



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE

SCUOLA DI DOTTORATO DI
SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE EUROPEE E INTERNAZIONALI

XXX CICLO

LA PRASSI SUCCESSIVA
TRA
INTERPRETAZIONE, EVOLUZIONE E MODIFICA
DEL TRATTATO

S.S.D. IUS/13

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Maria Caterina Baruffi

Tutor: Chiar.mo Prof. Enrico Milano

Dottorando: Dott.ssa Giulia Vernizzi

*A mio papà
e a tutta la mia famiglia*

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
--------------------------	----------

CAPITOLO I

Il valore interpretativo della prassi successiva.....	3
--	----------

1. Introduzione - 'We live in the age of treaties'
2. Interpretazione: delimitazione del campo d'indagine
3. La natura dell'attività interpretativa: arte o scienza ovvero arte e scienza? - L'annoso dibattito sulle regole d'interpretazione
 - 3.1. Tra cognitivismo e scetticismo
 - 3.2. La natura delle regole sull'interpretazione
 - 3.3. Arte e scienza: Articoli 31 e 32, flessibilità, assenza di gerarchia sostanziale e ruolo della buona fede
4. Verso la codificazione delle regole sull'interpretazione: prassi giurisprudenziale e dottrina
5. I criteri prescelti agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna del 1969: tra preferenze e compromessi
 - 5.1. Il dibattito
6. La prassi successiva negli articoli 31 e 32 e i recenti lavori della CDI
7. Il valore interpretativo della prassi successiva
8. Interpretazione e applicazione
9. Individuazione della prassi rilevante ai sensi dell'articolo 31 (3) (b): caratteristiche e requisiti
 - 9.1. *Subsequent*: un chiarimento
 - 9.2. Articoli 31 (3) (a) e 31 (3) (b): una distinzione vanescente
 - 9.3. La necessità che la prassi sia '*motivated by the treaty*'

- 9.4. La manifestazione dell'accordo delle parti
 - 9.4.1. Caso Assange, tra continuità e criticità: Corte di Giustizia dell'Unione Europea e applicabilità del 31 (3) (b)
- 9.5. 'Intentionality', 'Constancy', 'clarity' and 'specificity'
- 9.6. La formula 'concordant, common and consistent': valore descrittivo, non prescrittivo
- 9.7. Le forme della prassi successiva
 - 9.7.1. I *pleadings* nelle controversie in materia di diritto degli investimenti internazionali: una fedele applicazione dell'articolo 31 (3) (b)
- 9.8. La possibile deduzione dell'accordo interpretativo dall'assenza di prassi
- 9.9. Attribuzione della prassi successiva: i soggetti
 - 9.9.1. Gli Stati-parte del trattato
 - 9.9.2. Le organizzazioni Internazionali
 - 9.9.2.1. Il sistema WTO
 - 9.9.3. Conferenze degli Stati parte e *treaty bodies*
 - 9.9.3.1. Il caso *Whaling in the Anctartic*
 - 9.9.4. Organi composti da esperti indipendenti e altri *non-State actors*
- 10. La prassi successiva quale mezzo supplementare di interpretazione ai sensi articolo 32

CAPITOLO II

Prassi successiva e interpretazione evolutiva: i limiti

dell'interpretazione.....111

1. Considerazioni introduttive: il limiti dell'interpretazione

2. Interpretazione evolutiva

2.1. Il fondamento giuridico

3. Interpretazione evolutiva e sulla scorta di prassi successiva: due tecniche a confronto

3.1. Un caso emblematico: *Dispute Regarding Navigational Rights*

CAPITOLO III

Il valore modificativo della prassi successiva.....139

1. Cenni introduttivi

2. Prassi sospensiva, *modus vivendi* e possibili valutazioni dovute all'assenza di prassi

2.1. Articolo 27(3) ultima parte della Carta delle Nazioni Unite- la regola dell'astensione obbligatoria della parte interessata: un'ipotesi di sospensione informale

2.2. L'articolo 12 (1) della Carta delle Nazioni Unite - i poteri dell'Assemblea Generale

3. Prassi modificativa

3.1. Elementi di prassi

3.1.1. La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia

3.1.2. I lodi arbitrari *ad hoc*

3.1.3. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

- 3.1.3.1. I casi Soering, Öcalan, Al Sadoon
- 3.1.4. L'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO)
- 3.1.5. Il contesto dei *Multilateral Environmental Agreements* (MEA's)
- 3.1.6. Altra prassi
- 3.1.7. La Carta delle Nazioni Unite
 - 3.1.7.1. Un profilo procedurale: l'articolo 27 (3) e l'astensione volontaria del membro permanente
 - 3.1.7.2. Un profilo sostanziale: l'articolo 51 e la legittima difesa contro attori non statali
- 3.2. *Pars destruens*: Superamento delle obiezioni ostative alla configurabilità giuridica della prassi modificativa
 - 3.2.1. La modifica non è un'applicazione del trattato
 - 3.2.2. L'articolo 38 DALT è stato espunto
 - 3.2.3. La modifica pone a rischio il super-principio del *pacta sunt servanda* e comunque gli accordi ex 31 (3) (a) e (b) non sono vincolanti
 - 3.2.4. Non è possibile distinguere tra interpretazione e modifica
- 3.3. *Pars costruens*: elementi a favore della configurabilità giuridica
 - 3.3.1. Reviviscenza della consuetudine preesistente?

CONCLUSIONI.....235

BIBLIOGRAFIA.....241

INTRODUZIONE

'International law is not static, it develops constantly, accomodating the changes in international practice, attitudes of States and the changing needs and requirements of international community'¹.

Mutamento ed evoluzione paiono caratteristiche intrinseche del diritto, e di quello internazionale in particolare. Esso si trasforma, si sviluppa e muta per adattarsi e rispondere ai nuovi interessi, che si affacciano sullo scenario internazionale, alle evoluzioni e involuzioni storiche, politiche e sociali. Secondo Schwind, l'evoluzione di ogni sistema giuridico si fonda sulla continua tensione tra i due parametri antinomici della stabilità e del mutamento, ovvero del rigore e della flessibilità. La flessibilità del diritto, vale a dire la sua adattabilità alle esigenze del caso concreto, e anche il suo mutamento, ovvero la trasformazione e il ricambio delle regole giuridiche, sono postulati della *Fallgerechtigkeit* e devono coordinarsi con il rigore, cioè l'applicazione del diritto identica per casi identici (*Systemgerechtigkeit*), e la stabilità, per garantire la prevedibilità e dunque la certezza del diritto².

Il bilanciamento tra queste due opposte tendenze deve essere rintracciato anche qualora si tenti di rispondere alla domanda oggetto del presente elaborato, ovvero se la prassi successiva degli Stati parte di un trattato possa avere forza modificativa della disposizione cui si riferisce.

Nonostante la ritrosia, comunque sempre meno radicata in dottrina e giurisprudenza, a riconoscere valore modificativo alla prassi successiva, l'analisi e la configurabilità di tale fenomeno appare a chi scrive inevitabile, data la strutturale somiglianza della

¹ CZAPLINSKI, DANILENKO, "Conflicts of Norms in International Law", in *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 21 (1990), pp. 3-42, a p. 3.

² "Il faut se rappeler que le droit développe entre deux extrêmes: la rigueur et la flexibilité. La rigueur doit garantir la stabilité du droit dans le sens que les cas systématiquement identiques doivent être décidés de façon identique. Cette stabilité est une exigence de la justice systematique (*Systemgerechtigkeit*). La flexibilité, c'est-à-dire l'adaptabilité du droit aux exigences du cas en question est aussi un postulat de la justice du cas particulier (*Fallgerechtigkeit*)". SCHWIND, "Aspects et sens du droit international privé", in *Recueil des Cours*, Vol. 4 (1984), pp. 9-144, a p. 25.

prassi successiva con un'altra categoria di prassi degli Stati, ovvero quella rilevante, insieme all'*opinio iuris*, ai fini della formazione della consuetudine internazionale (l'elemento oggettivo di quest'ultima)³.

Nel sistema internazionale la prassi degli Stati gioca un ruolo centrale in molti dei processi che sfociano nella creazione, modifica ed estinzione delle norme giuridiche: essa è 'an element of international law-making'⁴.

La struttura dell'elaborato, seguendo un climax, analizza lo strumento della prassi successiva così come disciplinato dall'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, nella sua valenza interpretativa -universalmente condivisa-, nella sua capacità, entro i limiti dell'interpretazione, di rispondere alle esigenze di evoluzione del diritto dei trattati, nonché infine nella sua portata modificativa della disposizione a cui si riferisce. Tale ultima circostanza costituisce la massima espressione delle caratteristiche di mutamento e adattabilità del diritto internazionale testè menzionate. Le esigenze di mutamento dovranno però essere bilanciate da quelle di rigore e stabilità, rintracciabili nel ricorso e nell'applicazione restrittivi di tale strumento e nell'individuazione di una base giuridica legittimante la capacità modificativa della prassi successiva.

³ La prassi successiva ai sensi del 31 (3) (b) può infatti essere trattata alla stregua di una prassi priva di *opinio iuris*, bensì fondata sull'accordo. È chiaro che lo stratificarsi di questa prassi potrà comunque condurre dapprima alla modifica della disposizione e successivamente alla formazione di una nuova consuetudine.

⁴ ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, a p. 358-360.

CAPITOLO I

Il valore interpretativo della prassi successiva

SOMMARIO: **1.** Introduzione - 'We live in the age of treaties' **2.** Interpretazione: delimitazione del campo d'indagine **3.** La natura dell'attività interpretativa: arte o scienza ovvero arte e scienza? - Annoso dibattito sulle regole d'interpretazione **3.1.** Tra cognitivismo e scetticismo **3.2.** La natura delle regole sull'interpretazione **3.3.** Arte e scienza: Articoli 31 e 32, flessibilità, assenza di gerarchia sostanziale e ruolo della buona fede **4.** Verso la codificazione delle regole sull'interpretazione: prassi giurisprudenziale e dottrina **5.** I criteri prescelti agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna del 1969: tra preferenze e compromessi **5.1.** Il dibattito **6.** La prassi successiva negli articoli 31 e 32 e i recenti lavori della CDI **7.** Il valore (interpretativo) della prassi successiva **8.** Interpretazione e applicazione **9.** Individuazione della prassi rilevante ai sensi dell'articolo 31 (3) (b): caratteristiche e requisiti **9.1** *Subsequent*: un chiarimento **9.2.** Gli articoli 31 (3) (a) e 31 (3) (b): una distinzione vanescente **9.3.** La necessità che la prassi sia '*motivated by the treaty*' **9.4.** La manifestazione dell'accordo delle parti **9.4.1.** Caso Assange, tra continuità e criticità: CGUE e applicabilità del 31 (3) (b) **9.5.** 'Intentionality', 'Constancy', 'clarity' and 'specificity' **9.6.** La formula 'concordant, common and consistent' **9.7.** Le forme della prassi successiva **9.7.1.** I *pleadings* nelle controversie in materia di diritto degli investimenti internazionali: una fedele applicazione dell'articolo 31 (3) (b) **9.8.** La possibile deduzione dell'accordo interpretativo dall'assenza di prassi **9.9.** Attribuzione della prassi successiva: i soggetti **9.9.1.** Gli Stati-parte del trattato **9.9.2.** Le organizzazioni Internazionali **9.9.2.1.** Il sistema WTO **9.9.3.** Conferenze degli Stati parte e *treaty bodies* **9.9.3.1.** Il caso *Whaling in the Antarctic* **9.9.4.** Organi composti da esperti indipendenti e altri *non-State actors* **10.** La prassi successiva quale mezzo supplementare di interpretazione ai sensi articolo 32

*1. Introduzione - 'We live in the age of treaties'*¹

L'evoluzione del diritto internazionale, causata dalle 'forze antinomiche della conflittualità e della cooperazione'² su scala globale, ha condotto nel corso del tempo a oscillazioni nella prevalenza della fonte pattizia su quella consuetudinaria³. Tuttavia, dagli anni della decolonizzazione, fino alla caduta del muro di Berlino in poi, si è registrata una tendenza alla prevalenza del diritto internazionale pattizio, sia bilaterale che multilaterale, su quello consuetudinario. Come diagnosticato da Postema, gli autori, che ai giorni nostri si occupano di diritto internazionale, sostengono che il diritto consuetudinario sia 'morto' o comunque che versi in uno stato di 'crisi

¹ LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 1.

² TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, IV Ed., Cedam, Vicenza, 2013, p. 73.

³ PETERSEN, "Customary Law Without Custom? Rules Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation", *American University of International Law Review*, Vol. 23, 2008, p. 275 e ss, a p. 276.

mortale'⁴. Diverse appaiono le ragioni di tale indebolimento; tra esse vanno certamente annoverati il progressivo moltiplicarsi dei soggetti di diritto internazionale, delle organizzazioni internazionali, degli atti di *soft law*, l'intensificarsi delle relazioni tra gli Stati e la conseguente trasformazione del diritto internazionale da diritto di *coexistence* a diritto di *cooperation*⁵, la progressiva frammentazione e deformalizzazione del sistema giuridico internazionale, verso un sempre maggiore ampliamento al suo interno delle competenze e specializzazioni⁶.

⁴ POSTEMA, *La consuetudine nel diritto internazionale. Il resoconto di una Pratica Normativa*, Editoriale Scientifica, 2011 p. 7. Sulla prevalenza della fonte pattizia, si veda anche DÖRR, SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2012, a p. 1-4. Ulf Linderfalk incisivamente afferma: "We live in the age of treaties". L'A. prosegue poi sottolineando come per ragioni politiche, gli Stati preferiscano far sempre meno affidamento sul diritto consuetudinario per la composizione delle proprie controversie; le nuove tecnologie, gli scambi internazionali sempre più crescenti, la ritrovata disomogeneità di valori hanno infatti fatto emergere la necessità di un diritto allo stesso tempo flessibile e preciso, caratteristiche non sempre possedute dal diritto consuetudinario. In considerazione poi del maggior numero di Stati, capaci di concludere e negoziare trattati, non sorprende la frequenza con cui questi ultimi vengono redatti. Cfr. LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law* cit., a p. 1-3.

⁵ FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964, a pp. 60-62 e 367. VILLALPANDO, "The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law", in *The European Journal of International Law*, Vol. 21(2), 2010, p. 387 ss. *passim*; TIETJE, "The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture", in *German Yearbook of International Law*, Vol. 42, pp. 26 ss., a p. 30.

⁶ KOSKENNIEMI, "Il destino del diritto internazionale pubblico fra tecnica e politica", in *Le nuove frontiere del diritto internazionale. Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica*, Vol. XIII, 2008, pp. 33-67, *passim*. Sul punto si segnala come l'ampliamento e la diversificazione, all'interno dell'ordinamento giuridico internazionale, di competenze e specializzazioni abbiano condotto alla teorizzazione dei c.d. *Self Contained Regimes*, ossia di autonome sfere di regolazione, generalmente istituite mediante trattati, caratterizzate al proprio interno da specifici orientamenti interpretativi. Si pensi all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), la quale, a partire dagli anni Novanta, ha beneficiato dell'esigenza di un riavvicinamento del diritto OMC con il diritto internazionale generale. A tal proposito, si veda l'inserimento, quale esito degli Uruguay Rounds (1994), all'interno del Dispute Settlement Understanding, dell'articolo 3(2), in forza del quale nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC, a differenza di quanto previsto dal GATT 1947, l'applicazione delle regole consuetudinarie previste dal diritto internazionale viene istituzionalizzata. La stessa tendenza è rintracciabile nei recenti accordi che l'Unione Europea sta concludendo in materia di investimenti stranieri. In altre parole, le regole sull'interpretazione così come codificate dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati 1969 possono fungere da elemento unificatore e di integrazione nel frammentato sistema del diritto internazionale. Come sottolineato da diversi autori, peraltro, proprio l'utilizzo di tali norme, comportando una maggiore certezza del diritto, costituisce l'elemento che ha condotto al successo dell'organo di appello dell'OMC. Si veda anche ZARBIEV, "Les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités: un outil d'harmonisation en droit international?", in CHAPPUIS, FOËX, KADNER GRAZIANO (eds.), *L'harmonisation internationale du droit*, Schulthess, Ginevra/Zurigo/Basilea, 2007, pp. 75 e ss.

Alla luce dell'indiscussa importanza acquisita dal diritto convenzionale, diffusa e consistente si è dimostrata negli anni quella prassi degli Stati applicativa e al tempo stesso interpretativa delle norme pattizie, ai sensi dell'articolo 31(3)(b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁷. Essa merita pertanto -ed è questo lo scopo del presente capitolo- un'attenta analisi con riferimento alla sua portata interpretativa e, nel corso della trattazione, con riferimento alle sue potenzialità ed in particolare alla sua capacità di risolversi in una sorta di modifica informale del trattato originario⁸.

2. Interpretazione: delimitazione del campo d'indagine

L'importanza rivestita dall'interpretazione nell'ambito della pratica professionale, così come nell'ambito degli studi accademici, di diritto internazionale appare indiscussa. Essa è descritta metaforicamente come un gioco in cui 'the cards are mostly those contained in the Vienna Convention on the Law of Treaties'⁹; è al tempo stesso processo cognitivo e creativo: consente di svelare un significato preesistente, ma è anche in grado di contribuire all'evoluzione del diritto. Tradizionalmente l'interpretazione nel diritto internazionale è stata concepita come quel processo di assegnazione di un significato al testo, con l'obiettivo di stabilire, esplicitare e trarre i diritti e gli obblighi in esso contenuti¹⁰.

Il presente capitolo si incentra sull'analisi dello strumento interpretativo disciplinato all'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, sull'interpretazione dunque e, successivamente, sul potenziale di quest'ultima

⁷ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, firmata a Vienna il 23 Maggio 1969, entrata in vigore il 27 Gennaio 1980, 1155 UNTS 331.

⁸ FOCARELLI, *Diritto Internazionale. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, II Ed., Cedam, Padova, 2012, a p. 189.

⁹ BIANCHI, "The Game of Interpretation in International Law. The Players, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle", in BIANCHI, PEAT, WINDSOR (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 34-47, a p. 43.

¹⁰ HERDEGEN, "Interpretation in International Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, par. 1; si veda anche PEAT, WINDSOR, "Playing the Game of Interpretation. On Meaning and Metaphor in International Law", in BIANCHI, PEAT, WINDSOR (eds.), *Interpretation* cit., pp. 3-33, a p. 3. Allott, rivelando un'impostazione di scetticismo radicale -da cui, come si vedrà più avanti, chi scrive ritiene si debbano prendere le distanze-, considera l'interpretazione alla stregua di un triplice atto di potere: 'Interpretation *dis-integrates* the *linguistic* structure and substance of the text in order to *re-word* it. [...] Interpretation *re-forms* the *semantic* substance of the text. [...] Interpretation *imposes the will* of the interpreter on the long-suffering text'. ALLOTT, "Interpretation - An Exact Art", in BIANCHI, PEAT, WINDSOR (eds.), *Interpretation* cit., pp. 373-392, a pp. 373-374.

(Capitolo II), intesa come quel processo volto a determinare -per usare le parole di Treves- 'il significato da attribuire alle espressioni utilizzate dalle parti nel testo di un trattato'¹¹: interpretazione giuridica, dunque, del diritto internazionale scritto e, più specificamente, dei trattati internazionali.

Tale ultima, oltre che doverosa delimitazione di campo d'indagine del presente contributo, si qualifica anche come posizione presa all'interno del dibattito dottrinale concernente l'oggetto dell'interpretazione nell'orizzonte del diritto internazionale¹². Orakhelashvili, considerando l'interpretazione come operazione strettamente legata al profilo strutturale del sistema giuridico internazionale, basato sul consenso e sull'accordo, ritiene che tutti gli atti o fatti internazionali possano essere oggetto di interpretazione, in quanto espressione, seppur in forma diversa, del consenso degli Stati¹³. A questa posizione si contrappone quella più restrittiva, sviluppatasi anche

¹¹ TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, a p. 379.

¹² Per una ricostruzione meticolosa ed esaustiva del dibattito si rimanda a CREMA, *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*, Giuffrè, Milano, 2017.

¹³ " The only codified set of rules on treaty interpretation is provided in Articles 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. But interpretation also relates to the broader category of international acts and rules, including statements, declarations, actions, judgments, institutional decisions, and customary rules". Il concetto espresso non appare celato dal titolo stesso dell'opera monografica dell'A.: ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, a p. 286-288. L'impostazione dell'A. ha alle spalle voci autorevoli quali quelle di deVisscher e Sur. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Pedone, Parigi, 1963, a p. 14; SUR, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, Parigi, 1974, a pp. 157-160. Nella stessa direzione anche Merkouris, secondo cui "[...] interpretation in international law is not restricted to treaties", MERKOURIS, "Interpretation is a Science, is an Art, is a Science", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, pp.1-14, a p. 7. Si vedano inoltre le questioni sollevate con riferimento alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, le quali, al di là del loro valore ai fini dell'interpretazione di un trattato, sono spesso oggetto di interpretazione. Secondo parte della dottrina, è conveniente pensare che esse vadano interpretate in armonia e seguendo i criteri stabiliti dalle regole della Convenzione di Vienna, tuttavia la Corte Internazionale di Giustizia nel parere sul Kosovo ha specificato e rimarcato come gli Articoli 31 e 32 certamente 'may provide guidance', ma allo stesso tempo come vi sia una sostanziale differenza tra le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e i trattati, quali oggetti di interpretazione. Secondo la Corte, in particolare, l'interpretazione di tali risoluzioni richiederebbe che si tengano in considerazione altri requisiti. *ICJ Accordance with international law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (Advisory Opinion), para. 94. Si veda con riferimento alla dottrina sopra citata GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2015 a p. 128, WOOD, "Interpretation of Security Council Resolutions", in *Max Planck Yearbook of United Nations*, Vol. 2, 1998, pp. 73-95, a p. 85-86; ORAKHELASHVILI, "Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions: UK Practice", in *Göttingen Journal of International Law*, Vol. 2, 2010, pp. 823 e ss, a pp. 825-826. Anche gli Statuti del Tribunale penale internazionale per l'Ex-Jugoslavia (ICTY) e del Tribunale penale internazionale per il Rwanda (ICTR), contenuti negli allegati alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, sono interpretate con esplicito riferimento all'articolo 31 della Convenzione di Vienna, così

nell'ambito del fiorente dibattito dottrinale italiano degli anni '50 e '60, secondo la quale sarebbe necessario distinguere tra interpretazione del testo scritto da un lato e accertamento e rilevazione del diritto consuetudinario dall'altro¹⁴.

Le uniche regole codificate in materia sono quelle sull'interpretazione dei trattati e sono contenute nella già citata Convenzione di Vienna agli articoli 31, 32 e 33. In base alla Convenzione per 'trattato' si intende:

'an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation'¹⁵.

Operazione indispensabile ai fini dell'applicazione e dell'esecuzione di un trattato, nonchè imprescindibile in ragione della stessa natura di quest'ultimo, è proprio l'interpretazione. Come brillantemente osservato da Dörr: 'every treaty needs interpretation and is open to it'¹⁶.

La competenza a interpretare un trattato spetta anzitutto agli Stati parte, sia attraverso gli organi del potere esecutivo, sia attraverso ai giudici nazionali chiamati ad applicarlo nell'ambito di una controversia¹⁷.

come altri strumenti secondari quali i Regolamenti adottati dall'Autorità Internazionale per i Fondali Marini istituita dalla Convenzione sul diritto del mare (UNCLOS). Cfr. Prosecutor v. Aleksovski, ICTY (Appeals Chamber Judgement), IT-95-14/1-A, 2000, para. 98; Prosecutor v. Bagosora et al. ICTR (Appeals Chamber), ICTR-98-37-A, 1998, paras. 28-29. Con riferimento invece all'interpretazione di atti unilaterali, si vedano, nell'ambito delle decisioni giudiziali, *Nuclear Tests case* (Australia v. Francia), ICJ Reports, 1974, nonchè, con riferimento al dibattito in seno alla CDI, "Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations, with Commentaries", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part. II, 2006.

¹⁴ QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, II ed., Priulla, Palermo 1956, a p. 40 e ss. Circa la distinzione tra i due concetti si veda BARILE, "La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice", in *Comunicazioni e Studi*, Vol. V, 1953, a p. 143; mentre circa la possibilità di definire regole secondarie per la rilevazione della consuetudine si veda GRADONI, "The International Court of Justice and the international customary law game of cards", in ANDENAS, BJÖRGE (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 371-406. Allo stesso approccio restrittivo aderiscono BOS, "Theory and Practice of Treaty Interpretation", in *Netherlands International Law Review*, Vol. XXVII, 1980, pp. 6-10.

¹⁵ Articolo 2 (1) lett. a della Convenzione di Vienna.

¹⁶ DÖRR, "Commentary on art. 31 of the Vienna Convention", in DÖRR, SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 522-570, a p. 529.

¹⁷ Per un'approfondita analisi circa la competenza a interpretare *Ibidem*, a pp. 530-533. In particolare Dörr precisa come a questione della competenza a interpretare, seppur non affrontata dalla Convenzione di Vienna, abbia costituito tema di discussione in seno alla CDI. Secondo l'A., il

Ancora, l'interpretazione spetta a organi internazionali, la cui competenza in tal senso sia prevista dal trattato (si pensi agli organi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani o alla Corte Internazionale di Giustizia.. ecc.)¹⁸. Inoltre, nel caso di trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, l'interpretazione può spettare agli organi stessi dell'organizzazione.

A parere di chi scrive, l'operazione interpretativa per antonomasia, intesa come virtuoso ricorso e utilizzo delle regole sull'interpretazione, richiamate a giustificazione e a supporto del ragionamento giuridico, appare prerogativa dell'organo, giudice internazionale, arbitro chiamato a dirimere una controversia (c.d. interpretazione esecutiva, giudiziale¹⁹). Ciò non significa che lo Stato non sia interprete, tanto che il presente lavoro si impone di studiare la prassi successiva interpretativa e applicativa posta in essere dalle parti del trattato, principalmente gli Stati, quale mezzo di interpretazione autentica. Ciò significa semplicemente che l'operazione posta in essere dallo Stato rimarrà più vicina all'ambito descrittivo dell'applicazione, o, meglio a un'attività interpretativa prioritariamente finalizzata all'applicazione²⁰. Anche con riferimento allo strumento interpretativo previsto dall'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, peraltro, va sottolineato come tale prassi interpretativa e applicativa, seppur posta in essere dalle parti del trattato

mancato riferimento nel testo della Convenzione sarebbe dovuto al fatto che la questione sia stata reputata 'too obvious': 'every person or organ concerned with a treaty is by necessity competent to interpret it. Since the international legal order is in principle still a decentralized system that allows every subject of law to apply the relevant norms of international law pertaining to it, it is also an open system of treaty interpreters'. Si veda anche, con riferimento alla natura decentralizzata dell'ordinamento internazionale, MALANCZUK, Akehurst's Modern Introduction to International Law, VII ed., Routledge, New York, 1997, a pp. 3-7.

¹⁸ Un discreto numero di trattati prevede che le controversie con riferimento all'interpretazione e all'applicazione del trattato stesso siano rimesse alla composizione a opera di una corte o di un tribunale internazionali. Alcuni trattati poi stabiliscono organi permanenti differenti da un tribunale, con l'esplicito o implicito potere di interpretare il trattato che li ha posti in essere. Si pensi, tra gli altri, all'articolo IX (2) dell'Accordo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) del 1994, il quale prevede che 'the Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements'. *WTO Agreement*, 1994, 1867 UNTS 154. Così anche, fra gli altri, la *European Transfrontier Television Convention* (1989, 1966 UNTS 265) all'articolo 21 (c) affida allo *Standing Committee* il potere di 'examine, at the request of one or more parties, questions concerning the interpretation of the Convention'.

¹⁹ Essa, a sua volta, si caratterizza per essere un'interpretazione finalizzata a dirimere una controversia, con tutte le conseguenze che ciò comporta. Si distingue dall'interpretazione dottrinale, considerata mero esercizio logico accademico.

²⁰ Nel corso della trattazione si avrà modo di precisare come applicazione e interpretazione siano concetti distinti, ma indissolubilmente connessi.

(interpreti di primo grado: c.d. interpretazione autentica), debba essere a sua volta rilevata, accertata e talvolta -trattandosi di prassi- esplicita ad opera dell'interprete che potrà essere definito in questo caso di secondo grado.

3. La natura dell'attività interpretativa: arte o scienza ovvero arte e scienza? - Annoso dibattito sulle regole d'interpretazione

La questione che merita di essere analizzata, in via preliminare rispetto al tema dei criteri d'interpretazione prescelti negli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna, riguarda la natura dell'attività interpretativa nel diritto internazionale.

Tale dibattito -mai sopito- concerne in particolare la qualificazione dell'interpretazione alla stregua di un'attività scientifica ovvero di un'attività 'artistica'. La propensione per l'una o per l'altra soluzione giustifica diverse posizioni con riferimento ai corollari di tale interrogativo, ovvero con riferimento a questioni strettamente collegate a quella della natura dell'attività interpretativa: la vincolatività delle regole sull'interpretazione, quali norme giuridiche, ovvero la loro considerazione alla stregua di linee-guida e principi di logica, la necessità di dotarsi di regole fisse in materia ovvero l'esigenza di non imbrigliare l'attività interpretativa in regole scritte.

Tali tematiche sono state oggetto di forti discussioni nel percorso verso la predisposizione della Convenzione di Vienna sia in sede di lavori preparatori sia e, soprattutto, ancor prima, in seno alla Commissione di diritto internazionale (CDI).

Secondo Ago, infatti, l'interpretazione costituiva una delle più difficili e delicate questioni dell'intera materia del diritto dei trattati e proprio per questo sarebbe stata affrontata per ultima²¹.

Nel terzo *Report* di Waldock, *Special Rapporteur* per la materia diritto dei trattati, così come nella bozza di articoli del 1966, troneggia uno dei più famosi aforismi prodotti dalla Commissione: 'the interpretation of documents is to some extent an *art*, not an *exact science*'²².

²¹ Citato in YASSEEN, "L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 151, 1976, a p. 15; si veda quindi AGO, "Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 134, 1971, pp. 297-332.

²² (*emphasis added*). ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol.

Tale famosa affermazione rispecchia l'iniziale titubanza della Commissione sull'opportunità di inserire, nella bozza di articoli sul diritto dei trattati, fondamentale punto di partenza per la formulazione del testo della Convenzione di Vienna, regole fisse in materia di interpretazione. Essa, allo stesso tempo, manifesta una soluzione di compromesso fra le diverse scuole di pensiero che si stagiavano nel panorama dottrinale del diritto internazionale del tempo; molte autorevoli voci sostenevano la non obbligatorietà delle regole sull'interpretazione e conseguentemente la necessità di non procedere a una loro codificazione, proprio sul presupposto che l'attività interpretativa costituisse più un'attività artistica che una scienza²³.

Lo stesso Waldock, durante il 726esimo incontro della Commissione, dopo aver informato la Commissione del suo lavoro in previsione di possibili articoli in materia di interpretazione, non manca di precisare che:

'[t]he subject was vast and difficult one and he was anxious not to penetrate too deeply into the realm of logic and what might be described as the art of interpretation'²⁴.

La preoccupazione dello *Special Rapporteur* per tale impresa era, come già sottolineato, principalmente dovuta alla varietà di orientamenti in materia, espressi dai giuristi presenti²⁵. Secondo Klabbers, nel corso dei due decenni nei quali la CDI lavorò per la

II, 1964, pp. 5-66, a p. 54. ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 218, para. 4.

²³ Si vedano gli interventi di Verdross, Elias, Amado: ILC, "726th Meeting: Law of Treaties" (UN Doc. A/CN.4/167), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 20-26, a p. 20, para. 15, 24 e 29. "Mr. Verdross congratulated the Special Rapporteur on his treatment of a particularly difficult aspect of international law. With regard to the question whether rules concerning the interpretation of treaties should be included in the report, he thought the Commission ought first to decide whether it recognized the existence of such rules; for it was highly controversial whether the rules established by the case-law of arbitral tribunals and international courts were general rules of international law or merely technical rules. [...]"; "Mr Elias [...] was anxious that the Commission should not go too deeply into the extensive and controversial subject of interpretation, though some detailed rules on specific matters might need to be included". Interessante e lungimirante l'intervento di Ago, che tuttavia conferma la concezione prevalente dell'interpretazione alla stregua di un'arte, cercando di spostare la riflessione su altri aspetti del tema: "The Chairman [Ago], speaking as a member of the Commission, said that [...] [i]t had been said rather too glibly that interpretation was an art; the question was whether there were any rules for practising that art. Technical rules had also been mentioned; but what precisely was a technical rule? Was it or was it not mandatory?" *Ivi*, para. 34.

Si veda poi in generale ILC, "765th Meeting: Law of Treaties" (UN Doc. A/CN.4/167/Add. 3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 275-282.

²⁴ ILC, "726th Meeting: Law of Treaties" (UN Doc. A/CN.4/167), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 20-26, a p. 20, para. 4.

²⁵ "Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, said he agreed with the Chairman that the question of interpretation was an exceedingly important one, but it could lead the Commission into great

redazione della Convenzione, tutti gli *Special Rapporteurs*, che si susseguirono, sistematicamente e strategicamente abbassarono le aspettative con riferimento alla possibilità di inserire regole sull'interpretazione²⁶. Brierly (*Special Rapporteur* dal 1950 al 1952) non fece mai riferimento alla tematica dell'interpretazione e, addirittura, nei tre *reports* prodotti si dimostrò poco convinto della stessa scelta di codificare la materia diritto dei trattati²⁷. Nemmeno Lauterpacht (*Special Rapporteur* dal 1953 al 1954) dedicò attenzione e priorità al tema nei suoi due *reports*, salvo poi farlo nella veste di referente dell'Istituto di diritto internazionale. Fitzmaurice (*Special Rapporteur* dal 1956 al 1960) manifestò persino una ferma opposizione all'inserimento degli articoli, ritenendo molto più edificante la redazione, in materia, di un codice di massime e principi generali sulle quali avrebbero potuto basarsi i tribunali per giustificare le loro decisioni²⁸. Infine anche lo *Special Rapporteur* Waldock, sotto la cui guida la bozza

difficulties because the approach of jurists to it was so varied. There were two different kinds of rules ; general ones, such as the rule that the treaty must be read as a whole, and strictly technical ones. Some rules of a practical nature could be usefully summarized but he would view with apprehension any attempt to delve too deeply into the theoretical issues". *Ibidem*, para. 36.

²⁶ KLABBERS, *Virtuous Interpretation*, in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2010, p. 17.

²⁷ Si professò fin dall'inizio scettico in merito alla stessa operazione di codificazione del diritto internazionale, come emerge in un contributo del medesimo: BRIERLY, "The Codification of International Law", in *Michigan Law Review*, Vol. 47, 1948, pp. 2-10.

²⁸ Fitzmaurice avrebbe preferito che la codificazione del diritto dei trattati in generale avvenisse tramite lo strumento di un codice descrittivo esplicativo, piuttosto che nella forma di una convenzione vincolante. Fondamentali tuttavia -come si vedrà- appaiono tuttavia i suoi lavori nell'enucleazione dei principi in materia di interpretazione, ai fini della codificazione della Convenzione di Vienna. Si veda inoltre quanto affermato da Waldock nel suo terzo Report del 1964 "Another group of writers, although they may have reservations as to the obligatory character of certain of the so-called canons of interpretation, have shown less hesitation in recognizing the existence of some general rules for the interpretation of treaties. To this group belongs Sir G. Fitzmaurice, the previous Special Rapporteur on the Law of Treaties, who in his private writings has deduced six principles from the jurisprudence of the World Court which he regards as the major principles of interpretation" ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a p. 53, para. 3. Con riferimento all'idea di un codice, anziché di una convenzione, per tutta la materia del diritto dei trattati, si veda inoltre ILC, "First report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur (A/CN.4/144)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1962, a pp. 27 e ss., a p. 29, para. 6. 'In its report, for 1959 the Commission drew particular attention to the fact that it did not envisage its work on the law of treaties as taking the form of one or more international conventions but had favoured the idea of "a code of a general character". The reasons for preferring a "code" were stated to be twofold (citation from Sir G. Fitzmaurice's first report): "First, it seems inappropriate that a code on the law of treaties should itself take the form of a treaty; or rather, it seems more appropriate that it should have an independent basis. In the second place, much of the law relating to treaties is not especially suitable for framing in conventional form. It consists of

finale di articoli fu sottoposta alla Conferenza diplomatica e assunse poi -quasi²⁹ immodificata - la forma del testo della Convenzione, fu, come visto, inizialmente poco entusiasta della predisposizione di regole sull'interpretazione³⁰.

Nell'arco delle discussioni in seno alla CDI, gli argomenti principali a favore della non inclusione di tali regole nella bozza di articoli si fondavano proprio sulla circostanza che tale processo di natura artistica non potesse essere regolato e che l'identificazione di regole -se possibile- avrebbe messo in difficoltà l'operato del giudice, confinandolo eccessivamente³¹. Nel corso delle riunioni la sensibilità dei membri verso la predisposizione di regole crebbe e maturò, al punto che, già al 765esimo incontro, la maggioranza dei giuristi si dichiarava favorevole e convinta della necessità di dotarsene.

Il dibattito, infatti, da quel momento tese a spostarsi verso la natura -vincolante o meno- delle regole sull'interpretazione (ancora strettamente connesso alla

enunciations of principles and abstract rules, most easily stated in the form of a code; and this also has the advantage of rendering permissible the inclusion of a certain amount of declaratory and explanatory material in the body of the code, in a way that would not be possible if this had to be confined to a strict statement of obligation. Such material has considerable utility in making clear, on the face of the code itself, the legal concepts or reasoning on which the various provisions are based." Then Sir G. Fitzmaurice had himself to retire from the Commission on his election as judge of the International Court of Justice, and at the thirteenth session, in 1961, the Commission elected Sir H. Waldock to succeed him as Special Rapporteur for the law of treaties. At the same time the Commission took the following general decisions as to its work on the law of treaties (A/4843, paragraph 39): (i) *That its aim would be to prepare draft articles on the law of treaties intended to serve as the basis for a convention;* (ii) *That the Special Rapporteur should be requested to re-examine the work previously done in this field by the Commission and its Special Rapporteurs;* (iii) *That the Special Rapporteur should begin with the question of the conclusion of treaties and then proceed with the remainder of the subject, if possible covering the whole subject in two years.'* (*emphasis added*).

²⁹ Al di là delle singole modifiche, unico articolo a essere interamente espunto dal testo definitivo della Convenzione di Vienna fu proprio il 38, il quale consentiva la modifica del trattato a opera della prassi successiva delle parti di un trattato, qualificata ai sensi dell'articolo 31 (3) (b).

³⁰ "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a p. 54.

³¹ Timore quanto mai lontano dalla realtà, considerato il successo delle regole sull'interpretazione, utilizzate quale strumento di riduzione della frammentazione del diritto internazionale generale, richiamate, qualora non direttamente applicabili, invocandone la consuetudine ad esse sottesa, dalla totalità dei tribunali e delle corti nelle differenti aree del diritto internazionale. Timore quanto mai infondato, alla luce del fatto che - come si vedrà - furono proprio, per necessità, la Corte Internazionale di Giustizia e, prima la Corte Permanente di Giustizia Internazionale a cercare di dotarsi di regole sull'interpretazione. Circa gli argomenti addotti, si vedano ILC, "765th - 766th Meetings: Law of Treaties" (UN Doc. A/CN.4/167/Add. 3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 275 e ss; e anche ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176 e ss., a pp. 199-201.

contrapposizione arte-scienza), nonché sui criteri interpretativi da codificare, aspetti che saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi.

La qualificazione dell'interpretazione alla stregua di arte trova tuttavia ancora oggi taluni riscontri, nonostante la codificazione delle regole sull'interpretazione agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna. Scovazzi scrive che

'ha un certo fondamento l'opinione che l'interpretazione di un trattato sia più che altro un'operazione logica, che si ispira a generalissimi criteri valevoli per ogni ordinamento giuridico, se non addirittura un'impresa artistica, affidata alla sensibilità dell'interprete'³².

Tornando all'affermazione iniziale posta in essere dalla CDI, Merkouris giunge alla conclusione che la Commissione descriva l'interpretazione come arte, solo perchè la concepisce come contrapposta alla scienza esatta, la quale sarebbe dotata di regole tali da consentire la predeterminazione dell'esatto esito in ogni dato contesto. L'attività interpretativa, in apparenza, non sembrerebbe seguire tale processo deterministico: essa si caratterizzerebbe quale operazione, nella quale la predizione di un esito assoluto, certo, inequivocabile appare impossibile, o comunque molto improbabile. Tuttavia, come precisa l'autore, nemmeno la scienza esatta, a cui Waldock e la Commissione contrappongono l'interpretazione, godrebbe di tali caratteri. Infatti solo una conoscenza infinitamente precisa delle condizioni iniziali potrebbe produrre un modello assolutamente deterministico: anche nelle scienze esatte quindi, quali la fisica cui probabilmente la CDI fa riferimento, esiste sempre un margine di errore e di apprezzamento. In altre parole, la Commissione valuta l'interpretazione un'arte, muovendo dall'incertezza del prodotto che essa genera, incertezza che anche l'"exact science" può manifestare e che dunque non può

³² SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006, a p. 51. Per quanto riguarda altre ricostruzioni artistiche dell'interpretazione, si veda: SUR, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, Parigi, 1974, a p. 12 e 83. Sur scrive che l'interpretazione 'est un art, non un science' e che essa occuperebbe un posizione 'on the crossroads between law', ovvero uno strumento in grado di misurare la 'legal coherence'; NGUYEN, DALLIER, PELLET (Eds.), *Droit International Public*, VII Ed., LGDJ, Parigi, 2002, p. 260, essa sarebbe una sorta di logica a servizio del diritto. Secondo Ross, l'interpretazione è un'arte perchè l'interprete sarebbe guidato non da regole giuridiche, bensì da principi e massime di logica non cogenti ed espressione del buon senso. ROUSSEAU, *Droit International Public: Introduction et Sources*, Dalloz, Parigi, 1970, a p. 29; più di recente KLABBERS, "Interpretation as the Continuation of Politics by Other Means", in *Opinio Juris* <http://opiniojuris.org/2009/03/02/continuation/> (accessed on 10 January 2017).

configurarsi quale elemento di discrimine. Non sarebbe corretto ragionare sul prodotto per qualificare l'interpretazione alla stregua di arte o scienza, l'attenzione va invece posta sul fatto che esistano norme che regolano il processo interpretativo e che lo rendono ripetibile. Come precisato da Merkouris, l'interpretazione 'is regulated by rules' -ovvero gli articoli 31 e 33 dopo la Convenzione e dalle rispettive regole consuetudinarie anche pre Convenzione- 'which to the degree possible, ensure legal certainty'³³. Il raggiungimento della certezza giuridica altro non è che l'obiettivo principale delle c.d. scienze giuridiche. Pertanto l'interpretazione nell'ambito del diritto internazionale 'is science, not an exact one, but science, nevertheless'³⁴. Essa tuttavia conserva i caratteri dell'arte, poichè scienza e arte 'are not mutually exclusive'³⁵.

3.1. Tra cognitivismo e scetticismo

I termini del dibattito sulla natura dell'attività interpretativa e della sua qualificazione alla stregua di un'arte o di una scienza possono essere riassunti nella contrapposizione, rispettivamente, tra scetticismo giuridico e cognitivismo giuridico. Linderfalk configura una scala immaginaria, ai cui estremi sono rappresentate le posizioni di scetticismo radicale, corrispondenti all'orientamento che configura l'interpretazione come arte, operazione ingovernabile, atto di volontà, e le posizioni di cognitivismo radicale (dall'autore definito *one-right answer thesis*). Ai sensi della ricostruzione posta in essere dall'autore, secondo lo scetticismo radicale non esisterebbero norme giuridiche sull'interpretazione in grado di costringere il giudizio politico: dunque l'unico aspetto da considerare per valutare il prodotto dell'attività interpretativa sarebbe quello dell'opportunità politica. Seguendo invece l'approccio della *one-right answer thesis*, nel regime giuridico del diritto internazionale, l'attività interpretativa, condotta sulla scorta delle regole codificate, condurrebbe rigidamente

³³ MERKOURIS, "Interpretation is a Science, is an Art, is a Science", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, pp.1-14, a p. 10.

³⁴ *Ibidem*, a p. 11.

³⁵ *Ibidem*, a p. 12.

sempre a un unico e già predeterminato risultato, legittimo e asettico, scevro da qualsivoglia elemento non giuridico, ovvero valoriale e politico³⁶.

La ricostruzione operata da Linderfalk ricalca e costituisce declinazione della tradizionale contrapposizione tra le teorie dell'interpretazione tradizionali, che nel tempo hanno peraltro sviluppato correnti più moderate. Secondo il cognitivismo, il linguaggio sarebbe assolutamente determinato e le parole avrebbero sempre un solo significato, pertanto esisterebbe un solo genuino giudizio interpretativo valido, non vi sarebbe spazio per alcuna ambiguità³⁷.

Secondo la corrente del c.d. formalismo moderato, sarebbe possibile ritenere il linguaggio indeterminato, così come accettare che vi possa essere una pluralità di significati, tuttavia solo uno di questi sarebbe corretto o comunque auspicabile e preferibile. Allo scetticismo radicale, secondo cui l'interpretazione sarebbe un mero atto di volontà (e non di conoscenza) dovuto all'assoluta indeterminatezza del linguaggio, si contrappone poi una forma più moderata di scetticismo, che prende atto di alcuni difetti del linguaggio e che riconosce all'interprete margini di discrezionalità, volti a consentirne il superamento³⁸.

Entrambe le posizioni radicali, prospettate da Linderfalk, non rispecchiano certamente la realtà del diritto internazionale, come precisato dall'autore stesso³⁹

³⁶ LINDERLFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law* cit., a pp. 4-6 e 373-384.

³⁷ DICHIOTTI, L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo, Cantagalli, Siena, 2003 Tale posizione è spesso etichettata come formalista. Secondo alcuni autori, tale ultima sarebbe in realtà soltanto una specie del cognitivismo interpretativo: secondo le teorie formaliste, per individuare la disciplina di ogni possibile caso, sarebbe sufficiente prendere in considerazione i testi normativi, concepiti come insiemi di parole provviste di un 'proprio' e/o la volontà dell'autore del testo. Si veda BOBBIO, "Formalismo giuridico", in N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, pp. 79-100, a pp. 93-97; TARELLO, "Formalismo", in TARELLO (ed.), *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 19-50, a pp. 37-48. Questo perchè, come precisato da Dworkin, sarebbe possibile sostenere che tra tanti giudizi interpretativi possibili ve ne sia solo uno corretto senza assumere che i testi di legge e la volontà dell'autore siano criteri di per sè stessi sufficienti per individuarlo. DWORKIN, "Is there Really No Right Answer in Hard Cases?", in *New York University Law Review*, Vol. 53, 1978, a pp. 1-32.

³⁸ si noti che discrezionalità non significa arbitrarietà, si tratta invece di due concetti differenti. Per una ricostruzione di tutte le teorie qui brevemente accennate, si veda VELLUZZI, Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, Vol. 5, 2005, a pp. 102-109; GUASTINI, Nuovi studi sull'interpretazione, Aracne, Roma, 2008, pp. 63 e ss.

³⁹ Secondo Merkouris, peraltro, il sistema del diritto internazionale si caratterizza per un elemento di ulteriore complessità, che contribuisce ad aumentare l'indeterminatezza del suo linguaggio: il fatto che il diritto internazionale, sempre più, si caratterizzi per essere 'a universe of inter-connected islands'(Pauwelyn, "Bridging, Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-connected Islands", in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 903-916.). Ogni isola

La soluzione dovrà pertanto essere ritrovata tra i gradini intermedi della scala delineata da Linderfalk, nonchè in una tensione tra le due posizioni moderate, così come in una tensione tra arte e scienza.

Un'interessante prospettiva è offerta dal pensiero hartiano riconducibile proprio alla tensione sopra auspicata tra uno scetticismo moderato e un cognitivismo moderato, classificazione alla quale tuttavia l'autore ha sempre cercato di rifuggire. Come osservato da Viola,

"Hart sposta il contrasto tra formalismo e scetticismo, tra certezza e trasformazione del diritto, tra deduttivismo e creatività dell'interpretazione all'interno stesso dell'ermeneutica della norma. Così il contrasto da teorico diviene pragmatico e operativo, cioè non si tratta più di agganciare l'interpretazione a una teoria giuridica, ma di mostrare come la prassi interpretativa non sia altro che lo specchio fedele della struttura aperta di un sistema normativo"⁴⁰.

rappresenta una distinta area del diritto internazionale, che -sia essa il diritto ambientale, il diritto del commercio internazionale, ecc.- potrà sviluppare terminologie differenti da quelle generalmente accettate; allo stesso tempo, la proliferazione di corti e tribunali potrà o meno condurre a una diversificazione degli approcci all'interpretazione. MERKOURIS, "Interpretation is a Science, is an Art, is a Science *cit.*", a pp. 7-8. In realtà, chi scrive ritiene che, al di là della varietà di approcci volti a privilegiare ad esempio un criterio interpretativo sull'altro, le regole sull'interpretazione costituiscano un pregevolissimo elemento unificatore delle frammentazione del diritto internazionale, uniformando gli approcci interpretativi dei diversi organi di risoluzione delle controversie.

⁴⁰ Si veda, VIOLA, "H. L. A. Hart e la struttura aperta del diritto", in VIOLA, VILLA, URSO (eds.) *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Celup, Palermo, 1974, pp. 103-121.

Secondo Hart ogni sistema legale presenta quale fine ultimo la determinazione e istituzionalizzazione di criteri di condotta, i quali tuttavia -affinchè lo scopo sia raggiunto- devono essere comunicati. Il problema dell'interpretazione attiene proprio a tale atto di comunicazione: oggetto di tale comunicazione sono i criteri generali di condotta, di per sè necessariamente indeterminati, non potendo prevedere tutti i casi a cui dovranno essere applicati. Nel campo dei criteri generali di comunicazione, secondo Hart, si registrano due modi diversi di comunicazione: per legislazione e per precedente. Il primo caso si caratterizza per l'utilizzo massimo di termini generali, il secondo per il ricorso agli esempi. Entrambe le modalità creano incertezza, ad esempio con riferimento alla sussunzione del caso particolare nella norma giuridica. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, a p.147-148. L'interpretazione giuridica è il modo di ovviare a tale incertezza e indeterminatezza, di risolvere i dubbi riguardo all'applicazione di un criterio generale a un caso concreto. Causa di tale indeterminatezza è proprio la struttura aperta del linguaggio e quindi anche del diritto, che si caratterizza per la comunicazione di criteri generali. Poichè l'interpretazione giuridica ha un ruolo così incisivo nella determinazione della norma e implica quindi in un certo senso l'esercizio di un potere normativo, essa non può sfuggire al controllo delle regole secondarie sull'attribuzione e sull'uso del potere. Le norme giuridiche sull'interpretazione dunque limitano e guidano l'interprete nella determinazione della norma. Tali considerazioni sono operate da Hart con riferimento all'ordinamento statale, tuttavia come lo stesso autore lascia trasparire nell'arco del X capitolo (par 5) dell'opera: il ragionamento può essere adattato all'ordinamento internazionale, poichè in definitiva, un trattato genera obblighi, così come una legge.

3.2. *La natura delle regole sull'interpretazione*

Altro tema, corollario della qualificazione della natura dell'attività interpretativa e fulcro delle discussioni in seno alla CDI, è quello della natura delle regole sull'interpretazione. Una parte della dottrina, sul presupposto che tale attività costituisse un'arte più che una scienza, riteneva che le regole d'interpretazione non fossero giuridiche, ma solo logiche e di buon senso.

Così, nel corso dei lavori della Commissione, verso la tanto dibattuta questione della codificazione di regole sull'interpretazione, lo stesso *Special Rapporteur* Waldock non mancava di presentare come, nel panorama dottrinale dell'epoca, sussistessero autorevoli voci che si opponevano alla codificazione di regole da considerarsi non giuridiche, bensì semplici linee-guida⁴¹. Due degli stessi *Rapporteurs*, che avevano preceduto Waldock per la materia diritto dei trattati, si mostravano, nei loro scritti, dubbiosi con riferimento all'esistenza nel diritto internazionale di qualsiasi regola tecnica e giuridica per l'interpretazione dei trattati⁴².

Persino Fitzmaurice, *Rapporteur* precursore di Waldock, pur avendo dedotto i famosi sei principi interpretativi dalla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia - base di partenza per la stessa formulazione degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna-, non nascondeva le sue riserve sul carattere obbligatorio di tali canoni

⁴¹ McNair scriveva ad esempio: "we are amongst those who are sceptical as to the value of those so-called rules and are sympathetic to the process of their gradual devaluation, of which indications exist. The many maxims and phrases which have crystallized out and abound in the textbooks and elsewhere are mere *prima facie* guides to the intention of the parties in a particular case" MCNAIR, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961, a p. 366. Così pure LAUTERPACHT, "Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités", in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Vol. 48, 1934, pp. 713-815, a pp. 713-714; DEGAN, *L'interprétation des accords en droit international*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1963, a pp. 162-164; KLABBERS, "Review of Anthony Aust: Modern Treaty Law and Practice", in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 71, 2002, a p. 203-205; ELIAS, *The Modern Law of Treaties*, Dobbs Ferry, New York, 1974, a p. 72; STONE, *Fictional Elements in Treaty Interpretation*, LR, Sydney, 1955, a pp. 344 e ss..

⁴² BRIERLY, *The Law of Nations*, VI ed., Oxford University Press, Oxford, 1963, a p. 325. LAUTERPACHT, "Rapport d l'Institut de droit international", in *Annuaire de l'Institut*, Vol. 43 (1), 1950, a pp. 336-374, citato in ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (1964) *cit.*, a p. 54.

interpretativi⁴³.

Anzilotti negava la giuridicità delle regole sull'interpretazione, per la natura flessibile dell'attività interpretativa, non imbrigliabile, ma soprattutto giustificava la sua posizione muovendo dalla diversità con cui la materia interpretazione è trattata nei vari ordinamenti interni. Tale mancanza di uniformità tra i vari ordinamenti domestici si sarebbe ripercossa sull'ordinamento internazionale, rendendo più difficile giungere a conclusioni concordanti. Secondo Cassese, tale visione rispecchiava peraltro l'importanza rivestita dallo Stato nel pensiero volontaristico di Anzilotti: le speculazioni interpretative avrebbero potuto minacciare la sovranità dello Stato, che non può vedersi opposte regole che non abbia espressamente approvato⁴⁴.

Oggi le regole sull'interpretazione sono contenute nella Convenzione di Vienna del 1969 agli articoli 31, 32 e 33 e non vi è dubbio circa il fatto che costituiscano norme giuridiche a tutti gli effetti⁴⁵. Secondo Linderfalk, con la predisposizione di tali regole, il dibattito sulla natura dei canoni interpretativi può dirsi risolto⁴⁶. L'articolo 31, la *General Rule* sull'interpretazione, prevede infatti che l'interprete *debba* applicare tali criteri interpretativi ('shall apply'). La teoria volontarista e statocentrica non appare minata: tali norme giuridiche costituiscono *ius dispositivum* e si applicano a condizione che le parti di un trattato non abbiano fra loro pattuito qualcosa di differente.

⁴³ FITZMAURICE, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 33, 1957, pp. 203-290, a pp. 210-212.

⁴⁴ Si veda CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, a pp. 178-179.

⁴⁵ Già Quadri scriveva: "Deve scartarsi il parere frequentemente espresso secondo il quale il problema dell'interpretazione non sarebbe un problema giuridico e le norme sull'interpretazione scritte nei codici non vincolerebbero pertanto il giudice, non rappresentando altra cosa che dei semplici canoni di logica o regole di arte. È vero al contrario che interpretare significa definire la fattispecie normativa, fissare come l'ordinamento giuridico vede e concepisce tale fattispecie; problema questo che non può manifestamente essere risolto che da norme giuridiche". QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Priulla, Palermo, 1949, p. 120. Si veda sul punto anche FOCARELLI, *Diritto Internazionale. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, II Ed., Cedam, Padova, 2012, a p. 189 e GAJA, "Trattati internazionali", in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. 15, pp. 344-368, a p. 354. Inoltre, nella bozza di articoli del 1966, la Commissione, dopo anni di dibattiti (sopra riportati), sembrava aver ormai generalmente riconosciuto la natura giuridica delle regole sull'interpretazione, così come codificate. Si veda a tal proposito l'intervento di Verdross in ILC, "726th Meeting: Law of Treaties" 1964 *cit.*, a p. 20, para. 15.

⁴⁶ LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law* *cit.*, a p. 3.

3.3. Arte e scienza: Articoli 31 e 32, flessibilità, assenza di gerarchia sostanziale e ruolo della buona fede

Alla luce di quanto sopra analizzato, è possibile trarre qualche considerazione. Si può affermare infatti che l'interpretazione, più che mai in seguito alla predisposizione della Convenzione di Vienna, sia regolata da norme giuridiche, che l'interprete deve (articolo 31 della Convenzione di Vienna) o può prendere in considerazione (art. 32), nel costruire il percorso interpretativo. Siamo quindi di fronte a una vera scienza, regolata da norme vincolanti che assicurano la certezza giuridica. Tuttavia essa continua a possedere anche caratteristiche proprie di un'attività artistica e chi scrive ritiene che siano proprio queste caratteristiche ad aver garantito il successo e il pregio dell'articolo 31, così come codificato. Tali aspetti artistici sono infatti rintracciabili nell'assenza di una gerarchia sostanziale tra i mezzi di interpretazione, nella discrezionalità e creatività (che è cosa ben diversa dall'arbitrarietà) che rimane in capo all'interprete e che è monitorata e limitata dall'impiego della buona fede, filo conduttore e sostrato su cui tutti i mezzi di interpretazione devono trovare collocazione.

La CDI e la dottrina hanno in più occasioni rimarcato il concetto in base al quale non vi sia una gerarchia giuridica o addirittura una supremazia sostanziale tra i mezzi indicati ai paragrafi primo, secondo e terzo dell'articolo 31⁴⁷: ciascun mezzo interpretativo elencato all'articolo 31 è "part of a single integrated rule"⁴⁸. Sarà l'interprete invece, eventualmente, a stabilire una gerarchia logica; sarà l'interprete cioè a identificare la rilevanza dei diversi mezzi di interpretazione nel contesto del

⁴⁷ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2013, in UN Doc. GAOR, Sixty-eighth session Suppl. No.10 (A/68/10), pp. 166-218, pp. 9-48, a p. 19 par 15; ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a pp. 219-220, par. 8-9. Si veda VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2009, a p. 435; DELBRÜCK, WOLFRUM (eds.), *Völkerrecht. Die Formen des völkerrechtlichen Handelns; Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft*, Degruyter, Berlino, 2002, a p. 640 "unter sich nicht in einer festen Rangordnung [...]"; DÖRR, SCHMALENBACH (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012, a p. 541; JENNINGS, WATTS (Eds.), *Oppenheim's International Law*, IX ed., Longman, Londra, 1992, a p. 1274, par. 632; Aust parla di 'logical progression', AUST, *Modern Treaty Law*, III ed., Cambridge University Press, Londra, 2013, a p. 208.

⁴⁸ ILC, "Report of International Law Commission on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties (2013)" *cit.*, a p. 18, par. 13.

caso specifico e a determinare le loro reciproche interazioni, attribuendo in buona fede l'enfasi appropriata ad alcuni di essi. Come confermato dalla bozza di Articoli del 1966 della CDI:

'It considered that the article, when read as a whole, cannot properly be regarded as laying down a legal hierarchy of norms for the interpretation of treaties. The elements of interpretation in the article have in the nature of things to be arranged in some order. But it was considerations of logic, not any obligatory legal hierarchy [...]'⁴⁹.

La CDI per riferirsi all'interpretazione, sulla scorta degli articoli 31 e 32, ha utilizzato in diverse circostanze la concettosa espressione 'single combined operation': un'unica operazione che ha quale naturale punto di partenza il significato ordinario del testo, ma nella quale ' [a]ll the elements, as they were presented in any given case, would be thrown into the crucible, and their interaction would give the legally relevant interpretation'⁵⁰ .

Come precisato, il richiamo alla buona fede, operato dal primo paragrafo dell'articolo 31, non è semplicemente *ad colorandum*, costituisce criterio di interpretazione e al tempo stesso il *fil rouge*, il sostrato su cui devono trovare collocazione tutti i mezzi di interpretazione; esso si articola in termini assai ampi, particolarmente attraverso il principio di ragionevolezza, di coerenza, in termini di non contraddizione e di equità. La buona fede è il cuore dell'applicazione della *General Rule*, e pervade l'intero processo interpretativo⁵¹: impedisce un'interpretazione eccessivamente letterale, spingendo all'analisi del termine nel suo contesto e alla luce degli altri mezzi interpretativi; implica l'attenzione per l'oggetto e lo scopo del trattato, gioca un ruolo nello stabilire l'"acceptance" di cui al paragrafo 2 e nella valutazione della prassi successiva ai sensi del paragrafo 3(b); infine assiste l'interprete nell'eventuale ricorso

⁴⁹ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)" *cit.*, a pp. 219-220.

⁵⁰ *Ivi*; ILC, "Report of International Law Commission on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties (2013)" *cit.*, a p. 19; Per un'approfondimento sul c.d. 'crucible approach' si veda VILLIGER, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission" in CANNIZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 105 e ss.

⁵¹ YASSEEN, "L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 151, 1976, a p. 22 e ss.

ai mezzi supplementari di cui all'articolo 32⁵².

La flessibilità dell'attività interpretativa, condotta seguendo le regole previste dall'articolo 31 e 32 della Convenzione di Vienna, è garantita anche dall'indeterminatezza di alcune formule linguistiche -volutamente- utilizzate dai redattori: si pensi ad esempio all'espressione 'any subsequent practice' di cui all'art 31 (3) (b), all'espressione 'all relevant rules of international law' del paragrafo 3(c). Tale flessibilità consente una maggiore adattabilità al caso concreto e all'evoluzione della comunità internazionale e ai cambiamenti dovuti al trascorrere del tempo⁵³.

Il tutto costituisce dunque un impianto altamente giuridico, equilibrato, marcatamente scientifico e rigido ma a tratti artistico e flessibile. Ed è proprio il fatto che l'attività interpretativa conservi alcuni aspetti dell'arte a conferire alle norme sull'interpretazione e al processo interpretativo quella flessibilità necessaria a consentire l'evoluzione del diritto e l'adattamento di quest'ultimo alla realtà⁵⁴.

4. Verso la codificazione delle regole sull'interpretazione: prassi giurisprudenziale e dottrina

Quando la CDI completò la prima lettura della bozza di articoli sul diritto dei trattati nel 1964, il presidente Ago commentò l'opera di codificazione nei seguenti termini, attribuendo alle regole sull'interpretazione ruolo fondamentale ai fini della certezza e della prevedibilità del diritto dei trattati.

⁵² VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* cit., a p. 426; si veda ILC, "Report of International Law Commission on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties (2013)" cit.; ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)" cit., a pp. 96-97, par. 7-13.

⁵³ MERKOURIS, "Interpretation is a Science, is an Art, is a Science" cit., a p. 11. Bernhardt si chiedeva nel 1967: '[e]ven if one considers the laying down of compulsory rules of interpretation to be legally possible, there is the further problem whether such an attempt would be expedient and useful. Too inflexible rules could be a hindrance to the application and development of law, while too vague and elastic rules might be meaningless and easily manipulated. Is there any realistic middle ground?', 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", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27, 1967, pp. 491-506, a p. 493.

⁵⁴ Inoltre secondo Merkouris, "all the international courts and tribunals, either explicitly or implicitly follow the process of treaty interpretation enshrined in Articles 31-33 of the VCLT. Not only do these rules satisfy the need for legal certainty, but also they ingeniously use the failings of language to the benefit of the interpretative process", MERKOURIS, "Interpretation is a Science, is an Art, is a Science" cit., a p. 11.

"[T]he reason why the United Nations had entrusted it with the codification of international law, and in particular the law of treaties, was that the main objective was certainty of the law; and certainty of the law of treaties depended mainly on certainty of the rules of interpretation"⁵⁵.

Gli sforzi verso la codificazione di regole scritte in materia di interpretazione hanno radici profonde e risalenti. Già Grozio, nel suo lavoro 'De Jure Belli Ac Pacis', nel 1625, considerava l'interpretazione dei trattati un tema importante, al punto da dedicargli un intero capitolo⁵⁶. La CDI, nei suoi lavori di codificazione in materia diritto dei trattati, fece riferimento ai lavori di Grozio, ma mai esplicitamente con riguardo al capitolo sull'interpretazione. Il suo lavoro era comunque stato analizzato e recepito dai più recenti studiosi a cui la CDI faceva riferimento⁵⁷. Grozio riteneva che il compito dell'interpretazione fosse quello di dedurre e trarre l'intenzione delle parti dalle parole utilizzate e dalle loro connessioni⁵⁸. I suoi canoni di interpretazione derivavano largamente dall'analisi di testi greco-romani, integrati da un approccio giusnaturalistico che distingueva gli accordi apprezzabili e 'giusti' da quelli 'detestabili', visione che chiaramente non poteva reggere quale base per un codice nel ventesimo secolo.

Secondo Gardiner, i tentativi di elaborazione di regole, posti in essere da Grozio e del suo primo glossatore Pufendorf, ebbero comunque quale significativa conseguenza quella di far escludere alla CDI la scelta di redigere un elaborato codice di canoni, quale quelli prodotti dagli autori in questione⁵⁹.

Successivamente, Vattel, recuperando i canoni romani del diritto privato, formulò una serie di regole interpretative declinate sul diritto internazionale, esercitando una notevole influenza e conferendo al testo un ruolo di primo piano⁶⁰.

⁵⁵ ILC, "765th Meeting: Law of Treaties" (UN Doc. A/CN.4/167/Add. 3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, a p. 23, para 34.

⁵⁶ GROZIO, *De Jure Belli ac Pacis* (Kelsey trad.), Oceana, New York, 1964, al capitolo XVI.

⁵⁷ MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 1961, a p. 364.

⁵⁸ GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis* cit., capitoli I, IV, XVI e XX.

⁵⁹ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)" *cit.*, a p. 218, para 1

⁶⁰ Al lavoro di Vattel con riferimento alla materia dell'interpretazione la CDI fa solo un breve riferimento alla sua arcinota massima 'it is not permissible to interpret what has no need of interpretation'. VATTEL, *The Law of Nations*, Liberty Fund, Indianapolis, 2008, disponibile a http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/2246/Vattel_1519_LFeBk.pdf. Alla massima in claris non fit interpretatio fa riferimento Ruda in ILC, "765th Meeting: Law of Treaties" (UN Doc.

Bederman definisce infatti il lavoro di Vattel, come una 'ringing call for the textualism', che tuttavia egli ritiene inficiata da un 'bewildering pastiche of maxims, without any structure or schematic analysis'⁶¹, che pertanto avrebbe esercitato 'inordinate influence on the subsequent consideration of treaty interpretation problems by international law publicists'⁶².

Altra importante tappa nella progressione del processo di codificazione del diritto dei trattati e, nello specifico delle regole sull'interpretazione, è identificabile nella *Harvard Draft Convention On The Law of Treaties*. Essa non è nient'altro che la pubblicazione degli esiti della ricerca condotta a Harvard e di precedenti studi sul diritto dei trattati affrontati in seno alla Società delle Nazioni e all'Unione Panamericana. La Società delle Nazioni aveva istituito un Comitato di esperti sulla codificazione del diritto internazionale, tuttavia gli sforzi furono principalmente rivolti alla codificazione di procedure per la negoziazione, formazione e conclusione dei trattati. I lavori invece dell'Unione Panamericana portarono alla conclusione della poco partecipata *Havana Convention on Treaties* nel 1928. Essa prevedeva al suo articolo 3 che 'the authentic

A/CN.4/167/Add. 3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, a p. 277, para 33 'At least, if any rules existed, they were subject to considerable doubt, except for the rule in *claris non fit interpretatio*, which had been first formulated by Vattel and which meant that there could be no question of interpretation where the sense was clear and there was nothing to interpret'. McNair spiega come l'interpretazione sia un processo secondario che entra in gioco solo quando sia 'impossible to make sense of the plain terms of the treaty', MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 1961, a p. 365. Ago, in veste di Chairman della CDI preferiva non dare troppa attenzione alla massima di de Vattel, che reputava una trappola ILC, "765th Meeting: Law of Treaties" (UN Doc. A/CN.4/167/Add. 3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, a p. 280, para 79.

Le critiche rivolte a tale massima sono state provocate dal fatto che essa sia sempre stata espunta e decontestualizzata; in realtà essa era parte di una serie di massime specificamente mirate a prevenire comportamenti dolosi e duplicazioni di interpretazioni. In altre parole il senso della frase non era quello attribuitole, tanto che il suo capitolo sull'interpretazione si apre esprimendo la convinzione che, anche qualora le parole di un trattato fossero 'clear, precise and susceptible only of one sense', sarebbe comunque ancora necessario ricorrere all'interpretazione, data l'impossibilità di prevedere ogni caso a cui la regola debba applicarsi. (VATTEL, *The Law of Nations* cit. , in apertura al capitolo XVII). inoltre la regola è solo una dei 60 paragrafi, alcuni dei quali contengono più di una regola interpretativa e che devono -tutti- essere presi in considerazione nel modo appropriato con riferimento al singolo caso di specie.

⁶¹ BEDERMAN, *Classical Canons: Rhetoric, Classicism and treaty Interpretation*, Ashgate, Aldershot, 2001, a p.140

⁶² *Ivi*.

interpretation of treaties, when considering necessary by the contracting parties, shall likewise be in writing⁶³.

Le disposizioni della *Harvard Draft Convention* trattando il tema dell'interpretazione dei trattati, ponevano l'enfasi sul raggiungimento dello scopo del trattato, privilegiando quindi un rigoroso approccio teleologico, enfatizzando la ricerca dello scopo generale del trattato. Nonostante l'affidamento così rigido e perentorio alla ricerca dello scopo del trattato non sia stato adottato dalla CDI, la *Draft Convention* aveva colto e concretizzato tendenze importanti, poi sposate dalla stessa CDI: la riduzione del numero di regole sull'interpretazione, sulla base del rilevato scarso utilizzo, da parte dei tribunali internazionali e della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, dei volumi dei pubblicisti recanti liste e serie di canoni⁶⁴, nonché la delineazione del c.d. - e sopra analizzato- *crucible approach*⁶⁵.

Impossibile infine non menzionare l'apporto alla codificazione delle regole sull'interpretazione reso dall'Istituto di Diritto Internazionale⁶⁶ con la fondamentale risoluzione del 1956, la quale enucleava due articoli in materia di interpretazione, ritenuti -da Waldock stesso- fonte principale di ispirazione, insieme ai sei principi di Fitzmaurice. Indubbiamente in termini di contenuto e di stile, la formulazione degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna deve molto a tale strumento⁶⁷.

Volgendo lo sguardo verso la prassi giurisprudenziale, si nota come la stessa Corte Internazionale di Giustizia, fin dai primi anni di vita, e prima di essa la Corte Permanente di Giustizia internazionale, avessero cercato di dotarsi, per quanto possibile, di principi, tecniche e regole per l'interpretazione di testi convenzionali internazionali. Secondo Orakhelashvili, l'adozione di siffatte regole sull'interpretazione della Convenzione di Vienna rappresenterebbe una scelta in

⁶³ Per tutti i documenti si veda "Harvard Draft Convention on the Law of Treaties", in *American Journal of International Law*, Vol. 29, Suppl. 661, a p. 938 ss., 1935 e Appendix 1 alla Convenzione. Si veda anche AUST, "Law of Treaties", in GRANT, BARKER (eds.), *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, Hein, New York, 2007.

⁶⁴ Da Grozio nel 1625 a Ehrlich 1928. Si veda "Harvard Draft Convention on the Law of Treaties" *cit.*, a p. 939-944.

⁶⁵ Si veda commentario all'articolo 19(a) della *Draft Convention* che pare contemplarlo, sia pure con riferimento alla sola interpretazione teleologica. *Ibidem*, a p. 938.

⁶⁶ Nasce nel 1873 come organo di eminenti giuristi del diritto internazionale. Tra i suoi scopi c'è la promozione della codificazione del diritto internazionale e per perseguire tale obiettivo i suoi membri redigono *reports* e adottano risoluzioni. I suoi lavori sul diritto dei trattati, infatti, inclusero due studi condotti da Lauterpacht, di cui lo stesso si sarebbe servito quale secondo *Special Rapporteur*.

⁶⁷ "Resolution", in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1956, pp. 364-365.

favore dei principi sviluppati nella prassi giurisprudenziale, piuttosto che di quelli sviluppati nell'elaborazione dottrinale contemporanea⁶⁸.

L'approccio interpretativo della Corte Permanente di Giustizia Internazionale (CPGI) anticipava diversi elementi che poi sarebbero stati affrontati nel dibattito sulla redazione degli articoli della Convenzione di Vienna e sarebbero divenuti parte degli articoli 31 e 32. La Corte infatti ricercava il significato ordinario dei termini⁶⁹, teneva in considerazione il contesto in cui essi erano inseriti⁷⁰, valorizzava il modo in cui il trattato era stato applicato dopo la sua entrata in vigore⁷¹ e valutava l'evoluzione di determinate aree del diritto, nonché la natura e lo scopo del trattato⁷².

Il giudice Hudson ha classificato gli orientamenti interpretativi adottati dalla CPGI⁷³. Hudson poneva in cima alla sua lista delle componenti dell'interpretazione il concetto di interpretazione autentica, in base al fatto che la CPGI mostrava di seguire l'interpretazione del trattato su cui tutte le parti fossero d'accordo⁷⁴. Questo atteggiamento si rispecchia ad esempio in diversi strumenti interpretativi di cui all'art. 31 della Convenzione, tra i quali proprio la prassi successiva ex art. 31 (3) (b). Inoltre il giudice precisava il fatto che i giudizi e le opinioni della CPGI riportassero riferimenti all'intenzione delle parti quale guida nell'interpretazione, ma che tuttavia, contestualmente, riconoscessero i problemi legati all'operazione di accertamento di

⁶⁸ ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* cit., a p. 309. DÖRR, SCHMALENBACH (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* cit., a p. 526 "Increasing resort to arbitration from the late nineteenth century onwards resulted in a growing repository of decisions interpreting treaties, while interpretative practice on the universal level gained momentum with the case law of the PCIJ".

⁶⁹ *Exchange of Greek and Turkish Populations*, PCIJ Rep Series B No. 10, 1925, a p. 20; *Polish Postal Service in Danzig* (Advisory Opinion), PCIJ Rep Series B No. 11, 1925, a p. 37; *Legal Status of Eastern Greenland*, PCIJ Series AB No. 53, 1933, a p. 49.

⁷⁰ *Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of the Persons Employed in Agriculture* (Advisory Opinion), PCIJ Rep Series B No. 2, 1922, a p. 23; *S.S. Wimbledon*, PCIJ Series A No 1, 1923, a p. 23 e 25-28.

⁷¹ *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials Who Have Passed into The Polish Service, Against the Polish Railways Administration)*, PCIJ Series B No 15, 1928, a p. 18.

⁷² *The Factory of Chorzów (Claim for Indemnity) (Jurisdiction)*, PCIJ Series A No 9, 1927, a p. 24 e pp. 21-25

⁷³ HUDSON, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, MacMillan, New York, 1943, a pp. 640-641; SPIERMANN, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

⁷⁴ HUDSON, *The Permanent Court of International Justice* cit., a pp. 643, e 649-650.

tale intenzione. Hudson infatti si mostrava cauto nel ritenere la ricerca dell'intenzione quale soluzione chiave di problemi interpretativi⁷⁵.

La giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia ebbe poi un'eccezionale influenza sulla stesura delle regole di Vienna. Fitzmaurice, prima di diventare un giudice, enucleò proprio dai casi della Corte i famosi sei principi, fonte principale di ispirazione per Waldock, il quale, nella stesura del report del 1964, scelse persino di riportarli per esteso.

Come evidenziato nei paragrafi precedenti, alla volta del 726esimo incontro nel 1964, la maggioranza dei membri CDI, nonostante le precedenti discussioni e dopo aver analizzato tutti gli argomenti a favore e contro la codificazione, appariva piuttosto convinta della necessità e della bontà della scelta di inserire regole fisse in materia di interpretazione all'interno del testo della bozza definitiva di articoli sul diritto dei trattati, con il risultato che anche la maggioranza degli Stati delle Nazioni Unite sembravano considerare la codificazione operazione appropriata.

5. I criteri prescelti agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna del 1969⁷⁶: tra preferenze e compromessi

⁷⁵ Tali considerazioni sono state ampliate in sede di dibattito in seno alla CDI, soprattutto con riferimento agli argomenti prospettati dalla *New Heaven School*. Hudson trasse dalla giurisprudenza della Corte anche altri orientamenti poi ripresi dalla Convenzione di Vienna, soprattutto con riferimento al valore confermativo dei lavori preparatori HUDSON, *The Permanent Court of International Justice* cit., a p. 653-654 si veda anche S.S. Lotus, PCIJ Series A, No 10, 1927, a p. 16-17.

⁷⁶ Per agevolare la lettura, dando immediatamente conto del punto di arrivo, si riporta il testo completo degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna del 1969:

"Article 31. General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

Nel terzo rapporto di Waldock (1964), per la prima volta dall'inizio dello studio della materia, si fa riferimento alle regole sull'interpretazione⁷⁷ e, da quel momento, il dibattito si basa non più su ipotetiche disposizioni, bensì sugli articoli dal 70 al 75⁷⁸ (poi 69-71, poi 27-29 e infine articoli 31-33), prodotti dal relatore ed elaborati, per sua stessa specificazione, a partire dai famosi sei principi enucleati da Fitzmaurice e dalla risoluzione dell'Istituto di Diritto Internazionale del 1956⁷⁹, nonché sulla bontà dei criteri ivi prescelti.

Sulla base della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, Fitzmaurice delineò sei principi in materia di interpretazione dei trattati: il principio dell'*actuality* o *textuality*, in forza del quale i trattati devono essere interpretati così come sono, sulla base del significato attuale dei loro termini; il principio del significato ordinario e naturale, secondo cui ai termini e alle espressioni contenuti nel trattato deve essere attribuito il loro significato ordinario nel contesto in cui si inseriscono (tale principio

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended".

"Article 32. Supplementary means of interpretation

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."

⁷⁷ Come precisato da Waldock nel momento in cui si accingeva a presentare il Terzo Report alla CDI, "The revision and the interpretation of treaties are topics which have not been the subject of reports by any of the Commission's three previous Special Rapporteurs on the law of treaties" in 1964. ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (1964) *cit.*, a p. 52.

In realtà fino al 1962-4 la materia stessa del diritto dei trattati aveva subito rallentamenti: la Commissione non riusciva infatti a esaminare in tempi rapidi i *Reports* che le venivano sottoposti, a causa della pressione e del carico di lavoro a cui era sottoposta fino a quel momento. Essa era stata impegnata nel completare, in vista dell'approvazione dell'Assemblea Generale, gli studi sulle materie del diritto del mare, delle relazioni diplomatiche e consolari e delle immunità.

⁷⁸ Sono stati definiti in questa prima versione tuttavia come troppo dettagliati ed eccessivamente ridondanti. si veda SOREL, BORÉ EVENO, "Article 31", in CORTEN, KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804-837, a p. 812

⁷⁹ 'Articles 70-73 take their inspiration from the 1956 resolution of the Institute of International Law and from Sir G. Fitzmaurice's formulation of the "major principles" of interpretation in an article on the law and procedure of the International Court published in 1957'. See ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (1964) *cit.*, a p. 55; FITZMAURICE, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 33, 1957, pp. 203-290, a pp. 210-212; "Resolution"(1956) *cit.*

potrebbe essere contraddetto solo dinanzi alla diretta evidenza che i termini usati siano da intendere in un modo diverso e qualora l'interpretazione conducesse ad un risultato irragionevole); il principio di integrazione, a mente del quale i trattati vanno interpretati nel loro complesso ('as a whole'), ovvero tenendo conto del contesto. Il quarto principio dedotto da Fitzmaurice, forse il più controverso e complesso in quanto espressione di una duplice anima, è quello dell'*effectiveness*: i trattati vanno interpretati con riferimento al loro oggetto e scopo, siano essi dichiarati o apparenti; inoltre le disposizioni devono interpretarsi in modo tale da attribuire loro il massimo effetto compatibile con il significato ordinario dei termini e con il resto del trattato⁸⁰. Il principio della *subsequent practice* consente il ricorso alla prassi successiva delle parti in relazione al trattato, quale strumento utile e importante al fine di ottenere un'affidabile prova di come il trattato sia stato applicato e di quale sia la corretta interpretazione che le parti gli abbiano attribuito. Infine il principio della contemporaneità stabilisce che i termini di un trattato debbono essere interpretati secondo il significato che essi possiedono al tempo della conclusione del trattato stesso.

