte, garantisce in ogni caso un certo grado di *realismo* rispetto ad un diritto internazionale i cui soggetti sono tuttora enti sovrani, come la dottrina ha sottolineato[2277]. In particolare, è stata rilevata una contrapposizione tra la concezione

---

Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12, a p. 25; Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1, a p. 5.

[2273] Come sottolinea Koskenniemi (From Apology to Utopia, cit., a p. 438), tuttavia, la giurisprudenza della CIG evidenzia l'utilizzo di entrambi gli argomenti, quello dell'esistenza del diritto in generale, e quello del consenso particolare dello Stato rispetto al vincolo controverso, citando in particolare il caso della Piattaforma Continentale del Mare del Nord: in tal senso, sembrerebbe possibile riconoscere due tipologie di consuetudine (una basata sul consenso, l'altra no), oppure una commistione, da parte della Corte, di consuetudine e principi generali.

[2274] La trattazione da parte della Commissione dell'acquiescenza si rinviene nel Capitolo I al punto I.3.6 (relativamente alla consuetudine), e quella dell'obiettore persistente nel Capitolo II al punto I.2.9.

[2275] Parla di 'bilateralizzazione' Koskenniemi (From Apology to Utopia, cit., a p. 438), quale strategia di evasione dalla circolarità della teoria dualistica della consuetudine (poichè la prassi rileva solo al fine di provare l'*opinio juris*, ma l'*opinio juris* è necessaria al fine di distinguere la prassi). L'autore evidenzia tuttavia come focalizzarsi sulla soluzione del caso concreto significa cadere nella medesima incertezza, dovendosi in ogni caso prendere una decisione sulla base di criteri non individuabili né soggettivamente (apologia), né oggettivamente (utopia); *ibidem*, a p. 472.

[2276] Vedi in questo senso, ad esempio, Kolb, Theory of International Law, cit., a p. 130.

[2277] Sul rapporto tra l'opzione consensualista e la natura sovrana degli Stati, vedi Tunkin, "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", California Law Review, Vol. 49 (1961), p. 419, a p. 426 (sottolineando in particolare che alcune grandi potenze avrebbero un peso maggiore nella produzione di norme generali consuetudinarie); Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413, a p. 420 (parlando di quella internazionale come una 'society of juxtaposition' tra enti sovrani); Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 162; Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177, a p. 190 (sottolineando che è certamente necessario il consenso degli Stati alle norme *di produzione*, se non quello alle norme sostanziali); Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 39 (1996), p. 198, a p. 213.

'tradizionale' di consuetudine internazionale, quale norma non scritta che si afferma a seguito di un graduale consolidamento di aspettative reciproche al livello della comunità degli Stati (o di un gruppo)[2278], e una consuetudine 'moderna', in cui meccanismi 'ristretti' di tipo consensuale, quali trattati multilaterali e risoluzioni di organizzazioni internazionali, accelerano la produzione di tali aspettative a livello più generale[2279]. In un contesto globale in cui la normazione necessita di avvenire in maniera più rapida, risulta del resto inopportuno attendere i tempi necessari al suddetto graduale consolidamento, mentre è più facile riconoscere che una norma nasca in ragione del consenso, anche tacito, degli Stati (almeno, inizialmente, quelli interessati, che si riuniscono per articolare la norma[2280]). Che poi un simile diritto non possa definirsi 'consuetudinario' nel senso proprio del termine è cosa che è stata rilevata, anche e soprattutto da chi ritiene che con

[2278] Per cui sarebbe decisiva la *reazione* degli altri Stati a 'segnali' lanciati sotto forma di condotte, ma anche trattati o risoluzioni: il primo ad adottare un approccio del tipo 'claim-response' fu McDougal ("The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea", American Journal of International Law, Vol. 49 (1955), p. 356), poi seguito da altri (ad esempio MacGibbon, "Customary International Law and Acquiescence", British Yearbook of International Law, Vol. 33 (1957), p. 115, a p. 117; Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155, a p. 280). Recentemente si è sottolineato il ruolo delle sanzioni reputazionali, piuttosto che giuridiche, come fondamentale al rispetto del diritto consuetudinario: vedi Guzman & Meyer, "Customary International Law in the 21st Century", in R. A. Miller & R. M. Bratspies, Progress in International Law, Martinus Nijhoff, 2008, p. 199. Sulla stessa falsariga anche la teoria dei giochi come applicata al diritto internazionale, nel senso di sottolineare che la condotta degli Stati dipende dalla compatibilità degli interessi che ciascuno porta: vedi Goldsmith & Posner, "A Theory of Customary International Law", University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 63 (2000), p. 1113.

[2279] Sottolineano l'effetto che sul diritto internazionale generale hanno nuovi e più intensi modi di interazione tra gli Stati, ad esempio, Akehurst, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1, a p. 14; Jennings, "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1, a p. 31; Stein, "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law", Harvard International Law Journal, Vol. 26 (1985), p. 457, a p. 463; Reisman, "The Cult of Custom in the Late 20th Century", California Western International Law Journal, Vol. 17 (1987), p. 133 (individuando a p. 135 il tentativo di creare diritto a partire da *fora* ristretti); Chodosh, "Neither Treaty not Custom: The Emergence of Declarative International Law", Texas International Law Journal, Vol. 26 (1991), p. 87 (parlando a p. 89 di 'declarative international law'); Wolfke, Custom in Present International Law, 2nd edition, Martinus Nijhoff, 1993, a p. 170; Charney, "Universal International Law", American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p. 529 (parlando a p. 547 di un 'tacit consent system' reso possibile dai nuovi fora internazionali); Sohn, "Sources of International Law", Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 25 (1995-1996), p. 399 (sottolineando a p. 406 che gli Stati creano continuamente nuovi modi per accordarsi e legiferare); Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 39 (1996), p. 198 (distinguendo tre possibili giudizi rispetto al diritto consuetudinario nel nuovo assetto mondiale, ossia 'dinosaur', 'dangerous' o 'dynamo'); International Law Association, Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, a p. 3; Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", American Journal of International Law, Vol. 95 (2001), p. 757; Estreicher, "Rethinking the Binding Effect of Customary International Law", Virginia Journal of International Law, Vol. 44 (2003), p. 5 (descrivendo a p. 15 il moderno diritto consuetudinario come 'top-down', 'policy laden' e 'virtually instantaneous'); Cassese, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005, a p. 125; Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 74.

[2280] Che l'acquiescenza in senso proprio debba essere soltanto quella degli Stati interessati, e non necessariamente quello del resto della comunità internazionale, è ad esempio l'opinione di Danilenko, "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9, a p. 40; Mendelson, "The Subjective Element in Customary International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177, a p. 185; Shaw, International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008, a p. 89. Sembra chiaro in ogni caso che nel caso di uno Stato interessato sarà più facile riconoscere quelle 'circostanze che richiedono una reazione' cui anche la Commissione fa riferimento per riconoscere l'acquiescenza dall'assenza di reazione ad una prassi altrui (vedi il Capitolo I, al punto I.3.6).

l'intensificarsi della produzione di trattati e risoluzioni multilaterali si assista in realtà alla nascita di una nuova forma di 'legislazione' internazionale di portata generale[2281].