Il primo principio analizzato da Fitzmaurice esprime il c.d. approccio oggettivo: il testo quale punto di partenza dell'operazione interpretativa. Con un certo grado di semplificazione, si può ritenere che esistano tre scuole di pensiero in materia di interpretazione: quella soggettiva, che valorizza l'intenzione delle parti; quella oggettiva, che privilegia l'elemento testuale ed infine l'approccio teleologico, enfatizzante l'oggetto e dello scopo del trattato. Separare tali orientamenti in una rigida tassonomia appare tuttavia molto lontano dalla realtà, poichè tendenzialmente le varie scuole di pensiero e gli studiosi hanno abbracciato una combinazione di tali

⁸⁰ Il principio di effettività, secondo Thirlway, è costituito da due elementi: il primo si identifica nella regola secondo cui tutte le disposizioni di un trattato devono essere intese come dotate di un proprio significato e pertanto necessarie a determinare il significato del trattato stesso, ovvero il suo scopo: un'interpretazione che non comunichi alcun significato apparirà come sospetta. Il secondo elemento è rappresentato regola in base alla quale tutte le disposizioni, nonchè l'intero trattato stesso, devono essere trattate come tese a perseguire un qualche fine, come aventi -sempre- un effetto e una funzione. Pertanto un'interpretazione che renda inefficace la disposizione apparirà parimenti sospetta: l'interpretazione, in altre parole, deve privilegiare il significato che assicuri una funzione o un effetto alla (*ut res magis valeat quam pereat*); in altre parole un'interpretazione che non assicuri una funzione alla regola sarà sospetta. Secondo Thirlway tale secondo elemento è paragonabile al criterio dell'oggetto e dello scopo e deve essere utilizzato con discernimento. THIRLWAY, "The Law and the Procedure of the International Court of Justice 1960-1989", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 62, 1992, pp. 1-75, a p. 44.

approcci valorizzandone eventualmente uno; come precisato da Sinclair tali orientamenti non appaiono 'mutually exclusive'⁸¹.

A tal proposito l'esito della codificazione posta in essere dalla CDI pare riflettere tutti questi approcci, pur privilegiando quello oggettivo; essa in fondo rappresenta il tentativo di conciliazione tra approccio oggettivo e soggettivo, una soluzione di compromesso, esito delle discussioni in seno alla Commissione e, successivamente, alla Conferenza.

Agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna, l'approccio oggettivo appare a chi scrive bilanciato dalla flessibile formulazione delle regole, dall'assenza di gerarchia sostanziale tra i mezzi della *General Rule*, tale per cui l'interprete possa impostare una gerarchia logica, enfatizzando di volta in volta il mezzo interpretativo più idoneo ad adattarsi al caso concreto, privilegiando ora un'interpretazione teleologica, ora contestuale, testuale, ora basata sulla prassi successiva interpretativa delle parti, ecc.: il dato testuale appare solo un punto di partenza. L'attenzione per l'intenzione delle parti inoltre emerge al paragrafo (4) dell'articolo 31, seppur formulato quale eccezione alla regola generale, così come nel ricorso ai lavori preparatori quale mezzo supplementare, così come in alcune tecniche interpretative ricavabili e avallate dalla *General Rule*, quali l'interpretazione evolutiva di un termine generico, che come si vedrà più avanti, pur fondandosi sul paragrafo 1 dell'articolo 31, non tradisce l'intenzione delle parti al momento della conclusione del trattato⁸². Lo stesso Waldock specificava che nel testo 'must be presumed the authentic expression of the intentions of the parties'⁸³, nel senso che l'interprete potrà mirare al più alla ricerca dell'intenzione delle parti, ma solo in quanto oggettivamente accertabile, così' come emerge dal testo del trattato⁸⁴.

⁸¹ SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984, a p. 115.

⁸² "where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is 'of continuing duration', the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning" *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Reports, 13 June 2009, para. 66. This rule is built on the ICJ approach in *Aegean Sea. Aegean Sea Continental Shelf*, ICJ Reports, 1978, para. 77

⁸³ ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (1964) *cit.*, a p. 56 para. 5

⁸⁴ Koskenniemi spiega come la storia della dottrina sull'interpretazione dei trattati si fondi sul contrasto tra approccio soggettivo e oggettivo: il primo si fonda sul presupposto che i trattati vincolano in quanto espressione di consenso; il secondo assume che le convenzioni vincolino 'because

5.1. Il dibattito

La Commissione adottò gli articoli 27 e 28 con la bozza del 1966 poi, alla Conferenza del 1968/69, 38 delegazioni si confrontarono e commentarono gli articoli in questione.

Sia durante i lavori della Commissione, sia durante la Conferenza di Vienna del 1968, manifeste furono le critiche e le resistenze dottrinali opposte all'approccio adottato dalla CDI.

Lauterpacht, ad esempio, riteneva che enfasi principale dovesse essere posta sull'intenzione delle parti, ammettendo dunque un libero ricorso ai lavori preparatori

considerations of teleology, utility, reciprocity, good faith or justice require this'. L'A. precisa come le opere e le raccolte di giurisprudenza in materia di interpretazione dei trattati solitamente inizino enfatizzando il fatto che un testo debba essere interpretato avendo riguardo al significato ordinario, normale, naturale. Secondo l'A. tale affermazione sarebbe supportata sia dalla teoria oggettiva che da quella soggettiva: il significato naturale costituirebbe, secondo l'approccio soggettivo, ciò a cui le parti hanno acconsentito; mentre, secondo l'approccio oggettivo, ciò che la giustizia richiede. Tale impostazione tuttavia non sarebbe affatto una regola sull'interpretazione, poichè assume ciò che deve essere provato: "The doctrine of "normal" meaning fails to deal with the fact that already the ascertainment of the "normal" requires interpretation and that the very emergence of the dispute conclusively proves this'.

L'obiettivo principale dell'interpretazione, secondo l'approccio soggettivistico, ovvero l'individuazione dell'intenzione delle parti, non potrà essere raggiunto poichè appare impossibile determinare l'autentica e vera intenzione delle parti. Allo stesso modo l'approccio oggettivo non porta a soluzioni! How can we know which interpretation (which behaviour, which teleology) manifests consent?'. L'interprete dovrebbe essere capace di comprendere ciò che il testo richiede, ma non potrà giustificare la scelta con l'intenzione della parte che non è conosciuta, bensì basandosi su elementi non soggettivi (behaviour, teleology...), che assume quale prova del consenso e che altro non sono che estrinsecazione stessa dell'intenzione.

In definitiva "The fusion of the subjective and objective understandings in this way resembles the tacit consent strategy. The subjective theory seems necessary to preserve the treaty's legitimacy. The objective view is needed to preserve the treaty's binding force. Neither can be maintained alone'.

Dunque, con riferimento alle regole della Convenzione di Vienna, l'autore precisa come frequentemente si ritenga che l'articolo 31 rappresenti una soluzione di compromesso che si riferisca virtualmente a qualsivoglia metodo interpretativo. Inizialmente sembra assumere una prospettiva oggettiva, specificando che ciò che conta è il testo. 'However, this is so, as *Waldock* (Third Report on the Law of Treaties p. 56) points out, because text is the primary evidence of what the parties had subjectively intended. The justification of the (objective) textual approach is (subjective) consensual. Therefore, it was logical for the Commission to add in paragraph 4 the provision that "A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended". KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 333-337

e a qualsivoglia altra prova testimoniante la volontà delle parti⁸⁵. Altri ponevano più attenzione all'oggetto e allo scopo del trattato, apparendo di conseguenza maggiormente predisposti, soprattutto con riferimento a trattati multilaterali, ad ammettere un'interpretazione teleologica del testo in grado di andare oltre l'intenzione originaria delle parti, o addirittura divergere da essa⁸⁶.

Una delle critiche più resistenti all'asserita eccessiva preferenza per il dato testuale garantita dagli articoli 27 e 28 (poi 31 e 32) era senza dubbio costituita dall'approccio *policy-oriented* della scuola di *New Haven*, rappresentato in sede di Conferenza del 1968 dalla delegazione statunitense, nella persona di McDougal⁸⁷.

La *New Haven School* partiva dal presupposto che

'the most comprehensive and realistic conception of an international agreement [...] is [...] not that of a mere collocation of words or signs on a parchment, but rather that of a continuing process of communication and collaboration between the parties in the shaping and sharing of the demanded values'⁸⁸.

Tale approccio inevitabilmente influenza la questione dell'interpretazione dei trattati: il processo interpretativo mira in questo senso a comprendere quale sia il processo comunicativo sotteso al trattato, operazione difficilmente raggiungibile attraverso un approccio testuale.

⁸⁵ Lauterpacht riteneva che guardare al testo senza determinare l'intenzione delle parti avrebbe significato impegnarsi in una sorta di investigazione concettuale avulsa dalla prassi e dalla realtà: isolare il testo dall'intenzione delle parti semplicemente non sarebbe permesso, poichè il testo significa ciò che le parti hanno voluto significasse. Secondo l'A., mentre il significato ordinario, pur se inserito nel suo contesto, poteva al più creare una discutibile e confutabile presunzione, i lavori preparatori costituivano 'un élément fondamental, peut-être le plus important, en matière d'interprétation des traités'. LAUTERPACHT, "De l'Interprétation des Traités: Rapport", in *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 43, 1950, pp. 366-460, a p. 397.

⁸⁶ ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (1964) *cit.*, a p. 54; Judge Alvarez in the *Reservations to the Genocide Convention case*, *I.C.J. Reports*, 1951, p. 53.

⁸⁷ Scuola di pensiero giuridico Americana degli internazionalisti dell'Università di Yale. Tra gli autori più rappresentativi di tale scuola: Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell, W. Michael Reisman. Sul punto si veda TANZI, *cit.*, a pp.2-4.

⁸⁸ MCDUGAL, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, Yale University Press, New Haven, 1967, a p. xxiii. L'opera di McDougal, del 1967, giunse forse troppo tardi per influenzare i lavori della CDI, tuttavia la monografia, portatrice di un approccio politicamente orientato drammaticamente diverso da quello contemplato dagli articoli 31 e 32 della convenzione di Vienna, arrivò in tempo per condizionare i dibattiti in seno alla conferenza diplomatica del 1968-69 e l'atteggiamento della rappresentanza degli Stati Uniti alla Conferenza del 1968.

McDougal criticava in particolar modo la scelta di una gerarchia tra i mezzi di interpretazione generali e quelli sussidiari (rispettivamente artt. 31 e 32 VCLT), che si concretizza nell'elaborazione di regole interpretative fisse basate su una supremazia del dato testuale. Egli proponeva invece un'unica regola che posizionasse tutti i metodi su un medesimo livello⁸⁹. Secondo McDougal la soluzione della Commissione, e in particolare la scelta della supremazia del dato testuale e della gerarchia tra i metodi di interpretazione generali e supplementari, avrebbe condotto a una distorsione arbitraria delle intenzioni reali degli Stati, intenzioni che invece devono sempre emergere ed essere rispettate dall'interprete⁹⁰.

⁸⁹ UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and Second Session", in *Official Records*, Vol. 1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, a p.167.

La proposta della delegazione degli Stati Uniti contemplava un unico articolo, composto di otto elementi (tutti posti sullo stesso piano) da tenere in considerazione nell'interpretare. "Those amendments, arranged under sub-headings relating to a combined single article, article 27 as a whole, paragraph 1, paragraph 2 and paragraph 3 of that article, and article 28, were as follows:

(i) *Combined single article*

(a) *United States of America* (A/CONF.39/C.1/L.156): Amend article 27 to read as follows:

A treaty shall be interpreted in good faith *in order to determine the meaning to be given to its terms in the light of all relevant factors, including in particular:*

a) *the context of the treaty*; b) *its objects and purposes*; c) any agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty; d) any instrument made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty; e) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the *common understanding of the meaning of the terms as between the parties generally*; f) *the preparatory work of the treaty*;

g) *the circumstances of its conclusion*; h) any relevant rules of international law applicable in the relations between parties; i) the special meaning to be given to a term if the parties intended *such term to have a special meaning*'.

UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and Second session", in *Official Records*, Vol. 3 (Documents of the Conference), Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, pp. 149-50.

⁹⁰ Secondo McDougal inoltre, "The rigid and restrictive system of articles 27 and 28 should not be made international law because it could be employed by interpreters to impose upon the parties to a treaty agreements that they had never made. The parties to a treaty could well have a common intent quite different from that expressed by the "ordinary" meaning of the terms used in the text. The imposition upon the parties of certain alleged "ordinary" meanings, combined with the preclusionary hierarchy of means set forth in articles 27 and 28, could lead to the arbitrary distortion of their real intentions. [...]The purpose of the United States amendment (A/CONF.39/C.1/L.156) was to eliminate the rigidities, restrictions and hierarchical distinctions in draft articles 27 and 28 (poi 31 e 32 della Convenzione di Vienna). The text of a treaty and the common public meanings of words would be made the point of departure of interpretation, but not the end of the inquiry. [...]". UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, a p.167.

Come rilevato in dottrina, il difetto più grande dell'approccio della *New Haven School* nei confronti del tema dell'interpretazione dei trattati è stato quello di contraddire il concetto stesso di interpretazione, visto che quest'ultimo deve ritenersi un processo il cui scopo è giungere a quel traguardo, che deriverà dall'applicazione delle regole predeterminate sull'interpretazione, e non è invece puntare ad un particolare risultato preconfigurato, cercando di fare in modo che l'interpretazione vi si adegui⁹¹.

Nonostante le accanite critiche mosse da Lauterpacht, così come da McDougal, le parole della CDI, di Waldock e Fitzmaurice, tradivano già nel 1966 l'approccio che gli articoli 31 e 32 avrebbero fatto proprio: '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'⁹².

A conferma di quanto sopra inoltre, le regole sull'interpretazione fanno riferimento ai lavori preparatori solo quale ultima risorsa, nel caso in cui l'interpretazione, sulla scorta dell'articolo 31, abbia condotto a un risultato ambiguo, oscuro, assurdo o irragionevole, ovvero nel caso in cui si voglia confermare l'esito interpretativo emerso in seguito all'applicazione della *General Rule*⁹³. Altre volte la Corte Internazionale di Giustizia ha fatto ricorso ai lavori preparatori per dimostrare *ad abundantiam* che essi non contrastavano con la soluzione già raggiunta⁹⁴.

⁹¹ Tra tutti cfr. ORAKHELASHVILI, *The interpretation* cit., at p.309 e FITZMAURICE G., "Vae Victis or Woe to the negotiators! Your treaty or our Interpretation of It", in *American Journal of International Law*, Vol.65, 1971, pp. 358 e ss., a p.370-372.

⁹² ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1966), *cit.*", a p. 220.

⁹³ *Article 32. Supplementary Means of Interpretation - 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.* La CIG, così come in precedenza la CPGI, ha più volte escluso che sia necessario ricorrere ai lavori preparatori quando il testo del trattato da interpretare sia chiaro (*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to United Nations* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1950, a pp. 8-9). Analogamente la Corte Europea dei diritti dell'uomo, che nel 2007, ha ritenuto inutile considerare i lavori preparatori, avendo già raggiunto una soluzione interpretativa fondata sul testo della norma da interpretare e nonostante in quella circostanza i lavori preparatori deponessero in senso opposto. *Jorgic v. Germany*, (Judgement) App. No. 74613/01, 2007, par. 68-70 'Having thus reached a reasonable and unequivocal interpretation of Article VI of the Genocide Convention in accordance with the aim of that Convention, there was no need, in interpreting the said Convention, to have recourse to the preparatory documents, which play only a subsidiary role in the interpretation of public international law (see Articles 31 § 1 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969)'.

⁹⁴ *Territorial Dispute* (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), ICJ Reports, 1994, par. 55.; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports, 1995, par. 40; *LaGrand*

I lavori preparatori non potrebbero assurgere a mezzo di interpretazione primario, per le aporie che li caratterizzano. Spesso infatti le difficoltà interpretative nei confronti di una disposizione di un trattato derivano proprio dai contrasti che nascono in sede di lavori preparatori. Inoltre, in caso di trattati multilaterali, essi costituiscono documenti incompleti e frammentari, poichè non tutti gli Stati possono aver partecipato ai negoziati e aver avuto rappresentanti presenti alla Conferenza per l'adozione del testo dell'accordo. I lavori preparatori potrebbero, in questo caso, essere invocati nelle relazioni fra certi Stati e non nei rapporti con altri, determinando l'inconveniente che uno stesso trattato sarebbe contestualmente suscettibile di interpretazioni differenziate⁹⁵.

Waldock riteneva che essi non fossero

'an authentic means of interpretation. They are simply evidence to be weighed against any other relevant evidence of the intentions of the parties, and their cogency depends on the extent to which they furnish proof of the *common* understanding of the parties as to the meaning attached to the terms of the treaty'⁹⁶.

(Germany *v.* United States of America), ICJ Reports, 2001, para. 104-107; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), ICJ Reports, 2002, par. 53; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia *v.* Russian Federation), ICJ Reports, 2011, para. 142.

⁹⁵ FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, pp.153 e ss., a pp. 155-156; GAJA, "Trattati Internazionali *cit.*", a p. 356; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention* *cit.*, a pp. 445-447; MERKOURIS, "'Third Party' Considerations and 'Corrective Interpretation' in the Interpretative Use of *Travaux Préparatoires*:-Is It Fahrenheit 451 for Preparatory Works?-", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 75-95.

Interessanti appaiono le parole utilizzate dal delegato della Gran Bretagna in seno alla Conferenza del 1968; egli dopo aver definito i lavori preparatori come spesso confusi specifica come essi non avrebbero alcuna relazione con 'the ultimate text of the treaty; unequal, because not all delegates spoke on particular issue; and partial because it excluded the informal meetings between heads of delegations at which nal compromises were reached and which were o en the most signi cant feature of any negotiation' "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole", in *GAOR*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968, p.178. Si veda ancora, GARDINER, *Treaty Interpretation* *cit.*, a p. 307.

⁹⁶ ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (1964) *cit.*, a p. 55.

L'approccio seguito dalla Commissione, aldilà delle autorevoli critiche sopra riportate, godeva, già al tempo della codificazione, di supporto da parte della maggioranza della dottrina. Lo *Special Rapporteur* riferiva infatti che

'[t]he majority of modern writers, however, insists upon the primacy of the text as the basis for the interpretation of a treaty, while at the same time giving a certain place to extrinsic evidence of the intentions of the parties and to the objects and purposes of the treaty as means for correcting or, in limited measure, supplementing the text'⁹⁷.

Infine l'elemento probabilmente decisivo in favore dell'approccio oggettivo fu costituito dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali i quali fornivano esempi di tutti i metodi finora analizzati, mostrando tuttavia come l'approccio testuale fosse il più impiegato quale punto di partenza⁹⁸.

La preferenza per la ricerca del significato ordinario del termine può essere rintracciata nella giurisprudenza della CPGI⁹⁹, nonché in diversi dei primi casi sottoposti alla CIG, che non mancava di 'throw into the crucible' elementi contestuali, teleologici, il ricorso alla prassi successiva, raramente impiegando l'interpretazione soggettiva¹⁰⁰.

L'esito di tale operazione di codificazione deve, a parere di chi scrive, ritenersi

⁹⁷ *Ivi*.

⁹⁸ "The jurisprudence of international tribunals furnishes examples of all the different approaches to interpretation -textual, subjective and teleological. But it also shows that, if the textual method of interpretation predominates, none of these approaches is exclusively the correct one [...]" ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (1964) *cit.*, a p. 54, para 7; 'the jurisprudence of the International Court contains many pronouncements from which it is permissible to conclude that the textual approach to treaty interpretation is regarded as established by law' ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)" *cit.*, a pp. 220.

⁹⁹ *Lotus Case*, PCIJ Series A, No 10, 1927, a p. 16 'there is no occasion to have regard to preparatory work if the text of a Convention is sufficiently clear in itself'.

¹⁰⁰ Sul punto si veda GAJA, "Trattati Internazionali *cit.*", a p. 355; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention* *cit.*, a pp. 424-425; Si vedano tra gli altri *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to United Nations* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1950, a pp. 4 e 8 "The Court considers it necessary to say that the first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty, is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur"; '[i]f the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end to the matter'; *Judgement of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made Against UNESCO* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1956, a p. 98 'the Court has relied on the wording of the texts in question as well as on their spirit, namely, the purpose for which they were adopted'.

estremamente positivo, in considerazione del fatto che gli articoli 31 e 32 siano trasversalmente applicati con successo nel diritto internazionale e il loro valore non possa pertanto essere discusso¹⁰¹. Nonostante tale opinione sia assolutamente condivisa in dottrina con riferimento a diverse branche del diritto internazionale, non mancano ancora oggi le voci scettiche. In particolare un recente lodo arbitrale ICSID produce alcune riflessioni sul contrasto che esisterebbe tra le regole di Vienna e i canoni interpretativi pre Convenzione:

'[...]the Vienna Convention represents a move away from the canons of interpretation previously common in treaty interpretation and which erroneously persist in various international decisions today. For example, the Vienna Convention does not mention the canon that treaties are to be construed narrowly, a canon that presumes States can not have intended to restrict their range of action. Rather than cataloging such canons (which at best may be said to reflect a general pattern), the Vienna Convention directs the interpreter to focus upon the specific case which may, or may not, be representative of such general pattern.'¹⁰²

Esso sembra ripercorrere e riportare in vita una delle distinzioni proposte a suo tempo da Lauterpacht, secondo il quale l'interpretazione restrittiva, caratterizzata da 'extreme deference to the sovereignty of States' e traducibile nella 'presumption being in favour of assuming that a State intends to be bound by the least of any obligation which could be read from a provision of doubtful content or ambiguous expression', si poneva in aperto contrasto con il principio di effettività, al contrario enfaticamente l'integrità del trattato¹⁰³.

La regola c.d. dell'*in dubio mitius* ha certamente subito un ridimensionamento nel panorama attuale. Tuttavia, essa ritrova spazio nella stessa lettura restrittiva dei requisiti dedotti agli articoli 31 e 32, necessaria al fine di potersi avvalere di un

¹⁰¹ Così VILLIGER, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", in CANIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 105-122, a p. 121.

¹⁰² *Aguas del Tunari, S.a. v. Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 2005, par. 91.

¹⁰³ LAUTERPACHT, "Restrictive Interpretation And The Principle Of Effectiveness In The Interpretation Of Treaties", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 26, 1949, pp. 48 ss., a p. 53.

determinato strumento interpretativo. In altre parole, la flessibilità che caratterizza le norme della Convenzione non esclude il fatto che le stesse debbano, quanto ai requisiti e alle condizioni ivi specificate, essere interpretate restrittivamente e fedelmente, garantendo così la certezza del diritto.

6. La prassi successiva negli articoli 31 e 32 e i recenti lavori della CDI

Nel Terzo Report del 1964, Waldock inserì la prassi successiva tra i mezzi sussidiari di interpretazione, insieme all'oggetto e allo scopo del trattato, accanto ai lavori preparatori e alle circostanze esistenti al momento della conclusione del trattato: si assisteva dunque a una equiparazione tra interpretazione soggettiva, teleologica, storica e sulla base della vita successiva del trattato¹⁰⁴.

¹⁰⁴ *Article 70-General rules*

1. The terms of a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the natural and ordinary meaning to be given to each term —

(a) in its context in the treaty and in the context of the treaty as a whole; and

(b) in the context of the rules of international law in force at the time of the conclusion of the treaty.

2. If the natural and ordinary meaning of a term leads to an interpretation which is manifestly absurd or unreasonable in the context of the treaty as a whole, or if the meaning of a term is not clear owing to its ambiguity or obscurity, the term shall be interpreted by reference to —

(a) its context and the objects and purposes of the treaty; and

(b) *the other means of interpretation mentioned in article 71, paragraph 2.*

3. Notwithstanding paragraph 1, a meaning other than its natural and ordinary meaning may be given to a term if it is established conclusively that the parties employed the term in the treaty with that special meaning.

Article 71-Application of the general rules

1. In the application of article 70 the context of the treaty as a whole shall be understood as comprising in addition to the treaty (including its preamble) —

(a) any agreement arrived at between the parties as a condition of the conclusion of the treaty or as a basis for its interpretation ;

(b) any instrument or document annexed to the treaty;

(c) any other instrument related to, and drawn up in connexion with the conclusion of, the treaty.

2. Reference may be made to other evidence or indications of the intentions of the parties and, in particular, to the preparatory work of the treaty, the circumstances surrounding its conclusion *and the subsequent practice of parties in relation to the treaty*, for the purpose of —

(a) confirming the meaning of a term resulting from the application of paragraph 1 of article 70 ;

(b) determining the meaning of a term in the application of paragraph 2 of that article;

(c) establishing the special meaning of a term in the application of paragraph 3 of that article.

Art. 72 - Effective interpretation of the terms (ut res magis valeat quam pereat)

In the application of articles 70 and 71 a term of a treaty shall be so interpreted as to give it the fullest weight and effect consistent —

(a) with its natural and ordinary meaning and that of the other terms of the treaty; and

Waldock non mancava, in sede di commentario, di specificare quanto il valore probatorio della prassi successiva fosse ampiamente riconosciuto a livello dottrinale e giurisprudenziale. Fitzmaurice in particolare sosteneva che, mentre i lavori preparatori potessero contribuire solo alla ricostruzione dell'intenzione originaria delle parti, la prassi successiva fosse in grado di mettere in atto quell'intenzione, costituendo una 'more reliable guide to intention and purpose than anything to be found for instance in the preparatory work of the treaty, simply because it has taken concrete and active, and not merely verbal or paper, form'¹⁰⁵. Secondo l'autore, era di conseguenza assiomatico il fatto che la condotta in questione dovesse essere posta in essere da entrambe o da tutte le parti - a seconda che si trattasse, rispettivamente, di trattati bilaterali o multilaterali¹⁰⁶.

Sulla base dell'analisi condotta sulla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, Fitzmaurice riteneva appunto che il principio della prassi successiva potesse essere considerato, al pari del principio di effettività,

'as being, in general, subordinate to the principle of the textual and natural meaning-that is to say, *prima facie*, it may serve to confirm that meaning if clear, or may afford an extraneous means of elucidating it, if obscure or ambiguous; but not to change or add to it if no obscurity or ambiguity exists and the sense is clear according to the natural and ordinary meaning'¹⁰⁷.

La Corte Permanente di Giustizia Internazionale, parimenti, nell'opinione resa nel caso *Competence of the ILO*, specificava che '[i]f there was any ambiguity, the

(b) with the objects and purposes of the treaty.

Article 73. — Effect of a later customary rule or of a later agreement on interpretation of a treaty

The interpretation at any time of the terms of a treaty under articles 70 and 71 shall take account of —

(a) the emergence of any later rule of customary international law affecting the subject-matter of the treaty and binding upon all the parties ;

(b) any later agreement between all the parties to the treaty and relating to its subject-matter;

(c) any subsequent practice in relation to the treaty evidencing the consent of all the parties to an extension or modification of the treaty. ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (1964) *cit.*, a p. 52.

¹⁰⁵ FITZMAURICE, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 33, 1957, pp. 203-290, a pp. 210-212, a p. 223

¹⁰⁶ 'in the case of general multilateral conventions, of the great majority of the parties, and not merely of one', *ivi*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, a p. 224.

Court might, for the purpose of arriving at the true meaning, consider the action which has been taken under the treaty¹⁰⁸.

Lo strumento interpretativo veniva altrimenti utilizzato, in assenza di ambiguità, per confermare il significato dedotto dal testo, come nell'opinione resa dalla Corte Permanente nel caso *Interpretation of the Treaty of Lausanne*¹⁰⁹, ovvero in *Corfu Channel case* dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia¹¹⁰. Chiaramente il valore probatorio della prassi successiva era tanto maggiore quanto più attestasse la comune comprensione delle parti con riferimento al significato da attribuire ai termini.

Nel caso *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, la Corte Internazionale di Giustizia, interpretando l'articolo 95 dell'Atto di Algeciras del 1906 concernente i beni importati in Marocco, fece ampio ricorso non solo ai lavori preparatori¹¹¹, bensì anche alla prassi successiva, sia pure con scarsi risultati, poichè la prassi appariva in quel contesto confusa e discordante¹¹².

La giurisprudenza della CIG, e ancor prima della CPGI, mostrava infine fin da subito di ricorrere alla prassi successiva per interpretare i trattati costitutivi di organizzazioni internazionali¹¹³.

¹⁰⁸ *Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of the Persons Employed in Agriculture* (Advisory Opinion), PCIJ Rep Series B No.2, 1922, a p. 39.

¹⁰⁹ 'The facts subsequent to the conclusion of the Treaty of Lausanne can only concern the Court in so far as they are calculated to throw light on the intention of the parties at the time of the conclusion of that treaty.' *Interpretation of the Treaty of Lausanne* (Advisory Opinion), PCIJ Rep Series B No.2, 1925, a p. 24.

¹¹⁰ 'The subsequent attitude of the parties shows that it has not been their intention, by entering into the Special Agreement, to preclude the Court from fixing the amount of the compensation.' *Corfu Channel case* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), ICJ Reports, 1949, p. 25. Nello stesso senso si veda anche *The Brazilian Loans case*, PCIJ Reports Series A, No. 21, 1929, a p. 119.

¹¹¹ *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France v. United States of America), ICJ Reports, 1952, a pp. 216-217

¹¹² 'The Court has examined the earlier practice, and the preparatory work of the Conference of Algeciras of 1906, but not much guidance is obtainable from these sources. The Commercial Agreement made between France and Morocco, dated October 4th, 1892, consists of two letters exchanged between the Foreign Minister of Morocco and the Minister of France in Morocco [...]' a p. 209 'The general impression created by examination of the relevant materials [i.e. practice] is that those responsible for the administration of the customs since the Act of Algeciras have made use of all the elements of valuation available to them, though perhaps not always in a consistent manner.' a p. 211.

¹¹³ *Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of the Persons Employed in Agriculture* (Advisory Opinion), PCIJ Rep Series B No.2, 1922, a pp. 38-40; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to United Nations* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1950, a p. 9;

Nel 1962 nell'opinione *Certain Expenses of the United Nations*, la Corte utilizzò la prassi degli organi delle Nazioni Unite, aprendo il dibattito sulle implicazioni e sugli effetti ai fini interpretativi della prassi degli organi dell'organizzazione, con riferimento al trattato istitutivo della medesima¹¹⁴.

In definitiva, fino a questo momento la dottrina, sia pure riconoscendo un indubitabile rilievo alla prassi successiva alla conclusione del trattato, la considerava solo con riferimento alla ricostruzione dell'intenzione originaria della parti, perchè se ne discostava o perchè la confermava, e pertanto la relegava tra i mezzi sussidiari di interpretazione. È solo con la bozza di articoli del 1964, contenente gli articoli 31-33 in potenza, che 'l'oggetto e lo scopo del trattato', nonché la 'prassi successiva', giungono a costituire parte della *General Rule*¹¹⁵.

La Commissione, in quel frangente, aveva rivalutato la giurisprudenza della Corte Internazionale di giustizia e del suo predecessore la CPGI, rilevando come i tribunali l'avessero considerata quale strumento dal valore confirmatorio o sussidiario solo in caso di ambiguità, ovvero solo poichè si erano trovati ad analizzare della prassi né concordante né espressione dell'accordo di tutte le parti. Il valore probatorio della prassi successiva era considerato, infatti, dai tribunali tanto maggiore

Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1960, pp. 167 e ss.

¹¹⁴ *Certain Expenses of the United Nations* (Advisory Opinion), ICJ Report, 1962, a pp. 157 e ss.

¹¹⁵ Article 69. General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to each term:

- (a) In the context of the treaty and in the light of its objects and purposes; and
- (b) In the light of the rules of general international law in force at the time of its conclusion.

2. The context of the treaty, for the purposes of its interpretation, shall be understood as comprising in addition to the treaty, including its preamble and annexes, any agreement or instrument related to the treaty and reached or drawn up in connexion with its conclusion.

3. There shall also be taken into account, together with the context:

- (a) Any agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty;
- (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which clearly establishes the understanding of all the parties regarding its interpretation.

Article 70. Further means of interpretation

Recourse may be had to further means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to verify or confirm the meaning resulting from the application of article 69, or to determine the meaning when the interpretation according to article 69 :

- (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable in the light of the objects and purposes of the treaty. ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176-208, a p. 199.

quanto più attestasse la comune comprensione delle parti con riferimento al significato da attribuire ai termini¹¹⁶.

Così, alla luce di tale rivisitazione, nella bozza di Articoli del 1964, la Commissione precisava che

'[...] in general, the practice of an individual party or of only some parties as an element of interpretation is on a quite different plane from a concordant practice embracing all the parties and showing their common understanding of the meaning of the treaty. Subsequent practice of the latter kind evidences the agreement of the parties as to the interpretation of the treaty and is analogous to an interpretative agreement. For this reason the Commission considered that subsequent practice establishing the common understanding of all the parties regarding the interpretation of a treaty should be included in paragraph 3 as an authentic means of interpretation alongside interpretative agreements. The practice of individual States in the application of a treaty, on the other hand, may be taken into account only as one of the "further" means of interpretation mentioned in article 70¹¹⁷.

In seguito poi agli ulteriori correttivi alla formulazione del terzo paragrafo, lettera b, concernente la prassi successiva, adottati successivamente al sesto report di Waldock e ai dibattiti in Assemblea Generale¹¹⁸, si giunse, con la bozza di articoli del 1966 e, successivamente con l'adozione del testo della Convenzione in seno alla

¹¹⁶ *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France v. United States of America), ICJ Reports, 1952.

¹¹⁷ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176-208, a p. 204.

¹¹⁸ Ad esempio, anche se si vedrà più avanti, i requisiti 'clearly establishes' 'all the parties' vengono rimossi poichè considerati eccessivamente rigorosi e pertanto non necessari. ILC, "Sixth Report on the Law of Treaties, by Sir H. Waldock, Special Rapporteur (A/CN. 4/186 e Add. 1-7)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966 pp. 51-103, a p. 88; "The text provisionally adopted in 1964 spoke of a practice which "establishes the understanding of all the parties". 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 parties 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' ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1966) *cit.*", a p. 222.

Conferenza, alla formulazione attuale degli articoli sull'interpretazione. Essa contempla la prassi successiva all'articolo 31 (3) (b), il quale recita:

'3. There shall be taken into account, together with the context: [...] (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation.'

Dopo quasi quarant'anni dall'adozione della Convenzione di Vienna, lo strumento interpretativo della prassi successiva, così come codificato nel trattato sui trattati, e precisamente la disposizione che lo contempla, diviene oggetto di rinnovato interesse e confronto, a seguito degli studi condotti dalla CDI a partire dal 2008, volti a dipanare le problematiche sorte negli anni con riferimento all'istituto in questione¹¹⁹.

Sulla scia degli sforzi, falliti, volti a raggiungere accordi in materia di interpretazione intertemporale dei trattati all'interno dei *Draft Articles on the Law of Treaties* del 1966 e del Rapporto sulla 'Fragmentation of the International Law'¹²⁰, la CDI, durante la sessantesima sessione nel 2008, sulla scorta di una proposta avanzata l'anno precedente, sceglie di includere l'argomento 'Treaties over Time' nel suo programma di lavoro e di costituire nella sessione successiva uno *Study Group*, presieduto da Georg Nolte. Dalla sessantaduesima alla sessantaquattresima sessione il gruppo si riunisce, esamina i tre rapporti presentati informalmente dal presidente Nolte e le conclusioni preliminari riformulate alla luce delle discussioni¹²¹.

¹¹⁹ Sulla mandato delle seguenti risoluzioni dell'Assemblea Generale UN Doc. A/RES/63/123 (2008); UN Doc. A/RES/64/114 (2009); UN Doc. A/RES/65/26 (2010); UN Doc. A/RES/66/98 (2011); UN Doc. A/RES/69/118 (2014); UN Doc. A/RES/70/236 (2015) e UN Doc. A/RES/71/140 (2016).

¹²⁰ ILC, "Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, by Koskenniemi - 2006 (A/CN.4/L.682)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>, para. 478 e in futuro in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (Part I, Addendum), 2006. Si veda anche ILC, "Report of the International Law Commission the work of its fifty-eighth session (1 May- 9 June, 3 July-11 August 2006) (A/61/10), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (Part II), 2006, pp. 175-182.

¹²¹ NOLTE, "Introductory Report for the 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 (2010)"; "Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2011)"; "Third Report for the ILC Study Group on Treaties Over Time: Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-Judicial Proceedings (2012)", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

In seno poi alla sessantaquattresima sessione, dietro raccomandazione dello stesso *Study Group*, la CDI decide di modificare la struttura, il format del lavoro e di affidare a Nolte la veste di *Special Rapporteur* per la materia 'Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties'. Nel 2013 la Commissione adotta cinque conclusioni con i relativi commentari, inserendole nel Capitolo IV dell'*Annual Report* del 2013¹²². L'anno successivo, in occasione della sessantacinquesima sessione, la Commissione adotta altre cinque conclusioni in materia, con specifico riferimento all'identificazione della prassi successiva e dell'accordo successivo ai sensi degli artt. 31(3)(a) e 31(3)(b) della Convenzione di Vienna, alla forma e al valore di tali strumenti, alla definizione di 'accordo' adottato nell'ambito delle Conferenze degli Stati Parte di un trattato determinato, eccetera¹²³. Un'ulteriore conclusione -la numero 11-, corredata di commentario e relativa all'interpretazione dei trattati costitutivi di organizzazioni internazionali è adottata nel 2015¹²⁴.

Infine nel 2016, dopo aver redatto l'ultima conclusione, la Commissione adotta in prima lettura le tredici conclusioni provvisorie così predisposte e, ai sensi dell'articolo 21 del proprio Statuto, le trasmette, per il tramite del Segretariato Generale delle Nazioni Unite, ai Governi degli Stati affinché questi, entro il primo gennaio 2018, producano commenti e osservazioni¹²⁵.

¹²² ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2013, in UN Doc. GAOR, Sixty-eighth session Suppl. No.10 (A/68/10), pp. 9-48. Le conclusioni sono adottate sulla base del primo Report dello Special Rapporteur Nolte del 2013 ILC, "First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur - 2013 (A/CN.4/660)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/660>.

¹²³ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2014, in UN Doc. GAOR, Sixty-ninth session Suppl. No.10 (A/69/10), pp. 166-218.

Le conclusioni sono adottate sulla base del secondo *Report* dello *Special Rapporteur* Nolte del 2014 ILC, "Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur - 2014 (A/CN.4/671)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/671>.

¹²⁴ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-seventh session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2015, in UN Doc. GAOR, Seventieth session Suppl. No.10 (A/70/10), pp. 84-103. Le conclusioni sono adottate sulla base del terzo *Report* dello *Special Rapporteur* Nolte del 2015 ILC, "Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur - 2015 (A/CN.4/683)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/683>.

¹²⁵ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR,

I lavori della Commissione affrontano, come già specificato, le problematiche instauratesi negli anni con riferimento agli istituti disciplinati dalle lettere a) e b) dell'articolo 31, paragrafo 3 della Convenzione di Vienna (quindi rispettivamente accordi successivi e prassi successiva); tuttavia la presente trattazione si concentrerà sull'analisi dell'elemento della prassi, che, fin da subito, si è affermato come il più controverso.

Con tali studi, la CDI ha risposto a esigenze di chiarezza e soprattutto di certezza del diritto, a fronte di una dottrina che aveva sino ad allora tentato di dipanare i dubbi sorti attorno a tale istituto, quali, ad esempio, cosa si intenda per prassi successiva, che requisiti debba avere per poter essere rilevante, chi possa esserne l'autore, e così via¹²⁶.

Il lavoro portato avanti dalla CDI è certamente pregevole, tuttavia lascia diverse lacune e pecca in alcuni casi di chiarezza¹²⁷. In considerazione del livello di approfondimento e di ricerca che emerge da tali studi, nel corso del primo capitolo della presente trattazione, volto ad analizzare il valore interpretativo della prassi successiva, costante sarà il riferimento a essi, con l'intento di evidenziarne i punti chiave adeguatamente enucleati e -parimenti- le discrepanze e le incongruità emergenti.

Seventy-First session Suppl. No.10 (A/71/10), pp. 118-240. Le conclusioni sono adottate sulla base del quarto *Report* dello *Special Rapporteur* Nolte del 2016 ILC, "Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur - 2016 (A/CN.4/694)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/694>, concernente principalmente il valore di prassi da attribuire alle pronunce di organi di esperti autorevoli, così come alle sentenze delle corti domestiche.

¹²⁶ Tra gli altre cfr. VILLIGER, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' intended by the international Law Commission", in CANNIZARO (ed.), *cit.*; GARDINER, *Treaty interpretation*, Oxford University Press, 2015; SINCLAIR, *The Vienna Convention on the law of Treaties*, Manchester University Press, 1984; DÖRR, *cit.*; ORAKHELASHVILI, *The Interpretation* *cit.*; FOX, "Article 31 (3) (a) e (b) of the Vienna Convention and the Kasikili SEDUDU Island Case" in FITZMAURICE, ELIAS, P. MERKOURIS (eds.), *Treaty interpretation and the Vienna Convention* *cit.*; ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.9, 2010, pp. 443-494; SALACUSE, *The Law of Investment treaties*, Oxford University Press, 2010, a pp. 139- 157 ecc.

¹²⁷ Nonostante le critiche che gli si possono muovere, non va tuttavia dimenticato che il ruolo della CDI e il compito affidatole non le consentono di agire in modo troppo netto e incauto, soprattutto nella sua funzione preminente di "promotion of the progressive development of international law and its codification". Art 1(1) Statuto della Commissione di diritto Internazionale. Statute of the International Law Commission, disponibile su http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute_e.pdf.

7. Il valore interpretativo della prassi successiva

La seguente trattazione cercherà di mettere in luce più aree tematiche, con riferimento alla prassi successiva, nonché ad altre tecniche interpretative a essa affini. *In primis* sarà preso in considerazione il valore interpretativo della prassi successiva, ovvero il suo utilizzo ai fini dell'interpretazione delle disposizioni di un trattato, caso certamente più pacifico in dottrina e giurisprudenza. Si tratta della c.d. interpretazione autentica, ben esplicitata e rintracciata nell' adagio romano *eius est interpretari cuius est condere*¹²⁸.

Il valore della prassi successiva in applicazione del trattato come mezzo di interpretazione è definito e importante, in considerazione del fatto che essa evidenzia quale sia il significato che le parti abbiano attribuito alla disposizione. Orbene, la rilevanza della prassi successiva, quale fattore di interpretazione sub articolo 31(3)(b) della Convenzione di Vienna (nonché dell'accordo successivo sub articolo 31(3)(a)), è da lungo riconosciuta. Ciò risulta confermato dal fatto che, come ben individuato da Nolte¹²⁹, i tribunali internazionali e altri organi di risoluzione delle controversie hanno dimostrato di applicarla in numerosi casi. Questo è vero per la Corte Internazionale di Giustizia¹³⁰, così come per il suo predecessore, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale¹³¹. La prassi successiva ha giocato un importante ruolo in svariati lodi arbitrali¹³², nella giurisprudenza *dell'Iran-Us Claims Tribunal*¹³³, della Corte

¹²⁸ Citato da Sergio Neri in NERI, *Sull'interpretazione dei trattati internazionali*, Giuffrè, 1958, a p. 5.

¹²⁹ NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, a p. 3.

¹³⁰ Tra gli altri *Case Concerning The temple of Preah Vihear* (Cambodia v Thailandia), ICJ Reports, 1962; *Certain Expenses of the United Nations* (Advisory opinion), ICJ Reports, 1962; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1971; *Kasikili/Sedudu Island* (Botswana v Namibia), ICJ Reports, 1999, *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening), ICJ Reports, 2014.

¹³¹ Tra gli altri *Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of the Persons Employed in Agriculture* (Advisory Opinion), PCIJ Rep Series B No.2, 1922, a pp.38-40; *Interpretation of the Treaty of Lausanne* (Advisory Opinion), PCIJ Rep Series B No.2, 1925, a p. 24; *Jurisdiction of the European Commission of the Danube* (Advisory Opinion), PCIJ Rep Series B No.14, 1926, a pp.27 e 62-63; *Jurisdiction of the Courts of Danzig* (Advisory Opinion), PCIJ Rep Series B No. 15, 1927, a p. 18.

¹³² *The Chamizal Case* (Mexico v. Usa) (award), 1911, 11 RIAA, 323-35; *Affaire de l'indemnité Russe* (Russia v. Turkey) (award), 1912, 11 RIAA, 433; *Interpretation of the Air Transport Service Agreement between the USA and France* (USA v. France) (Award), 1963, 16 RIAA 5-74; *Interpretation of Air Transport Service*

Europea dei Diritti dell'Uomo¹³⁴, del Tribunale Internazionale per l'Ex Jugoslavia¹³⁵ e nei rapporti dei *panels* e dell'organo d'appello dell'Organizzazione mondiale del commercio¹³⁶. Inoltre i tribunali nazionali hanno fatto riferimento alla prassi successiva come mezzo di comprensione dell'impatto che un determinato trattato ha nell'ordinamento domestico¹³⁷.

Nel corso dei capitoli secondo e terzo dell'elaborato, la prassi successiva sarà rispettivamente esaminata e trattata nella sua dimensione di strumento interpretativo capace, così come altre tecniche interpretative affini, di conferire dinamicità e intertemporalità alle disposizioni di un trattato; nonché infine nella sua dimensione di strumento modificativo della disposizione del trattato cui si riferisce (c.d. valenza modificativa della prassi successiva ex articolo 31(3)(b) della Convenzione di Vienna). L'analisi del valore interpretativo della prassi successiva non sarà suddivisa rigidamente per branca disciplinare nel quale tale strumento viene in rilievo, anche se non si mancherà di porre luce sulle peculiarità caratterizzanti l'applicazione dell'articolo 31 (3) (b) nei diversi ambiti del diritto internazionale. Tale precisazione di metodo deriva dalla profonda convinzione di chi scrive del valore unificatore

Agreement between the USA and Italy (Usa v. Italy) (award), 1965, 16 RIAA 100; *Beagle Channel Arbitration* (Argentina v. Chile) (award), 1977, 21 RIAA 53; *Delimitation of the Continental Shelf* (UK v. France) (award), 1977, 18 RIAA 3; *Taba Arbitration* (Egypt v. Israel) (award), 1988, 20 RIAA 56-7; *Affaire de la Délimitation del Frontière Maritime* (Guinée /Guinée Bissau), 1985, 19 RIAA, 175; *Southern Bluefin Tuna Case* (Australia and New Zealand v. Japan) (award), (Jurisdiction and Admissibility) 2000, 22 RIAA 1-57,45-6; *Affaire relative au Régime Fiscal des Pensions Versées aux Fonctionnaires Retraités de l'UNESCO Résidant en France*, 2003, RGDIP 107, 221f.

¹³³ *United States of America, et al v. Islamic Republic of Iran et al.* (award), 1984, 5 Iran- USCTR 71; *Houston Contracting Co. v. National Iranian Oil co. et al.* (award), 1988, 20 Iran- USCTR 56-7.

¹³⁴ *Case of Soering v. UK* (Judgement), Merits and Just Satisfaction APP No 14038/88, 1989; *Case of Loizidou v. Turkey* (Judgement), Merits and Just Satisfaction, APP No 15318/89, ECHR, 1996; *Case of Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Decision, APP No 46221/99, ECHR, 2005

¹³⁵ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (Judgement), ICTY-94-1-A, 2000.

¹³⁶ *Japan-Alcoholic Beverage II*, WTO Appellate Body Report, 1996, WT/DS8/AB/R; *European Communities: Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WTO Appellate Body Report, 1998, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R; *United States Laws Regulation and methodology for Calculating Dumping Margins ('Zeroing')*, Panel Report, 2005, WT/DS294/R, paras 7.214-7.218; *Chile: Price band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agriculture Product*, Panel Report, WT/DS207/R, 2002, paras 7.78-7.101; *United States: Measures Affecting the Cross Border Supply of Gambling and Betting Service*, WTO Appellate Body Report, 2005, WT/DS285/AB/R, paras. 190-5.

¹³⁷ *Medellin v. Texas* 552 US 491, 2008 (Slip Opinion at 20-1); *Trans World Airlines, inc. v. Franklin Mint Corporation* 466 US 243, 1984; *R. v. Sec of State, on Application of Channel Tunnel Group*, 125ILR, 2004; *Morris v. KLM Royal Dutch Airlines*, UK, 2002; *Attorney General v. Zaoni*, NZSC 38, ILDC 81, NZ, 2005; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, 243 DLR (4th) 406, ILDC 175, CA, 2004. Si veda in generale, AUST, NOLTE, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

rivestito dalle regole sull'interpretazione, costituenti rimedio alla frammentarietà e garanzia della certezza del diritto.

8. Interpretazione e applicazione

L'articolo 31 (3) (b) richiede che nell'operazione interpretativa sia presa in considerazione ogni prassi successiva 'in the *application* of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its *interpretation*'¹³⁸. Emerge dunque fin da subito come, prima di procedere con l'analisi dei singoli requisiti che, ai sensi dell'articolo in questione, rendono una prassi successiva rilevante ai fini interpretativi, sia doveroso un richiamo al concetto di applicazione in correlazione con quello di interpretazione di una disposizione convenzionale.

Gourgourinis spiega come la differenza tra interpretazione e applicazione delle regole nell'ambito del diritto internazionale e, più specificamente dell'arbitrato internazionale, abbia da sempre rappresentato un tema delicato e oscuro per la dottrina internazionalistica, soprattutto perché i due termini sono spesso impiegati in modo intercambiabile¹³⁹.

Secondo alcuni autori non sarebbe possibile, nè auspicabile operare una distinzione. '[...] there is a virtually inseparable link between interpretation and application; jurisdictional clauses in treaties invariably cover, as a portmanteau category, "disputes over the interpretation or the application of the present treaty", in such a way that the competent tribunal is not required to distinguish the one from the other'¹⁴⁰. Sur, ad esempio, considerava l'interpretazione come 'omnipresent in the

¹³⁸ (enfasi aggiunta).

¹³⁹ GOURGOURINIS, "The Distinction Between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication", in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2 (1), 2011, a pp. 31-57, a p. 31.

¹⁴⁰ BERMAN, "International Treaties and British Statutes", in *Statute Law Review*, Vol. 26, 2005, pp. 1 ss., a p. 10. Conformemente si veda quanto affermato dalla Corte permanente di arbitrato nel 1912 "[l]'exécution des engagements est, entre Etats comme entre particuliers, le plus sûr commentaire du sens de ces engagements"; in altre parole, l'applicazione della disposizione operata dalle parti costituisce la miglior prova dell'interpretazione che le stesse hanno dato del testo. *Russian claim for Interest on Indemnities (Russia vs Turkey)*, Permanent Court of Arbitration, 1912, UNRIIA Vol. 11 p.421, a p. 431. La Corte Permanente di arbitrato è un'organizzazione intergovernativa con 115 stati membri. È stata istituita nel 1899 durante la prima Conferenza di pace dell'Aja, e precisamente con la convenzione dell'Aja sulla risoluzione pacifica della controversie internazionali del 29 luglio 1899

judicial activity', con riferimento 'to all that comes under the legal process' e pertanto comprendente ogni possibile aspetto dell'applicazione¹⁴¹.

Al contrario, secondo altra parte della dottrina, ormai maggioritaria, la differenza sarebbe innegabile; dibattiti tuttavia continuano a sussistere attorno alla posizione che tali due concetti occuperebbero all'interno del ragionamento giuridico, ovvero, in altre parole, se l'applicazione richieda necessariamente una previa operazione interpretativa oppure possa prescindere da essa.

McNair scriveva che '[...] strictly speaking, when the meaning of a treaty is clear, it is 'applied', not 'interpreted'. Interpretation is a secondary process which only comes into play when it is impossible to make sense of the plain terms of the treaty, or when they are susceptible of different meanings¹⁴², tracciando un imprescindibile richiamo alla massima di Vattel 'it is not permissible to interpret what has no need of interpretation¹⁴³. L'approccio di McNair ha tuttavia ricevuto critiche da parte della dottrina più recente, poichè provocherebbe un'alterazione dell'ordine logico in cui si susseguono le operazioni di interpretazione (*rectius* attribuzione di significato al testo) e applicazione della disposizione. In altre parole, l'assunto, in base al quale, secondo McNair, il trattato è puramente applicato quando il suo significato è chiaro, dimostrerebbe una fragilità intrinseca: la chiarezza del testo invero risulterebbe comunque da un'analisi interpretativa, seppur più elementare e meno complessa di quella che si prospetterebbe dinanzi alla lettera di una disposizione recante concetti e termini oscuri¹⁴⁴.

Gourgourinis distingue tra interpretazione della norma giuridica e applicazione *strictu*

(articoli dal 20 al 29). Alla seconda Conferenza dell'Aja del 1907, con una nuova convenzione, essa è stata rivista e sono state apportate modifiche. Tale organo nasce per facilitare l'arbitrato e altre forme di risoluzione delle controversie internazionali tra Stati, organizzazioni intergovernative e parti private; la Corte si è ora perfettamente situata sulla congiuntura tra diritto pubblico e privato internazionale, incontrando le esigenze della comunità internazionale.

¹⁴¹ SUR, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, Parigi, 1974, a p. 317.

¹⁴² MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 1961, a p. 365.

¹⁴³ VATTEL, *The Law of Nations*, Liberty Fund, Indianapolis, 2008, disponibile a http://if-oll.s3.amazonaws.com/titles/2246/Vattel_1519_LFeBk.pdf.

¹⁴⁴ GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2015, a p. 29. Nello stesso senso, SOREL, BORÉ EVENO, "Article 31", in CORTEN, KLEIN, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*. Vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804-840, a p. 806, para. 3. L'A. ritiene che l'importanza dell'interpretazione derivi dal fatto che essa consista nel conferire l'esatto significato e contenuto alla regola di diritto applicabile a una data situazione; in altre parole l'importanza dell'interpretazione risiederebbe proprio nel suo stretto legame con l'applicazione, secondo l'adagio 'Il n'y a pas d'application sans interpretation'.

sensu della medesima, intesa quale applicazione coerente con i risultati interpretativi raggiunti e adeguati agli specifici fatti del caso concreto. Infine, diversamente dalle norme convenzionali, la consuetudine e i principi generali sarebbero suscettibili di un'applicazione *latu sensu*, stante la loro intrinseca inidoneità all'interpretazione¹⁴⁵.

In ogni caso, sia che si considerino come imprescindibilmente legate, sia che si ritengano operazioni capaci di sussistere autonomamente, appare certo a chi scrive che una distinzione fra i due processi esista e che, pertanto, l'assunzione secondo cui non possa sussistere differenza soffra di un eccesso di semplificazione.

Già la *Harvard Law School Draft Convention on the Law of Treaties* esplicita che 'interpretation is the process of determining the meaning of a text; application is the process of determining the consequences which, according to the text, should follow in a given situation'¹⁴⁶, pur sempre riconoscendo lo stretto e necessario rapporto che intercorre fra le due operazioni nel rimarcare come 'the 'application' of Treaties [...] must almost inevitably involve some measure of 'interpretation'¹⁴⁷.

Nei dibattiti in seno alla CDI verso la codificazione del diritto dei trattati, la distinzione tra applicazione e interpretazione è stata un tema spesso evaso, seppur noto. La bozza dell'articolo 56 formulato da Waldock nel suo Terzo Report del 1964 e rubricato 'The Intertemporal Law', potrebbe essere identificata come un primo tentativo di mettere in luce il tema¹⁴⁸. In quel frangente, tuttavia, il tentativo di tracciare una demarcazione tra i due concetti, si dimostrò inconcludente e pertanto la disposizione fu espunta dai *Draft Articles* del 1966, complice lo scetticismo che accompagnava, più che la distinzione tra le due operazioni normative, il tema del diritto intertemporale¹⁴⁹. Ancora una volta, nel 2006, in occasione del Report sulla 'Fragmentation of International Law', la CDI si astiene esplicitamente dal tracciare

¹⁴⁵ GOURGOURINIS, "The Distinction Between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication", in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2 (1), 2011, a pp. 31-57, a pp. 46-49.

¹⁴⁶ "Harvard Draft Convention on the Law of Treaties", in *American Journal of International Law*, Vol. 29, Suppl. 661, a p. 938 ss., 1935, a p. 938-939; nella stesso senso ANZILOTTI, *Cours de droit international: Introduction - théories générales*, Librairie de Recueil Sirey, Parigi, 1929, a pp. 105-106.

¹⁴⁷ "Harvard Draft Convention", *ivi*.

¹⁴⁸ L'articolo 56 recitava '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'.

¹⁴⁹ "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a pp. 8-9.

una distinzione tra i due processi interpretativo e applicativo, mostrando di utilizzare i termini come sinonimi; essa si limita infatti a stabilire che 'a tribunal may only have jurisdiction in regard to a particular instrument, it must always *interpret* and *apply* that instrument in its relationship to its normative environment'¹⁵⁰.

Tale astensione di giudizio si protrae fino al Report del 2014 per la materia 'subsequent practice e subsequent agreement', nell'ambito del quale la CDI mostra di pronunciarsi sul punto, aderendo a quanto sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie¹⁵¹. La Commissione definisce l'interpretazione come quel processo attraverso il quale è chiarito il significato di un trattato, ovvero di una o più delle sue disposizioni; l'applicazione, invece, riguarderebbe le condotte attraverso le quali i diritti previsti da un trattato sono esercitati e i suoi obblighi adempiuti, in tutto o in parte. La prima si qualificerebbe alla stregua di un'operazione mentale, mentre la seconda si incentrerebbe su condotte (atti od omissioni) attuali e concrete¹⁵². Tali operazioni pertanto si presenterebbero come distinguibili, seppur strettamente collegate e costruite l'una sull'altra. Secondo la Commissione, infatti, anche se possono sussistere aspetti dell'interpretazione che rimangono scollegati dall'applicazione del trattato, l'applicazione del trattato inevitabilmente 'involves some elements of interpretation', anche nel caso in cui la regola sotto analisi appaia chiara¹⁵³. La CDI spinge il discorso a un livello ulteriore, precisando come tanto un accordo 'regarding the interpretation' del trattato, quanto un accordo 'in the application' del medesimo, ai sensi dell'articolo 31 (3) (a) della Convenzione di Vienna implicherebbero parimenti che le parti abbiano assunto una posizione sull'interpretazione del trattato medesimo. Anche se le ricadute pratiche di questa differenziazione tra accordo interpretativo e applicativo sono certamente esigue, non si può da un punto di vista giuridico-concettuale non notare come la Commissione finisca, con tale ragionamento, per svuotare di significato l'enunciato dell'articolo 31

¹⁵⁰ ILC, "Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, by Koskenniemi - 2006 (A/CN.4/L.682)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>, par. 423.

¹⁵¹ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of 'Treaties'", 2014, in UN Doc. GAOR, Sixty-ninth session Suppl. No.10 (A/69/10), pp. 166-218.

¹⁵² *Ibidem*, a p. 171.

¹⁵³ *Ivi*. Il pensiero della CDI appare condiviso anche da HARASZTI, *Some Fundamental Problems in the Law of Treaties*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1973, a p. 18: 'a legal rule manifesting itself in whatever form cannot be applied unless its content has been elucidated'.

(3) (a), che esplicitamente distingue con un 'or' le due ipotesi, e dunque finisce per riportare le interpretazione e applicazione a una sostanziale equiparazione¹⁵⁴.

Al di là delle critiche che possono essere mosse alla ricostruzione operata dalla CDI, appare sin qui chiaro a chi scrive come interpretazione e applicazione costituiscano concetti distinti e capaci di autonoma sussistenza (pura applicazione della regola chiara o pura interpretazione non finalizzata all'applicazione della regola).

Assodati a questo punto gli orientamenti e le considerazioni di ordine concettuale intorno alle nozioni di interpretazione e applicazione, urge sottolineare come, proprio alla luce della sopramenzionata astensione di giudizio che ha caratterizzato i lavori della CDI e delle incertezze terminologiche in sede di redazione del testo della Convenzione di Vienna, il termine 'applicazione' risulti talvolta impiegato all'interno della medesima Convenzione sul diritto dei trattati in modo improprio¹⁵⁵.

Questo appare essere il caso dell'articolo 31 (3) (b), all'interno del quale il termine 'applicazione' non possiederebbe la valenza sinora descritta, al contrario la formulazione stessa del testo suggerirebbe un utilizzo atecnico del medesimo: la prassi successiva che stabilisce l'accordo delle parti riguardo l'interpretazione del trattato sarebbe quella 'in applicazione' della convenzione stessa, ovvero quella genericamente 'relativa, riferita, fondata sul trattato o sulle sue disposizioni' e pertanto inevitabilmente *successiva* alla conclusione dello stesso¹⁵⁶.

Il ragionamento risulta confermato dal fatto che lo stesso termine è utilizzato in maniera parimenti impropria nella disposizione che avrebbe dovuto essere quella speculare all'articolo 31 (3) (b), ovvero il 38 dei *Draft Articles* del 1966, poi espunto

¹⁵⁴ Si veda infatti ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/69/10 (2014) *cit.*, a p. 172, par. 4: "The word "or" in article 31, paragraph 3 (a), thus does not describe a mutually exclusive relationship between "interpretation" and "application".

¹⁵⁵ Con riferimento a tali incertezze terminologiche si veda ad esempio l'utilizzo del termine 'applicazione' all'interno dell'articolo 31 della Convenzione, frutto di una proposta del Pakistan, mai analizzato o chiarito, bensì semplicemente inserito. "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole", in *GAOR*, Vol. 1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, A/CONF.39/11, a p.168, para 53. Sull'utilizzo improprio del termine all'interno della Convenzione di Vienna si veda GARDINER, *Treaty Interpretation* *cit.*, a p. 28 e 261; GOURGOURINIS, "The Distinction Between Interpretation and Application *cit.*", a p. 35.

¹⁵⁶ Conformemente "[i]n subparagraph (b), "application" stands for a broader concept." LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 166.

dalla versione definitiva della Convenzione di Vienna e recante la valenza modificativa della prassi successiva. A mente del medesimo: 'A treaty may be modified by subsequent practice *in the application* of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions'¹⁵⁷.

Una modifica, infatti, come fortemente sostenuto dalla stessa CDI, non può essere in applicazione del trattato, pertanto -si aggiunge- il termine non può che essere stato utilizzato in senso atecnico.

Infine la ricostruzione proposta torna a conferire valore ed effettività alla formulazione dell'articolo 31 (3) (a) che, a differenza del 31 (3) (b), distingue con una congiunzione disgiuntiva gli accordi interpretativi da quelli applicativi.

Si vedranno più avanti nella trattazione, specificamente nel terzo capitolo, le ricadute di tali considerazioni soprattutto al fine di contestare le obiezioni poste dalla CDI avverso la valenza modificativa della prassi successiva recante tutti i requisiti previsti dall'articolo 31 (3) (b).

9. Individuazione della prassi rilevante ai sensi dell'articolo 31 (3) (b): caratteristiche e requisiti

La prassi successiva, per poter essere rilevante ai fini dell'articolo 31 (3) (b), deve possedere tutte le caratteristiche di seguito analizzate e restrittivamente intese¹⁵⁸. Tali requisiti sono direttamente estrapolati dal testo della disposizione in oggetto, nonché enucleati nel corso degli anni dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dall'opera della CDI.

¹⁵⁷ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 236. L'articolo, come si vedrà più avanti, era già contenuto nei *Draft Articles* del 1964. L'articolo 68, rubricato 'Modification of a treaty by a subsequent treaty, by subsequent practice or by customary law', recitava infatti: "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 that their 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 by the treaty and binding upon all the parties' (*enfasi aggiunta*). ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176-208, a p. 198.

¹⁵⁸ Secondo la CDI, la prassi che tuttavia non possieda tutti i requisiti, racchiusi nell'articolo 31 (3) (b) ed esplicitati in dottrina e giurisprudenza, può comunque ricadere sotto l'ambito applicativo dell'Articolo 32, il quale elenca una serie non esaustiva e tassativa di mezzi interpretativi complementari.

Art. 31 (3) (b): "Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation".

In quanto mezzo di interpretazione autentica, deve essere una condotta delle parti, posta in essere dopo la conclusione del trattato, ad esso riferita e in grado di esprimere l'accordo di tutte le parti riguardo all'interpretazione del medesimo.

9.1. Subsequent: *un chiarimento*

La prima caratteristica, in cui inevitabilmente ci si imbatte nella lettura della disposizione, è racchiusa nell'espressione *subsequent*.

Sussistono due distinte tipologie di 'mezzi successivi' per l'interpretazione dei trattati, ovvero *subsequent agreement* ex articolo 31(3)(a) e *subsequent practice* ex articolo 31(3)(b); uno degli elementi comuni a entrambi gli strumenti è la loro collocazione temporale, ovvero 'after the conclusion of the treaty'¹⁵⁹. La CDI ha precisato come con tale concetto si intenda spesso il lasso di tempo anteriore al momento dell'entrata in vigore del trattato e immediatamente successivo alla sua conclusione¹⁶⁰. Conclusione di un trattato e sua entrata in vigore infatti, come ben esplicitato dalla stessa Convenzione di Vienna (v. per tutti l'articolo 18¹⁶¹), sono nozioni distinte, dato

¹⁵⁹ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 221, par. 14.

¹⁶⁰ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2013, in UN Doc. GAOR, Sixty-eighth session Suppl. No.10 (A/68/10), pp. 9-48, a pp. 31-32 e si veda anche NOLTE, "Introductory Report for the 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 NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp.169 e ss., a p. 189.

¹⁶¹ Articolo 18 della Convenzione, rubricato 'Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force. A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed'.

che la prima si riferisce semplicemente alla circostanza in cui 'the text of the treaty has been established as definite'¹⁶². In altre parole la prassi sarà successiva, solo se generatasi a partire dal momento in cui il trattato da interpretare sia considerabile come definitivo¹⁶³.

Il secondo paragrafo dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna invece prevede che il contesto, ai fini dell'interpretazione, includa, insieme al testo, alcuni *agreements* e *instruments*, stabiliti ed elaborati dalle parti in occasione della conclusione, ovvero assunti in una relazione di vicinanza temporale e contestuale con la conclusione del trattato. Tali strumenti e accordi, se posti in essere dopo tale momento, costituiscono *subsequent agreement* e *subsequent practice* ai sensi del terzo paragrafo dell'articolo 31¹⁶⁴.

9.2. *Articoli 31 (3) (a) e 31 (3) (b): una distinzione vanescente*

Prima di procedere con la disamina delle caratteristiche dell'istituto della prassi successiva di cui all'articolo 31 (3) (b), appare necessario chiedersi se esista o meno una netta distinzione tra lo strumento in analisi e quello contemplato dalla lettera a del medesimo paragrafo, ovvero il c.d. *subsequent agreement*.

Nonostante la figura dell'accordo successivo abbia da sempre destato meno

¹⁶² ILC, "Report of International Law Commission *cit.*", 2013 (A/68/10), a p. 31; Circa l'ipotesi di una prassi successiva in caso di 'treaty termination': "It is difficult to conceive of a relevant authentic subsequent conduct after the termination of a treaty. After all, Article 31 (3) (b) VCLT speaks of 'practice in the application of the treaty' and thus seems to presuppose that the treaty is still in force. If the treaty has expired conduct by the former parties can, therefore, normally not be regarded as intending to produce retroactive effects. Such intentions and effects are, nevertheless, not entirely excluded. It is conceivable that the parties to an expired treaty still 'apply' it through their subsequent conduct by dealing with the situation which has resulted from the treaty and which continues to exist regardless of the termination of the treaty" NOLTE, "Introductory Report for the 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 NOLTE, *Treaties cit.*, a pp.189-190.

¹⁶³ LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 187.

¹⁶⁴ YASSEEN, *L'interprétation cit.*, a p. 38; ILC, "Report of International Law Commission *cit.*", 2013 (A/68/10), a p. 31. L'articolo 31 par 2 della Convenzione di Vienna recita: '2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty'.

perplexità e richiesto minori chiarimenti da parte della dottrina e della giurisprudenza rispetto alla prassi successiva, una breve analisi delle sue caratteristiche consente di completare il quadro descrittivo, mettendo in luce la difficoltà, talvolta addirittura l'impossibilità, sussistente nel rintracciare una netta distinzione tra i due istituti.

Significativo anzitutto è il fatto che l'articolo 31 (3) (a) utilizzi il termine *agreement* e non invece il termine *treaty*. È arcinoto che l'espressione 'trattato' sia definita dalla stessa Convenzione di Vienna all'articolo 2 (1) (a) quale 'accordo internazionale concluso in forma scritta fra Stati e disciplinato dal diritto internazionale, contenuto sia in un unico strumento sia in due o più strumenti connessi e qualunque sia la sua denominazione'. La norma contiene dunque alcune formalità richieste perché la convenzione internazionale possa ricadere nell'ambito applicativo della Convenzione di Vienna, quali ad esempio la forma scritta. Tuttavia, sotto il profilo terminologico, va da subito chiarito come sussista una notevole elasticità: rientrano nella definizione gli 'incontri di volontà tra soggetti di diritto internazionale indipendentemente dalla definizione formale che viene fornita all'accordo in questione; le etichette giuridiche possono avere valore eventualmente descrittivo ma non certo normativo'¹⁶⁵.

Fatta tale doverosa precisazione, non sfugge invece come nessuna formalità sia prevista per i c.d. meri *agreements* né all'interno della Convenzione di Vienna¹⁶⁶, né nel diritto internazionale consuetudinario. Infatti l'articolo 31(3) (a) non prevede alcun particolare requisito formale, limitandosi all'utilizzo del termine *agreement*¹⁶⁷.

La CDI ha cercato di individuare una distinzione tra i due strumenti contemplati alle lettere (a) e (b): la differenza risiederebbe nelle diverse forme che incorporano l'espressione della volontà delle parti. Un accordo successivo sub lettera a) avrebbe *ipso facto* l'effetto di costituire un mezzo di interpretazione autentica (in quanto già accordo); mentre una prassi successiva potrebbe avere quell'effetto solo qualora sia in grado di mostrare allo stesso tempo 'the common understanding of the parties as to the meaning of the text', ovvero qualora stabilisca "the agreement of the

¹⁶⁵ TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Vicenza, 2010, a pp.122-125.

¹⁶⁶ Tra gli altri si vedano articoli 3, 24 (2), 39, 40, 58 (1), 60 (2) (a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

¹⁶⁷ Come si vedrà nel corso della trattazione tendenza costante della CDI è quella di escludere che un accordo sull'interpretazione debba necessariamente avere un valore vincolante, temendo di sconfinare dal campo interpretativo, così discostandosi peraltro da una consistente dottrina (VILLIGER, *cit.*, p. 111; DÖRR, *cit.*, p. 72-75; GARDINER, *cit.*, p. 32).

parties regarding its interpretation”. In altre parole, una distinzione sarebbe rintracciabile nel modo più o meno gravoso di costituzione dell'accordo delle parti riguardante l'interpretazione di un trattato¹⁶⁸. Come, ad esempio, ha sottolineato Hafner 'the second procedure (subsequent practice) comprises a practice of longer duration that is shared by the states parties and reflects an underlying agreement among them'¹⁶⁹.

Nonostante gli sforzi della Commissione, a parere di chi scrive, sul punto vi è una certezza, ovvero il fatto che la distinzione non sia sempre chiara e immediata e che forse, nella maggior parte dei casi, nemmeno esista.

La riluttanza della dottrina¹⁷⁰ e della giurisprudenza internazionali ad affermarla non può che confermare tale timore. I tribunali infatti scelgono di utilizzare espressioni in grado di ricomprendere tanto la prassi successiva quanto l'accordo successivo¹⁷¹;

¹⁶⁸ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2013, in UN Doc. GAOR, Sixty-eighth session Suppl. No.10 (A/68/10), pp. 9-48, a p. 23. Secondo la CDI, tendenzialmente poi un *subsequent agreement* sub lett. a) dovrebbe essere raggiunto e presupporrebbe un *unico* atto comune proveniente dalle parti che manifestino la loro condivisa comprensione circa l'interpretazione del trattato o l'applicazione delle sue disposizioni. La *subsequent practice* sub lett. b), invece, ricomprenderebbe tutte le altre forme rilevanti di condotte successive delle parti di un trattato che contribuiscono all'identificazione di un accordo, dunque potrebbe trattarsi anche dell'analisi di una pluralità di atti, che nel loro insieme esplicitino l'accordo. ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2013, in UN Doc. GAOR, Sixty-eighth session Suppl. No.10 (A/68/10), pp. 9-48, a p. 32; Si veda anche *C.C.F.T. v. United States*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Award on jurisdiction, 2008. Tuttavia sulla possibilità della configurazione di una one-off practice si vedano par. 10.3.3. e 10.3.4. della presente trattazione.

¹⁶⁹ HAFNER, "Subsequent Agreements and Practice: Between interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment" in NOLTE, *Treaties* cit., pp.105 e ss, a p. 109.

¹⁷⁰ 'In judicial practice, the existence of subsequent agreement as an interpretative factor is rarely found as such.[...] Finding a qualitative difference, in terms of effect, between subsequent agreements and subsequent practice is hardly possible'. Ancora 'Article 31(3)(a) of the Vienna Convention refers to 'any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions' while Article 31(3)(b) refers to 'any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation'. There seems to be no clear-cut distinction between the concepts of subsequent agreement and subsequent practice, either in terms of the nature of the concepts or their place in terms of the structure of international law-making. For the purposes of treaty interpretation, there is hardly any substantial difference between these two elements [...]' ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, a p. 355; LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties* cit., a pp. 137-139; VAN DAMME, *Treaty Interpretation* cit., a p. 340.

¹⁷¹ In *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, la CIG utilizza l'espressione "subsequent attitudes" per indicare indistintamente accordo e prassi successivi. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, ICJ Reports, 1994, a pp. 34 e ss., par. 66 e ss.. Nel caso *Gabcikovo-Nagymaros project* la Corte internazionale di Giustizia parla di 'subsequent positions', *Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros*

lasciano la questione aperta evitando il riferimento particolare a un mezzo piuttosto che ad un altro¹⁷² oppure concepiscono l'accordo successivo alla stregua di una sottocategoria della prassi¹⁷³.

La stessa CDI non manca di riconoscere come, di fatto e nel caso specifico, 'prassi' e 'accordo' tendano a confondersi e non siano distinguibili¹⁷⁴.

9.3. La necessità che la prassi sia 'motivated by the treaty'

Come più approfonditamente specificato nei paragrafi precedenti, la prassi deve essere 'in the application of the treaty', nel senso che -a parere di chi scrive- essa deve essere il più possibile riferibile al trattato, deve promanare dal medesimo ovvero deve fondarsi su un diritto o un obbligo dedotto nel trattato posto al vaglio interpretativo.

Quando il Tribunale Iran-Stati Uniti si trovò ad analizzare la questione se il paragrafo 9 della *Claims Settlement Declaration* obbligasse gli Stati Uniti a restituire le proprietà militari all'Iran, ritenne, in forza di una prassi successiva delle parti, che la Dichiarazione contenesse un obbligo implicito di risarcimento in caso di mancata restituzione¹⁷⁵.

Project (Hungary vs Slovakia), ICJ Reports, 1997, a p.77, par 138; si veda anche *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, ICJ Reports, 1995, p. 122, par 28 ("subsequent conduct").

¹⁷² Nel caso *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, la CIG lascia aperta la questione se l'utilizzo di una mappa possa costituire accordo o prassi. *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, ICJ Reports, 2002, a p. 656, par. 61. L'organo d'appello e i *panels* del WTO spesso non distinguono tra prassi e accordo e richiamano la disposizione come fosse un *unicum* (articolo 31 (3) (a) e (b)). *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, WTO Appellate Body Report, WT/DS204/R, adottato l'1 giugno 2004, e *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, adottato il 20 aprile 2005.

¹⁷³ *Kasikili/Sedudu Island*, ICJ Reports, 1999, a par. 63. *Contra*, nel senso di un orientamento più restrittivo, improntato sull'esistenza di un discrimine tra i due mezzi, si veda ad esempio *C.C.F.T. v. United States*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Award on jurisdiction, 2008.

¹⁷⁴ ILC, "Report of International Law Commission *cit.*", 2013 (A/68/10), a p. 34.

¹⁷⁵ '66. [...] Although Paragraph 9 of the General Declaration does not expressly state any obligation to compensate Iran in the event that certain articles are not returned because of the provisions of U.S. law applicable prior to 14 November 1979, the Tribunal holds that such an obligation is implicit in that Paragraph. [...] 68. Moreover, the Tribunal notes that the interpretation set forth in paragraph 66 above is consistent with the subsequent practice of the Parties in the application of the Algiers

La prassi invocata dal Tribunale si riferiva alla condotta tenuta dagli Stati Uniti il 26 marzo 1981; essi avevano in quella circostanza semplicemente comunicato allo Stato iraniano che, in seguito all'impossibilità di restituire gli equipaggiamenti militari, si sarebbero fatti carico di rimborsare per quanto possibile l'Iran dei costi dei medesimi. Questa soluzione incontrò nette resistenze nel giudice Holtzmann, il quale precisò come una condotta successiva, posta in essere da uno Stato parte, possa essere rilevante ai fini interpretativi solo laddove la stessa appaia 'motivated by the treaty'. Nel caso di specie non ci sarebbe stata prova alcuna del fatto che la volontà degli Stati Uniti, di compensare l'Iran per le proprietà non restituite, derivasse da un'implicita obbligazione in tal senso dedotta dalla disposizione in via interpretativa¹⁷⁶.

Non sfugge in altre parole l'importanza, affinché una prassi possa ritenersi rilevante, del legame della medesima col trattato cui si riferisce. Inoltre ai fini interpretativi, con la stessa, le parti dovrebbero esprimere una posizione 'regarding the interpretation of the treaty'.

Con riferimento a ciò, la CDI si è dimostrata nei suoi rapporti critica nei confronti della Corte europea dei diritti dell'uomo, rimproverandole di adottare un

Accords and, particularly, with the conduct of the United States. Such a practice, according to article 31 (3) (b) of the Vienna Convention, is also to be taken into account in the interpretation of a treaty. In its communication informing Iran, on 26 March 1981, that the export of defence articles would not be approved, the United States expressly stated that "Iran will be reimbursed for the cost of equipment in so far as possible." in *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-US Claims Tribunal, Partial Award No. 382-B1-FT, 1989, pp. 294-295. Si veda infine ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2014, in UN Doc. GAOR, Sixty-ninth session Suppl. No.10 (A/69/10), pp. 166-218, a p. 175. Il Tribunale Iran-Stati Uniti è stato costituito con la Claims Settlement Declaration, allegata agli Accordi di Algeri del 1981 (*Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the settlement of claims by the Government of the United States of America and the Islamic Republic of Iran*, 19 gennaio 1981, 20 ILM 224). Ai sensi dell'articolo VII della Dichiarazione menzionata, l'organo ha il compito di risolvere le controversie sorte tra nazionali statunitensi e lo Stato iraniano, ovvero tra nazionali iraniani e Stati Uniti. Sul punto RADICATI DI BROZOLO, "La soluzione delle controversie tra Stati e stranieri mediante accordo internazionale: gli Accordi tra Stati Uniti e Iran", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1982, pp. 299 e ss.