Alcuni hanno parlato di 'diritto internazionale informale' per riferirsi a quell'insieme di strumenti non necessariamente vincolanti, ma ugualmente capaci di produrre determinati effetti giuridici[2282], soprattutto in ragione della disponibilità delle corti a farne uso, in particolare, a fini dell'accertamento di consuetudini e nell'interpretazione di trattati (soprattutto per mezzo della prassi successiva)[2283]. Parallelamente, è stato rilevato come al diritto consuetudinario in sè, proprio in ragione degli infiniti processi che possono portare alla sua formazione, possano essere riconosciute senza problemi entrambe le funzioni, stabilizzatrice di norme certe, ma anche garanzia di adattabilità di norme ancora incerte, in forza della sua 'permeabilità' alla realtà sociale e politica[2284].

Sullo sfondo rimane da rilevare, del resto, oltre alla perdita di valore della prassi rispetto all'elemento psicologico[2285], qualunque denominazione quest'ultimo possa assumere, la preferenza degli Stati, proprio in quanto enti sovrani, a non essere vincolati in via generale, e dunque a preferire talvolta forme ambigue di normazione, come la consuetudine, o l'interpretazione autentica

[2281] Sull'inopportunità di usare il termine 'consuetudine' vedi, ad esempio, Jennings, "The Identification of International Law", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens & Sons, 1982, p. 3, a p. 6; Chodosh, "Neither Treaty not Custom: The Emergence of Declarative International Law", Texas International Law Journal, Vol. 26 (1991), p. 87; Charney, "Universal International Law", American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p. 529 (parlando a p. 546 di un 'general international law' 'more advanced [and] deliberative', realizzato attraverso i fora delle organizzazioni internazionali); Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161, a p. 174; Kadens & Young, "How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885, a p. 920.

[2282] Si tratterebbe del risultato dell'attività di enti non statali, che contribuiscono all'affermazione di certe condotte e valori, al fine di assicurare il necessario adattamento del diritto internazionale al mutamento della società; vedi in particolare Klabbers, "International Courts and Informal International Law", in Joost Pauwelyn, Ramses Wessel & Jan Wouters, Informal International Lawmaking, Oxford, 2012, p. 219 (che a p. 220 individua schematicamente il diritto internazionale informale in 'politically binding agreements, *instant custom*, or soft-law' – corsivo aggiunto).

[2283] Nel senso che il 'diritto internazionale informale' potrebbe assumere rilievo all'interno del diritto positivo ('hard law') proprio nella formazione del diritto consuetudinario e nell'interpretazione di trattati, vedi, nel volume Informal International Lawmaking, Oxford, 2012, i contributi di Pauwelyn ("Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?", p. 125, a p. 156), di D'Aspremont ("From a Pluralization of International Norm-making Processes to a Pluralization of the Concept of International Law", p. 185, a p. 196), e di Pauwelyn, Wessel e Wouters ("Informal International Lawmaking: An Assessment and Template to Keep It Both Effective and Accountable", p. 500, a p. 530).

[2284] Kolb, Theory of International Law, cit., a p. 130. Nel senso invece che normatività e adattabilità del diritto consuetudinario sarebbero aspetti tra loro inconciliabili, poichè scaturiscono dalle opposte premesse del puro materialismo (focalizzato sulla prassi a garanzia della stabilità, tendente all'apologia) e del puro psicologismo (incentrato sull'*opinio juris* a fini di adattamento, di fatto un'utopia), vedi Koskenniemi, From Apology to Utopia, cit., p. 452.

[2285] Come evidenziato dai sostenitori di prospettive compensative del tipo 'sliding scale', originariamente Kirgis ("Custom on a Sliding Scale", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 146), sulla base dell'allora recente caso Nicaragua, deciso dalla CIG dando apparentemete particolare rilievo all'*opinio juris* (ossia l'atteggiamento degli Stati rispetti a risoluzioni ONU). Se la Commissione rigetta, in sè, tali prospettive (vedi il Capitolo I, punto I.4.3), essa, tuttavia, ammette che *sul piano probatorio* talune forme di prassi o *opinio juris* possano rilevare più di altre (*ibidem*); in tal modo, emerge di nuovo la commistione tra elemento sostanziale e probatorio, più volte evidenziata (vedi in particolare il Capitolo I al punto I.3.2).

'tacita' (o 'quasi autentica'[2286]), al fine di preservare la propria libertà 'residuale'[2287]. Tale prospettiva, per cui lo Stato rimane libero se non esiste un vincolo giuridico che lo obblighi espressamente, è stata ampiamente criticata[2288], ma si ritrova nella giurisprudenza internazionale a partire dal caso Lotus[2289], e certa dottrina tende e riconoscerne l'attuale rilevanza, pur entro determinati limiti; non secondariamente, sarebbe proprio la libertà residuale a consentire che l'evoluzione del diritto possa avvenire in maniera *pacifica*[2290].

Se fosse altrimenti, come è stato evidenziato[2291], gli Stati concluderebbero tra loro dei trattati di portata effettivamente universale, capaci di garantire il massimo livello di certezza del diritto, e difficilmente modificabili *ex post*. Quando si guardi, tuttavia, ai trattati effettivamente esistenti, alcuni tra i più importanti, quali quelli istitutivi di organizzazioni internazionali o relativi a questioni di particolare rilevanza come i diritti umani, sono invece particolarmente suscettibili ad essere modificati informalmente[2292]. Anche i trattati di codificazione, in senso lato[2293], rappresenterebbero del resto soltanto un 'segnale' rivolto agli Stati terzi, sulla base di un interesse a precisare il contenuto di un vincolo generale (o potenzialmente generalizzabile), al fine di estenderne la portata, in qualità di diritto consuetudinario, al resto della comunità internazionale[2294].

[2286] Parla di interpretazione 'quasi autentica' Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", Annuaire français de droit international, Vol. 40 (1994), p. 41, a p. 46. L'espressione 'interpretazione autentica tacita' si rinviene ad esempio in Scalese, Diritto dei trattati e dovere di coerenza nella condotta. Nemo potest venire contra factum proprium, Editoriale Scientifica, 2000, a p. 198.

[2287] Benchè sarebbe scorretto affermare che esiste nel diritto internazionale una norma di chiusura per cui è lecito tutto ciò che non è proibito: vedi ad esempio Gradoni, "Consuetudine internazionale e caso inconsueto", Rivista di Diritto Internazionale, 2012, p. 704, a p. 704.

[2288] Vedi ad esempio Koskenniemi (From Apology to Utopia, cit., a p. 45), secondo cui si tratterebbe di un'utopia, per cui un certo valore, apparentemente 'morale', ossia la libertà dello Stato, viene imposto come superiore agli altri in forza di una scelta politica, senza per altro che si possano individuare i criteri per definire i contenuti di tale libertà.

[2289] SS Lotus (Francia c. Turchia, 7 settembre 1927), p. 18 ('Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed') e p. 19 ('Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, [international law] leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable'). Indicazioni simili si ritrovano nella giurisprudenza della CIG, in particolare nel parere sull'Indipendenza del Kosovo (ad esempio par. 56: 'it is entirely possible for a particular act – such as a unilateral declaration of independence – not to be in violation of international law without necessarily constituting the exercise of a right conferred by it').

[2290] Ad esempio Kolb (Theory of International Law, cit., da p. 217), che evidenzia come la libertà residuale è certamente da riconoscersi negli ambiti in cui il diritto è più certo (ossia la regola è espressa o ricavabile in maniera implicita), mentre dove è presente una lacuna, ma è possibile sopperirvi per mezzo di principi normativi o considerazioni sociali, non sarebbe opportuno affermare la libertà dello Stato. La liberà residuale rappresenterebbe quindi una *extrema ratio*, che non potrebbe in ogni caso pregiudicare gli interessi di Stati terzi o individui, ma, entro tali limiti, sarebbe immanente all'odierna concezione 'limitata' del diritto internazionale.

[2291] Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1, a p. 17.

[2292] Come anche Nolte ammetteva in una fase iniziale della sua analisi, pertanto, si noti, meno esposta all'esame degli Stati medesimi; vedi il Capitolo III, al punto II.2.1.

[2293] Ossia anche quelli che generano una consuetudine successivamente alla loro entrata in vigore, senza esplicitamente affermare di riconoscerne una esistente e senza cristallizzarne una in formazione.

[2294] Secondo la terminologia di Guzman & Meyer ("Customary International Law in the 21st Century", in R. A. Miller & R. M. Bratspies, Progress in International Law, Martinus Nijhoff, 2008, p. 199, a p. 209), il 'segnale' rappresentato

La prassi degli Stati, in quest'ottica, diviene un necessario strumento di modifica del diritto internazionale, consuetudinario ma *anche convenzionale*; nella misura in cui tale diritto è finalizzato alla tutela delle aspettative degli Stati, esso non può che mutare al modificarsi di tali aspettative, che a loro volta si formano e vengono comunicate, appunto, per mezzo della prassi[2295].

La propensione all'informalità, dunque, oltre che strumento per preservare la libertà 'residuale' degli Stati, rappresenta anche un necessario meccanismo compensativo, a fronte della difficoltà per la comunità degli Stati di raggiungere un accordo espresso; prova ne è l'identico modo di operare dell'acquiescenza in entrambi i meccanismi informali visti: tanto il diritto consuetudinario, quanto la prassi successiva come strumento interpretativo, si perfezionano infatti, per lo più, tacitamente (e cioè senza la diretta partecipazione di tutti gli Stati alla condotta)[2296]. In tali circostanze, la Commissione di Diritto Internazionale si trova in una posizione delicata, chiamata com'è a mettere ordine in un contesto spesso problematico da descrivere con precisione (o addirittura 'istituzionalmente' impreciso[2297]), e ad ottenere l'approvazione, presso la Sesta Commissione dell'Assemblea Generale, esattamente di quegli enti sovrani che serbano un fondamentale interesse all'informalità, se non all'ambiguità, del contenuto dei vincoli che li obbligano (almeno quelli di portata generale)[2298].

---

dal trattato indica agli Stati terzi la condotta che gli Stati contraenti ritengono corretto seguire, quella cioè sostenuta da *opinio juris*.

[2295] Vedi in particolare Kolb (Theory of International Law, cit., a p. 156), per cui la gran parte del diritto internazionale discende in realtà dalla condotta degli Stati e ne costituisce espressione, il che sarebbe anche la ragione per cui non esiste una gerarchia tra le fonti formali. Vedi anche Kohen ("La pratique", cit., a p. 110), secondo cui la prassi è il 'la manière la plus sûre de rapprocher le droit de la réalité'.

[2296] Vedi Capitolo I, punto III.1.4, dove si sottolinea la sostanziale identità delle condizioni richieste, sia nell'ambito consuetudinario che in quello interpretativo, per riconoscere nell'inerzia di uno Stato l'acquiescenza alla condotta altrui.

[2297] Che il diritto consuetudinario costituisca un 'enigma', o un 'mistero', è opinione di molti: vedi ad esempio Dunbar, "The Myth of Customary International Law", Australian Yearbook of International Law, Vol. 8 (1978/80), p. 1 (indicando a p. 2 la possibilità che esso sia 'merely a fiction or myth', e indicando che l'articolo 38.1.b) dello Statuto della CIG sembra richiedere 'almost an act of faith'); Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1 (indicando a p. 2 che 'nearly everything remains controversial'); Mendelson, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155 (citando a p. 170 Hart, che aveva parlato di 'penumbra of uncertainty'); Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161 (che a p. 169 indica l'impossibilità di costruire una teoria unitaria per un fenomeno 'objectively controversial, elusive, constantly changing'); Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119 (che a p. 119 indica ne parla come una 'smiling sphinx in the realm of legal theory'); Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014 (che a p. 1 indica la presenza di 'paradoxes and contradictions'); Wood, "International Organizations and Customary International Law", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 48 (2015), p. 609 (indicandolo a p. 612 come 'one of the big mysteries' del moderno diritto internazionale).

[2298] Gradoni ("La Commissione di Diritto Internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine", Rivista di Diritto Internazionale, 2014, p. 667, a p. 688) evidenzia come, da una parte, gli stati debbano necessariamente affidarsi ad un ente autorevole come la Commissione al fine di precisare i contorni del diritto internazionale generale, ma, dall'altra, sembrino non volere effettivamente collaborare ai recenti lavori guidati da Wood (forse, si potrebbe pensare, proprio per un sotterraneo interesse ad una certa nebulosità dei processi normativi). Si ricordi anche come, tra i membri della

Si può anche notare un'ulteriore affinità, tra le norme secondarie di riconoscimento della consuetudine (o 'metacustom'), e le 'regole' d'interpretazione, oltre a quella data dal loro essere processi informali: in entrambi i casi si tratta anche, e di conseguenza, di norme la cui operatività non può prescindere da una certa discrezionalità da parte dell'osservatore[2299]. Da una parte l'appena evidenziata difficoltà nell'indicare che cosa costituisca gli elementi formativi della consuetudine, ossia le forme di prassi e la natura dell'elemento psicologico, dall'altra la natura olistica del processo interpretativo, che tende a confondere i confini tra mezzi autentici e sussidiari d'interpretazione, tendono a restituire un quadro indeterminato, e tutt'altro che scientificamente 'deterministico'[2300], del diritto internazionale nel suo complesso. Anche il diritto scritto, infatti, necessità di essere interpretato, ed in particolare quando ciò avviene per mezzo della prassi successiva, i cui confini sfumano verso la possibilità di una modifica informale[2301], si ripropongono i medesimi problemi di incertezza che connotano il diritto non scritto. La prassi successiva rappresenta in quest'ottica una 'breccia', attraverso cui nell'ambito convenzionale, che dovrebbe essere caratterizzato da maggiore certezza, ricompare quella stessa indeterminatezza e fluidità che connotano il diritto internazionale consuetudinario[2302]. Tentativi di chiarimento dotati di autorità