¹⁷⁶ "Subsequent conduct by a State party is a proper basis for interpreting a treaty only if it appears that the conduct was motivated by the treaty. Here there is no evidence, or even any argument, that the United States' willingness to pay Iran for its properties was in response to a perceived obligation imposed by Paragraph 9. Such conduct would be equally consistent with a recognition of a contractual obligation to make payment. In the absence of any indication that conduct was motivated by the treaty, it is incorrect to use that conduct in interpreting the treaty." in Separate Opinion of Judge Holtzmann, Concurring in Part, Dissenting in Part in *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-USCTR, Iran-US Claims Tribunal, Partial Award No. 382-B1-FT, 1989, p. 304

atteggiamento più elastico nella valutazione di questo legame. Essa infatti solitamente, nell'analizzare la condotta tenuta dai differenti organi statali (esecutivi, legislativi, giudiziari o altro), presuppone, senza alcuna verifica, che gli Stati siano sempre consci degli obblighi che gli derivano dalla Convenzione e dunque che agiscano sempre in un modo che riflette e dimostra la comprensione dei loro obblighi. A parere di chi scrive un tale approccio appare più che giustificato, in considerazione della natura, dell'importanza, nonché della assodata diffusione e conoscenza, a livello domestico, delle obbligazioni dedotte nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁷⁷.

9.4. La manifestazione dell'accordo delle parti

La prassi successiva rilevante deve certamente stabilire l'accordo di *tutte le parti* del trattato. Non è dunque sufficiente che emerga una volontà comune solo ad alcune di esse.

Tale requisito richiede tuttavia una lettura e un'analisi più elastica, anche alla luce delle modifiche, operate in corso di formulazione del testo definitivo dell'articolo 31 (3) (b), volte in particolare all'eliminazione del termine 'all' davanti al sintagma 'the parties', nonché all'omissione dell'avverbio 'clearly' con riferimento alla manifestazione dell'accordo tra le medesime.

Conformemente a quanto testé affermato, secondo la dottrina maggioritaria e in base appunto a quanto stabilito nel progetto di articoli sul diritto del trattati del 1966, appare non necessario che tutte le parti siano attivamente impegnate e coinvolte, bensì è sufficiente che le *parti passive, inattive* mostrino comunque di accettare la prassi

¹⁷⁷ La CDI in particolare rimprovera tale atteggiamento della Corte EDU, laddove, nel valutare una prassi legislativa, si astiene dall'analizzare se nel processo legislativo considerato gli obblighi della Convenzione siano effettivamente stati discussi o se invece il prodotto legislativo sia dovuto ad altre motivazioni contingenti. Richiedere una siffatta analisi appare eccessivo e rischia di condurre a una vanificazione dell'utilità dello strumento della prassi successiva ai fini interpretativi. La giurisprudenza cui la CDI si riferisce è rappresentata in particolare dai casi seguenti: *Soering v. the United Kingdom*, Judgment, 7 July 1989, App. No. 14038/88, ECHR Series A, No. 161, para. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment, 22 October 1981, App. No. 7275/76, ECHR Series A, No. 45, par. 60; *Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment, 12 November 2008, App. No. 34503/97, ECHR 2008, par. 48; *contra Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], Judgment, 4 February 2005, App. No. 46827/99, ECHR 2005-I, par. 146; *Cruz Varas and others v. Sweden*, Judgment, 20 March 1991, App. No. 15576/89, ECHR Series A, No. 201, par. 100.

delle *parti attive*: rileva l'accordo di *tutte* le parti comunque dedotto, non le esplicite condotte di tutte le parti del trattato¹⁷⁸. L'acquiescenza delle prime sarà a loro imputabile e significativa solo se la prassi, cui esse aderiscono, sia *chiara, consistente ed evidente*¹⁷⁹.

La CDI peraltro ribadisce a più riprese come la prassi successiva sub art 31 (3) (b) 'may consist of any "conduct"¹⁸⁰, precisando anche come il termine *conduct* debba essere inteso nel senso reso palese dall'Articolo 2 dei *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*¹⁸¹.

Tale espressione perciò include atti e omissioni, compresi l'inazione e il silenzio rilevanti ai fini della costituzione di un accordo. In altre parole, l'assenza di reazione a una prassi dovrà essere valutata con attenzione e sarà rilevante solo se autentica manifestazione di acquiescenza verso quest'ultima.

Il caso del *Temple of Preah Vihear* può essere esplicativo in tal senso: esso riguardava la sovranità sul tempio di *Preah Vihear* situato tra una provincia cambogiana e una thailandese. Nel 1953, le autorità thailandesi avevano stabilito un posto di polizia subito a Nord e issato la propria bandiera sul Tempio. Visto il fallimento dei negoziati nel '59, la Cambogia si rivolse alla Corte Internazionale di Giustizia, chiedendole di confermare il protocollo francese del 1907, che collocava il Tempio

¹⁷⁸ "Even though litt.b requires the practice to establish the agreement of the parties, meaning all the parties, that does not mean that every party must have individually engaged in practice. The ILC omitted the word "all" in order to avoid the misconception that the practice must be actively performed by all the parties. It suffices, therefore, that inactive parties should have accepted the practice set by other parties." DÖRR, Commentary on art. 31 *cit.* in DÖRR, SCHMALENBACH (eds), *Vienna Convention cit.* p.557 ; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties cit.*, a p. 431; ARATO *cit.*, a p. 460 e GARDINER, *Treaty Interpretation cit.*, p. 266-267 'Agreement, not practice, of all the parties is required'. "The text provisionally adopted in 1964 spoke of a practice which "establishes the understanding of all the parties". 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 parties 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' ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 222, par 15.

¹⁷⁹ ARATO, *cit.*, p. 460.

¹⁸⁰ ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/68/10 (2013) *cit.*, a p. 35-37, par. 16-19; ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/69/10 (2014) *cit.*, a p. 178, par. 22

¹⁸¹ "Article 2. Elements of an internationally wrongful act of a State: "There is an internationally wrongful act of a State when *conduct consisting of an action or omission*: a) is attributable to the State under international law; and b) constitutes a breach of an international obligation of the State" (*corsivo aggiunto*) in *Yearbook of International Law Commission*, 2001, Vol.II (Part 2) and corrigendum, pp. 34-35.

sul suolo Cambogiano. Nel 1962, la Corte decise in favore della Cambogia, rilevando come, tra l'altro, in oltre cinquant'anni le autorità thailandesi non avessero mai contestato, mostrando acquiescenza, il fatto che il tempio si trovasse sul lato cambogiano, né durante i trattati franco-siamesi del 1925 e del 1937, né nel 1947 a Washington davanti alla Commissione conciliatrice Franco-Siamese¹⁸². Nel caso *Beagle Channel* tra Argentina e Cile del 1977, una Corte di arbitrato¹⁸³ notò come la disposizione della Convenzione di Vienna sulla prassi successiva non specificasse le modalità attraverso le quali l'accordo delle parti potesse essere manifestato. In particolare riconobbe come da una serie di atti unilaterali di esercizio della giurisdizione, posti in essere dal Cile in forza del trattato oggetto di interpretazione, pubblici e assolutamente conosciuti e conoscibili alla controparte, e dal silenzio, manifestato dall'Argentina nei confronti di questi ultimi, potesse desumersi la formazione di un accordo tra le parti circa l'interpretazione, caratterizzato da azione da un lato e inazione mostrante acquiescenza dall'altro¹⁸⁴.

¹⁸² *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia vs. Thailand)*, ICJ Reports, 1962, p. 6, p. 23. Si veda anche NOLTE, *Introductory Report for the 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*, 2010 in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, p.169 e ss., a pg.192-193 e DÖRR, *Commentary on art. 31 cit*, pg.555 . Nello stesso senso "The Commission has recognized that subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b) consists of any "conduct" in the application of a treaty, including under certain circumstances, inaction, which may contribute to establishing an agreement regarding the interpretation of the treaty", in ILC, *Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/69/10 (2014) cit*, a p. 178, par. 22.

¹⁸³ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, UNRIAA 53, 1977. In quel contesto, la regina Elisabetta II, a causa del timore argentino per la parzialità della Gran Bretagna, scelse di delegare la sua funzione di arbitro a un tribunale *ad hoc*, composto da cinque giudici della CIG. Il 18 aprile del 1977, ratificata la decisione dei giudici, la regina emise la sentenza, in favore del Cile. La sentenza venne poi considerata invalida dall'Argentina e non eseguita; la controversia fu poi risolta (ed estinta) grazie alla mediazione del Sommo Pontefice, che condusse al Trattato di pace e di amicizia del 1984. Si veda sul punto VILLANI, "La funzione giudiziaria nell'ordinamento internazionale e la sua incidenza sul diritto sostanziale", in *La Comunità Internazionale*, Fasc. 1, 2014, pp. 7-37, a p. 17.

¹⁸⁴ (i) First and foremost Argentina invokes the express terms of the Vienna Convention, Article 31, paragraph 3(b), which specifies that in interpreting a treaty [...]The key word in this article, according to Argentina, is "agreement", and the Protocol of 1893 is cited as a typical illustration of what was intended. She interprets the Convention as requiring a manifestation of the "common will" of the Parties and denies that the "unilateral acts" of Chile can be said to manifest any kind of agreed interpretation or common will. [...] The agreement, so Chile maintains, stems from *conduct*—in this instance from the open, persistent and undisturbed exercise of sovereignty by Chile over the islands, coupled with knowledge by Argentina and the latter's silence. [...] . Alle obiezioni dell'Argentina, la Corte risponde nel modo seguente: ' [...] the Court cannot accept the contention that no subsequent conduct, including acts of jurisdiction, can have probative value as a subsidiary method of interpretation unless representing a formally stated or acknowledged "agreement" between the Parties. The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which "agreement" may be

9.4.1 Caso Assange, tra continuità e criticità: Corte di Giustizia dell'Unione Europea e applicabilità del 31 (3) (b)

Parimenti illustrativo infine di quanto testè affermato, con riferimento alla manifestazione dell'accordo tra le parti e alla valutazione delle c.d. condotte passive mostranti acquiescenza, risulta essere quanto emerso nel caso *Assange*, deciso dalla Corte Suprema del Regno Unito. L'esempio in questione, pur confermando quanto finora sostenuto, solleva tuttavia ulteriori problematiche collaterali che meritano attenzione.

Nel caso, il ricorrente, Julian Assange, giornalista, programmatore e attivista australiano, viene arrestato in Inghilterra, dove si trovava in visita, in forza di un mandato di arresto europeo spiccato dall'autorità procedente svedese. Immediatamente Assange contesta la validità del mandato, basandosi su una serie di diversi motivi. Respinta in primo grado dinanzi al *District Judge* e poi anche in appello dalla *Divisional Court*, l'istanza giunge in Corte Suprema.

L'unico motivo ivi dedotto si fonda sul fatto che l'articolo 2(2) dell' *Extradition Act* del Regno Unito del 2003 richieda che il mandato, per essere valido, debba essere emesso da una "judicial authority". L'*Extradition Act* non costituisce un mero atto legislativo domestico; esso infatti costituisce strumento di attuazione della Decisione Quadro del Consiglio sul mandato d'arresto europeo e sulle procedure di consegna tra Stati membri dell'Unione Europea e, a sua volta, utilizza in modo ricorrente la medesima espressione "judicial authority".

manifested. In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent of the terms of the Treaty; nor could they be considered as being in contradiction of those terms as understood by Chile. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could only derive from the Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves.' È irrilevante come, nel caso di specie, la Corte utilizzi di fatto la prassi come strumento sussidiario di interpretazione, con valore confermativo; poichè ciò che qui interessa è la definizione di accordo, resa dalla Corte, nonchè la possibilità che la medesima possa fondarsi sulla combinazione di una condotta con un'assenza di reazione. *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, UNRIAA 53, 1977, a pp.185-187, para. 167-169. Si veda anche nello stesso senso, *Young Loan Arbitration*, ILR 59, 1980, a p. 541, para. 31 e *Interpretation of the air transport agreement between the United States of America and France (U.S. v France)*, 1963, UNRIAA 16, a p. 38.

Il ricorrente contesta la carenza di legittimazione in capo alla parte convenuta, che, in quanto autorità procedente, dell'accusa, non può essere definita "judicial authority"; alla Corte Suprema è dunque richiesto di indagare e determinare il significato dell'espressione in oggetto contenuta nella Decisione Quadro -da cui dipende quella contenuta nell'*Extradition Act* -, per verificare se essa possa includere anche l'autorità procedente e, più precisamente, se la parte convenuta possa quindi ricadere nell'ambito di tale definizione.

La Corte applica la Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati e, più specificamente, l'articolo 31 (3) (b) della medesima. Il Tribunale nota come in molte circostanze i pubblici ministeri abbiano agito emettendo mandati, senza alcuna obiezione o dissenso da parti di quegli Stati che, diversamente, incaricano giudici-autorità giudicanti per l'espletamento di tale funzione. La Corte pertanto conclude che la prassi successiva degli Stati, costituita da condotte attive di alcune e acquiescenza delle altre, abbia determinato la formazione di un accordo tra le medesime in merito al fatto che un organo della pubblica accusa possa essere considerato una "judicial authority" ai fini della Decisione Quadro. Il Mandato d'arresto è dunque valido¹⁸⁵.

Il caso offre la possibilità di confermare ulteriormente e a diversi livelli il ragionamento fino a qui condotto e pertanto non può che considerarsi di forte impatto; i giudici della Corte Suprema del Regno Unito accolgono l'insegnamento dottrinale di Villiger -e lo citano esplicitamente nel testo della sentenza-:

[...] it requires active practice of some parties to the treaty. The active practice should be consistent rather than haphazard and it should have occurred with a certain frequency. However, the subsequent practice must establish the agreement of the parties regarding its interpretation. Thus, it will have been acquiesced in by the other parties;

¹⁸⁵ *Assange v. The Swedish Prosecution Authority*, UKSC 22, 2012. Sul punto si vedano GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., p. 264-266; KAKKAIYADI, "Treaty Interpretation before the Supreme Court", in *Cambridge International Law Journal*, Vol. 2, 2013, pp. 113 e ss. a p. 117; MILES, "Assange v. Swedish Prosecution Authority: the (mis)application of European and international law by the UK Supreme Court - Part II", in *Cambridge International Law Journal Blog* (21 giugno 2012); PAJUSTE, "Assange v Swedish Prosecution Authority: the (mis)application of European and international law by the UK Supreme Court – Part I", in *Cambridge International Law Journal Blog* (20 giugno 2012).

and no other party will have raised an objection¹⁸⁶.

Per ragioni di completezza e trasparenza, non si può tuttavia prescindere dal sottolineare come la Corte Suprema del Regno Unito abbia fatto ricorso alle regole sull'interpretazione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, senza forse averne pieno titolo.

Anzitutto, l'organo giudicante inglese non ha tenuto in debito conto, nel costruire la propria decisione, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, spesso restia all'utilizzo della prassi successiva come strumento di interpretazione¹⁸⁷, nè soprattutto, cosa più importante, il fatto che la Decisione quadro, quale atto secondario dell'Unione, non sia un trattato.

La Corte Europea non ha mai applicato la Convenzione di Vienna agli atti di diritto derivato, tuttavia essa mostra di richiamarsi più genericamente a 'principi di interpretazione', del tutto corrispondente con quanto stabilito dalla prima parte dell'articolo 31 della Convenzione stessa (interpretazione testuale, oggetto e scopo)¹⁸⁸.

¹⁸⁶ VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on The Law of Treaties* cit., a p.431-432. Il testo è citato in *Assange v. The Swedish Prosecution Authority*, UKSC 22, 2012, al par. 130.

¹⁸⁷ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea non ha mai esplicitamente fatto riferimento all'articolo 31 (3) (b) nella sua giurisprudenza; l'argomento della prassi successiva nn è accettato dalla Corte nemmeno con riferimento ai trattati istitutivi. Si vedano *France v Commission*, case C-327/91, ECR I-3641, 1994, para. 36; *United Kingdom v Council*, case 68/86 ECR 855, 1988, para. 24. PAJUSTE, "Assange v Swedish Prosecution Authority: the (mis)application of European and international law by the UK Supreme Court – Part I", in in *Cambridge International Law Journal Blog* (20 giugno 2012).

¹⁸⁸ "A survey of the judgments of the ECJ reveals that the Court has never referred to the VCLT in interpreting secondary acts of the EU. Instead, it refers to the "principles of interpretation", the content of which becomes clear from an examination of its case law, and not from international law sources on treaty interpretation" PAJUSTE, "Assange v Swedish Prosecution Authority: *cit.*"; Si veda sul punto *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v A/S Danmols Inventar, in liquidation*, case 105/84, ECR 02639, 1985, para. 23: "It is common ground that Directive No 77/187 does not contain an express definition of the term 'employee'. In order to establish its meaning it is necessary to apply generally recognized principles of interpretation by referring in the first place to the ordinary meaning to be attributed to that term in its context and by obtaining such guidance as may be derived from Community texts and from concepts common to the legal systems of the member states".

Si veda anche *Bosphorus*, case C-84/95, ECR I-3953, 1996, para 11. Nel caso, interpretando un Regolamento, la Corte afferma come emerge dalla propria giurisprudenza il fatto che "in interpreting a provision of Community law it is necessary to consider its wording, its context and its aims". Si veda infine *Reliance Industries Ltd v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Case T-45/06, ECR II-02399, 2008, para 100. La Corte doveva interpretare nel caso di specie gli accordi internazionali, nonchè i regolamenti anti-dumping e anti-subsidy. Con riferimenti agli accordi internazionali stabilisce che "a treaty under international law [...] must, in accordance with Article 31(1) of the Vienna Convention on the Laws of Treaties of 23 May 1969, 'be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose [...] That rule of interpretation corresponds to the rule applied by the Community judicature when called upon to interpret a provision of Community law. Thus, the

Alla luce di ciò, la ritrosia verso l'utilizzo dello strumento della prassi successiva a scopo interpretativo, così come la sostanziale assenza di ricorso all'articolo 31 (3) (b), da parte della Corte di Giustizia dell'Unione, con riferimento agli atti di diritto derivato, non può portare a escludere aprioristicamente che la Corte possa in futuro scegliere di applicare il principio interpretativo della prassi successiva, ispirato all'articolo 31 (3) (b)¹⁸⁹.

9.5. 'Intentionality', 'Constancy', 'Clarity' e 'Specificity'

La prassi rilevante ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) deve necessariamente possedere alcune caratteristiche ulteriori che la distinguano da una 'mera condotta, da un mero comportamento'; dottrina e giurisprudenza non si sono risparmiate nel delinearle e svilupparle.

Appare anzitutto pacifico il fatto che sia richiesto l'elemento, che dai commentatori è definito come '*intentionality*': la condotta deve essere intenzionale, deve emergere una precisa volontà in tal senso¹⁹⁰.

Ciò è stato affermato anche dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Kasikili/Sedudu Island* del 1999¹⁹¹, in cui viene chiarito che, per qualificare come prassi una condotta, essa debba essere strettamente connessa alla convinzione, della parte che la mette in atto, di riflettere, con quel comportamento, una posizione presa sull'interpretazione del trattato.

Gardiner, in particolare, ritiene che la condotta, per assurgere a *subsequent practice* sub lett. b, richieda una certa '*constancy*'¹⁹²: la condotta deve essere dotata di

Court of Justice has repeatedly held that, in interpreting a provision of Community law, it is necessary to consider its wording, its context and its aims". Invece non applica la Convenzione di Vienna all'interpretazione dei regolamenti, atti derivati, tuttavia applica un principio interpretativo del tutto analogo nei contenuti a quello stabilito dall'articolo 31(1) della Convenzione di Vienna.

¹⁸⁹ Contra PAJUSTE, "Assange v Swedish Prosecution Authority: *cit*"; MILES, "Assange v. Swedish Prosecution Authority: the (mis)application of European and international law by the UK Supreme Court *cit*..

¹⁹⁰ DÖRR, Commentary on art. 31 *cit*, p.560 e ARATO *cit*, p. 459 e GARDINER, *cit*, p.259. Conformemente, ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/68/10 (2013) *cit*, a p. 36.

¹⁹¹ *Kasikili/Sedudu island (Botswana v Namibia) (Judgement)* , ICJ Reports, 1999, par.74 sul punto si veda anche FOX, *cit*.

¹⁹² GARDINER, *cit*, p.259.

una coerenza interna e calata in un contesto idoneo a rivelare l'accordo delle parti sull'interpretazione. Sempre in tale frangente può nuovamente essere citato il caso *Kasikili/Sedudu Island*¹⁹³. La Corte, nel valutare se la presenza continuata per oltre un secolo, mai contestata dal Botswana, della tribù dei *Masubia* di *Caprivi*, sull'isola di Kasikili, possedesse i requisiti per assurgere a *subsequent practice* sub articolo 31 (3) (b), afferma:

"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 [Botswana] were fully aware of and accepted this as a confirmation of the treaty boundary"¹⁹⁴.

La Corte concluse nel caso in questione che nessuno di questi fatti storici presentati dalla Namibia costituissero prassi successiva nel senso dell'articolo 31 (3) (b), dato che

¹⁹³ L'isola di Kasikili o Sedudu si trova nel fiume Chobe sul confine tra Namibia e Botswana ed è stata oggetto di una disputa territoriale risoltasi con l'intervento della Corte internazionale di Giustizia. La controversia nasce essenzialmente a causa di una imprecisione terminologica sulla collocazione del confine a Nord, contenuta in un trattato del 1890 concluso tra le due potenze coloniali Germania (quella che oggi è Namibia nel 1890 era Sudest Africa tedesca) e Regno Unito (Botswana era un protettorato inglese). La disposizione del trattato faceva coincidere il confine a nord con il 'canale principale' del fiume Chobe, senza però precisare di quale canale si trattasse. La corte, chiamata ad interpretare tale disposizione, doveva determinare quale fosse il 'canale principale' del Chobe in questione. Per portare a termine tale risultato, ed escludendo la possibilità di poter decidere basandosi sul materiale cartografico, la Corte prese in considerazione caratteristiche dei canali quali profondità, ampiezza, portata, letto, navigabilità, ecc., per determinare quale fosse quello principale. Oltre tali dettagli tecnici, la Corte si servì di diversi strumenti e dati, che le parti le sottoposero ritenendoli espressione di prassi successiva sub lett b par 3 art 31 della convenzione di Vienna. Va precisato che entrambe le parti e la Corte ritennero l'articolo 31 e 32 della convenzione di Vienna, applicabile al trattato in questione concluso nel lontano 1890, in ragione della natura consuetudinaria di tali norme. Sul punto si veda anche FOX, *cit.*. Tra gli elementi di presunta prassi successiva adottati dalle parti, dei quali tuttavia la Corte negò tale qualificazione, ricordiamo: 1) tre serie di documenti (presentati dal Botswana) che per la Corte non possedevano i requisiti per essere Subsequent Practice sub 31 (3) (b): *The Eason Report* (un rapporto del 1912 reso nel 1912 da un ufficiale di polizia); *The Trollope-Redman correspondence* (1947-1951); *The Joint Survey* (un accordo del 1984 tra Botswana e Sud Africa); 2) l'elemento presentato dalla Namibia della presenza, l'utilizzo dell'isola non contestato dal Botswana della tribù dei *Masubia* di *Caprivi* per oltre un secolo. La Corte, pur non riconoscendo ad alcun elemento dei sopracitati il valore di subsequent practice sub articolo 31 (3) (b) decide in favore del Botswana, salvo poi la predisposizione di un accordo speciale tra i due Paesi.

¹⁹⁴ *Kasikili/Sedudu island (Botswana v Namibia)* (Judgment), ICJ Reports, 1999, par. 74.

le autorità del Botswana semplicemente tolleravano tale presenza e non la ritenevano legittimata da una delimitazione territoriale operata dal trattato¹⁹⁵.

Secondo Sinclair, questa caratteristica si sostanzierebbe, quale necessaria conseguenza, nell'ulteriore requisito della c.d. *'pluralità di atti'*: 'A practice is a sequence of facts or acts and cannot in general be established by one isolated fact or act, or even by several individual applications'¹⁹⁶.

La CDI specifica inoltre come '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'¹⁹⁷.

Il valore della prassi successiva dipenderebbe dunque dalla chiarezza e dalla specificità, con cui è manifestata in relazione al trattato cui si riferisce; l'importanza di tali caratteristiche emerge a più riprese nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, nei report dei panel o dell'organo d'appello dell'OMC e

¹⁹⁵ Sul punto si veda la separate opinion del Giudice Oda, che critica la possibilità che tali fatti storici potessero assurgere a qualcosa di più del mero *background* storico del caso, in quanto mere condotte. 'The Judgment refers to various acts or conduct relating to the Chobe River and to certain survey reports concerning the River produced by various authorities. I accept that these facts and the survey reports are extremely important for the Court's consideration of the matter. However, I am unable to accept the Court's position that such facts and reports could be considered only as possible evidence of "any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions" or "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" within the meaning of Article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, to be taken into account when interpreting the 1890 Anglo-German Treaty. The Court, after a lengthy analysis, comes to the conclusion that the facts and documents in question *cannot* be regarded as constituting "any subsequent agreement" or "any subsequent practice" to be used for the interpretation of the 1890 Treaty, although the Court ultimately found that these facts "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". *I would rather suggest that these facts and documents should be considered at their face value, as historical background to the present case but without having any bearing on the provisions of the Vienna Convention, in order to assist the Court in determining the boundary.*' (enfasi aggiunta). *Ibidem* (Separate Opinion of Judge Oda), par. 7.

¹⁹⁶ SINCLAIR, *The Vienna Convention on the law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, a p.137. Nello stesso senso "In order to become relevant under litt b, State conduct must constitute a sequence of acts or pronouncements, since "practice" cannot be established by one isolated incident." In DÖRR, *cit.*, a p. 556; GARDINER, *Treaty interpretation cit.*, p. 259. Sul punto si veda anche *Japan-Alcoholic Beverage II*, WTO Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, 1996, p.12-13.

¹⁹⁷ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-First session Suppl. No.10 (A/71/10), pp. 118-240, a pp. 188-190; si veda anche quanto già espresso in ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2014, in UN Doc. GAOR, Sixty-ninth session Suppl. No.10 (A/69/10), pp. 166-218, a pp. 192-194.

nei lodi ICSID¹⁹⁸.

Meno attenta alle esigenze di specificità e riferibilità al trattato della prassi, appare invece la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che mostra di ricorrere spesso a più ampie valutazioni delle legislazioni interne degli Stati e alle posizioni assunte dagli Stati a livello internazionale. Come già osservato in precedenza, con riferimento alla giurisprudenza di tale Corte, la ragione della maggiore flessibilità utilizzata dalla stessa, anche con riferimento alla specificità della prassi, pare a chi scrive debba essere ricercata nella natura e nella portata dei diritti e degli obblighi contenuti nella Convenzione¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Si veda sul punto quanto affermato da MURPHY, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice* cit., a p. 91. Si vedano *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, I.C.J. Reports, 1993, t p. 55, para. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, UNRIAA 25, 2003, pp. 231-266, a p. 259, para. 74; *United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, Panel Report, WT/DS350/R, (adottato 19 febbraio 2009); *United States — Subsidies on Upland Cotton (US — Upland Cotton)*, Appellate Body Report, WT/DS267/AB/R (adottato il 21 marzo 2005), para. 625.

Esplicativo appare essere il caso *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 2005, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20 (1), 2005, p. 262 ss., a p. 323-324, para. 195. 'It is true that treaties between one of the Contracting Parties and third States may be taken into account for the purpose of clarifying the meaning of a treaty's text at the time it was entered into. The Claimant has provided a very clear and insightful presentation of Bulgaria's practice in relation to the conclusion of investment treaties subsequent to the conclusion of the Bulgaria-Cyprus BIT in 1987. In the 1990s, after Bulgaria's communist regime changed, it began concluding BITs with much more liberal dispute resolution provisions, including resort to ICSID arbitration. However, *that practice is not particularly relevant in the present case since subsequent negotiations between Bulgaria and Cyprus indicate that these Contracting Parties did not intend the MFN provision to have the meaning that otherwise might be inferred from Bulgaria's subsequent treaty practice*. Bulgaria and Cyprus negotiated a revision of their BIT in 1998. The negotiations failed but specifically contemplated a revision of the dispute settlement provisions [...] It can be inferred from these negotiations that the Contracting Parties to the BIT themselves did not consider that the MFN provision extends to dispute settlement provisions in other BITs.'

¹⁹⁹ *Cossey v. the United Kingdom*, no. 10843/84, 1990, ECHR Series A no.184, para. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, no. 5856/72, ECHR Series A, no. 26, para. 31; *Norris v. Ireland*, no. 10581/83, 26 October 1988, ECHR Series A no. 142, para. 46. *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, 7 January 2010, ECHR 2010 (extracts), para. 285; see also paras. 273-274. La flessibilità risulta attenuata in alcuni casi come *Chapman v. the United Kingdom*, nei quali le esigenze di specificità sono rivendicate. 'that there may be said to be an emerging international consensus amongst the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle', but ultimately said that it was “not persuaded that the consensus is sufficiently concrete for it to derive any guidance as to the conduct or standards which Contracting States consider desirable in any particular situation'. *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, 2001, ECHR 2001-I, para. 93-94.

9.6. La formula 'concordant, common, consistent': valore descrittivo, non prescrittivo

Nel caso *Japan-Alcoholic Beverage II* del 1996, l'organo d'appello dell'OMC affermava che:

'Generally, in international law, the essence of subsequent practice in interpreting a treaty has been recognized as a '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'²⁰⁰.

Lo standard ivi dedotto era dunque quello di una prassi 'concordant, common and consistent'. L'espressione utilizzata dall'organo di appello era stata a sua volta mutuata dall'insegnamento di Sinclair²⁰¹ e a essa si conformava la maggior parte dei commentatori, che mostrava di utilizzarla alla stregua di un aforisma, di un'espressione fatta nell'individuazione del quadro delle caratteristiche determinanti e in grado di attribuire rilevanza alla prassi successiva ai sensi del 31 (3) (b)²⁰².

Tale espressione introduce requisiti non presenti nemmeno implicitamente nel testo dell'articolo 31 (3) (b); suggerisce anzitutto la necessità della pluralità di atti o pronunce e rischia di introdurre standard molto ambiziosi di frequenza e uniformità, senza peraltro dare indicazioni sull'individuazione del livello a cui questi possano dirsi soddisfatti. Il pericolo è in altre parole quello di un'eccessiva restrizione delle condotte indagabili da un lato (ad esempio le c.d. one-off practice rimarrebbero automaticamente escluse dal vaglio) e di una eccessiva discrezionalità nella determinazione degli standard soglia dall'altro.

Alla luce del mancato richiamo a tale formula da parte della giurisprudenza

²⁰⁰ *Japan-Alcoholic Beverage II*, WTO Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, 1996 p.12-13.

²⁰¹ Secondo l'autore infatti 'value and significance of subsequent practice will naturally depend on the extent to which it is concordant, common and consistent', SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, a p.137.

²⁰² Si vedano DÖRR, *cit.*, p. 556; ARATO, *cit.*, p. 459; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on The Law of Treaties*, Martinus Nijhoff publishers, 2009 a p. 431-432; GARDINER, *Treaty Interpretation*, I Ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, a p. 227-228; YASSEEN, "L'Interprétation de traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des traités", in *Recueil des Cours*, Vol. 151, 1976, pp. 1 ss., a p. 48.

internazionale, alla luce della flessibilità con cui la Corte Internazionale di Giustizia e gli altri tribunali internazionali hanno sempre valutato l'uniformità e la frequenza della prassi, prediligendo un approccio *case by case* a uno standard-soglia²⁰³, e infine alla luce dell'altrettanto flessibile metodo tenuto proprio dall'Organo d'Appello del OMC nel corso degli anni²⁰⁴, la CDI ha spostato il fuoco dall'individuazione di requisiti rivelatori della prassi all'analisi del risultato da essa prodotto, ovvero dell'accordo comune delle parti, a prescindere da quanto si sia dimostrata uniforme, frequente e costante.

La CDI, tornando a privilegiare il testo della disposizione della Convenzione di Vienna, precisa infatti come

"The value of subsequent practice varies according as it shows the common understanding of the parties as to the meaning of the terms. This implies that a one-off practice of the parties that establishes their agreement regarding the interpretation needs to be taken into account under article 31, paragraph 3 (b)"²⁰⁵.

Dunque, anche se di regola, per ovvie ragioni, una *one-off practice* non sarà sufficiente a stabilire un accordo delle parti circa l'interpretazione del trattato, non si può aprioristicamente escluderla dalla valutazione. Questo perchè l'articolo 31 (3) (b) non richiede alcuna ripetizione, ma solo il raggiungimento di un accordo tra le parti. La possibilità che una *one-off practice* giunga a costituire un accordo, dipenderà dall'atto e

²⁰³ *Kasikili/Sedudu Island* cit. a p. 1075-1076, par. 47-50 e p. 1087, par. 63; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahirija/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports, 1994, p. 34-37, par. 66-71. *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), 1989, pp. 116-126, para. 109-133. *Soering v. the United Kingdom*, no. 14038/88, ECHR Series A no. 161, 1989, par. 103; *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), no. 15318/89, ECHR Series A no. 310, 1995, par. 73 e 79-82; *Banković et al. v. Belgium and 16 other contracting States* (dec. Grand Chamber), no. 52207/99, ECHR 2001-XII, par. 56 e 62; per quanto concerne la giurisprudenza ICSID, FAUCHALD, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals -An Empirical Analysis", in *European Journal of International Law*, Vol. 19(2), 2008, p. 301 e ss., a p. 345.

²⁰⁴ EC — *Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R e WT/DS68/AB/R, Appellate Body Report, (adottato 22 giugno 1998), al para. 93.

²⁰⁵ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-First session Suppl. No.10 (A/71/10), pp. 118-240, a pp. 188-190; si veda anche quanto già espresso in ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2014, in UN Doc. GAOR, Sixty-ninth session Suppl. No.10 (A/69/10), pp. 166-218, a pp. 191.

dal trattato in questione²⁰⁶.

In conclusione, innegabile appare il valore descrittivo e teorico della formula "concordant, common, consistent", purchè a essa non venga attribuita forza prescrittiva, in grado di creare automatismi o presunzioni di inadeguatezza nei riguardi di prassi successive, che, invece, dovranno sempre essere valutate dall'interprete nel contesto del caso di specie.

9.7. Le forme della prassi successiva

Una volta precisati i requisiti che devono caratterizzare la prassi successiva degli Stati rilevante ai sensi dell'art. 31 (3) (b), è possibile affermare, da un punto di vista sostanziale, come essa possa consistere nelle più disparate tipologie di atti internazionali o domestici, esecutivi, legislativi o giudiziali, sempre naturalmente connotati da una connessione, un rilievo internazionali. La CDI valorizza tale aspetto nei rapporti del 2013 e del 2014, precisando come siano da considerarsi rilevanti

²⁰⁶ 'A question that has garnered attention in the literature is whether a single, one-time application of a treaty in itself can be considered sufficient for us to speak of a "practice[...]. In my view [...], considering the realities of life, it is often required that "practice" takes the form of a series of applications. A single application is normally not capable of establishing an agreement held among the parties to an interpreted treaty. However, from a principle point of view, I find it difficult to see why one application cannot constitute a "practice" if two can. The emphasis in the Vienna Convention – I repeat – is not on the word practice. Considering this, it seems to be the only reasonable interpretation that a "practice" can consist of any number of applications, one or two or many – just as long as they "establish the agreement of the parties regarding its interpretation"

LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 166; LAUTERPACHT, "The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals", in *Recueil des Cours*, 1976, Vol. 152, pp. 377-466, a p. 457; Amerasinghe, "Interpretation of Texts in Open International Organizations", in *British Yearbook of International Law* Vol. 65, 1994, p. 175 e ss., a p. 199. Villiger si pronuncia a favore di una certa frequenza, tuttavia non manca di enfatizzare che il punto centrale 'is the establishment of an agreement' VILLIGER, *Commentary* cit., a p. 431, para. 22. Si veda anche quanto sostenuto in *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1960, pp. 167–168 e *Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila* (Advisory Opinion), PCIJ, Ser. B, No. 14, 1927, pp. 57–58. *Contra* SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, a p.137: 'A practice is a sequence of facts or acts and cannot in general be established by one isolated fact or act, or even by several individual applications'; YASSEEN, "L'Interprétation de traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des traités", in *Recueil des Cours*, Vol. 151, 1976, pp. 1 ss., a p. 48; 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*, Vol. I., Giuffrè, Milano, 1987, pp. 197-218, a p. 208.

'not only official acts at the international or at the internal level which serve to apply the treaty, including to respect or to ensure the fulfilment of treaty obligations, but also, inter alia, official statements in the course of a legal dispute or judgements of domestic courts; official communications to which the treaty gives rise; or the enactment of domestic legislation or the conclusion of international agreements for the purpose of implementing a treaty even before any specific act of application takes place at the internal or at the international level'²⁰⁷.

Pertanto risultano essere incluse nel catalogo di atti in grado di assurgere a prassi successiva da sottoporre poi alla valutazione del rispetto dei sopramenzionati requisiti previsti dall'articolo 31 (3) (b), non solo quelle condotte *externally oriented*, quali atti ufficiali, dichiarazioni e votazioni a livello internazionale, ma anche quelle legislative, esecutive e giudiziali interne, domestiche. Infine rilevanti potranno essere anche le condotte poste in essere da attori non statali, che siano tuttavia attribuibili a uno o più Stati parte del trattato oggetto di interpretazione²⁰⁸.

Gli atti legislativi possono rivelare una posizione presa sull'interpretazione nel momento in cui sono attuate le disposizioni in trattato, nell'ambito della valutazione del rispetto dei principi costituzionali oppure possono indicare le questioni interpretative che emergono agli stadi più avanzati di applicazione della convenzione internazionale. Le decisioni giudiziali, quali condotte in grado di configurarsi alla stregua di prassi successiva, sono, come visto, tanto quelle nazionali, quanto soprattutto quelle a livello internazionale. Con riferimento alle prime, è tuttavia necessario verificare che essa provenga dall'autorità ultima e definitiva, per essere certi che il giudizio della Corte in questione rappresenti effettivamente la posizione dello Stato.

Spesso tuttavia, gli atti interni, sia pur assolutamente in grado di costituire prassi

²⁰⁷ ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/68/10 (2013) *cit.*, a p. 36, par. 17.

²⁰⁸ Così ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/69/10 (2014) *cit.*, a p. 178, par. 22. Si veda anche BOISSON DE CHAZOURNES, "Subsequent Practice, Practices, and 'Family Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu" in NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, a p. 54, 56 e 59-60; GARDINER, *Treaty Interpretation* *cit.*, a p. 257-258.

successiva, incontrano problematiche qualora sottoposti al vaglio degli altri requisiti dedotti dall'articolo 31 (3) (b), quali ad esempio la capacità di mostrare l'esistenza e l'emersione di un accordo tra le parti. Nel caso *Kasikili/Sedudu Island*²⁰⁹, la Corte esclude che i documenti addotti dalle parti potessero costituire prassi successiva rilevante ai sensi del 31 (3) (b), poiché difettavano di determinate caratteristiche. Uno di tali documenti, l'*Eason Report*²¹⁰, ad esempio, fu considerato dalla Corte non idoneo poiché sempre rimasto atto interno sconosciuto alla controparte²¹¹.

Pertanto, possono certamente rilevare anche atti a livello interno, ma essi devono comunque poter essere conosciuti e accettati dalle altre parti; solo così potranno esprimere un accordo delle stesse. Una valutazione analoga è stata effettuata dalla CIG nel caso *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Sipadan*, nell'ambito del quale un *Memorandum* esplicativo e l'allegata mappa non sono stati considerati come prassi successiva rilevante in quanto mai comunicati dal Governo olandese a quello britannico (potenze coloniali che controllavano rispettivamente Indonesia e Malesia e parti del trattato oggetto di interpretazione), bensì meramente trasmessi a quest'ultimo a opera degli agenti diplomatici²¹².

²⁰⁹ *Kasikili/Sedudu island (Botswana v Namibia) (Judgement)*, ICJ Reports 1045.1076, 1999.

²¹⁰ Rapporto reso nel 1912 da un ufficiale di polizia.

²¹¹ "It [The Court] notes that the Report appears never to have been made known to Germany and to have remained at all times an internal document." *Kasikili/Sedudu island (Botswana v Namibia) (Judgement)*, ICJ Reports 1045.1076, 1999 par 55.

²¹² Si tratta di una controversia territoriale tra Indonesia e Malesia per la sovranità sulle due isole Litigan e Sipadan, risalente al 1969. La Corte statuisce nel 2002 che entrambe le isole appartengono alla Malesia. I rapporti tra le parti si erano inaspriti nel 1991, con la scoperta da parte dell'Indonesia degli impianti turistici costruiti dalla Malesia sull'isola di Sipadan. La Corte rileva come la controversia si fondasse principalmente sull'interpretazione della Convenzione, conclusa tra Regno Unito e Paesi Bassi nel 1891 (potenze coloniali rispettivamente della Malesia e dell'Indonesia). In particolare, le parti sono in disaccordo circa l'interpretazione da conferire all'articolo VI della Convenzione. La Corte si trova anche a dover valutare il fatto che l'Indonesia non è parte della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati; la questione viene tuttavia risolta, poiché lo Stato non contesta l'applicabilità degli articoli 31, 31 (3) (a) e 31 (3) (b) al caso di specie. *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, ICJ Reports, 2002, a p. 656-665, para. 59-80.

9.7.1. I pleadings nelle controversie in materia di diritto degli investimenti internazionali: una fedele applicazione dell'articolo 31 (3) (b)

Nel corso dell'analisi delle forme che la prassi successiva può assumere, merita di essere riportata una tendenza, emersa nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie in materia di diritto degli investimenti internazionali. Di recente, la questione, se le memorie, scritte od orali, depositate dagli Stati parte del trattato (oggetto di interpretazione) nel corso del procedimento, possano considerarsi prassi successiva rilevante ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, è stata sollevata dalle parti in diverse controversie Stato-Investitore ed è pertanto diventata oggetto di interesse dottrinale²¹³.

I Tribunali arbitrali in materia spesso infatti si trovano a dover interpretare un BIT o un altro accordo internazionale multilaterale sugli investimenti, di solito costituito da un capitolo di importanti trattati commerciali quali il NAFTA o l'ECT²¹⁴.

In particolare, sotto l'egida dell'ICSID, centro per la mediazione, conciliazione e soluzione arbitrale delle controversie tra Investitori (individui o persone giuridiche) e Stati parte della Convenzione di Washington del 1965, dalla quale esso è istituito, si sono celebrati un numero esorbitante di arbitrati, molti dei quali riguardanti proprio l'interpretazione di un BIT²¹⁵.

²¹³ Sul punto MAGRAW, "Investor-State Disputes and the Rise of Recourse to State Party Pleadings As Subsequent Agreements or Subsequent Practice under the Vienna Convention on the Law of Treaties", in *ICSID Review*, Vol. 30 (1), 2015, pp. 142-171; ROBERTS, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States", in *American Journal of International Law*, Vol. 104, 2010, pp. 179 ss.. La questione è stata sollevata dalle parti anche con riferimento alla possibilità, più percorribile probabilmente, di considerare le memorie quale prassi rilevante ai sensi dell'articolo 32 della Convenzione di Vienna. *CME Czech Republic BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 2003. *Gold Reserve Inc. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 2014, para 548.

²¹⁴ *North American Free Trade Agreement between the USA, Canada, and Mexico (NAFTA)*, 17 dicembre 1992, 32 ILM 289; *The Energy Charter Treaty (ECT)*, Lisbona, 17 dicembre 1994, 2080 UNTS 100.

²¹⁵ Va detto che l'arbitrato investitore-Stato presenta innegabilmente caratteristiche uniche rispetto al sistema di risoluzione delle controversie internazionali -anche se sempre più diffuse nei diversi settori del diritto internazionale, che sempre più attribuisce legittimazione all'individuo ad agire dinanzi al tribunale internazionale (Cedu, corte Interamericana ecc.), mostrando come a oggi la teoria del diritto internazionale riconosca a pieno titolo soggettività anche all'individuo-, poichè le parti del trattato oggetto di interpretazione non appaiono entrambe quali parti della controversia: non siamo quindi di

Inizialmente i tribunali arbitrali hanno mostrato di applicare più in generale le regole consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati, declinate secondo i principi consolidatisi nella giurisprudenza in materia; mentre, nel corso del tempo, hanno scelto di invocare specificamente le regole della Convenzione di Vienna. Spesso tuttavia il ricorso a tali disposizioni denota più una volontà di mantenere un ancoraggio al diritto internazionale generale, piuttosto che una scelta di affidarsi agli articoli 31 e 32 della Convenzione. In altre parole, spesso all'esplicita menzione della regola non segue un'accurata e piena applicazione della medesima²¹⁶.

Inoltre, va menzionato come in questo contesto, gli Stati, al fine di ridurre il margine di autorità/discrezionalità interpretativa delegato ai tribunali arbitrali, tendano sempre più ad accrescere la specificità dei loro impegni *ex ante*, prevedendo disposizioni più precise, cercando di risolvere anticipatamente eventuali questioni interpretative problematiche, adottando posizioni concordanti e interpretazioni conservative. Per queste ragioni l'individuazione di un accordo interpretativo sarà sempre meno lasciata all'apprezzamento dell'arbitro-interprete tramite il ricorso all'articolo 31 (3) (b), bensì sarà anticipatamente definita dalle parti²¹⁷.

Fatte tali premesse, non si può non notare come i tribunali arbitrali in materia abbiano mostrato di applicare piuttosto fedelmente l'articolo 31 (3) (b), con riferimento alla specifica questione del valore da conferire ai *pleadings* delle parti all'interno di una controversia. I tribunali arbitrali infatti, in linea con quanto sostenuto nei paragrafi precedenti, non escludono aprioristicamente che questi possano assurgere a prassi successiva, tuttavia rarissimamente, per svariate ragioni,

fronte alla classico schema Stato-Stato, meccanismo comunque previsto dai Bits e dai trattati sugli investimenti.

²¹⁶ Si vedano FAUCHALD, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals - An Empirical Analysis", in *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, pp. 301 e ss., a p. 314; SALDARRIAGA, "Investments Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement", in *ICSID Review*, Vol. 28, 2013, pp. 197 ss, a pp. 204-210; BERNER, "Reconciling Investment Protection and Sustainable Development. A Plea for an Interpretative U-Turn", in HINDELANG, KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 177-203, a pp. 188 e ss.; infine GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., a p. 135 e 484-495.

²¹⁷ Sul punto ROBERTS, "Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System", in *American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013, pp. 45 ss., a p. 80; VAN AACKEN, "Control Mechanisms in International Investment Law", in ZACHARY, DOUGLAS, PAUWELYN, JORGE, VIÑUALES, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 409-435, a p. 419 ss.; ROBERTS, "Subsequent Agreements and Practice: The Battle over Interpretive Power" in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice* cit., a pp 97 ss.

hanno accolto la richiesta degli Stati di considerarli alla stregua di prassi successiva. Materialmente accade che uno Stato parte di una controversia ritenga che l'interpretazione del Bit resa nelle proprie memorie processuali corrisponda a quella avanzata dalla controparte nei relativi *pleadings*, depositati in un altro procedimento. Ancora, succede che uno Stato parte della controversia rilevi che vi sia un accordo interpretativo con la controparte, desumibile dalle statuizioni interpretative rese nelle proprie memorie processuali del procedimento *de quo* e dalle affermazioni rese dall'altra parte del BIT in occasione di comunicati stampa o di dichiarazioni governative ufficiali. Chiaramente, l'utilizzo dei *pleadings* sarà ancora più complicato in un arbitrato Investitore-Stato, poichè la ricostruzione dell'accordo generato da una prassi interpretativa sarà più complessa da parte dell'arbitro, considerando che non tutte le parti del trattato, oggetto di interpretazione, sono anche parti della controversia.

In particolare ciò che rende più problematico l'utilizzo dei *pleadings* quale forma di prassi successiva rilevante è certamente la loro scarsa capacità di rivelare l'accordo delle parti, nonchè spesso la loro scarsa riferibilità al trattato oggetto di interpretazione, nonchè infine la carenza della c.d. *intentionality*, cui più sopra nella trattazione si faceva riferimento. Queste problematiche derivano dallo scopo cui tali atti sono preposti: essi hanno natura strategica, difensiva (in genere lo Stato è *Respondent*) e dunque non necessariamente riflettono una posizione presa dalla parte circa l'interpretazione della disposizione²¹⁸.

In *El Paso v. Argentina*, l'Argentina riteneva che fosse possibile individuare una prassi successiva recante l'accordo tra la parti circa l'interpretazione da conferire all'articolo XI del BIT Argentina-Stati Uniti, fondata sulle dichiarazioni contenute nei *pleadings* argentini depositati nel caso in oggetto e sulle conformi dichiarazioni statunitensi, rese dai medesimi dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia in *Case Concerning*

²¹⁸ MAGRAW, "Investor-State Disputes and the Rise of Recourse to State Party Pleadings As Subsequent Agreements or Subsequent Practice under the Vienna Convention on the Law of Treaties", in *ICSID Review*, Vol. 30 (1), 2015, pp. 142-171, a pp. 148-150; '[T]here are good reasons for treating common pleadings of respondents with caution. When states submit pleadings, they are wearing their respondent hats more clearly than at any other time. The legitimate concern arises that they might be adopting expedient interpretations to avoid liability in particular cases rather than considered interpretations that they would wish to have general application' ROBERTS, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States", in *American Journal of International Law*, Vol. 104, 2010, pp. 179 ss. a p. 218; DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, a pp. 34-35.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Il Tribunale mostrò come non ricorressero i presupposti di cui all'articolo 31 (3) (b), poichè le dichiarazioni argentine avevano fatto la loro prima apparizione proprio 'in the written pleadings on the substance of the present dispute', pertanto non solo la loro finalità meramente difensiva appariva chiara, ma non potevano nemmeno essere orientamenti noti alla controparte *ergo* difficilmente poteva dirsi raggiunto un accordo sul punto tra la parti del trattato bilaterale²¹⁹.

In *Gas Natural SDG v. Argentina*, il Tribunale doveva indagare se l'interpretazione del BIT Spagna-Argentina, resa dall'Argentina nei *pleadings* del procedimento con riferimento al campo di applicabilità della clausola MFN, da un lato e le dichiarazioni, avanzate dalla Spagna nel caso *Maffezini v Spain*, potessero costituire prassi successiva costitutiva dell'accordo fra le parti. Il Tribunale rifiutò di considerare tali atti come prassi successiva 'within the meaning of [VCLT] Article 31(3)(b)'²²⁰.

In *Telefonica v. Argentina*, in modo simile, oggetto di interpretazione era la portata della clausola MFN contenuta nel BIT Argentina-Spagna del 1992, cioè se essa si estendesse alle questioni procedurali e giurisdizionali ovvero se riguardasse solo le disposizioni sostanziali del trattato bilaterale. Oggetto di valutazione erano le dichiarazioni contenute nei *pleadings* spagnoli nel caso *Maffezini v Spain* e in quelli argentini nel medesimo procedimento, ma anche in *Gas Natural*. Il Tribunale rifiutò di considerare tali atti alla stregua di prassi successiva rilevante, poichè analizzandoli li valutò meramente 'defensive brief filed in an international direct arbitration' non in grado di assurgere a condotta delle parti in applicazione del trattato recante l'accordo delle parti²²¹.

²¹⁹ *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 2011, par. 602-603. Per un'accurata disamina della giurisprudenza sul punto si veda MAGRAW, "Investor-State Disputes and the Rise of Recourse to State Party Pleadings As Subsequent Agreements or Subsequent Practice under the Vienna Convention on the Law of Treaties", in *ICSID Review*, Vol. 30 (1), 2015, pp. 142-171.

²²⁰ *Gas Natural SDG SA v Argentine Republic*, ICSID No ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions of Jurisdiction, 2005, par. 47. Oltretutto si trattava di *pleadings* nel medesimo procedimento per l'Argentina, senza indicazione di altre circostanze in cui la medesima interpretazione era stata espressa.

²²¹ *Telefonica SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/20, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 2006, par. 112. Lo stesso è avvenuto in *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, 2012, nel quale l'Argentina riteneva che la Spagna avesse dimostrato di condividere la

Si tratta dunque di dichiarazioni unilaterali, che difficilmente, a causa della loro predominante finalità processuale, possono essere rivelatrici di una prassi successiva, anche se tale possibilità non può essere esclusa aprioristicamente²²².

9.8. La possibile deduzione dell'accordo interpretativo dall'assenza di prassi

La CDI non ha nascosto come la stessa assenza di prassi successiva con riferimento al trattato possa dare indicazioni sull'interpretazione adottata dalle parti con riferimento al trattato: in altre parole sarebbe possibile desumere dall'assenza stessa di prassi la costituzione di un accordo tra le parti di un trattato con riferimento all'interpretazione del medesimo²²³.

La CIG, in occasione del parere sulla *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ha affermato come la mancanza di determinazioni, con riferimento all'interpretazione di un trattato, o l'assenza di forme di applicazione costituiscano esse stesse una prassi in

propria interpretazione della clausola MFN, contenuta all'articolo IV(2) nel BIT, resa nei propri *pleadings* e di come ciò si evincesse dai *pleadings* della Spagna nel caso *Maffezzini*.

²²² Tale ipotesi si è configurata, come rilevato anche da Magraw ("Investor-State Disputes *cit.*, a p. 167) in *Cattlemen v United States* dinanzi al tribunale arbitrale, costituito ai sensi del Capitolo 11 del NAFTA: i giudici ritennero che le memorie depositate dagli Stati Uniti dinanzi al tribunale nel caso in oggetto, nonché quelle depositate dal Canada in un caso precedente dinanzi al medesimo tribunale, costituissero una prassi successiva recante l'accordo delle parti sull'interpretazione del trattato, rilevante ai sensi della Convenzione di Vienna. "According to the Tribunal, the SPPs amounted to 'a sequence of facts and acts that amounts to a practice that is concordant, common and consistent', which the Tribunal viewed as sufficient to amount to subsequent practice under Article 31(3)(b) of the VCLT on the interpretation of NAFTA Article 1101(a)." *Canadian Cattlemen for Fair Trade v United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 2008, par. 189. Ciò è avvenuto ancora dinanzi al Tribunale Iran-Stati Uniti, nell'ambito di una controversia nella quale era emersa la questione se le parti fossero o meno legittimate a presentare domande riconvenzionali. Il Tribunale aveva ritenuto che lo fossero in ragione della prassi successiva, rivelatrice del loro accordo, fondata sulle 'assertions or admissions made in the course of the proceedings before the tribunal' e sul fatto che esse, senza ricevere obiezioni, in altri procedimenti davanti al Tribunale avessero sempre depositato domande riconvenzionali. L'Iran aveva strenuamente sostenuto come la prassi di presentare domande riconvenzionale fosse dettata da ragioni di strategia processuale e non rispecchiasse la volontà delle parti di riconoscere quel diritto. nota 45 per il caso . Si tratta comunque di arbitrati Stato-Stato, nei quali i giudici appaiono più propensi a ricorrere allo strumento in questione. *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), 2004, WL 2210709, par. 130-133.

²²³ ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/69/10 (2014) *cit.*, a p. 174; ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/71/10 (2016) *cit.*, a p. 161.

grado di offrire indicazioni sulla 'legal position of the parties according to which nuclear weapons were not prohibited under various treaties regarding poisonous weapons'²²⁴. Allo stesso modo la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha sostenuto che "the lack of any apprehension" possa essere indicativa del fatto che le parti abbiano assunto una posizione con riferimento all'interpretazione del trattato²²⁵. Si vedrà nel proseguo della trattazione, in particolare nel terzo capitolo, il valore che tali affermazioni possono assumere nell'ambito della valutazione della portata sospensiva della prassi successiva.

9.9. Attribuzione della prassi successiva: i soggetti

Diviene imprescindibile, a questo punto della trattazione, l'individuazione dei soggetti dai quali le condotte debbono promanare per poter essere rilevanti quali prassi successiva ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna²²⁶.

²²⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1996, a p. 248, par. 55-56. La questione sottoposta alla Corte dall'Assemblea Generale della Nazioni Unite richiedeva di comprendere se le disposizioni del trattato (ovvero Seconda Dichiarazione dell'Aia del 1899, i regolamenti dell'Aia del 1907 e il protocollo di Ginevra del 1925), che proibiscono l'uso di armi tossiche e asfissianti, dovessero essere interpretate nel senso di estendere il divieto anche alle armi nucleari. In assenza di una prassi volta a far valere tale divieto, la Corte esclude che esso potesse applicarsi anche alle armi nucleari. Ma si veda anche *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Reports, 1996, a p. 815, par. 30. Sul punto GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., a pp. 262-264.

²²⁵ *Bankovic et al. v. Belgium and 16 Other Contracting States* (decisione, Grand Chamber), Application No. 52207/99, ECHR, 2001, par. 62. See GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., a p. 263 "The Court found State practice in the application of the Human Rights Convention to be indicative of a lack of any apprehension on the part of the parties that they might attract responsibility under the Convention in respect of military operations in which they had participated outside their territories. *Practice evidencing their agreement on this was found in the lack of derogations under article 15 of the Convention*". (enfasi aggiunta). Si vedano anche ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/69/10 (2014) cit., a p. 174; ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/71/10 (2016) cit., a p. 161.

²²⁶ ovvero ai sensi dell'articolo 32, quale mezzo supplementare di interpretazione, nel caso difettino di taluni requisiti.

La CDI ha affrontato a più riprese il tema nel Report del 2013, ma soprattutto in quelli successivi del 2014, 2015 e 2016, sopperendo con questi ultimi alle lacune fino a quel momento rimaste nello studio della materia con riferimento al tema delle organizzazioni internazionali. Si vedano ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2013, in UN Doc. GAOR, Sixty- eighth session Suppl. No.10 (A/68/10), pp. 9-48; ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2014, in UN Doc. GAOR, Sixty- ninth session Suppl. No.10 (A/69/10), pp. 166-218; ILC, "Report of

Atteso che si tratta di un mezzo di interpretazione autentica del testo, è immediatamente chiaro come la prassi successiva potrà consistere in ogni condotta attribuibile alle parti di un trattato, dunque a uno Stato ovvero agli organi di un'organizzazione internazionale, ovvero ancora ai c.d. *treaty bodies* (organi istituiti da trattati non costitutivi di organizzazioni internazionali), che raggruppino al loro interno tutte le parti del trattato, catalizzando così la costituzione dell'accordo interpretativo. Vi sono poi altri soggetti, quali gli organi composti da esperti indipendenti, nonché in generale altri attori non statali, di cui si dirà nel proseguo²²⁷, le cui condotte, pur non producendo direttamente prassi successiva rilevante ai sensi dell'articolo 31, sono in grado di dare un apporto fondamentale nella rilevazione della prassi successiva delle parti di un trattato. Nell'analisi dello strumento interpretativo, oggetto della presente trattazione, bisogna infatti sempre ricordare come vi siano due piani di comprensione: quello della produzione di prassi interpretativa a opera degli Stati parte di un trattato (interpretazione autentica di primo livello) e quello -spesso affidato a un organo giurisdizionale internazionale nell'atto, nella maggior parte dei casi, di dirimere una controversia- di ricognizione e rilievo di tale prassi degli Stati per utilizzarla quale strumento interpretativo ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) (interpretazione di secondo livello sulla base di prassi successiva).

9.9.1. Gli Stati-parte del trattato

La condotta deve essere attribuibile agli Stati-parte del trattato. In via di approssimazione, il concetto di attribuzione potrebbe richiamare, anche se in modo non completamente sovrapponibile, i criteri previsti all'articolo 2, e seguenti, dell'Articolato sulla responsabilità degli Stati per illecito internazionale²²⁸.

International Law Commission, Sixty-seventh session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2015, in UN Doc. GAOR, Seventieth session Suppl. No.10 (A/70/10), pp. 84-103 e ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-First session Suppl. No.10 (A/71/10), pp. 118-240.

²²⁷ si veda par. 10.4.4..

²²⁸ Da un punto di vista giuridico, infatti, l'attribuzione di una prassi ai fini interpretativi non è necessariamente sovrapponibile a quella ai fini della responsabilità, che si mostra più ampia e meno restrittiva. "Article 2. (Elements of an Internationally wrongful act of a State): "There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: a) is

La CDI ha affrontato la questione riguardante se, e a quali condizioni, la condotta di un *lower State organ* possa rappresentare prassi successiva rilevante ai fini dell'interpretazione di un trattato.

Con riferimento a tale argomento, emerge sin dal principio una difficoltà nell'individuazione di una distinzione tra c.d. *lower organs* e *high organs* di uno Stato²²⁹; tale complessità deriva inevitabilmente dall'impossibilità di ricostruire un discorso univocamente e generalmente valido per tutte le realtà dei diversi Stati, attese le significative differenze di organizzazione interna e di *governance* che li caratterizzano. Alla luce di queste considerazioni, l'approccio da adottare risulterà quello di aver riguardo non tanto alla posizione gerarchica dell'organo all'interno della struttura statale, quanto piuttosto al ruolo attuale dello stesso nell'interpretazione e applicazione dei trattati di cui lo Stato stesso sia parte²³⁰. Tale soluzione, assolutamente condivisibile, muove dalla consapevolezza che numerosi trattati tradizionalmente non vengono sempre applicati dagli organi governativi di livello più alto, o comunque dagli *high-ranking government officials* di cui all'articolo 7 della Convenzione di Vienna²³¹.

Le corti e i tribunali internazionali hanno preso atto di tale tendenza, riconoscendo via via che anche le condotte delle c.d. *lower authorities* possano, a determinate condizioni, costituire prassi successiva rilevante. A questo proposito, la Corte di Giustizia nel caso *Rights of U.S. Nationals in Morocco* ha riconosciuto che l'articolo 95 dell'*Act of Algeciras* dovesse essere interpretato flessibilmente alla luce della prassi inconsistente delle autorità locali²³². La stessa giurisprudenza dei tribunali arbitrali conferma che la prassi rilevante può promanare dai *lower organs*. Nel caso *German External Debts*, il tribunale arbitrale considerò la lettera della Banca di Inghilterra alla

attributable to the State under international law” , in *Yearbook of International Law Commission*, 2001, Vol.II (Part 2) and corrigendum, pp. 34-35.

²²⁹ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.*, 2013 (A/68/10), a p. 42, par. 4-5.

²³⁰ *Ivi.*

²³¹ GARDINER, *Treaty Interpretation* *cit.*, a pp. 143-148; per diversi esempi sul punto si vedano ARATO, "Deference to the Executive. The US Debate in Global Perspective", in AUST, NOLTE, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, Oxford University Press, Oxford, pp. 198-217; KANWAR, "Treaty Interpretation in Indian Courts", AUST, NOLTE, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, Oxford University Press, Oxford, pp. 239-264.

²³² *Rights of U.S. Nationals in Morocco (France v United States of America)*, ICJ Reports, 1952 p. 211.

German Federal Debt Administration come prassi successiva rilevante²³³. Nel caso *Tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, infine, il Tribunale arbitrale ritenne rilevante, sia pure solo inizialmente, la prassi dell'amministrazione tributaria francese di non riscuotere tasse sulle pensioni degli ex dipendenti Unesco²³⁴.

La prassi dei *lower organs* potrà essere rilevante tuttavia solo qualora appaia sufficientemente non equivoca, solo qualora il governo dello Stato ne sia consapevole e non l'abbia contraddetta in un lasso di tempo ragionevole²³⁵.

9.9.2. Le Organizzazioni Internazionali

Analizzando i soggetti dai quali può promanare prassi successiva, non ci si può esimere dal considerare il ruolo svolto dalle organizzazioni internazionali e dai suoi organi. La CDI ha mostrato di condividere tale assunzione, colmando nel 2015 le lacune presenti nei lavori precedenti con un rapporto appositamente dedicato al tema e riconoscendo che:

'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'²³⁶.

²³³ *German External Debts*, 1980, UNRIAA Vol.XIX, p.67 at pp. 103-104, par.31. La controversia riguardava la questione se la rivalutazione del Marco Tedesco, avvenuta tra il 1961 e il 1969, costituisse un'ipotesi per l'applicazione della clausola di cui alla lett. e) dell'articolo 2 dell'accordo del 1953 sul debito estero Tedesco tra Belgio, Francia, Svizzera, Uk, Irlanda del Nord e Usa da un lato e Repubblica Federale Tedesca dall'altro.

²³⁴ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, UNRIAA. XXV, 2003, pp. 231-266, a p. 257, par. 66 e p. 259, par. 74.

²³⁵ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.*", 2013 (A/68/10), a p. 42, par. 6. Sul punto si veda anche GARDINER, *Treaty Interpretation* *cit.*, p.269-370 e DÖRR, *Commentary* *cit.*, p. 555-556, par 78.

²³⁶ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-seventh session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2015, in UN Doc. GAOR, Seventieth session Suppl. No.10 (A/70/10), pp. 84-103, a p. 89.

A tal proposito, va effettuata una distinzione tra:

1) prassi successiva degli organi dell'organizzazione internazionale, relativamente all'interpretazione delle disposizioni del proprio trattato istitutivo: in altre parole la prassi successiva determinante l'accordo delle parti può provenire dalle reazioni degli Stati alla prassi dell'organizzazione internazionale in applicazione del suo trattato istitutivo oppure può essere espressa direttamente dalla prassi dell'organo rappresentativo dell'organizzazione. Va precisato come la CDI effettui in realtà un'ulteriore distinzione tra la prassi successiva degli Stati membri, desunta dalla prassi degli organi dell'organizzazione internazionale, da un lato, e la *organisation's own practice*, che spesso si sovrappone e viene a coincidere con la prima²³⁷. Tale distinzione deriverebbe dal fatto che, soprattutto con riferimento a organizzazioni strutturalmente complesse e caratterizzate da ampia partecipazione (quale è l'ONU) la posizione dei singoli membri alle volte rimane assorbita da quella dell'organizzazione, che assume una propria autonomia. Secondo la CDI la prassi propria dell'organizzazione internazionale con riferimento al suo trattato costitutivo non costituirà prassi successiva ai sensi dell'articolo 31 (3) (b), tuttavia potrà essere rilevante ai fini del primo paragrafo dell'articolo 31. A parere di chi scrive, la precisazione appare tuttavia superflua e priva di una rilevanza pratica: è infatti chiaro che, ai sensi dell'articolo 31 (3) (b), ciò che l'interprete dovrà rilevare sarà sempre e comunque l'accordo delle parti, degli Stati membri dell'Organizzazione, desumibile sia nel caso in cui essi agiscano 'individualmente', sia qualora lo facciano tramite i suoi organi, sia, in definitiva, qualora il loro accordo emerga da una 'general practice

²³⁷ 'Subsequent agreements and subsequent practice of the parties, which may "arise from, or be expressed in" the practice of an international organization, may sometimes be very closely interrelated with the practice of the organization as such. For example, in its *Namibia* Advisory Opinion, the International Court of Justice arrived at its interpretation of the term "concurring votes" in Article 27, paragraph 3, of the Charter of the United Nations as including abstentions primarily by relying on the practice of the competent organ of the organization in combination with the fact that this practice was then "generally accepted" by Member States [...]. In this case, the Court emphasized both the practice of one or more organs of the international organization and the "general acceptance" of that practice by the Member States and characterized the combination of those two elements as being a "general practice of the organization". The Court followed this approach [also] in its Advisory Opinion regarding *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.' in ILC, "Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.*", 2016 (A/71/10), a p. 221-222. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1971, a p. 22. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (Advisory Opinion), ICJ Reports, 2004, a p. 150.

of the organization'²³⁸. In altre parole è evidente come, per la valutazione richiesta dall'articolo 31 (3) (b), la prassi dell'organizzazione-entità sarà rilevante ai fini dell'individuazione dell'accordo delle sue parti e non invece ai fini dell'individuazione dell'accordo dell'organizzazione-entità con altri soggetti del diritto internazionale, a meno che non si tratti di convenzioni concluse tra Stati e organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali (poichè in quel caso l'organizzazione è a tutti gli effetti un membro in grado di rendere un'interpretazione autentica)²³⁹.

2) ogni contributo di prassi interpretativa in generale dell'organizzazione internazionale su norme diverse da quelle del suo trattato istitutivo; strumento di innegabile valore ma non costituente chiaramente prassi successiva ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) *tout court*.

Per quanto concerne la prima ipotesi, l'applicabilità dell'articolo 31 (3) (b) alla prassi dell'organizzazione internazionale, e più in generale degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna agli strumenti costitutivi di organizzazioni internazionali, è indiscutibile alla luce dell'articolo 5 della Convenzione medesima. In forza di esso:

"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"²⁴⁰.

Importante sottolineare anche come la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali del 1986

²³⁸ Si veda THIRLWAY, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 61,1990, pp. 1-133, a p. 76: "[t]he Court's reference to the practice as being 'of the Organization is presumably intended to refer, not to a practice followed by the Organization as an entity in its relations with other subjects of international law, but rather a practice followed, approved or respected throughout the Organization. Seen in this light, the practice is ... rather a recognition by the other members of the Security Council at the relevant moment, and indeed by all member States by tacit acceptance, of the validity of such resolutions".

²³⁹ Lo scetticismo di chi scrive con riferimento all'approccio volutamente cauto, confuso e poco chiaro adottato dalla CDI sul tema appare condiviso da altri autori, tra cui KADELBACH, "The International Law Commission and role of subsequent practice as a means of interpretation under Articles 31 and 32 VCLT", in *Questions of International Law*, 2018, Vol. 46, pp. 5-18, a p. 12.

²⁴⁰ Così anche ILC, "Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.*", 2016 (A/71/10), a p. 214-215.

presenti il medesimo e speculare articolo 5, nonché rechi la copia perfetta degli articoli 31 e 32 della Convenzione del 1969²⁴¹.

Nonostante l'evidenza di tale argomentazione, contributo importante nel consolidare l'applicabilità delle norme sull'interpretazione ai trattati costitutivi di organizzazioni internazionali²⁴² e, più nello specifico dell'articolo 31 (3) (b), rafforzando il concetto di 'prassi dell'organizzazione', è stato reso da alcune sentenze della Corte internazionale di Giustizia²⁴³. Come sottolineato da Arato infatti, prima "[t]here seems to have been absolutely no precedent for the notion that the practice of the organs of an international organization might act as a proxy for subsequent state conduct"²⁴⁴.

²⁴¹ L'articolo 5 della Convenzione del 1986, non ancora in vigore, prevede che: "The present Convention applies to any treaty between one or more States and one or more international organizations 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". *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, Vienna, 21 marzo 1986, non ancora in vigore, 25 ILM 543.

²⁴² Ai fini dell'applicabilità degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna del 1969 ai trattati costitutivi di organizzazioni internazionali, sia pure con le cautele dovute alle peculiarità che contraddistinguono tali convenzioni, si vedano: "From a formal standpoint, the constituent instruments of international organizations are multilateral treaties, to which the well-established rules of treaty interpretation apply." in *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1996, a p. 74, para. 19. "On the previous occasions when the Court has had to interpret the Charter of the United Nations, it has followed the principles and rules applicable in general to the interpretation of treaties, since it has recognized that the Charter is a multilateral treaty, albeit a treaty having certain special characteristics." *Certain Expenses of the United Nations* (Advisory Opinion), I.C.J. Reports, 1962, a p. 157.

²⁴³ La Corte Internazionale di Giustizia ha riconosciuto l'applicabilità dell'articolo 31 (3) (b), nel parere sulla legalità dell'uso delle armi nucleari nei conflitti armati, con riferimento al trattato costitutivo della WHO (Organizzazione mondiale della sanità). *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1996, a p. 75, para. 19. Lo stesso è avvenuto nel caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, ICJ Reports, 1998, a p. 306-307, para. 67, con riferimento alla costituzione dell'organizzazione internazionale 'regionale' denominata *Lake Chad Basin Commission*.

Si vedano soprattutto *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1971, a p. 22; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*,) (Advisory Opinion), ICJ Reports, 2004, a p. 150, par. 27-28; *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Intergovernmental Maritime Consultative Organization (IMCO)* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1960, a pp. 168-170. Inoltre la Corte ha ritenuto prassi rilevante dell'organizzazione (recante l'accordo degli Stati membri) quella relativa alle regole procedurali di funzionamento degli organi delle Nazioni Unite (*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1950, a p. 9), nonché quella finanziaria/di bilancio dell'ONU (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1962, a p. 160).

²⁴⁴ ARATO, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations", in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 38, 2013, pp. 289 ss., a

Tra i casi più significativi si vuole qui ricordare *Certain Expenses of the United Nations* del 1962²⁴⁵. In quegli anni, le spese crescenti delle Nazioni Unite per le operazioni nelle aree del Congo e di Suez avevano causato serie difficoltà finanziarie all'organizzazione. La questione sottoposta alla Corte nacque poiché alcuni membri mancarono di pagare le loro quote di quei costi. Tali nazioni, tra cui soprattutto l'Unione Sovietica, ritenevano che le attività svolte in Suez e Congo non fossero state intraprese in conformità della Carta e che, conseguentemente, i membri delle Nazioni Unite non fossero vincolati a tali obbligazioni. In un tentativo di risolvere la questione, l'Assemblea Generale richiese un parere alla Corte di Giustizia, la quale stabilì che tali spese costituivano 'spese dell'organizzazione' ai sensi dell'articolo 17 secondo paragrafo della Carta²⁴⁶.

La Corte, per risolvere il quesito sottopostole, si interrogò sul significato dell'articolo 17 paragrafo 2 della Carta e, in particolare, sull'interpretazione dell'espressione "expenses of the Organization" in esso contenuta. Ciò che qui interessa è che, per giungere a una tale conclusione, la Corte si basò sulle risoluzioni adottate dall'Assemblea Generale nell'ambito dell'*United Nations Emergency Force in the Middle East* (UNEF) e quelle relative alle *United Nations Operations in the Congo* (ONUC). Esse, secondo la Corte, avrebbero rappresentato la prassi rilevante dell'organizzazione e dunque quella degli stati che ne sono parte, poichè era possibile desumere dalle medesime l'accordo degli Stati membri sull'interpretazione dell'articolo 17 paragrafo 2. Ciò peraltro venne affermato dai giudici dell'organo giurisdizionale delle Nazioni

pp.318-326. Nello stesso senso si veda anche DÖRR, SCHMALENBACH, *cit.*, a pp. 556-557 "As lit b does not explicitly say whose practice is to be considered, there is room for other actors that have been given a role in the implementation of a treaty to set relevant practice. Thus, where States by treaty entrust performance of activities under that treaty to an international organ or organization, the fulfillment of those functions is not only attributable to the parties, but can also in itself constitute "subsequent practice" under the treaty. This is of particular relevance with regard to constituent treaties of international organizations, and here especially for interpreting the provisions dealing with the competences and procedures of the organs created. While the ILC Special Rapporteur has explicitly declined to deal with the practice of organs, the ICJ underlined its importance with great emphasis [...]"

²⁴⁵ *Certain Expenses of the United Nations* *cit.*, a p. 160.

²⁴⁶ L'articolo 17 della Carta delle Nazioni Unite prevede che '(1)The General Assembly shall consider and approve the budget of the Organization. (2)The expenses of the Organization shall be borne by the Members as apportioned by the General Assembly. (3)The General Assembly shall consider and approve any financial and budgetary arrangements with specialized agencies referred to in Article 57 and shall examine the administrative budgets of such specialized agencies with a view to making recommendations to the agencies concerned'.

Unite nonostante le risoluzioni relative all'UNEF fossero state adottate solo con la maggioranza dei due terzi, valorizzando dunque ancora di più il concetto di prassi dell'organizzazione, capace di trascendere i singoli Stati membri in un organo tuttavia, quale l'Assemblea Generale dell'ONU, caratterizzato da una portata rappresentativa enormemente ampia. La medesima sorte infatti non toccò alle risoluzioni, adottate con opposizioni, dall'Assemblea mondiale della Sanità nel caso *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*. In quella circostanza, la Corte Internazionale di Giustizia, nel pronunciarsi sull'interpretazione dello strumento costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, e in particolare nel valutare la prassi del suo organo rappresentativo, l'Assemblea mondiale della Sanità, non considerò le risoluzioni adottate con opposizioni alla stregua di una 'practice establishing agreement between the members of the Organization under article 31, paragraph 3 (b)', sia pure riconoscendo che in linea generale la prassi dell'organizzazione potesse riflettere la prassi degli Stati membri della medesima²⁴⁷.

In conclusione, l'applicabilità delle regole sull'interpretazione contenute nella Convenzione di Vienna del 1969 ai trattati costitutivi di organizzazioni internazionali, nonché, nello specifico, dell'articolo 31 (3) (b) attraverso la configurazione di una prassi dell'organizzazione, in grado di mostrare l'accordo degli Stati membri, prescindendo dalle loro condotte individuali, appare assodata²⁴⁸. Tuttavia a questa considerazione non può non affiancarsi il monito rappresentato dalle particolarità e complessità, che contraddistinguono un trattato-costituzione e che richiedono specifiche declinazioni della norma menzionata. A questo proposito, ad esempio, c'è chi è giunto a sostenere che: '[...] the established practice of the United Nations could have created a rule of the organization with the content that its subsequent practice does not strictly require the agreement of *all* the Member States'²⁴⁹.

²⁴⁷ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* cit., a p. 81, para. 27.

²⁴⁸ Si vedano DÖRR, SCHMALENBACH, *cit.*, a pp. 557-558; GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., p. 280-284; SCHERMERS, BLOKKER, *International Institutional Law*, V Ed., Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2011, a p. 844; CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, VIII Ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, a p. 187; KLABBERS, *An Introduction to Institutional Law*, II Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, a pp. 89-90; AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, II Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005, a p. 25; ALVAREZ, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford, 2006, a p. 80.

²⁴⁹ PETERS, "Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?", in *Göttingen Journal of International Law*, 2011, Vol.3, pp. 617-642, a p. 624.

Per quanto riguarda la seconda ipotesi, ovvero ogni contributo di prassi interpretativa in generale dell'organizzazione internazionale su norme diverse da quelle del suo trattato istitutivo, essa rappresenta indubbiamente strumento ermeneutico di innegabile valore ma non costituisce prassi successiva ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) *tout court*, non trattandosi di interpretazione autentica proveniente dalle parti di un trattato, e potrà pertanto al più essere rilevante ai sensi dell'articolo 32. Questo caso merita certamente una breve digressione, poiché esprime e sottolinea il ruolo svolto dalle organizzazioni internazionali nello sviluppo degli orientamenti interpretativi. Il contributo più prominente in questo senso è certamente svolto dagli organi giurisdizionali delle organizzazioni internazionali, ovvero dalle Corti e dai tribunali internazionali. È assolutamente noto che nel diritto internazionale non vige il principio dello *stare decisis*²⁵⁰, ma è altrettanto noto il rilievo, l'autorevolezza e il valore persuasivo rivestito dalla casistica precedente²⁵¹: gli organi giurisdizionali, sia che siano caratterizzati da competenze settorialmente più variegate, sia che la loro attività abbia una portata più mirata, tendono sempre ad affidarsi a schemi di ragionamento consolidati nelle decisioni passate, talvolta trattando conclusioni in precedenza raggiunte alla stregua di presupposti assiomatici da cui muovere, talvolta ricorrendo all'istituto dell'*obiter dictum*, che, pur non costituendo parte della *ratio decidendi*, finisce per divenire guida nelle future pronunce sul tema. Fatta tale precisazione, appare chiaro come il rilievo operato dall'interprete (giudice-arbitro) della prassi successiva delle parti, corredato di giustificazioni e analisi delle condotte, giocherà un ruolo sostanziale nella valutazione operata da un altro giudice, che potrà richiamarsi e sentirsi quantomeno influenzato dal precedente

Spesso infatti la Corte ha mostrato di tenere in considerazione la prassi degli organi, quali l'Assemblea Generale, piuttosto che il Consiglio di Sicurezza, senza indugiare troppo nell'indagare se tale condotta fosse in grado di mostrare realmente l'accordo di tutte gli Stati Membri. Così in *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (Advisory Opinion), ICJ Reports, 2004; *Certain Expenses of the United Nations* cit.; contra *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* cit., a p. 81, para. 27.

²⁵⁰ Si pensi alla Corte Internazionale di Giustizia, il cui statuto, all'articolo 59, prevede che "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.". Si veda anche a titolo di esempio l'articolo 53 della Convenzione ICSID "The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention".

²⁵¹ L'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia annovera la giurisprudenza costante tra le fonti sussidiarie del diritto internazionale.

giurisprudenziale. In altre parole le decisioni dei tribunali internazionali divengono fonti di prassi nell'interpretazione dei trattati, anche della stesse regole della Convenzione di Vienna.