Commissione, Murase avesse esplicitamente sottolineato il valore che gli Stati attribuirebbero proprio all'ambiguità, piuttosto che semplicemente alla flessibilità, del processo consuetudinario (vedi A/CN.4/SR.3148, p. 7: 'Ambiguity was of the essence and, probably, the raison d'être of customary international law, which was useful because it was ambiguous.'). In tal senso recentemente anche Kolb, Theory of International Law, cit., a p. 130 ('deficiencies in the formal expression of customary law – often expressed by the lofty but simplistic 'ambiguities' – are deliberately mantained. [...] This is of the greatest importance in a society where the peaceful amendment of the law ... is so poorly developed'). Altri autori (Yee, "A Reply to Sir Michael Wood's Response to AALCOIEG's Work and My Report on the ILC Project on Identification of Customary International Law", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 33, a p. 38; Mohamad, "Some Reflections on the International Law Commission Topic "Identification of Customary International Law"", *ibidem*, p. 41, a p. 41) sottolineano del resto come lo sviluppo del diritto internazionale, e quindi il lavoro della Commissione, non possa ormai prescindere dall'approvazione anche degli Stati in via di sviluppo, dopo che per secoli soltanto pochi Stati hanno di fatto potuto influenzarne l'orientamento.

[2299] Ossia chi è chiamato ad accertare l'esistenza del diritto consuetudinario, e chi ad attribuire significato ad un trattato; si tratta, si noti, di un ulteriore livello di incertezza, oltre a quello che connota, nella sostanza, processi in sè informali come la formazione della consuetudine e l'interpretazione del trattato per mezzo della prassi successiva.

[2300] Il che non significa affermare che il diritto (internazionale) non possa costituire una 'scienza', poichè ormai anche le scienze cosiddette esatte si scontrano notoriamente con una realtà impossibile da descrivere in maniera precisa e deterministica, dovendo piuttosto relativizzare il dato dell'esperienza ai limiti dell'osservatore: vedi in tal senso Merkouris ("Interpretation is a Science, is an Art, Is a Science", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010, p. 1, a p. 10), proprio in proposito della natura di 'arte' o di 'scienza' del processo interpretativo. Vedi anche Kolb, Theory of International Law, cit., a p. 134, che nega che possano applicarsi 'schemi geometrici' all'accertamento della consuetudine, poichè essa svolge una funzione non solo di certezza giuridica di condotte consolidate, ma anche di adattamento a nuove condotte.

[2301] Quand'anche non si voglia riconoscere la modifica informale come processo possibile nei termini in questa sede ipotizzati, si noti che in ogni caso la prassi successiva è veicolo di un'interpretazione *autentica*, che, esattamente in quanto tale, potrebbe produrre risultati anche molto distanti dalla lettera del testo; vedi il Capitolo III, al punto III.1.3.

[2302] Ciò non è incompatibile con l'osservazione fatta poco sopra, per cui l'articolo 31.3.b) VCLT, che attribuisce ad una prassi un effetto interpretativo autentico soltanto in forza di un fondamentale consenso, testimonierebbe la natura in realtà consensuale anche della consuetudine, dove una prassi del medesimo tipo non potrebbe avere un effetto *normativo* senza basarsi su un elemento psicologico dello stesso tipo. Qui si adotta semplicemente la prospettiva 'inversa', nel senso che la prassi successiva rappresenterebbe il modo in cui gli Stati riproducono sul trattato i medesimi meccanismi informali (e consensuali) che determinano il diritto consuetudinario.

possono provenire da parte di corti internazionali oppure enti di codificazione, ma tali soggetti sono tuttavia destinati, nella loro opera, ad incontrare l'inevitabile resistenza degli enti sovrani che costituiscono al contempo i soggetti, ma anche i 'padroni', del diritto internazionale[2303]. Si può ritenere, infatti, che il fondamento dell'ordinamento giuridico internazionale oscilli tra un polo soggettivo, rappresentato della volontà degli Stati, e uno oggettivo, costituito da principi razionali a tutela del bene comune[2304]: se gli Stati e la loro prassi tendono a spostare l'equilibrio nel primo senso, solo dottrina e giurisprudenza potrebbero svolgere una funzione compensativa, evitando ogni 'apologia' della primazia statale, ma non potendosi spingere ad ignorare il ruolo del consenso[2305].

[2303] Sulla coincidenza dei compiti della Corte Internazionale di Giustizia e della Commissione nell'accertare il diritto consuetudinario e contribuirne allo 'sviluppo progressivo', con la differenza che la seconda opera istituzionalmente a tale scopo e solo 'ad referendum' (necessitando cioè la conferma da parte degli Stati), mentre la prima opera implicitamente e con effetto vincolante nel limiti del caso concreto e degli Stati coinvolti, vedi Pellet, "Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making", in M. H. Arsanjani, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065, a p. 1075.

[2304] Circa la necessità per il sistema giuridico internazionale di trovare un equilibrio tra fondamento consensuale (soggettività) e tutela di principi comuni (oggettività), vedi Koskenniemi, From Apology to Utopia, cit. (ad esempio a p. 388, dove si afferma che nella teoria delle fonti si combatte un 'continuous fight' tra i due poli di consenso e giustizia, o a p. 452, dove si evidenzia la necessità di un bilanciamento tra 'stability' e 'change'), e Kolb, Theory of International Law, cit., a p. 434 (secondo cui il diritto, in generale, è sempre un prodotto del mutevole equilibrio tra 'reason' e 'will').

[2305] In tal senso potrebbe leggersi l'esisto dell'analisi di Koskenniemi sul diritto consuetudinario (From Apology to Utopia, cit., a p. 472), quando, per evitare la circolarità del modello dualistico (la prassi rileva solo quando prova l'*opinio juris*, ma questa è conoscibile solo attraverso la prassi, distinguendo quella giuridicamente rilevante), suggerisce di adottare una prospettiva bilaterale, focalizzata cioè sulla soluzione della concreta controversia tra Stati, rafforzata dall'uso di criteri 'intrinsecamente' equitativi applicati dalle corti. Lo stesso autore riconosce tuttavia che in tal modo non si eviterebbero valutazioni di tipo soggettivo (apologia), oppure criteri erroneamente assunti come oggettivamente validi (utopia). Anche ridurre le consuetudini a norme 'procedurali', per la risoluzione dei concreti conflitti interstatali, non sarebbe risolutivo, poichè significherebbe sottovalutare la conflittualità insita nel diritto internazionale, e rimarrebbero incerti, di nuovo, i criteri decisionali.

BIBLIOGRAFIA

ABI-SAAB, Georges, "The Appellate Body and Treaty Interpretation", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris , Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010, p. 99

AKEHURST, Michael, "Custom as a Source of International Law", British Yearbook of International Law, Vol. 47 (1974/75), p. 1

ALVAREZ, Jose E., "A Bit on Custom", New York University Journal of International Law & Policy, Vol. 42 (2009-2010), p. 17

ALVAREZ, Josè E., "Limits of Change by Way of Subsequent Agreements and Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 123

ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto, "Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60 (2011), p. 681

ARAJÄRVI, Noora, "From State-Centricism to Where?: The Formation of (Customary) International Law and Non-State Actors", http://ssrn.com/abstract=1599679

ARANGIO-RUIZ, Gaetano, "Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom", in N. Angelet, Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant, 2007, p. 93

ARATO, Julian, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 9 (2010), p. 443

ARATO, Julian, "Subsequent Practice in the Whaling Case, and What the ICJ Implies about Treaty Interpretation in International Organizations", EJIL Talk http://www.ejiltalk.org/subsequent-practice-in-the-whaling-case-and-what-the-icj-implies-about-treaty-interpretation-in-internationalorganizations/#more-10605

AUST, Anthony, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge, 2007

AUST, Helmut P., RODILES, Alejandro & STAUBACH, Peter, "Unity or Uniformity: Domestic Courts and Treaty Interpretation", Leiden Journal of International Law, Vol. 27 (2014), p. 75

BAKER, Roozbeh (Rudy), "Legal Recursivity and International Law: Rethinking The Customary Element", Social Science Research Network (SSRN), 15 September 2012, http://ssrn.com/abstract=2147036

BAXTER, Richard R., “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, British Yearbook of International Law, Vol. 41 (1965-66), p. 275

BEDERMAN, David J., “Medellín's New Paradigm for Treaty Interpretation”, The American Journal of International Law, Vol. 102, No. 3 (2008), p. 529

BEDERMAN, David J., “Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law”, Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21 (2010), p. 31

BERNHARDT, Rudolf, “Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties - Comments on Arts. 27, 28, 29 and 38 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties”, Heidelberg Journal of International Law, Vol. 27 (1967), p. 491

BIANCHI, Andrea, “Law, Time, and Change: The Self-Regulatory Function of Subsequent Practice”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 133

BLOKKER, Niels, Beyond ‘Dili’: On the Powers and Practice of International Organizations, in Gerard Kreijen, State, Sovereignty, and International Governance, Oxford, 2002

BLUM, Yehuda Z., Eroding the United Nations Charter, Martinus Nijhoff, 1993

BODANSKY, Daniel, “Customary (and Not So Customary) International Environmental Law”, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 3 (1995), p. 105

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Environmental Treaties in Time”, Environmental Policy and Law, Vol. 39 (2009), p. 293

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Subsequent Practice, Practices, and ‘Family-Resemblance’: Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 53

BOS, Maarten, “The Identification of Custom in International Law”, German Yearbook of International Law, Vol. 25 (1982), p. 9

BRADLEY, Curtis A., “Unratified Treaty Amendments and Constitutional Process”, https://law.duke.edu/publiclaw/pdf/workshop06sp/bradleyc.pdf

BRIGGS, Herbert W., “The Colombian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law’, American Journal of international Law, Vol. 45 (1951), p. 728

BRIGGS, Herbert W., “The Travaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, The American Journal of International Law, Vol. 65 (1971), p. 705

BRÖLMANN, Catherine, “Specialized Rules Of Treaty Interpretation: International Organizations”, in D. B. Hollis , The Oxford Guide to Treaties, Oxford, 2012, p. 507

BROWER, Charles H., “Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105”, Virginia Journal of International Law, Vol. 46 (2006), p. 347

BROWNLIE, Ian, “Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom”, in Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz, Vol. I, Editoriale Scientifica, 2004, p. 313

CAI, Congyan, “International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law”, Chinese Journal of International Law, Vol. 7 (2008), p. 659

CALI, Basak, “Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights”, in D. B. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, Oxford, 2012, p. 525

CANNIZZARO, Enzo, “Unità e pluralità dei metodi di accertamento del diritto non scritto”, in Paolo Palchetti, L’incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo, Editoriale Scientifica, 2016, p. 23

CAPOTORTI, Francesco, “Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna”, in Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago, Giuffrè, 1987, p. 202

CARTY, Anthony, “Doctrine versus State Practice”, in B. Fassbender & A. Peters , The Oxford Handbook of the History of International Law, Oxford University Press, 2012, p. 972

CASSESE, Antonio, International Law, 2a edizione, Oxford University Press, 2005

CHARNEY, Jonathan I., “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, British Yearbook of International Law, Vol. 56 (1985), p. 1

CHARNEY, Jonathan I., "International Agreements and the Development of Customary International Law", Washington Law Review, Vol. 62 (1986), p. 971

CHARNEY, Jonathan I., “Universal International Law”, American Journal of International Law, Vol. 87 (1993), p. 529

CHENG, Bin, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, Indian Journal of International Law, Vol. 5 (1965), p. 2

CHIGARA, Ben, “International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law”, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 22 (2000), p. 433

CHODOSH, Hiram E., “Neither Treaty not Custom: The Emergence of Declarative International Law”, Texas International Law Journal, Vol. 26 (1991), p. 87

CONDORELLI, Luigi, "Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law", in A. Cassese, Realizing Utopia: The Future of International Law, Oxford University Press, 2012, p. 147

CONDORELLI, Luigi, "Diritto non scritto: erosione degli spazi o continua vitalità?", in Paolo Palchetti, L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo, Editoriale Scientifica, 2016, p. 43

CONTARTESE, Cristina, "La prassi successiva come metodo per modificare un trattato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", Rivista di diritto internazionale, Vol. 419 (2014), p. 97.

COT, Jean-Pierre, "La Conduite subséquente des parties à un traité", Revue générale de droit international public, Vol. 70 (1966), p. 632

COTTIER, Thomas & MÜLLER, Jörg Paul, "Estoppel", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com

CRAWFORD, James, "A Consensualist Interpretation of Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 29

CRAWFORD, James, "The Identification and Development of Customary International Law", Keynote Speech, Spring Conference of the ILA British Branch – Foundations and Future of International Law, 23 maggio 2014

CREMA, Luigi, "Subsequent Agreements and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 13

CREMA, Luigi, "The "Right Mix" and "Ambiguities" in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case", in N. Boschiero, International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves, Asser Press, 2013, p. 65

CREMA, Luigi, "Is the Intention of the Parties at the Heart of Interpretation? Some News about Subsequent Practice from The Hague", http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=897

CROOTOF, Rebecca, "Constitutional convergence and Customary International Law", Harvard International Law Journal Online, Vol. 54 (2013), p. 195

CZAPLINSKI, Wladyslaw, "Sources of International Law in the Nicaragua Case", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38 (1989), p. 151

D'AMATO, Anthony, "Trashing Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 101

D'AMATO, Anthony, "Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 459

D'AMATO, Anthony, "A Brief Rejoinder", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 489

D'AMATO, Anthony, "It'a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!", Connecticut Journal of International Law, Vol. 6 (1990), p. 1

D'ASPREMONT, Jean, "From a Pluralization of International Norm-making Processes to a Pluralization of the Concept of International Law", in Joost Pauwelyn, Ramses Wessel & Jan Wouters, Informal International Lawmaking, Oxford, 2012, p. 185

DANILENKO, Gennady M., "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, Vol. 31 (1988), p. 9