Oltre a quanto detto per gli organi giurisdizionali, possono prodursi altri esempi del ruolo svolto dalle organizzazioni internazionali nel fornire contributi di prassi interpretativa; la CDI stessa riconosce l'importanza di tale funzione²⁵². I rapporti delle organizzazioni internazionali a livello universale, che siano preparati per stilare resoconti della prassi degli Stati in un particolare campo, possono ad esempio avere considerevole autorità nella valutazione della prassi degli Stati parte di un trattato. Tra questi si possono ricordare l'*Handbook of the UNHCR on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention* e il *Protocol relating to the Status of Refugees* del 1967²⁵³. Anche in questo frangente, il contributo delle organizzazioni internazionali nel fornire prassi interpretativa di disposizioni di trattati ha valore considerevole nella determinazione della prassi di Stati parte di un trattato, pur non costituendo essa stessa *subsequent practice* ai sensi dell'Articolo 31 (3) (b), non trattandosi di interpretazione autentica. L'*Handbook of the UNHCR on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention* ha quindi una rilevanza 'when assessing the subsequent practice of parties to a treaty'²⁵⁴: infatti, a titolo di esempio, la Corte Federale Australiana, nel caso *Semings v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs* del 1999²⁵⁵, pur avendo esplicitamente escluso che il citato *Handbook* potesse esprimere direttamente la prassi dello Stato parte, lo ha ritenuto dotato di grande valore per la valutazione della prassi degli Stati parte.

9.9.2.1. Il sistema WTO

Il medesimo ragionamento, svolto con riguardo alle organizzazioni

²⁵² ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.*, 2013 (A/68/10), a p. 45-46, par. 15.

²⁵³ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 1992 (reedited); Sul punto si veda anche GARDINER, *Treaty Interpretation* *cit.*, p. 285.

²⁵⁴ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.*, 2013 (A/68/10), a p. 41.

²⁵⁵ *Semings v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, FCA 422, 1999 par 5-13.

internazionali in generale, può applicarsi e adattarsi anche all'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO). Tuttavia ragioni legate alla complessità e particolarità, sia a livello strutturale che a livello di dinamiche funzionali, di tale organizzazione richiedono una breve digressione sul punto, in grado di far luce su alcuni aspetti problematici.

Prima di tutto è opportuno premettere alcune precisazioni relative al funzionamento del sistema di risoluzione delle controversie in ambito WTO, regolato dall'Accordo sulla risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Understanding*, DSU)²⁵⁶.

Ai sensi dell'articolo 3.2. del DSU, gli organi di risoluzione delle controversie (i panel e l'organo d'appello, d'ora in poi AB) sono specificamente ed esplicitamente tenuti ad applicare le regole consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati, nell'interpretare tutti gli accordi WTO²⁵⁷.

Ciò significa che nel sistema WTO, a differenza di quanto era previsto nel GATT, l'applicazione delle regole consuetudinarie sul diritto dei trattati è stata istituzionalizzata, in seguito alla sempre più sentita esigenza, emersa durante gli *Uruguay Rounds*, di una più intensa relazione tra WTO e diritto internazionale generale²⁵⁸. È immediatamente evidente come la disposizione in questione non faccia esplicito richiamo agli Articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna, tuttavia è altrettanto noto che, per espresso riconoscimento da parte della totalità dei tribunali

²⁵⁶ DSU, *Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (Annex 2), 15 aprile 1994, 1869 UNTS 401, 33 ILM 1226 (1994). Si vedano anche *WTO Agreement: Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 aprile 1994, 1867 UNTS 154, 33 ILM 1144 (1994); *General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994)*, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 15 aprile 1994, 1867 UNTS 187, 33 ILM 1153 (1994).

²⁵⁷ L'articolo 3.2. del DSU stabilisce che '[t]he 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'. Il sistema GATT è sempre stato descritto come una 'Member-driven Organisation', caratterizzata da accordi autosufficienti che rendono pertanto il sistema ermetico e 'self-contained'. L'ultima parte dell'articolo 3.2. riflette proprio questa sua natura: Abi Saab descrive infatti il fraseggio finale come 'a surviving mantra, a heritage of the GATT'. SAAB, "The Appellate Body and Treaty Interpretation", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 99-109, a p. 107.

²⁵⁸ Nel GATT del 1947 non era regolato il processo di interpretazione; i *panels* non avevano infatti sviluppato alcuna metodologia interpretativa specifica.

internazionali e della CDI²⁵⁹, i canoni interpretativi contenuti agli articoli della Convenzione di Vienna riflettano il diritto consuetudinario. L'AB del WTO infatti, riferendosi all'articolo 31 della Convenzione, ha affermato che la disposizione

"[a]s such, [...] forms part of the 'customary rules of interpretation of public international law', which the Appellate Body has been directed, by article 3.2 of the DSU, to apply"²⁶⁰.

In definitiva, l'AB, alla luce di quanto testè affermato e anche alla luce della sua competenza, limitata alle sole questioni di diritto secondo quanto previsto dall'articolo 17.6. DSU²⁶¹, ha mostrato di ricorrere in maniera sempre più fedele agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna, determinando una vera e propria evoluzione della sua giurisprudenza, votata alla costituzione di una solida metodologia interpretativa, improntata sull'attenzione per il dato testuale²⁶². Addirittura c'è chi ha sostenuto che tra le principali ragioni del successo ottenuto dall'operato dell'AB vi sia proprio l'affidamento di quest'ultimo alle regole sull'interpretazione contenute della Convenzione di Vienna²⁶³.

²⁵⁹ *Report of International Law Commission*, Sixty-fifth session, 2013, GAOR Sixty-eighth session Supplement No.10 (A/68/10), Chapter IV, pp. 9-48, at p. 14.

²⁶⁰ *Reformulated Gasoline*, Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R (adottato il 20 maggio 1996), a p. 17. Si veda anche *Japan-Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (adottato il 4 ottobre 1996), a p. 104.

²⁶¹ La sua giurisdizione è limitata alla revisione delle 'issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel', come affermato dall'articolo 17.6 DSU.

²⁶² Ciò non significa che, durante la vigenza del GATT 1947, le regole sull'interpretazione dei trattati, come codificate dalla Convenzione di Vienna, non fossero applicate, bensì solo che, come precisato dalla Fitzmaurice, "unlike in the WTO, their application was not institutionalised". FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 153-237, a p. 159. Si veda anche KLABBER, "Jurisprudence in International Trade Law; Article XX of GATT", in *Journal of World Trade*, 1992, Vol. 23, pp. 63 e ss., at p. 87.

²⁶³ VAN DEN BOSSCHE (già membro dell'organo d'appello), "Form Afterthought to Centrepiece: The Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System", in SACERDOTI, YANOVICH, BOHANES, *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 289-325, a pp. 300-325.

Inoltre Abi Saab ha affermato che, nonostante la spesso conclamata e rivendicata specificità del diritto WTO, 'a thorough look at the jurisprudence of the Appellate Body does not reveal any mention of one or more rules of interpretation specific to this particular field that would come to complement or substitute for the above-mentioned general rules'. SAAB, "The Appellate Body and Treaty Interpretation *cit.*", a p. 105. Fitzmaurice invece ritiene che sussistano esempi di altri principi di interpretazione non 'strictly speaking within the canons of interpretation of the 1969 VCLT, such as

Nonostante quindi, permangano lacune nell'applicazione delle regole sull'interpretazione in generale e dell'articolo 31(3)(b) in particolare²⁶⁴, si può affermare che l'AB abbia dimostrato negli anni di affinare sempre più le tecniche interpretative, optando per un'applicazione discretamente rigida e fedele delle regole della Convenzione di Vienna²⁶⁵.

In seguito agli *Uruguay Rounds*, un'altra modifica, che incide sostanzialmente sul tema in analisi, riguarda la circostanza che i rapporti dei panels e dell'organo d'appello siano automaticamente adottati dal DSB (organo che è composto -si badi bene- da tutti gli Stati Membri del WTO), a meno che non vi sia opposizione all'adozione secondo la regola del *negative consensus*. Prima vigeva la regola esattamente contraria: la decisione doveva essere adottata *per consensus*.

Infine non va dimenticato come l'AB sia vincolato alle interpretazioni dei trattati WTO e degli strumenti associati, rese dalla conferenza ministeriale e dal consiglio generale del WTO, investiti di tale potere ai sensi dell'articolo IX par 2 del

the principle *in dubio mitius* or of restrictive interpretation, whereby limitations on state sovereignty are not to be presumed.' FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies *cit.*", at p. 195.

²⁶⁴ Ad esempio, in *EC—Computer Equipment*, l'AB corregge il Panel per non aver considerato come rilevante ai fini interpretativi una decisione presa dall'*Harmonized System Committee* dell'Organizzazione Mondiale delle dogane (World Customs Organisation, WCO). L'AB in quel frangente, infatti, riteneva che esse costituissero 'relevant decisions of other international organizations' e che pertanto potessero assurgere prassi successiva ex articolo 31(3)(b) VCLT, con riferimento all'interpretazione -si badi bene- degli accordi WTO. *European Communities-Computer Equipment*, Appellate Body Report, WT/DS62/AB/R, WT/ DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R (adottato il 22 giugno 1998), al par. 95. Non si trattava dunque di una prassi dell'organizzazione con riferimento al proprio trattato istitutivo: una decisione del HS Committee potrà essere prassi successiva rilevante con riferimento alla HS Convention e alla WCO. Come sottolineato da Van Damme infatti '[a]rguably, more than 'only some WTO Members' are Contracting Parties to the HS Convention or apply the HS without being a party to it. [...] it appears that the Appellate Body does not consider that Article 31(3)(b) requires that subsequent practice be established by parties to a treaty within the institutional context of that treaty' VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2009, a p. 344.

²⁶⁵ Sul punto, NOLTE, "Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body", in CANNIZZARO, *The Law of the Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 160-171, a p. 162-164. Una completa ed esaustiva ricostruzione della giurisprudenza in merito è offerta da VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2009. Inoltre in senso conforme, rilevando tale a un'applicazione sistematica e fedele delle regole di Vienna, si veda la ricostruzione offerta da FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies *cit.*". Ancora in senso favorevole: WHITE, "Treaty Interpretation: the Vienna Convention 'Code' as applied by the World Trade Organisation Judiciary", in *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 1999, pp. 319 e ss.; GARDINER, *Treaty Interpretation cit.*, a pp. 131-135.

DSU²⁶⁶.

Fatte queste doverose precisazioni, venendo ora alla questione principale del presente paragrafo, si nota come la prassi successiva rilevante ai sensi dell'articolo 31(3)(b) della Convenzione di Vienna possa emergere direttamente dalle condotte degli Stati membri dell'organizzazione, così come da quelle degli organi dell'istituzione, in grado di esprimere l'accordo delle parti del trattato.

In particolare, si può affermare che le interpretazioni rese dalla Conferenza dei ministri o dal Consiglio Generale del WTO possano a tutti gli effetti rappresentare prassi successiva ai sensi del 31 (3) (b), in quanto prassi dell'organizzazione, relativa al proprio trattato istitutivo e in grado di mostrare l'accordo degli Stati membri²⁶⁷.

Per quanto riguarda invece i rapporti, le decisioni degli organi di risoluzione delle controversie, la differenza con quanto specificato nel paragrafo precedente, con riferimento agli organi giurisdizionali delle organizzazioni internazionali in generale, merita un approfondimento. Come precisato, infatti, i rapporti dei panels e soprattutto quelli dell'AB vengono adottati dal DSB e divengono quindi definitivi, a meno che l'organo menzionato (composto di tutti gli Stati membri) li rigetti *per consensus* negativo. Questo meccanismo di vaglio potrebbe indurre a conferire un valore più pregnante ai Reports dell'AB che siano stati adottati, ovvero alla loro configurabilità quale ipotesi di prassi successiva in grado di esprimere l'accordo degli

²⁶⁶ Articolo IX(2): '2. 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.' La struttura organizzativa del WTO, stabilita all'articolo IV dell'Accordo di Marrakesh, prevede infatti: una *Conferenza dei Ministri*, il più importante organo decisionale, del quale fanno parte i rappresentanti di tutti gli Stati Membri del WTO e che si riunisce almeno una volta ogni due anni; il *Consiglio Generale*, che rappresenta l'organo decisionale negli intervalli fra una Conferenza e l'altra e del quale fanno parte i rappresentanti di tutti gli Stati Membri; un Segretariato, con a capo un Direttore generale, chiamato a svolgere il lavoro di supporto tecnico-amministrativo.

²⁶⁷ *United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, Appellate Body Report, WT/DS406/AB/R (adottato il 24 aprile 2012), al par. 262 ha riconosciuto valore ex 31 (3) (a) VCLT a una decisione della Conferenza dei Ministri (*Doha Ministerial Decision*, relativa a un allegato agli Accordi WTO, ovvero il c.d. *TBT Agreement*, costituente parte integrante degli accordi stessi, secondo quanto previsto dall'art. 2, para. 2, dell'Accordo WTO). Concordemente, ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.*", 2016 (A/71/10), a p. 220 ; GARDINER, *Treaty Interpretation cit.*, a p. 132.

Stati membri. Ciò diversamente invece da quanto affermato per le decisioni degli organi giurisdizionali, quali la CIG, cui si faceva precedentemente riferimento, caratterizzati da un innegabile valore di autorevolezza, ma indiscutibilmente non in grado di assurgere a prassi successiva, quale strumento di interpretazione autentica. In questo frangente le parti hanno la possibilità di intervenire.

Tuttavia, va parimenti notato come l'adozione del rapporto da parte del DSB stia a significare che gli Stati membri siano d'accordo che l'interpretazione, in esso contenuta, sia efficace e vincolante in relazione a quella particolare controversia e nei confronti delle parti coinvolte. Pertanto, in linea con un'applicazione attenta e rigida dell'articolo 31 (3) (b), che chi scrive ha sempre auspicato nell'arco dell'analisi finora condotta di tale strumento interpretativo, è da escludere che un rapporto possa costituire prassi successiva ex articolo 31 (3) (b) *tout court*, solo per il fatto di essere stato adottato dal DSB. Permane il suo valore di precedente non vincolante e di elemento fondamentale nella valutazione della prassi successiva, secondo quanto ampiamente analizzato nel paragrafo precedente²⁶⁸.

Quanto qui sostenuto è stato peraltro espressamente confermato dall'AB, che, nel censurare il rilievo effettuato in precedenza dal panel, secondo cui i rapporti adottati costituissero prassi successiva ai sensi del 31 (3) (b), ha stabilito come l'adozione non sarebbe sufficiente a esprimere l'accordo delle parti circa un'interpretazione definitiva delle disposizioni del trattato (del GATT 1947 e 1994 nel caso specifico)²⁶⁹.

I rapporti dell'AB, così come quelli dei Panels, dunque non possono automaticamente considerarsi prassi successiva rilevante solo in quanto adottati dal DSB, nemmeno in precedenza della riforma ovvero quando, secondo il meccanismo precedente, il *consensus* era richiesto per approvarli e non per rigettarli. Ciò è dovuto alla presenza ineliminabile della componente legata alla loro natura di strumento di

²⁶⁸ Conformemente VAN DAMME, *Treaty Interpretation* cit., a p. 341: 'The Appellate Body has refused to qualify GATT panel reports and DSB reports as subsequent practice. But Members' practices may often be generated by case law. In that sense, the distinction between subsequent practice and precedent might be less rigid than the Appellate Body perceives. Previously adopted panel and Appellate Body reports are not binding on WTO Members other than the disputants and do not constitute subsequent practice in interpreting the covered agreements; at most they create legitimate expectations [...]. WTO Members generally adjust their behaviour and interpretation of the WTO agreements to judicial interpretations in Appellate Body and panel reports because either they are disputants and bound by the decision at issue, or they accept and comply with the *jurisprudence constante* produced in those reports'.

²⁶⁹ *Japan-Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (adottato il 4 ottobre 1996), a p. 14.

risoluzione di una controversia, di un caso specifico, alle esigenze della c.d. *Fallgerechtigkeit*. Tuttavia a parere di chi scrive, la loro configurazione alla stregua di prassi successiva, così come non può essere automaticamente ritenuta, non può nemmeno essere automaticamente esclusa, qualora, in sede di adozione, le circostanze possano far desumere all'interprete che l'approvazione da parte del DSB si spinga oltre il singolo caso ed esprima le caratteristiche di un accordo delle parti sull'interpretazione del trattato.

9.9.3. Conferenze degli Stati parte e treaty bodies

Altra modalità, attraverso cui gli Stati parte di un trattato possono porre in essere prassi successiva rilevante ai fini interpretativi, è rappresentata dagli atti delle Conferenze degli Stati parte (CoP) e dei c.d. 'treaty bodies', istituiti dalla Convenzione e rappresentativi della totalità dei partecipanti alla medesima. La CDI, correggendo e colmando le lacune contenute nei rapporti precedenti²⁷⁰, approfondisce e riconosce la possibilità di annoverare gli atti provenienti dalle CoP tra quelli costituenti prassi successiva rilevante, in quanto capaci di costituire diretta espressione dell'accordo delle parti che li compongono²⁷¹.

²⁷⁰ Nel Report del 2013 infatti la CDI annoverava tra le 'other conducts' non costituenti prassi successiva ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 3 lettera b) della Convenzione di Vienna, bensì al massimo condotte utili ai fini della valutazione ai sensi dell'articolo 32, quelle provenienti da un 'treaty monitoring body', preposto all'interpretazione del trattato. Tale classificazione peccava di logicità e attenzione al caso concreto, soprattutto laddove equiparava le decisioni di un 'treaty monitoring body' alle dichiarazioni di Stati non-parte del trattato, alle pronunce provenienti da un organo di risoluzione delle controversie in relazione all'interpretazione di quel trattato, oppure, ancora, ad atti di organi tecnici/di esperti. Infatti si può ritenere che tale organo, se istituito e disciplinato dal trattato, anche nel valore da attribuire alle sue decisioni interpretative e se composto da tutti gli Stati membri dello stesso trattato, possa emettere linee guida o risoluzioni interpretative in grado di costituire una prassi successiva delle parti sub articolo 31 (3) (a) o (b), immediatamente rilevante, in quanto diretta espressione del pieno accordo delle parti che compongono l'organo, sul significato da attribuire al testo. In fondo significa semplicemente ammettere che le parti possano agire individualmente o congiuntamente aggregandosi in uno stesso corpo. ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.*, 2013 (A/68/10), a p. 42, par. 4-5 *Report cit.*, Commentary, pag. 44-45 par 12. Sul punto (probabilmente complice del ravvedimento della CDI) *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, ICJ Reports, 2014.

²⁷¹ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2014, in UN Doc. GAOR, Sixty-ninth session Suppl. No.10 (A/69/10), pp. 166-218, a p. 205-217.

La CDI, in particolare, specifica di riferirsi, col termine Conferenze degli Stati parte (CoP), non a quelle realtà che costituiscono organi di un'organizzazione internazionale, quali possono essere gli incontri di tutti gli Stati parte nel WTO e a cui nel paragrafo precedente si faceva riferimento, bensì a quelle

'other Conferences of States Parties [that] are convened pursuant to treaties that do not establish an international organization; rather, the treaty simply provides for more or less periodic meetings of the States parties for their review and implementation. Such review conferences are frameworks for States parties' cooperation and subsequent conduct with respect to the treaty. Either type of Conference of States Parties may also have specific powers concerning amendments and/or the adaptation of treaties'²⁷².

Ne sono esempi, il processo di revisione della Convenzione del 1972 sulle armi biologiche, operato dalle CoP istituite dalla medesima²⁷³ ovvero quello che ha riguardato il Trattato di non proliferazione delle armi nucleari del 1968²⁷⁴, nonché le CoP stabilite dai trattati internazionali sull'ambiente (MEAs)²⁷⁵.

²⁷² ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.* (2014), pp. 205-207. Sul punto si veda anche RÖBEN, "Conference (Meeting) of States Parties", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par. 1, che aggiunge alle caratteristiche il fatto che '[t]he Conference of the parties does not have legal personality; the Conference of the Parties acts on behalf of the States Parties'.

²⁷³ *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction*, 10 aprile 1972, 1015 UNTS 163. L'articolo XI prevede che gli Stati-parte riuniti in un incontro plenario debbano '[...] 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 realised'. Ai sensi dell'articolo XII tale revisione deve tenere in conto qualsivoglia progresso scientifico e tecnologico raggiunto e rilevante per la Convenzione (art. XII).

²⁷⁴ L'articolo VIII (3) del trattato stabilisce che una CoP debba riunirsi trascorsi 5 anni dall'entrata in vigore del medesimo e, se deciso, a intervalli di 5 anni di lì in avanti, '[...]in order to review the operation of this Treaty with a view to assuring that the purposes of the preamble and the provisions of the Treaty are being realised'. *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, 1 luglio 1968, 729 UNTS 161.

²⁷⁵ Sul punto ROMANIN JACUR, *The dynamics of multilateral Environmental Agreements - Institutional architectures and law-making process*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp.125-132. Si pensi alla CoP della *United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*, 9 maggio 1992, 1771 UNTS 107; si pensi alla *Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol (CMP)*. Si tratta sempre della CoP della Convenzione precedente (UNFCCC), che tuttavia serve come CoP del Protocollo di Kyoto: tutti gli Stati parte del Protocollo di Kyoto sono ivi rappresentati,

Secondo la CDI infine, atteso che le CoP sono costituite dal trattato, esse possono essere considerate dei 'treaty bodies' (chiaramente distinti da quelli tecnici composti di soli esperti ovvero da quelli caratterizzati da una responsabilità limitata, che invece produrranno al più materiale rilevante ai fini dell'articolo 32 della Convenzione di Vienna)²⁷⁶.

Secondo chi scrive, questa ripartizione scolastica tra organi di organizzazioni internazionali e CoP/'treaty bodies' operata dalla CDI, pur avendo il merito di includere le menzionate categorie di soggetti tra quelli in grado di produrre prassi successiva rilevante, riconoscendone finalmente il ruolo fondamentale in tale frangente, inevitabilmente si scontra con la realtà dei fatti. Vi sono invero organi che sfuggono alla classificazione, configurandosi quali casi limite, difficilmente ascrivibili all'una o all'altra categoria. Uno di questi è ad esempio l'*International Whaling Commission* (IWC) costituito dalla Convenzione internazionale per la regolamentazione della pesca alle balene, la cui prassi successiva è stata oggetto di analisi da parte della Corte Internazionale di Giustizia: la Convenzione è spesso descritta come costitutiva di un'organizzazione internazionale, ma non pare instaurarla con chiarezza; mentre l'organo (IWC), istituito dalla Convenzione, si attaglia piuttosto precisamente alla definizione di CoP o di 'treaty body', descritte dalla CDI.

La valenza degli atti delle CoP e dei 'treaty bodies' in generale dipende primariamente dalle regole che governano il loro funzionamento. I poteri sono loro attribuiti attraverso clausole generali e/o attraverso disposizioni specifiche, dirette ad assicurare soprattutto il continuo e necessario processo di implementazione del trattato multilaterale nonché a curarne l'applicazione. In particolare le loro competenze possono sostanzialmente consistere nel potere di formulare interpretazioni e, talvolta, in quello di modifica/revisione del trattato²⁷⁷.

mentre quelli parte solo della Convenzione e non anche del Protocollo partecipano come osservatori. *Kyoto Protocol*, 11 dicembre 1997, 2303 UNTS 161. Infine si veda la CoP istituita dalla *Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat*, Ramsar, 2 febbraio 1971, 996 UNTS 245.

²⁷⁶ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.* (2014), pp. 205-207.

²⁷⁷ Con riferimento alla CoP della UNFCCC: l'articolo 7(2) della UNFCCC prevede che 'Conference of the Parties may adopt, and shall make, within its mandate, the decisions necessary to promote the effective implementation of the Convention'. L'articolo 15 attribuisce poteri di modifica. Con riferimento alla CMP del Protocollo di Kyoto, l'articolo 13(4) attribuisce poteri di interpretazione e

Dunque alla luce di quanto precisato, è chiaro come le decisioni, le risoluzioni delle CoP e dei *treaty bodies* che raggruppano tutti gli Stati parte di un trattato possano costituire accordi successivi o prassi successiva ai sensi degli articoli 31 (3) (a) e (b) della Convenzione di Vienna, in quanto in grado di esprimere l'accordo delle parti sull'interpretazione del trattato. Ciò è stato confermato in diverse circostanze²⁷⁸. Essi funzionano anzi quali catalizzatori della manifestazione della comune volontà delle parti; infatti, ai sensi delle menzionate disposizioni, l'interprete potrà valutare le condotte dei singoli Stati membri e individuare la costituzione di un accordo oppure, nel caso vi siano tali *treaty bodies* istituiti dal trattato e rappresentativi di tutte le parti del medesimo, analizzare direttamente quanto deciso in quella sede con risparmio di tempo e, forse talvolta, con la garanzia di raggiungere un risultato maggiormente depurato dalla discrezionalità valutativa dell'interprete c.d. di secondo livello.

A questo punto diviene imprescindibile domandarsi a quale soglia una decisione, una risoluzione, una dichiarazione delle CoP o, più in generale, dei 'treaty bodies' potranno ritenersi sufficientemente condivise al punto da esprimere l'accordo delle parti e dunque da configurare un'interpretazione autentica.

Se l'unanimità dei membri lascia pochi dubbi, il *consensus* non è un concetto che necessariamente indica un preciso grado di condivisione. Secondo quanto affermato nel *paper*, prodotto dall'Ufficio delle Nazioni Unite per gli affari legali, sulla scorta di quanto previsto dalla risoluzione dell'Assemblea Generale 60/286 del 2006, il meccanismo del *consensus* è generalmente concepito come un processo decisionale consistente nel giungere a un risultato senza formali obiezioni e votazione. 'It may however not necessarily reflect 'unanimity' of opinion on the substantive matter. It is used to describe the practice under which every effort is made to achieve general

attuazione; l'articolo 20 poteri di modifica. Con riferimento alla *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, Washington, 3 marzo 1973, 993 UNTS 243: art. XI e XVII istituiscono e conferiscono alla CoP poteri di modifica. Con riferimento alla *World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control*, Ginevra, 21 maggio 2003, 2302 UNTS 166, gli articoli 23 (5), 28 e 7 prevedono in capo alla CoP poteri di modifica e di attuazione e interpretazione. Con riferimento all' *International Whaling Commission (IWC)*, istituita dalla *International Convention for the Regulation of Whaling*, Washington, 2 Dicembre 1946, 161 UNTS 72, l'articolo VI prevede che essa abbia poteri di interpretazione, raccomandazione. Con riferimento al *Rome Statute of the International Criminal Court*, Roma, 17 luglio 1998, 2187 UNTS 90, gli articoli 122 e 123 prevedono le procedure di modifica dello Statuto in capo alla CoP. Sul punto si veda BRUNNÉE, "Treaty amendments", in HOLLIS, *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 354-360.

²⁷⁸ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.* (2014), pp. 206.

agreement and no delegation objects explicitly to a consensus being recorded²⁷⁹.

Trasponendo quanto affermato nel ragionamento che qui interessa, ne deriva che l'adozione di una decisione per *consensus* non rappresenti condizione sufficiente, o meglio non sia condizione automaticamente e di per sé sufficiente, a far desumere un accordo delle parti ai sensi dell'articolo 31 (3) (a) o (b).

Maturate queste considerazioni, tuttavia, la regola in definitiva dovrà essere quella -parallelamente prevista per gli organi delle organizzazioni internazionali- della valutazione caso per caso, depurata da qualsivoglia automatismo e rivolta all'analisi della chiarezza e specificità dei termini scelti dalla CoP, dell'obiettivo e della portata della decisione, del contesto, della natura delle obiezioni addotte, il tutto quindi a prescindere dalla maggioranza con cui siano adottate.

Potenzialmente una decisione, sia pur adottata *per consensus*, con opposizioni oppure ad ampie maggioranze, se analizzata attentamente nelle sue caratteristiche, è in grado di esprimere l'accordo delle parti. La scelta di non scegliere, di non imbrigliare in una regola, sposata anche dalla CDI nel 2014, è assolutamente condivisibile e rispecchia soprattutto l'andamento ondivago della giurisprudenza, che ora richiede l'unanimità, ora impiega risoluzioni adottate con maggioranza²⁸⁰.

9.9.3.1. Il caso Whaling in the Antarctic

A conclusione di tale disamina, pare giusto fare cenno a uno degli approcci più recenti alla materia: la sentenza della CIG *Whaling in the Antarctic* ha infatti offerto vari spunti di riflessione e soprattutto ha rappresentato occasione di ravvedimento e

²⁷⁹ *Comments on Some Procedural Questions issued by the Office of Legal Affairs of the United Nations Secretariat in accordance with General Assembly resolution A/RES/60/286 (2006)*, disponibili a http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf (accesso il 15 gennaio 2018). Il paper si spinge, nel corso della disamina dell'istituto del *consensus* nella prassi generale delle Nazioni Unite, a distinguere tra decisioni adottate per consenso 'without a vote' da un lato e 'by consensus' dall'altro, ritenendo il primo caso una forma di consenso più forte e radicata rispetto al secondo, più debole e fragile. Netta permane tuttavia la linea di demarcazione con l'unanimità. Per un'analisi trasversale dell'istituto si veda WOLFRUM, PICHON, "Consensus", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, par. 3 and 24.

²⁸⁰ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* cit., a p. 81, para. 27. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (Advisory Opinion), ICJ Reports, 2004. *Certain Expenses of the United Nations* cit., a p. 160. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, ICJ Reports, 2014. Si veda quanto sostenuto nel paragrafo successivo.

spinta all'approfondimento, portando la CDI -come si sottolineava nel paragrafo precedente- a dedicare apposita attenzione, nello studio del tema della prassi successiva, ai 'treaty bodies'²⁸¹.

Il 31 maggio 2010 l'Australia citava in giudizio il Giappone, dinanzi alla CIG, lamentando 'Japan's continued pursuit of a large-scale program of whaling under the Second Phase of its Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic ('JARPA II')', in violazione degli obblighi assunti dal Giappone in base alla Convenzione internazionale per la regolamentazione della caccia delle balene (d'ora in poi ICRW)²⁸². La ICRW, firmata nel 1946, include un allegato che, tra l'altro, prevede dei limiti per la caccia alle balene ai fini commerciali e di sussistenza aborigena. Tale Allegato forma parte integrante della Convenzione, ma le sue previsioni, come ad esempio i suddetti limiti fissati, possono essere modificate dall'*International Whaling Commission* (d'ora in poi *IWC* o Commissione)²⁸³. L'articolo III, paragrafo 1 della Convenzione prevede la costituzione di tale Commissione e le assegna un ruolo significativo. Essa, cosa assai rilevante ai nostri fini, risulta composta da 'one member from each Contracting Government'²⁸⁴. La Commissione, ai sensi dell'articolo VI della ICRW, ha il potere di 'make recommendations to any or all Contracting Governments on any matters which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of this Convention'; infine può formulare modifiche all'Allegato, l'adozione delle quali richiede una maggioranza dei tre quarti dei voti espressi²⁸⁵. Tali eventuali modifiche, votate dalla Commissione, divengono vincolanti per lo Stato parte, a meno che esso presenti obiezione²⁸⁶.

Chiariti tali aspetti salienti per inquadrare la Commissione, quale organo cui è

²⁸¹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, ICJ Reports, 2014. La Corte si è pronunciata in modo definitivo il 31 marzo del 2014.

²⁸² *Ibidem*, par. 1.

²⁸³ *Whaling in the Antarctic cit.*, par 2-3 e si veda anche *International Convention for the Regulation of Whaling*, Washington, 2 Dicembre 1946, 161 UNTS 72.

²⁸⁴ Articolo III par 1 della Convenzione: "The Contracting Governments agree to establish an International Whaling Commission, hereinafter to be referred to as the Commission, to be composed of one member from each Contracting Government. Each member shall have one vote and may be accompanied by one or more experts and advisers".

²⁸⁵ L'articolo III par 2 della Convenzione prevede che "The Commission shall elect from its own members a Chairman and a Vice-Chairman and shall determine its own Rules of Procedures. Decisions of the Commission shall be taken by a simple majority of those members voting except that a three-fourths majority of those members voting shall be required for action in pursuance of Article V. (amendments)[...]".

²⁸⁶ Article V della ICRW.

affidato il potere di emendare in modo vincolante il trattato, e proseguendo con l'analisi del caso, va ora analizzato l'Articolo VIII paragrafo 1 della ICRW. Esso prevede che i Governi degli Stati membri possano garantire ai propri nazionali permessi speciali che autorizzino la cattura e l'uccisione di balene per scopi di ricerca scientifica²⁸⁷. Vale la pena di ricordare anche che, nel 1950, la Commissione costituì un Comitato scientifico, in accordo con il paragrafo 30 dell'Allegato, che rivide e commentò gli speciali permessi per la ricerca scientifica, previsti dall'articolo VIII, paragrafo 1 della Convenzione, prima che questi venissero in concreto applicati.

JARPA II²⁸⁸ è il programma di presunta ricerca scientifica del Giappone, previsto sulla base di un permesso speciale sub articolo VIII, par. 1 della ICRW, per mezzo del quale lo Stato giustificava l'uccisione delle balene su larga scala.

L'Australia, cui poi si affiancava nel corso del procedimento la Nuova Zelanda, affermava che JARPA II non fosse in realtà un programma avente scopo di ricerca scientifica, così come previsto e richiesto dall'Articolo VIII, paragrafo 1 testé menzionato. L'Australia in particolare riteneva che il Giappone avesse violato e stesse continuando violare tre obbligazioni sostanziali di cui all'Allegato: 'the obligation to respect the moratorium setting zero catch limits for the killing of whales from all stocks for commercial purposes (para. 10 (e)); the obligation not to undertake commercial whaling of fin whales in the Southern Ocean Sanctuary (para. 7 (b)) and the obligation to observe the moratorium on the taking, killing or treating of whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships (para. 10 (d))'²⁸⁹. Inoltre l'Australia attribuiva al Giappone la violazione dei requisiti procedurali, di cui al par 30 dell'Allegato, previsti per ottenere il permesso speciale per soli scopi di ricerca scientifica, contemplato dall'Articolo VIII, par. 1 della ICRW²⁹⁰. Il Giappone, dal canto suo, contestava ogni accusa.

²⁸⁷ Articolo VIII, paragrafo 1 della ICRW 'Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted'.

²⁸⁸ Second Phase of its Japanese Whale Research Program under Special Permit.

²⁸⁹ *Whaling in the Antarctic cit.*, par. 48.

²⁹⁰ *Ivi.*

La Corte rivolgeva quindi l'attenzione, per risolvere la controversia e *in primis* per dimostrare se il JARPA II fosse giustificato alla luce dello scopo della Convenzione, all'interpretazione dell' Articolo VIII, paragrafo 1, della Convenzione stessa e in particolare all'interpretazione dell'espressione, in esso contenuta, “*for purposes of scientific research*”. Anzitutto, la Corte notava come il termine ‘ricerca scientifica’ non trovasse, nel testo della Convenzione, una definizione²⁹¹. Per far fronte a tale mancanza, l’Australia, affidandosi principalmente alle teorie di uno degli esperti scientifici (Mr Mangel), riteneva che la ricerca scientifica (nel contesto della Convenzione) possedesse sempre quattro caratteristiche essenziali: “defined and achievable objectives (questions or hypotheses) that aim to contribute to knowledge important to the conservation and management of stocks; “*appropriate methods*”, including the use of lethal methods only where the objectives of the research cannot be achieved by any other means; peer review; and the avoidance of adverse effects on stock”²⁹².

A supporto della propria tesi e, nello specifico, di tali criteri enucleati, l’Australia spingeva l’attenzione della Corte su alcune risoluzioni e *Guidelines* (relative alla revisione dei permessi speciali effettuata dal sopra richiamato Comitato Scientifico), tutte adottate dalla Commissione (IWC). Si tratta della Risoluzione 1986-2²⁹³ e del c.d. Annex P²⁹⁴. Entrambi gli strumenti citati erano stati approvati dalla IWC all’unanimità, quindi riflettevano l’accordo di tutti gli Stati membri della Convenzione. L’Australia inoltre adduceva il riferimento anche alla Risoluzione 1995-9, più calzante dal punto di vista tematico, che prevedeva che l’uccisione delle balene dovesse essere permessa solo in circostanze eccezionali in cui fossero in gioco questioni importanti, non altrimenti risolvibili tramite l’analisi di dati esistenti e/o con l’uso di tecniche non letali di ricerca. Tale Risoluzione tuttavia era stata adottata non all’unanimità e addirittura con il voto contrario proprio del Giappone. Tali risoluzioni e linee guida, secondo l’Australia, avrebbero comunque dovuto informare l’interpretazione dell’Articolo VIII par 1 della Convenzione in quanto “subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty” e

²⁹¹ *Ibidem*, par. 70 e ss.

²⁹² (*corsivo aggiunto*). *Ibidem*, par. 74.

²⁹³ '[W]hich recommends that when considering a proposed special permit, a State party should take into account whether “the objectives of the research are not practically and scientifically feasible through non-lethal research techniques’, *Whaling cit.*, par 78.

²⁹⁴ '[W]hich provides that special permit proposals should assess why non-lethal methods or analyses of existing data “have been considered to be insufficient’, *Whaling cit.*, par 78.

“subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation”, secondo il significato delle lettere a) e b) del paragrafo 3 dell’Articolo 31 della Convenzione di Vienna²⁹⁵.

La Corte, in effetti, indica che quando tali risoluzioni 'are adopted by consensus or by an unanimous vote, they may be relevant for the interpretation of the Convention'²⁹⁶.

In altre parole il ragionamento della Corte porta alla conclusione che le risoluzioni, prodotte dall’Australia e adottate all’unanimità dalla Commissione, non possano essere prese in considerazione come *subsequent practice* ex Articolo 31 della Convenzione di Vienna, semplicemente perché il tema da esse affrontato non risulta sufficientemente decisivo per poter legittimare l’interpretazione restrittiva dell’espressione 'ricerca scientifica' addotta da Australia e nuova Zelanda²⁹⁷.

La Risoluzione 1995-9 invece, secondo la Corte, è molto calzante per il tema in questione ma, a causa della sua adozione non all’unanimità, “such instrument(s) cannot be regarded as subsequent agreement to an interpretation of Article VIII, nor as subsequent practice establishing an agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty within the meaning of VCLT 31(3)(a) & (b)”²⁹⁸.

Alla luce di quanto affermato dalla Corte, è stato sostenuto che:

"To generalize, while unanimous or consensus resolutions of a supervisory treaty body might be considered subsequent agreements or practice relevant to the interpretation of the underlying convention, resolutions adopted by disputed majority will not count under the general rule of interpretation"²⁹⁹.

²⁹⁵ *Ibidem*, par. 79.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 248, par. 46. Si veda anche DEL CASTILLO "Some Comments on the *Whaling in the Antarctic* Judgement", in DEL CASTILLO (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 175-191, a pp. 184-185.

²⁹⁷ Cioè fedele ai criteri esposti da Mr Mangel e in linea con quanto sancito dalle risoluzioni e Guidelines adottate dall’Australia.

²⁹⁸ *Whaling cit.*, par. 82-83.

²⁹⁹ ARATO, "Subsequent Practice in the Whaling Case and What the ICJ Implies about Treaty Interpretation in International Organizations", *Ejiltalk*, 2014.

Arato pone in essere un confronto tra il caso *Certain Expenses* (1962) e la sentenza *Whaling in the Antarctic*, che, paragonata alla prima, sembrerebbe segnare un probabile cambiamento di rotta³⁰⁰: la CIG, in *Certain Expenses*³⁰¹, faceva espressamente ricorso ad alcune risoluzioni dell'Assemblea Generale come strumento di prassi successiva, e dunque come criterio di interpretazione autentica delle disposizioni del trattato istitutivo dell'organizzazione, la Carta delle Nazioni Unite, nonostante il fatto che tali risoluzioni fossero state adottate non all'unanimità, come invece previsto in *Whaling in the Antarctic*, bensì anzi con maggioranze accompagnate da pesanti dissensi³⁰².

A parere di chi scrive, parlare di inversione di tendenza sembrerebbe eccessivo. Questo perché l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, in quanto organo di un'organizzazione internazionale, non può essere paragonata alla *International Whaling Commission* in termini di peso, varietà e numero di componenti. La Convenzione internazionale per la regolamentazione della caccia delle balene è un trattato multilaterale ma a sua volta non paragonabile alla Carta delle Nazioni Unite, documento peraltro istitutivo di un'organizzazione internazionale, ovvero mezzo, dotato di un'intrinseca necessità di flessibilità e capacità di adeguamento. Inoltre, alla luce di quanto finora sostenuto e alla luce della scelta di un approccio valutativo *case by case* sposato nel paragrafo precedente, l'attenzione dell'interprete nel rilevare la prassi successiva dei 'treaty bodies', piuttosto che delle CoP, o degli organi di un'organizzazione internazionale, deve focalizzarsi non sulla maggioranza con cui gli atti siano stati adottati, bensì sulla loro capacità di esprimere l'accordo delle parti del trattato per una determinata interpretazione.

³⁰⁰ *Ivi*.

³⁰¹ come analizzato nel paragrafo precedente.

³⁰² 'What's essential is that in *Certain Expenses*, the ICJ expressly relied on resolutions of the General Assembly as a proxy for the subsequent practice of the membership, and thus as authentic criteria for the interpretation of the U.N. Charter – despite the fact that in both cases several of the key resolutions were taken by majority vote, with heavy and representative dissents'; "it takes on a different color in the face of the ICJ's explicit language in today's *Whaling Judgment* – that resolutions adopted without unanimous support "cannot be regarded as subsequent agreement ... nor as subsequent practice", or any other authentic criterion of interpretation", *Ivi*.

9.9.4. Organi composti da esperti indipendenti e altri non-State actors

Spesso i trattati, soprattutto in materia di diritti umani, prevedono la costituzione di organi composti da esperti, con compiti di controllo, di elaborazione di standard, di interpretazione, ovvero, più in generale, preposti a una migliore applicazione della convenzione. Ad esempio nell'ambito dei diritti umani, i comitati stabiliti dalle Convenzioni delle Nazioni Unite, hanno la funzione di valutare i reports inviati dagli Stati membri e di ricevere comunicazioni e reclami provenienti da individui o Stati o gruppi di Stati³⁰³.

Tali organi, spesso denominati comitati, si caratterizzano proprio per il fatto che i membri non seguono istruzioni impartite dai singoli Governi, poichè siedono a titolo personale e in forza delle loro competenza, non in quanto rappresentanti degli Stati parte. I loro atti sono variamente denominati, ma tendenzialmente, spesso per esplicita disposizione, non sono legalmente vincolanti; è chiaro tuttavia come le loro pronunce abbiano spesso necessariamente a che fare con l'interpretazione.

La CDI nel suo ultimo report presta notevole attenzione all'analisi di questi *non-State actors* e, pur riconoscendogli un rilevante ruolo nella fase di valutazione della prassi successiva degli Stati, naturalmente giunge all'ovvia conclusione che, alla luce della composizione che li caratterizza, i loro atti non possano costituire di per se stessi prassi successiva ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, 'since this provision requires a subsequent practice of the parties that establishes their agreement regarding the interpretation of the treaty'³⁰⁴.

Le pronunce dei comitati possono tuttavia, come si accennava, dare impulso o fare

³⁰³ *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 19 Dicembre 1966, 999 UNTS 302. Oltre al Comitato sui diritti umani, istituito dagli articoli 28-45 dell'*International Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 19 dicembre 1966, 199 UNTS 171, altri esempi di comitati costituiti da esperti sono il Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale istituito dagli articoli 8-14 dell'*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, New York, 7 marzo 1966, 660 UNTS 195.; il comitato sui diritti del fanciullo, istituito dagli articoli 43-45 della *Convention on the Rights of the Child*, New York, 20 Novembre 1989, 1577 UNTS 3. Merita poi di essere ricordato in materia di diritto del mare, la Commissione sui limiti della piattaforma continentale istituita dall'articolo 76 (8) della *UN Convention on the Law of the Sea*, Montego Bay, 10 Dicembre 1982), 1833 UNTS 3.

³⁰⁴ ILC, "Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice *cit.*", 2016 (A/71/10), a p. 228-240. Si veda anche KADELBACH, "The International Law Commission and role of subsequent practice as a means of interpretation under Articles 31 and 32 VCLT", in *Questions of International Law*, Vol. 48, 2018, pp. 5-18, a p. 12-13.

riferimento o rilevare, portandola alla luce, una prassi successiva delle parti ex 31 (3) (b)³⁰⁵.

Ciò può avvenire, ad esempio, laddove una risoluzione di un organo rappresentativo di un'organizzazione internazionale, quale l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, faccia esplicito riferimento a una pronuncia del comitato di esperti, oppure, ancora, laddove un atto del comitato produca una totale assenza di reazioni, quando il contesto le richiederebbe.

Tra gli esempi di altri *non-State actors* i cui atti possono essere rilevanti ai fini della trattazione per la loro capacità di riflettere una prassi ex 31 (3) (b), ovvero ai sensi dell'articolo 32, merita di ricevere attenzione l'ICRC (*International Committee of the Red Cross*)³⁰⁶. Oltre ad agire sulla base di un mandato generale conferitole dalle quattro Convenzioni di Ginevra³⁰⁷ e dallo Statuto del Movimento³⁰⁸, l'ICRC, occasionalmente, produce linee guida interpretative sulle Convenzioni di Ginevra e relativi protocolli, in forza di quanto stabilito dall'Articolo 5(2) del suo Statuto:

“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

³⁰⁵ MECHLEM, “Treaty bodies and the interpretation of human rights“, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42., 2009, pp. 905-947, a pp. 920-921. SCHLÜTTER, “Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies”, in KELLER, GROVER, *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 261-319, a pp. 289-290. ILA (International Law Association - Committee on International Human Rights Law and Practice), “Final report on the impact of findings of United Nations Human Rights treaty bodies”, Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 2004, disponibile a <http://www.ila-hq.org/index.php/committees> (accesso 9 gennaio 2018), a p. 6, par. 21 e ss..

³⁰⁶ Si veda <http://www.icrc.org/eng/who-we-are/mandate/index.jsp> e GASSER, *The International Committee of the Red Cross (ICRC)*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, par 20. Il lavoro dell' ICRC è basato sulla Convenzione di Ginevra del 1949 e i suoi Protocollo aggiuntivi, sul suo Statuto (e quelli dell' International Red Cross and Red Crescent Movement) e sulle risoluzioni dell' International Conferences of the Red Cross and Red Crescent. L'ICRC è un'organizzazione indipendente, neutrale volta ad assicurare la protezione umanitaria e l'assistenza per le vittime della guerra e della violenza armata. Agisce nelle situazioni di emergenza e allo stesso tempo promuove il rispetto per il diritto internazionale umanitario e la sua attuazione a livello nazionale.

³⁰⁷ *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginevra, 12 Agosto 1949, 75 UNTS 31; *Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, Ginevra, 12 Agosto 1949, 75 UNTS 85; *Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, Ginevra, 12 Agosto 1949, 75 UNTS 135; *Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Ginevra, 12 Agosto 1949, 75 UNTS 287.

³⁰⁸ *Statutes of the International Red Cross Crescent movement*, adottato dalla 25esima International Conference of the Red Cross a Ginevra, e modificato ne 1995 e nel 2006.

applicable in armed conflicts and to prepare any development thereof’.

Nel 2009, l’ICRC ha pubblicato delle linee guida intitolate *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*³⁰⁹. Esse sono l’esito di un’esegesi, effettuata da esperti, basata sulla prassi consuetudinaria e convenzionale in materia. Esse riflettono la posizione istituzionale dell’ICRC rispetto a come il diritto internazionale umanitario esistente debba essere applicato. In questo contesto, va notato come gli Stati abbiano riaffermato però il loro ruolo nell’interpretazione e sviluppo del diritto umanitario, come emerge nella Risoluzione 1 della Conferenza *Red Cross e Red Crescent* del 2011, la quale enfatizza ‘the primary role of States in the development of international humanitarian law’³¹⁰.

Altro esempio di condotta di attore non statale, che può essere rilevante nella valutazione della prassi successiva degli stati parti di un trattato, è rappresentato da ‘*The Monitor*’, un’iniziativa condivisa della *International Campaign to Ban Landmines*’ e della ‘*Cluster Munitions Coalition*’³¹¹. Il ‘*Monitor*’³¹² agisce come un regime di monitoraggio *de facto* per la Convenzione di Ottawa del 1997 e per la Convenzione di Dublino del 2008³¹³. Il ‘*Cluster Munitions Monitor*’ elenca dichiarazioni e prassi degli Stati parte e identifica questioni interpretative concernenti la Convenzione di Dublino.

Infine si impone un breve cenno alla c.d. prassi sociale, ovvero a un’altra condotta rilevante nella valutazione della prassi successiva ai sensi dell’articolo 31 (3) (b), ma non costituente *tout court* mezzo di interpretazione autentica. È stata in particolare la giurisprudenza della Corte EDU a fare ricorso a tale strumento,

³⁰⁹ Assembly of the International Committee of the Red Cross, "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", in *International Review of the Red Cross*, No. 872, 2008.

³¹⁰ ICRC, *31st International Conference 2011: Res.1- Strengthening legal protection for victims of armed conflicts*, 1 Dicembre 2012.

³¹¹ Si veda <https://www.icbl.org/> La campagna internazionale per il bando delle mine antiuomo è una coalizione di organizzazioni non governative, fondata nel 1992, mentre Cluster Munition Coalition è un movimento internazionale della società civile contro l’utilizzo, e l’uso di quel tipo di armi esplosive denominate munizioni a grappolo (si veda la pagina web ufficiale <http://www.stopclustermunitions.org>).

³¹² Si veda: <http://www.The-monitor.org>.

³¹³ *Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction*, Oslo, 18 Settembre 1997, 2056 UNTS 211; *Convention on Cluster Munitions*, Dublino, 30 Maggio 2008, 2688 UNTS.

invocando un'"increased social acceptance' e 'major social changes'. In *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, la Corte prese in considerazione l'accresciuta, diffusa e incontestata tolleranza non solo verso i transessuali, ma anche nei confronti del riconoscimento legale della nuova identità sessuale³¹⁴. Identificata la prassi sociale, la Corte solitamente verifica che questa tendenza sociale comune rifletta effettivamente una prassi degli Stati³¹⁵. Si tratta indubbiamente di elementi che possono entrare in gioco nel procedimento di rilevazione della prassi successiva, tuttavia chi scrive ritiene che essi influenzino l'interpretazione soprattutto con riferimento ad altre tecniche interpretative, di cui si dirà nel capitolo successivo, in grado di conferire flessibilità ed evoluzione alle disposizioni, quali l'interpretazione di un termine generico, l'interpretazione sistemica, basate sul combinato disposto dei paragrafi primo e terzo lett. c) dell'articolo 31.

10. La prassi successiva quale mezzo supplementare di interpretazione ai sensi articolo 32

Solo la prassi che, sottoposta al vaglio, mostrerà di possedere tutte le caratteristiche finora esaminate, sarà rilevante ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) e possiederà un forte valore interpretativo.

La CDI, nell'arco dei quattro Reports prodotti, distingue tra 'agreed subsequent practice', ovvero quella testé menzionata restrittivamente valutata e dotata di tutti i requisiti enucleati, e 'other subsequent practice', con riferimento a tutte quelle condotte che pur successive alla conclusione del trattato e relative ad esso non esprimano l'accordo di *tutte* le parti³¹⁶.

³¹⁴ 'to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals' *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (GC), Judgement 11 luglio 2002, App. No. 28957/95, ECHR Series 2002-VI, par. 85 e par. 90. Si veda anche con riferimento all'omosessualità: *Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment, 22 October 1981, Application No. 7275/76, ECHR Series A, No. 45, para. 60.

³¹⁵ Si vedano *Mazurek v. France*, Judgement, 1 Febbraio 2000, App. No. 34406/97, ECHR Series 2000-II, para. 52; *Chapman v. the United Kingdom* (GC), Judgement, App. No. 27238/95, 18 gennaio 2001, ECHR 2001-I, par. 70 e 93.

³¹⁶ ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/71/10 (2016) *cit.*, a p. 129 e 144.

Ebbene quest'ultima ricadrebbe sotto la portata applicativa dell'articolo 32 della Convenzione di Vienna, ovvero costituirebbe un mezzo supplementare di interpretazione, grazie alla natura non esaustiva e non tassativa dell'elenco degli strumenti complementari, previsto dall'articolo 32³¹⁷.

Una tale ricostruzione trova in effetti fondamento, giustificazione e riconoscimento nella giurisprudenza dei tribunali internazionali, nonché in dottrina³¹⁸.

Tuttavia non si può non sottolineare come parte della dottrina ritenga la clausola generale, contenuta all'articolo 32, aperta al più al ricorso di principi interpretativi diversi da quelli contenuti nell'articolo precedente, quali il principio del *contra proferentem*, l'interpretazione *per analogiam*, e così via³¹⁹.

Chi scrive ritiene che probabilmente la scelta della collocazione della prassi successiva in senso ampio tra i mezzi complementari di interpretazioni derivi da due ordini di ragioni. La prima giustificazione è di ordine 'storico' e, in particolare, sarebbe rintracciabile nel primo report sull'interpretazione redatto da Waldock del 1964 (il terzo dello *Special Rapporteur*). Originariamente Waldock inserì la prassi successiva tra i mezzi sussidiari di interpretazione, insieme all'oggetto e allo scopo del trattato, accanto ai lavori preparatori e alle circostanze esistenti al momento della

³¹⁷ *Ini*, ILC, Report on Subsequent Agreement and Subsequent Practice A/68/10 (2013) *cit.*, a p. 35-37. Già la questione era stata posta in questi termini nei DALT 1966 "The practice of individual States in the application of the Treaty [...] may be taken into account only as one of further means of interpretation" ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 222. Si veda anche quanto stabilito dalla CDI in ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176-208, a p. 203-204, par 13.

³¹⁸ *Kasikili/Sedudu Island*, ICJ Reports, 1999, par. 79-80; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), App. No. 15318/89, ECHR Series A No. 310, 1995, ai par. 79-81; *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago* (Judgment), Inter-American Court of Human Rights Series C No. 94, 2002, par. 92; *EC-Computer Equipment*, WTO Appellate Body Report, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R e WT/DS68/AB/R, adottato il 22 giugno 1998, par. 90.

In dottrina si vedano, tra gli altri: 'Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article 32 de la Convention de Vienne', YASSEEN, "L'interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités", in *Recueil des cours*, Vol.151, 1976, a p. 52; 'Subsequent practice which does not fall within this narrow definition may nonetheless constitute a supplementary means of interpretation with the meaning of Article 32 of the Convention', SINCLAIR, *The Vienna Convention* *cit.*, a p.138; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, a pp. 431-432; LE BOUTHILLIER, "Article 32", in CORTEN, KLEIN, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 841-863, a p. 851 e 862.

³¹⁹ LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 279.

conclusione del trattato, ponendo in essere una equiparazione tra interpretazione soggettiva, teleologica, storica e sulla base della vita successiva del trattato. *In secundis*, la scelta di conferire valore, sia pure secondario alla prassi successiva in senso ampio, deriva dalla consapevolezza dell'importanza di questo strumento, in grado dare atto della vita successiva del trattato.

Da un punto di vista prettamente giuridico, permangono dubbi sulla possibilità di includere tale 'other subsequent practice' nell'articolo 32 soprattutto in ragione della natura dello strumento, attinente al momento successivo alla conclusione del trattato³²⁰. L'espressione 'including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion'³²¹ infatti indurrebbe a pensare che gli strumenti supplementari siano da collegare a quell'interpretazione soggettiva e storica che rimane per lo più esclusa dalla *General Rule* di cui all'articolo 31³²². Tuttavia, va parimenti notato come non vi sia nulla che vieti la ricostruzione operata dalla CDI.

Ai fini della presente trattazione però diviene importante sottolineare che solo la prassi successiva dotata di tutte le caratteristiche enucleate nel corso del capitolo potrà possedere portata modificativa della disposizione. Sono proprio infatti la valutazione restrittiva della prassi successiva e l'applicazione fedele e rigida, per quanto possibile, dei requisiti previsti dall'articolo 31 (3) (b) a garantire che la modifica avvenga *secundum legem*, legittimamente.

³²⁰ A tal proposito BONAFÈ, PALCHETTI, "Subsequent practice in treaty interpretation between Article 31 and Article 32 of the Vienna Convention", in *Questions of International Law - Zoom in*, Vol. 46, 2018, pp. 1-3.

³²¹ Article 32 (Supplementary means of interpretation): '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'.

³²² Con le dovute precisazioni, si pensi all'articolo 31(4), che comunque ha natura di eccezione.

CAPITOLO II

Prassi successiva e interpretazione evolutiva: i limiti dell'interpretazione

SOMMARIO: **1.** Considerazioni introduttive: i limiti dell'interpretazione **2.** Interpretazione evolutiva **2.1.** Il fondamento giuridico **3.** Interpretazione evolutiva e sulla scorta di prassi successiva: due tecniche a confronto **3.1.** Un caso applicativo: *Dispute Regarding Navigational Rights*

1. Considerazioni introduttive: i limiti dell'interpretazione

La natura ambivalente dell'operazione interpretativa, collocata in bilico tra arte e scienza¹, l'assenza di una gerarchia sostanziale tra i mezzi di interpretazione, la discrezionalità e la creatività, che rimangono in capo all'interprete e che sono al tempo stesso promosse e limitate dall'impiego della buona fede² rendono l'interpretazione uno strumento flessibile, in grado di fronteggiare l'evoluzione del diritto e l'adattabilità di quest'ultimo alla realtà.

Il potenziale dell'interpretazione e delle regole che la governano è pertanto innegabile. Tuttavia non va dimenticato come tale operazione giuridica consista nella chiarificazione del significato di regole convenzionali³, al più nella specificazione o nell'espansione della portata e del contenuto normativo della disposizione, nel disvelamento insomma di elementi in qualche modo già contenuti nel testo, sia pure implicitamente⁴.

¹ Si veda sul punto quanto descritto al Capitolo I, par. 3., 3.1., 3.2., 3.3..

² La buona fede è, ai sensi degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna, filo conduttore e sostrato su cui tutti i mezzi di interpretazione devono trovare collocazione.

³ ORAKHELAVILI, p. 355; *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8*, Judgment No 13 of 16 December 1927, *PCIJ Series A*, No. 13, 4 at 10.

⁴ BERNHARDT, "Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties: Comments on Art pp. 27, 28, 29 and 38 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27, 1967, pp. 491–506, a p. 499; BERNHARDT, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (1963), 32; YASSEEN, "L'interprétation des traités d'après la Convention de

In altre parole essa potrà conferire al testo 'dinamicità', potrà contestualizzare - attualizzandola- la disposizione cui si riferisce, ma non potrà mai contraddirla o modificarla, non avendo forza creatrice di diritto.

Diverse sono le tecniche interpretative capaci di imprimere dinamicità ed evoluzione. Tra queste si colloca indubbiamente anche l'interpretazione sulla scorta della prassi successiva, contemplata all'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna.

2. Interpretazione evolutiva

Tra le tecniche in grado di favorire l'adattabilità delle regole alla realtà, ovvero in grado di spingersi ai confini dell'interpretazione esplicandone il potenziale, spicca la c.d. interpretazione evolutiva.

Il tema rientra nel ben più esteso orizzonte del diritto intertemporale. Quest'ultimo, infatti, declinato con riferimento all'interpretazione dei trattati, conduce a chiedersi se un trattato debba essere interpretato alla luce delle circostanze e del diritto esistenti al momento della sua conclusione (interpretazione statica o contemporanea), ovvero alla luce delle circostanze e del diritto esistenti al momento della sua interpretazione (interpretazione dinamica). In quest'ultima categoria rientrano tecniche e strumenti interpretativi differenti, come l'interpretazione evolutiva *tout court* di un termine generico, quella dovuta alle altre regole del diritto internazionale sopravvenute e applicabili ai sensi dell'articolo 31 (3) (c), nonché quella sulla scorta della prassi successiva⁵.

Vienne sur le Droit des Traités", 151 *Recueil des Cours* (1976-III), 1 at 9. VENZKE, *How Interpretation Makes International Law*, Oxford University Press, Oxford, a p. 236; AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, Unwin Hyman, Londra, 1987, a p. 204; WOLFKE, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", in KLABBERS, LEFEBER, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* Martinus Nijhoff, Aia, 1998, pp. 31-39, a p. 34; W Karl, *Vertrag und spätere Praxis in Völkerrecht—Zum Einfluß der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge* (1983), 22; Voïcu, *Del'interprétation authentique des traités internationaux* (1968), 19. Si veda soprattutto ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a p. 60.

⁵ Anche l'interpretazione teleologica, così come quella contestuale possono sostenere l'evoluzione; appartengono all'ambito dell'interpretazione dinamica.

In generale, la formalizzazione del diritto intertemporale, ora definito come principio, ora come teoria o dottrina⁶, può essere ricondotto al famoso *dictum* dell'arbitro unico Huber nel caso *Island of Palmas* del 1928. Secondo Huber, l'approccio intertemporale si compone di due elementi: se da un lato '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 the dispute in regard to it arises or falls to be settled', dall'altro lato stabilisce che un fatto sorto in un particolare contesto giuridico deve dimostrare la sua perdurante validità conformandosi alle nuove circostanze di diritto⁷. Il primo elemento dell'*intertemporality*, in forza del quale un diritto deve essere analizzato alla luce del sistema giuridico contemporaneo alla sua creazione, è stato fin da subito ampiamente accettato; il secondo invece, che fa riferimento alla necessità di evoluzione e cambiamento del diritto ai fini della sua stessa esistenza, ha da sempre ricevuto critiche, in quanto asserita causa di instabilità⁸.

In effetti, anche in sede di redazione della Convenzione di Vienna, tale profilo si mostrò come uno dei maggiormente controversi⁹.

L'articolo 56 del Terzo Report di Waldock del 1964 (poi dei Draft Articles on the Law of Treaties del 1964) infatti, espressamente rubricato *inter-temporal law*, si riferiva esplicitamente solo al primo aspetto del diritto intertemporale. Il forte disaccordo e l'assente bilanciamento tra componente statica ed evolutiva, tutto spostato a favore

⁶ Il giudice Elias nota che tale principio sia stato talvolta definito come 'international intertemporal law', talvolta come 'theory' o 'principle' o 'doctrine'. Si veda ELIAS, "The Doctrine of Intertemporal Law", in *American Journal of International Law*, Vol. 74 (1980), pp. 285-307, a p. 285. Secondo Friedmann si tratta di una teoria. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, New York, 1964, a p. 131.

⁷ *Island of Palmas case* (Netherlands v. USA), PCA, 1928, II UNRIAA 829, a p. 845. Si trattava di una controversia territoriale sull'Isola di Palmas, scoperta dalla Spagna nel tardo Medioevo e contesa tra Stati Uniti e Paesi Bassi, che, per decisione dell'arbitro unico Huber, si risolse a favore di questi ultimi. Mentre la Spagna aveva ceduto tutti i propri possedimenti nell'area agli Stati Uniti nel 1899, i Paesi Bassi esercitavano la sovranità sull'isola dal 1677. Entrambe le parti potevano quindi rivendicare l'acquisizione di un diritto e la questione diveniva pertanto comprendere quale momento fosse stato determinante ai fini dell'acquisto del diritto. Si veda per una completa ricostruzione KHAN, "Max Huber as Arbitrator: The Palmas (Miangas) Case and Other Arbitrations", in *European Journal of International Law*, Vol. 18 (2007), pp. 145-170. Si veda anche DJEFFAL, *Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, a p. 31.

⁸ KOTZUR, "Intertemporal Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, par. 6.

⁹ 'It's hard to imagine how there could have been more disagreement between the members of the Commission. There where competing views on almost every single point'. DJEFFAL, *Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, a p. 38.

della prima, condussero infatti Waldock a espungere l'articolo dalla bozza¹⁰.

Nell'ambito della regola sull'interpretazione dei trattati il secondo elemento del diritto intertemporale, quello evolutivo, trova ampi riscontri nella formulazione attuale delle stesse, nella preferenza per l'interpretazione oggettiva e testuale¹¹, nell'attenzione per il contesto e per l'approccio teleologico, nonché, in particolare, nell'articolo 31 (3) (c)¹² sull'incidenza ai fini interpretativi dell'evoluzione delle regole giuridiche del diritto internazionale.

Anche in quest'ultimo frangente, a dire il vero, la strada per l'inserimento della componente evolutiva non fu scevra da ostacoli. Infatti, in origine il testo dell'articolo 31 (3) (c) era contenuto, nei *Draft Articles* del 1964, al paragrafo primo della regola sull'interpretazione. A mente del medesimo, il significato ordinario da attribuire ai termini era da determinarsi *inter alia* alla luce delle 'general rules of international law in force at the time of its conclusion'. Esso in altre parole era espressione solo della componente statica del diritto intertemporale. Quando finalmente la disposizione venne discussa in occasione della 16esima sessione¹³, alcuni membri sottolinearono come essa mancasse di considerare gli effetti dell'evoluzione del diritto sull'interpretazione dei termini giuridici del trattato e pertanto come risultasse del tutto inadeguata. Riesaminando la disposizione, la Commissione reputò la formula utilizzata dal testo del 1964 insoddisfacente poichè appunto 'it covered only partially the question of the so called intertemporal law in its application to the interpretation

¹⁰ *Article 56 - 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'. ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a p. 8-10. ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176 e ss., a pp. 177-179. 'It was unclear whether Draft Art. 56 would apply only to the technique of the relevant rules that can now be found in article 31 (3) (c) VCLT, to the law of treaties or to international law in general. Some held that the distinction between interpretation and application could not be upheld, while others stressed its usefulness'. DJEFFAL, *Static and Evolutive Treaty Interpretation* cit., a p. 38; GREIG, *The Intertemporality and the Law of Treaties*, British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2001, a p. 3.

¹¹ Come contrapposta a quella soggettiva e storica invece espressione della interpretazione statica, declinazione del primo elemento del diritto intertemporale.

¹² *Contra* BJORGE, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2014, a p. 144 e DISTEFANO, "L'interprétation évolutive de la norme internationale", in *Revue générale de droit international public*, Vol. 115 (2011), pp. 373-396, a p. 386.

¹³ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176 e ss., a pp. 202-203.

of treaties¹⁴. La formulazione divenne pertanto quella attuale e la disposizione venne collocata al terzo paragrafo quale elemento esterno al testo e al contesto così come descritto dal secondo paragrafo della disposizione (accordi e prassi adottati contestualmente alla conclusione).

In definitiva, il tema del diritto intertemporale declinato con riferimento alle regole sull'interpretazione dei trattati mostra la compresenza di entrambi gli aspetti di cui è costituito: il primo aspetto dell' "intertemporalità" applicata all'interpretazione dei trattati è espressione del principio generale del *tempus regit actum* ed è quello che supporta la c.d. 'interpretazione contemporanea o statica': un trattato deve essere interpretato secondo le circostanze sussistenti al momento della sua conclusione¹⁵.

Tuttavia, come meglio specificato dalle parole del Professor Tanzi, il principio di irretroattività del diritto internazionale in generale comporta che 'oggi si dovrà applicare ai fatti di ieri il diritto in vigore ieri, ma non significa che tale diritto debba essere interpretato esclusivamente secondo criteri contestuali esistenti all'epoca in cui si sono verificati i fatti controversi, non tenendo conto degli sviluppi sociali e giuridici avvenuti in epoca successiva'¹⁶. Ecco dunque che viene in rilievo il secondo profilo dell'*Intertemporal Law*, applicato all'interpretazione dei trattati, che contempla invece la possibilità della c.d. 'interpretazione dinamica', in base alla quale un trattato può essere interpretato alla luce delle circostanze sussistenti al momento della sua applicazione¹⁷.

Gli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna non esplicitano una preferenza tra *contemporaneous interpretation* da un lato e *dynamic interpretation* dall'altro¹⁸.

¹⁴ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 222.

¹⁵ Uno dei precedenti giurisprudenziali forti, cui viene solitamente fatto riferimento per suffragare il profilo in questione, è proprio la sentenza arbitrale relativa al caso *Island of Palmas* (Paesi Bassi contro Stati Uniti d'America) del 1928. In tale occasione infatti l'arbitro unico, il Professor Huber, si pronunciò affermando che '[...] a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled'. *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*, PCA, 1928, II UNRIAA 829, a p. 845.

¹⁶ TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Padova, 2010, p. 381.

¹⁷ DÖRR, p. 533. Nella sentenza arbitrale *Iron Rhine*, del 2005, fu affermato che '[h]ere it seems that an evolutive interpretation [...] will be preferred' e fu rilevato un 'general support among the leading writers today for evolutive interpretation of treaties' *Arbitration regarding Iron Rhine Railway (Belgium v. Netherlands)*, PCA, 2005, XXVII UNRIAA 35, a par. 80-81.

¹⁸ La CDI come visto si era già occupata di tale questione inerente all' *intertemporal law* nel DALT del 1966 e nello *Study Group on Fragmentation of International Law*. Nel DALT del 1966 la CDI era d'accordo nel ritenere come non fosse possibile formulare una disposizione generale sulla questione

Secondo alcuni autori, sarebbe in realtà possibile individuare una presunzione a favore dell'interpretazione contemporanea, superabile tuttavia in presenza di determinati fattori come l'inserimento di un termine 'capable of evolving over time'¹⁹. Pare molto accattivante la ricostruzione della compresenza di tali due approcci in termini di principi concorrenti: a seconda del principio prevalente tra quello di interpretazione dinamica e quello di interpretazione statica nel caso di specie verrà conseguentemente determinata l'interpretazione da adottare²⁰.

Tale prevalenza sarà determinata da differenti fattori, quali la natura e la struttura del trattato o delle sue singole disposizioni in esame²¹.

Nonostante la Convenzione di Vienna non manifesti alcuna preferenza tra interpretazione statica e dinamica, appare ormai innegabile la tendenza verso l'interpretazione evolutiva manifestata sempre più nel corso degli anni nel contesto dell'arbitrato internazionale²².

dell'*intertemporal law*, lasciando così la questione irrisolta all'interno di quello che poi sarebbe divenuto l'articolo 31 (3) (c) della Convenzione di Vienna. La questione fu poi riaffrontata nello *Study Group on Fragmentation*, in seno al quale la CDI ribadì quanto fosse difficile formulare ed essere d'accordo su una norma generale che desse preferenza a un'interpretazione contemporanea, piuttosto che ad una evolutiva. La CDI dunque indica come la soluzione vincente sia quella di un approccio *case by case*. ILC, "Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, by Koskeniemi - 2006 (A/CN.4/L.682)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>, a p. 240, para. 475-478 e in futuro in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (Part I, Addendum), 2006. Si veda anche ILC, "Report of the International Law Commission the work of its fifty-eighth session (1 May- 9 June, 3 July-11 August 2006) (A/61/10), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (Part II), 2006, pp. 175-182.

¹⁹ DAWIDOWICZ, "The Effect of the Passage of Time on Interpretation of Treaties: Some Reflections on *Costa Rica v Nicaragua*", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24 (2011), pp. 201 e ss., a p. 207.

²⁰ PAUWELYN, "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", in *American Journal of International Law*, Vol. 95 (2001), pp. 535-578, a p. 574.

²¹ Si pensi ai trattati sui diritti umani, quali ad esempio la CEDU, particolarmente predisposti all'evoluzione e a una lettura teleologica delle proprie disposizioni. Si vedano sul punto SOREL, BORÉ EVENO, "Article 31", in CORTEN, KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804-838, a p. 834; DJEFFAL, *Static and Evolutive Treaty Interpretation* cit., a p. 32. La Fitzmaurice fa riferimento anche ad altri *extraneous factors* quali 'social, ethical and political conditions as well' FITZMAURICE, "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties. Part I" in *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 1 (2008), pp. 101-153, a p. 113.

²² NOLTE, "Between Contemporaneous and Evolutive Interpretation: The Use of "Subsequent Practice" in the Judgement of the International Court of Justice Concerning the Case of *Costa Rica v. Nicaragua* (2009)", in HESTERMEYER, KÖNIG, MATZ-LÜCK, RÖBEN, SEIBERT-FOHR, STOLL, VÖNEKY (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 1675-1684, a p. 1679; DJEFFAL, *Static and Evolutive*

La linea seguita dai tribunali e dalle corti internazionali rimane chiaramente un approccio *case by case*, scevro da presunzioni. La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia mostra di adottare un criterio statico e contemporaneo, qualora le disposizioni da interpretare presentino i caratteri della specificità e precisione, un criterio dinamico quando si trova ad analizzare termini generici capaci di supportare un'interpretazione evolutiva²³.

Treaty Interpretation cit., a p. 5; BINDER, *Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht*, p. 83; SOREL, BORÉ EVENO, "Article 31 *cit.*", a p. 834. Si vedano tra gli altri con riferimento agli arbitrati *ad hoc*: *Arbitration regarding Iron Rhine Railway (Belgium v. Netherlands)*, PCA, 2005, UNRIIAA, Vol. 27, p. 35, at paras. 80-81. Con riferimento alla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia: *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Reports 2009, par. 64; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion), ICJ Reports 1971, par. 53; *Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey)*, ICJ Reports 1978, par. 77. Con riferimento all'ambito WTO: *Japan-Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (adottato il 4 ottobre 1996), a p. 104; *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Service for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, Appellate Body Report, WT/DS363/AB/R (adottato il 19 gennaio 2010), par. 129; *US-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, (adottato il 6 novembre 1998). Con riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: *Guzzardi v Italy*, Judgment, 1980, App. No. 7367/76, ECHR Series A, No. 39, para. 95; *Soering v the United Kingdom*, Judgment, 1989, App. No. 14038/88, ECHR Series A, No. 161, para. 103; *Öcalan v Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 2005, App. No. 46221/99, ECHR, a para. 163; *Feldbrugge v Netherlands*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 1986, App. No. 8562/79, ECHR Series A, No. 99, par. 274; *Johnston v. Ireland*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), App. No. 9697/82, ECHR Series A, No. 112, par. 53. Si vedano PALCHETTI, "Interpreting 'Generic Terms': Between Respect for the Parties' Original Intention and the Identification of the Ordinary Meaning", in BOSCHIERO, SCOVAZZI, PITEA, RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, Aia, 2013, pp. 91-105, a p. 95; FITZMAURICE, "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I", in *Hague Yearbook of International Law* vol.1 (2008), pp. 101-153, a p. 102; ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9 (2010), pp. 443 e ss.; FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Nijhoff, Leiden, 2010, pp. 153-237.

²³ "The decisions that favour a more contemporaneous approach mostly concern specific treaty terms ("water-parting"; "main channel or Thalweg"; names of places; and "mouth" of a river). On the other hand, the cases that support an evolutive interpretation seem to relate to more general terms. This is true, in particular, for terms that are by definition evolutionary, such as "the strenuous conditions of the modern world" or "the well-being and development of such peoples" in article 22 of the Covenant of the League of Nations. The International Court of Justice, in its *Namibia Opinion*, has given those terms an evolving meaning by referring to the evolution of the right of peoples to self-determination after the Second World War. The "generic" nature of a particular term in a treaty and the fact that the treaty is designed to be "of continuing duration" may also give rise to an evolving meaning". ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent

Anche l'organo di appello del WTO ha occasionalmente fatto ricorso all'interpretazione evolutiva. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, così come la Corte Interamericana sui diritti umani, mostrano di sposare l'orientamento evolutivo, particolarmente connesso con il c.d. approccio *pro homine*²⁴.

2.1. Il fondamento giuridico dell'interpretazione evolutiva

Nell'ambito delle tecniche e degli strumenti interpretativi in grado di supportare un'interpretazione dinamica, l'individuazione del fondamento giuridico di alcuni risulta più immediato e agevole rispetto ad altri. In particolare, è chiaro come l'interpretazione sulla scorta della prassi successiva (o dell'accordo successivo) sia prevista e riconducibile proprio all'articolo 31 (3) (b) (nonchè (a)), come l'interpretazione teleologica trovi giustificazione alla luce del primo paragrafo dell'articolo 31 e come quella contemplante le altre regole del diritto internazionale applicabili si fondi sulla previsione dell'articolo 31 (3) (c). Meno automatica appare l'individuazione del fondamento giuridico della c.d. interpretazione evolutiva *tout court*: in termini classificatori e analitici, essa non costituisce certamente un mezzo di interpretazione, bensì si configura quale tecnica interpretativa²⁵.

Di conseguenza, diviene imprescindibile chiedersi se essa trovi comunque fondamento nelle regole sull'interpretazione di cui all'articolo 31. Come sottolineato in precedenza, la formulazione attuale delle norme della Convenzione di Vienna, la preferenza accordata all'interpretazione oggettiva e testuale, sebbene non consentano

Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 182.

²⁴ 'It is perhaps the ECtHR which has made the greatest use of evolutive interpretation, doing so in numerous domains' SOREL, BORÉ EVENO, "Article 31 *cit.*", a p. 834. Si veda anche *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (Advisory Opinion OC-16/99), Inter-American Court of Human Rights Series A, No. 16, 1999, a par. 114 'This guidance is particularly relevant in the case of international human rights law, which has made great headway thanks to an evolutive interpretation of international instruments of protection. That evolutive interpretation is consistent with the general rules of treaty interpretation established in the 1969 Vienna Convention. Both this Court, in the Advisory Opinion on the Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1989) and the European Court of Human Rights, in *Tyrer v. United Kingdom* (1978), *Marckx v. Belgium* (1979), *Loizidou v. Turkey* (1995), among others, have held that human rights treaties are living instruments whose interpretation must consider the changes over time and present-day conditions'.

²⁵ DJEFFAL, *Static and Evolutive Treaty Interpretation* *cit.*, a p. 8.

di stabilire una scelta espressa ed esplicita tra interpretazione statica e dinamica, permettono di anticipare la risposta affermativa al quesito della riconducibilità della tecnica interpretativa evolutiva alla *general rule of interpretation*, soluzione che, in ogni caso, sarà argomentata nel corso del presente paragrafo.

Ulteriore conseguenza della caratterizzazione quale tecnica interpretativa della c.d. interpretazione evolutiva è la sua principale collocazione all'interno del contesto giurisdizionale, nel quale l'interprete (ovvero l'arbitro), sia pure col fine di risolvere una controversia o di rendere un parere, esplicherà il potenziale dell'arte dell'interpretazione giuridica²⁶.

L'interpretazione evolutiva può essere definita come un'interpretazione nella quale a un termine è attribuito un significato capace di evolvere, di svilupparsi nel tempo²⁷. Nel corso degli anni, la Corte Internazionale di Giustizia ha formulato una 'general rule' per determinare quando un'interpretazione evolutiva debba e possa presumersi. Per utilizzare le parole dei giudici dell'Aia,

'where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is 'of continuing duration', the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning'²⁸.

La menzionata regola non è relegabile esclusivamente all'ambito della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, essa è certamente stata frutto di deduzione e analisi di differenti settori del diritto internazionale. Per vedere tale regola in azione infatti, è possibile, ad esempio, citare, nel contesto delle pronunce

²⁶ '[T]here is a real need to examine court practice in the wake of its 'explosion'; at the same time, such practice also provides better material for the study of [...] evolutive interpretation', DJEFFAL, *Static and Evolutive Treaty Interpretation* cit., a p. 8; GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., a p. 110; WAIBEL "Demystifying the Art of Interpretation", in *European Journal of International Law*, Vol. 22 (2011), pp. 571-588, a p. 572.

²⁷ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Reports 2009; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, ICJ Reports 1999; *Feldbrugge v. Netherlands*, Judgement (Merits and Just Satisfaction), App. No. 8562/79, ECHR, 1986; *Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey)*, ICJ Reports 1978.