DINSTEIN, Yoram, "The Interaction between Customary Law and Treaties", Recueil des Cours, Vol. 322 (2006), p. 242

DISTEFANO, Giovanni, "La pratique subséquente des États parties à un traité", Annuaire français de droit international, Vol. 40 (1994), p. 41

DO NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulalio, "Treaties as Evidence of Customary International Law", in International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Robert Ago, Giuffrè, 1987, p. 387

DODGE, William S., "Customary International Law and the Question of Legitimacy", Harvard Law Review Forum, Vol. 120 (2007), p. 19

DUNBAR, N. C. H., "The Myth of Customary International Law", Australian Yearbook of International Law, Vol. 8 (1978/80), p. 1

DUPUY, Pierre-Marie, "Le droit des Nations Unies et sa pratique dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Parigi, 2004, p. 139

DUPUY, Pierre-Marie, "Evolutionary Interpretation of Treaties: Beyond Memory and Prophecy", in Enzo Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011

DUPUY, René-Jean, "Coutume sage et coutume sauvage", Mélanges offerts à Charles Rousseau - La communauté internationale, Pedone, 1974, p. 76

ELIAS, Olufemi, "The Relationship Between General and Particular Customary International Law", African Journal of International & Comparative Law, Vol. 8 (1996), p. 67

ENGEL, Salo, "The Changing Charter of the United Nations", in George W. Keeton & Georg Schwarzenberger , The Yearbook of World Affairs, 1953, p. 71

ENGEL, Salo, "Procedures for the De Facto Revision of the Charter", American Society International Law Proceedings, Vol. 59 (1965), p. 108

ENGEL, Salo, ""Living" International Constitutions and the World Court (the Subsequent Practice of International Organs Under their Constituent Instruments)", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 16 (1967), p. 865

ESTREICHER, Samuel, "Rethinking the Binding Effect of Customary International Law", Virginia Journal of International Law, Vol. 44 (2003), p. 5

ESTREICHER, Samuel, "A Post-Formation Right of Withdrawal From Customary International Law? Some Cautionary Notes", Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 21 (2010), p. 57

FELDMAN, Alexander M., "Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analysing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement", New York University Journal of International Law & Politics, Vol. 41 (2009), p. 655

FENWICK, Charles G., "The Sources of International Law", Michigan Law Review, Vol. 16 (1918), p. 393

FIDLER, David P., "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law", German Yearbook of International Law, Vol. 39 (1996), p. 198

FITZMAURICE, Malgosia & MERKOURIS, Panos, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, 2010, p. 153

FOX, Hazel, "Article 31(3)(A) and (B) of the Vienna Convention and the Kasikili/Sedudu Island Case", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, 2010, p. 59

FUMAGALLI, Luigi, "Evidence Before the International Court of Justice: Issues of Fact and Questions of Law in the Determination of International Custom", in N. Boschiero, International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves, Asser Press, 2013, p. 137

GARDINER, Richard, Treaty Interpretation, Oxford, 2008

GARDINER, Richard, "The Vienna Convention rules on treaty interpretation", in D. B. Hollis, The Oxford Guide to Treaties, Oxford, 2012, p. 475

GAZZINI, Tarcisio, "Can Authoritative Interpretation under Article IX:2 of the Agreement Establishing the WTO Modify the Rights and Obligations of Members?", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, No. 1 (2008), p. 169

GOLDSMITH, Jack L. & POSNER, Eric A., "A Theory of Customary International Law", University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper, Vol. 63 (2000), p. 1113

GRADONI, Lorenzo, “Consuetudine internazionale e caso inconsueto”, Rivista di Diritto Internazionale, 2012, p. 704

GRADONI, Lorenzo, “La Commissione di Diritto Internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine”, Rivista di Diritto Internazionale, 2014, p. 667

GREEN, L. C., “The Raw Materials of International Law’”, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 29 (1980), p. 187

GROSS Leo, “Voting in the Security Council: Abstention in the Post-1965 Amendment Phase and Its Impact on Article 25 of the Charter”, The American Journal of International Law, Vol. 62 (1968), p. 315

GUZMAN, Andrew T. & MEYER, Timothy L., “Customary International Law in the 21st Century”, in R. A. Miller & R. M. Bratspies, Progress in International Law, Martinus Nijhoff, 2008, p. 199

HAFNER, Gerard, “Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 105

HATHAWAY, Oona A., SANGHVI, Haley N. S. & SOLOW, Sara, “Tacit Amendments”, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cglc/TacitAmendments.pdf

HENCKAERTS, Jean-Marie, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, International Review of the Red Cross, Vol. 87 (2005), p. 175

HERDEGEN, Matthias, “Interpretation in International Law”, Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com

HEXNER, Ervin P., “Teleological interpretation of basic instruments of public international organizations”, in Law, State, and international legal order: essays in honor of Hans Kelsen, University of Tennessee Press, Knoxville, 1964, p. 119

HIGGINS, Rosalyn, “The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations”, American Society of International Law Proceedings, Vol. 59 (1965), p. 116

HIGGINS, Rosalyn, “Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46 (1997), p. 501

International Law Association, Final Report of the 2000 London Conference: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, disponibile presso http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376

JENNINGS, Robert Y., “The Identification of International Law”, in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens & Sons, 1982, p. 3

JENNINGS, Robert Y., "What is International Law and How Do We Tell It When We See It?", The Cambridge Tilburg Lectures, Kluwer, 1983, p. 1

JIA, Bing Bing, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, Vol. 9 (2010), p. 81

JUSOH, Sufian, "A Dialogue between UN and AALCO Experts on Identification of Customary International Law", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 1

KADELBACH, Stefan, "Domestic Constitutional Concerns with Respect to the Use of Subsequent Agreements and Practice at the International Level", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 145

KADENS Emily & YOUNG Ernest A., "How Customary Is Customary International Law?", William & Mary Law Review, Vol. 54 (2013), p. 885

KAMMERHOFER, Jörg, "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, Vol. 15 (2004), p. 523

KAMMERHOFER, Jörg, "Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship", in M. Happold, International Law in a Multipolar World, Routledge, 2012, p. 138

KIRGIS, Frederic L. Jr., "Custom on a Sliding Scale", American Journal of International Law, Vol. 81 (1987), p. 146

KLABBERS, Jan, "International Organizations in the Formation of Customary International Law", in E. Cannizzaro & P. Palchetti , Customary International Law on the Use of Force, Martinus Nijhoff, 2005, p. 179

KLABBERS, Jan, "Virtuous Interpretation", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris , Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, 2010, p. 17

KLABBERS, Jan, "International Courts and Informal International Law", in Joost Pauwelyn, Ramses Wessel & Jan Wouters, Informal International Lawmaking, Oxford, 2012, p. 219

KOHEN, Marcelo G., "La pratique et la théorie des sources du droit international", in La pratique et le droit international, colloque de Genève de la Société française pour le droit international, Pedone, Parigi, 2004, p. 81

KOHEN, Marcelo G., "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 34

KOLB, Robert, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 50 (2003), p. 119