²⁸ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights* cit., par. 66. La regola è costruita sull'approccio adottato dalla Corte precedentemente in *Aegean Sea Continental Shelf*, ICJ Reports 1978, par. 77.

dell'*Appellate Body* del WTO, il report *United States - Shrimps*²⁹. Nel caso di specie, le parti della controversia erano in disaccordo sul fatto che le tartarughe marine rientrassero o meno nell'espressione, nella definizione di 'exhaustible natural resources', ai sensi dell'articolo XX (g) del GATT, recante una delle eccezioni generali, in presenza delle quali i membri del WTO sono autorizzati a sottrarsi agli obblighi sostanziali imposti dal GATT³⁰. L'organo di appello notò in quella circostanza come il termine generico impiegato all'articolo XX(g) non fosse 'static', bensì piuttosto 'by definition, evolutionary'³¹ e come il dettato della disposizione dovesse essere letto 'by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of

²⁹ *US-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, WB/DS58/AB/R, 12 October 1998. Il caso US-Shrimps riguardava la protezione delle tartarughe marine dai rischi alla loro incolumità provocati dalla pesca a strascico dei gamberetti. Per ridurre la mortalità delle tartarughe, gli Stati Uniti avevano sviluppato un particolare dispositivo (il TED: turtle excluder device, una sorta di porta d'uscita nelle reti). il congegno era stato allora installato su tutte le navi statunitensi per la pesca dei gamberetti, in forza di una disposizione contenuta nel documento legislativo denominato Section 609. L'atto inoltre proibiva, a partire dal 1 maggio 1991, l'importazione di gamberetti, a meno che i paesi esportatori non fossero stati previamente certificati dal Dipartimento di Stato degli USA come 'TED-users countries'. La Section 609 venne estesa a tutte le nazioni straniere. A quel punto, India, Malesia, Pakistan e Thailandia, esposte a tale embargo, instaurarono il procedimento WTO. Il Panel ritenne che il divieto imposto dagli Stati Uniti non potesse essere giustificato alla luce dell'articolo XX del GATT. A seguito di appello, l'*Appellate Body* stabilì come la misura statunitense oggetto di controversia rientrasse nell'ambito applicativo dell'articolo XX(g) del GATT e come, tuttavia, non potesse essere giustificata in forza della carenza dei requisiti previsti dal *chapeau* dell'articolo XX: 'although the measure of the United States in dispute in this appeal serves an environmental objective that is recognized as legitimate under paragraph (g) of Article XX of the GATT 1994, this measure has been applied by the United States in a manner which constitutes arbitrary and unjustifiable discrimination between Members of the WTO, contrary to the requirements of the chapeau of Article XX'. par. 186. Pur raggiungendo le medesima conclusione sull'applicabilità dell'articolo XX, l'organo d'appello ha invertito l'interpretazione giuridica resa dal panel, con riferimento all'esatta sequenza di passaggi da osservare nell'analisi dell'articolo XX. Secondo l'organo d'appello, infatti prima è necessario verificare se la misura controversa possa ricadere e dunque essere giustificata da una delle ipotesi contemplate dalle lettere dalla (a) alla (j) dell'articolo e successivamente valutare se possa passare al vaglio della prima parte (*chapeau*) della disposizione XX. Si tratta del c.d. *two-tiered approach*, sviluppatodall'organo d'appello in *Reformulated Gasoline* (para. 22); poi seguito in in *US-Shrimps* para 150 and Panel Report in *EC-Asbestos*. *EC-Asbestos*, Panel Report, WT/DS135/R, para 8.167 e definitivamente adottato nel sistema di risoluzione delle controversie WTO. Si veda in generale MATZ-LÜCK, WOLFRUM "Article XX GATT 1994, lit. g)." in WOLFRUM, STOLL, SEIBERT (eds.), *WTO- Technical Barriers and SPS Measures*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 141-157.

³⁰ In particolare, in applicazione della lettera g), i membri del WTO possono adottare misure non conformi alle obbligazioni del GATT, purchè esse siano finalizzate alla conservazione delle risorse naturali esauribili. Tale paragrafo peraltro (g), in quanto coinvolgente il bilanciamento tra interessi commerciali e di conservazione ambientale, è una delle poche eccezioni tra quelle previste dall'articolo XX 'that have initiated several disputes under the GATT and WTO dispute settlement mechanisms'. MATZ-LÜCK, WOLFRUM "Article XX GATT 1994, lit. g) *cit.*", a p. 143.

³¹ *US - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report *cit.*, para. 130.

the community of nations about the protection and conservation of the environment³². L'espressione pertanto doveva ritenersi come inclusiva non solo delle risorse minerarie esauribili e delle altre risorse naturali non viventi, ma anche delle 'living resources susceptible of extinction' (tra le quali le specie migratorie)³³, nonché della 'clean air'³⁴. In altre parole, nonostante i redattori del GATT del 1947, nel predisporre l'eccezione di cui all'articolo XX(g), intendessero focalizzarsi sulle risorse minerarie, come il petrolio³⁵, essi erano parimenti consapevoli di impiegare un termine generico, che avrebbe potuto prestarsi a un'interpretazione evolutiva. In questo senso è possibile ritenere che l'interpretazione di un termine generico sia provocata e non contraddetta dalla stessa volontà originaria delle parti di un trattato.

In generale, volendo procedere con approccio tassonomico, è possibile affermare che determinati 'evolving terms' consentano o addirittura richiedano un'interpretazione evolutiva; mentre l'unico modo attraverso il quale un 'non-evolving term' possa essere interpretato in termini dinamici è che ad esso sia attribuito uno 'special meaning' in senso evolutivo, così come previsto dalla articolo 31 (4) della Convenzione di Vienna³⁶.

I termini evolutivi possono essere orientati da un punto di vista valoriale o meno: si pensi rispettivamente da un lato alle espressioni che non possano essere interpretate senza giudizi valoriali, come ad esempio 'inhuman punishment', ovvero dall'altro alle

³² *Ibidem*, par. 129.

³³ Si vedano *Canada's Landing Requirements for Pacific Coast Salmon and Herring*, Canada-US Free Trade Agreement, Secretariat File No. US 89-1807-01, 16 October 1989 (Gli stock di tonni vennero considerati dalle parti alla stregua di risorse naturali esauribili in chiave conservazionista); *Canada-Herring Salmon*, BISD 35S/98 (le parti considerarono i salmoni e le alici 'exhaustible natural resources'); *US- Tuna (EEC)*, DS29/R.

³⁴ *US - Taxes on Automobiles*, Panel Report, DS31/R (non adottato), paras. 3.316-3.323; *Reformulated Gasoline*, Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R, par. 13. Come puntualizzato da Wolfrum, tale interpretazione 'may in the future, become of quite some significance since it opens up the possibility of reading elements of the regime of climate protection into Art. XX lit. g)' MATZ-LÜCK, WOLFRUM "Article XX GATT 1994, lit. g) *cit.*", a p. 147.

³⁵ MATZ-LÜCK, WOLFRUM "Article XX GATT 1994, lit. g) *cit.*", a pp. 142, 145. Inoltre secondo la Convenzione di Vienna, i lavori preparatori costituiscono solo un mezzo sussidiario di interpretazione, caratterizzato da frammentarietà e incompletezza. MERKOURIS, "'Third Party' Considerations and 'Corrective Interpretation' in the Interpretative Use of *Travaux Préparatoires*: Is It Fahrenheit 451 for Preparatory Works?-", in Fitzmaurice, Elias, Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 75-95.

³⁶ Si veda sul punto l'accurata analisi svolta da Helmersen in HELMERSEN, "Evolutive Treaty Interpretation: Legality Semantics and Distinctions", in *European Journal of Legal Studies* Vol. 6 (2013), pp. 161-188. Articolo 31 (4) della Convenzione di Vienna recita: 'A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended'.

espressioni che al contrario prescindono da qualsivoglia giudizio morale, come ad esempio 'territorial status' in *Aegean Sea Continental Shelf* (1978)³⁷. I termini generici, come esplicitamente affermato dalla Corte Internazionale di Giustizia, sono indubitabilmente a certe condizioni 'evolving terms' e pertanto danno origine alla sopra menzionata presunzione³⁸.

Infine, nonostante la dichiarazione in senso contrario sollevata dalla giudice Higgins nel caso *Kasikili Sedudu*, tali termini suscettibili all'evoluzione non sono necessariamente concetti e vocaboli giuridici³⁹; basti pensare al sopra menzionato sintagma 'exhaustible natural resources': termine generico, evolutivo e non giuridico.

Fatte tali precisazioni, è ora possibile accedere a un approdo immediatamente conseguente e certamente rilevante ai nostri fini: l'innescarsi di tale presunzione in senso evolutivo deriva proprio da un'operazione interpretativa, volta alla determinazione del significato ordinario del termine al fine di classificarlo come generico o comunque evolutivo in senso più lato, con l'aiuto anche di elementi teleologici, contestuali e legati alla natura del trattato in oggetto⁴⁰.

Il fatto che l'articolo 31 (3) (c) della Convenzione di Vienna preveda che un

³⁷ *Aegean Sea Continental Shelf case* cit., par. 77. Si veda anche il termine 'comercio' in *Dispute Regarding Navigational Rights*, nonché l'espressione 'sound recording' in *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Service for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, Appellate Body Report, 12 October 1998, WT/DS58/AB/R, par. 129.

³⁸ La presunzione deve essere chiaramente suffragata da una valutazione teleologica e sulla natura del trattato.

³⁹ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, ICJ Reports 1999, Declaration of Judge Higgins: "The term 'the main channel' is not a 'generic term' (cf. *Aegean Sea Continental Shelf*, ICJ Reports 1978, p. 32, para. 77) - that is to say, a *known legal term, whose content the parties expected would change through time*. (*enfasi aggiunta*). Sul punto '[T]his distinction between legal terms [...] and other 'open' terms whose content is capable of evolving appears to be unwarranted. If the presumption of evolutive interpretation relies on the idea that when the parties have used a generic term in a treaty, they must necessarily be aware that the meaning of that term may evolve over time, then there is no reason why such a presumption should only arise when legal term are used. What is relevant is not so much the fact that the term used by the parties refers to a legal concept as the fact that the term was sufficiently generic to warrant the conclusion that its meaning was presumably intended by the parties to evolve over time' in PALCHETTI, "Interpreting 'Generic Terms': Between Respect for the Parties' Original Intention and the Identification of the Ordinary Meaning", in BOSCHIERO, SCOVAZZI, PITEA, RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, Essays in Honour of Tullio Treves, Springer, L'Aia, 2013, pp. 91-105, a p. 95. *Contra* si veda DE ARÉCHAGA, "International Law in the Past Third Century", in *Recueil des Cours*, Vol. 159 (1978), pp. 1-343, a p. 49; JENNINGS, WATTS, *Oppenheim's International Law*, Longman, Londra, 1992, a p. 1282.

⁴⁰ Si veda PALCHETTI, "Interpreting 'Generic Terms' *cit.*", a pp. 97 e ss; FITZMAURICE, "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties. Part I" in *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 1 (2008), pp. 101-153, a p. 113.

trattato deve essere interpretato prendendo anche in considerazione le regole di diritto internazionale applicabili nelle relazioni tra le parti potrebbe condurre a ritenere che l'interpretazione evolutiva di un termine generico trovi esclusivo fondamento nell'articolo 31 (3) (c). Tuttavia appare fondamentale sottolineare come l'interpretazione evolutiva sia una tecnica concettualmente indipendente dall'articolo 31 (3) (c)⁴¹.

Quest'ultimo infatti concerne l'interpretazione intesa sullo sfondo di altro diritto applicabile, mentre l'interpretazione evolutiva riguarda l'interpretazione 'in the light of some current meaning'⁴². In altre parole, da un punto di vista prettamente concettuale, l'interpretazione evolutiva di un termine generico origina preliminarmente da un'interpretazione oggettiva e testuale, che peraltro è già radicata nella volontà originaria delle parti. Come Helmersen ha efficacemente evidenziato '[t]he range of relevant arguments to determine the evolution of an evolving term will often be much broader than just the 'rules of international law' mentioned by article 31 (3) (c)⁴³. L'articolo 31 (3) (c) è dunque solo una parte, importante ma eventuale peraltro, di un più ampio e complesso processo interpretativo.

La rilevanza dell'articolo in questione ai fini dell'interpretazione evolutiva inoltre non deve essere sovrastimata per un altro motivo, legato al carattere poco

⁴¹ Ciò trova supporto in HELMERSEN, "Evolutive Treaty Interpretation: Legality Semantics and Distinctions", in *European Journal of Legal Studies* Vol.6 (2013), pp. 161-188, a p. 187; VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2009, a p. 375; DÖRR, "Article 31. General Rule of Interpretation", in DÖRR, SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Springer, L'Aia, 2011, a p. 566; SIMMA, KILL, "Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps towards a Methodology", in BINDER, KRIEBAUM, REINISCH, WITTICH (eds.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in honour of C. Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 678-707, a p. 684; LINDERFALK, "Doing the Right Thing for the Right Reason - Why Dynamic or Static Approaches Should Be Taken in the Interpretation of Treaties", in *Community Law Review* Vol. 10 (2008), pp. 109-141, a p. 121; MCGRADY, "Fragmentation of International Law or 'Systemic Integration' of Treaty Regimes: EC - Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", in *Journal of World Trade*, Vol. 42 (2008), pp. 589 e ss., a p. 593. Apparentemente *contra* Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Koskeniemi, 2006, in GAOR, Fifty-Seventh Session, Suppl. No. 10 (A/60/10), a par. 478; SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984, a p. 140; THORBJØRN, "Interpretation, Sources of Law and Precedent", in EGELUND, STEINICKE, SØRENSEN (eds.), *WTO Law - from a European Perspective*, Kluwer Law, 2006, a p. 83.

⁴² HELMERSEN, "Evolutive Treaty Interpretation *cit.*", a p. 187.

⁴³ *Ivi.* L'A. nota brillantemente che anche se indipendenti l'una dall'altra, interpretazione evolutiva di un termine generico e interpretazione ai sensi del 31 (3) (c) 'may interact on a practical level', a p. 188.

flessibile e problematico del suo dettato normativo. Infatti l'opera di codificazione operata dalla CDI ha prodotto una norma discretamente stringente.

È stato notato in letteratura come un'applicazione restrittiva, testuale e fedele dell'articolo 31 (3) (c) e dei suoi requisiti condurrebbe a una limitatissima possibilità di impiego pratico della disposizione. A mente della medesima: '[t]here shall be taken into account, along with the context: [...] (c) any relevant rules of international law *applicable in the relations between the parties*'⁴⁴.

Molti in dottrina sono i dibattiti con riferimento al significato da attribuire ai controversi concetti di 'parti' e di 'applicabilità', soprattutto, per restare in tema con gli esempi finora addotti, nell'ambito del contesto WTO.

Uno dei nodi problematici in particolare risiede nel comprendere a che condizioni un'altra norma convenzionale internazionale sia applicabile tra le parti e possa essere presa in considerazione per interpretare il trattato in oggetto. Seguendo un approccio testuale e oggettivo dell'articolo, sarebbe necessario che tutte le parti del trattato oggetto di interpretazione siano anche parti del trattato invocato quale 'altra fonte di diritto internazionale utile ai fini interpretativi'⁴⁵. Accogliendo un'interpretazione più flessibile, resa dalla CDI, un'altra possibile soluzione potrebbe essere quella di permettere il riferimento ad altri trattati, qualora tutte le parti *della controversia* (e non del trattato in oggetto) siano anche parte dell'altro trattato addotto a scopo interpretativo⁴⁶. Tale soluzione apparirebbe certamente più ragionevole, soprattutto in un contesto come quello del WTO, nel quale è pressochè impossibile che tutte le

⁴⁴ *Enfasi aggiunta.*

⁴⁵ Si veda *US - Restrictions on Imports of Tuna (EEC)*, Panel Report, DS29/R, (16 giugno 1994, non adottato), par. 5.19.

⁴⁶ 'Article 31(3)(c) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to arrive at a consistent meaning. Such other rules are of particular relevance where parties to the treaty under interpretation are also parties to the other treaty, where the treaty rule has passed into or expresses customary international law or where they provide evidence of the common understanding of the parties as to the object and purpose of the treaty under interpretation or as to the meaning of a particular term.... A better solution is to permit reference to another treaty provided that the *parties in dispute* are also parties to that other treaty. Although this creates the possibility of eventually divergent interpretations (depending on which States parties are also parties to the dispute), that would simply reflect the need to respect (inherently divergent) party will as elucidated by reference to those other treaties as well as the bilateralist character of most treaties underpinned by the practices regarding reservations, *inter se* modification and successive treaties, for example'

Report of the ILC Study Group, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law—Finalized by Martti Koskenniemi and Draft conclusions of the work of the Study Group, Doc. A/CN.4/L.682 and Add.1 and Corr.1, 2 May 2006, Conclusion Nr. 21 e para 472.

parti del WTO - in numero esorbitante- siano anche parti del trattato estraneo. Tuttavia, come rilevato da McLachlan, questa più elastica spiegazione sembra contraria al testo 31 (3) (c)⁴⁷. Non si comprenderebbe infatti perchè il termine 'parti' debba considerarsi inteso quale 'parti della controversia' e non quale 'parti del trattato' come in tutte le altre circostanze in cui appare utilizzato nell'articolo 31 (si pensi ad esempio all'articolo 31 (3) (b)).

Forse per alcuni le difficoltà interpretative e la rigidità dell'articolo 31 (3) (c) potrebbero apparire solo un problema teorico, facilmente aggirabile in via interpretativa⁴⁸.

Tuttavia quanto osservato non può che confermare l'assunto di partenza, secondo il quale l'importanza dell'articolo 31 (3) (c) non deve essere sopravvalutata: indubabilmente la disposizione può aprire la porta, ai fini interpretativi, alle generali regole consuetudinarie internazionali⁴⁹ e alle norme convenzionali *vincolanti per tutte le parti del trattato* oggetto di interpretazione; in tutti gli altri casi la questione è

⁴⁷ MCLACHLAN, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 (2005), pp. 279-320, a p. 314.

⁴⁸ Magari attribuendo al termine 'applicable' un significato meno stringente alla stregua di norme non necessariamente vincolanti tra tutte le parti del trattato oggetto di interpretazione, bensì meramente condivise da ciascuna parte. Pauwelyn ad esempio ritiene che le regole contemplate dall'articolo 31 (3) (c) "ought not to be that they are legally binding on all WTO members, but rather that they are an expression of common understanding" per tutti i membri WTO". L'A. ritiene anche che l'articolo 31 (3) (c) non precluda una più ampia interpretazione. PAUWELYN, "Bridging Fragmentation and Unity: International Law as Universe of Inter-Connected Islands", in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25 (2004), pp. 903-916; PAUWELYN, "Reply to Joshua Meltzer" in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25 (2004), a pp. 924-927, a p. 926.

⁴⁹ Si veda *Ioannis Kardassopoulos v Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18 (Decision on Jurisdiction 6 luglio 2007), par. 208. Si veda anche *Case concerning Oil Platforms (Iran v United States of America)*, ICJ Report 2003, par. 41: "Moreover, under the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation must take into account 'any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties' (Art. 31(3)(c)). The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force". Si veda in particolare la Separate Opinion di Simma, nella quale il giudice spiega come il ruolo attribuito all'articolo 31(3)(c) sarebbe quello di consentire il riferimento ad altre regole convenzionali applicabili alle parti, nonché alle 'rules of general international law surrounding the treaty'. Aggiunge poi che that: 'if these general rules of international law are of a peremptory nature, as they undeniably are in our case, then the principle of interpretation just mentioned turns into a legally insurmountable limit to permissible treaty interpretation'. *Case concerning Oil Platforms* cit., Separate Opinion of Judge Simma, a par. 9.

In senso conforme MCLACHLAN, "The Principle of Systemic Integration *cit.*", a pp. 306, 310-313; MELTZER, "Interpreting the WTO Agreements- A Commentary on Professor Pauwelyn's Approach", *Michigan Journal of International Law* Vol. 25 (2004), pp. 917-925, a p. 922.

controversa e rimessa al dibattito dottrinale.

A conferma di quanto sinora argomentato torna ancora una volta utile la giurisprudenza del WTO. Essa infatti illustra il valore residuale attribuito all'articolo 31 (3) (c) nell'interpretazione degli accordi dell'organizzazione mondiale del commercio⁵⁰. In *United States - Shrimps*, interpretando l'espressione generale, al fine di esplorare cosa potesse costituire 'an exhaustible natural resources', l'organo d'appello ha fatto ampio riferimento a convenzioni internazionali di diritto ambientale che intendevano il termine come comprensivo tanto delle risorse non viventi, quanto di quelle viventi⁵¹. È stato osservato come l'organo d'appello abbia richiamato regole non vincolanti per tutti i membri del WTO, e nemmeno per le parti della controversia, nonché documenti di *soft law*, principi generali del diritto, pronunce della Corte Internazionale di Giustizia, dottrina e infine i progressi delle scienze biologiche moderne. Tutti questi strumenti difficilmente potranno considerarsi in grado di soddisfare i menzionati requisiti richiesti dal 31 (3) (c). Infatti, nel ricorrere a tutti documenti, regole ed elementi, mai una volta nel rapporto è fatto riferimento o è citato l'articolo 31 (3) (c), forse proprio a conferma del fatto che l'interpretazione evolutiva resa non si fondava, in quel caso, principalmente su tale disposizione. In quel contesto infatti, il riferimento ad altre regole del diritto convenzionale internazionale diveniva una mera 'form of secondary evidence'⁵², a supporto della presunzione di interpretazione evolutiva del termine e del suo sviluppo nel tempo suggeriti dal significato ordinario delle parole, alla luce del loro oggetto e scopo, e testimoniati dalla nutrita serie di strumenti richiamati⁵³.

⁵⁰ Si veda VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2009, a p. 361-365 e 371-375.

⁵¹ L'organo d'appello fa riferimento per capire se le tartarughe possano considerarsi risorsa esauribile all'articolo 56 UNCLOS, all'Convenzione sulla biodiversità, all'Agenda 21, alla risoluzione sull'assistenza ai paesi in via di sviluppo adottata congiuntamente alla Convenzione sulla Conservazione delle Specie Migratorie di Animali selvatici e all'Appendice numero 1 della Convenzione sul commercio internazionale di specie in via di estinzione (CITES). *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 10 dicembre 1982, Montego Bay, 1833 UNTS 3; *Convention on Biological Diversity*, 5 giugno 1992, Rio de Janeiro, 1760 UNTS 79; Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e sullo sviluppo *Agenda Item 21*, UN Doc A/Conf.151/26, , 14 giugno 1992, Rio De Janeiro; *Final Act of the Conference to Conclude a Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals*, 23 giugno 1979, Bonn, 19 ILM 11; *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, 3 Marzo 1973, Washington, 993 UNTS 243.

⁵² MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration cit.*, a p. 318.

⁵³ Simile approccio interpretativo è rintracciabile in *Lemire v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18 (Decision on Jurisdiction and Liability 14 gennaio 2010), IIC 424 (2010).

L'interpretazione evolutiva sarà percorribile dunque anche qualora le regole invocate a scopo interpretativo non siano quelle richieste in senso formale dall'articolo 31 (3) (c) e dotate dei requisiti da esso posti.

L'interpretazione evolutiva di un termine generico può quindi essere definita come una complessa operazione, che muove da un'interpretazione testuale e teleologica *ex* articolo 31(1), nell'ambito della quale anche gli sviluppi del diritto, ai sensi dell'articolo 31 (3) (c), possono trovare collocazione.

Alla luce di quanto emerso, è possibile concludere rispondendo positivamente al quesito iniziale della riconducibilità dell'analizzata tecnica evolutiva nell'alveo delle regole sull'interpretazione della Convenzione di Vienna, sulle quali essa trova la propria intrinseca giustificazione. Non si tratta di una tecnica nuova, nè incompatibile con gli articoli 31 e 32. Quanto sinora rilevato trova piena conferma nelle parole di Nolte, secondo cui essa 'is not a separate method of interpretation but rather the result of a proper application of the usual means of interpretation'⁵⁴.

3. Interpretazione evolutiva e sulla scorta della prassi successiva: due tecniche a confronto

L'interpretazione sulla scorta della prassi successiva può supportare un'interpretazione statica, confermando le circostanze esistenti al momento della

⁵⁴ NOLTE, "Between Contemporaneous and Evolutive Interpretation: The Use of "Subsequent Practice" in the Judgement of the International Court of Justice Concerning the Case of Costa Rica v. Nicaragua (2009)", in HESTERMAYER, KÖNIG, MATZ-LÜCK, RÖBEN, SEIBERT-FOHR, STOLL, VÖNEKY (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 1675-1684, a p. 1683; nello stesso senso GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., a p. 254; ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* cit., a p. 290. Così anche BJORGE, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2014, a p.189. 'This book's answer to that question has been that the evolutionary interpretation is, in common with other types of interpretation, an outcome of the process described in the general rule of interpretation. There is thus nothing exceptional about evolutionary interpretation; in common with other types of interpretation it is based upon the objective establishment of the intention of the parties'.

Altri invece l'hanno considerata come una forma di 'purpose oriented interpretation' o riconducibile al principio di effettività. PETERS, ALTWICKER, *Europäische Menschenrechtskonvention: mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz*, Beck, Monaco, 2012, a p. 25. Crawford la ritiene parte dell'approccio teleologico. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, a p.379.

conclusione del trattato, ovvero può testimoniare un'evoluzione del dato testuale, come emergente dalle condotte successive delle parti del trattato, ed essere dunque riconducibile all'ambito dell'interpretazione dinamica.

La stessa CDI ha infatti puntualizzato come, al pari di altri mezzi interpretativi, la prassi successiva possa avvalorare tanto un'interpretazione contemporanea, quanto una dinamica. Inoltre tale mezzo può assistere e aiutare a comprendere 'whether or not an evolutive interpretation is appropriate with regard to a particular treaty term', quindi può supportare, confermare o contraddire il ricorso all'interpretazione evolutiva⁵⁵.

Appartiene dunque a chi scrive la convinzione che si tratti di due strumenti interpretativi concettualmente distinti, sia pur fortemente interconnessi. Nonostante ciò traspaia anche dalle stesse parole della CDI, appena menzionate, in dottrina la definizione degli esatti contorni distintivi di tali figure è tuttora oggetto di dibattito⁵⁶. In realtà le ragioni che giustificano l'asserita autonoma caratterizzazione sono molteplici.

Anzitutto, l'interpretazione evolutiva *tout court* e quella sulla scorta della prassi successiva hanno, come evidenziato nel paragrafo precedente, diverso fondamento giuridico. Rispettivamente, la prima troverebbe giustificazione e copertura nell'articolo 31 (1) della Convenzione di Vienna, concernente l'interpretazione testuale e teleologica, nonché eventualmente nell'articolo 31 (3) (c); la seconda invece, come ampiamente riferito nell'ambito del primo capitolo, ha naturalmente fondamento nell'articolo 31 (3) (b). In ogni caso, nonostante i due strumenti abbiano, da un punto di vista classificatorio, natura diversa -una tecnica l'uno, un mezzo interpretativo l'altro-, entrambi si collocano a pieno titolo nell'ambito della regola generale sull'interpretazione, ovvero nella 'single combined operation', in

⁵⁵ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 181. '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'. *Ivi*.

⁵⁶ Come rilevato da ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9 (2010), p. 443 e ss.

competizione e concorso con '[a]ll the elements [...] thrown into the crucible'⁵⁷: sarà l'interprete, applicando una gerarchia logica, a scegliere quale strumento privilegiare.

In secondo luogo l'interpretazione evolutiva *tout court* e quella sulla scorta della prassi successiva hanno differente struttura giuridica.

Secondo Arato, con riguardo a interpretazioni evolutive che tendono ad adeguarsi alle nuove situazioni di fatto⁵⁸ e di diritto⁵⁹, le parti assumono -più o meno consapevolmente- *ab initio* che il loro trattato, o un termine di esso, sia in grado di evolvere nel tempo, rimanendo efficace di fronte ai mutamenti delle condizioni. In altri casi invece, le parti decidono a uno stadio più avanzato di reinterpretare il loro trattato, indipendentemente dalle loro intenzioni originali. Proprio su tali due distinti atteggiamenti si fonderebbero i diversi approcci caratterizzanti rispettivamente l'interpretazione evolutiva e quella basata sulla prassi successiva⁶⁰. In altre parole, si tratta di due tecniche interpretative assolutamente autonome che tuttavia possono ben interagire l'una con l'altra. La prima è testuale ed è dovuta all'inserimento di espressioni in grado di evolvere; la seconda invece mira a individuare il significato del testo attraverso l'analisi dell'accordo, prodotto dalle condotte successive e applicative poste in essere dalle parti. Proprio per questa ragione, l'ultima può servire a supporto e conferma dell'interpretazione evolutiva; mentre quando produrranno risultati discordanti, sarà l'interprete a dover applicare una gerarchia logica tra i due strumenti, individuando di volta in volta quello maggiormente pertinente.

Con riferimento a tale ultima considerazione, può essere citato il caso *Whaling in the Antarctic*, portato dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia. In quel frangente, i

⁵⁷ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)" *cit.*, a pp. 219-220; ILC, "Report of International Law Commission on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties (2013)" *cit.*, a p. 19; Per un'approfondimento sul c.d. 'crucible approach' si veda VILLIGER, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission" in CANNIZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 105 e ss..

⁵⁸ Il cambiamento delle circostanze di fatto può comportare modifiche nell'utilizzo ordinario del termine. Si vedano *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Reports 2009, par. 64 e *Arbitration regarding Iron Rhine Railway (Belgium v. Netherlands)*, PCA, XXVII UNRIAA 35, 2005, par. 80

⁵⁹ Il cambiamento delle circostanze legali è tenuto in considerazione dall'articolo 31 (3) (c) della Convenzione di Vienna. *Aegean Sea Continental Shelf case, (Greece v. Turkey)*, ICJ Reports 1978, par 77 (in cui la Corte ritiene che l'espressione 'territorial status' sia evolutiva e debba essere interpretata alla luce dei cambiamenti fondamentali alla legge del territorio).

⁶⁰ ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences *cit.*", a p. 445.

giudici scelsero di ricorrere a un'interpretazione sulla scorta della prassi successiva, salvo poi ritenerla non applicabile nel caso di specie, invece di impiegare la tecnica dell'interpretazione evolutiva di un termine generico, più pertinente, efficace e percorribile nella specifica circostanza. Al fine di inquadrare sommariamente i fatti e le questioni giuridiche principali del caso⁶¹, si ricorda come la controversia vertesse essenzialmente sulla Convenzione internazionale del 1946 per la regolamentazione della caccia delle balene e sulla conformità, a essa e al regolamento allegato, dei permessi di cattura e uccisione di tali mammiferi al fine dello svolgimento di asserita ricerca scientifica, concessi dal Giappone.

Il 31 maggio 2010 infatti l'Australia citava in giudizio il Giappone, dinanzi alla CIG, lamentando 'Japan's continued pursuit of a large-scale program of whaling under the Second Phase of its Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic (JARPA II)', in violazione degli obblighi assunti dal Giappone in base alla Convenzione internazionale ratificata da entrambi gli Stati (d'ora in poi ICRW)⁶². L'articolo III, paragrafo 1 della ICRW prevede la costituzione della *International Whaling Commission* (d'ora in poi IWC o Commissione)⁶³ e le assegna un ruolo significativo. Essa risulta composta da 'one member from each Contracting Government'⁶⁴ e ha il potere di 'make recommendations to any or all Contracting Governments on any matters which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of this Convention' e di formulare modifiche all'Allegato, parte integrante della ICRW⁶⁵.

Chiariti tali aspetti salienti, va ora analizzato l'Articolo VIII paragrafo 1 della ICRW. Esso prevede che i Governi degli Stati membri possano garantire ai propri

⁶¹ Il caso è stato più dettagliatamente analizzato al Capitolo I, par.10.4.3.1. cui si fa pieno rinvio.

⁶² *Ibidem*, par. 1.

⁶³ *Whaling in the Antarctic cit.*, par 2-3 e si veda anche *International Convention for the Regulation of Whaling*, Washington, 2 Dicembre 1946, 161 UNTS 72.

⁶⁴ Articolo III par 1 della Convenzione: "The Contracting Governments agree to establish an International Whaling Commission, hereinafter to be referred to as the Commission, to be composed of one member from each Contracting Government. Each member shall have one vote and may be accompanied by one or more experts and advisers".

⁶⁵ L'articolo III par 2 della Convenzione prevede che "The Commission shall elect from its own members a Chairman and a Vice-Chairman and shall determine its own Rules of Procedures. Decisions of the Commission shall be taken by a simple majority of those members voting except that a three-fourths majority of those members voting shall be required for action in pursuance of Article V. (amendments)[...]. Tali eventuali modifiche, votate dalla Commissione, divengono vincolanti per lo Stato parte, a meno che esso presenti obiezione, ai sensi dell'articolo V della ICRW.

nazionali permessi speciali che autorizzino la cattura e l'uccisione di balene per scopi di ricerca scientifica ('for purposes of scientific research')⁶⁶. JARPA II⁶⁷ è il programma di presunta ricerca scientifica del Giappone, fondato su di un permesso speciale sub articolo VIII, par. 1 della ICRW, per mezzo del quale lo Stato giustificava l'uccisione delle balene su larga scala. L'Australia affermava che JARPA II non fosse in realtà un programma avente scopo di ricerca scientifica, così come previsto e richiesto dall'Articolo VIII, paragrafo 1 testé menzionato.

L'articolo VIII è stato redatto dalle parti nel 1946, sull'evidente presupposto, fondato sulle conoscenze scientifiche dell'epoca, che le ricerche scientifiche dovessero comprendere il ricorso a metodi letali. Tuttavia le parti, certamente consapevoli del possibile avvento del progresso tecnologico-scientifico in grado di perseguire i medesimi risultati senza ricorrere all'uccisione dell'animale, hanno impiegato una formulazione vaga della norma, inserendovi un'espressione generale e priva di qualsivoglia definizione all'interno della Convenzione: 'for purpose of scientific research'. Negli anni, in effetti, la spinta conservazionista perseguita dalla Commissione e a livello della comunità internazionale è innegabile: svariate raccomandazioni della Commissione hanno invitato i membri della Convenzione ad astenersi dall'utilizzo di metodi letali nella conduzione delle proprie ricerche; inoltre, a livello internazionale, molteplici sono stati gli sviluppi in tale direzione intervenuti in materia di protezione dell'ambiente e della biodiversità⁶⁸.

⁶⁶ Articolo VIII, paragrafo 1 della ICRW 'Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted'.

⁶⁷ Second Phase of its Japanese Whale Research Program under Special Permit.

⁶⁸ Si veda quanto affermato in "Report of the International Panel of Independent Legal Experts On: Special Permit ("Scientific") Whaling Under International Law", adottato a Parigi il 12 maggio 2006, disponibile su, <https://www.ifaw.org/united-states/resource-centre/report-international-panel-independent-legal-experts-special-permit-scientific-wha>, al par. 69: 'We recognize that the object and purpose set out in the Preamble to the ICRW refer both to the conservation and recovery of all whale stocks and to the "orderly development of the whaling industry" conditional on effective conservation ("and thus"). These appear as two strands in the foundation for the Convention. It is relevant in analysing the object and purpose of the ICRW to take into account developments in international law which have occurred since the adoption of the ICRW. This approach to treaty interpretation is confirmed in the judgment in the Gabcikovo-Nagymaros case, where the ICJ held

La Corte dunque si è trovata a dover ricostruire in chiave interpretativa il significato normativo dell'espressione 'for scientific purposes' e, in particolare, a stabilire se esso comprendesse programmi implicanti l'utilizzo di metodi letali per la ricerca, anche quando evitabili e non necessari.

I giudici, per individuare il significato da attribuire all'espressione 'for purposes of scientific research' e per dimostrare se il JARPA II fosse giustificato alla luce dello scopo della Convenzione, presero in considerazione, sulla scorta di argomenti proposti dall'Australia, alcune risoluzioni e *Guidelines* (relative alla revisione dei permessi speciali effettuata dal sopra richiamato Comitato Scientifico) adottate dalla Commissione, per verificare se esse potessero costituire prassi successiva ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna. Si tratta della Risoluzione 1986-2⁶⁹ e del c.d. Annex P⁷⁰, nonché Risoluzione 1995-9. Mentre le prime, pur approvate dalla IWC all'unanimità, non riguardavano temi pertinenti, l'ultima, più calzante dal punto di vista tematico e recante che l'uccisione delle balene dovesse essere permessa solo in circostanze eccezionali, non altrimenti risolvibili tramite l'analisi di dati esistenti e/o con l'uso di tecniche non letali di ricerca, non era stata adottata all'unanimità e addirittura con il voto contrario proprio del Giappone. Esse pertanto non potevano costituire 'subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty' e 'subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation', secondo il significato delle lettere a) e b) del paragrafo 3 dell'Articolo 31 della Convenzione di Vienna⁷¹, poichè inadeguate ad esprimere l'accordo di tutte le parti⁷².

Ciò che rileva è che, nel caso di specie, la Corte avrebbe ben potuto ricorrere all'interpretazione evolutiva del termine generico 'for purpose of scientific reseach'; in

that: "[...]the Treaty is not static, and is open to emerging norms of international law[...].new environmental norms can be incorporated".

⁶⁹ '[W]hich recommends that when considering a proposed special permit, a State party should take into account whether "the objectives of the research are not practically and scientifically feasible through non-lethal research techniques', *Whaling cit.*, par 78.

⁷⁰ '[W]hich provides that special permit proposals should assess why non-lethal methods or analyses of existing data "have been considered to be insufficient', *Whaling cit.*, par 78.

⁷¹ *Ibidem*, par. 79.

⁷² *Ibidem*, p. 248, par. 46. Si veda anche DEL CASTILLO "Some Comments on the *Whaling in the Antarctic* Judgement", in DEL CASTILLO (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 175-191, a pp. 184-185. ARATO, "Subsequent Practice in the Whaling Case and What the ICJ Implies about Treaty Interpretation in International Organizations", *Ejiltalk*, 2014.

tal modo avrebbe potuto comunque dare rilievo alle risoluzioni della Commissione e agli sviluppi internazionali in materia di protezione dell'ambiente e della biodiversità, connotando così l'espressione includendovi la spinta conservazionista caratterizzante la moderna società. Ci si chiede in altre parole se il concetto di 'ricerca scientifica' non potesse essere annoverato, sulla scorta di un'interpretazione testuale e teleologica, tra i c.d. termini generici 'suscettibili di assumere connotazioni diverse a seconda del contesto e del momento storico in cui la loro interpretazione assume rilievo'⁷³. In questo modo, il ricorso all'interpretazione evolutiva testuale avrebbe consentito la valorizzazione anche della prassi successiva, stante la formale preclusione al suo ricorso ai sensi dell'articolo 31 (3) (b).

Per proseguire, dopo tale approfondimento esemplificativo, con l'elenco delle ragioni giustificative dell'autonomia, sia pure meramente concettuale, dei due strumenti interpretativi oggetto di analisi, si nota come, in terzo luogo, l'interpretazione evolutiva *tout court* e quella sulla scorta della prassi successiva si differenzino per gli effetti che sono in grado di produrre. Tale difformità discende ed è diretta conseguenza del diverso fondamento giuridico e della diversa struttura, testé rilevati.

L'interpretazione evolutiva, quale tecnica interpretativa fondata sul dato testuale, non può che limitarsi a svelare elementi già implicitamente contenuti nel termine generico e suscettibile di evoluzione impiegato *ab initio* dalle parti, senza poter sconfinare dall'alveo dell'interpretazione.

La prassi successiva invece, proprio per l'essere fondata su un accordo di tutte le parti, oltre a costituire un valido mezzo interpretativo in grado di fornire supporto alla stessa interpretazione evolutiva, possiede un potenziale maggiore, in grado di travalicare i limiti dell'interpretazione, approdando verso vere e proprie modifiche della disposizione convenzionale cui si riferisce⁷⁴.

Come affermato da Gardiner e Arato, l'interpretazione evolutiva, a differenza

⁷³ RAGNI, "Interpretazione dei trattati e standard of review nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia: riflessioni sull'affare della caccia alla balena nell'antartico", in *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 97(3) (2014). pp. 725-760, a p. 729. Nella stessa direzione se vedano le *Separate Opinions* dei giudici Xue e Cançado Trinidad. *Whaling in the Antarctic* cit. (Separate Opinion of Judge Hue), par. 12; *Whaling in the Antarctic* cit. (Separate Opinion of Judge Cançado Trinidad), par. 25 e ss.

⁷⁴ Ciò sarà oggetto di approfondita analisi nel capitolo terzo dell'elaborato, specificamente dedicato al tema.

dell'interpretazione sulla scorta della *subsequent practice*, non potrà avere forza modificativa del trattato, ma semplicemente potrà portare a dinamismo e sviluppo del dato testuale della disposizione⁷⁵.

Nel caso *Feldbrugge v. Netherlands*, deciso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1986, sette giudici, in una *Joint Dissenting Opinion*, sancirono che

'[a]n evolutive interpretation allows variable and changing concepts already contained in the Convention (la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali) to be construed in the light of modern-day conditions [...] but it does not allow entirely new concepts or spheres of application to be introduced into the Convention'⁷⁶.

Quanto affermato appare peraltro rafforzato dal fatto che, come visto, l'interpretazione evolutiva si fonda e non si discosta dalla volontà originaria delle parti che hanno optato per l'inserimento di un termine suscettibile di evoluzione, anzichè determinare ex ante in modo più specifico i propri obblighi e diritti. Con l'interpretazione sulla scorta della prassi successiva invece le parti possono decidere a uno stadio più avanzato di discostarsi e di 'reinterpretare' il loro trattato, indipendentemente dalle loro intenzioni originali⁷⁷.

⁷⁵ ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences *cit.*", a pp. 456-457 (nota 45); Ciò risulta confermato anche dalle parole di Gardiner, secondo cui "[t]he indication that evolutive interpretation must be based on concepts already in the treaty suggests that this has more limited potential for extending meanings than does concordant practice of the parties". GARDINER, *Treaty Interpretation* *cit.*, a p. 242-243. *Contra* DJEFFAL, *Static and Evolutive Treaty Interpretation* *cit.*, a p. 23. Secondo l'A., 'evolutive interpretation is not *specification*. [...] To interpret evolutively means to change. These categories are mutually exclusive. [...] l'essenza dell'interpretazione evolutiva sarebbe secondo Djeffal una 'law-making activity' o una 'Rechtsfortbildung' the essence of evolutive interpretation'.

⁷⁶ *Feldbrugge v. Netherlands*, Judgement (Merits and Just Satisfaction), App. No. 8562/79, ECHR, 1986. La Corte in tale circostanza ha ritenuto l'articolo 6 paragrafo 1 della CEDU applicabile a contestazioni riguardanti questioni sociali, in particolare ad un procedimento riguardante la concessione di prestazioni previdenziali. *Ibidem* (Joint Dissenting Opinion), par. 23-24. Sul punto si veda anche *Johnston v. Ireland*, Judgement (Merits and Just Satisfaction), App. No. 9697/82, ECHR, 1986, par. 53. Il ricorrente chiese alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di interpretare l'articolo 12 (diritto a sposarsi) come includente il diritto a divorziare e a risposarsi. La Corte rigettò la richiesta, affermando che l'approccio evolutivo non può andare oltre al punto di dedurre un diritto che non sia contenuto dall'inizio nella previsione.

⁷⁷ *Contra* CREMA, "Subsequent Agreement and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 13-27, a p. 22, secondo il quale '[a]n interpretation is dynamic when a term or an expression takes on a different meaning than the one originally agreed upon by the parties'.

3.1. Un caso emblematico: Dispute Regarding Navigational Rights

A titolo esemplificativo degli aspetti affrontati nel presente capitolo, è possibile analizzare il noto caso *Dispute Regarding Navigational Rights*⁷⁸.

Il 29 settembre 2005, la Repubblica della Costa Rica depositò nel registro della Corte Internazionale di Giustizia un ricorso per l'instaurazione di un procedimento contro la Repubblica di Nicaragua. La controversia riguardava il diritto all'utilizzo da parte della Costa Rica del Fiume San Juan. Un trattato bilaterale del 1858 tra i due paesi poneva il fiume San Juan come confine tra i due Stati⁷⁹. Secondo quanto ivi stabilito, l'intero fiume ricadeva nella sovranità del Nicaragua, mentre la Costa Rica manteneva un diritto di libera navigazione sul fiume *con objectos de comercio*⁸⁰. La Costa Rica, dunque, chiese alla Corte di dichiarare che il Nicaragua, negandole il libero esercizio dei suoi diritti di navigazione (e degli altri diritti collegati) sul fiume, fosse in violazione degli obblighi assunti con il trattato stesso.

L'aspetto rilevante per comprendere e risolvere la questione pertanto ruotava attorno alla definizione del termine *comercio*. Il Nicaragua proponeva un'interpretazione restrittiva, ritenendo che la definizione di tale termine fosse limitata al commercio di beni⁸¹. Il Costarica ribatteva sostenendo un'interpretazione più ampia in grado di ricomprendere '[a]ny activity in pursuit of commercial purposes and includ(ing), *inter alia*, the transport of passengers, tourists among them, as well as of goods'⁸².

I giudici dell'Aia adottarono una soluzione di compromesso tra le due posizioni, interpretando l'espressione *comercio* come comprensiva del commercio di beni e servizi, includendovi quindi il turismo, ma escludendo la navigazione delle imbarcazioni utilizzate per attività governative o pubbliche non perseguite per

⁷⁸ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v Nicaragua)*, ICJ Reports 2009.

⁷⁹ Il Trattato Cañas-Jerez tra Nicaragua e Costa Rica, reso esecutivo il 15 Aprile 1858, mirò ad arrestare la crescente tensione di confine tra i due Paesi. Il testo è riportato in *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v Nicaragua)*, (Application Instituting Proceedings), ICJ Reports 2009, Annex 1 p. 20 e ss.

⁸⁰ Articolo VI del Trattato Cañas-Jerez tra Nicaragua e Costa Rica, 1858.

⁸¹ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights, (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Reports, 2009, par 58.

⁸² *Ibidem*, par. 59.

ottenere un profitto⁸³. La Corte, in altre parole, ritenne in tale occasione che al termine *comercio*, incorporato nel trattato, dovesse essere attribuito nel 2009 un significato ampio, nonostante la medesima espressione nel 1858 possedesse una portata molto più ristretta: tale termine doveva cioè essere interpretato in modo evolutivo, per poter rimanere efficace ed effettivo di fronte ai mutamenti e ai progressi scientifici tecnici e sociali avvenuti in quasi 150 anni. Come sottolineato da Arato e dalla CDI nell'analisi di tale controversia, '[t]he Court held that the term *comercio* is inherently evolutive, and must *ipso facto* be interpreted in light of its contemporary meaning at the time of application'⁸⁴. La Corte giungeva a tale risultato, ritenendo che l'inclusione nel trattato, ad opera delle parti, di un termine generico e ampio significasse la loro volontà di attribuirgli una significato capace di evolvere nel tempo.

Infine la Corte precisò come tale conclusione potesse essere confermata, in linea con quanto stabilito dalla CDI⁸⁵, dalla prassi successiva delle parti ex articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna.

In altre parole, nel caso di specie, la Corte sceglieva l'interpretazione evolutiva quale strumento in via principale, salvo poi ricorrere alla prassi successiva quale mezzo autentico di interpretazione in senso confirmatorio della volontà delle parti di attribuire al termine (generico) la capacità di evolvere nel tempo.

L'analisi di tale controversia mette quindi in luce un'ipotesi applicativa dell'interpretazione evolutiva, tecnica che meglio si attagliava alle esigenze del caso in oggetto, essendo necessario affrontare l'interpretazione di un termine generico (*'comercio'*). Tuttavia tale sentenza offre ulteriori spunti che testimoniano la suddetta distinzione tra i due strumenti interpretativi (interpretazione evolutiva e interpretazione sulla base di prassi successiva).

Alcuni giudici dimostrarono di convenire sulla soluzione raggiunta dalla Corte, ma

⁸³ *Ibidem*, par. 71.

⁸⁴ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 182; ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences *ait.*", a p. 448.

⁸⁵ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 181 e ss..

espressero disaccordo sulle ragioni che avevano condotto a tali conclusioni⁸⁶. Il giudice Skotnikov, pur condividendo gli approdi cui era pervenuta la Corte, secondo i quali il significato del termine *comercio* era evoluto dal 1858, riteneva che le ragioni di tale mutamento non fossero da rintracciarsi nel carattere evolutivo dell'espressione, attribuite dalle parti attraverso l'impiego di una terminologia generica, bensì nella circostanza per cui il Costarica 'for at least a decade' avesse utilizzato il fiume con scopi turistici, senza obiezioni da parte delle autorità del Nicaragua⁸⁷. In altre parole, il giudice, negando che l'inclusione di un termine generico possa indicare la volontà delle parti di attribuirgli carattere evolutivo, riteneva che il trattato fosse giunto a includere anche il commercio in servizi e il turismo, non in forza di un'interpretazione evolutiva, bensì sulla scorta di una prassi successiva delle parti ex articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, espressione del comune accordo delle medesime⁸⁸. Si precisa che, come meglio specificato nei paragrafi precedenti, l'inserimento di un termine generico non è di per sé sufficiente a renderlo capace di evoluzione; tale equiparazione sarà l'esito di un'analisi casistica, fondata sì su di un'interpretazione testuale, ma anche su di una valutazione teleologica e sulla natura del trattato.

In ogni caso, il contributo di Skotnikov offre lo spunto per indagare la possibile valenza modificativa della prassi successiva, effetto non riconducibile alla tecnica dell'interpretazione evolutiva e argomento che sarà oggetto di approfondimento nel

⁸⁶ Eccezione fa invece il giudice Guillaume che, pur riconoscendo l'importanza e la validità dell'interpretazione evolutiva in generale, riteneva che, nel presente caso, il termine *comercio* non fosse cambiato nel tempo, poiché esso avrebbe avuto già nel 1858 una concezione ampia comprendente il commercio in beni e in servizi. *Dispute Regarding Navigational and Related Rights, (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Reports, 2009, Declaration of Judge Guillaume par. 16.

⁸⁷ Le autorità del Nicaragua semplicemente richiedevano ai turisti sulle imbarcazioni della Costa Rica di acquisire un visto.

⁸⁸ *Dispute regarding Navigational and Related Rights, (Separate Opinion of Judge Skotnikov)*. Sul punto si veda quanto descritto da ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9, 2010, pp. 443 e ss., a p. 449. Per massima completezza va detto come il giudice basa la predilezione per l'utilizzo dello strumento della prassi successiva poiché la riteneva più rispettosa dell'antico canone dell' *in dubio mitus*. Come sottolineato da Arato, Skotnikov riteneva che 'unlike evolutive interpretation, reliance upon subsequent practice would not cut against this venerable doctrine precisely because it is based on evidence of the sovereigns' current mutual understanding of the treaty derived from their conduct'. *Ibidem*, p. 485. Si veda anche VENZKE, *How Interpretation Makes International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, a pp. 232–233; NOLTE, "Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body", in CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, pp. 138-144, a p. 143.

capitolo successivo. Skotnikov non fa esplicito riferimento alla possibilità di una modifica ad opera della prassi successiva, bensì ritiene che essa abbia evidenziato il comune accordo delle parti circa l'interpretazione del termine *comercio*, senza spingersi dunque a ricondurre il processo a un vero e proprio emendamento. Tale affermazione trattenuta si comprende se letta in combinato con quanto ritenuto dalla Corte in merito all'impossibilità di individuare una distinzione tra modifica e interpretazione: secondo la CIG infatti, una linea di demarcazione tra i due concetti sarebbe in pratica 'difficult, if not impossible, to fix'⁸⁹.

La soluzione e l'argomentazione poste in essere dalla Corte appaiono le più convincenti per pertinenza dello strumento interpretativo scelto in via principale e mostrano, coerentemente con quanto sinora sostenuto, come le due tecniche possano supportarsi, pur rimanendo due approcci distinti.

⁸⁹ Ergo tanto la Corte, quanto il giudice Skotnikov, utilizzano i due termini in modo intercambiabile, senza specificare se si tratti di un'interpretazione *tout court* o di un'interpretazione protesa alla modifica.

CAPITOLO III

Il valore modificativo della prassi successiva

SOMMARIO **1.** Cenni introduttivi; **2.** Prassi sospensiva, *modus vivendi* e possibili valutazioni dovute all'assenza di prassi; **2.1.** L'articolo 27(3), ultima parte, della Carta delle Nazioni Unite - la regola dell'astensione obbligatoria della parte interessata: un'ipotesi di sospensione informale; **2.2.** L'articolo 12 (1) della Carta delle Nazioni Unite - i poteri dell'Assemblea Generale; **3.** Prassi modificativa; **3.1.** Elementi di prassi; **3.1.1.** La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia; **3.1.2.** I lodi arbitrari *ad hoc*; **3.1.3.** La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; **3.1.3.1.** I casi Soering, Öcalan, Al Sadoon; **3.1.4.** L'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO); **3.1.5.** Il contesto dei *Multilateral Environmental Agreements* (MEA's); **3.1.6.** Altra prassi; **3.1.7.** La Carta delle Nazioni Unite; **3.1.7.1.** Un profilo procedurale: l'articolo 27 (3) e l'astensione volontaria del membro permanente; **3.1.7.2.** Un profilo sostanziale: l'articolo 51 e la legittima difesa contro attori non statali; **3.2.** *Pars destruens*: Superamento delle obiezioni ostative alla configurabilità giuridica della prassi modificativa; **3.2.1.** La modifica non è un'applicazione del trattato; **3.2.2.** L'articolo 38 DALT è stato espunto; **3.2.3.** La modifica pone a rischio il superprincipio del *pacta sunt servanda* e comunque gli accordi ex 31 (3) (a) e (b) non sono vincolanti; **3.2.4.** Non è possibile distinguere tra interpretazione e modifica; **3.3.** *Pars costruens*: elementi a favore della configurabilità giuridica; **3.3.1.** Reviviscenza della consuetudine preesistente?

1. Cenni introduttivi

L'analisi sinora condotta ha portato ad apprezzare il valore interpretativo della prassi successiva (Capitolo I) e a individuarne i limiti, che altro non sono se non i limiti dell'interpretazione stessa, la quale non può spingersi oltre il disvelamento di ciò che è già presente nel testo, sia pure implicitamente, ed è pertanto in grado di conferire elasticità e dinamicità alle disposizioni del trattato, provocandone l'evoluzione, tuttavia senza mai contraddirne il significato ordinario¹ (Capitolo II). Il

¹ ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a p. 60; si vedano anche VENZKE, *How Interpretation Makes International Law*, Oxford University Press, Oxford, a p. 236; AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, Unwin Hyman, Londra, 1987, a p. 204; WOLFKE, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", in KLABBERS, LEFEBER, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* Martinus Nijhoff, Aia, 1998, pp. 31-39, a p. 34; BERNHARDT, "Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties: Comments on Art pp. 27, 28, 29 and 38 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27, 1967, pp. 491-506, a p. 499.

presente capitolo si propone di indagare la valenza sospensiva e modificativa della prassi successiva, espressione dell'accordo di tutte le parti del trattato e caratterizzata da tutti i requisiti compatibili contemplati dall'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, restrittivamente e fedelmente valutati.

Nonostante la ritrosia, comunque sempre meno radicata in dottrina e giurisprudenza, a riconoscere valore modificativo alla prassi successiva, l'analisi e la configurabilità di tale fenomeno appare a chi scrive inevitabile, data la strutturale somiglianza della prassi successiva con un'altra categoria di prassi degli Stati, ovvero quella rilevante, insieme all'*opinio iuris*, ai fini della formazione della consuetudine internazionale (l'elemento oggettivo di quest'ultima)².

Nel sistema internazionale la prassi degli Stati gioca un ruolo centrale in molti dei processi che sfociano nella creazione, modifica ed estinzione delle norme giuridiche. Come sostenuto da Orakhelashvili, in altre parole, la prassi è 'an element of international law-making' e il suo rilievo quale strumento interpretativo è da ricercare nelle stesse ragioni che la rendono un elemento di *law-making*³.

L'articolo 31 (3) (b) disciplina una prassi, sì priva dell'elemento dell'*opinio iuris*, ma relativa a una disposizione convenzionale, cui il consenso è già stato prestato, e fondata sull'accordo delle parti del trattato, pertanto le sue potenzialità non possono essere sminuite: essa è testimonianza della natura decentralizzata della funzione 'legislativa' del diritto internazionale⁴.

La disposizione potrebbe dunque legittimare non solo la portata interpretativa della prassi successiva, bensì anche quella modificativa, dalla prima ben distinta.

Nel corso della trattazione si indagherà il valore sospensivo della prassi successiva e soprattutto si cercherà di individuare una base giuridica che legittimi la modifica. Il capitolo, dopo aver preso in considerazione gli elementi di dottrina e giurisprudenza a sostegno dell'ipotesi al vaglio, si concentrerà su due fronti: su di una

² La prassi successiva ai sensi del 31 (3) (b) può infatti essere trattata alla stregua di una prassi priva di *opinio iuris*, bensì fondata sull'accordo. È chiaro che lo stratificarsi di questa prassi potrà comunque condurre dapprima alla modifica della disposizione e successivamente alla formazione di una nuova consuetudine.

³ ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, a p. 358-360.

⁴ 'The function of such [subsequent] practice is not, it must be emphasised, relevant exclusively to the interpretation of the Treaties. It is quite possible that practice or conduct may affect the legal relations of the Parties [...]' *Decision Regarding the Delimitation of the Boarder* (Eritrea v. Ethiopia), Eritrea Ethiopia Boundary Commission, XXV RIAA 83, 41 ILM 1057, 2002, al par. 3.6.

pars destruens, volta a contrastare le più diffuse obiezioni ostative alla valenza modificativa della prassi, nonché su di una *pars costruens* che tenti di teorizzare ipotesi in grado di restituire coerenza e legittimità a un fenomeno che inevitabilmente sussiste e che, pertanto, necessita di una regolamentazione che ne assicuri la controllabilità ed elimini il rischio di arbitrarità.

2. Prassi sospensiva, modus vivendi e possibili valutazioni dovute all'assenza di prassi

Secondo la massima 'the parties to the treaty are their own masters'⁵, le parti di un trattato ben potrebbero raggiungere accordi non solo sull'interpretazione da conferire alle disposizioni di un trattato (31 (3) (a) e (b) della Convenzione di Vienna), ma anche sulle modalità applicative del medesimo (*modus vivendi*), sulla temporanea sospensione del medesimo, sulla sua estinzione, nonché come si vedrà, sulla sua modifica⁶.

Mentre circa la capacità della prassi di modificare sussiste disaccordo e acceso dibattito in dottrina, sorprendentemente 'the possibility that subsequent practice would just amount to the suspension of a treaty is almost never raised in the doctrine'⁷. Kohen, pur notando tale disinteresse dottrinale per l'ipotesi della sospensione a opera della prassi successiva, comunque, con rigido formalismo, rigetta questa possibilità, ritenendola un 'hazardous exercise', a cui non è possibile fare ricorso, in considerazione dell'assenza di espressa volontà delle parti in tal senso, non

⁵ VILLIGER, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", in CANNIZZARO, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 105-121, a p. 111

⁶ Si veda ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, a p. 358-360.

⁷ KOHEN, "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 34-45, a p. 35. Si veda anche CRAWFORD, "A Consensualist Interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 29-33, a p. 32. Il concetto di prassi sospensiva è preso in considerazione da MILANO, "Russia's Veto in the Security Council: Whither the Duty to Abstain under Art. 27(3) of the UN Charter?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 75, 2015, pp. 215-231, a pp. 225-226.

ricavabile da singole e mere condotte⁸. In realtà, alla luce di quanto studiato nel primo capitolo della presente trattazione, la prassi ex articolo 31 (3) (b) deve manifestare, per poter essere rilevante anche semplicemente a fini interpretativi, quella che è definita come una certa *intentionality*: per qualificare come prassi una condotta infatti, essa deve essere strettamente connessa alla convinzione, della parte che la mette in atto, di riflettere, con quel comportamento, una posizione presa in relazione al trattato.

Tale possibilità peraltro, a eccezione della modifica, cui sarà riservata un'analisi approfondita nel corso del presente capitolo, trova espliciti riscontri in altre disposizioni della stessa Convenzione di Vienna. A titolo esemplificativo, l'articolo 54 (b) stabilisce che l'estinzione di un trattato possa avvenire in ogni momento, per consenso di tutte le parti, previa consultazione degli altri Stati contraenti; specularmente l'articolo 57(b) stabilisce che la sospensione dell'applicazione di un trattato possa realizzarsi attraverso il consenso delle parti, previa consultazione⁹. A una prima lettura, le disposizioni paiono esigere un comportamento attivo delle parti; ma ciò che è richiesto è sempre e solo il consenso delle medesime, il loro accordo, che può desumersi anche dalla stessa assenza di prassi applicativa, accompagnata da acquiescenza delle altre parti. Si tratta dunque pur sempre dunque di un accordo, che potrebbe ben derivare da una serie di condotte attive o passive, da una prassi quindi, così come da un unico atto più formale. Nel corso della redazione dei *Draft Articles* del 1966 da sottoporre alla Conferenza di Vienna, la CDI, commentando le

⁸ *Ibidem*, a p. 38.

⁹ Articolo 54 - 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.

Articolo 57 - Suspension of the operation of a treaty under its provisions or by consent of the parties. The operation of a treaty in regard to all the parties or to a particular party may be suspended: (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.

Si veda anche Articolo 58 - Suspension of the operation of a multilateral treaty by agreement between certain of the parties only. 1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if: (a) the possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or (b) the suspension 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) is not incompatible with the object and purpose of the treaty. 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 those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

disposizioni sulla sospensione, estinzione, nonché quelle sulla modifica e revisione dei trattati, si esprimeva sostenendo che fosse sempre possibile per le parti accordarsi per sospendere, estinguere o modificare un trattato. In quell'occasione, in particolare, la Commissione specificava come anche la questione circa quale forma dovesse assumere tale accordo sospensivo o modificativo fosse rimessa completamente alla decisione delle parti stesse; infatti non mancava di sottolineare come il diritto internazionale rigettasse la teoria dell'*acte contraire*, ritenendo che un accordo modificativo, sospensivo o estintivo non dovesse necessariamente avere la medesima forma del trattato cui si riferisce, ben potendo estrinsecarsi dunque in un accordo tacito, dovuto all'assenza di prassi o alla presenza di prassi volta a ignorare la disposizione¹⁰.

Inoltre sempre la CDI, nei suoi *Report* sulla prassi successiva, ha più volte confermato la possibilità di una sospensione informale, prodotta da un accordo, desunto da una prassi successiva, precisando tuttavia come quest'ultimo possa distinguersi dall'accordo interpretativo di cui all'articolo 31 (3) (b).

'[T]emporary non-application of a treaty or *modus vivendi* [... are] two types of cases that need to be distinguished from practice regarding the interpretation of a treaty. A common subsequent 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 an agreement on a practical arrangement (*modus vivendi*)'¹¹.

¹⁰ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 249 e 232-233. Si veda sul punto anche LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 139. L'A. spiega infatti come la CDI abbia sempre ritenuto possibile che tutte le parti di un trattato potessero accordarsi per mettere fine o per sospendere un trattato, ricorrendo a un accordo di qualsiasi tipo e con qualsivoglia forma. La teoria dell'atto contrario viene rigettata tanto per il caso della sospensione/estinzione, quanto per l'ipotesi della revisione/modifica.

¹¹ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 162; si veda anche NOLTE, "Second Report on

Gli articoli della Convenzione di Vienna richiedono in fondo il consenso di tutte le parti -esattamente come previsto ai fini interpretativi dagli articoli 31 (3) (a) e (b)- e preve consultazioni, ovvero ciò che caratterizza il raggiungimento di un accordo e che può assumere la natura e le modalità più disparate¹².

La formulazione dell'articolo 31 (3) (b) è elastica, come si espliciterà nel corso del presente capitolo; la combinazione dell'articolo 31 (3) (b) con le disposizioni sulla sospensione consensuale pare pertanto legittimare la valenza sospensiva della prassi.

Storico esempio è costituito dall'articolo 7 della Convenzione di Ginevra sul miglioramento delle condizioni dei feriti nelle armate sul campo di battaglia del 1864, secondo cui "[a] distinctive and uniform flag shall be adopted for hospitals, ambulances and evacuation parties. [...]. The flag [...] shall bear a red cross on a white ground"¹³. Durante il conflitto russo-turco del 1877-1878, l'Impero Ottomano, pur rispettando il simbolo della croce rossa su sfondo bianco posto a protezione dei mezzi nemici, utilizzò quale segno distintivo per la durata del conflitto, al fine di non arrecare offesa ai propri soldati musulmani, una mezzaluna rossa su sfondo bianco. Le altre parti mostrarono di accettare e di non opporsi alla scelta per la sola durata del conflitto, fino alla Conferenza di revisione della Convenzione di Ginevra del 1907. In quel frangente infatti le altre parti rifiutarono la proposta dell'Impero Ottomano di includere la mezzaluna nel testo dell'articolo 7, mostrando così semplicemente di non essersi opposti a una prassi temporanea ed eccezionale, che aveva momentaneamente sospeso l'obbligo dedotto all'articolo 7¹⁴.

Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", A/CN.4/671, a p. 33, para. 71.

¹² Sempre che l'accordo in questione non rappresenti semplicemente un pretestuoso tentativo di risoluzione di una contingente controversia. Come è avvenuto nel caso, dinanzi alla ICJ, *Dispute on Navigational Rights*, come descritto da CRAWFORD, "A Consensualist Interpretation of Article 31 (3) *cit.*" a pp. 31-32.

¹³ *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field*, firmata il 22 agosto 1864, il testo è disponibile in BUGNION, "Birth of an Idea: The Founding of the International Committee of the Red Cross and of the International Red Cross and Red Crescent Movement: from Solferino to the original Geneva Convention (1859-1864)", in *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, 2012, pp. 1299-1338, a pp. 1325-1326.

¹⁴ In occasione della successiva revisione delle Convenzioni avvenuta nel 1929, anche in seguito all'adesione dell'Egitto avvenuta nel '23, i simboli della mezzaluna, del leone rosso e del sole furono ufficializzati accanto alla croce rossa. Si veda l'articolo 19 (2) della Convenzione del 1929: *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field*, firmata a Ginevra il 27 luglio 1929, 118 LNTS 303.

Altro caso, più recente, riguarda l'ipotesi di mancata comunicazione al Consiglio d'Europa, richiesta dall'articolo 15 della CEDU, della sospensione di certi diritti di cui all'articolo 5 della stessa Carta in tempo di guerra. La questione si è presentata dinanzi alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo in *Hassan v. United Kingdom*¹⁵. Nel caso di specie si tratta di una condotta puramente omissiva ('lack of notification'), di totale non curanza dell'articolo 15 della Carta, essendo il comportamento comunque lecito ai sensi del diritto umanitario. Tale condotta tuttavia, secondo la Corte EDU, si verificherebbe incontestata da anni sino alla controversia in questione e pertanto avrebbe portato a una 'modifica', una deroga, una sospensione dell'articolo 15 della Carta EDU, rendendo non necessaria alcuna comunicazione per la sospensione dei diritti di cui all'articolo 5, nella caso specifico in cui tale mancato adempimento avvenga in favore della specifica applicazione del diritto umanitario.

'[I]n respect of the criterion set out in Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention [...], the Court has previously stated that a consistent practice on the part of the High Contracting Parties, subsequent to their ratification of the Convention, could be taken as establishing their agreement not only as regards interpretation but even to modify the text of the Convention'¹⁶.

Va tuttavia specificato a onor del vero come la Corte non abbia, nel caso di specie, applicato restrittivamente i requisiti di cui all'articolo 31 (3) (b), individuando quale prassi rilevante ai fini della sospensione le condotte degli Stati in relazione a un altro trattato, ovvero il Patto sui diritti civili e politici (art. 4)¹⁷, non verificando pertanto il requisito secondo cui la prassi debba essere 'in applicazione' del trattato, ovvero

¹⁵ *Hassan v United Kingdom* (Judgement GC), App. No 29750/09, ECHR, 2014. Sul punto si veda CREMA, "Subsequent practice in Haasan v. United Kingdom: When things seem to go wrong in the life of a living instrument", in *Questions of International Law*, Vol. 15, 2015, pp. 3-22.

¹⁶ *Hassan v United Kingdom* (Judgement GC), App. No 29750/09, ECHR, 2014, par. 101.

¹⁷ La Corte stabilisce infatti che 'Moreover, it would appear that the practice of not lodging derogations under Article 15 of the Convention in respect of detention under the Third and Fourth Geneva Conventions during international armed conflicts is mirrored by State practice *in relation to the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights*' (enfasi aggiunta). *Hassan v United Kingdom* (Judgement GC), App. No 29750/09, ECHR, 2014, par 102.

'riferita' al medesimo¹⁸. L'applicazione, più elastica e meno rigorosa, talvolta posta in essere dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, giustificata e dovuta, come in precedenza analizzato¹⁹, alla portata e alla natura degli obblighi dedotti nella Carta, rischia di mettere in pericolo l'individuazione di una base giuridica per la portata modificativa della prassi ai sensi dell'articolo 31 (3) (b).

Infine la CDI non ha nascosto come l'assenza stessa di prassi sia in grado di dare indicazioni sull'interpretazione adottata dalle parti con riferimento al trattato. In altre parole è possibile trarre valutazioni e deduzioni rilevanti dall'assenza stessa di prassi: una prassi sospensiva può pertanto innegabilmente rilevare anche ai fini interpretativi e viceversa. Tale relazione tra interpretazione e sospensione non può che agevolare l'individuazione di quella caratteristica della prassi definita *intentionality*, che è molto meno stringente dell'*opinio iuris* ma che eleva la prassi a qualcosa di più di una mera condotta omissiva, necessaria a supportare la volontà delle parti verso una sospensione²⁰.

2.1. L'articolo 27(3), ultima parte, della Carta delle Nazioni Unite - la regola dell'astensione obbligatoria della parte interessata: un'ipotesi di sospensione informale

L'articolo 27 (3), ultima parte, della Carta delle Nazioni Unite sancisce che “

¹⁸ Come emerso nel corso del primo capitolo, il termine 'applicazione' contenuto nell'articolo 31 (3) (b) è utilizzato in modo improprio, atecnico con il significato di una condotta 'relativa a', 'riferibile al' trattato.

¹⁹ si veda par. ... del capitolo I.

²⁰ Si veda quanto analizzato al par. 10.3.6. del primo capitolo. Si veda inoltre ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2014, in UN Doc. GAOR, Sixty-ninth session Suppl. No.10 (A/69/10), pp. 166-218, a p. 174 e 175. La CDI specifica come la Corte Internazionale di Giustizia abbia affermato, in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), I.C.J. Reports, 1996, p. 226, t p. 248, pars. 55-56, che 'the lack of certain assertions regarding the interpretation of a treaty, or the absence of certain forms of its application, constituted a practice which indicated the legal position of the parties according to which nuclear weapons were not prohibited under various treaties regarding poisonous weapons'. Si veda anche *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J. Reports, 1996, a p. 815, par. 30. Sempre secondo la CDI, la Corte EDU 'has occasionally even considered that the “lack of any apprehension” of the parties regarding a certain interpretation of the Convention may be indicative of their assuming a position regarding the interpretation of the treaty'. Ciò sarebbe avvenuto in *Bankovic et al. v. Belgium and 16 Other Contracting States* [GC], App. No. 52207/99, ECHR. 2001, par. 62. Sul punto si veda nello stesso senso GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., a pp. 262-263.

[...]in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting.”

L'articolo codifica, nell'ambito delle procedure di voto all'interno del Consiglio di Sicurezza, la c.d. astensione obbligatoria²¹. La norma è espressione del fondamentale principio *nemo iudex in re sua*, secondo cui nessuno può essere giudice nella propria causa, nè può, parimenti, prendere parte a una deliberazione ogniqualvolta abbia interessi in merito. La *ratio* della norma è certamente quella di evitare un conflitto di interessi, estromettendo dalla votazione, che altrimenti risulterebbe falsata, i soggetti coinvolti nella questione. Naturalmente, l'astensione obbligatoria si dimostra particolarmente importante quando a doverla mettere in atto è un membro permanente del Consiglio, dotato -come noto- del potere di veto nell'ambito delle decisioni non procedurali del Consiglio²². Essa infatti sortirà un duplice effetto: se la questione oggetto di deliberazione è di carattere procedurale, l'istituto mirerà a evitare che il membro permanente interessato possa contribuire, con il suo voto, al mancato raggiungimento della maggioranza richiesta; se la questione oggetto della deliberazione è di carattere, invece, non procedurale, l'istituto impedirà che il membro permanente coinvolto possa, da solo, esercitando il veto, inibire l'adozione dell'atto.

Infine, la norma circoscrive la portata e l'applicabilità dell'istituto alle sole questioni inquadrare nell'ambito del Capitolo VI e dell'articolo 52 par. 3 della Carta delle Nazioni Unite²³.

Le ragioni di tale scelta sono da ricercare nella fase di redazione della disposizione, nella quale è emersa la necessità di individuare una soluzione di compromesso tra l'apertura britannica a favore dell'inserimento della regola con ampia applicabilità, volta a valorizzare il principio e del *nemo iudex in re sua*, e la riluttanza russa alla diminuzione delle prerogative dei membri permanenti all'interno del Consiglio di

²¹ Distinta da quella volontaria di cui si avrà modo di dar conto affrontando il tema della prassi modificativa al par. Capitolo III. per uno sguardo più generale e completo sul punto si veda CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2012, a pp. 96 e ss.

²² par..... della presente trattazione.

²³ Il capitolo 6 della carta riguarda la risoluzione pacifica delle controversie. L'articolo 52 par 3, contenuto del capitolo VIII e rubricato 'regional arrangements', prevede un'ipotesi abbastanza specifica con riguardo alla promozione della soluzione pacifica delle controversie locali, la quale deve essere incoraggiata dal Consiglio di sicurezza, nei rapporti tra le organizzazioni internazionali a carattere regionale.

Sicurezza²⁴. L'esito di tale bilanciamento ha pertanto prodotto la pesante esclusione, dall'ambito di applicabilità della norma, delle delibere ex Capitolo VII, certamente più penetranti e delicate. Era probabilmente apparso ai redattori che, per uno Stato, non avesse un costo eccessivo astenersi dalle decisioni in materia di risoluzione pacifica delle controversie; considerazione, in realtà, pienamente smentita dalla prassi degli Stati-parte.

“This is a sad and remarkable moment.” Così Samantha Power, delegato statunitense nel Consiglio di Sicurezza, ha definito il veto esercitato, in seno al Consiglio, dal governo di Mosca il 15 marzo 2014 al progetto di risoluzione, proposto dagli Stati Uniti, che chiedeva agli Stati membri di non riconoscere i risultati del referendum, che si sarebbe tenuto in Crimea il 16 marzo, e avente a oggetto l'eventuale secessione della Crimea e la sua annessione alla Russia²⁵. La risoluzione infatti è stata votata con 13 voti a favore, un astenuto (Cina) e bloccata con il voto contrario della Federazione Russa. Il testo della bozza di risoluzione conferma l'esistenza di una 'controversia', ai sensi dell'articolo 27(3) ultima parte, e richiede che quest'ultima sia immediatamente risolta dalle parti attraverso l'adozione di una soluzione pacifica. Come sottolineato da Milano, il continuo riferimento al divieto della minaccia e dell'uso della forza nelle relazioni internazionali non lascia dubbi, considerato il ruolo della Russia nella crisi crimeana, sulla circostanza che la risoluzione fosse destinata non solo agli attori interni e alle forze politiche ucraini, ma anche alla stessa Federazione russa, resasi artefice di un intervento militare sulla penisola e del riconoscimento dell'annessione della penisola secessionista al proprio territorio, o comunque della sua legittima sovranità e indipendenza²⁶.

Non vi sono dubbi infine, tranne forse che per un unico -il quinto- paragrafo operativo²⁷, circa il fatto che la bozza di risoluzione rientri a pieno titolo nel Capitolo

²⁴ TAVERNIER, "Commentaire de l'article 27", in COT, PELLET, *La Charte des Nations Unies - Commentaire article per article*, Economica, Parigi, 1991, pp. 495-514, a p. 504.

²⁵ UN Meetings Coverage & Press Releases, "Security Council Fails to Adopt Text Urging Member States Not to Recognize Planned 16 March Referendum in Ukraine's Crimea Region", SC/11319; VALSANIA, "Onu, veto di Mosca alla risoluzione contro il referendum in Crimea e impasse del Consiglio di sicurezza", in *Il sole 24 ore*, 15 marzo 2014.

²⁶ MILANO, "Russia's Veto in the Security Council: Whither the Duty to Abstain under Art. 27(3) of the UN Charter?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 75, 2015, a p. 215-231, a p. 220-221.

²⁷ Less clear is whether the last paragraph of the resolution, para. 5, in which the Council declared the referendum illegal and called upon member States not to recognise any alteration in the status of

VI, attesa la completa assenza di qualsiasi riferimento all'esistenza di una minaccia alla pace e sicurezza internazionali e alla luce del fatto che il Consiglio di sicurezza stesse agendo per la promozione di una soluzione pacifica della controversia²⁸.

Alla luce di quanto testè affermato, è evidente l'applicabilità dell'articolo 27 (3) ultima parte, e dunque dell'astensione obbligatoria, alla situazione esaminata ed è altrettanto evidente la violazione della regola posta in essere dal veto della Russia.

Tale comportamento - e questo è ciò che più rileva ai fini della trattazione - di mancata applicazione della disposizione e contrario alla Carta non solo si manifesta, ma avviene anche nella generale acquiescenza delle altre parti, quasi come fosse espressione di una prassi condivisa. Nessuno stato membro ha infatti invocato la valenza dell'articolo, nonostante la disposizione sia ben nota agli Stati e la sua importanza sia stata anche di recente rimarcata²⁹.

Merita di essere sottolineato come ci si trovi dinanzi ad una norma molto vaga, ambigua e dunque potenzialmente idonea a prestarsi ad interpretazioni diverse. Infatti, come sostenuto anche da Conforti, l'interpretazione dell'articolo 27 (3), ultima parte, presenta grandi difficoltà soprattutto attorno ai concetti di 'controversia' e di 'parte', la cui definizione, assente nella normativa, è tutt'altro che

Crimea may be considered a measure falling under Chapter VI or rather whether it should be construed as a decision falling under Art. 25 of the Charter', *Ibidem*, a p. 221.

²⁸ *Ivi*. Si veda UN Doc. S/2014/189 (Draft Resolution).

²⁹ Si vedano sul punto le dichiarazioni del giudice della Corte Internazionale di Giustizia Elaraby il quale, invitato a prendere parte alla riunione del Consiglio di Sicurezza nel 2003, ha ritenuto che il Consiglio debba prevedere 'l'application stricte et fidèle du paragraphe 3 de l'Article 27', poichè '[u]n État ne doit donc être autorisé à être partie, juge et membre jury simultanément' UN Doc. S/PV. 4753, a p. 9; il problema è stato posto a livello dottrinale, ad esempio, da TAVERNIER, "Commentaire de l'article 27", in COT, PELLET, *La Charte des Nations Unies - Commentaire article per article*, Economica, Parigi, 1991, pp. 495-514, a pp. 506-507: 'dés lors, on peut s'interroger sur la portée d'une règle qui ne s'est pratiquement jamais appliquée. L'examen des cas les plus récents confirme l'impression de désordre total et l'absence de Coheréence des precedents. La pratique a-t-elle conduit à la desuetude ou à l'abrogation de la règle pose à l'article 27 paragraphe 3, in fin? Peut- on admettre l'existence d'une coutume abrogatoire, comme on a reconnu la survenance d'une coutume modificative de la Charte, pour l'abstention volontaire? Le débat sur ce point reste ouvert'. Si veda anche per tra le votazioni del Consiglio di Sicurezza quanto avvenuto nel caso Eichmann 'Before the vote was taken, the representative of Argentina stated: 2Article 27, paragraph 3 of the Charter states that a party to a dispute shall abstain from voting.'" UN Doc., *Repertoire of the Practice of the Security Council*, Suppl. 1959-1963, UN, New York, 1965, p. 94., nel caso della Rodesia del Sud nel quale il delegato statunitense affermò che si sarebbe astenuto dal voto 'since we are party to this particular matter and acting in the spirit of Article 27(3) of the Charter' UN Doc. SCOR, 2090th meeting of 10.10.1978, par. 31; UN Doc. S/RES/437 (1978); UN Doc. S/RES/253 (1968).

pacifica³⁰. Tali concetti rientrano infatti in quella categoria di termini che ben si prestano ad essere piegati alle necessità e alle contingenze del caso concreto. Se infatti al termine 'controversia' venisse attribuito un significato eccessivamente ampio, il risultato sarebbe quello di uno smodato, quasi totale, impiego dell'astensione obbligatoria all'interno del Consiglio di Sicurezza. Si dovrebbe propendere, quindi, per un'interpretazione più restrittiva che però risulta altrettanto complessa, essendo inverosimile l'identificazione di un'interpretazione univoca, che metta d'accordo tutti i membri, e adatta a tutti i casi concreti. Lo stesso tipo di ragionamento può poi essere ben applicato al concetto di 'parte'³¹. Ed è proprio a questi problemi interpretativi, nonché all'individuazione dell'ambito di applicabilità, che gli Stati ricorrono, nelle poche volte in cui la disposizione è stata invocata, per giustificare la mancata applicazione della medesima (ovvero la mancata astensione dalla votazione)³².