KOLB, Robert, Theory of International Law, Hart, 2016

KOSKENNIEMI, Martti, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, edizione rivista, Cambridge University Press, 2006

KOTZUR, Markus, "Intertemporal Law", Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com

KUIJPER, Pieter Jan, "The Court and Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969", Legal Issues of European Integration, Vol. 25 (1998), p. 1

KUNZ, Josef L., "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law, Vol. 47 (1953), p. 662

LENNARD, Michael, "Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements", Journal of International Economic Law, Vol. 5 (2002), p. 17

LETSAS, George, "Intentionalism and the Interpretation of the ECHR", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, 2010, p. 257

LÉVY, Jean-Pierre, "De quelques "modifications" et "interprétations" de la Convention sur le droit de la mer", Revue générale de droit international public, Vol. 111 (2007), p. 407

LIANG, Jessica, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", Nordic Journal of International Law, Vol. 81 (2012), p. 1

LINDERFALK, Ulf, "Doing the Right Thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties", International Community Law Review, Vol. 10 (2008), p. 109

LINDERFALK, Ulf, On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Springer, 2007

MACGIBBON, Iain C., "Customary International Law and Acquiescence", British Yearbook of International Law, Vol. 33 (1957), p. 115

MACGIBBON, Iain C., "Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity", in B. Cheng, International Law: Teaching and Practice, Stevens, 1982, p. 12

MATHIAS, Stephen, "The Work of the International Law Commission on Identification of Customary International Law: A View from the Perspective of the Office of Legal Affairs", Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 19

MCDOUGAL, Myres S., “The International Law Commission’s Draft Articles Upon Interpretation: Textuality Redivivus”, American Journal of International Law, Vol. 61 (1967), p. 992

MCGINLEY, Gerald P., "Practice as a Guide to Treaty Interpretation", Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 9 (1985), p. 211

MCGINNIS, John O., “The Comparative Disadvantage of Customary International Law”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 30 (2006), p. 7

MCLACHLAN, Campbell, “The Evolution of Treaty Obligations in International Law”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 69

MCRAE, Donald, “Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body: The Conundrum of Article 17(6) of the WTO Antidumping Agreement”, in Enzo Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011

MENDELSON, Maurice H., “The Subjective Element in Customary International Law”, British Yearbook of International Law, Vol. 66 (1995), p. 177

MENDELSON, Maurice H., “The International Court of Justice and the sources of international law”, in V. Lowe & M. Fitzmaurice, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge University Press, 1996, p. 63

MENDELSON, Maurice H., “The Formation of Customary International Law”, Recueil des Cours, Vol. 272 (1998), p. 155

MENZIONE, Elio, “La modificazione dei trattati per via della condotta successiva delle parti”, Diritto internazionale, Vol. 25 (1971), p. 440

MERKOURIS, Panos, “Interpretation is a Science, is an Art, Is a Science”, in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, 2010, p. 1

MERON, Theodor, “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, The American Journal of International Law, Vol. 90 (1996), p. 238

MERSKY, Roy M. & PRATTER, Jonathan, “A Comment on the Ways and Means of Researching Customary International Law a Half-Century after the International Law Commission’s Work”, International Journal of Legal Information, Vol. 24 (1996), p. 302

MOHAMAD, Rahmat, “Some Reflections on the International Law Commission Topic “Identification of Customary International Law””, Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 41

MOLOO, Rahim, “Changing Times, Changing Obligations: The Interpretation of Treaties over Time”, American Society International Law Proceedings, Vol. 106 (2012), p. 261

MOLOO, Rahim, “When Actions Speak Louder Than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation”, Berkeley Journal of International Law, Vol. 31 (2013), p. 39

MOORE, John N., “Treaty Interpretation, the Constitution and the Rule of Law”, Virginia Journal of International Law, Vol. 42 (2001), p. 163

MÜLLERSON, Rein, “The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law”, in K. Wellens, International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy, Martinus Nijhoff, 1998, p. 161

MURPHY, Sean D., “The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 82

NOLTE, Georg & AUST, Helmut P., “Equivocal Helpers – Complicit States, Mixed Messages and International Law”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 58 (2009), p. 1

NOLTE, Georg, “Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body”, in Enzo Cannizzaro , The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, p. 138

NOLTE, Georg, “Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Jurisprudence of the International Court Of Justice and Arbitral Tribunals of Ad Hoc Jurisdiction Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 169

NOLTE, Georg, “Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 210

NOLTE, Georg, “Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time: Subsequent Agreements and Subsequent Practice Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 307

NOLTE, Georg, First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, United Nations General Assembly Document A/CN.4/660, 19 marzo 2013

NOLTE, Georg, Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, United Nations General Assembly Document A/CN.4/671, 26 marzo 2014

NOLTE, Georg, Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, United Nations General Assembly Document A/CN.4/683, 6 aprile 2015

NOLTE, Georg, Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, United Nations General Assembly Document A/CN.4/694, 7 marzo 2016

PALCHETTI, Paolo, “Interpreting “Generic Terms”: Between Respect for the Parties’ Original Intention and the Identification of the Ordinary Meaning”, in N. Boschiero, International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves, Asser Press, 2013, p. 91

PARRY, Clive, “[Review:] Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory Work within the purview of article 24 of the Statute of the International Law Commission (Memorandum submitted by the Secretary-General)”, International Law Quarterly, Vol. 3 (1950), p. 462

PARRY, Clive, “The Practice of States”, Grotius Society Transactions, Vol. 44 (1958), p. 145

PAUWELYN, Joost, “Fragmentation of International Law”, Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com

PAUWELYN, Joost, WESSEL, Ramses A., WOUTERS, Jan, “Informal International Lawmaking: An Assessment and Template to Keep It Both Effective and Accountable”, in Joost Pauwelyn, Ramses Wessel & Jan Wouters, Informal International Lawmaking, Oxford, 2012, p. 500

PELLET, Alain, “Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making”, in M. H. Arsanjani, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065

PETERS, Christopher, “Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?”, Göttingen Journal of International Law, Vol. 3 (2011), p. 617

PETERSEN, Niels, “Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation”, American University International Law Review, Vol. 23 (2008), p. 275

POSTEMA, Gerald J., “Custom in International Law: A Normative Practice Account”, in A. Perreau-Saussine & J. B. Murphy, The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, 2007, p. 279

RAGNI, Chiara, “Interpretazione dei trattati e "standard of review" nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia: riflessioni sull'affare della "Caccia alla balena nell'Antartico"”, Rivista di Diritto Internazionale, Vol. 97 (2014), p. 725

RAGNI, Chiara, “Quando la ragione non coincide necessariamente con la ragionevolezza: la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso della Caccia alla balena nell’Antartico”, http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=819

REISMAN, Michael W., “The Cult of Custom in the Late 20th Century”, California Western International Law Journal, Vol. 17 (1987), p. 133

REISMAN, Michael W., “The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application”, in R. Wolfrum & V. Röben, Developments of International Law in Treaty Making, Springer, 2005, p. 15