³⁰ CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite* cit., a p. 96.

³¹ A questo riguardo, merita di essere ricordata, per aver cercato fin da subito di dirimere tali problemi interpretativi, stabilendo dei criteri restrittivi e formali per l'individuazione di tali concetti, l'interpretazione data, in seno all'Assemblea Generale, dall'*Interim Commitee* nel rapporto del '48. DOC. A/RES/267 (III) Draft A/792 on the problem of voting in the Security Council, 14 aprile 1949. Reports of International Committee of General Assembly (5 Jan to 5 Aug 1948), The problem of voting in the SC DOC. A/578, 15 July 1948 riportato in *I.O.* Vol.3 n.1, 1949, pp. 190-202. Infine GAOR, 3rd sess., Suppl n.9. Conforti sottolinea come il Regno Unito e gli Stati Uniti non fossero d'accordo nell'adottare quel rapporto, ritenendo al contrario preferibile un'interpretazione sostanziale che privilegiasse l'accertamento di una controversia in stretta applicazione del principio *nemo iudex in re sua*. Il rilievo è importante, perché solo pochi anni dopo in relazione alla vicenda di Suez nel 1951, gli Stati Uniti abbracciarono la tesi esattamente opposta, poiché in quel momento a loro politicamente più conveniente. Tutto ciò per evidenziare l'estrema cedevolezza della materia in oggetto. CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite* cit., a p. 97.

³² Non è qui utile addentrarci con troppa meticolosità nelle questioni interpretative così come affrontate nella prassi, tuttavia il caso del Canale di Suez evidenzia bene le incertezze e fa emergere le diverse correnti interpretative sussistenti (Sul punto: UN Doc. S/RES/95; S/2322 dell'1 settembre 1951 e per le discussioni in seno al Consiglio nel caso del blocco del canale di Suez si vedano UN Doc. SCOR, 6th year, 549th, 553rd and 555th meetings e CONFORTI, *Le Nazioni Unite* cit., a pp. 97-99). Nel 1951 Israele si rivolse al Consiglio di Sicurezza, denunciando le restrizioni imposte dall'Egitto alle navi israeliane di passaggio nel canale di Suez. Già prima del ricorso di Israele, altri paesi, tra cui i membri permanenti Stati Uniti, Regno Unito e Francia, le cui stesse navi erano state oggetto di tali restrizioni, si erano unite ad Israele nella protesta. Al 549esimo incontro del Consiglio, l'Egitto e Israele furono invitati a partecipare senza diritto di voto; ne derivò un'intensa discussione. La proposta di risoluzione, avente ad oggetto la raccomandazione all'Egitto di revocare tali restrizioni, fu adottata con 9 voti a 8 e 3 astensioni (Cina, India e U.R.S.S.). La tesi dell'Egitto, scartata dal Consiglio, naturalmente insisteva sul fatto che i Paesi sopramenzionati non avrebbero dovuto essere ammessi al voto, in quanto 'parti della controversia', dovendo trovare attuazione l'articolo 27 par 3, in forza di una rigida applicazione del principio *nemo iudex in re sua* - secondo un'interpretazione 'sostanziale', per usare le parole di Conforti (CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite* cit., a p. 97), dell'articolo 27

In ogni caso, nella prassi più recente, il problema dell'interpretazione di tale disposizione non risulta pressoché mai sollevato dagli anni '50.

Infatti la disposizione mostra di essere stata rispettata e invocata esclusivamente nei primi cinque anni di vita dell'organizzazione³³, con qualche eccezione negli anni successivi, come ad esempio in occasione dell'eclatante caso *Eichmann*³⁴.

Tuttavia da circa un trentennio a questa parte, è emerso come gli Stati interessati ai sensi dell'articolo 27 (3), ult. parte, non solo non si astengano dal votare, ma anche come lo facciano nella generale acquiescenza degli altri membri e della comunità in generale. Gli esempi di tale prassi 'disapplicativa' infatti appaiono copiosi, oltre al caso della mancata astensione russa nella crisi crimeana testè analizzato.

Nel 1983, l'Unione Sovietica aveva partecipato al voto e posto il veto a un progetto di risoluzione, pacificamente rientrante nel Capitolo VI, che prevedeva l'apertura di un'inchiesta con riferimento all'abbattimento di un jet di linea della Corea del Sud da parte della stessa Unione Sovietica³⁵. La medesima situazione si è ripetuta in

par. 3. Dal canto loro, invece, tali paesi ritenevano che si dovesse ricorrere a un accertamento tecnico della controversia, intesa naturalmente in modo piuttosto restrittivo, e non sussistente nel caso di specie, poiché il loro coinvolgimento si limitava alla condivisione e al sostegno della posizione israeliana, senza interessi diretti e senza peraltro ricorsi al Consiglio contro l'Egitto - secondo interpretazione 'formale' dell'articolo, sempre secondo la terminologia confortiana (*Ivi*).

³³ UN Doc., *Repertoire of the Practice of the Security Council*, Suppl. 1946-1951, Chapter IV, Part III, 166 e ss.; sul punto si veda MILANO, *cit.*, a p. 222. L'A. infatti specifica come, per la precisione, vi siano state in quel lasso di tempo ('46-'51) solo otto occasioni in cui la regola sull'astensione obbligatoria è stata rispettata e cinque casi in cui vi è stato comunque dibattito sul punto, e dunque invocazione della regola.

³⁴ "At the 868th meeting on 23 June 1960, in connexion with the complaint by Argentina (*Eichmann case*), a draft resolution submitted by the representative of Argentina, incorporating two amendments submitted by the representative of US and accepted by the original sponsor, was put to the vote. Before the vote was taken, the representative of Argentina stated: "Article 27, paragraph 3 of the Charter states that 'a party to a dispute shall abstain from voting.' My delegation does not wish to enter into a legal or procedural analysis of the application of that wording to the case we are considering, but for reasons of tact, which I am sure the Council will understand, my delegation requests [...] the Council for permission not to take part in the vote." Tratto da UN Doc., *Repertoire of the Practice of the Security Council*, Suppl. 1959-1963, UN, New York, 1965, p. 94. Ma si veda anche quanto affermato nel 1978, con riferimento alle discussioni in merito alla decisione degli Stati Uniti di consentire al presidente della Rhodesia del Sud di accedere al territorio americano in violazione della risoluzione della risoluzione del Consiglio di Sicurezza 253 (1968). Il delegato statunitense infatti affermò che si sarebbe astenuto dal voto 'since we are party to this particular matter and acting in the spirit of Article 27(3) of the Charter'. UN Doc. SCOR, 2090th meeting of 10.10.1978, par. 31; UN Doc. S/RES/437 (1978); UN Doc. S/RES/253 (1968).

³⁵ Sul punto: UN Doc. S/PV.2476 del 12.9.1983 e UN Doc. S/15966/Rev.1; CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite* cit., a p. 100.

occasione dell'adozione della risoluzione 457 del 1979³⁶. La risoluzione chiedeva al governo iraniano di liberare il personale dell'ambasciata USA, illecitamente detenuto a Teheran e auspicava una composizione pacifica della questione nei rapporti tra i due Stati. Anche qui si tratta di un caso eclatante, dato che l'atto fu adottato con il voto degli Stati Uniti, i quali erano addirittura i destinatari della bozza oggetto di deliberazione.

Blum ha individuato 16 casi di mancata applicazione della disposizione nel periodo compreso tra il 1952 e il 1990³⁷; tale tendenza conferma di protrarsi, tanto che, oltre alla mancata astensione russa nel caso della crisi della Crimea, Milano individua, quale ulteriore e recente esempio, la partecipazione al voto del Marocco in occasione dell'adozione della risoluzione 2044, volta a incoraggiare il dialogo e le negoziazioni tra il Marocco e il fronte Polisario verso la soluzione della disputa territoriale sul Sahara Occidentale³⁸.

La configurazione giuridica di tale prassi 'disapplicativa' è stata ricondotta da alcuni autori all'ipotesi della desuetudine³⁹. Tale fenomeno, in linea di principio configurabile, avviene attraverso la formazione di una nuova consuetudine prodotta dalla cristallizzazione di prassi e *opinio iuris* relative alla disposizione di un trattato⁴⁰: la desuetudine prevede dunque la formazione di una nuova consuetudine di senso contrario. L'ipotesi della possibilità di una modifica di una disposizione del trattato a opera di una consuetudine successiva non è contemplata dalla convenzione di Vienna, poichè era stata ritenuta non rientrante nell'ambito applicativo della materia

³⁶ Sul punto UN Doc. S/RES/457 e CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite* cit., p. 101.

³⁷ BLUM, *Eroding the United Nations Charter*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 207.

³⁸ MILANO, *cit.*, a p. 224. La disputa territoriale tra il Marocco e il Fronte Polisario ha origini risalenti agli anni 1975-76, anni quando il Marocco, in seguito al ritiro del dominio spagnolo sul Sahara Occidentale, prese il controllo di due terzi della regione, collocata sulla costa nord-occidentale dell'Africa, al confine con il Marocco, la Mauritania e l'Algeria. UN Doc. S/RES/2044 (2012), par. 5 e 7; UN Doc. S/PV.6758 (2012), par. 2 e ss.

³⁹ HERNDL, "Reflections on the Role, Functions and Procedures of the Security Council of the UN", in *Recueil des Cours*, Vol. 206, 1987, pp. 289 e ss., a p. 331.

⁴⁰ "[...] authentic interpretation in Article 31, subparagraph 3(b) [of the Vienna Convention on the Law of Treaties] is of a dynamic nature in that it may alter the original ordinary meaning of a term in two ways: i) subsequent practice may modify a treaty provision contractually qua authoritative interpretation [...] and ii) parties may in their practice gradually wander from interpretation (as in Article 31, subparagraph 3(b)) to customary modification of the treaty' VILLIGER, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission" in CANNIZARO, *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp.105 e ss., a p. 111.

del diritto dei trattati⁴¹. Per tali ragioni, alcuni autori hanno sostenuto che il fenomeno della desuetudine non sia addirittura riconosciuto dal diritto internazionale contemporaneo⁴², in realtà l'esistenza del meccanismo della modifica consuetudinaria appare confermata a diversi livelli, soprattutto con riferimento ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, le cui costituzioni materiali necessitano di continua trasformazione ed evoluzione: basti pensare a quanto avvenuto con riferimento all'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite⁴³.

Con riferimento al caso di specie, tuttavia, l'ipotesi della desuetudine dell'articolo 27(3), ultima parte, deve essere scartata data l'assenza, a fianco di una consolidata prassi disapplicativa, di una volontà dichiarata e mirata a disconoscere il par 3 ultima parte, data in altre parole l'assenza di una inequivocabile *opinio iuris* in tal senso⁴⁴. Chi scrive infatti ritiene che la dimostrazione di un'avvenuta desuetudine richieda un onere probatorio ancora più elevato, in termini di *opinio iuris*, di quanto necessario ai fini della formazione di una nuova consuetudine in senso positivo, a partire dalla coagulazione di prassi relativa a una disposizione di un trattato. Questo poichè la desuetudine della norma convenzionale si fonda su comportamenti di omessa applicazione o comunque di violazione, che pertanto richiedono di essere accompagnati da un'esplicita e inequivocabile *opinio iuris*⁴⁵.

⁴¹ MILANO, *cit.*, a p. 225. WOUTERS, VERHOEVEN, "Desuetudo", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, par. 11-12. Si veda ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 236; "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole", in *GAOR*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968, p. 207.

⁴² KOHEN, "Desuetude and Obsolescence of Treaties", in CANNIZZARO, *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 350 e ss.

⁴³ Si veda più avanti il paragrafo.. Si veda anche ARATO, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations", in *Yale Journal of International Law*, Vol. 38, 2013, pp. 318 ss.; . *Legal consequences for states of the continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports 1971, con riferimento all'articolo 27 della Carta delle Nazioni Unite.

⁴⁴ Nello stesso senso BLUM, *Eroding the United Nations Charter* *cit.*, a p. 211 e ss., MILANO, *cit.*, a p. 228.

⁴⁵ In fondo la mancata applicazione della disposizione, sia pure estrinsecantesi in condotte attive come nel caso di specie (voto nonostante obbligo d'astensione ad esempio), può, dal punto di vista dell'onere probatorio, essere equiparata a quanto vale per la valutazione delle condotte omissive nel procedimento di formazione della consuetudine. Secondo il rapporto di Mendelson, "[i]n appropriate circumstances, omissions can count as a form of a State practice." Secondo Mendelson e i membri del Comitato dell'*International Law Association*, in altre parole, parrebbe ragionevole ritenere le astensioni o le condotte omissive alla stregua di prassi degli Stati, solo quando tali condotte non siano ambigue.

L'ipotesi che maggiormente pare attagliarsi al caso di specie sembra essere quella di una sospensione informale della disposizione, analizzata nel paragrafo precedente e non riconducibile *tout court* alle disposizioni concernenti la sospensione contemplate dalla Convenzione di Vienna (articolo 57 della Convenzione di Vienna ad esempio⁴⁶), bensì al combinato disposto di queste ultime con l'elastico articolo 31 (3) (b) della Convenzione.

D'altronde emergono con evidenza, da quanto sinora analizzato, la precarietà e la cedevolezza del quadro attuale; è infatti molto controverso comprendere cosa accadrebbe in caso di esplicita invocazione della valenza della disposizione di cui all'articolo 27(3), ultima parte.

Secondo chi scrive, la norma potrebbe andare incontro a una duplice sorte: potrebbe, gradualmente e attraverso una progressiva cristallizzazione di prassi sospensiva uniforme accompagnata da un netto rafforzamento dell'*opinio iuris* in merito, cadere in una vera e propria desuetudine, in grado di rendere l'articolo 'lettera morta'. In un altro caso, potrebbe prospettarsi una prosecuzione dell'attuale situazione di latenza dovuta a tale sospensione informale. La seconda soluzione sembra inquadrare in modo più adeguato la possibile reversibilità della circostanza, atteso che la norma è espressione di un principio tanto importante in una qualsiasi comunità, quale il *nemo iudex in re sua*; in altre parole difficilmente l'*opinio iuris* potrà consolidarsi incontrovertibilmente contro una disposizione, che, anche se di natura procedurale, cela alle sue spalle una regola che qualunque Stato vorrà sempre sentirsi libero di invocare. Ciò sembra confermato dalle parole utilizzate di recente dal giudice della Corte internazionale di Giustizia Elaraby, il quale, invitato a prendere parte alla

L'ambiguità si misura analizzando l'elemento soggettivo della consuetudine MENDELSON, "Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law", *Final Report of the Committee on Formation of Customary (General) International Law, London Conference, International Law Association*, 2000, a p. 15. Tale approccio è confermato anche da Lepard, secondo cui sarebbe necessario, per poter considerare un'omissione come prassi dello Stato, analizzare attentamente i fattori rilevanti che condizionano tale comportamento, considerandone contestualmente l'*opinio iuris*, per escludere che dietro a tale astensione od omissione si celino, ad esempio, ragioni meramente opportunistiche o politiche. LEPARD, *Customary International Law: A New theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p.188-189. Tale approccio cauto nell'analisi delle condotte omissive risulta confermato dalla stessa CIG nel parere consultivo sulla liceità della minaccia e dell'impiego delle armi nucleari, in cui essa affermò che "if nuclear weapons have not been used since 1945, it is not on account of an existing or nascent custom but merely because circumstances that might justify their use have fortunately not arisen" *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1996, par. 66.

⁴⁶ Si veda quanto affermato al par. 2 della presente trattazione.

riunione del Consiglio di Sicurezza nel 2003, ha ritenuto che il Consiglio debba prevedere 'l'application stricte et fidèle du paragraphe 3 de l'Article 27', poichè '[u]n État ne doit donc être autorisé à être partie, juge et membre jury simultanément'⁴⁷. Tali dichiarazioni non hanno chiaramente il medesimo di una condotta posta in essere da uno Stato-parte e accompagnata dall'acquiescenza degli altri membri, tuttavia assumono notevole valore soprattutto alla luce del potere, riconosciuto alla Corte Internazionale di Giustizia, nel rafforzamento e nella legittimazione delle trasformazioni dei trattati costituzionali a opera degli organi politici dell'organizzazione⁴⁸.

2.2. L'articolo 12 (1) della Carta delle Nazioni Unite - i poteri dell'Assemblea Generale

Un caso simile a quello testé analizzato, sempre relativo a una norma procedurale della Carta delle Nazioni Unite, può essere riscontrato con riferimento all'articolo 12(1), il quale avrebbe subito una sospensione informale o una modificazione *de facto*. La disposizione in questione prevede che l'Assemblea Generale non possa formulare raccomandazioni con riguardo alle situazioni o alle controversie delle quali si stia interessando il Consiglio di Sicurezza nell'esercizio delle proprie funzioni, salvo che sia proprio il Consiglio a richiedere l'intervento dell'Assemblea⁴⁹.

L'articolo 12(1) viene sistematicamente ignorato dagli Stati membri: l'Assemblea ha infatti spesso emesso raccomandazioni su questioni in grado di costituire minaccia alla pace e sicurezza internazionali, benchè queste ultime fossero collocate nell'Agenda, e fossero dunque al vaglio, dell'organo politico delle Nazioni Unite.

In realtà la Corte Internazionale di Giustizia ha concepito tale approccio all'articolo 12(1) alla stregua di un'evoluzione, conseguente all'"accepted practice of

⁴⁷ UN Doc. S/PV. 4753, a p. 9.

⁴⁸ ARATO, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations", in *Yale Journal of International Law*, Vol. 38, 2013, a p. 289 e ss.

⁴⁹ L'articolo 12 (1) della Carta recita: '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'.

the General Assembly', volta a concepire il senso dell'articolo come se la restrizione, imposta all'Assemblea, dovesse ritenersi limitata al preciso momento in cui il Consiglio eserciti le proprie funzioni, si pronunci e non dunque ai casi in cui le questioni siano genericamente al vaglio/ in agenda del Consiglio⁵⁰. In questo modo la finestra temporale che impedirebbe l'emissione di una raccomandazione da parte dell'Assemblea sarebbe notevolmente ridotta. La Corte ricorre al concetto di evoluzione del diritto dunque, tuttavia la descrizione resa induce a pensare che essa si riferisca proprio alla nozione di modifica *de facto*, dovuta non a una prassi meramente interpretativa, ovvero specificativa in un elemento già esistente all'interno della disposizione, bensì a una prassi modificativa della regola, che avrebbe aggiunto un elemento di novità, con la conseguenza di limitare l'ambito di applicazione della norma⁵¹.

Secondo parte della dottrina invece, gli esempi di prassi avrebbero reso, momentaneamente e forse non irreversibilmente, defunto l'articolo 12 (1)⁵²; indicherebbero dunque una sospensione informale della disposizione, che sistematicamente viene evasa⁵³.

3. Prassi modificativa

Se in merito alla valenza sospensiva della prassi successiva è rintracciabile un discreto silenzio in dottrina, la stessa cosa non può dirsi per la forza modificativa della medesima, oggetto di intenso dibattito. Chiedersi se la prassi successiva possa

⁵⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion), ICJ Reports 2004, a p. 150. Si veda anche UN Doc. GAOR, A/C.3/L.1637/REV.2 (1968), a p. 2, par. 9.

⁵¹ FITZMAURICE, "Treaties", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a par. 70. Non potrebbe infatti trattarsi di una mera interpretazione, poichè il senso del paragrafo successivo della disposizione andrebbe proprio a contraddire la nuova formulazione, stabilendo che '2. The Secretary-General, with the consent of the Security Council, shall notify the General Assembly at each session of any matters relative to the maintenance of international peace and security which are being dealt with by the Security Council [...]'. Se la norma infatti indicasse che le materie precluse all'Assemblea siano solo quelle che il Consiglio stia discutendo proprio in quel momento, non vi sarebbe ragione di richiedere al segretario Generale di informare l'Assemblea di 'any matters relative to the maintenance of international peace and security' di cui si stia interessando il Consiglio.

⁵² LIANG, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81 (2012), pp. 1-20, a p. 9.

⁵³ Si veda A/RES/377(V)A (Uniting for Peace), formulata proprio mentre la capacità del Consiglio di Sicurezza di prendere posizioni sulla guerra in Korea veniva ostacolata dai veti dell'Unione Sovietica.

modificare la disposizione cui si riferisce significa chiedersi se sia possibile riconoscere un valore creativo di diritto a una prassi sì sprovvista di *opinio iuris*, ma dotata di una certa *intentionality* che le deriva dall'essere motivata e strettamente riferita a una disposizione convenzionale, oggetto di precedente consenso.

Rispondere in senso affermativo a questa domanda richiede l'individuazione di una base giuridica che la legittimi; a un primo sguardo, questo sembra reso molto difficoltoso data l'espunzione dell'articolo 38 dei *Draft Articles* del 1966 dal testo definitivo della Convenzione di Vienna, disposizione che prevedeva esplicitamente tale possibilità⁵⁴.

Inoltre si accompagna a tale ultimo dato, la formale chiusura mostrata dalla Commissione di diritto internazionale sul punto:

"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 1969 Vienna Convention and under customary international law"⁵⁵.

La CDI riconosce contestualmente tuttavia come vi siano esempi di senso contrario in ambito giudiziale ed extra-giudiziale, nonché solidi orientamenti a sostegno della valenza modificativa; ammette infine come spesso la Corte Internazionale di Giustizia abbia raggiunto delle interpretazioni molto difficilmente conciliabili col significato ordinario del testo del trattato, ma coincidenti con la prassi successiva delle parti⁵⁶.

⁵⁴ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 236. L'articolo, come si vedrà più avanti, era già contenuto nei *Draft Articles* del 1964. L'articolo 68, rubricato 'Modification of a treaty by a subsequent treaty, by subsequent practice or by customary law', recitava infatti: '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 that their 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' (*enfasi aggiunta*). ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176-208, a p. 198.

⁵⁵ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-First session Suppl. No.10 (A/71/10), pp. 118-240, a p. 165.

⁵⁶ *Ibidem*, a p. 175-177. In verità, la prudenza della cdi la porta addirittura a concludere, affermando che 'while there exists some support in international case law that, absent indications in the treaty to the

Già in epoca antecedente alla Convenzione di Vienna infatti, diversi sono stati i casi nei quali la questione della modifica a opera della prassi successiva è stata sollevata, tanto che essi sono stati presi in considerazione proprio durante le discussioni e i dibattiti in seno alla CDI e alla Conferenza di Vienna. Ciò significa che la tendenza a riconoscere valenza modificativa risale a tempi anteriori alla Convenzione stessa e che dunque l'articolo 38 della bozza di articoli del 1966 non avrebbe fatto altro che dare risalto a un meccanismo che già si produceva⁵⁷. Ci si chiederà nel corso della trattazione se la presenza dell'espunto articolo 38 sia veramente necessaria per legittimare la modifica. Si cercherà infatti di dimostrare che la base giuridica della valenza modificativa può ben emergere dalle disposizioni della Convenzione di Vienna, senza bisogno dell'articolo 38, norma molto vaga⁵⁸ che

contrary, the agreed subsequent practice of the parties theoretically may lead to modifications of a treaty, the actual occurrence of that effect is not to be presumed' (p. 180).

⁵⁷ Il rappresentante italiano in sede di Conferenza sul diritto dei trattati si esprime nel modo seguente: 'Mr. MARESCA (Italy) said that article 38 reflected a legal fact which had always existed. International law was not a slave to formalism and by reason of its nature must adapt itself to practical realities.' UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 211.

Si veda anche *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France (U.S. v France)*, 1963, XVI UNRIAA 5, a pp. 62-63. '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'.

Si veda l'intervento del rappresentante del Giappone, in sede di conferenza sul diritto dei trattati, il quale, pur chiedendo l'espunzione dell'articolo 38, riconosce e cita il caso sopra menzionato: UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 208, par. 58.

Altro caso ante convenzione di Vienna, citato nei dibattiti in senso alla CDI quale esempio di modifica, è *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)*, ICJ Reports 1962, a p. 26. Si veda ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a p. 60. 'In the *Temple* case, for example, the boundary line acted on in practice was not reconcilable with the natural and ordinary meaning of the terms of the treaty and the effect of the subsequent practice was to amend the treaty'. Si veda anche l'opinione del giudice Parra-Aranguren in *Kasikili Sedudu Island case*. Egli affermò come il caso *Temple of Preah Vihear* avesse dimostrato che 'the effect of subsequent practice on that occasion was to amend the treaty'. *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, (Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren), ICJ Reports 1999, a pp. 1212-1213, par. 16.

⁵⁸ Si veda quanto affermato dal rappresentante francese in sede di conferenza di Vienna: 'The commentary itself showed that the article was far from convincing; in fact it was so unclear that it could mean almost anything' UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First

avrebbe rischiato, necessitando di successivi interventi, di istituzionalizzare un meccanismo di revisione che rimane e deve rimanere il più possibile informale⁵⁹.

Informale non significa discrezionale, infatti, come si evincerà nel proseguo della trattazione, l'enucleazione dei requisiti per la rilevanza della prassi successiva di cui all'articolo 31 (3) (b) e la loro restrittiva analisi consentirebbero controllabilità del meccanismo e certezza del diritto. È proprio dalla necessità di perseguire tali ultimi principi che deriva l'esigenza dell'individuazione di una base giuridica per la valenza modificativa della prassi, che altrimenti rischia di essere, dagli Stati, ora sostenuta ora denegata per assecondare motivi opportunistici e politici.

In effetti in letteratura, l'orientamento maggioritario sembra ormai essere propenso a riconoscere la valenza modificativa della prassi, muovendo da differenti argomentazioni⁶⁰.

and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 209.

⁵⁹ L'esclusione dell'articolo dalla versione definitiva della Convenzione di Vienna, secondo Villiger, non ha sminuito l'importanza del processo di modifica a opera della prassi successiva, questo perché 'the discussions do not cast doubt on the possibility of modification by subsequent practice', nel senso che anche i detrattori, pur chiedendo l'elisione dell'articolo, implicitamente riconoscono che il meccanismo si produceva e si produce, mostrando più che altro di rifiutarne l'istituzionalizzazione. VILLIGER, *Customary International Law and Treaties. A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 294 e 302. Infatti, l'inclusione dell'articolo avrebbe piuttosto condotto a 'less, rather than greater, flexibility in the attitude of States towards a treaty'. Così GREIG, *Intertemporality and the Law of Treaties*, British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2001, a p. 119. Nello stesso senso l'intervento del rappresentante del Vietnam in sede di Conferenza di Vienna, con riferimento all'articolo 38: UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 208. Alla luce di ciò Buga conclude che 'It could be said that, since the article's deletion in Vienna in 1968, the process of modification by subsequent practice has been relegated to the realm of custom, lying just beyond the sphere of what is now the Vienna Convention on the Law of Treaties', BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018, a p. 133.

⁶⁰ VILLIGER, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission", in CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p.105 e ss., a p.111; ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9, 2010, p. 443 e ss. a p.461 e ss; LIANG, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81, 2012, pp.1-20, a p. 7; ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, a p. 356; YASSEEN, "L'interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités", in *Recueil des Cours*, Vol. 151, 1976, p. 51; SOREL, BORÉ EVENO, "Article 31", in CORTEN, KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804-837, a p. 825; LINDERFALK, *On the*

Fitzmaurice afferma che la modifica di un trattato sia possibile 'through the subsequent and uniform practice of all its parties'⁶¹; secondo Orakhelashvili il fatto che le parti siano 'masters of the treaty' comporta che esse possano incidere sul contenuto del medesimo sia interpretandolo che modificandolo anche informalmente⁶².

Secondo alcuni autori la valenza modificativa della prassi successiva ex 31 (3) (b) deriverebbe anche dall'impossibilità di distinguere tra le operazioni di interpretazione e di modifica della disposizione; essi insistono sulla forza creativa dell'interpretazione⁶³.

Secondo altri una linea di demarcazione tra le due operazioni sarebbe tracciabile e dovrebbe, a parere di chi scrive e come si vedrà, essere tracciata ai fini di un pieno e autentico riconoscimento della modifica a opera della prassi successiva⁶⁴.

Molti autori giungono alla conclusione che l'esclusione dell'articolo 38 dei *Draft Articles* dal testo definitivo della Convenzione di Vienna significhi semplicemente che gli Stati non intendevano inserire tale questione nell'ambito applicativo della Convenzione sul diritto dei trattati⁶⁵; secondo gli stessi infatti i trattati possono

Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 168; VENZKE, *How Interpretation Makes International Law*, Oxford University Press, Oxford, a pp. 235-237. *Contra* si vedano KOHEN, "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 35-45, a p. 37; MURPHY, "The Relevance of Subsequent Agreements and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 83-91 a p. 90.

⁶¹ FITZMAURICE, "Treaties", in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, par. 70.

⁶² ORAKHELASHVILI, *The Interpretation* cit., a p. 356 e p. 359.

⁶³ SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984, a p. 138; ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation *cit.*", a p. 46; 'substantive change can also be affected through treaty interpretation, notably through subsequent agreement or subsequent practice of the parties. In case of subsequent practice, the line between interpretation and amendment can be difficult to draw'. tuttavia l'A. specifica come '[s]till, at least notionally, there is a difference between an authoritative interpretation of treaty terms and changed or new terms'. BRUNNEE, "Treaty Amendments", in HOLLIS (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 346-366, a p. 348.

⁶⁴ LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties*. cit., a pp. 168; VENZKE, *How Interpretation* cit., a p. 236; 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", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27, 1967, pp. 491-506, a p. 499.

⁶⁵ BEDERMAN, *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, Athens, 2002, a p. 44; BUGA, *Modification of treaties* cit., a p. 132. Si veda l'intervento del rappresentante finlandese in sede di Conferenza sul diritto dei trattati: 'Mr Castren said that his delegation had submitted its amendment (A/CONF.39/C.1/L.143) to delete article 38 for the same reasons as had prompted it to propose the

essere modificati da una prassi successiva che stabilisca l'accordo di tutte le parti del trattato, sulla scorta di una regola generale del diritto consuetudinario preesistente- che l'articolo 38 DALT si sarebbe limitato a codificare⁶⁶.

Infine, complici del successo del ricorso a tale metodo informale di modifica sono la farraginosità e l'inadeguatezza dei mezzi formali di revisione, così come disciplinati nella Convenzione di Vienna (articoli 39-41) ovvero, nello specifico, nelle singole convenzioni internazionali, qualora li prevedano, e soprattutto nei trattati costitutivi di organizzazioni internazionali, che più di altri necessitano di sperimentare continua evoluzione⁶⁷.

Basti pensare alla Carta delle Nazioni Unite, il cui articolo 108 richiede che un emendamento formale debba essere adottato e ratificato dai due terzi dell'Assemblea Generale, nonchè sottoposto al *veto power* dei membri permanenti⁶⁸. È evidente come tali elevate maggioranze e il *veto power* costituiscano ostacoli rilevanti nel processo di riforma del trattato.

deletion of article 34, namely, that it did not regard it as expedient to deal in a convention on the law of treaties with the complex questions of relationships between customary and treaty law. Another reason for the Finnish amendment was that article 38 seemed to duplicate subparagraph 3(b) of article 27, under which subsequent practice in the application of the treaty which established the understanding of the parties regarding its interpretation was to be taken into account. That rule of interpretation in itself meant that a treaty could be modified by the practice of the parties and, in any case, the distinction between those two provisions of the draft was practically non-existent'. UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 207. Si veda anche l'intervento del rappresentante dell'URSS (Mr Grishin): 'It was true that that situation could arise, but it could not be reflected and legalized in a convention as important as that on the law of treaties. Such legalization would be incompatible with the purposes of the convention' (p. 210).

⁶⁶ SINCLAIR, *The Vienna Convention* cit., a p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* cit., pp. 275-280; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2009, a p. 432; AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, a p. 213; DISTEFANO, "La pratique subséquente des États parties à un traité", in *Annuaire français de droit international*, Vol. 40, 1994, pp. 62-67; SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, a p. 934.

⁶⁷ LIANG, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81, 2012, pp.1-20, p. 4 e 7; BRUNNEE, "Treaty Amendments", in HOLLIS (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 346-366, a p. 348-355.

⁶⁸ Articolo 108 della Carta: "Amendments to the present Charter shall come into force for All Members of the United Nations when they have been adopted by a vote of two thirds of the Members of the General Assembly and ratified in accordance with their respective constitutional processes by two thirds of the Members of the United Nations, including all permanent members of the security Council." *Charter of the United Nations*, firmata il 26 Giugno del 1945, entrata in vigore il 24 Ottobre 1945, 1 UNTS 16.

I meccanismi formali, infatti, come sottolineato anche dallo *Special Rapporteur* per la materia, Nolte, sono raramente utilizzati. Secondo Nolte è da ritenersi che, nella maggior parte dei casi, l'evoluzione e il cambiamento avvengano attraverso mezzi più informali⁶⁹. Il diritto internazionale offre infatti degli strumenti che assicurano che le circostanze evolutive siano tenute in considerazione e tra questi trova, come si cercherà di mostrare, pieno titolo la prassi successiva, dotata dei requisiti, restrittivamente interpretati, previsti dall'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna.

3.1. Elementi di prassi

Pur nella consapevolezza dell'impossibilità di condurre un'analisi trasversale, completamente esaustiva in ogni settore del diritto internazionale generale, si è cercato di studiare la valenza modificativa della prassi successiva sia nel contesto giudiziale o quasi giudiziale, caratterizzato da tutte le peculiarità che accompagnano la funzione principale di risoluzione della controversia (o di emissione di un parere), sia fuori dal contesto giudiziale.

Nel primo caso peraltro, come si è specificato nel primo capitolo, si verifica una duplicazione del piano interpretativo: vi è un interprete autentico di primo livello, ovvero la parte del trattato, e un interprete di secondo livello (di solito giudice arbitro) che effettua un'operazione di rilevamento della prassi, che, anche se condotta nel modo più asettico possibile, rischierà sempre di scontare le fallacie del procedere induttivo. Proprio per contrastare tale inevitabile risvolto e per limitare la discrezionalità nell'operazione di rilevamento della prassi, diviene ancora più importante e imprescindibile l'individuazione di una base giuridica legittimante la modifica, cui l'interprete debba attenersi fedelmente.

Secondo Murphy, '[i]t may be that States, in diplomatic contexts outside court proceedings, tend to acknowledge more openly that a certain agreement or common practice amounts to a modification of a treaty', in realtà, come emergerà dalla

⁶⁹ NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 3.

trattazione notevoli e forse più incisivi, poichè argomentati, sono i riconoscimenti della valenza modificativa provenienti proprio dal contesto giurisdizionale⁷⁰.

3.1.1. La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia

Analizzando la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, si nota come in più occasioni i giudici dell'Aia si siano misurati con la questione della valenza modificativa della prassi successiva.

I casi più eclatanti e noti sono certamente quelli emersi nei pareri relativi alla *Namibia* e al *Muro in Palestina*: si tratta di pareri consultivi, dunque non caratterizzati dalla condizionante finalità di risoluzione di una controversia, e di questioni aventi a oggetto l'interpretazione di norme contenute nella Carta delle Nazioni Unite, trattato istitutivo di un'organizzazione internazionale⁷¹.

Data la natura peculiare del trattato oggetto di analisi, si potrebbe ritenere che sia difficile ricondurre questi casi a una regola generale⁷²; in realtà, come analizzato nell'arco del primo capitolo, non vi sono ragioni per non considerare applicabili anche ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali le medesime regole vigenti per le altre convenzioni (in particolare l'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna)⁷³.

⁷⁰ MURPHY, "The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 82 e ss., a p. 83.

⁷¹ Secondo Thirlway e secondo la CDI la Corte Internazionale di Giustizia non avrebbe mai esplicitamente riconosciuto la capacità di una prassi successiva di modificare il trattato cui si riferisce, neppure in *Namibia Advisory Opinion*. Poichè anche in quel frangente la Corte si sarebbe limitata a riconoscere il rilevante ruolo di tale prassi nella determinazione del significato della disposizione convenzionale, senza mai spingersi ad affermarne l'idoneità a produrre la modifica del trattato. THIRLWAY, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Supplement", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 77, 2006, pp. 1-82, a p. 64.

⁷² Così ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 176.

⁷³ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-seventh session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2015, in UN Doc. GAOR, Seventieth session Suppl. No.10 (A/70/10), pp. 84-103, a p. 89. Si vedano ARATO, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations", in *The Yale Journal Of International Law*, Vol. 38, 2013, pp. 289 ss., a pp.318-326; DÖRR, SCHMALENBACH, *cit.*, a pp. 556-558; GARDINER, *Treaty Interpretation* *cit.*, p. 280-284;

In realtà, più semplicemente, è proprio in questo frangente che la Corte, dovendosi rapportare con strumenti costituzionali, pertanto 'living documents'⁷⁴ maggiormente sensibili all'evoluzione e al cambiamento, ha la possibilità, nonché la necessità, di ragionare in maniera più elastica.

Attesa la pacifica rilevanza dei suddetti casi e la loro riferibilità all'interpretazione e applicazione della Carta delle Nazioni Unite, essi troveranno specifico studio nella parte del capitolo dedicata a tale strumento⁷⁵.

Ciò premesso, in generale si può affermare che la questione della valenza

SCHERMERS, BLOKKER, *International Institutional Law*, V Ed., Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2011, a p. 844; CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, VIII Ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, a p. 187; KLABBERS, *An Introduction to Institutional Law*, II Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, a pp. 89-90; AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, II Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005, a p. 25; ALVAREZ, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford, 2006, a p. 80. Si veda l'articolo 5 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 e lo speculare articolo 5 della *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, Vienna, 21 marzo 1986, non ancora in vigore, 25 ILM 543. Sul punto PALCHETTI, "Halfway between fragmentation and convergence: the role of the rules of the organization in the interpretation of constituent treaties", in ANDENAS, BJORGE (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp.486-489

Ai fini dell'applicabilità degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna del 1969 ai trattati costitutivi di organizzazioni internazionali, sia pure con le cautele dovute alle peculiarità che contraddistinguono tali convenzioni, si vedano: *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1996, a p. 74, para. 19; *Certain Expenses of the United Nations* (Advisory Opinion), I.C.J. Reports, 1962, a p. 157. La Corte Internazionale di Giustizia ha riconosciuto l'applicabilità dell'articolo 31 (3) (b), nel parere sulla legalità dell'uso delle armi nucleari nei conflitti armati, con riferimento al trattato costitutivo della WHO (Organizzazione mondiale della sanità). *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1996, a p. 75, para. 19. Lo stesso è avvenuto nel caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, ICJ Reports, 1998, a p. 306-307, para. 67, con riferimento alla costituzione dell'organizzazione internazionale 'regionale' denominata *Lake Chad Basin Commission*. Si vedano *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1971, a p. 22; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (Advisory Opinion), ICJ Reports, 2004, a p. 150, par. 27-28; *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization (IMCO)* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1960, a pp. 168-170. Inoltre la Corte ha ritenuto passì rilevante dell'organizzazione (recante l'accordo degli Stati membri) quella relativa alle regole procedurali di funzionamento degli organi delle Nazioni Unite (*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1950, a p. 9), nonché quella finanziaria/di bilancio dell'ONU (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1962, a p. 160).

⁷⁴ LIANG, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81, 2012, pp.1-20, a p. 4

⁷⁵ Si veda par. 3.1.7.; 3.1.7.1.; 3.7.1.2.

modificativa della prassi successiva sia stata pressochè sempre affrontata dalla suprema Corte in modo indiretto (vale a dire desumibile *a contrario*) ovvero tramite *obiter dicta*.

Il caso *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, già considerato nell'ambito del secondo capitolo della presente trattazione, si basava su di un antico trattato del 1858 tra Costa Rica e Nicaragua. Oggetto di controversia era l'estensione dei diritti che il Costarica poteva vantare in forza del trattato sul fiume San Juan, confine tra i due Stati⁷⁶.

Secondo quanto stabilito nella convenzione bilaterale, l'intero fiume rimaneva sotto la sovranità del Nicaragua, mentre la Costa Rica manteneva un diritto di libera navigazione sul fiume '*con objectos de comercio*'⁷⁷. Il Nicaragua riteneva che l'espressione menzionata limitasse i diritti del Costarica al mero commercio in beni. La Costa Rica, invece, abbracciando un'interpretazione più ampia del termine, comprensiva anche del trasporto di turisti, chiedeva alla Corte di dichiarare che il Nicaragua, negandole il libero esercizio dei propri diritti di navigazione (e degli altri diritti collegati) sul fiume, fosse in violazione degli obblighi assunti con il trattato stesso.

La Corte, come visto, ha scelto di ricorrere allo strumento interpretativo dell'interpretazione evolutiva, che meglio si attagliava alle esigenze del caso di specie, dovendo affrontare l'interpretazione di un termine generico ('*comercio*'), senza bisogno quindi di distanziarsi dal significato ordinario del testo e parimenti senza necessità di contraddire l'intenzione originaria delle parti, così come oggettivamente desumibile dal testo.

In altre parole nel caso di specie la Corte utilizza la prassi successiva in senso confirmatorio della volontà delle parti di attribuire al termine (generico) la capacità di evolvere nel tempo: non è certamente un caso prassi modificativa, bensì un caso sul rapporto tra l'interpretazione evolutiva (idonea a esprimere elasticità, espansione del concetto e dinamismo ma incapace di produrre una modifica) e lo strumento di cui all'articolo 31 (3) (b), in grado tra l'altro di supportare la prima, confermandola.

⁷⁶ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Reports, 2009.

⁷⁷ Il Trattato Cañas-Jerez tra Nicaragua e Costa Rica, reso esecutivo il 15 Aprile 1858, mirò ad arrestare la crescente tensione di confine tra i due Paesi. Il testo è riportato nell' Annex 1 della Application Instituting Proceedings, ICJ, p.20 e ss. Articolo VI del Trattato Cañas-Jerez tra Nicaragua e Costa Rica, 1858.

Tuttavia, proprio in tale frangente in cui a essere indagato è lo strumento interpretativo della prassi successiva *tout court* e non la valenza modificativa della stessa, è prodotto un *obiter dictum*⁷⁸, in forza del quale:

'On the one hand, 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*. On the other hand, there are situations in which the parties' intent upon conclusion of the treaty was [...] to give the terms used [...] a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law'⁷⁹.

La forza e l'autorevolezza degli *obiter dicta* sono innegabili e parimenti indiscutibile è il loro contributo al processo di evoluzione del diritto internazionale: essi possono diventare la *ratio decidendi* di futuri giudizi. Rivelatrici in questo senso sono le parole di Fitzmaurice, rese nella *Separate Opinion in Barcelona Traction case*⁸⁰.

Secondo quest'ultimo, nel sistema giuridico internazionale, che difetta di un legislatore, il ruolo dei giudici non risiede solo nel chiarire il diritto, ma anche nel contribuire a promuoverne lo sviluppo. I giudici internazionali devono 'dire più di quello che è richiesto' nel rendere una decisione, promuovendo il c.d. *judicial maximalism*⁸¹. Solitamente poi le *Separate Opinions*, rese dai giudici non del tutto dissenzienti, hanno la capacità di supportare l'*obiter dictum*⁸².

⁷⁸ Mentre la *ratio decidendi* è il punto della decisione che definisce il giudizio, l'*obiter dictum* è quell'opinione incidentale espressa dalla Corte che non è necessaria per la decisione finale, ma che spesso ha la forza di mitigarla.

⁷⁹ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights, (Costa Rica v. Nicaragua)*, ICJ Reports, 2009, a p. 242, par. 64. Anche la CDI cita il caso come esempio di riconoscimento della valenza modificativa da parte della Corte Internazionale di Giustizia, ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 176.

⁸⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ICJ Reports, 1970, (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice), p. 64, par. 2: 'In addition, there are a number of particular matters, not dealt with or only touched upon in the Judgment of the Court, which I should like to comment on. Although these comments can only be in the nature of *obiter dicta*, and cannot have the authority of a judgment, yet since specific legislative action with direct binding effect is not at present possible in the international legal field, judicial pronouncements of one kind or another constitute the principal method by which the law can find some concrete measure of clarification and development. I agree with the late Judge Sir Hersch Lauterpacht that it is incumbent on international tribunals to bear in mind this consideration, which places them in a different position from domestic tribunals as regards dealing with-or at least commenting on-points that lie outside the strict *ratio decidendi* of the case'.

⁸¹ Sul punto *Ini* e si veda anche la *Separate Opinion* del giudice Jessup. Ancora GALAND, "Judicial Pronouncements in International Law: The Arrest Warrant Case *Obiter Dicta*", in *EUI Law*, 2015. Per verificare il diverso valore che il massimalismo possiede in un ordinamento interno rispetto al

Nel caso di specie, tale affermazione incidentale è rafforzata dalla opinione separata di Skotnikov, il quale, pur mostrandosi d'accordo con la conclusione raggiunta dalla Corte, secondo cui il significato del termine *comercio* era evoluto dal 1858, riteneva che le ragioni di tale mutamento non fossero da rintracciarsi nel carattere evolutivo dell'espressione, attribuite dalle parti attraverso l'impiego di una terminologia generica, bensì nella circostanza per cui il Costa Rica 'for at least a decade' avesse utilizzato il fiume con scopi turistici, senza obiezioni da parte delle autorità del Nicaragua⁸³. In altre parole, secondo il giudice, il trattato era arrivato a includere anche il commercio in servizi e il turismo, non in forza di un'interpretazione evolutiva, bensì sulla scorta di una prassi successiva delle parti sub articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, che aveva evidenziato il comune accordo delle medesime⁸⁴.

Skotnikov non fa esplicito riferimento alla modifica, bensì ritiene che la prassi successiva in oggetto abbia evidenziato il comune accordo delle parti circa l'interpretazione del termine *comercio*, senza spingersi a ricondurre il processo da lui ricostruito a un vero e proprio emendamento. Tale affermazione trattenuta si comprende se letta in combinato con quanto ritenuto dalla Corte in merito all'impossibilità di individuare una distinzione tra modifica e interpretazione: secondo la CIG infatti, una linea di demarcazione tra i due concetti sarebbe in pratica

sistema internazionale si veda SUNSTEIN, *One case at A Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Harvard, 1999, a pp. 4-5.

⁸² Si veda anche qui la Separate Opinion del giudice Fitzmaurice che si fa carico dell'arcinoto *obiter dictum* contenuto in *Barcelona Traction*.

⁸³ Le autorità del Nicaragua semplicemente richiedevano ai turisti sulle imbarcazioni della Costa Rica di acquisire un visto.

⁸⁴ *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, (Separate Opinion of Judge Skotnikov). Sul punto si veda quanto descritto da ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9, 2010, pp. 443 e ss., a p. 449. Per massima completezza va detto come il giudice basa la predilezione per l'utilizzo dello strumento della prassi successiva poichè la riteneva più rispettosa dell'antico canone dell' *in dubio mitus*. Come sottolineato da Arato, Skotnikov riteneva che 'unlike evolutive interpretation, reliance upon subsequent practice would not cut against this venerable doctrine precisely because it is based on evidence of the sovereigns' current mutual understanding of the treaty derived from their conduct'. *Ibidem*, p. 485. Si veda anche VENZKE, *How Interpretation Makes International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, a pp. 232-233; NOLTE, "Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body", in CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, pp. 138-144, a p. 143.

'difficult, if not impossible, to fix'⁸⁵.

Altri casi, nei quali la Corte Internazionale di Giustizia ha sollevato la questione della valenza modificativa della prassi successiva, hanno a oggetto trattati che disciplinano confini.

In *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, lo Stato nigeriano affermava la propria sovranità su determinate aree contese con il Camerun, adducendo propri atti di effettiva e pacifica amministrazione dei territori, nonché manifestazioni di sovranità sui medesimi, accompagnati dall'acquiescenza e dall'assenza di proteste della controparte⁸⁶.

Assumeva lo Stato nigeriano che la prolungata prassi successiva, accompagnata dall'acquiescenza del Camerun, avesse modificato quanto stabilito negli accordi convenzionali intercorsi nella prima metà del Novecento⁸⁷.

La Corte si pronunciava negando che lo stato camerunense avesse effettivamente prestato acquiescenza all'abbandono del proprio titolo sui territori del lago Chad e della penisola Bakassi Peninsula⁸⁸. Tuttavia, nell'escludere che le parti avessero raggiunto un accordo tacito sulla modifica del testo delle convenzioni, la Corte contestualmente riconosceva, sia pure non nel caso di specie, la possibilità che una modifica, in relazione a un trattato che determina confini, a opera della prassi successiva, possa prodursi, affermando in merito che:

'Hence 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 [...]'⁸⁹.

⁸⁵ Ergo tanto la Corte, quanto il giudice Skotnikov, utilizzano i due termini in modo intercambiabile, senza specificare se si tratti di un'interpretazione *tout court* o di un'interpretazione protesa alla modifica.

⁸⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 352 ss, paras 62-70 e p. 218, relating, respectively to the Chad and Bakassi areas.

⁸⁷ 'The Court notes that Cameroon and Nigeria agree that the land boundary between their respective territories from Lake Chad oilwards has already been delimited, partly by the Thomson-Marchand Declaration incorporated in the I-Ienderson-Fleuriau Exchange of Notes of 1931, partly by the British Order in Council of 2 August 1946 and partly by the Anglo-German Agreements of 11 March and 12 April 1913'. *Ibidem*, par. 72-86. Va precisato a onor del vero, come per stessa ammissione delle parti la determinazione del confine, nonostante gli accordi, fosse affetta da una profonda indeterminazione. Dunque, parlare di modifica rispetto a qualcosa che necessita di chiarimento è certamente più difficile.

⁸⁸ *Ibidem*, par.70 e 221-224.

⁸⁹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at p. 353, para. 68. Si veda anche BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018, a p. 255.

Peralto il riconoscimento dell'astratta possibilità della modifica a opera della prassi successiva, paventata dal caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, potrebbe forse chiarire e precisare il significato di quanto deciso dalla Corte in una precedente controversia di delimitazione territoriale:

in *El Salvador/Honduras*, la Corte aveva infatti statuito che

'some forms of activity, or inactivity, might amount to acquiescence in a boundary other than that of 1821. [...] The situation was susceptible of modification by acquiescence in the lengthy intervening period; and the Chamber finds that the conduct of Honduras from 1881 until 1972 may be regarded as amounting to such acquiescence in a boundary corresponding to the boundary between the Tepanguisir lands granted to Citala and those of Ocotepeque'⁹⁰.

Tale ipotesi è formulata con cautela, nella consapevolezza che un conto è l'acquisizione di un titolo in seguito a un atteggiamento di acquiescenza della controparte, un altro è la modifica del trattato.

Laursen individua, correttamente a parere di chi scrive, in *Sovereignty over Certain Frontier Land*, un altro caso da prendere in considerazione in tale contesto⁹¹.

La controversia vedeva contrapporsi Belgio e Paesi Bassi, in merito alla sovranità su determinate porzioni di territorio. Un trattato del 1843 attribuiva la titolarità delle regioni al Belgio. Tuttavia i Paesi Bassi adducevano che l'acquiescenza, dimostrata dalla controparte verso le proprie manifestazioni di sovranità, esercitate dal 1843, avesse provocato la costituzione di un accordo tacito fra le parti che avrebbe modificato il dettato della convenzione bilaterale. La Corte ammetteva di dover indagare se la modifica del titolo della sovranità, rispetto a quanto affermato nel trattato, fosse effettivamente avvenuta; per fare ciò, prese in considerazione tutte le condotte successive rilevanti poste in essere dai Paesi Bassi, tra cui prassi fiscali, azioni legali, ipotesi di applicazione delle leggi interne olandesi agli immobili collocati sulle zone in analisi e addirittura il rilascio di una concessione per una rete

⁹⁰ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, ICJ Reports, 1992, par. 80.

⁹¹ LAURSEN, *Changing international law to meet new challenges: interpretation, modification, and the use of force*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2006 a p. 72.

ferroviaria⁹².

L'assenza di reazione belga tuttavia, agli occhi della Corte, non appariva sufficientemente determinata da assurgere a prassi rilevante in grado di mostrare adesione alle condotte di esercizio della sovranità da parte dei Paesi Bassi e dunque in grado di esprimere l'acquiescenza del Belgio a rinunciare al proprio titolo, previsto dal trattato del 1843. Il fatto che la Corte abbia affrontato con meticolosità l'analisi della questione, interrogandosi su tutti gli elementi di cui dovrebbe essere dotata tale prassi successiva, induce a pensare che, qualora fossero in concreto esistiti i requisiti, non avrebbe esitato a riconoscerle valenza modificativa.

In questo filone giurisprudenziale, la Corte pare affermare la valenza modificativa della prassi successiva in astratto, senza tuttavia poterne fare concreta applicazione. A parere di chi scrive, ciò è dovuto al fatto che il Tribunale internazionale si sia sempre trovato ad analizzare una prassi successiva costituita da condotte attive da un lato e assenza di reazione dell'altro, circostanza quest'ultima che rende le operazioni di accertamento più gravose, data la maggiore difficoltà di lettura delle condotte omissive e del valore dell'acquiescenza. Se infatti è più agevole riconoscere l'acquisizione di un titolo in seguito a un atteggiamento di acquiescenza della controparte, più complesso e non automatico è il riconoscimento dell'avvenuta modifica del trattato ad opera una prassi successiva.

Richiamando quanto già specificato nel primo capitolo⁹³ infatti, indubbiamente, la prassi successiva rilevante deve stabilire l'accordo di *tutte le parti* del trattato. Non è dunque sufficiente che emerga una volontà comune solo ad alcune di esse. Tale requisito richiede tuttavia una lettura e un'analisi elastica, anche alla luce delle modifiche, operate in corso di formulazione del testo definitivo dell'articolo 31 (3) (b), volte in particolare all'eliminazione dell'espressione 'all' prima del sintagma 'the parties', nonché all'omissione dell'avverbio 'clearly' con riferimento alla manifestazione dell'accordo tra le medesime. Conformemente a quanto testé affermato, secondo la dottrina maggioritaria e in base appunto a quanto stabilito nel progetto di articoli sul diritto del trattati del 1966, appare non necessario che tutte le parti siano attivamente impegnate e coinvolte, bensì è sufficiente che le parti passive,

⁹² *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, ICJ Reports, 1992, par. 227-229.

⁹³ Par. 10.3.2. Capitolo I.

inattive mostrino comunque di accettare la prassi delle parti attive: rileva l'accordo di tutte le parti comunque dedotto, non le esplicite condotte di tutte le parti del trattato. In definitiva, l'acquiescenza delle prime sarà a loro imputabile e significativa solo se la prassi, cui esse aderiscono, sia chiara, uniforme ed evidente⁹⁴.

Calando tali considerazioni nei casi di specie, appare come effettivamente le condotte attive analizzate dalla Corte (ovvero gli atti di amministrazione e le manifestazioni di sovranità diversamente estrinsecatesi) non fossero sufficientemente limpide, conformi e univoche al punto da rendere parimenti inequivocabile l'acquiescenza della controparte⁹⁵. Si aggiunge che il tema della modifica a opera della prassi successiva con riferimento a trattati sui confini deve essere affrontato con molta attenzione e adottando un approccio restrittivo, poichè con riguardo a tali convenzioni è sempre necessario bilanciare tale possibilità con il rispetto del principio di stabilità dei confini⁹⁶.

⁹⁴ ARATO, *cit.*, p. 460. "Even though litt.b requires the practice to establish the agreement of the parties, meaning all the parties, that does not mean that every party must have individually engaged in practice. The ILC omitted the word "all" in order to avoid the misconception that the practice must be actively performed by all the parties. It suffices, therefore, that inactive parties should have accepted the practice set by other parties." DÖRR, Commentary on art. 31 *cit.* in DÖRR, SCHMALENBACH (eds), *Vienna Convention cit.* p.557 ; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties cit.*, a p. 431; ARATO *cit.*, a p. 460 e GARDINER, *Treaty Interpretation cit.*, p. 266-267 'Agreement, not practice, of all the parties is required'. "The text provisionally adopted in 1964 spoke of a practice which "establishes the understanding of all the parties". 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 parties 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' ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 222, par 15.

⁹⁵ MERRILLS, "Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria, Equatorial Guinea Intervening), Merits, Judgment of October 10, 2002", in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, 2003, pp. 788 ss., a p. 796.

⁹⁶ Secondo alcuni autori, l'ipotesi della modifica a opera della prassi successiva sarebbe incompatibile e inapplicabile ai trattati che disciplinano i confini, poichè andrebbe a minare la stessa finalità per cui i confini sono posti. Si veda KOHEN, "The Decision on the Delimitation of the Eritrea/Ethiopia Boundary of 13 April 2002: A Singular Approach to International Law Applicable to Territorial Disputes", in KOHEN (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Cafilisch*, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, 2006, pp. 768 e ss., a pp. 772-3. A parere di chi scrive, la valorizzazione della prassi successiva può infatti allo stesso tempo rafforzare e minare il principio: un'asserita modifica del trattato, poco supportata dai dati fattuali e poco aderente ai requisiti previsti dall'articolo 31 (3) (b) potrebbe mettere a rischio il principio di stabilità; una modifica adeguatamente giustificata e dotata di un legittimo fondamento giuridico, invece, potrebbe rafforzare le esigenze di stabilità, dando risalto ai profili dell'efficacia e dell'effettività, nella stessa direzione di altri principi del diritto internazionale quali *l'uti possidetis juris*.

Va infine menzionato come tale indicata giurisprudenza si inserisca nel solco già tracciato da un noto pronunciamento, temporalmente collocato prima dell'adozione della Convenzione di Vienna e spesso citato nei dibattiti, contornanti l'inserimento dell'articolo 38 dei Draft Articles del 1966 sulla modifica a opera della prassi successiva, quale esempio del prodursi del fenomeno dedotto nella disposizione espunta: si tratta del noto *Temple of Preah Vihear Case*. La Corte in particolare aveva attestato la formazione di un tacito accordo dovuto all'assenza di reazioni da parte della Thailandia rispetto a una chiara e inequivocabile serie di condotte di esercizio della sovranità (sul tempio, oggetto di controversia) da parte della Francia e della Cambogia (la Cambogia era soggetta alla potenza coloniale francese), in contrasto con quanto affermato dal trattato di delimitazione dei confini del 1904⁹⁷.

Nonostante la Corte non abbia riconosciuto esplicitamente in quel frangente la possibilità della modifica di un trattato a opera della prassi successiva, va notato come, in tempi più recenti, il caso in esame sia stato considerato un esempio in materia: il giudice Parra-Aranguren, nel rendere la propria *Dissenting Opinion* nel caso *Kasikili/Sedudu Island*, ha infatti riconosciuto come il *Temple of Preah Vihear case* abbia dimostrato che 'the effect of subsequent practices on that occasion was to amend the treaty'⁹⁸.

Tale bilanciamento è stato ad esempio preso in considerazione in *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, ICJ Reports, 1999, pp. 1092, par. 71.

⁹⁷ *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia vs. Thailand)*, ICJ Reports, 1962, p. 6, par. 23. Il caso riguardava la sovranità sul tempio di Preah Vihear situato tra una provincia cambogiana e una thailandese, o meglio la collocazione del confine tra i due Stati. Il trattato di riferimento era una convenzione del 1904 sulla determinazione dei confini, concluso tra Francia e Siam, che originariamente collocava il tempio sul suolo thailandese. Poi un protocollo francese del 1907 ridisegnò i confini riposizionando il tempio all'interno del territorio cambogiano. Nel 1953, le autorità thailandesi avevano stabilito un posto di polizia subito a nord e issato la propria bandiera sul Tempio. Visto il fallimento dei negoziati nel '59, la Cambogia si rivolse alla Corte Internazionale di Giustizia, chiedendo che le fosse riconosciuta la titolarità del luogo, in quanto collocato sul territorio cambogiano. Nel 1962 la Corte decise che il tempio apparteneva alla Cambogia, facendo notare come, tra l'altro, in oltre cinquant'anni le autorità thailandesi non avessero mai contestato, mostrando acquiescenza, il fatto che il tempio si trovasse sul lato cambogiano, né durante i trattati franco-siamesi del 1925 e del 1937, né nel 1947 a Washington davanti alla Commissione conciliatrice Franco-Siamese.

⁹⁸ Si veda *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, ICJ Reports, 1999, (Dissenting Opinion of Judge Parra-Aranguren), pp. 1212-1213, par. 16.

3.1.2. I lodi arbitrari ad hoc

Aldilà del contesto della Corte Internazionale di Giustizia, vi è, soprattutto prima dell'avvento della Convenzione di Vienna, un discreto numero di arbitrati *ad hoc* nei quali la valenza modificativa della prassi successiva è stata non solo indirettamente affrontata quale ipotesi astratta, bensì spesso incisivamente affermata. La CDI, nel tentativo di 'sminuire' tali precedenti, li relega nel campo delle 'isolated exceptions'⁹⁹ ovvero li definisce come trascurabili in quanto, per la maggior parte, risalenti al periodo ante Convenzione di Vienna e dunque già vagliati nell'ambito dei dibattiti in seno alla CDI e alla conferenza¹⁰⁰. La Commissione, tuttavia, non considera che proprio il fatto che siano citati nelle discussioni testimonia come anche i rappresentanti, che per svariate ragioni si opponevano all'inserimento dell'articolo 38 nel testo definitivo della Convenzione¹⁰¹, riconoscessero il prodursi di tale fenomeno¹⁰².

Nel commentario all'articolo 38 dei *Draft Articles on the Law of Treaties* del 1966, si legge, a sostegno della valenza modificativa di una prassi successiva di tutte le parti che stabilisca l'accordo delle medesime, come, in un (allora) recente arbitrato tra Stati Uniti e Francia, il tribunale si fosse espresso con riguardo alla prassi successiva delle parti nei seguenti termini:

"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,

⁹⁹ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 178

¹⁰⁰ Si veda par. 3.

¹⁰¹ Secondo alcuni l'articolo 38 sarebbe stata una mera duplicazione dell'articolo 31 (3) (b) della Convenzione; secondo altri non era una questione da inserire nell'ambito applicativo della convenzione di Vienna, così come il tema della modifica consuetudinaria della norma convenzionale; secondo altri, l'istituzionalizzazione del meccanismo l'avrebbe reso meno efficace. Si vedano in merito gli interventi citati al paragrafo 3 del presente capitolo.

¹⁰² Il rappresentante italiano in sede di Conferenza sul diritto dei trattati si esprime nel modo seguente: 'Mr. MARESCA (Italy) said that article 38 reflected a legal fact which had always existed. International law was not a slave to formalism and by reason of its nature must adapt itself to practical realities.' UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 211.

having a bearing on the juridical situation of the parties and on the rights that each of them could properly claim¹⁰³.

La controversia aveva ad oggetto l'interpretazione della Sezione VII dell'allegato all'accordo sui servizi di trasporto aereo del 1946, un trattato bilaterale tra Francia e Stati Uniti che disciplinava il traffico aereo civile tra i due paesi¹⁰⁴.

La Convenzione individuava due rotte e le possibili tappe; non potevano essere aggiunte destinazioni che non rientrassero nel percorso già stabilito dalla rotta pattuita, se non attraverso una procedura speciale, mai attivata nel caso in analisi. Se l'inserimento di nuove mete si fosse verificato, sarebbe stata posta in essere una violazione dell'Allegato e dunque dell'accordo stesso¹⁰⁵.

Il tribunale concluse che il servizio per Teheran, via Beirut e Damasco, non rientrasse nel percorso delle rotte pattuite dalla convenzione del 1946. Tuttavia la Francia dal 1955 mai si era opposta e anzi aveva concesso permessi alla *Pan American Airways*, compagnia statunitense, consentendole di compiere il volo per Teheran, in modifica a quanto previsto dal trattato bilaterale. Secondo gli arbitri dunque, il diritto in questione, negato dalla convenzione del 1946, era stato accordato agli Stati Uniti in virtù di un tacito accordo prodottosi in forza di una prassi modificativa posta in essere dalla compagnia americana e autorizzata, o comunque non obiettata, dalla Francia, ininterrottamente e costantemente, sin dal 1955¹⁰⁶.

Si tratta di un espresso riconoscimento del valore modificativo della prassi successiva delle parti, dotata di determinati requisiti, enucleati negli anni successivi dall'attuale articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna. Non per ridimensionare la portata di tale precedente, bensì per ragioni di completezza, va notato come la prassi si riferisca nel caso di specie a un trattato bilaterale, in relazione al quale, visto il numero minimo di parti, l'identificazione di un tacito accordo di modifica espresso dalla

¹⁰³ (*Enfasi aggiunta*). *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France (U.S. v France)*, 1963, XVI RIAA 5, a pp. 62-63.

¹⁰⁴ *Air Transport Service Agreement*, in vigore il 18 giugno 1946, 42 UNTS 183.

¹⁰⁵ ' [A special unilateral procedure] cannot be used to add to a route points of call which, like those called into question in the present arbitration, do not come within the limits of the general path of the route'. *Air Transport Services Arbitration (US/France)* cit., par. 60.

¹⁰⁶ *Air Transport Services Arbitration (US/France)* cit., par. 62-63; 66-67; si veda LARSEN, "Arbitration of the United States-France Air Traffic Rights Dispute", in *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 30, 1964, pp. 231-247, a pp. 241.

prassi successiva sembra più agevole¹⁰⁷.

L'arbitrato testè analizzato presenta notevoli somiglianze con un altro, vertente sulla medesima materia, recante questioni piuttosto simili e temporalmente collocato nello stesso periodo: si tratta di *Air Transport Services Arbitration*, esito di una controversia tra Stati Uniti da un lato e Italia dall'altro¹⁰⁸.

Quando la domanda di aerei cargo per il trasporto merci esplose nel 1963, le compagnie aeree statunitensi erano già tecnicamente ben equipaggiate e poterono sin da subito offrire il servizio c.d. *all-cargo*; Alitalia, al contrario, non possedeva tali equipaggiamenti e pertanto non potè sin da subito entrare in concorrenza con gli Stati Uniti proponendo il medesimo servizio. La *Pan American Airways*, al contrario, cercò immediatamente di offrire la propria prestazione anche in Italia attraverso un traffico di due o quattro voli settimanali. L'Italia rifiutò il calendario chiesto dagli Stati Uniti, adducendo a giustificazione il fatto che i servizi di trasporto merci non rientrassero nell'ambito di applicazione del trattato bilaterale del 1948 sui servizi aerei, che invece, secondo lo Stato italiano, avrebbe riguardato solo i voli 'combinig passengers, cargo and mail'¹⁰⁹. La tensione crebbe ulteriormente quando la compagnia americana annunciò l'intenzione di utilizzare aerei dotati di una capacità di carico doppia, riuscendo così a non accrescere il numero di voli per settimana.

Il tribunale, analizzando la prassi successiva al trattato dal 1948 fino alla controversia apertasi nel 1963, notò come le parti avessero reciprocamente accettato i nuovi servizi di esclusivo trasporto merci; esse infatti, sino alla rivendicazione sollevata dall'Italia, avevano sempre autorizzato l'atterraggio tanto dei voli di trasporto passeggeri, quanto quelli di esclusivo trasporto merci. Pertanto tali condotte costanti avevano avuto l'effetto di modificare il trattato del 1948, includendo, nella disposizione sull'ambito di applicazione del medesimo, i voli unicamente cargo. 'From such practice it appears that both parties acted from 1948 up to July 1963 on the basis that the 1948 Agreement did cover all-cargo services'¹¹⁰.

¹⁰⁷Nello stesso senso pare orientata BUGA, *Modification of treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018, a p. 264.

¹⁰⁸ *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and Italy (U.S. v Italy)*, 1965, XVI RIAA 75, a pp. 62-63.

¹⁰⁹ *Air Transport Services Arbitration (US/Italy)* cit., par. 977.

¹¹⁰ *Air Transport Services Arbitration (US/Italy)* cit., par. 983. Si veda LARSEN, "The United States-Italy Air Transport Arbitration: Problems of Treaty Interpretation and Enforcement", in *American Journal of International Law*, Vol. 61, 1967, p. 496 e ss., a p. 509.

Si può discutere sul fatto che tale inclusione possa realmente configurarsi alla stregua di una modifica, potendo anche trattarsi di un'interpretazione che abbia portato in luce un concetto già esistente nell'espressione testuale del trattato e non dunque dell'introduzione di un elemento di novità, in violazione col significato ordinario del testo¹¹¹. Tuttavia quello che più importa ai nostri fini è che il Tribunale non sembra essersi limitato a riconoscere il valore modificativo della prassi successiva, bensì pare aver perfezionato tale considerazione di ordine generale, con ulteriori specificazioni: la prassi successiva richiede minor tempo per consolidarsi in una modifica della disposizione, di quanto invece serve per la modifica del trattato dovuta al formarsi di una nuova consuetudine bilaterale; inoltre i requisiti di cui la prassi successiva deve essere dotata per essere rilevante (costanza, uniformità, riferibilità al testo..ecc.) devono essere analizzati ancora più restrittivamente in caso di modifica, rispetto a quello di prassi meramente interpretativa¹¹².

Altro caso, citato dalla stessa Commissione di Diritto Internazionale, nell'affrontare, nel rapporto sulla prassi successiva, il tema della modifica a opera della medesima è il *Taba Arbitration*, tra Egitto e Israele del 1988, concernente una controversia sorta sulla base di un trattato di delimitazione dei confini del 1906¹¹³. Nel caso di specie, il Tribunale offre conferma del fatto che una chiara previsione del trattato possa essere modificata dalla condotta successiva delle parti, dotata di un certo grado di precisione¹¹⁴.

La convenzione del 1906 prevedeva che i cippi confinari dovessero essere posizionati in punti intervisibili (ovvero il cippo successivo doveva essere visibile dal precedente). Il pilastro finale, quello di Taba, non rispettava tale regola e pertanto si poneva in violazione del trattato, che non tollerava alcuna eccezione sull'intervisibilità. Il Tribunale notò tuttavia come la prassi successiva delle parti mostrasse come per oltre cinquant'anni le parti avessero accettato la delimitazione così posta e avessero sempre agito sulla base di questa, modificando così la stessa

¹¹¹ Infatti il tribunale non nasconde come l'operazione condotta sia un'interpretazione del testo del trattato.

¹¹² *Air Transport Services Arbitration (US/Italy)* cit., p. 100 e 101.

¹¹³ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 178, nota 695.

¹¹⁴ *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel (Taba Arbitration)*, 20 UNRIIAA 1, 1988, a pp. 56-57, para. 209-210.

disposizione convenzionale¹¹⁵. Come visto per gli altri casi di delimitazione territoriale dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia¹¹⁶, anche in questo caso, il principio di stabilità dei confini è utilizzato per rafforzare il concetto in base al quale il confine, definito da una prassi successiva continua e costante delle parti, giunga a contraddire e a prevalere su quello indicato nel trattato¹¹⁷.

Lo stesso può dirsi avvenuto nell'arbitrato che ha visto contrapporsi Eritrea ed Etiopia, le quali, con un accordo bilaterale del dicembre 2000, avevano incaricato l'apposita *Eritrea-Ethiopia Boundary Commission* di determinare i confini tra i due paesi, basandosi sui trattati rilevanti tra le parti e risalenti ai primi del '900, disciplinanti rispettivamente la parte centrale, quella occidentale e orientale dell'intera linea di confine. La Commissione analizzò la prassi successiva degli Stati in merito ai trattati, non solo come strumento di interpretazione autentica dei medesimi, ma anche come fonte di modifica delle disposizioni convenzionali precedenti: '[t]he nature and extent of the conduct effective to produce a variation of the treaty is, of course, a matter of appreciation by the tribunal in each case'¹¹⁸. La Commissione evidenzia dunque la necessità di un'attenta analisi dei requisiti rimessa al caso concreto e al margine di apprezzamento di chi rileva la medesima condotta (ovvero il c.d. interprete di secondo livello). Tale ultima considerazione rischia a parere di chi scrive, se non contestualizzata, di aprire la strada a derive discrezionali e deve pertanto essere intesa nel senso che l'opera di rilevamento una prassi svolta dal c.d. interprete di secondo livello (un arbitro tendenzialmente), pur caratterizzandosi per un ineliminabile margine di apprezzamento legittimamente indotto dalle particolari circostanze del caso concreto, dalla natura del trattato sotto analisi, deve il più possibile mantenersi fedele ai requisiti dedotti all'articolo 31 (3) (b) della Convenzione.

¹¹⁵ *Ibidem*, par. 235.

¹¹⁶ *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia vs. Thailand)*, ICJ Reports, 1962, p. 6, par. 23.

¹¹⁷ Il tribunale arbitrale afferma 'that the demarcated boundary line would prevail over the Agreement if a contradiction could be detected'; *Taba Arbitration*, par. 209-210, 235.

¹¹⁸ *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, XXV UNRIAA 83, 2002, para 3.6, 3.9. e 3.10.

Infine, Villiger, sostenendo la portata modificativa della prassi successiva, fa esplicito riferimento a un'altra controversia arbitrale del 1982: *Aminoil Arbitration*¹¹⁹. Secondo il Tribunale, in quel frangente le parti avrebbero, attraverso la loro prassi, modificato la natura stessa del contratto¹²⁰.

È opportuno, tuttavia, notare come il caso fuoriesca dall'ambito d'indagine del presente lavoro per una valida ragione: il documento, cui la condotta rilevante delle parti si riferisce, non è un trattato, bensì un contratto di concessioni petrolifere. Ciò premesso, non si può non valorizzare come, ancora una volta, gli arbitri abbiano fatto ricorso e fondato il proprio ragionamento sul meccanismo della prassi successiva in chiave modificativa.

A conclusione della disamina, giova ripetere ancora una volta come i requisiti, di cui deve essere dotata la prassi successiva, debbano essere valutati con ancora maggiore attenzione quando sia analizzata la portata modificativa, e non quella meramente interpretativa, delle condotte susseguenti. Ciò significa che le caratteristiche, enucleate nel primo capitolo della presente trattazione, devono essere restrittivamente intese, affinché il meccanismo sia controllabile e dunque assicuri certezza del diritto. I casi più convincenti sinora analizzati sono infatti quelli nei quali la prassi delle parti appariva chiara, costante, uniforme, intenzionale, riferibile al testo.

3.1.3. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Rispetto a quanto da ultimo riferito, in relazione al rigore da adottare nell'analisi dei requisiti della prassi successiva, una Corte, che ha invece caratterizzato la propria giurisprudenza sul punto per una maggiore elasticità di ragionamento e una minore fedeltà al dettato dell'articolo 31 (3) (b) della Convenzione, è la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU). Essa invoca la disposizione a sostegno

¹¹⁹ VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, a p. 432, nota 72; *Award in the matter of an arbitration between Kuwait and the American independent oil company (Aminoil)*, 21 ILM 976, 1982.

¹²⁰ 'It is not a case of change involving a departure from a contract, but of a change in the nature of the contract itself, brought about by time, and the acquiescence or conduct of the Parties.' *Ibidem*, par. 101-102.

delle proprie argomentazioni, salvo poi applicarla in modo più 'morbido', spesso evitando di analizzare i requisiti ivi dedotti¹²¹.

In particolare, essa appare meno attenta nell'analisi del concetto di 'accordo comune a tutte le parti'¹²² e soprattutto appare meno attenta al requisito della riferibilità della prassi al trattato, così come analizzato nell'ambito del primo capitolo. Basti pensare al caso *Hassan v United Kingdom*, nell'ambito del quale la Corte ha individuato quale prassi rilevante, ai fini della sospensione/modifica dell'articolo 15 della Carta sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo, le condotte degli Stati in relazione non alla medesima, bensì a un altro trattato, ovvero il Patto sui diritti civili e politici¹²³, non verificando pertanto il requisito secondo cui la prassi ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) debba essere 'in applicazione' del trattato, ovvero 'riferita' al medesimo¹²⁴.

Inoltre, sempre con riguardo alla minor considerazione per le esigenze di specificità e riferibilità al trattato della prassi, la Corte EDU, spesso, ricorre ad ampie valutazioni delle legislazioni interne degli Stati e alle generali posizioni assunte dagli Stati a livello internazionale¹²⁵.

¹²¹ Si veda quanto affermato nel primo capitolo con riferimento alla Corte EDU e alla valenza interpretativa della prassi successiva.

¹²² Si veda NOLTE, "Second Report on 'Treaties over Time. Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice'", in NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 210-306, a p. 266-268. Si veda anche HELFER, "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", in *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, 1993, pp. 140 ss.

¹²³ La Corte stabilisce infatti che 'Moreover, it would appear that the practice of not lodging derogations under Article 15 of the Convention in respect of detention under the Third and Fourth Geneva Conventions during international armed conflicts is mirrored by State practice *in relation to the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights*' (enfasi aggiunta). *Hassan v United Kingdom* (Judgement GC), App. No 29750/09, ECHR, 2014, par 102. Nello stesso senso si veda BJORGE, "What is Living and What is Dead in the European Convention on Human Rights? A Comment on *Hassan v United Kingdom*", in *Questions of international Law*, Vol. 15, 2015, p. 23 ss., a p. 35-36. '[S]ubsequent practice could legitimately lead to the kind of extreme interpretative results which were the outcome in *Hassan* [.. but] it is far from clear that the requisite practice was actually obtained in *Hassan*'. CREMA, "Subsequent practice in Haasan v. United Kingdom: When things seem to go wrong in the life of a living instrument", in *Questions of International Law*, Vol. 15, 2015, pp. 3-22, a p. 9-10; BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice* cit., a p. 280 'Once again, the Court did not analyse these various aspects in detail, but rather referred to the practice in generic terms'.

¹²⁴ Come emerso nel corso del primo capitolo, il termine 'applicazione' contenuto nell'articolo 31 (3) (b) è utilizzato in modo improprio, atecnico con il significato di una condotta 'relativa a', 'riferibile al' trattato.

¹²⁵ *Cossey v. the United Kingdom*, no. 10843/84, 1990, ECHR Series A no.184, para. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, no. 5856/72, ECHR Series A, no. 26, para. 31; *Norris v. Ireland*, no. 10581/83, 26 October 1988, ECHR Series A no. 142, para. 46. *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, 7 January 2010, ECHR 2010 (extracts), para. 285; see also paras. 273-274. La flessibilità risulta attenuata in alcuni casi

La stessa CDI si è dimostrata critica nei confronti della Corte EDU, rimproverandole un'eccessiva elasticità nell'elevare a prassi successiva condotte tenute dai differenti organi statali (esecutivi, legislativi, giudiziari o altro), presupponendo, senza alcuna verifica, che gli Stati siano sempre consci degli obblighi che gli derivano dalla Convenzione e dunque che agiscano sempre in un modo che riflette e dimostra la comprensione dei medesimi. Ad esempio la CDI rinviene tale carenza, laddove, nel valutare una prassi legislativa, i giudici di Strasburgo si astengono dall'analizzare se, nel processo legislativo considerato, gli obblighi della Convenzione siano effettivamente stati discussi o se invece il prodotto legislativo sia dovuto ad altre motivazioni contingenti¹²⁶.

Tale ultima critica sembra eccessiva: l'approccio appare più che giustificato, in considerazione della natura, dell'importanza, nonché della conoscenza, a livello domestico, delle obbligazioni dedotte nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'approccio 'morbido' della Corte EDU, infine, può essere rintracciato anche nel ricorso a nozioni, elaborate dalla medesima e ricondotte nell'alveo dell'articolo 31 (3) (b) nonostante ben lontane dal costituire prassi successiva rilevante *tout court*. Si pensi alla c.d. prassi sociale, utile nella valutazione della prassi successiva ai sensi dell'articolo 31 (3) (b), ma non costituente mezzo di interpretazione autentica. La Corte EDU fa ricorso a tale strumento, invocando un'"increased social acceptance" e 'major social changes'. In *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, la Corte prese in

come *Chapman v. the United Kingdom*, nei quali le esigenze di specificità sono rivendicate: 'that there may be said to be an emerging international consensus amongst the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle', ma la Corte è 'not persuaded that the consensus is sufficiently concrete for it to derive any guidance as to the conduct or standards which Contracting States consider desirable in any particular situation'. *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, 2001, ECHR 2001-I, para. 93-94.