REUTER, Paul, “Quelques reflexions sur la notion de "pratique internationale", specialementen matiere d'organisations internationales”, in Studi in onore di Giuseppe Sperduti. Fonti internazionali e rapporti fra ordinamenti; l'individuo nel diritto internazionale; altri contributi, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 187-207

ROBERTS, Anthea E., “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, American Journal of International Law, Vol. 95 (2001), p. 757

ROBERTS, Anthea E., “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”, in American Journal of International Law, Vol. 104 (2010), p. 179

ROBERTS, Anthea E., “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60 (2011), p. 57

ROBERTS, Anthea E., “Subsequent Agreements and Practice: The Battle Over Interpretive Power”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 95

ROVINE, Arthur W., “U.S. International Law Digests — Some History and a New Approach”, American Journal of International Law, Vol. 67 (1973), p. 314

RUIZ FABRI, Helene, “Subsequent Practice, Domestic Separation of Powers, and Concerns of Legitimacy”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 160

SBOLCI, Luigi, “Supplementary Means of Interpretation”, in Enzo Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, p. 145

SCALESE, Giancarlo, Diritto dei trattati e dovere di coerenza nella condotta. Nemo potest venire contra factum proprium, Editoriale Scientifica, 2000

SCHABAS, William, “Customary Law or ‘Judge-Made’ Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals”, in J. Doria, The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko, Martinus Nijhoff, 2009, p. 77

SCHACHTER, Oscar, “Entangled Treaty and Custom”, in Y. Dinstein, International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717

SCHACHTER, Oscar, “New Custom: Power, Opinio Juris and Contrary Practice”, in J. Makarczyk Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Kluwer Law International, 1996, p. 531

SCHWARZENBERGER, Georg, “Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties”, Virginia Journal of International Law, Vol. 9 (1968), p. 1

SCHWEBEL, Stephen M., "The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law", Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 73 (1979), p. 301

SCHWEBEL, Stephen M., "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 98 (2004), p. 27

SCOTT, Gary L. & CARR, Craig L., "The International Court of Justice and the Treaty/Custom Dichotomy", Texas International Law Journal, Vol. 16 (1981), p. 347

SCOTT, Gary L. & CARR, Craig L., "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 25 (1996), p. 71

SHAW, Malcolm N., International Law, 6a edizione, Cambridge University Press, 2008

SIMMA, B. & ALSTON, P., "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles", Australian Yearbook of International Law, 12 (1988-1989), p. 82

SIMMA, Bruno, "Miscellaneous Thoughts on Subsequent Agreements and Practice", in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 46

SINCLAIR, Ian, "The Impact of the Unratified Codification Convention", in A. Bos, H. Siblesz, Realism in Law-Making: Essays on International Law In Honour of Willem Riphagen, Martinus Nijhoff, 1986, p. 211

SINHA, Prakash S., "New Nations and the International Custom", William and Mary Law Review, Vol. 9 (1968), p. 788

SOHN, Louis B., "'Generally Accepted' International Rules", Washington Law Review, Vol. 61 (1986), p. 1073

SOHN, Louis B., "Sources of International Law", Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 25 (1995-1996), p. 399

STEIN, Ted, "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law", Harvard International Law Journal, Vol. 26 (1985), p. 457

STERN, Brigitte, "Interpretation in International Trade Law", in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Martinus Nijhoff, Leiden\Boston, 2010, p. 111

TASIOULAS, John, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 16 (1996), p. 85

TASIOULAS, John, "Opinio Juris and the Genesis of Custom: A Solution to the 'Paradox'", Australian Yearbook of International Law, Vol. 26 (2007), p. 199

THIRLWAY, Hugh, “The Sources of International Law”, in M. D. Evans , International Law, 3a edizione, Oxford University Press, 2010, p. 95

THIRLWAY, Hugh, “Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues”, Leiden Journal of International Law, Vol. 28 (2015), p. 495

TOBIN, John William, “Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation”, Harvard Human Rights Journal, Vol. 23 (2010), p. 201

TOMKA, Peter, “Custom and the International Court of Justice”, in The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe - 19-20 September 2012, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 12 (2013), p. 27

TUNKIN, G.I., “Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law”, California Law Review, Vol. 49 (1961), p. 419

VILLIGER, Mark E., “The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The ‘Crucible’ Intended by the International Law Commission”, in Enzo Cannizzaro , The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, p. 105

WEIL, Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law?”, American Journal of International Law, Vol. 77 (1983), p. 413

WEISBURD, Arthur M., “Customary International Law: The Problem of Treaties”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 1

WEISBURD, Arthur M., “A Reply to Professor D'Amato”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 21 (1988), p. 473

WEISBURD, Arthur M., “The International Court of Justice and the Concept of State Practice”, The University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31 (2009), p. 295

WOLFKE, Karol, Custom in Present International Law, 2a edizione, Martinus Nijhoff, 1993

WOLFKE, Karol, “Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law”, Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 24 (1993), p. 1

WOLFKE, Karol, “Treaties and Custom: Aspects of Interrelation”, in J. Klabbers & R. Lefeber, Essays on the Law of Treaties: A collection of Essays in Honour of Bert Vierdag, Martinus Nijhoff, 1998, p. 31

WOOD, Michael & SENDER, Omri, “State Practice”, Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com

WOOD, Michael, “The Law of Treaties and the UN Security Council: Some Reflections”, in Enzo Cannizzaro, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, 2011, p. 245

WOOD, Michael, “International Organizations and Customary International Law”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 48 (2015), p. 609

WOOD, Michael, “The present position within the ILC on the topic “Identification of customary international law”: in partial response to Sienho Yee, Report on the ILC Project on “Identification of Customary International Law”, Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 3

WOOD, Michael, First report on formation and evidence of customary international law, United Nations General Assembly Document A/CN.4/663, 17 maggio 2013

WOOD, Michael, Second report on identification of customary international law, United Nations General Assembly Document A/CN.4/672, 22 maggio 2014

WOOD, Michael, Third report on identification of customary international law, United Nations General Assembly Document A/CN.4/682, 27 marzo 2015

WOOD, Michael, Fourth report on identification of customary international law, United Nations General Assembly Document A/CN.4/695, 8 marzo 2016

WOUTERS, Jan & VERHOEVEN, Sten, “Desuetudo”, Max Planck Encyclopedia of International Law, http://opil.ouplaw.com

WUERTH, Ingrid, “Treaty Interpretation, Subsequent Agreements and Practice, and Domestic Constitutions”, in Georg Nolte, Treaties and Subsequent Practice, Oxford, 2013, p. 154

YEE, Sienho, “Report on the ILC Project on ‘Identification of Customary International Law”’, Chinese Journal of International Law, Vol. 14 (2015), p. 375

YEE, Sienho, “A Reply to Sir Michael Wood's Response to AALCOIEG's Work and My Report on the ILC Project on Identification of Customary International Law”, Chinese Journal of International Law, Vol. 15 (2016), p. 33

ZACKLIN, Ralph, “The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies”, Sijthoff, 1968, p. 171

ZEMANEK, Karl, “What is ‘State Practice’ and who Makes It?”, in U. Beyerlin e altri , Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer, 1995, p. 289