¹²⁶ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 160. La giurisprudenza cui la CDI si riferisce è rappresentata in particolare dai casi seguenti: *Soering v. the United Kingdom*, Judgment, 7 July 1989, App. No. 14038/88, ECHR Series A, No. 161, para. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment, 22 October 1981, App. No. 7275/76, ECHR Series A, No. 45, par. 60; *Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment, 12 November 2008, App. No. 34503/97, ECHR 2008, par. 48; *contra Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], Judgment, 4 February 2005, App. No. 46827/99, ECHR 2005-I, par. 146; *Cruz Varas and others v. Sweden*, Judgment, 20 March 1991, App. No. 15576/89, ECHR Series A, No. 201, par. 100.

considerazione l'accresciuta, diffusa e incontestata tolleranza non solo verso i transessuali, ma anche nei confronti del riconoscimento legale della nuova identità sessuale¹²⁷. In ogni caso, identificata la prassi sociale, la Corte solitamente verifica che questa tendenza sociale comune rifletta effettivamente una prassi degli Stati¹²⁸.

Rintracciare le ragioni che giustificano un tale approccio risulta abbastanza semplice: la Corte EDU è un organo di risoluzione delle controversie che opera all'interno di un regime speciale, nel quale si registra un'omogeneità di valori che rende sicuramente più agevole l'individuazione dell'accordo delle parti, derivante dalla loro condotta. Inoltre la Corte si pronuncia sui diritti dedotti nella carta, diritti fondamentali e diritti umani, che da sempre sono stati e devono essere approcciati in modo dinamico, privilegiandone un'interpretazione teleologica ed evolutiva. In altre parole, l'approccio della Corte alla valutazione della prassi successiva, seppur liberale e non rintracciabile in altri organi di risoluzione delle controversie, deve ritenersi coerente con il regime speciale in cui essa opera¹²⁹.

La giurisprudenza della Corte EDU mostra indubbiamente e soprattutto una generale apertura verso l'idoneità della prassi successiva a modificare il trattato cui si riferisce, spingendosi a riconoscere tale possibilità espressamente.

Il rischio è che, proprio a causa dell'approccio elastico di cui si è finora riferito, i contributi della Corte al riconoscimento della tesi della valenza modificativa della prassi siano meno incisivi e decisivi di quanto potrebbero. Come affermato in precedenza, infatti, per poter validamente sostenere la portata modificativa della prassi successiva è necessario che essa abbia un fondamento giuridico fedelmente e restrittivamente applicato così da conferire al fenomeno legittimità e ripetibilità; l'atteggiamento molto propositivo, ma discretamente elastico e poco rigoroso

¹²⁷ '[...][T]o the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals' *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (GC), Judgement 11 luglio 2002, App. No. 28957/95, ECHR Series 2002-VI, par. 85 e par. 90. Si veda anche con riferimento all'omosessualità: *Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment, 22 October 1981, App. No. 7275/76, ECHR Series A, No. 45, para. 60.

¹²⁸ Si vedano *Mazurek v. France*, Judgement, 1 Febbraio 2000, App. No. 34406/97, ECHR Series 2000-II, para. 52; *Chapman v. the United Kingdom* (GC), Judgement, App. No. 27238/95, 18 gennaio 2001, ECHR 2001-I, par. 70 e 93.

¹²⁹ Così CREMA, "Subsequent practice in *Haasan v. United Kingdom cit.*", a pp. 9-10; BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice cit.*, a p. 280; MOWBRAY, "The Creativity of the European Court of Human Rights", in *Human Rights Law Review*, Vol. 5, 2005, a p. 57.

nell'osservanza dei criteri richiamati dall'articolo 31 (3) (b), rischia dunque di minare tale fondamentale esigenza.

3.1.3.1. I casi Soering, Öcalan, Al Sadoon

Dopo tali premesse, che troveranno rispondenza e spiegazione nella giurisprudenza della Corte EDU, possono essere individuati almeno tre casi, nei quali l'organo si è pronunciato espressamente a favore della valenza modificativa della prassi successiva.

Essi riguardano il filone tematico dell'abolizione della pena di morte.

In *Soering v United Kingdom* del 1989, la Corte EDU ha espressamente riconosciuto, in un *obiter dictum*, la possibilità che una prassi successiva, degli Stati-parte della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), possa dare luogo a una modifica della Convenzione e, in particolare, ha ritenuto che una generale abolizione della pena capitale nelle politiche penali degli Stati potrebbe rilevare come prassi successiva che stabilisce l'accordo delle parti ad abrogare l'eccezione dell'Articolo 2, paragrafo 1 della CEDU (diritto di vivere eccetto che in esecuzione di una sentenza di una Corte in accordo con la legge)¹³⁰. Tuttavia, la Corte, in quel frangente specifico, valutò che gli Stati-parte, adottando uno specifico Protocollo (il Numero 6) sull'abolizione della pena capitale in tempo di pace, avessero mostrato l'intenzione di utilizzare i normali metodi formali per emendare il trattato¹³¹.

L'astratto riconoscimento, operato in *Soering v United Kingdom*, si è poi concretizzato in *Öcalan v Turkey*, nel quale la Corte individua come una modifica si sia effettivamente prodotta. Abdullah Öcalan era stato arrestato nel 1999 dalle forze di sicurezza turche e successivamente condannato a morte dalle autorità turche. Il ricorso di Öcalan dinanzi alla Corte EDU verteva sull'illegittimità del suo arresto, della detenzione, del processo e naturalmente della stessa sentenza. Dopo un giudizio dinanzi a una

¹³⁰ *Case of Soering v. UK* (Judgement), Merits and Just Satisfaction APP No 14038/88, ECHR, 1989, par.103.

¹³¹ Protocol no. 6 to the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty*, Strasburgo, 1 marzo 1985, testo disponibile a <http://conventions.coe.int>.

Camera della Corte¹³², era stato proposto appello alla Grande Camera, la quale si è pronunciata con sentenza il 12 maggio del 2005¹³³. Essa, in accordo con quanto affermato dalla *lower Chamber*, ha ritenuto che i diritti del ricorrente, di cui agli articoli 3, 5, e 6 della CEDU fossero in effetti stati violati¹³⁴.

Ciò che qui interessa è come la Grande Camera sia giunta a non escludere la possibilità che gli Stati parte della Convenzione, attraverso la prassi, avessero espresso il loro accordo a modificare l'articolo 2, per quanto riguarda la pena capitale in tempo di pace.

Secondo la Grande Camera, '[p]ractice within the Member States could give rise to an amendment of the Convention [...]'¹³⁵. Per giungere a tale affermazione, la Corte ha tenuto conto del fatto che 43 dei 44 Stati parte avessero abolito la pena di morte in tempo di pace e che la quarantaquattresima avesse comunque previsto una moratoria sulle esecuzioni. Tale prassi è stata poi valutata e confermata alla luce della circostanza che tutte le parti avessero firmato il Protocollo Numero 6 sull'abolizione della pena di morte in tempo di pace e che tutte, eccetto tre, l'avessero ratificato. Altro dato rilevante di cui la Corte ha fatto menzione per confermare la sussistenza di tale prassi è la politica del Consiglio d'Europa, mirata a richiedere a tutti i nuovi membri l'abolizione della pena di morte e volta all'adozione dell'ulteriore Protocollo, prescrivente l'abolizione della pena di morte anche in tempo di guerra¹³⁶.

Il ragionamento in questo specifico filone giurisprudenziale raggiunge un punto ancora più maturo in *Al-Saadoon and Mufdhi v UK*, che muove dal quadro tracciato dai due casi analizzati. Si trattava del trasferimento di un cittadino iracheno, da uno Stato parte della CEDU a uno non parte (rispettivamente Regno Unito e Iraq). In questo modo il soggetto sarebbe stato inviato in un Paese che ancora riconosceva la pena di

¹³² *Öcalan v. Turkey*, App. No. 46221/99, ECHR, 2003.

¹³³ *Öcalan v. Turkey*, Judgement (Merits and Just Satisfaction), App. No. 46221/99, ECHR (Grand Chamber), 2005.

¹³⁴ L'articolo 3 concerne la proibizione alla tortura, l'articolo 5 il diritto alla libertà e alla sicurezza, l'articolo 6 il diritto ad un equo processo.

¹³⁵ *Öcalan v. Turkey*, Judgement (Merits and Just Satisfaction), App. No. 46221/99, ECHR (Grand Chamber), 2005, par.163. L'espressione citata è quella originale della *lower Chamber*, che la *Grand Chamber* ha adottato *in toto* e riprodotto.

¹³⁶ *Öcalan v. Turkey*, Judgement (Merits and Just Satisfaction), App. No. 46221/99, ECHR (Grand Chamber), 2005, par. 192-198. Il protocollo, concernente l'abolizione della pena di morte in ogni circostanza è il numero 13, Berna, 1 Luglio 2003 in <http://www.coe.int/T/F/Communication+et+Recherche/Presse>.

morte: si prefigurava dunque una violazione dell'articolo 3 della CEDU, letto in combinato con l'articolo 2 della stessa¹³⁷.

La Corte EDU, espressamente citando i due casi precedenti in materia¹³⁸, ha affermato come la prassi degli Stati si fosse evoluta e fosse incrementata dai tempi di *Öcalan v Turkey*. Pertanto mentre allora la Corte EDU si era limitata a non escludere che la modifica a opera della prassi successiva fosse intervenuta, in *Al-Saadoon and Mufdhi v UK* essa espressamente affermò come la firma del Protocollo numero 13 da parte di tutte le parti, eccetto due, la ratifica del medesimo da parte di tutte, eccetto tre, e la prassi costante in osservanza alla moratoria sulle esecuzioni significassero proprio l'intervenuta modifica dell'articolo 2, in grado di proibire la pena di morte in tutte le circostanze¹³⁹.

3.1.4. L'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO)

Come più approfonditamente analizzato nell'ambito del primo Capitolo della presente trattazione¹⁴⁰, ai sensi dell'articolo 3.2. del DSU, gli organi di risoluzione delle controversie (i panels e l'organo d'appello, d'ora in poi AB) sono specificamente tenuti ad applicare le regole consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati, ovvero in particolare, per esplicito riconoscimento dello stesso AB¹⁴¹, gli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, nell'interpretare tutti gli accordi WTO¹⁴². Il ricorso a essi è stato dunque istituzionalizzato¹⁴³.

¹³⁷ *Al-Saadoon and Mufdhi v UK*, Judgement (Merits and Just Satisfaction), App. No. 61498/08, ECHR, 2010.

¹³⁸ *Ibidem*, para 119.

¹³⁹ *Ibidem*, par. 117 e 120.

¹⁴⁰ Si veda par. 10.4.2.1. Cap. I.

¹⁴¹ *Reformulated Gasoline*, Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R (adottato il 20 maggio 1996), a p. 17. Si veda anche *Japan-Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (adottato il 4 ottobre 1996), a p. 104.

¹⁴² L'Articolo 3.2. del DSU stabilisce che '[t]he 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'.

¹⁴³ Ciò non significa che, durante la vigenza del GATT 1947, le regole sull'interpretazione dei trattati, come codificate dalla Convenzione di Vienna, non fossero applicate, bensì solo che, come precisato

Nell'arco degli anni, si può affermare che l'AB abbia dimostrato di affinare sempre più le tecniche interpretative, optando per un'applicazione discretamente rigida e fedele delle regole sull'interpretazione della Convenzione di Vienna in generale e dell'articolo 31 (3) (b) in particolare¹⁴⁴, determinando una vera e propria evoluzione della sua giurisprudenza, votata alla costituzione di una solida metodologia interpretativa, improntata sull'attenzione per il dato testuale. Proprio l'affidamento a tali regole è stato valutato come una delle principali ragioni del successo dell'operato dell'AB¹⁴⁵.

Tuttavia sempre all'articolo 3.2 DSU va ricondotta la chiusura, rilevata dalla stessa CDI¹⁴⁶, degli organi di risoluzione delle controversie a riconoscere portata modificativa a quella prassi ex articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, che invece ha trovato riscontri positivi nella sua valenza interpretativa.

dalla Fitzmaurice, "unlike in the WTO, their application was not institutionalised". FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 153-237, a p. 159. Si veda anche KLABBER, "Jurisprudence in International Trade Law; Article XX of GATT", in *Journal of World Trade*, 1992, Vol. 23, pp. 63 e ss., at p. 87.

¹⁴⁴ Sul punto, NOLTE, "Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body", in CANNIZZARO, *The Law of the Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 160-171, a p. 162-164. Una completa ed esaustiva ricostruzione della giurisprudenza in merito è offerta da VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2009. Inoltre in senso conforme, rilevando tale a un'applicazione sistematica e fedele delle regole di Vienna, si veda la ricostruzione offerta da FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies *cit.*". Ancora in senso favorevole: WHITE, "Treaty Interpretation: the Vienna Convention 'Code' as applied by the World Trade Organisation Judiciary", in *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 1999, pp. 319 e ss.; GARDINER, *Treaty Interpretation cit.*, a pp. 131-135.

¹⁴⁵ VAN DEN BOSSCHE (già membro dell'organo d'appello), "Form Afterthought to Centrepiece: The Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System", in SACERDOTI, YANOVICH, BOHANES, *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 289-325, a pp. 300-325.

Inoltre *Abi Saab* ha affermato che, nonostante la spesso conclamata e rivendicata specificità del diritto WTO, 'a thorough look at the jurisprudence of the Appellate Body does not reveal any mention of one or more rules of interpretation specific to this particular field that would come to complement or substitute for the above-mentioned general rules'. SAAB, "The Appellate Body and Treaty Interpretation *cit.*", a p. 105. Fitzmaurice invece ritiene che sussistano esempi di altri principi di interpretazione non 'strictly speaking within the canons of interpretation of the 1969 VCLT, such as the principle *in dubio mitius* or of restrictive interpretation, whereby limitations on state sovereignty are not to be presumed.' FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies *cit.*", at p. 195.

¹⁴⁶ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p.178.

L'articolo 3.2 DSU, infatti, dopo aver stabilito l'obbligo, in capo agli organi di risoluzione delle controversie, di applicare le regole consuetudinarie sull'interpretazione, come dedotte agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna, stabilisce che '[r]ecommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements'.

Tale ultima parte dell'articolo 3.2. si manifesta come 'a surviving mantra, a heritage of the GATT'¹⁴⁷; è uno strascico del sistema GATT, sempre descritto come una 'Member-driven Organisation', caratterizzata da accordi autosufficienti che rendono pertanto il sistema ermetico e 'self-contained': un'organizzazione nella quale l'ultima parola rimane ai singoli Stati membri più che agli organi globalmente intesi e nella quale difficilmente potrà trovare spazio un meccanismo informale di revisione quale quello operato dalla prassi successiva.

Tale carattere è rispecchiato dalle estremamente rigide procedure di revisione formali previste dall'articolo X dell'accordo istitutivo del WTO.

Come evidenziato nel primo capitolo, possono ritenersi espressione di prassi successiva ex 31 (3) (b) le interpretazioni dei trattati WTO e degli strumenti associati, rese dalla conferenza ministeriale e dal consiglio generale del WTO; l'AB è vincolato al rispetto delle stesse (articolo IX par. 2 DSU)¹⁴⁸.

Si potrebbe allora forse pensare che tali decisioni, che coinvolgono tutti i membri dell'organizzazione e per l'adozione delle quali è richiesta l'ampia maggioranza dei tre quarti, possano legittimare una progressiva modifica del trattato e dunque costituire uno strumento informale di revisione. In realtà, tale possibilità è preclusa dall'ultima

¹⁴⁷ SAAB, "The Appellate Body and Treaty Interpretation", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 99-109, a p. 107.

¹⁴⁸ La conferenza ministeriale e il consiglio generale del WTO sono investiti di tale potere ai sensi dell'articolo IX par 2 del DSU: '2. 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.' La struttura organizzativa del WTO, stabilita all'articolo IV dell'Accordo di Marrakesh, prevede infatti: una *Conferenza dei Ministri*, il più importante organo decisionale, del quale fanno parte i rappresentanti di *tutti* gli Stati Membri del WTO e che si riunisce almeno una volta ogni due anni; il *Consiglio Generale*, che rappresenta l'organo decisionale negli intervalli fra una Conferenza e l'altra e del quale fanno parte i rappresentanti di *tutti* gli Stati Membri; un Segretariato, con a capo un Direttore generale, chiamato a svolgere il lavoro di supporto tecnico-amministrativo.

frase dell'articolo IX par. 2 DSU, che, quasi prevedendo tale possibile risvolto, stabilisce che '[t]his paragraph shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X'.

Chiarito come il meccanismo della modifica a opera della prassi successiva difficilmente possa trovare collocazione all'interno del sistema WTO, rimane il fatto che in presenza di meccanismi di revisione formale eccessivamente farraginosi, gli Stati cercheranno di ricorrere ad altri strumenti informali di adattamento del regime¹⁴⁹. In particolare si pensi all'utilizzo del c.d. protocollo di adesione: un accordo bilaterale tra l'organizzazione e un nuovo Stato aderente. Tali strumenti impongono ai nuovi membri regole specifiche diverse e più o meno stringenti (c.d. rispettivamente WTO-plus e WTO-minus) di quelle applicabili ai membri originari dell'organizzazione. Questi, secondo Qin, variando le regole del WTO nei confronti dello Stato aderente e data la loro natura non reciproca, 'alter the rights and obligations of all members under the WTO agreements', provocando un '*de facto* amendment to the WTO Agreement with respect to acceded Members'¹⁵⁰.

Tornando alla prassi successiva modificativa, l'AB ha chiarito di non poter accettare 'an interpretation that would result in a modification of a treaty obligation'¹⁵¹.

Tuttavia possibilità di apertura si colgono in *Japan—Alcoholic Beverages II*, nel quale l'AB ha precisato come 'WTO rules are not so rigid or so inflexible as not to leave room for reasoned judgements in confronting the endless and ever-changing ebb and flow of real facts in real cases in the real world'¹⁵².

¹⁴⁹ Sul punto NOTTAGE, SEBASTIAN, "Giving Legal Effect to the Results of WTO Trade Negotiations: An Analysis of the Methods of Changing WTO Law", in *Journal of International Economic Law*, Vol. 9, 2006, pp. 989 ss, *passim*.

¹⁵⁰ QIN, "The Conundrum of WTO Accession Protocols: In Search of Legality and Legitimacy", in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 55, 2015, pp. 369 e ss., a p. 400. Si veda anche BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice* cit., a pp. 315-319.

¹⁵¹ *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador*, (Second Recourse to Article 21.5), WTO Appellate Body Report, WT/DS27/AB/RW2/ECU and Corr.1, WT/DS27/AB/RW/USA and Corr.1, adottati l'11 e il 22 dicembre 2008, par. 391-393. In realtà in quel frangente stava parlando di accordo successivo ai sensi del 31 (3) (a) e non di prassi successiva. Infatti giunge a tale conclusione ritenendo che un accordo modificativo non possa essere 'in applicazione' del trattato, ai sensi dell'articolo 31 (3) (a). Per quel caso specifico, esiste infatti correttamente nella Convenzione di Vienna l'articolo 39. Invece l'articolo 31 (3) (b) è più elastico e l'espressione 'in applicazione' è usata in senso tecnico, nel senso di 'riferibile a', da ciò si spiega perchè sia stato utilizzato anche all'articolo -spunto- 38 DALT : come infatti sostengono l'AB e la CDI una modifica non potrebbe essere un'applicazione del trattato.

¹⁵² *Japan-Alcoholic Beverages II*, WTO Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adottati l'1 novembre 1996, a p. 31.

Secondo Van Damme, infatti, l'AB, nell'esercizio dei propri poteri impliciti, deve tener anche conto di elementi estrinseci, quale, tra gli altri, l'eventuale cambiamento sostanziale avvenuto nella prassi dei membri del WTO¹⁵³.

3.1.5. Il contesto dei Multilateral Environmental Agreements (MEA's)

Con riferimento all'ambito dei MEAs, le esigenze di evoluzione e di rapidità dei meccanismi di adattamento delle disposizioni, al mutare dei bisogni e delle problematiche della società e del diritto, sono principalmente e solitamente esaudite, a livello delle conferenze degli Stati parte di un determinato MEA (le c.d. CoP). Tali istituzioni si caratterizzano per una natura piuttosto 'ibrida'¹⁵⁴: sono conferenze diplomatiche, tuttavia rivelano molte somiglianze con gli organi delle organizzazioni internazionali, se considerate come 'autonomous institutional arrangements': in altre parole 'many MEAs [...] establish an institutional framework [...] called autonomous institutional arrangements, in the form of CoPs [...] to develop and control their parties' environmental commitments, rather than setting up formal international governmental organizations of the traditional kind'¹⁵⁵.

Come avviene per le organizzazioni internazionali, infatti i MEAs costituiscono un organo nel quale tutti gli Stati parte sono rappresentati. Tali istituzioni sono variamente denominate conferenze o *meetings* degli Stati parte o *executive Bureau*, per indicare la loro funzione meno formale, rispetto agli organi plenari delle organizzazioni internazionali *tout court*: non hanno ad esempio una sede permanente, bensì si incontrano in luoghi diversi a seconda delle decisioni da adottare¹⁵⁶.

Ciò che interessa ai fini della presente trattazione è come le CoP siano aperte a tutte le parti del trattato, ovvero -per usare le parole di Nolte- costituiscano un vero e

¹⁵³ VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2009, a p. 202.

¹⁵⁴ BUGA, *Modification of Treaties* cit., a p. 338.

¹⁵⁵ CHURCHILL, ULFSTEIN, "Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law", in *American Journal of International Law*, Vol. 94 (2000), pp. 623-659, a p. 658.

¹⁵⁶ Altri ancora le definiscono come conferenze *ad hoc*, data l'assenza della previsione di ampi poteri espressi o impliciti da parte del trattato costitutivo. SOMMER, "Environmental Law-Making by International Organizations", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 56 (1996), pp. 628 e ss., a pp. 629-633.

proprio 'vehicle for the continuing and evolving expression of the will of the parties, and allowing for the concretization and adaptation of treaty provisions over time'¹⁵⁷.

Pertanto, come visto nel corso del primo capitolo -nel quale sono state equiparate, assecondando la coerente classificazione operata dalla CDI, non agli organi di un'organizzazione internazionale, bensì ai c.d. *treaty bodies* rappresentativi della totalità delle parti del trattato-¹⁵⁸ esse sono in grado di porre in essere prassi successiva rilevante ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, in relazione al trattato che le istituisce.

Inoltre, proprio in seno alle CoP, si nota come, in specifici casi, gli Stati parte tendano a discostarsi dalle disposizione del trattato, senza tuttavia ricorrere alle procedure formali di revisione. In altre parole è possibile in quest'ambito rintracciare un'ulteriore conferma della valenza modificativa posseduta dalla prassi successiva.

Tale circostanza, in particolare, si sarebbe verificata nel 1990 in occasione delle revisioni apportate al Protocollo di Montreal dalla CoP del medesimo¹⁵⁹. Il Protocollo di Montreal è un trattato internazionale volto a ridurre la produzione e l'utilizzo delle sostanze in grado di impoverire lo strato di ozono¹⁶⁰. Entrato in vigore nel 1989, è stato poi sottoposto ad una serie di revisioni ad opera della sua CoP¹⁶¹; prima fra tutte quella avvenuta a Londra nel 1990¹⁶². Quest'ultima conferenza, in particolare, decise che le revisioni accordate in quella sede dovessero entrare in vigore al deposito di venti ratifiche, invece che alla più elevata soglia due terzi delle parti, richiesta dal protocollo¹⁶³.

¹⁵⁷ NOLTE, "Third Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-Judicial Proceedings", in NOLTE (ed.), *Treaties and subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford 2013, pp. 307-384, a p. 365.

¹⁵⁸ si veda par. 10.4.3. del Capitolo I.

¹⁵⁹ Sul punto ROMANIN JACUR, *The dynamics of Multilateral Environmental Agreements - Institutional architectures and law-making processes*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, a pp. 125-129.

¹⁶⁰ *Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, 16 settembre 1987, entrato in vigore il 1 gennaio 1989, Montreal, 1522 UNTS 3.

¹⁶¹ *Copenhagen Amendment to the Montreal Protocol*, 25 novembre 1992, Copenhagen, 1785 UNTS 517; *Montreal Amendment to the Montreal Protocol*, 17 settembre 1997, Montreal, 2054 UNTS 522; *Beijing Amendment to the Montreal Protocol*, 3 dicembre 1999, Pechino, 2173 UNTS 183; *Kigali Amendment to the Montreal Protocol*, 15 ottobre 2016, non in vigore, Kigali, UN Doc. C.N.872.2016.TREATIES-XXVII.2.f.

¹⁶² *London Amendment to the Montreal Protocol*, 29 giugno 1990, Londra, 1598 UNTS 469.

¹⁶³ Il protocollo di Montreal segue la procedura di revisione prevista dalla *Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer* (firmata 22 marzo 1985, entrata in vigore il 22 settembre 1988, Vienna, 1513 UNTS 293) all'articolo 9, rubricato 'Amendment of the Convention or Protocols' (la regole delle ratifiche è prevista al paragrafo 5). Ciò in forza del richiamo operato dall'articolo 14 del Protocollo di

Ciò averbbe consentito un'accelerazione del procedimento di revisione, che, altrimenti, sarebbe stato rallentato dal crescente numero di adesioni che il Protocollo stava in quegli anni sperimentando¹⁶⁴.

La scelta della CoP contrastava con le regole sulla revisione contenute nel trattato; inoltre dalla CoP del 1990, l'entrata in vigore delle revisioni successive ha seguito la medesima, attenuata e meno gravosa, procedura. Tali decisioni del CoP, considerate nel loro insieme, si può dire abbiano avuto l'effetto di modificare la disposizione del trattato¹⁶⁵.

L'ipotesi della modifica *de facto* può essere rinvenuta anche con riferimento alla *UNECE Water Convention*. La Convenzione, in vigore dal 1996, non prevedeva la possibilità di accessione al trattato da parte dei Paesi fuori dall'area UNECE; la configurabilità di tale ipotesi richiedeva la modifica degli articoli 25 e 26 della

Montreal. Si veda anche articolo 11 (4) (h) del protocollo di Montreal sulle funzioni della relativa CoP. L'articolo 9 (5) della Convenzione stabilisce che: '5. Ratification, approval or acceptance of amendments shall be notified to the Depository 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 Depository 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 force for any other Party on the ninetieth day after the Party deposits its instrument of ratification, approval or acceptance of the amendments' (enfasi aggiunta).

¹⁶⁴ In quella circostanza infatti il *Working Group* della CoP del Protocollo di Montreal aveva affermato che ' [t]he Parties to the Montreal Protocol have recognized that in the Convention some express provisions should be made for a more expeditious amendment procedure. The main reason for this is the growing number of Parties that have joined the Protocol. [...] For such a large number, the threshold of ratification by two-thirds of the Parties before an amendment can enter into force is very high. [...] It seems quite advisable to provide for a more expeditious amendment procedure in the legal instruments themselves' UN Doc. UNEP/OzL.Pro/WG. 3/3/2, 15 agosto 1991.

¹⁶⁵ Si vedano le revisioni di Copenhagen del 1992 (1785 UNTS 517), di Montreal del 1997 (2054 UNTS 522), di Pechino del 1999 (2173 UNTS 183) e di Kigali del 2016. Sul punto ROMANIN JACUR, *The dynamics of Multilateral Environmental Agreements* cit., a p. 128, che riconduce la configurabilità di tale modifica all'ipotesi prevista dall'articolo 41 della Convenzione di Vienna del 1969; WERKSMAN, "The Conference of Parties to Environmental Treaties", in WERKSMAN (ed.), *Greening International Institutions*, Earthscan Publications Limited, Londra, 1996, 55-68, a p. 61: 'In order to expedite the development of the regime, the Parties to the Protocol have effectively overridden these provisions, adopting, on two occasions, amendments that have entered into force with the ratification of only twenty Parties to the Protocol'. Si veda anche CHURCHILL, ULFSTEIN, "Autonomous Institutional Arrangements *cit.*", a p. 637. BRUNNÉE, "COPing with Consent: Lawmaking under Multilateral Environmental Agreements", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15 (2002), pp. 1 e ss., a p. 31.

Convenzione stessa¹⁶⁶.

Nel 2003 pertanto, la CoP aveva provveduto a modificare l'articolo 25, nel rispetto delle regole di revisione formale (articolo 21). L'articolo 25 (3) della Convenzione, come modificato, stabilisce che:

'Any other State [...] that is a Member of the United Nations may accede to the Convention upon approval by the Meeting of the Parties. [...]Any such request for accession by Members of the United Nations shall not be considered for approval by the Meeting of the Parties until this paragraph has entered into force for *all* the States and organizations that were Parties to the Convention on 28 November 2003'¹⁶⁷.

In altre parole le richieste di accessione degli Stati extra UNECE sarebbero state prese in considerazione solo dopo l'entrata in vigore del presente emendamento, attraverso l'accettazione di tutte le parti della Convenzione al 2003.

La modifica creava una frizione con la procedura di revisione formale che continuava a prevedere all'articolo 21 (4) che: '[a]n amendment to the present Convention shall be adopted by consensus of the representatives of the Parties to this Convention present at a meeting of the Parties, and *shall enter into force for the Parties to the Convention which have accepted it on the ninetieth day after the date on which two thirds of those Parties have deposited [...] their instruments of acceptance [...]*'

Nel 2013, la nuova versione dell'articolo 25 (3), recante l'apertura ai membri non appartenenti alla regione UNECE, entrava quindi in vigore ma non secondo la regola dedotta nella disposizione modificata, bensì in accordo con la procedura di revisione formale contemplata all'articolo 21 (4): infatti, non tutti gli Stati parte della Convenzione al 2003 avevano ratificato l'emendamento, come richiesto dall'articolo 25 (3) della nuova versione.

La CoP, nella consapevolezza di trovarsi in una situazione di stallo, che avrebbe rischiato di rallentare il procedimento di accessione dei nuovi membri, decise di aggirare quanto sancito dalla nuova formulazione di cui all'articolo 25 (3), fino a che questa non fosse entrata formalmente in vigore, affermando genericamente che: 'any

¹⁶⁶ ROMANIN JACUR, *The dynamics of multilateral environmental agreements* cit., a pp. 128-130. *The Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Water Convention)*, 17 marzo 1992, in vigore il 6 ottobre 96, Helsinki, 1936 UNTS 269.

¹⁶⁷ *Amendments to Articles 25 and 26 of the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes*, 28 novembre 2003, in vigore ai sensi dell'articolo 21(4) della *Water Convention*, Madrid, UN Doc. ECE/MP.WAT/14;C.N.639.2012.

future request for accession is welcomed and, therefore, shall be considered as approved by the Meeting of the Parties', ovvero pre-approvando tutte le future richieste di accessione da parte di membri extra area UNECE¹⁶⁸.

La CoP dunque avrebbe informalmente, *de facto* modificato una disposizione peraltro già oggetto di formale revisione, rinvenendo come il requisito in essa dedotto fosse divenuto eccessivamente gravoso¹⁶⁹.

Nel caso di specie si è trattato di un'unica decisione, pertanto forse inquadrabile più precisamente nell'ambito dell'accordo successivo modificativo ex articolo 39 della Convenzione di Vienna. Tale evenienza tuttavia non può che confermare l'inadeguatezza dei metodi formali di revisione, che, seppure correttamente esperiti, richiedono il contestuale intervento di meccanismi informali *ad adiuvandum*.

Infine un ultimo caso, che può essere menzionato in questo contesto, concerne, come rilevato da Romanin Jacur, il meccanismo di conformità previsto dall'articolo 18 del Protocollo di Kyoto¹⁷⁰. La disposizione in particolare prevede che la CoP 'serving as the meeting of the Parties to this Protocol shall [...] approve appropriate and effective procedures and mechanisms to determine and to address cases of non-compliance with the provisions of this Protocol [...]'. La norma specifica molto chiaramente però come qualsiasi misura attivata dalla CoP, per essere giuridicamente vincolante, debba essere adottato attraverso la procedura utilizzata per le revisioni al Protocollo stesso¹⁷¹.

Tuttavia, la CoP scelse di ricorrere all'articolo 18, applicando provvisoriamente le decisioni e le sanzioni adottate, quali ad esempio la sospensione delle parti dal meccanismo di flessibilità, rendendole sin da subito vincolanti, senza attendere il compimento della procedura di revisione¹⁷².

¹⁶⁸ ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, "Meeting of the Parties to the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes- Report of the Meeting of the Parties on its sixth session", Roma, 28–30 Novembre 2012, UN Doc. ECE/MP.WAT/37/Add. 2.

¹⁶⁹ ROMANIN JACUR, "The Sixth Meeting of the Parties of the Water Convention: Achievements, New Tools and Future Challenges", in *Environmental Policy and Law*, Vol. 43 (2013), pp. 42-45, a p. 42.

¹⁷⁰ Si veda ROMANIN JACUR, *The dynamics of multilateral environmental agreements* cit., a pp. 131-132.

¹⁷¹ *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention On Climate Change*, 11 dicembre 1997, in vigore il 16 febbraio 2005, Kyoto, 2303 UNTS 162.

¹⁷² NOLTE, "Third Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-Judicial Proceedings", in NOLTE (ed.), *Treaties and subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford 2013, pp. 307-384, a p. 356. "Annual Report of the Compliance Committee

3.1.6. *Altra prassi*

Un altro esempio di prassi modificativa può essere individuato con riferimento all'articolo 118 della Terza Convenzione di Ginevra del 1949, il quale prevede che 'prisoners of war shall be released and repatriated without delay after the cessation of active hostilities'¹⁷³.

L'analisi del dato testuale non lascia sfuggire come la volontà del prigioniero a non essere rimpatriato non sia assolutamente presa in considerazione dalla disposizione. Tale formulazione da un lato previene che gli Stati possano abusivamente addurre la volontà del prigioniero come giustificazione per il ritardo nel rimpatrio; ma dall'altro lato esclude che il rifiuto del prigioniero possa avere una qualche rilevanza, creando così una disomogeneità con quanto stabilito dallo speculare articolo 45 (4) contenuto nella Quarta Convenzione di Ginevra. Secondo quest'ultima infatti nessuna persona protetta può essere trasferita in un paese nel quale possa avere ragione di temere di subire 'persecution for his or her political opinions or religious beliefs'¹⁷⁴.

Lo studio condotto dall'ICRC sul diritto consuetudinario internazionale umanitario ha rivelato come, nonostante l'articolo 118 non presenti la medesima clausola di cui all'articolo 45 della Quarta Convenzione, la prassi degli Stati si sia orientata nel senso di tenere in considerazione la volontà del prigioniero.

Il rilievo, così come operato dall'ICRC, è confermato dagli Stati parte¹⁷⁵: alcuni di essi infatti hanno giustificato mediante dichiarazione la propria condotta in modifica dell'articolo 118, la quale avrebbe depotenziato la portata del verbo 'shall be repatriated', introducendo la variabile della volontà del prigioniero a non essere rimpatriato¹⁷⁶.

to the Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Kyoto Protocol", UN Doc. FCCC/KP/CMP/2012/6, 8 novembre 2012, a pp. 10 e ss.

¹⁷³ *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention)*, 12 agosto 1949, in vigore il 21 ottobre 1950, Ginevra, 75 UNTS 135.

¹⁷⁴ *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (fourth Geneva Convention)*, 12 agosto 1949, in vigore il 21 ottobre 1950, Ginevra, 75 UNTS 287.

¹⁷⁵ Tale tendenza non sarebbe limitata ai soli casi in cui l'ICRC abbia partecipato in veste di mediatore neutrale, come invece sostenuto dalla CDI per scongiurare l'ipotesi della modifica, si veda ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 162.

¹⁷⁶ In senso conforme, HENCKAERTS, DOSWALD-BECK (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 2893-2894.

Il Regno Unito nel 2004 ha infatti chiarito che '[...] a contentious issue is whether prisoners of war must be repatriated even against their will. Recent practice of States indicates that they should not. It is United Kingdom policy that prisoners of war should not be repatriated against their will'¹⁷⁷.

3.1.7. La Carta delle Nazioni Unite

La Carta delle Nazioni Unite richiede un'attenzione specifica per la sua natura di accordo che, oltre a stabilire obblighi e diritti finalizzati alla regolamentazione dei rapporti tra le parti, pone le basi della più importante organizzazione internazionale, la quale, annoverando tra i suoi membri quasi tutti gli Stati del pianeta, si propone di essere la principale manifestazione della collaborazione all'interno della comunità internazionale attraverso il perseguimento della pace e della sicurezza internazionali. Inoltre è necessario rivolgere a tale strumento una separata analisi, in ragione della sua predisposizione al cambiamento: in più circostanze, a parere di chi scrive, la Carta è stata oggetto di modifica informale delle sue disposizioni a opera della prassi successiva degli Stati parte.

La natura del trattato istitutivo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite risente e si definisce nella tensione tra tesi consensualistica e tesi costituzionalistica, ovvero tra il suo essere rispettivamente e contestualmente trattato internazionale multilaterale e costituzione. Entrambe le teorie menzionate comunque si focalizzano e rilevano come la Carta sia dotata di caratteristiche peculiari che la eleverebbero rispetto alle altre convenzioni internazionali.

Secondo i sostenitori della teoria costituzionalistica pura, la Carta sarebbe la costituzione globale della comunità internazionale, racchiudendo i principi fondamentali della medesima¹⁷⁸.

¹⁷⁷ MINISTERO DELLA DIFESA DEL REGNO UNITO, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 205-206, para. 8.170.

¹⁷⁸ FRANCK, "Is the UN Charter a Constitution?", in FROWEIN, SCHARIOTH, WINKELMANN, WOLFRUM (eds.), *Verhandeln für den Frieden*, Springer, New York, 2003, pp. 95-106; FASSBENDER, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36 (1998), pp. 529-619. Secondo i fautori della teoria costituzionalistica, la Carta possiederebbe la capacità di vincolare tutti i membri della comunità, a prescindere dal loro consenso, attributo necessario, presente in ogni costituzione nazionale. Tale caratteristica sarebbe

Conforti comunque precisa che quando si parla della Carta come di una 'Costituzione', pur avendo in mente tutte le costituzioni statali, non si intende estendere alla Carta tutte le caratteristiche di quest'ultime, che tra l'altro variano da Stato a Stato, bensì soltanto riconoscere nel documento uno strumento giuridico in qualche modo 'superiore' e suscettibile di evoluzione¹⁷⁹.

Secondo la teoria consensualistica la Carta delle Nazioni Unite sarebbe, come tutte le convenzioni internazionali, sottoposta al principio del consenso: uno Stato non è vincolato a un accordo se non manifesta la volontà di aderirvi. L'organizzazione a cui dà origine è infatti una comunità volontaria, non necessaria, sebbene quasi tutti gli Stati ne facciano ormai parte¹⁸⁰.

I due diversi orientamenti, come anticipato, debbono considerarsi non in opposizione, in antinomia fra loro, bensì nella loro tensione e combinazione: la duplice natura di trattato e costituzione convivono nel medesimo atto.

Come specificato da Arato,

"The concepts of treaty and constitution operate on different planes and illuminate different things. We may provisionally define a treaty as a juridical instrument, reflecting a binding agreement between states and apportioning rights and obligations between them. [...] A constitution reflects a much more complex juridical, political, and social reality, an architecture that creates and regulates public power through law. But there is no reason that an international treaty cannot provide the basis for a constitutional system"¹⁸¹.

rintracciabile all'articolo 2 (6) della Carta, ai sensi del quale 'the Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security'. (Tale assunto è contraddetto dai sostenitori della tesi consensualistica proprio sul presupposto che si tratta di una comunità volontaria, cui si aderisce tramite consenso). Ancora secondo i fautori della teoria costituzionalistica, come costituzioni spesso prevedono delle procedure aggravate per la loro modifica, così anche la Carta richiede requisiti stringenti per l'emendamento. Infine lo strimento istitutivo delle Nazioni Unite sarebbe dotato anche del requisito della preminenza e superiorità, ravvisabile nella clausola di prevalenza contenuta all'articolo 103 della Carta.

¹⁷⁹ CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2012, a p. 11.

¹⁸⁰ *Ivi*.

¹⁸¹ ARATO, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organization", in *Yale Journal of International Law*, Vol. 38 (2013), pp. 289-357, a p. 301.

Si tratta innegabilmente di un trattato internazionale multilaterale dunque al quale si applicano pertanto le disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, come più volte specificato nel corso della trattazione, e segnatamente l'articolo 31 (3) (b).

Sono la peculiarità e la bivalenza, che caratterizzano la Carta, a renderla così predisposta al cambiamento.

Arato ha giustificato tale predisposizione riconducendola proprio al carattere costituzionale del trattato, e in particolare alla distinzione tra costituzione formale e materiale. In una costituzione esiste un duplice piano normativo¹⁸²: uno è solo scritto, a volte incompleto, e in alcune parti non effettivo; l'altro -non scritto-è sempre completo, pienamente efficace e inoltre dinamico. Ne deriva che una norma, esistente nella costituzione formale, potrebbe esistere modificata nella costituzione materiale, così come un precetto, contenuto nella costituzione formale, potrebbe non essere più in vigore o essere sospeso. In altre parole una norma può essere creata, modificata, abrogata o resa inefficace in modo informale, senza cioè incidere sul documento formale. Ciò potrebbe in effetti spiegare le ragioni dietro alle frequenti asimmetrie esistenti tra le norme contenute nella Carta e quelle invece derivanti dalla prassi interpretativa, sospensiva o modificativa dei suoi organi o dei suoi Stati membri¹⁸³.

Inoltre le organizzazioni internazionali sono soggette alla tensione scaturente dalla necessità di raggiungere i propri obiettivi statutari; ciò impone ai loro strumenti costitutivi un grado di adattabilità pari o superiore alla velocità con cui la complessa realtà circostante muta. Pertanto, l'adattamento di un'organizzazione muove dall'adattamento del suo strumento costitutivo. Secondo Zacklin esistono due tipi di forze che spingono le convenzioni, istitutive di organizzazioni internazionali, alla metamorfosi: una forza esterna rappresentata dai cambiamenti che vengono imposti da una società internazionale sempre più dinamica; una forza interna all'organizzazione, ovvero l'agente plasmante della prassi degli Stati membri. Secondo

¹⁸² *Ivi*.

¹⁸³ È già stato analizzato il caso dell'articolo 27 (3), ultima parte, della Carta delle Nazioni Unite, in materia di astensione obbligatoria. Si veda par. 2.1..

l'autore, 'it is in the nature of such instrument that they develop and change as a result of the practice of the parties'¹⁸⁴.

L'incidenza della modifica informale e *de facto* è molto alta anche per la farraginosità dei meccanismi di revisione formale, di cui all'articolo 108 della Carta medesima, inadatti ad adeguare la costituzione formale ai rapidi cambiamenti che tali forze plasmani mettono in atto¹⁸⁵.

Molti autori non solo riconoscono che tale tendenza alle modifiche informali sia da considerarsi un fatto, bensì la considerano anche come un auspicabile e legittimo meccanismo di sviluppo del diritto delle Nazioni Unite¹⁸⁶.

3.1.7.1. Un profilo procedurale: l'articolo 27 (3) e l'astensione volontaria del membro permanente

Un elemento a sostegno della valenza modificativa della prassi successiva può essere offerto dall'analisi dell'articolo 27, segnatamente, della c.d. astensione volontaria di un membro permanente.

'(1) Each member of the Security Council shall have one vote.

¹⁸⁴ ZACKLIN, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 1968, a p. 172.

¹⁸⁵ BLUM, *Eroding the United Nations Charter*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, a p. 240; ZACKLIN, *The Amendment of the Constitutive Instruments* cit., a p. 172.

Winkelmann afferma senza esitazione '[...] it is also possible to make informal, *de facto* amendments. These are common in the history of the organization'. WINKELMANN, "United Nations Charter. Amendment", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2004, a p. 4.

È da notare infine che gli unici casi di emendamento riguardano materie *minoris generis*: l'emendamento degli art 23 e 27 della Carta, che ha aumentato il numero dei membri del CdS la maggioranza dei voti richiesti da 7 a 9; gli emendamenti all'art. 61 della Carta che hanno aumentato per due volte il numero dei membri del Consiglio Economico e Sociale. CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2012, a p. 21 e ss..

¹⁸⁶ 'It is time to recognise that the Charter has not only been interpreted innovatively, but modified incrementally through practice', LIANG, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter Revitalisation", in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81(2012), pp. 1-20, a p. 12; BLUM, *Eroding the United Nations Charter* cit., a p. 241; ENGEL, "The Changing Charter of the United Nations", in *Yearbook of World Affairs*, Vol. 7 (1953), pp. 71-101, a pp. 76; GIRAUD, "La Revision de la Charte des Nations Unies", in *Hague Recueil des cours*, Vol. 90 (1956), pp. 307 e ss., a p. 386-389; WILCOX, MARCY, *Proposals for Changes in the United Nations*, The Brookings Institutions, Washington D.C., 1955, a pp. 460-461; GOODRICH, *The United Nations*, Thomas Y. Crowell Company, New York, 1960, pp. 68-69; LACHS, "The Law in and of the United Nations", in *Indian Journal of International Law*, Vol. 1 (1961), pp. 438 e ss., a p. 439.

(2) Decisions of the Security Council on procedural matters shall be made by an affirmative vote of nine members.

(3) Decisions of the Security Council *on all other matters* shall be made by an affirmative vote of nine members *including the concurring votes* of the permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting¹⁸⁷.

Le procedure di voto all'interno del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite furono senza dubbio oggetto di buona parte delle critiche e delle contrapposizioni alla Conferenza di San Francisco, durante la quale, in realtà, la formula di Yalta¹⁸⁸ avrebbe dovuto trovare chiarimento, attraverso l'eliminazione delle controversie di carattere interpretativo, tra le quali spiccavano la distinzione tra le questioni procedurali e c.d. le altre questioni, il significato dell'astensione volontaria di un membro permanente e l'applicazione dell'obbligo di astensione¹⁸⁹.

L'intento chiarificatore tentò di esplicitarsi nel famoso *Statement* reso dalle potenze invitanti alla Conferenza di San Francisco del 1945 (Stati Uniti, URSS, Gran Bretagna e Cina), alle quali si associò la Francia nella sua qualità di futuro membro permanente del Consiglio¹⁹⁰. Tale dichiarazione congiunta avrebbe dovuto chiarire quando una questione dovesse considerarsi procedurale, e quindi non sottoposta al diritto di veto, e quando invece di natura sostanziale¹⁹¹.

¹⁸⁷ *Enfasi aggiunta.*

¹⁸⁸ Il presidente Roosevelt presentò una formula che aveva l'appoggio di Stalin e Churchill e fu più tardi accettata anche dalla Cina. Essa mirava a rinforzare lo status dei membri permanenti assicurando che nessuna decisione veramente significativa avrebbe potuto essere presa senza il loro consenso congiunto. La formula di Yalta dell'articolo 27 (3) non fu altro, a parere di Tavernier, che il frutto di un compromesso tra tesi britannica e sovietica. TAVERNIER, "Commentaire de l'article 27", in COT, PELLET, *La Charte des Nations Unies - Commentaire article per article*, Economica, Parigi, 1991, pp. 495-514, a p. 504.

¹⁸⁹ Di cui si è più approfonditamente parlato al par. 2.1. della presente trattazione.

¹⁹⁰ UN Doc. U.N.C.I.O., Vol. XI, p. 710 e ss. Il brano è riportato in SIMMA, BRUNNER, KAUL, "Article 27" in SIMMA (ed), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, Vol. I, p. 521 ss.

¹⁹¹ La Carta, infatti, non fornisce indicazioni esplicite: l'art. 27 non fa una enumerazione delle materie procedurali, come invece accade nell'art. 18, che indica esplicitamente quali siano le "questioni importanti" nell'ambito della procedura di voto in seno all'Assemblea Generale. Le questioni affrontate nello *Statement* riguardano non solo la qualificazione della natura procedurale o meno di una questione, ma anche il problema, laddove vi sia tale divergenza sulla qualificazione, dell'individuazione del tipo di votazione da adottare a sua volta nella preventiva delibera con cui sia messa ai voti la natura procedurale o meno della questione: in altre parole il c.d. problema del doppio veto. Lo *Statement* si

Tale dichiarazione dei quattro membri (Cina, Regno Unito, Unione Sovietica e Stati Uniti), pur nella sua affermata natura di strumento interpretativo di dubbia attendibilità, in quanto esplicante una 'interpretazione preventiva'¹⁹² effettuata in assenza di prassi, cioè 'senza alcuna esperienza pratica sul funzionamento dell' ONU o del consiglio di sicurezza'¹⁹³, può fornire elementi utili nell'analisi dell'Articolo 27 e delle problematiche che ruotano attorno ad esso.

Il diritto di veto dei cinque membri permanenti del Consiglio di sicurezza trova il suo fondamento nel paragrafo 3 dell'articolo 27. Nonostante gli attacchi ai quali tale istituto, definito talora anacronistico talora non democratico, è da sempre sottoposto¹⁹⁴, la sua *raison d'être* è innegabile e risiederebbe nella funzione stessa del consiglio di sicurezza e nell'idea in base alla quale l'accordo e l'armonia tra le grandi potenze siano una condizione sine qua non ai fini di una organizzata ed efficace cooperazione per il mantenimento della pace¹⁹⁵.

Il *veto power* si esplica all'interno di quelle decisioni di carattere non procedurale; segnatamente, ai fini della validità della votazione, al di fuori dell'astensione obbligatoria e dei casi previsti dal secondo paragrafo, nella maggioranza dei votanti (nove membri, dal 1965) devono essere compresi i voti dei cinque membri permanenti. Nella versione francese della Carta il termine utilizzato è *comprises*, in

pronuncia in modo piuttosto oscuro, sancendo però il principio secondo cui tale questione preliminare sulla qualificazione dovrebbe essere deliberata seguendo la maggioranza più gravosa, costituendo così la possibilità del doppio veto. Lo *Statement* purtroppo si è da sempre prestato a interpretazioni contrastanti e addirittura opposte. Data perciò l'ambiguità dello stesso, il silenzio della Carta e, come afferma Conforti, l'assenza di una prassi coerente ed esaustiva, la soluzione al problema è quanto mai controversa e lasciata all'interprete. CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2012 a p. 89. Sul punto si veda anche LAMROT LULSEGED, *Vetoing the Veto: Voting Reform and the United Nations Security Council*, St. Thomas University, 2012.

¹⁹² CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite* cit., a p. 80.

¹⁹³ Rapporto presentato al presidente USA dal capo della delegazione americana in seno alla Conferenza di San Francisco, testo riportato in GROSS, "The double Veto and the four powers Statement on Voting" in *Harvard Law Review*, Vol. 67 (1953), pp. 251-280, a p. 255.

¹⁹⁴ Tra i tanti: '[...]most of the other member states as well as numerous scholars and blue ribbon commissions have criticized the veto provision for being inequitable, undemocratic and debilitating to the capacity of the council to fulfill its core responsibility for the maintenance of international peace and security'. Edward Luck, Special Adviser to the Secretary General. LUCK, "Reforming the United Nations: Lessons from a History of Progress" in DIEHL (ed.), *The Politics of Global Governance: International Organizations in an Interdependent World*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2005, pp. 445-483, a p. 457; WOOD, "Making the UN System Work", in *International Studies Association Annual Conference*, 1991, pp. 7-8; si veda TAVERNIER, "Commentaire de l'article 27", in COT, PELLET, *La Charte des Nations Unies - Commentaire article per article*, Economica, Parigi, 1991, pp. 495-514, a p. 507.

¹⁹⁵ In questo senso anche anche ROSS, *Constitution of the UN: Analysis of structure and Function*, The Lawbook Exchange LTD, New York, 2008, a p. 72 e CONFORTI, FOCARELLI, *cit.*, p. 82.

inglese e in spagnolo, invece è reso rispettivamente *concurring vote* e *inclusos los votos*. Indipendentemente dalla lingua, il significato sembra essere univoco: affinché un atto del Consiglio possa essere adottato, è richiesto che tutti i membri permanenti partecipino alla votazione; la regola è un corollario della *ratio* sottesa diritto di veto, ovvero della necessità dell'unanime accordo tra i membri permanenti, ai fini di un'efficace cooperazione. Nello stesso senso sono infatti orientati parte della dottrina e lo *Statement* di San Francisco che, al punto n. 9, specifica come per le decisioni del Consiglio di Sicurezza in materie non procedurali sia necessaria l'unanimità dei membri permanenti oltre ai voti concorrenti di almeno 2 (oggi 4) membri non permanenti¹⁹⁶.

Da questo punto di vista, la partecipazione alla delibera si dovrebbe esprimere attraverso un voto, che, ai fini dell'adozione dell'atto, dovrebbe essere positivo; pertanto è possibile argomentare che l'astensione, in quanto non partecipazione alla votazione, costituisca una violazione della disposizione in esame e della regola dell'unanimità¹⁹⁷.

¹⁹⁶ GROSS, "Voting in the Security Council: Abstention from Voting and Absence from Meetings", in *Yale Law Journal*, Vol. 60 (1951), pp. 209-257, a p. 210; CONFORTI, FOCARELLI, *cit.*, a p. 82-83; GROSS, "The Double Veto and the Four-Power Statement on Voting in the Security Council", in *Harvard Law Review*, Vol. 67 (1953), pp. 251-280, a p. 257; MCDOUGAL, GARDNER, "The Veto and the Charter: An Interpretation for Survival", in *Yale Law Journal*, Vol. 60 (1951), pp. 258 e ss., a pp. 261-262; TAVERNIER, "Commentaire de l'article 27 *cit.*", a p. 502.

¹⁹⁷ Secondo altra parte della dottrina la possibilità dell'astensione del membro permanente non costituirebbe una violazione della disposizione, bensì tale circostanza sarebbe estrapolabile tramite un'operazione interpretativa dal testo della disposizione. La tesi muove dal differente presupposto che l'astensione sia da considerare non come una mancata partecipazione al voto, bensì come un'espressione di neutralità all'oggetto della delibera. Simma, adottando quest'ultimo punto di vista, sostiene che l'astensione volontaria non sia in contrasto con la disposizione. Egli afferma che non ci sarebbero ragioni di trattare l'astensione volontaria in maniera differente da quella obbligatoria, e che l'obbligo, contenuto nell'ultima parte dell'art. 27 (3), dimostrerebbe una generale ammissibilità dell'astensione all'interno della procedura di voto del Consiglio. SIMMA, BRUNNER, KAUL, "Article 27" in SIMMA (ed), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, Vol. I, p. 493. Adottando questo punto di vista, il membro permanente parteciperebbe comunque alla delibera esprimendo una posizione neutrale. Tale ricostruzione dell'astensione volontaria del membro permanente nei termini di un'interpretazione, piuttosto che di una violazione in modifica dell'art. 27 (3), non convince chi scrive. In effetti ci sono valide ragioni per trattare in maniera differente l'obbligo e la facoltà di astensione, in considerazione del fatto che la *ratio* che ispira il primo si fonda sul principio del *nemo iudex in re sua*, che, applicato al caso concreto, si traduce nell'estromissione del membro permanente dalla votazione, al fine di evitare abusi nell'esercizio del diritto di veto. Il concetto di astensione, adottato dai redattori della Carta, coincide dunque proprio con quello di non partecipazione al voto: l'obbligo di astensione rappresenta quindi un'eccezione alla regola generale dell'unanimità stabilita dal terzo paragrafo e, da un'eccezione, non è possibile ricavare una regola generale.

La prassi dei membri dell'organizzazione dei primi anni di vita è sempre stata quella di adottare e ritenere valide delibere non procedurali, nonostante l'astensione di uno o più membri permanenti. In altre parole i membri permanenti avrebbero trovato 'politicamente conveniente lasciarsi la libertà di astenersi rispetto determinate delibere senza che la loro astensione costituisse un veto rispetto alla delibera stessa', dando così vita a una prassi modificativa della regola, volta ad aggiungere, accanto al voto favorevole del membro permanente, anche la non contemplata ipotesi dell'astensione¹⁹⁸.

Il tutto, nonostante qualche incertezza iniziale, è avvenuto nell'acquiescenza degli altri membri e sulla base di una prassi modificativa consistente e continua per taluni addirittura già consolidata e culminata nella cristallizzazione di una norma consuetudinaria¹⁹⁹.

La prima testimonianza di tale prassi risale al 1946 e riguarda la questione della situazione interna spagnola, posta all'attenzione del Consiglio di Sicurezza, il quale determinò il periodo di isolamento e ostracizzazione della Spagna. In quel frangente il Consiglio approvò infatti una delibera che, su proposta dell'Australia, prevedeva la creazione di un Sottocomitato preposto alla verifica e allo studio del regime di Franco, come suscettibile di costituire minaccia alla pace e sicurezza internazionali. L'Unione Sovietica, ritenendo la misura meramente dilatoria e non efficace, si astenne dal voto, senza però con ciò inibire l'adozione della risoluzione²⁰⁰.

In seguito, le astensioni dei membri permanenti (in materia di ammissione di nuovi Stati, di costituzione di forze internazionali a tutela della pace...) si sono verificate senza eccezioni²⁰¹, fino alla pronuncia, che può essere definita dichiarativa di tale prassi modificativa²⁰², resa dalla Corte Internazionale di Giustizia nel 1971. La Corte

¹⁹⁸ Secondo Fitzmaurice saremmo di fronte ad un vero e proprio *amendment*. FITZMAURICE, "Treaties", in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, par. 68-70; altra parte della dottrina, comunque sempre in tal senso orientata, preferisce considerare questo caso invece "an example of an interpretation close to accepting amendment by practice" GARDINER, *Treaty Interpretation cit*, a p. 245.

¹⁹⁹ TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Padova, 2010, p. 208; CONFORTI, FOCARELLI, *cit.*, a p. 83.

²⁰⁰ CONFORTI, *cit.*, pag.83.

²⁰¹ Si pensi alla mancata partecipazione della Cina Popolare (per vari anni dopo il suo ingresso nel 1971) al voto sulle delibere relative alla costituzione e al funzionamento di forze armate o di osservazione dell'ONU. Per le risoluzioni sulle forze armate operate nel Medio Oriente si vedano SCOR, 28th year, 1760 meet, 1973; SCOR, 33rd year, 275 meet., 1978.

²⁰² TAVERNIER, "Commentaire de l'article 27 *cit.*", a p. 502.

era stata adita affinché rendesse un parere consultivo sulla risoluzione del Consiglio che intimava al Sud Africa di abbandonare il territorio della Namibia. Il Sud Africa, in particolare, sosteneva che la risoluzione dovesse considerarsi invalida, poichè in contrasto con l'articolo 27 (3), a causa dell'astensione di due membri permanenti (l'URSS e il Regno Unito).

In quella circostanza, la Corte aveva affermato che la prassi, volta a ritenere valida una delibera non procedurale nonostante l'astensione di uno o più membri permanenti,

'[...] has continued unchallenged 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 the Organisation'²⁰³.

È proprio la modifica *de facto* della lettera dell'articolo 27(3) della Carta ad aver permesso l'adozione di risoluzioni di grande importanza e strategiche²⁰⁴.

3.1.7.2. Un profilo sostanziale: l'articolo 51 e la legittima difesa contro attori non statali

²⁰³ “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.” *Legal consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*, in ICJ Reports, 1971, a p. 22.

²⁰⁴ Va inoltre citato il caso in cui un membro permanente, in occasione di una delibera non procedurale, si assenti alla seduta. Il Consiglio potrà deliberare validamente su tali questioni? A differenza del caso precedente non sussiste qui una prassi sufficiente da poter supportare la tesi di un'interpretazione modificativa della norma come nel caso dell'astensione. Il caso più famoso in questo senso è certamente quello che ha visto, nel 1950, l'Unione Sovietica abbandonare il Consiglio per più di sei mesi in segno di protesta a fronte della mancata sostituzione della Cina Popolare alla Cina Nazionalista in seno al Consiglio. Il delegato russo affermò, prima di abbandonare il Consiglio e anche successivamente, che non avrebbe mai riconosciuto le risoluzioni assunte in sua assenza. SCOR, 5th year, 461 meet, 1950, p.9 e ss.. In realtà il Consiglio durante quel periodo adottò due risoluzioni molto strategiche e decisive per lo svolgimento della guerra di Corea. S/RES/1950/83 e 84. Sembra chiaro che un abbandono così prolungato e sistematico non possa essere considerato al pari di un'assenza saltuaria e unica. Un atteggiamento come quello della Russia avrebbe paralizzato completamente l'attività del Consiglio e questo non poteva essere considerato ammissibile.

Volgendo lo sguardo da una norma meramente procedurale, quale l'articolo 27 sui meccanismi deliberativi all'interno del Consiglio di Sicurezza, verso una di natura sostanziale, ci si imbatte nell'articolo 51 della Carta e nella prassi modificativa che pare averlo colpito. Pur nella consapevolezza della complessità del quadro politico-normativo che contraddistingue tali tematiche, si cercherà, senza pretese di esaustività, di fornire una chiave di lettura con riferimento alla norma in questione che, interpellando principi cardine del diritto internazionale, ha attratto da sempre molta attenzione e interesse a livello dottrinale²⁰⁵.

È arcinoto come la Carta vieti, all'articolo 2 (4), la minaccia e l'uso della forza da parte di Stati membri contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di altri Stati. Tale generale divieto soffre di alcune (poche) tassative eccezioni, tra le quali spicca quella prevista all'articolo 51, prima parte, della Carta, che disciplina il diritto alla legittima difesa, individuale e collettiva, nel caso di attacco armato. Ai sensi di quest'ultima:

'Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security [...]'

Si vuole qui porre attenzione su di una prassi rilevante, temporalmente collocata nell'ultimo ventennio e pertanto successiva all'articolo 51, la quale potrebbe essere definita come interpretativa del medesimo ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, se non addirittura modificativa della disposizione in oggetto. Si tratta di una prassi che rivelerebbe l'accordo delle parti ad accogliere il ricorso a

²⁰⁵ Basti pensare alla recente sezione dedicata al tema recante più di venti contributi nella rivista *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. "Self Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 66 (2017), pp. 3-93.

una più ampia nozione di legittima difesa, ai sensi dell'articolo 51 della Carta, configurabile anche rispetto ad attacchi armati provenienti da attori non statali e anche quando essa comporti un intervento sul territorio di un altro Stato²⁰⁶.

Le condotte in analisi potrebbero dunque aver inciso sul significato della norma convenzionale, ampliandone l'ambito soggettivo di applicazione.

Il primo precedente a segnare la strada risale al 2001²⁰⁷.

Il giorno successivo agli attacchi dell'11 Settembre, il Consiglio di Sicurezza adottò la risoluzione 1368, nella quale riaffermava il diritto naturale alla legittima difesa individuale e collettiva stabilito nella Carta, mostrando il proprio avallo implicito all'esercizio della legittima difesa da parte degli Stati Uniti contro i Talebani e le basi di Al-Quaeda, presenti sul territorio afghano²⁰⁸. Gli stessi Stati Uniti, nel comunicare al Consiglio di Sicurezza l'inizio dell'operazione militare, condotta insieme a un

²⁰⁶ Sul punto si veda in generale MILANO, "Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali", in LANCIOTTI, TANZI (eds.), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Jovene Editore, Napoli, 2012, pp. 105-137.

²⁰⁷ In realtà, come sottolineato da Tams, "[w]hether States can use force in response to armed attacks by non-State actors operating from abroad is not a new issue that suddenly became relevant after 9/11. Views have no doubt changed over the past fifteen years, as more States have invoked, or endorsed the invocation of, self-defence against attacks by non-State actors. However change is more gradual than is usually admitted". TAMS, "Embracing the Uncertainty of Old: Armed Attacks by Non-State Actors Prior to 9/11", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 66 (2017), pp. 61-64, a p. 61. Possono essere citati infatti alcuni esempi antecedenti il 2001: la Francia giustificò i raids condotti sul territorio della Tunisia nel contesto della guerra di indipendenza franco-algerina come necessari per consentirle di esercitare il diritto alla legittima difesa contro i commando del Fronte di Liberazione Nazionale operanti sul territorio tunisino. CHARPENTIER, "Pratique Française du Droit International", in *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 6 (1960), pp. 1043-1083, a p. 1068-1069 e CHARPENTIER, "Pratique Française du Droit International", in *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 4 (1958), pp. 791-826, a p. 809. Ancora, alla fine degli anni '70, il Marocco giustifica nel medesimo modo la propria reazione agli attacchi condotti dalle forze del Polisario operanti dall'Algeria, accusando quest'ultima di aver finanziato e accolto i combattenti del Fronte Polisario. UN Doc. S/13394 (1979) e UN Doc. SCOR, 34th year, 2151st meeting, a p. 3.

Inoltre già nel 1974, i membri delle Nazioni Unite hanno adottato una definizione di aggressione nella quale la possibilità di rispondere all'utilizzo della forza da parte di attori non statali era specificamente riconosciuta. (Articolo 3 (g) UN Doc. A/RES/29/3314 (1974), ai sensi del quale un coinvolgimento sostanziale di uno Stato sarebbe requisito sufficiente a trasformare un attacco condotto privato in un atto di aggressione). Secondo Corten questo rappresenterebbe un primo implicito avallo della tendenza in analisi. CORTEN, "Has Practice Led to an 'Agreement Between the Parties' Regarding the Interpretation of Article 51 of the UN Charter?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 66 (2017), pp. 15-18, a p. 15.

²⁰⁸ Si veda S/RES/1368 (2001), preambolo. Tali affermazioni furono riconfermate anche nella S/RES/1373 (2001), preambolo. MILANO, "Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali *cit.*", a pp. 107-112.

gruppo di Stati, contro un'organizzazione terroristica (Al-Quaeda), fondarono la loro azione sull'esercizio della legittima difesa individuale e collettiva, prevista dalla Carta²⁰⁹.

Il 12 luglio 2006, milizie del partito di Hezbollah lanciarono dei razzi dal territorio libanese verso il territorio israeliano, presso la località di Zarit; poco dopo alcuni militanti della stessa organizzazione penetrarono in territorio israeliano, attaccando una pattuglia dell'esercito, uccidendo otto soldati e prendendone in ostaggio altri due. In risposta a tali atti, Israele iniziò un'operazione militare su larga scala, colpendo per via aerea e terrestre infrastrutture logistiche libanesi. In seguito ai successivi e continui attacchi missilistici da parte di Hezbollah, soprattutto verso la città di Haifa, situata nella parte settentrionale di Israele, Israele replicò bombardando l'aeroporto di Beirut, i quartieri sciiti della città, strade e vie di comunicazione tra Libano e Siria, per procedere poi con l'imposizione di un blocco aereo e marittimo contro il Libano²¹⁰.

Fu così che prese avvio un conflitto armato, trasformatosi col tempo in un conflitto generalizzato tra Israele e Hezbollah. Il governo israeliano, come testimoniato e confermato dal Segretario Generale dell'ONU Kofi Annan dinanzi al Consiglio di Sicurezza, dichiarò fin da subito di voler invocare la legittima difesa ai sensi dell'articolo 51 proprio nei confronti degli Hezbollah e non invece dello Stato del Libano²¹¹.

La posizione della Comunità Internazionale in merito può ben essere sintetizzata dalle parole espresse dal Segretario Generale dell'ONU davanti al Consiglio di Sicurezza:

I have already condemned Hizbollah's attacks on Israel and acknowledged Israel's right to defend itself under Article 51 of the United Nations Charter. I do so again today. I also condemn Hizbollah's reckless disregard for the wishes of the elected Government of Lebanon and for the interests of the Lebanese people and the wider region. Israel states that it has no quarrel with the Government or the people of

²⁰⁹ Lettera da parte del *Permanent Representative* degli Usa nelle Nazioni Unite indirizzata al Presidente delle Consiglio di Sicurezza, 7 Ottobre 2001 UN Doc. S/2001/946.

²¹⁰ Per la ricostruzione dei fatti si vedano: UN Doc. S/PV.5489 (2006), a pp. 2-3; TANCREDI, "Il problema della legittima difesa nei confronti di milizie non statali alla luce dell'ultima crisi tra Israele e Libano" in *Rivista Diritto Internazionale*, Vol. 4 (2007), pp. 969-1007, a pp. 969-972.

²¹¹ UN Doc. S/PV.5492 (2006), a p. 2.

Lebanon and that it is taking extreme precautions to avoid harm to them. Yet a number of its actions have killed or hurt Lebanese civilians and military personnel and caused great damage to infrastructure. While Hizbollah's actions are deplorable and, as I have said, Israel has a right to defend itself, the excessive use of force is to be condemned²¹².

Emerge dunque dalle parole di Kofi Annan e dalle parole della quasi totalità dei Paesi, intervenuti in seno al Consiglio di Sicurezza²¹³, come la Comunità Internazionale, a parte una generale condanna per la sproporzione della reazione israeliana, mostrasse generale acquiescenza nel riconoscere ad Israele il diritto a difendersi, ai sensi dell'articolo 51 della Carta, contro un attore non statale²¹⁴.

Ancora, nel 2005 la Russia si è riservata il diritto di procedere contro gli Stati che avessero accolto i ribelli ceceni, invocando a propria giustificazione il diritto di legittima difesa. La Turchia tra il 2007 e il 2008 è intervenuta contro il partito dei lavoratori del Kurdistan (PKK), le cui formazioni erano collocate in Iraq. Lo Stato colombiano nel 2008 ha colpito i ribelli delle Forze Armate Rivoluzionarie della Colombia (FARC) in Ecuador²¹⁵.

Infine numerosi esempi sono rintracciabili a partire dal 2014, nell'ambito delle operazioni condotte in Siria contro l'ISIS da parte degli Stati Uniti, del Regno Unito e della Francia²¹⁶.

Come rilevato da Milano, negli ultimi anni, le operazioni militari contro attori non

²¹² UN Doc. S/PV. 5492, a pp. 2-4.

²¹³ UN Doc. S/PV.5489 a titolo di esempio si vedano gli Interventi di Russia e Cina, rispettivamente p. 7 e 11; dell'Argentina p. 9; del Giappone, p. 12; del Perù, p. 14; della Danimarca p. 15; della Slovacchia, p. 16; della Grecia, p. 17; della Francia, p. 17 e UN Doc. S/PV. 5492. Diversa caratterizzazione invece fu offerta dal Libano stesso e dalla Lega degli Stati Arabi, che consideravano l'azione israeliana una vera e propria aggressione nei confronti del Libano si veda UN Doc. S/PV. 5489 a pp. 4-5 e pp. 10-11.

²¹⁴ TANCREDI, "Il problema della legittima difesa nei confronti di milizie non statali *cit.*", a pp. 970-971.

²¹⁵ Si veda RUY, "*Armed Attack and Article 51 of the UN Charter: Evolution in Customary Law and Practice*", Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 420 e ss.; RONZITTI, "Le operazioni contro l'ISIS e la legittima difesa contro attori non statali", in RONZITTI, SCISO (eds.), *I conflitti in Siria e in Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 43-62, a p. 49.

²¹⁶ La legittima difesa collettiva è stata formalmente invocata dagli Stati Uniti e dal Regno Unito, che si è appellato anche a quella individuale. Per gli Stati Uniti si veda la lettera del 23 settembre 2014 indirizzata al Consiglio di Sicurezza (UN Doc. S/2014/695); per il Regno Unito si veda rispettivamente la lettera inviata dal rappresentante permanente al Consiglio di Sicurezza (UN Doc. S/2014/851) e la lettera al Consiglio del 7 settembre del 2015 UN Doc. S/2015/688. RONZITTI, "Le operazioni contro l'ISIS *cit.*", a p. 45.

statali sono state effettuate da Stati sul territorio di Stati confinanti e giustificate sulla base della legittima difesa. In tutti questi casi si è registrata una reazione di generale acquiescenza da parte della comunità internazionale: isolate proteste infatti sono appartenute, in tali casi, agli Stati sul cui territorio tali operazioni avevano avuto luogo²¹⁷.

Al quadro così delineato, vanno tuttavia mosse una serie di importanti puntualizzazioni.

Anzitutto, va precisato come per affermare con certezza la portata modificativa della prassi analizzata, è necessario che la disposizione, prevista all'articolo 51, sia sovvertita. A questo proposito non sono mancate voci discordanti nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Secondo Tancredi infatti, l'interpretazione testuale dell'articolo 51 non escluderebbe la possibilità dell'esercizio della legittima difesa nei confronti degli attori non statali²¹⁸.

Dunque, abbracciando tale assunto, potremmo trovarci di fronte a una prassi semplicemente applicativa o al massimo interpretativa, poichè volta a non aggiungere niente di nuovo ma solo a portare alla luce qualcosa che può essere dedotto dal testo; dunque una prassi al più specificativa di ciò che, anche se non esplicitamente, era già contenuto nella disposizione. Anche Ronzitti pare condividere tale impostazione seguendo quanto già rilevato da Milano; ritiene che l'errore, che conduce a conferire all'articolo 51 un ambito di applicazione esclusivamente interstatale, stia nell'individuare un indissolubile parallelismo e un'ineliminabile simmetria tra quest'ultimo e l'articolo 2(4) della Carta, che avrebbe come destinatari solo gli Stati²¹⁹. Abbracciando una tesi più tradizionalista e restrittiva che concepisce l'articolo 51 come disposizione stato-centrica, eccezionale rispetto all'articolo 2(4), è invece possibile sostenere la liceità del ricorso alla legittima difesa contro attori non statali proprio a seguito dell'intervenuta prassi successiva che, a partire dall'11 settembre

²¹⁷ MILANO, "Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali *cit.*", a p. 110. Si pensi ad esempio all'azione militare condotta dall'Iran sul territorio iracheno per contrastare l'organizzazione *mujabedin* (MKO) oppure all'operazione condotta dalla Russia sul territorio georgiano per attaccare ribelli ceceni considerati responsabili di incursioni in territorio russo oppure agli attacchi del Kenya nel Sud della Somalia per rispondere alle incursioni di militanti Al-Shabab.

²¹⁸ TANCREDI, "Il problema della legittima difesa nei confronti di milizie non statali *cit.*", a p. 999.

²¹⁹ RONZITTI, "Le operazioni contro l'ISIS *cit.*", a p. 47; MILANO, "Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali", in LANCIOTTI, TANZI (eds.), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Jovene Editore, Napoli, 2012, pp. 105-137, a p. 125.

2001, ha incontestabilmente modificato l'articolo 51, includendovi tale possibilità²²⁰.

Un approccio più tradizionale all'articolo 51 è peraltro stato adottato dalla stessa Corte Internazionale di Giustizia che, nel parere consultivo *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, reso nel 2004, ha affermato come 'Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State'²²¹.

Inoltre va, a onor del vero, precisato come tale prassi asseritamente modificativa, o secondo altri solo interpretativa, dell'articolo 51 debba ulteriormente rafforzarsi dal punto di vista dei requisiti dell'univocità e dell'uniformità, per consentire l'individuazione dell'accordo delle parti, ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna. Essi debbono peraltro essere ancora più restrittivamente verificati proprio qualora la prassi sia analizzata nella sua valenza modificativa e non meramente interpretativa²²².

Si sono infatti verificati casi in cui il riconoscimento della legittima difesa nei confronti di attori non statali è stato molto contrastato, come nell'operazione del 2008 in cui Israele ha sottoposto la Striscia di Gaza ad attacco via terra-mare-aria in risposta a lanci missilistici subiti verso le proprie città dai guerriglieri di Hamas,

²²⁰ Così anche STAHN, "International Law at a Crossroads: The impact of September 11", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 62 (2002), pp. 183-256, a pp. 213-214.

Milano condivide la liceità della legittima difesa nei confronti di attori non statali purchè siano rispettati fedelmente i limiti della proporzionalità e della necessità; l'autore individua in dottrina le cinque posizioni esistenti sul punto: la tesi negazionista, secondo cui l'ingresso in territorio altrui contro attori non statali costituisce palese violazione della Carta. Altra tesi più possibilista afferma che si sia in presenza di una violazione, ma che la prassi recente abbia cambiato le regole. Terza tesi, sposata dalla maggioranza della dottrina, propende per la liceità della legittima difesa contro attori non statali muovendo da un'interpretazione testuale del 51 e della sua prassi applicativa. Infine vi sono gli autori che spiega l'uso della forza contro attori non statali come una riemersione della regola della legittima difesa contro attori non statali esistente prima della Carta delle Nazioni Unite. MILANO, "Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali *cit.*", a p. 115-118.

²²¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (Advisory Opinion), ICJ Reports 2004, par. 139. D'altro canto però tra i giudici della Corte, in quel frangente, erano emerse opinioni contrastanti, tendenti a ricondurre all'articolo 51 della Carta una legittima difesa rivolta anche contro 'entità' o 'attori' non statali. In tal senso si erano espressi con opinioni separate i giudici Buergenthal, Higgins e Kooijmans. Si veda *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (Advisory Opinion), ICJ Reports 2004, Separate Opinion of Judge Higgins, p. 1063, par 33; Separate Opinion of Judge Kooijmans, p. 1072, par. 35; Separate Opinion of Judge Buergenthal p. 1079, par. 6.

²²² Con riferimento ai requisiti di cui la prassi successiva deve essere dotata, si veda quanto analizzato nel primo capitolo. La non univocità della prassi in questione è notata e rilevata da MILANO, "Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali *cit.*", a p. 111.

operanti sul territorio della Striscia.

Gli stessi conflitti contro l'Isis in Iraq e in Siria costituirebbero un tipico esempio della non uniformità di vedute degli Stati²²³.

Tale non univocità deriva, a parere di chi scrive, anche dalla diversità delle soluzioni interpretative addotte dagli Stati per giustificare la propria condotta ed eliminare l'assimmetria creatasi nei confronti della Carta. A volte le parti tentano di legittimare l'uso della forza, assumendo che lo Stato territoriale sia il mandante degli attori non statali o che comunque sia da considerare 'substantially involved' nelle attività di questi ultimi²²⁴. Altre volte mirano a provare altre forme di complicità, o comunque di legame tra lo Stato e l'attore non statale, oppure ritengono il primo 'oggettivamente responsabile' delle condotte dei secondi, appellandosi ai concetti di incapacità o di 'Stato fallito'. Infine, come accaduto negli scontri in Iraq e Siria contro l'Isis, gli Stati tendono a elevare la necessità quale unico criterio giustificatore, senza nemmeno cercare di individuare una qualche forma di responsabilità dello Stato territoriale²²⁵.

Infine, può essere accennata un'ultima considerazione di più ampio respiro. Come noto, il divieto dell'uso della forza tanto quanto il diritto alla legittima difesa, individuale e collettiva, costituiscono norme del diritto internazionale consuetudinario e, per stesso riconoscimento del testo dell'articolo 51 della Carta, si configurano come diritto naturale. Esse sono alla stessa base della costituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Ciò risulta confermato anche dalla Corte Internazionale di Giustizia in *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua*, nel 1986²²⁶, che, in quel frangente statui la coincidenza del divieto

²²³ CORTEN, "Has Practice Led to an 'Agreement Between the Parties' Regarding the Interpretation of Article 51 of the UN Charter?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 66 (2017), pp. 15-18, a p. 16.

²²⁴ Tale ipotesi ricorre alla terminologia impiegata dall'articolo 3(g) della risoluzione UN Doc. A/RES/29/3314 (1974).

²²⁵ Corten ha raggruppato in categorie tutte queste possibili soluzioni interpretative in CORTEN, "The 'Unwilling or Unable' Test: Has It Been, and Could It Be, Accepted?", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29 (2016), pp. 777 e ss. e in CORTEN, "Has Practice Led to an 'Agreement Between the Parties' *cit.*", a p. 16.

²²⁶ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* (Nicaragua V. United States Of America), ICJ Reports 1986. La Corte, in quel frangente, era vincolata ad applicare esclusivamente il diritto consuetudinario, data la riserva degli Stati Uniti nell'accettazione della giurisdizione della Corte Internazionale di Giustizia (ai sensi dell'articolo 36, par. 2 dello Statuto della Corte). Tale riserva prevedeva che il Governo Americano accettasse di essere citato in giudizio davanti

dell'uso della forza, previsto dall'articolo 2 (4) della Carta, con il diritto consuetudinario e aggiunse come la stessa CDI, nel corso dei suoi lavori, avesse espresso l'idea che 'the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*'²²⁷. Allo stesso modo poi riconobbe che:

"The general rule prohibiting force allows for certain exceptions. [...] First, with regard to the existence of this right [diritto alla legittima difesa], it notes that in the language of Article 51 of the United Nations Charter, the inherent right (or "droit naturel") which any State possesses in the event of an armed attack, covers both collective and individual self defence. Thus, the Charter itself testifies to the existence of the right of collective self-defence in customary international law"²²⁸.

Tanto l'articolo 2 (4), quanto l'articolo 51, della Carta codificano consuetudini

alla Corte Internazionale di Giustizia, tranne che per quelle controversie che richiedessero l'interpretazione o l'applicazione di trattati multilaterali, salvo che tutte le parti del trattato fossero anche parti della controversia e salvo il caso di accettazione della giurisdizione degli USA per il caso specifico (p.31, par 42). L'oggetto della controversia era costituito proprio dal divieto dell'uso della forza e dal diritto di legittima difesa, ambedue disciplinati nella Carta delle Nazioni Unite e in quella dell'Organizzazione degli Stati Americani (trattati internazionali di cui sia Stati Uniti che Nicaragua sono parte). Il Nicaragua accusava il governo americano di aver usato contro di esso la forza armata diretta, disseminando mine nelle acque nicaraguensi, violando così il diritto consuetudinario internazionale concernente il divieto dell'uso della forza. Inoltre il governo americano era accusato di aver attaccato i porti, le installazioni petrolifere e le basi navali, nonché di aver fornito assistenza logistica ai ribelli anti-sandinisti. Gli USA, dal canto loro, ritenevano lecite le operazioni militari, intraprese nei confronti del Nicaragua, in quanto svolte sulla base della legittima difesa collettiva riconosciuta dal diritto internazionale generale e dalla Carta delle Nazioni Unite ed richieste dagli Stati latino-americani limitrofi al Nicaragua, che erano rimasti vittima di un attacco nicaraguense: El Salvador e l'Honduras. La Corte dunque è chiamata a valutare se le attività statunitensi, comprese quelle di supporto alla guerriglia in El Salvador e Honduras contro il Nicaragua, costituissero violazione del diritto dell'uso della forza, e in caso positivo, se potessero essere giudicate in forza del diritto alla legittima difesa collettiva nei riguardi dei paesi limitrofi al Nicaragua. La Corte giunse a stabilire l'illiceità delle condotte messe in atto dagli Stati Uniti.

²²⁷ Il testo della CDI cui la Corte fa riferimento si trova in ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries", in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, (Commentary to Article 50), a p. 247; *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* (Nicaragua V. United States Of America), ICJ Reports 1986, al par. 190.

²²⁸ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* (Nicaragua V. United States Of America), ICJ Reports, 1986, al par. 193. Sulla natura di norma consuetudinaria di *ius cogens* del divieto dell'uso della forza, così come del diritto alla legittima difesa, si veda anche LEPARD, *Customary International Law : A New theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, a pp. 253-258.

preesistenti.

Se dovessimo ammettere che la consuetudine esistente ‘pre-Carta’, ovvero prima del 1945 e prospettante la legittima difesa, riguardasse solo la risposta ad attacchi armati mossi da altri Stati²²⁹ e se, contestualmente, dovessimo ammettere che l’articolo 51 della Carta abbia così codificato tale consuetudine senza includervi la variante dell’autotutela contro attacchi di attori non statali²³⁰, allora potremmo ritenere che la prassi, sinora analizzata, modificativa della disposizione convenzionale, qualora continuasse a consolidarsi in tale direzione, affiancata da una chiara *opinio iuris*, sarebbe in grado di intervenire sulla consuetudine preesistente, specificandola.

In quel caso, la prassi successiva mostrerebbe la capacità di incidere non solo sulla disposizione convenzionale cui si riferisce, ma anche, indirettamente, sulla modifica consuetudinaria delle norme di diritto internazionale²³¹.

Se invece dovessimo ammettere che la consuetudine ‘pre-Carta’ prevedesse già la risposta ad attacchi armati mossi da attori non statali e che pertanto la Carta abbia limitato il diritto consuetudinario pre-esistente, sarebbe possibile ritenere che la prassi successiva abbia inciso sulla disposizione convenzionale, nonché prodotto una riviviscenza della consuetudine previgente.

²²⁹ Si veda CASSESE, “Article 51” in COT, PELLET, FORTEAU (eds.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Vol. I, Economica, Parigi, 2005, p. 1329 e ss., a p.1333.

²³⁰ A sostegno di questa tesi sembra porsi un argomento storico: il fatto che la Carta stessa costitui la risposta normativa alla piaga delle due Guerre Mondiali di carattere essenzialmente inter statale. Inoltre nello stesso senso possono essere lette le parole della Corte Internazionale di Giustizia nel parere consultivo *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (Advisory Opinion), ICJ Reports, 2004, par. 139. *Contra* chi ritiene che in realtà la regola della legittima difesa contro attori non statali esistesse già prima della Carta delle Nazioni Unite. Secondo Ronzitti, ad esempio, la legittima difesa sussisteva prima della Carta e prima del Patto della Società delle Nazioni, quando gli Stati avevano un illimitato diritto di ricorrere alla forza armata. Una prova ne sarebbe il caso *Caroline* del 1837, 'pietra miliare circa le modalità cui deve essere assoggettata la legittima difesa' e riguardava proprio l'intervento a titolo di legittima difesa del Regno Unito nel territorio degli USA, per contrastare l'azione dei ribelli e l'invio degli aiuti trasportati dal vapore *Caroline* agli insorti canadesi. RONZITTI, "Le operazioni contro l'ISIS *cit.*", a p. 47.

²³¹ Secondo Villiger, ad esempio, "[...] authentic interpretation in Article 31, subparagraph 3(b) [of the Vienna Convention on the Law of Treaties] is of a dynamic nature in that it may alter the original ordinary meaning of a term in two ways: i) subsequent practice may modify a treaty provision contractually qua authoritative interpretation [...] and ii) *parties may in their practice gradually wander from interpretation (as in Article 31, subparagraph 3(b)) to customary modification of the treaty*". (enfasi aggiunta) VILLIGER, “The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The ‘Crucible’ Intended by the International Law Commission” in CANNIZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 105-122, a p. 111.

3.2. *Pars destruens: superamento delle obiezioni ostative alla configurabilità giuridica della prassi modificativa*

A questo punto della trattazione, dopo aver identificato alcuni dei principali esempi della valenza modificativa della prassi successiva, pare opportuno volgere lo sguardo verso un aspetto più teorico, ovvero l'individuazione della base giuridica che legittimi tale fenomeno, che, come analizzato, indubitabilmente si produce.

Seguendo un approccio baconiano, si rende preliminarmente necessario liberare il campo da tutte le principali obiezioni, sollevate in dottrina, alla configurabilità della prassi modificativa, dimostrandone contestualmente la superabilità. Solo dopo l'eliminazione degli *idola* ostativi, sarà possibile tentare di impostare una *pars costruens* in grado di fornire indicazioni propositive per una strada da seguire.

Gli argomenti contrari provengono dalla letteratura internazionalistica, dagli studi condotti dalla CDI, nonché dalle posizioni assunte dagli Stati parte, in sede di Conferenza diplomatica nella fase di redazione del testo definitivo della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Tali ultime assumono la configurazione di lavori preparatori, il cui impiego, sussidiario, ai fini interpretativi è stato analizzato nell'ambito del primo capitolo, al quale si rimanda²³².

²³² Capitolo I, al par. 6. Le regole sull'interpretazione fanno riferimento ai lavori preparatori solo quale ultima risorsa, nel caso in cui l'interpretazione, sulla scorta dell'articolo 31, abbia condotto a un risultato ambiguo, oscuro, assurdo o irragionevole, ovvero nel caso in cui si voglia confermare l'esito interpretativo emerso in seguito all'applicazione della *General Rule*.

I lavori preparatori non potrebbero assurgere a mezzo di interpretazione primario per le aporie che li caratterizzano. Spesso infatti le difficoltà interpretative nei confronti di una disposizione di un trattato derivano proprio dai contrasti nati in sede di lavori preparatori. Inoltre, in caso di trattati multilaterali, essi costituiscono documenti incompleti e frammentari, poichè gli Stati possono non aver partecipato tutti ai negoziati o non aver avuto rappresentanti presenti alla Conferenza per l'adozione del testo dell'accordo. I lavori preparatori potrebbero allora, in questo caso, essere invocati nelle relazioni fra certi Stati e non nei rapporti con altri, determinando l'inconveniente che uno stesso trattato sarebbe contestualmente suscettibile di interpretazioni differenziate. FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, pp.153 e ss., a pp. 155-156; GAJA, "Trattati Internazionali *cit.*", a p. 356; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention* *cit.*, a pp. 445-447; MERKOURIS, "'Third Party' Considerations and 'Corrective Interpretation' in the Interpretative Use of *Travaux Préparatoires*.-Is It Fahrenheit 451 for Preparatory Works?-", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds.), *Treaty*

Pur nella consapevolezza del valore frammentario e pertanto ridimensionato che contraddistingue lo strumento, esso assume in tale contesto un rilievo non trascurabile: proprio in quella sede, infatti, si è verificata l'espunzione dell'articolo 38 dei *Draft Articles* del 1966, recante la modifica del trattato ad opera della prassi successiva ed è proprio questa elisione a costituire una dei principali ostacoli alla configurabilità di una prassi successiva modificativa.

3.2.1. La modifica non è un'applicazione del trattato

La prima obiezione, mossa dalla CDI e da parte della dottrina, sancisce che la prassi successiva di cui all'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna non possa possedere portata modificativa della disposizione convenzionale cui si riferisce poichè la modifica non è una forma di applicazione del trattato. In altre parole, l'articolo 31 (3) (b) non potrebbe costituire la base giuridica per la modifica a opera della prassi successiva dotata dei requisiti ivi dedotti, poiché la norma contemplerebbe espressamente una prassi in applicazione della convenzione:

'[t]here shall be taken into account, together with the context: (b) any subsequent practice in the *application* of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation'²³³.

La considerazione che una modifica non possa costituire un'applicazione del trattato è quanto mai condivisibile.

Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 75-95.

Interessanti appaiono le parole utilizzate dal delegato della Gran Bretagna in seno alla Conferenza del 1968; egli dopo aver definito i lavori preparatori come spesso confusi specifica come essi non avrebbero alcuna relazione con 'the ultimate text of the treaty; unequal, because not all delegates spoke on particular issue; and partial because it excluded the informal meetings between heads of delegations at which no compromises were reached and which were often the most significant feature of any negotiation' "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole", in *GAOR*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968, p.178. Si veda ancora, GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., a p. 307.

²³³ (Enfasi aggiunta).

Le due operazioni hanno natura intrinsecamente diversa. L'applicazione si muove sul piano descrittivo-fattuale: è la trasposizione nel caso concreto dei diritti e degli obblighi dedotti nella disposizione convenzionale²³⁴. La modifica, al contrario, ha valore creativo; è pertanto una mancata conformità al dettato pattizio, o addirittura una violazione, che comporta la trasformazione del dato testuale.

L'applicazione al massimo potrà presentare maggiore affinità con l'interpretazione. Come si è avuto modo di specificare nel primo capitolo della trattazione, nonostante si tratti di concetti distinti e capaci di autonoma sussistenza, essi appaiono strettamente collegati. Ciò è ben dimostrato dall'articolo 31 (3) (a), a mente del quale: '[t]here 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'. L'enunciato esplicitamente distingue con un *or* disgiuntivo le ipotesi di accordo interpretativo da un lato e applicativo dall'altro, mostrando come, da un punto di vista giuridico-concettuale, la distinzione sussista. Tuttavia proprio lo stretto legame che intercorre tra le due operazioni, rende le ricadute pratiche della differenziazione tra accordo interpretativo e applicativo certamente esigue e in definitiva in concreto inutili.

Seppur condivisibile dunque, la critica mossa *in primis* dalla CDI, all'identificazione dell'articolo 31 (3) (b) quale base giuridica della valenza modificativa della prassi successiva, non tiene conto del fatto che, nella menzionata disposizione, il termine 'applicazione' sia usato in senso atecnico e pertanto non incompatibile con il concetto di modifica.

Come emerso nel primo capitolo della trattazione infatti²³⁵, la protratta astensione di giudizio in merito alla distinzione intercorrente tra i concetti di interpretazione e applicazione, che ha caratterizzato i lavori della CDI sino al 2014, nonché le incertezze terminologiche in sede di redazione del testo della Convenzione di Vienna hanno fatto sì che il termine 'applicazione' risulti talvolta impiegato, all'interno della medesima Convenzione sul diritto dei trattati, in modo improprio²³⁶.

²³⁴ '[...] est l'opération qui assure le passage de l'abstrait au concret, elle détermine les conséquences de la règle [...] YASSEEN, "L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 151, 1976, a p. 10.

²³⁵ Primo capitolo, par. 9, p. 46.

²³⁶ Con riferimento a tali incertezze terminologiche si veda ad esempio l'inserimento del termine 'applicazione' all'interno dell'articolo 31 della Convenzione, frutto di una proposta del Pakistan, mai analizzato o chiarito, bensì semplicemente utilizzato. "United Nations Conference On The Law Of

Questo sembra essere proprio il caso dell'articolo 31 (3) (b), all'interno del quale il termine 'applicazione' non possiederebbe la valenza concettuale rigorosamente descrittiva sopra esposta, al contrario la formulazione stessa del testo suggerirebbe un utilizzo atecnico del medesimo. In altre parole, la prassi successiva che stabilisce l'accordo delle parti riguardo l'interpretazione del trattato sarebbe quella 'in applicazione' della convenzione stessa, intesa come quella genericamente 'relativa, fondata sul trattato o sulle sue disposizioni' e pertanto inevitabilmente *successiva* alla conclusione dello stesso²³⁷.

Il ragionamento risulta confermato dal fatto che lo stesso termine è stato utilizzato in maniera parimenti impropria nella disposizione che avrebbe dovuto essere quella speculare all'articolo 31 (3) (b), ovvero il 38 dei *Draft Articles* del 1966, recante la valenza modificativa della prassi successiva. A mente del medesimo: 'A treaty may be modified by subsequent practice *in the application* of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions'²³⁸.

Una modifica, infatti, come fortemente sostenuto dalla stessa CDI, non può essere in applicazione del trattato, pertanto -si aggiunge- il termine non può che essere stato utilizzato in entrambi i casi in senso atecnico.

La ricostruzione proposta torna a conferire valore ed effettività alla formulazione dell'articolo 31 (3) (a) che, a differenza del 31 (3) (b), distingue con una congiunzione disgiuntiva gli accordi interpretativi da quelli applicativi. Solo il primo infatti, nel quale il termine applicazione è utilizzato in modo proprio, possiede a

Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole", in *GAOR*, Vol. 1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, A/CONF.39/11, a p.168, para 53. Sull'utilizzo improprio del termine all'interno della Convenzione di Vienna si veda GARDINER, *Treaty Interpretation* cit., a p. 28 e 261; GOURGOURINIS, "The Distinction Between Interpretation and Application *cit.*", a p. 35.

²³⁷ Conformemente "[i]n subparagraph (b), "application" stands for a broader concept." LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 166.

²³⁸ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 236. L'articolo, come si vedrà più avanti, era già contenuto nei *Draft Articles* del 1964. L'articolo 68, rubricato 'Modification of a treaty by a subsequent treaty, by subsequent practice or by customary law', recitava infatti: "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 that their 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 by the treaty and binding upon all the parties' (*enfasi aggiunta*). ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176-208, a p. 198.

completamento la speculare e necessaria disposizione che legittimi la modifica ad opera dell'accordo successivo: l'articolo 39 della Convenzione di Vienna. L'articolo 31 (3) (a), in altre parole, non costituirebbe una disposizione elastica in grado di ricomprendere in se stessa anche l'ipotesi della modifica, essendo ostativo in tal senso l'utilizzo del termine 'applicazione' nel suo significato canonico. L'articolo 31 (3) (b) invece, come si vedrà, per la sua stessa costruzione, non necessita di una norma ulteriore che legittimi la modifica ad opera della prassi successiva, potendo l'ipotesi trovare collocazione al suo interno, dato l'ampio concetto di 'applicazione' ivi dedotto.

3.2.2. *L'articolo 38 DALT è stato espunto*

Chiedersi se la prassi successiva possa modificare la disposizione cui si riferisce significa chiedersi se sia possibile riconoscere un valore creativo di diritto a una prassi sì sprovvista di *opinio iuris*, ma dotata di una certa *intentionality* che le deriva dall'essere motivata e strettamente riferita a una disposizione convenzionale, oggetto di precedente consenso. Rispondere in senso affermativo a questa domanda richiede l'individuazione di una base giuridica che la legittimi; a un primo sguardo, questo sembra reso molto difficoltoso data l'espunzione dell'articolo 38 dei *Draft Articles* del 1966 dal testo definitivo della Convenzione di Vienna, disposizione che prevedeva esplicitamente tale possibilità²³⁹.

²³⁹ ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 236.

L'articolo 38 trova le sue origini nelle discussioni nate sul diritto intertemporale, per poi confluire all'articolo 73, del terzo Report di Waldock del 1964, rubricato 'Effect of a later customary rule or of a later agreement on interpretation of a treaty' (ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a p. 53). La disposizione in oggetto recava i tre elementi dell'accordo successivo, della prassi successiva e della sopravvenuta regola consuetudinaria, in quanto strumenti utili ai fini dell'interpretazione del trattato. I tre elementi vengono poi riprodotti all'articolo 69A, introdotto nel corso dei dibattiti in seno alla CDI, quali mezzi modificativi del trattato. Si veda ILC, "769th Meeting: Law of Treaties", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 308-314, a p. 308; ILC, "770th Meeting: Law of Treaties", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 315-320, a p. 315. L'articolo 69A diviene il 68 nella bozza di articoli del 1964. L'articolo 68, rubricato 'Modification of a treaty by a subsequent treaty, by subsequent practice or by customary law', recitava: '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 that their provisions are

Ciò costituisce un'ulteriore e forte obiezione mossa alla valenza modificativa della prassi successiva, obiezione che, secondo alcuni autori, rappresenterebbe un ostacolo insormontabile all'esplicarsi di tale fenomeno²⁴⁰.

Il mancato inserimento di tale disposizione sembrerebbe infatti aver reso claudicante l'impianto della Convenzione di Vienna, che da un lato contempla l'ipotesi dell'accordo interpretativo e applicativo (31 (3) (a)), corredata dalla speculare disposizione legittimante la modifica (39)²⁴¹, e dall'altro omette di inserire l'articolo 38 DALT nella versione definitiva ad accompagnamento dell'articolo 31 (3) (b).

In realtà la base giuridica necessaria ai fini del riconoscimento della capacità modificativa della prassi successiva ben sussiste ed è costituita proprio da quest'ultimo. Come precisato nel paragrafo precedente, a tale norma, volutamente elastica, possono essere ricondotte tanto le prassi interpretative, quanto quelle modificative, stante la terminologia più ampia e vaga che caratterizza il testo della disposizione e che la distingue dalla rigidità del contiguo 31 (3) (a). In altre parole

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'* (*enfasi aggiunta*). ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 176-208, a p. 198. I commenti governativi e le riflessioni dello *Special Rapporteur* hanno progressivamente snaturato l'articolo 68, fino a condurlo alla formulazione dell'articolo 38 del DALT 1966. In particolare, venne espunta l'ipotesi della modifica operata da un trattato successivo, in considerazione del fatto che la regola coincideva con l'articolo 63 sull'applicazione di trattati con disposizioni fra loro incompatibili. Anche l'ipotesi di cui alla lettera c), ricadendo fuori dall'ambito della Convenzione sul diritto dei trattati, venne eliminata. La CDI all'866esimo incontro, limita l'ambito dell'articolo 68 alla modifica ad opera della sola prassi successiva. Alla fine della 18esima sessione nel 1966, la CDI completò la seconda e ultima lettura della bozza di articoli e la sottopose alla Conferenza degli Stati (che erano più di cento). L'articolo 38 venne discusso nel corso del 37esimo e 38esimo incontro della Conferenza ed espunto in quella sede con 53 voti a 15 e 26 astensioni. UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 207 e 210, par. 60.

²⁴⁰ KOHEN, "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 34-45, a p. 36-38; ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 175.

²⁴¹ "Articles 31, paragraph 3 (a), and 39, if read together, demonstrate that agreements that the parties reach subsequently to the conclusion of a treaty can interpret and amend or modify the treaty" ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 174.

l'articolo 38 DALT non sarebbe comunque servito, essendo sufficiente la dinamica natura dell'articolo 31 (3) (b).

Una conferma di quanto sinora affermato emerge dall'analisi di alcune delle motivazioni che, in sede di Conferenza di Vienna, hanno condotto alla bocciatura della disposizione sulla modifica a opera della prassi successiva. Una delle ragioni, che hanno spinto alcuni rappresentanti a votare contro l'inserimento dell'articolo 38 DALT, consiste proprio nella presunta inutilità della stessa norma nel quadro della Convenzione, atteso che la stessa non sarebbe stata altro che un mero duplicato dell'articolo 31 (3) (b). Il rappresentante della Finlandia si esprimeva ad esempio nei seguenti termini:

'Another reason for the Finnish amendment was that article 38 seemed to duplicate subparagraph 3(b) of article 27, under which subsequent practice in the application of the treaty which established the understanding of the parties regarding its interpretation was to be taken into account. That rule of interpretation in itself meant that a treaty could be modified by the practice of the parties and, in any case, the distinction between those two provisions of the draft was practically non-existent'²⁴².

In letteratura, molti autori giungono alla conclusione che l'esclusione dell'articolo 38 DALT dal testo definitivo significhi semplicemente che gli Stati non intendevano inserire tale questione nell'ambito applicativo della Convenzione sul diritto dei trattati²⁴³.

²⁴² UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 207.

²⁴³ BEDERMAN, *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, Athens, 2002, a p. 44; BUGA, *Modification of treaties* cit., a p. 132. In fondo la medesima sorte era toccata all'ipotesi per la quale 'a treaty provision can be modified, or even abrogated, by subsequent practice amounting to the creation of a new customary rule affecting the previous treaty provision'. Tale possibilità non è infatti analizzata dalla Convenzione di Vienna 'due to an explicit choice made by the International Law Commission to consider changes to treaties through subsequent custom as falling outside the scope of the law of treaties'. MILANO, "Russia's Veto in the Security Council: Whither the Duty to Abstain under Art. 27(3) of the UN Charter?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 75, 2015, a p. 215-231, a p. 225; ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274, a p. 236. In fondo si tratta di argomenti molto affini: la modifica della norma convenzionale a opera della prassi successiva,

Ciò risulta confermato dalle stesse parole dei rappresentanti in sede di Conferenza di Vienna che, pur votando per l'esclusione esplicitamente riconoscono la vigenza del fenomeno. Così il rappresentante dell'URSS affermava che 'it was true that that situation could arise, but it could not be reflected and legalized in a convention as important as that on the law of treaties. Such legalization would be incompatible with the purposes of the convention'²⁴⁴.

L'inserimento della norma, peraltro estremamente vaga²⁴⁵ e dunque probabilmente bisognevole di successivi interventi chiarificatori, avrebbe rischiato di istituzionalizzare un meccanismo di revisione che rimane e deve rimanere il più possibile informale²⁴⁶.

Secondo Maresca infatti, rappresentante italiano in sede di Conferenza sul diritto dei trattati, 'article 38 reflected a legal fact which had always existed. International law was not a slave to formalism and by reason of its nature must adapt itself to practical realities'²⁴⁷.

Villiger ritiene che l'esclusione dell'articolo dalla versione definitiva della Convenzione di Vienna non abbia sminuito l'importanza del processo di modifica a

priva di *opinio iuris*, può senz'altro rappresentare la fase embrionale della modifica consuetudinaria.

²⁴⁴ UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 210. Si veda anche l'intervento del rappresentante finlandese in sede di Conferenza sul diritto dei trattati: 'Mr Castren said that his delegation had submitted its amendment (A/CONF.39/C.1/L.143) to delete article 38 for the same reasons as had prompted it to propose the deletion of article 34, namely, that it did not regard it as expedient to deal in a convention on the law of treaties with the complex questions of relationships between customary and treaty law. UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 207.

²⁴⁵ Si veda quanto affermato dal rappresentante francese in sede di conferenza di Vienna: 'The commentary itself showed that the article was far from convincing; in fact it was so unclear that it could mean almost anything' UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 209.

²⁴⁶ Informale non significa discrezionale; significa elastico ma controllabile e certo. Infatti l'enucleazione dei requisiti per la rilevanza della prassi successiva di cui all'articolo 31 (3) (b) e la loro restrittiva analisi consentirebbero controllabilità del meccanismo e certezza del diritto e contestualmente impedirebbero che la valenza modificativa della prassi rischi di essere, dagli Stati, ora sostenuta ora denegata per assecondare motivi opportunistici e politici.

²⁴⁷ UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 211.

opera della prassi successiva, perchè 'the discussions do not cast doubt on the possibility of modification by subsequent practice'. In altre parole, anche i detrattori, pur chiedendo l'elisione dell'articolo, implicitamente o esplicitamente riconoscevano che il meccanismo si producesse, mostrando più che altro di rifiutarne l'istituzionalizzazione²⁴⁸.

Anche laddove taluno dovesse essere restio a riconoscere l'elasticità dell'articolo 31 (3) (b) come in grado di ricomprendere al suo interno la possibilità contemplata dall'articolo 38 DALT e dunque la trascurabilità della presenza di quest'ultimo nella Convenzione di Vienna, si aggiunge *a fortiori* come la prassi modificativa potrebbe comunque trovare copertura e legittimazione nel quadro vigente. Spesso infatti la distinzione tra prassi successiva di cui all'articolo 31 (3) (b) e accordo successivo di cui al 31 (3) (a) è vanescente, se non impossibile da tracciare²⁴⁹. Nonostante gli sforzi della CDI per individuare una differenza tra i due strumenti²⁵⁰,

²⁴⁸ VILLIGER, *Customary International Law and Treaties. A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 294 e 302. Infatti, l'inclusione dell'articolo avrebbe piuttosto condotto a 'less, rather than greater, flexibility in the attitude of States towards a treaty'. Così GREIG, *Intertemporality and the Law of Treaties*, British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2001, a p. 119. Nello stesso senso l'intervento del rappresentante del Vietnam in sede di Conferenza di Vienna, con riferimento all'articolo 38: UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 208.

²⁴⁹ Significativo anzitutto è il fatto che l'articolo 31 (3) (a) utilizzi il termine *agreement* e non invece il termine *treaty*. È arcinoto che l'espressione 'trattato' sia definita dalla stessa Convenzione di Vienna all'articolo 2 (1) (a) quale 'accordo internazionale concluso in forma scritta fra Stati e disciplinato dal diritto internazionale, contenuto sia in un unico strumento sia in due o più strumenti connessi e qualunque sia la sua denominazione'. La norma contiene dunque alcune formalità richieste perché la convenzione internazionale possa ricadere nell'ambito applicativo della Convenzione di Vienna, quali ad esempio la forma scritta. Tuttavia, sotto il profilo terminologico, va da subito chiarito come sussista una notevole elasticità: rientrano nella definizione gli 'incontri di volontà tra soggetti di diritto internazionale indipendentemente dalla definizione formale che viene fornita all'accordo in questione; le etichette giuridiche possono avere valore eventualmente descrittivo ma non certo normativo' (TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Vicenza, 2010, a pp.122-125).

Fatta tale doverosa precisazione, non sfugge invece come nessuna formalità sia prevista per i c.d. meri *agreements* né all'interno della Convenzione di Vienna (si vedano articoli 3, 24 (2), 39, 40, 58 (1), 60 (2) (a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), né nel diritto internazionale consuetudinario. Infatti l'articolo 31(3) (a) non prevede alcun particolare requisito formale, limitandosi all'utilizzo del termine *agreement*.

²⁵⁰ La CDI ha cercato di individuare una distinzione tra i due strumenti contemplati, ritenendo che essa risiederebbe nelle diverse forme che incorporano l'espressione della volontà delle parti. Un accordo successivo sub lettera a) avrebbe *ipso facto* l'effetto di costituire un mezzo di interpretazione autentica (in quanto già accordo); mentre una prassi successiva potrebbe avere quell'effetto solo qualora sia in grado di mostrare allo stesso tempo 'the common understanding of the parties as to the

la stessa finisce per riconoscere come, di fatto, ‘prassi’ e ‘accordo’ tendano a confondersi e non siano distinguibili²⁵¹.

La riluttanza della dottrina²⁵² e della giurisprudenza internazionali a tracciare una delimitazione non può che confermare tale sospetto. I tribunali infatti scelgono di utilizzare espressioni in grado di ricomprendere tanto la prassi successiva quanto l'accordo successivo²⁵³; lasciano la questione aperta evitando il riferimento particolare a un mezzo piuttosto che ad un altro²⁵⁴ oppure concepiscono l'accordo successivo alla stregua di una sottocategoria della prassi²⁵⁵.

Ciò premesso e atteso che 'articles 31, paragraph 3 (a), and 39, if read together, demonstrate that agreements that the parties reach subsequently to the conclusion of a treaty can interpret and amend or modify the treaty'²⁵⁶, qualora non sia possibile

meaning of the text' , ovvero qualora stabilisca “the agreement of the parties regarding its interpretation”. In altre parole, una differenza sarebbe rintracciabile nel modo più o meno gravoso di costituzione dell'accordo delle parti riguardante l'interpretazione di un trattato. ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2013, in UN Doc. GAOR, Sixty- eighth session Suppl. No.10 (A/68/10), pp. 9-48, a p. 23.

²⁵¹ ILC, "Report of International Law Commission *cit.*", 2013 (A/68/10), a p. 34.

²⁵² “In judicial practice, the existence of subsequent agreement as an interpretative factor is rarely found as such.[...] Finding a qualitative difference, in terms of effect, between subsequent agreements and subsequent practice is hardly possible.” ORAKHELASHVILI, *Interpretation cit.*, a p. 355; VAN DAMME, *Treaty Interpretation cit.*, a p. 340.

²⁵³ In *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, la CIG utilizza l'espressione "subsequent attitudes" per indicare indistintamente accordo e prassi successivi. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, ICJ Reports, 1994, a pp. 34 e ss., par. 66 e ss.. Nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros project* la Corte internazionale di Giustizia parla di ‘subsequent positions’, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs Slovakia)*, ICJ Reports, 1997, a p. 77, par 138; si veda anche *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, ICJ Reports, 1995, p. 122, par 28 (“subsequent conduct”).

²⁵⁴ Nel caso *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, la CIG lascia aperta la questione se l'utilizzo di una mappa possa costituire accordo o prassi. *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, ICJ Reports, 2002, a p. 656, par. 61. L'organo d'appello e i *panels* del WTO spesso non distinguono tra prassi e accordo e richiamano la disposizione come fosse un *unicum* (articolo 31 (3) (a) e (b)). *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, WTO Appellate Body Report, WT/DS204/R , adottato l'1 giugno 2004, e *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, adottato il 20 aprile 2005.

²⁵⁵ *Kasikili/Sedudu Island*, ICJ Reports, 1999, a par. 63. *Contra*, nel senso di un orientamento più restrittivo, improntato sull'esistenza di un discrimine tra i due mezzi, si veda ad esempio *C.C.F.T. v. United States*, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Award on jurisdiction, 2008.

²⁵⁶ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy- first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 174. MURPHY, "The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties", in NOLTE, *Treaties and*

individuare una chiara distinzione tra prassi e accordo, la prassi modificativa potrà trovare copertura e legittimazione anche nello stesso articolo 39 della Convenzione²⁵⁷.

In conclusione, l'elisione dell'articolo 38 dalla versione finale della Convenzione di Vienna può essere ricondotta a un duplice ordine di ragioni: la prima relativa al fatto che la disposizione si sarebbe sovrapposta a temi, implicitamente o esplicitamente già affrontati dalle altre disposizioni; la seconda riferita al fatto che la codificazione di una norma sulla modifica ad opera della prassi successiva sarebbe risultata troppo azzardata e difficile da approcciare a quel tempo. Si scelse dunque di non istituzionalizzare il fenomeno, anche perché in molti ritenevano che l'articolo 38 fosse 'merely a corollary' to current VCLT Article 31 (3) (b), which was adopted as part of the Convention by a unanimous vote²⁵⁸.

3.2.3. La modifica pone a rischio il super-principio²⁵⁹ del pacta sunt servanda e comunque gli accordi ex 31 (3) (a) e (b) non sono vincolanti

In sede di Conferenza di Vienna, alcuni dei rappresentanti, anche se molto osteggiati²⁶⁰, sostennero che il processo di modifica ad opera della prassi successiva

Subsequent Practice, Oxford University Press, Oxford, 82-94, a p. 88.

²⁵⁷ Nello stesso senso ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.9, 2010, p.443 e ss., *passim*.

²⁵⁸ VILLIGER, *Customary International Law and Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, a p. 302; in senso conforme BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018, a pp. 131-132. VOICU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Pedone, Parigi, 1968, a p. 94.

²⁵⁹ Secondo la teoria realistica di Quadri, il fondamento dell'obbligatorietà delle regole giuridiche internazionali, risiederebbe nella volontà del corpo sociale (gli Stati considerati *uti universi*, come collettività), costituita dalle forze prevalenti della comunità internazionale'. Tali forze vincolano la comunità internazionale al rispetto e all'attuazione coercitiva delle due norme fondamentali (principi formali o super-principi): *Consuetudo est servanda* e *pacta sunt servanda*. Esse costituiscono il fondamento ultimo di obbligatorietà di tutte le altre norme internazionali. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Liguori Editore, Napoli, 1968, a pp. 25 ss e 119.

²⁶⁰ Sul punto si vedano i seguenti interventi UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 211, par. 8 (Iraq), par. 22 (Italia), p. 213-214, par. 49 (Cambogia), par. 51 (Argentina); par. 55 (Waldock).

avrebbe messo in pericolo il principio del *pacta sunt servanda*. In particolare il delegato francese e quello statunitense asserivano che l'articolo 38 avrebbe costituito una 'quasi-violation of the principle *pacta sunt servanda*'²⁶¹.

A tali critiche, lo Special Rapporteur Waldock rispondeva che

'[t]he 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'²⁶².

In altre parole tale obiezione è erronea, poichè non tiene in conto del fatto che qualunque modifica dovuta alla prassi successiva si fonda e trova la propria giustificazione nell'accordo delle parti e naturalmente sul principio di buona fede. Il principio in questione ne risulta semmai rafforzato, poichè le parti saranno costrette a tenere fede alle posizioni assunte in punto di diritto con riferimento al trattato²⁶³.

La CDI dal canto suo, pur ammettendo che la modifica a opera della prassi successiva non ponga particolari problemi di compatibilità col principio del *pacta sunt servanda*, ritiene però che 'the stability of treaty relations may be called into question if an informal means of identifying agreement as subsequent practice could easily modify a treaty'²⁶⁴.

²⁶¹ UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 211, par. 22 (Italia), p. 210, par. 6 (Stati Uniti), p. 208, par. 63 (Francia).

²⁶² *Ibidem*, a p. 214, par 55.

²⁶³ Waldock precisamente puntualizzava come i detrattori non tenessero in opportuna considerazione il sintagma finale dell'articolo 38, recante 'establishing the agreement of the parties to modify its provisions'. *Ivi*.

²⁶⁴ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 179.180. Nello stesso senso, con particolare riferimento ai trattati che determinano i confini, KOHEN, "*Utī possidetis*, prescription et pratique

Tale preoccupazione pare a chi scrive quanto mai sterile alla luce del fatto che la prassi successiva deve sottostare alla nutrita serie di requisiti previsti ai sensi dell'articolo 31 (3) (b), enucleati nel corso del primo capitolo della trattazione e dai quali emerga inequivocabilmente l'accordo di tutte le parti. Ciò rende maggiormente controllabile il fenomeno, che già nella realtà del diritto internazionale si esplica, contribuendo semmai proprio a fortificare la stabilità e l'effettività delle relazioni tra le parti poste in essere dal trattato e non a indebolirle, garantendo una maggiore certezza del diritto e una maggiore effettività.

Altra obiezione sollevata in dottrina, che invece rischia di minare proprio il principio del *pacta sunt servanda*, verte sull'affermazione che l'accordo successivo e la prassi successiva ai sensi rispettivamente dell'articolo 31 (3) (a) e (b) non sarebbero in alcun caso vincolanti. Da tale considerazione viene poi tendenzialmente fatta discendere l'incapacità di tali strumenti non vincolanti di modificare il trattato a cui si riferiscono²⁶⁵.

La CDI giustifica la propria posizione, asserendo come 'a "subsequent agreement" under article 31, paragraph 3 (a), "shall" only "be taken into account" in the interpretation of a treaty. Therefore, it is not necessarily binding²⁶⁶.

Il fatto che l'accordo o la prassi debbano solo 'essere presi in considerazione' ai fini dell'interpretazione indica semplicemente come non vi sia, tra i mezzi di interpretazione, alcuna gerarchia giuridica; l'interpretazione, come più

subséquente à un traité dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice", in *German Yearbook of International Law*, Vol. 43 (2000), pp. 253 e ss., a p. 274.

²⁶⁵ "The character of subsequent agreements and subsequent practice of the parties under article 31, paragraph 3 (a) and (b), as "authentic means of interpretation" does not, however, imply that these means necessarily possess a conclusive, or legally binding, effect". ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 133. In senso conforme FOX, "Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili Sedudu Island Case*", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, pp. 59-74, a pp. 61- 62; CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruylant, Bruxelles, 2013, a pp. 313-315. Secondo Linderfalk solo gli accordi e la prassi successivi aventi carattere modificativo sarebbero vincolanti, avrebbero effetti giuridici; mentre la prassi interpretativa è semplicemente un mezzo di interpretazione e può avere effetti giuridici a seconda dei possibili conflitti con gli altrime strumenti di interpretazione. LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 168. Così, SOREL, BORÉ EVENO, "Article 31", in CORTEN, KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804-837, a p. 825.

²⁶⁶ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice (2016) *cit.*", a pp. 133-134.

approfonditamente analizzato nel corso del primo capitolo, consiste in una *single combined operation*, nella quale è necessario ponderare i diversi strumenti interpretativi, valutando i conflitti che ne possono derivare. L'interprete dunque applicherà in buona fede una gerarchia logica, ricorrendo al mezzo più pertinente nel caso di specie. Ciò non ha evidentemente a che fare con la vincolatività dell'accordo successivo. Inoltre, tendenzialmente laddove presenti e attinenti gli accordi successivi e la prassi successiva saranno tenuti in principale considerazione²⁶⁷.

Non riconoscere valore vincolante agli accordi ex articolo 31 (3) (a) e (b) significa aprire la strada a violazioni del principio di buona fede e dell'affidamento del terzo; significa che uno Stato potrà assumere posizioni in punto di diritto salvo poi avvantaggiarsene negandole, finendo per svuotare di significato sostanziale proprio il brocardo *pacta sunt servanda*.

L'espressione 'trattato' è definita dalla stessa Convenzione di Vienna all'articolo 2 (1) (a) quale 'accordo internazionale concluso in forma scritta fra Stati e disciplinato dal diritto internazionale, contenuto sia in un unico strumento sia in due o più strumenti connessi e qualunque sia la sua denominazione'. La norma contiene dunque alcune formalità richieste perché la convenzione internazionale possa ricadere nell'ambito applicativo della Convenzione di Vienna, quali ad esempio la forma scritta. Gli articoli 31 (3) (a) e (b), invece, si riferiscono a un generico accordo, privo di formalità.

Tuttavia il diritto internazionale e la Convenzione di Vienna, in particolare, non prevedono una gerarchia fra trattati; pertanto non vi è ragione per cui un accordo informale (ad esempio quello ex 31 (3) (a) o (b)) debba valere meno di uno formale,

²⁶⁷ Waldock precisava come 'Subsequent practice when it is consistent and embraces all the parties would appear to be decisive of the meaning to be attached to the treaty, *at any rate* when it indicates that the parties consider the interpretation to be binding upon them. In these cases, subsequent practice as an element of treaty interpretation and as an element in the formation of a tacit agreement overlap and the meaning derived from the practice becomes an authentic interpretation established by agreement.' ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a p. 60, par. 25. Si aggiunga infine che per stessa ammissione della CDI, 'it is often difficult to draw a distinction between agreements of the parties under a specific treaty provision that attributes binding force to subsequent agreements, simple subsequent agreements under article 31, paragraph 3 (a), which are not binding as such, and, finally, agreements on the amendment or modification of a treaty under articles 39 to 41'. ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice (2016) *cit.*", a p. 174.

concluso con i canoni previsti dal trattato sui trattati del 1969²⁶⁸. Inoltre la Convenzione di Vienna non include nella definizione di trattato e accordo gli effetti giuridici che essi debbano produrre in quanto tali, questo poichè, in fase di redazione, la CDI e i rappresentanti in sede di Conferenza ritennero che l'aspetto fosse già assodato nel diritto internazionale generale, ovvero già espresso dal principio *pacta sunt servanda*²⁶⁹.

In altre parole, a parere di chi scrive, sussisterebbe una sorta di presunzione di vincolatività degli accordi in generale, e di quelli ai sensi del 31 3 (a) e (b), in particolare²⁷⁰. Gli accordi tra le parti dovrebbero essere sempre vincolanti, salvo vi sia diversa espressa disposizione in senso contrario²⁷¹.

A conferma di ciò, in giudizi relativamente recenti, la Corte Internazionale di Giustizia, anche di fronte alla chiara (espressa o comunque manifesta) intenzione delle parti a produrre intese di *soft law*, non definisce automaticamente un accordo come non vincolante, seppur informale, bensì lo analizza in profondità come dovesse superare la predetta presunzione²⁷².

Infine, se anche non si volesse accedere alla tesi che gli accordi ex articoli 31 (3) (a) e (b) sono vincolanti a tutti gli effetti, non è possibile sottrarsi dal riconoscere come anche i c.d. *non-binding agreements*, costituenti *soft-law*, producano effetti

²⁶⁸ LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007, a p. 137-139. *Contra* si veda CRAWFORD, "A Consensualist interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 29-33, a p. 31.

²⁶⁹ GAUTIER, "Non binding Agreements", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par. 2.

²⁷⁰ Gli accordi ex art. 31 (3) (a) e (b) sono 'particularly reliable, but it is also endowed with binding force' VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2009, a p. 429; VILLIGER, "The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The 'crucible' intended by the International Law Commission", in CANNIZZARO, *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 105-122, a p. 111; Gardiner, *Treaty Interpretation* cit., a p. 34; DÖRR, "Article 31", in DÖRR, SCHMALENBACH (esd.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, Springer, Berlino, 2012, pp. 521-570, a pp. 553-554; SKUBISZEWSKI, "Remarks on the interpretation of the United Nations Charter", in BERNHARDT, GECK, JAENICKE, STEINBERGER (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Springer, Berlino, 1983, pp. 891-902, a p. 898.

²⁷¹ KLABBERS, *The Concept of Treaties in International Law*, Kluwer Law International, L'Aia, 1996, a pp. 254-257; similamente con riferimento alla modifica TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi Fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, a p. 402.

²⁷² *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (Qatar v Bahrain) (Jurisdiction and Admissibility), ICJ Reports, 1994, p. 112; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), ICJ Reports 2002, a p. 303.

giuridicamente rilevanti discendenti proprio dal principio fondante e costituzionale del sistema del diritto internazionale quale quello di buona fede²⁷³.

In conclusione, la vincolatività degli accordi ai sensi degli articolo 31 (3) (a) e (b) e 39 della Convenzione di Vienna, sia interpretativi che -a maggior ragione- modificativi, dovrebbe ritenersi presunta, salvo la volontà delle parti manifestamente non propenda per l'assenza di vincolatività. Anche in tale ultimo caso, comunque è innegabile come vengano a prodursi effetti giuridici legati al principio di buona fede.

3.2.4. Non è possibile distinguere tra interpretazione e modifica

Tra i sostenitori della valenza modificativa della prassi successiva, si è fatta strada la tesi in forza della quale la modifica avverrebbe ai sensi dell'articolo 31 (3) (b) stante l'impossibilità di individuare una distinzione tra prassi successiva meramente interpretativa e prassi successiva modificativa. Chi appoggia tale assunto finisce per ricondurre quindi la modifica nell'alveo dell'interpretazione, insistendo sul valore creativo di quest'ultima.

Nonostante anche chi scrive creda che la prassi modificativa possa trovare copertura giuridica nell'articolo 31 (3) (b) (o al massimo nel combinato disposto di cui all'articolo 31 (3) (a), (b) e 39, quando non sia possibile distinguere tra accordo e prassi), l'equiparazione delle ipotesi di modifica a quelle di mera di interpretazione non può che svuotare di significato la tesi della capacità modificativa della prassi successiva, introducendo una falsificazione o comunque un eccesso di semplificazione.

Invero una distinzione è tracciabile²⁷⁴. L'interpretazione, anche attraverso le tecniche più creative ed evolutive, può disvelare un significato implicito ricorrendo a

²⁷³ Si pensi al c.d. effetto liceità con riferimento alle risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite legittimamente adottate. Si tratta di un effetto giuridico autonomo prodotto dalle medesime e consistente in una presunzione di legittimità del comportamento ad esse conforme. L'effetto liceità è coniato dalla dottrina coniugando il principio di buona fede con quello di collaborazione degli Stati membri dell'ONU al perseguimento dei propri fini statutari. In generale si veda TANZI, *Introduzione al Diritto Internazionale contemporaneo*, Cedam, Vicenza, 2016, a pp. 172-173.

²⁷⁴ LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties*, cit., a pp. 168-169; VENZKE, *How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press, Oxford, 2012; ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, a p. 288-289.

un approccio teleologico, ampliare o ridurre il campo di applicazione di determinati termini, ma non può mai contraddire il testo del trattato. La modifica introduce qualcosa di nuovo, di diverso, di incompatibile²⁷⁵ e può addirittura risultare in una violazione. La prassi modificativa in altre parole possiede una natura antinomica: è di fatto *contra legem* ma al tempo stesso ha forza creatrice di diritto, costituendo eccezione al principio *ex iniuria ius non oritur*. Ciò deriva dal fatto che 'states are not only subjects of the law, but also the law-creating agencies. In this capacity States may legalize any acts, including acts which initially constitute breaches to the existing law'²⁷⁶.

Non si tratta di un procedimento sconosciuto al diritto internazionale, poichè lo stesso avviene nel caso di ricambio di regole consuetudinarie: almeno nella fase iniziale del processo, la prassi indirizzata alla formazione della nuova consuetudine, ovviamente accompagnata da conforme *opinio iuris*, sarà costituita da comportamenti in violazione della consuetudine precedente²⁷⁷. La CIG pare condividere tali considerazioni; in *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua*, la Corte ha infatti sottolineato come '[r]eliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle might, if shared in principle by other States, tend towards a modification of customary international law'²⁷⁸.

Infine, volgendo uno sguardo al diritto positivo, si nota come con riferimento ad altri istituti della materia, la distinzione tra modifica e interpretazione sia in realtà nota e generalmente condivisa: basti pensare alla differenziazione tra riserva al trattato e mera dichiarazione interpretativa.

Il tema delle riserve peraltro è stato oggetto di lungo studio da parte della CDI, che ha prodotto report annuali nel 1950 e poi dal 1995 al 2010.

La CDI definisce la dichiarazione interpretativa come

'a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or an international organization, whereby that State or that

²⁷⁵ VENZKE, a p. 236; NASCIMENTO, SILVA, "Le Facteur Temps e les Traités", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 154 (1977), pp. 215-298, a p. 269.

²⁷⁶ CZAPLIŃSKI, DANILENKO, "Conflicts of Norms in International Law", in *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 21 (1990), pp. 3-42, a p. 29.

²⁷⁷ "The change in existing customary law by custom presupposes the emergence of new State practice which conflicts with the established rules and is accompanied by new *opinio iuris*'. *Ivi*.

²⁷⁸ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States Of America), ICJ Reports 1986, al par. 207.

organization purports to *specify or clarify the meaning or scope* of a treaty or of certain of its provisions²⁷⁹.

Dopodichè espressamente distingue i due istituti, specificando come si differenzino per gli effetti che producono e indicando un metodo per determinare il carattere di un *unilateral statement*, facendo ricorso proprio alle regole sull'interpretazione²⁸⁰.

Aldilà del fatto che i criteri proposti siano o meno dirimenti e di aiuto, è interessante notare come una distinzione vi sia, sia stata tracciata, studiata e riconosciuta a livello dottrinale e giurisprudenziale. Non vi sarebbero pertanto ragioni di diversificare l'approccio, con riferimento all'ambito della prassi interpretativa e modificativa, forzando l'ambito della prima per farvi rientrare ciò che interpretazione non è²⁸¹.

Proprio con riferimento a tale ultimo concetto e a conferma di quanto finora esplicitato, un avvertimento dovrebbe essere dato con riguardo al c.d. effetto utile nell'interpretazione dei trattati. Questa tecnica interpretativa infatti potrebbe ben prestarsi a essere deformata, per farvi rientrare il concetto di modifica della disposizione. È invece necessario tenere a mente le parole del giudice Lauterpacht nel caso *Admissibility of Hearings of Petitioners*, il quale, nella sua *Separate Opinion*, specificò che

'[i]t is a sound principle of law that whenever a legal instrument of continuing validity cannot be applied literally owing to the conduct

²⁷⁹ Enfasi aggiunta. ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-third session", 2011, in UN Doc. GAOR, Sixty-sixth session Suppl. No.10 (A/66/10), pp. 12-51, a p. 21.

²⁸⁰ *'Method of determining the distinction between reservations and interpretative declarations.* To determine whether a unilateral statement formulated by a State or an international organization in respect of a treaty is a reservation or an interpretative declaration, the statement should be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms, with a view to identifying therefrom the intention of its author, in light of the treaty to which it refers. - *Phrasing and name.* The phrasing or name of a unilateral statement provides an indication of the purported legal effect. - *Formulation of a unilateral statement when a reservation is prohibited.* When a treaty prohibits reservations to all or certain of its provisions, a unilateral statement formulated in respect of those provisions by a State or an international organization shall be presumed not to constitute a reservation. Such a statement nevertheless constitutes a reservation if it purports to exclude or modify the legal effect of certain provisions of the treaty, or of the treaty as a whole with respect to certain specific aspects, in their application to its author'. *Ivi.*

²⁸¹ Vale solo la pena notare come, a livello più sostanziale, la dichiarazione interpretativa possa al massimo creare delle legittime aspettative, poichè, anche se effettuata in forma congiunta da più stati, rimane una dichiarazione unilaterale, manca l'aspetto dell'accordo, presente invece nella prassi successiva. Forse si potrebbe pensare che qualora la dichiarazione sia adottata all'unanimità, mostrando così i caratteri dell'accordo, potrebbe essere equiparata all'articolo 31 (2) (a) ovvero a un accordo concluso contestualmente alla conclusione del trattato. Se l'equiparazione fosse ammissibile, sarebbe vincolante per tutte le parti, nel senso reso palese nel paragrafo precedente, ovvero nel senso che le parti dovranno comportarsi in senso conforme all'interpretazione resa e, ai fini interpretativi, qualora pertinente sarà presa in considerazione con precedenza dall'interprete.

of one of the parties, it must [...] be applied in a way approximating most closely to its primary object. To do that is to interpret and to give effect to the instrument - not to change it²⁸².

Se da un punto di vista giuridico concettuale la distinzione deve essere tenuta in considerazione, da un punto di vista prettamente pratico, essa perde un poco di rilevanza, poichè l'effetto che si produrrà non sarà differente a seconda che sia posta in essere un'interpretazione o una modifica, atteso che entrambe saranno frutto dell'accordo di tutte le parti del trattato espresso da un prassi uniforme, univoca e relativa al trattato²⁸³. Chiaramente, in caso di prassi modificativa l'analisi dei requisiti di cui all'articolo 31 (3) (b) dovrà essere ancora più restrittiva e pedissequa, dato il maggiore impatto della medesima sugli obblighi e i diritti dedotti nel trattato.

3.3. Pars Construens: elementi a favore della configurabilità giuridica

Dalla *pars destruens* del ragionamento possono essere tratte considerazioni rilevanti ai fini dell'indicazione propositiva di una possibile base giuridica legittimante il fenomeno in analisi, affinché esso da fatto, esplicantesi in concreto, possa tradursi in un fenomeno giuridico, con tutti i benefici che ne conseguono. Ciò infatti rafforzerebbe l'effettività del diritto in tale contesto, valorizzando la relatività dello stesso, ovvero la caratteristica che sta a indicare come le norme risentano delle esigenze e dei diversi e nuovi problemi che lo sviluppo della società internazionale impone.

Dal tentativo volto al superamento delle obiezioni alla configurabilità giuridica della valenza modificativa della prassi è anzitutto emerso come il principio del *pacta sunt servanda* non risulti minato, ma al più ne esca rafforzato.

Ancora è risultata chiara la non necessarietà della presenza all'interno della Convenzione dell'espunto articolo 38 dei DALT. Ciò poichè la configurazione dell'articolo 31 (3) (b) è più elastica e ampia di quella dell'articolo 31 (3) (a), che disciplina gli accordi interpretativi e applicativi (nel senso tecnico e canonico del

²⁸² *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, (Advisory Opinion), ICJ Reports 1956, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, a p. 46.

²⁸³ GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2015, a p. 275-276.

termine, incompatibile con l'ipotesi della modifica) e che pertanto necessita di una disposizione di accompagnamento per legittimare la modifica (ovvero l'articolo 39). La formulazione del 31 (3) (b) invece è più vaga e, analizzando i dibattiti in seno alla Conferenza sul diritto dei trattati, che hanno condotto all'espunzione dell'articolo 38 DALT dal testo definitivo, pare proprio che ciò corrispondesse alla volontà originaria delle parti: esse infatti temevano che la disposizione specifica per la prassi modificativa si sarebbe sovrapposta a temi, implicitamente o esplicitamente, già affrontati da altre disposizioni e che la codificazione di una norma sulla modifica ad opera della prassi successiva sarebbe risultata troppo azzardata e difficile da approcciare a quel tempo, oltre che non pertinente nel quadro generale delineato dalla Convenzione di Vienna. Quest'ultima infatti non disciplina nemmeno l'ipotesi concernente la modifica di una disposizione del trattato "by subsequent practice amounting to the creation of a new customary rule"²⁸⁴; anche in questo caso ciò discende da una precisa ed esplicita scelta fatta dalla CDI di non considerare come compresi nell'ambito applicativo della Convenzione i cambiamenti dovuti al processo di modifica consuetudinaria del trattato²⁸⁵, di cui la prassi successiva, ancora priva di *opinio iuris* ma riferita alla disposizione convenzionale, può costituire la fase embrionale.

Infine, ma solamente *a fortiori*, il fatto che spesso non sia possibile individuare una distinzione tra accordo successivo ai sensi della lettera (a) e prassi successiva ai sensi della lettera (b)²⁸⁶, del terzo paragrafo dell'articolo 31, concede un'ulteriore possibilità di copertura giuridica della valenza modificativa della prassi. Infatti, essa potrà essere ricondotta anche all'articolo 39, laddove appunto non sia distinguibile dall'accordo successivo. In altre parole se il 31 (3) (a), letto in combinato con la articolo 39, garantisce la valenza modificativa dell'accordo e se contestualmente non è possibile distinguere la lettera (a) dalla lettera (b), allora anche la lettera (b), per la proprietà transitiva, potrà beneficiare dell'articolo 39.

²⁸⁴ MILANO, "Russia's Veto in the Security Council: Whither the Duty to Abstain under Art. 27(3) of the UN Charter?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 75, 2015, a p. 215-231, a p. 220-221.

²⁸⁵ WOUTERS, VERHOEVEN, "Desuetudo", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, par. 11-12.

²⁸⁶ Si rinvia Capitolo I, par. 10.2..

3.3.1. Reviviscenza della consuetudine preesistente?

L'articolo 38 trova le sue origini nelle discussioni nate sul diritto intertemporale, per poi confluire all'articolo 73, del terzo Report di Waldock del 1964, rubricato 'effect of a later customary rule or of a later agreement on interpretation of a treaty'²⁸⁷. La disposizione in oggetto recava i tre elementi dell'accordo successivo, della prassi successiva e della sopravvenuta regola consuetudinaria, quali strumenti utili ai fini dell'interpretazione del trattato. I tre elementi vennero poi riprodotti all'articolo 69A, introdotto nel corso dei dibattiti in seno alla CDI, quali mezzi in grado di modificare il trattato²⁸⁸. L'articolo 69A diviene il 68 nella bozza di articoli del 1964. L'articolo 68, rubricato 'Modification of a treaty by a subsequent treaty, by subsequent practice or by customary law', recitava:

"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 that their 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"²⁸⁹.

La CDI, all'866esimo incontro, limitò poi l'ambito dell'articolo 68 alla modifica ad opera della sola prassi successiva, definendo il testo dell'articolo 38 DALT cui ci si è sempre riferiti. Alla fine della 18esima sessione nel 1966, la CDI completò la seconda e ultima lettura della bozza di articoli e la sottopose alla Conferenza degli Stati (che erano più di cento). L'articolo 38 venne discusso nel corso del 37esimo e 38esimo incontro della Conferenza ed espunto in quella sede con 53 voti a 15 e 26 astensioni²⁹⁰.

²⁸⁷ ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 and Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66, a p. 53

²⁸⁸ Si veda ILC, "769th Meeting: Law of Treaties", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 308-314, a p. 308; ILC, "770th Meeting: Law of Treaties", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 315-320, a p. 315.

²⁸⁹ *Enfasi aggiunta*. ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 176-208, a p. 198.

²⁹⁰ UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. First and second session", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969, p. 207 e 210, par. 60.

Ciò che maggiormente colpisce è come all'interno della CDI nei dibattiti per la redazione dei *Draft Articles* del 1964 non sia mai stato sollevato alcun dubbio sul concetto di modifica a opera della prassi successiva²⁹¹. Parimenti, i rappresentanti governativi si pronunciarono sulla bozza di articoli del 1964, senza contestare in alcun modo il contenuto della disposizione sulla valenza modificativa della prassi successiva²⁹².

Adirittura gli Stati Uniti espressamente riconobbero come l'articolo 68 (b) (poi 38 DALT del 1966) riflettesse 'a long-standing and widely accepted practice', salvo poi divenire, nella conferenza del 1968, tra i maggiori detrattori della disposizione²⁹³.

In effetti parte della dottrina è giunta alla medesima conclusione, affermando che 'the negotiating States simply did not wish to address this question in the 1969 Vienna Convention' e che 'treaties can, as a general rule under the customary law of treaties, indeed be modified by subsequent practice that establishes the agreement of the parties to that effect'²⁹⁴.

In questi termini ci si può chiedere se si possa parlare di reviviscenza, intesa come conferimento di nuova forza, della norma consuetudinaria codificata dall'articolo 38 DALT, dovuta al coagularsi di una rinnovata -seppur mai sopita completamente- prassi degli Stati in tal senso orientata.

L'ipotesi di una rivitalizzazione e riattualizzazione della consuetudine già esistente ante Convenzione di Vienna pare sicuramente percorribile, tuttavia sembra a chi scrive più opportuno riferirsi per ora, quale fondamento giuridico, alla disposizione convenzionale di cui all'articolo 31 (3) (b), piuttosto che alla consuetudine

²⁹¹ VILLIGER, *Customary International Law and Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, a p. 294.

²⁹² ILC, "Sixth Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/186 and Add.1-7), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 51-104, a p. 89.

²⁹³ *Ivi*.

²⁹⁴ ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-first session Suppl. No.10 (A/71/10), a p. 175. SINCLAIR, *The Vienna Convention* cit., a p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* cit., pp. 275-280; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2009, a p. 432; AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, a p. 213; DISTEFANO, "La pratique subséquente des États parties à un traité", in *Annuaire français de droit international*, Vol. 40, 1994, pp. 62-67; SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, a p. 934.

preesistente, poichè i tempi non appaiono ancora maturi per valutare quali siano gli effetti della prassi successiva relativa all'articolo 31 (3) (b) sulla consuetudine preesistente. In particolare le condotte e i rilievi raccolti sul tema appaiono carenti dal punto di vista dell'*opinio iuris*, nonchè non sufficientemente uniformi dal punto di vista dell'elemento dell'*usus* o *diuturnitas*, per poter incidere non solo sull'articolo 31 (3) (b), ma anche sulla consuetudine preesistente.

La direzione è certamente tracciata, ma, per ora, la portata modificativa della prassi successiva potrà continuare a trovare solida copertura giuridica nell'elastica disposizione di cui al 31 (3) (b), prospettando un ravvivamento *de facto* dell'articolo 38 DAIT precedentemente espunto e della consuetudine pre-Convenzione di Vienna, che comunque rivivono nelle vigenti disposizioni della Convenzione e nell'articolo 31 (3) (b) in particolare.

CONCLUSIONI

L'analisi della prassi successiva, condotta procedendo secondo una sorta di gradazione ascendente, ha consentito di indagare tutte le sue potenzialità: quale mezzo interpretativo, quale figura supportante un'interpretazione dinamica e infine quale strumento modificativo della disposizione convenzionale, cui è riferito.

Il valore della prassi successiva come mezzo di interpretazione dei trattati è consolidato e innegabile, in considerazione del fatto che essa evidenzia quale sia il significato che le parti hanno attribuito alla disposizione (interpretazione autentica). La rilevanza della prassi successiva, quale fattore di interpretazione *ex* articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, è infatti da lungo riconosciuta e confermata dall'ampio ricorso che ne viene fatto da parte dei tribunali internazionali e degli altri organi di risoluzione delle controversie. L'utilizzo dello strumento richiede un approccio rigoroso da parte dell'interprete: perché una condotta possa assurgere a prassi successiva rilevante ai sensi dell'articolo 31 (3) (b), infatti, essa deve possedere, a esito di una rigorosa verifica, tutti i requisiti enucleati dall'articolo menzionato e delineati nei loro contorni dalla dottrina e dalla giurisprudenza internazionali.

Le esigenze di adattamento del testo del trattato al trascorrere del tempo e al subentrare di nuove circostanze sono poi specificamente soddisfatte dagli strumenti interpretativi in grado di assolvere a un'interpretazione dinamica. L'interpretazione sulla scorta della prassi successiva, così come quella evolutiva di un termine generico, garantiscono l'evoluzione del trattato, riportandosi a due momenti diversi della vita del medesimo: con la prima le parti assumono -con maggiore o minore consapevolezza- *ab initio* che il loro trattato, o un termine di esso, sia in grado di evolvere nel tempo, rimanendo efficace di fronte ai mutamenti delle condizioni. Con la seconda invece le parti decidono a uno stadio più avanzato di reinterpretare il loro trattato, indipendentemente dalle loro intenzioni originali. I due strumenti possono utilmente ed efficacemente interagire fra loro e supportarsi confermando i reciproci approdi, pur rimanendo, da un punto di vista prettamente concettuale, figure distinte per fondamento giuridico, struttura ed effetti. Solo la prassi successiva infatti è in

grado di valorizzare l'evoluzione al punto di travalicare i confini dell'interpretazione, potendo esplicitare portata modificativa della disposizione cui si riferisce.

Raggiungendo quindi l'apice del *climax* recante le potenzialità dello strumento della prassi successiva, è stato affrontato l'aspetto sicuramente più problematico, costituito dalla valenza sospensiva e modificativa della prassi successiva, espressione dell'accordo di tutte le parti del trattato e caratterizzata da tutti i requisiti contemplati dall'articolo 31 (3) (b) della Convenzione di Vienna, restrittivamente e fedelmente valutati. L'analisi delle ipotesi di prassi modificativa, o sospensiva, ha consentito di confermare come il fenomeno trovi piena esplicazione *de facto*. Esso si manifesta con specifiche declinazioni e caratteristiche, a seconda del settore del diritto internazionale nel quale si produce. La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia rivela, quando opera pronunciandosi sull'interpretazione di altri trattati e non sul proprio istitutivo, un approccio sempre meno timido, che tuttavia al momento si limita ad affrontare la questione della valenza modificativa della prassi successiva in modo indiretto, desumibile *a contrario* oppure tramite *obiter dicta*¹. Nel contesto dei trattati che determinano i confini, il rilievo della prassi modificativa, effettuato dalla Corte, deve bilanciare tale possibilità col rispetto del principio di stabilità dei confini: se da un lato infatti l'eventualità della modifica ad opera della

¹ La forza e l'autorevolezza degli *obiter dicta* sono innegabili e parimenti indiscutibile è il loro contributo al processo di evoluzione del diritto internazionale: essi possono diventare la *ratio decidendi* di futuri giudizi. Rivelatrici in questo senso sono le parole di Fitzmaurice, rese nella *Separate Opinion in Barcelona Traction case*: 'In addition, there are a number of particular matters, not dealt with or only touched upon in the Judgment of the Court, which I should like to comment on. Although these comments can only be in the nature of *obiter dicta*, and cannot have the authority of a judgment, yet since specific legislative action with direct binding effect is not at present possible in the international legal field, judicial pronouncements of one kind or another constitute the principal method by which the law can find some concrete measure of clarification and development. I agree with the late Judge Sir Hersch Lauterpacht that it is incumbent on international tribunals to bear in mind this consideration, which places them in a different position from domestic tribunals as regards dealing with-or at least commenting on-points that lie outside the strict *ratio decidendi* of the case'. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ICJ Reports, 1970, (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice), p. 64, par. 2. Secondo Fitzmaurice, nel sistema giuridico internazionale, che difetta di un legislatore, il ruolo dei giudici non risiede solo nel chiarire il diritto, ma anche nel contribuire a promuoverne lo sviluppo. I giudici internazionali devono 'dire più di quello che è richiesto' nel rendere una decisione, promuovendo il c.d. *judicial maximalism*. Solitamente poi le *Separate Opinions*, rese dai giudici non del tutto dissenzienti, ovvero inclusi della maggioranza richiesta per l'approvazione della decisione, hanno la capacità di supportare l'*obiter dictum*.

Si veda GALAND, "Judicial Pronouncements in International Law: The Arrest Warrant Case *Obiter Dicta*", in *EUI Law*, 2015. Per verificare il diverso valore che il massimalismo possiede in un ordinamento interno rispetto al sistema internazionale si veda SUNSTEIN, *One case at A Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Harvard, 1999, a pp. 4-5.

prassi successiva potrebbe minare la portata del principio in questione², dall'altro la stessa eventualità potrebbe essere in grado di rafforzarlo, conferendo una maggiore effettività a trattati spesso obsoleti e non più aderenti alle mutate circostanze³.

Nell'ambito degli arbitrati *ad hoc*, anche ante Convenzione di Vienna, la valenza modificativa della prassi successiva è affrontata non solo indirettamente quale ipotesi astratta, ma anche incisivamente riconosciuta nel suo verificarsi. La maggiore propensione dimostrata dai tribunali *ad hoc* potrebbe essere dovuta al fatto che la prassi rilevata, nei casi di specie analizzati, si riferisca a trattati bilaterali, in relazione ai quali, visto il numero minimo di parti, l'identificazione di un tacito accordo di modifica potrebbe essere più agevole.

Alla formale chiusura, mostrata dagli organi di risoluzione delle controversie nel contesto WTO, ad affermare la portata modificativa alla prassi successiva di cui all'articolo 31 (3) (b), si contrappone la piena inclinazione al riconoscimento palesata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Quest'ultima infatti ricorre a un approccio morbido, meno attento nell'analisi dei requisiti dedotti all'articolo 31 (3) (b), sia nel ricorso alla prassi quale mezzo interpretativo, sia quale strumento di modifica informale; in particolare appare meno attenta alle esigenze di specificità della prassi e riferibilità al trattato della medesima. La ragione di un tale metodo, dotato all'apparenza di un'elasticità in grado di mettere in pericolo l'individuazione di una base giuridica, cui fedelmente attenersi per legittimare la portata modificativa della prassi, è tuttavia da ricercare nel fatto che la Corte è un organo di risoluzione delle controversie che opera all'interno di un regime speciale, nel quale si registra un'omogeneità di valori e una forte conoscenza, anche a livello domestico, delle importanti obbligazioni dedotte nella CEDU; ciò indubabilmente rende più agevole l'individuazione dell'accordo delle parti derivante dalla loro condotta. Inoltre quelli contenuti nella Carta sono diritti fondamentali e umani, da sempre approcciati in modo dinamico, privilegiandone un'interpretazione teleologica ed evolutiva. In altre

² Secondo alcuni autori, l'ipotesi della modifica a opera della prassi successiva sarebbe incompatibile e inapplicabile ai trattati che disciplinano i confini, poichè andrebbe a minare la stessa finalità per cui i confini sono posti. Si veda KOHEN, "The Decision on the Delimitation of the Eritrea/Ethiopia Boundary of 13 April 2002: A Singular Approach to International Law Applicable to Territorial Disputes", in KOHEN (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Cafilich*, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, 2006, pp. 768 e ss., a pp. 772-3.

³ *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia vs. Thailand)*, ICJ Reports, 1962, p. 6, par. 23.

parole, l'approccio della Corte nella valutazione della prassi successiva, seppur liberale e non rintracciabile in altri organi di risoluzione delle controversie, deve ritenersi coerente con il regime speciale in cui essa opera⁴.

Certamente uno dei contesti nei quali la portata modificativa della prassi successiva ricopre un ruolo notevole e ha ricevuto discreto riconoscimento è quello del trattato istitutivo della più importante organizzazione internazionale, ovvero la Carta delle Nazioni Unite. La natura bivalente di costituzione e trattato multilaterale e la tensione, cui sono sottoposte tutte le organizzazioni internazionali, dovuta alla necessità di raggiungere gli obiettivi statuari impongono alla Carta un grado di adattabilità almeno pari alla velocità con cui la complessa realtà sociale muta e la rendono dunque un documento così predisposto al cambiamento. La prassi degli Stati membri è la forza interna che spinge la Carta all'evoluzione⁵, l'agente plasmante che incide sullo sviluppo della costituzione materiale.

Di fronte a un fenomeno tanto radicato e dilagante, l'individuazione di una base giuridica legittimante la portata modificativa della prassi successiva diviene, a parere di chi scrive, imprescindibile. Se è vero che la forza di tale meccanismo risiede anche nel suo essere non istituzionalizzato, è altrettanto vero che l'assenza di una qualsivoglia regola di copertura a questo punto non possa che minare la controllabilità del fenomeno stesso, facendo sì che gli Stati possano ora sostenerlo ora negarlo per assecondare motivi opportunistici e politici. L'individuazione di una base giuridica quindi consentirebbe al meccanismo di modifica di rimanere informale, non istituzionalizzandosi eccessivamente, e contestualmente di divenire affidabile, certo, ripetibile e pertanto più difficilmente contestabile.

La copertura giuridica è stata rintracciata proprio nell'elastico articolo 31 (3) (b) in grado di regolare sia la prassi interpretativa che quella più marcatamente modificativa della convenzione. Entrambe (e a maggior ragione quella modificativa) devono essere dotate, per esplicitare la loro funzione, dei requisiti dedotti nella disposizione menzionata. La prassi successiva deve essere connotata da una stretta riferibilità al trattato, essa deve in altre parole promanare dal medesimo ovvero deve fondarsi su

⁴ In senso conforme, CREMA, "Subsequent practice in *Haasan v. United Kingdom cit.*", a pp. 9-10; BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice cit.*, a p. 280; MOWBRAY, "The Creativity of the European Court of Human Rights", in *Human Rights Law Review*, Vol. 5 (2005), a p. 57.

⁵ ZACKLIN, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 1968, a p. 172.

un diritto o un obbligo dedotto nella convenzione; ancora deve possedere la capacità di esprimere l'accordo di tutte le parti del trattato. Infine la prassi rilevante e indicativa dell'accordo di tutte le parti dovrà desumersi da condotte caratterizzate da chiarezza, specificità, coerenza e, non da ultimo, da volontarietà, da intendersi come stretta connessione della condotta alla convinzione, della parte che la mette in atto, di riflettere, con essa, una posizione presa con riferimento al trattato⁶.

La fedele applicazione di tali requisiti, previsti dall'articolo 31 (3) (b), consente peraltro anche di limitare ai minimi quel coefficiente di discrezionalità di cui rischia di essere intrisa l'operazione di rilevamento della prassi compiuta dall'arbitro di una controversia (definito interprete di secondo livello).

Il quadro così delineato permette di rendere maggiormente controllabile un fenomeno che non ha tuttavia mai smesso di verificarsi e che quindi ben potrebbe rappresentare - per stessa ammissione dei rappresentanti degli Stati parte in sede di Conferenza di Vienna- una consuetudine preesistente e sopravvissuta alla Convenzione.

⁶ Tutti i requisiti sono enucleati nel corso del primo capitolo della trattazione.

Bibliografia

AGO, "Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 134 (1971), pp. 297-332

AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, Unwin Hyman, Londra, 1987

ALLOTT, "Interpretation - An Exact Art", in BIANCHI, PEAT, WINDSOR (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 373-392

ALVAREZ, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford, 2006

AMERASINGHE, "Interpretation of Texts in Open International Organizations", in *British Yearbook of International Law* Vol. 65 (1994), p. 175 e ss.

AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, II Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005

ANDENAS, BJÖRGE (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015

ANZILOTTI, *Cours de droit international: Introduction - théories générales*, Librairie de Recueil Sirey, Parigi, 1929, a pp. 105-106

ARATO, "Deference to the Executive. The US Debate in Global Perspective", in AUST, NOLTE, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, Oxford University Press, Oxford, pp. 198-217

ARATO, "Subsequent Practice in the Whaling Case and What the ICJ Implies about Treaty Interpretation in International Organizations", *Ejiltalk*, 2014

ARATO, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations", in *The Yale Journal Of International Law*, Vol. 38 (2013), pp. 289 ss

ARATO, "Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.9 (2010), pp. 443-494

AUST, "Law of Treaties", in GRANT, BARKER (eds.), *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, Hein, New York, 2007

AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, III ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2013

AUST, NOLTE, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford University Press, Oxford, 2016

BARILE, "La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice", in *Comunicazioni e Studi*, Vol. 5 (1953)

BEDERMAN, *Classical Canons: Rhetoric, Classicism and treaty Interpretation*, Ashgate, Aldershot, 2001

BEDERMAN, *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, Athens, 2002

BERMAN, "International Treaties and British Statutes", in *Statute Law Review*, Vol. 26, 2005, pp. 1 ss

BERNER, "Reconciling Investment Protection and Sustainable Development. A Plea for an Interpretative U-Turn", in HINDELANG, KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 177-203

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", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27 (1967), pp. 491-506

BERNHARDT, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte*, Heymann, Colonia/Berlino, 1963

BIANCHI, "The Game of Interpretation in International Law. The Players, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle", in BIANCHI, PEAT, WINDSOR (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 34-47

BIANCHI, PEAT, WINDSOR (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015

BINDER, *Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht*, Springer, Berlino, 2013

BJORGE, "What is Living and What is Dead in the European Convention on Human Rights? A Comment on *Hassan v United Kingdom*", in *Questions of international Law*, Vol. 15 (2015), p. 23 ss.

BJORGE, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2014

BLUM, *Eroding the United Nations Charter*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993

BOBBIO, "Formalismo giuridico", in N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965

BOISSON DE CHAZOURNES, "Subsequent Practice, Practices, and 'Family Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu" in NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 53-68

BONAFÈ, PALCHETTI, "Subsequent practice in treaty interpretation between Article 31 and Article 32 of the Vienna Convention", in *Questions of International Law - Zoom in*, Vol. 46 (2018), pp. 1-3

BOS, "Theory and Practice of Treaty Interpretation", in *Netherlands International Law Review*, Vol. 27 (1980)

BOSCHIERO, SCOVAZZI, PITEA, RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, L'Aia, 2013

BRIERLY, "The Codification of International Law", in *Michigan Law Review*, Vol. 47 (1948), pp. 2-10

BRIERLY, *The Law of Nations*, VI ed., Oxford University Press, Oxford, 1963

BRUNNÉE, "COPing with Consent: Lawmaking under Multilateral Environmental Agreements", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15 (2002), pp. 1 e ss.

BRUNNÉE, "Treaty Amendments", in HOLLIS (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 346-366

BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018

BUGNION, "Birth of an Idea: The Founding of the International Committee of the Red Cross and of the International Red Cross and Red Crescent Movement: from Solferino to the original Geneva Convention (1859-1864)", in *International Review of the Red Cross*, Vol. 94 (2012), pp. 1299-1338

CANNIZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011

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*, Vol. I., Giuffrè, Milano, 1987, pp. 197-218

CASSESE, "Article 51" in COT, PELLET, FORTEAU (eds.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Vol. I, Economica, Parigi, 2005, p. 1329 e ss.

CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005

CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruylant, Bruxelles, 2013

CHARPENTIER, "Pratique Française du Droit International", in *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 4 (1958), pp. 791-826

CHARPENTIER, "Pratique Française du Droit International", in *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 6 (1960), pp. 1043-1083

CHURCHILL, ULFSTEIN, "Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law", in *American Journal of International Law*, Vol. 94 (2000), pp. 623-659

CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2012

CORTEN, "Has Practice Led to an 'Agreement Between the Parties' Regarding the Interpretation of Article 51 of the UN Charter?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 66 (2017), pp. 15-18

CORTEN, "The "Unwilling or Unable" Test: Has It Been, and Could It Be, Accepted?", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29 (2016), pp. 777 e ss.

CORTEN, KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011

CRAWFORD, "A Consensualist Interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp 29-33

CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, VIII Ed., Oxford University Press, Oxford, 2012

CREMA, "Subsequent Agreement and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 13-27

CREMA, "Subsequent practice in Haasan v. United Kingdom: When things seem to go wrong in the life of a living instrument", in *Questions of International Law*, Vol. 15 (2015), pp. 3-22

CREMA, *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*, Giuffrè, Milano, 2017

CZAPLIŃSKI, DANILENKO, "Conflicts of Norms in International Law", in *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 21 (1990), pp. 3-42

DAWIDOWICZ, "The Effect of the Passage of Time on Interpretation of Treaties: Some Reflections on *Costa Rica v Nicaragua*", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24 (2011), pp. 201 e ss.

DE ARÉCHAGA, "International Law in the Past Third Century", in *Recueil des Cours*, Vol. 159 (1978), pp. 1-343

DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Pedone, Parigi, 1963

DEGAN, *L'interprétation des accords en droit international*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1963

DEL CASTILLO "Some Comments on the *Whaling in the Antarctic* Judgement", in DEL CASTILLO (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 175-191

DEL CASTILLO (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015

DELBRÜCK, WOLFRUM (eds.), *Völkerrecht. Die Formen des völkerrechtlichen Handelns; Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft*, Degruyter, Berlino, 2002

DICIOTTI, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Cantagalli, Siena, 2003

DISTEFANO, "L'interprétation évolutive de la norme internationale", in *Revue générale de droit international public*, Vol. 115 (2011), pp. 373-396

DISTEFANO, "La pratique subséquente des États parties à un traité", in *Annuaire français de droit international*, Vol. 40 (1994), pp. 62-67

DJEFFAL, *Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016

DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008

DÖRR, "Commentary on art. 31 of the Vienna Convention", in DÖRR, SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 522-570

DÖRR, SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2012,

DWORKIN, "Is there Really No Right Answer in Hard Cases?", in *New York University Law Review*, Vol. 53 (1978), pp. 1-32

ELIAS, "The Doctrine of Intertemporal Law", in *American Journal of International Law*, Vol. 74 (1980), pp. 285-307

ELIAS, *The Modern Law of Treaties*, Dobbs Ferry, New York, 1974

ENGEL, "The Changing Charter of the United Nations", in *Yearbook of World Affairs*, Vol. 7 (1953), pp. 71-101

FASSBENDER, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36 (1998), pp. 529-619

FAUCHALD, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals - An Empirical Analysis", in *European Journal of International Law*, Vol. 19 (2008), pp. 301 e ss.

FITZMAURICE G., "Vae Victis or Woe to the negotiators! Your treaty or our Interpretation of It", in *American Journal of International Law*, Vol.65, 1971, pp. 358 e ss

FITZMAURICE, "Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties. Part I" in *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 1 (2008), pp. 101-153

FITZMAURICE, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 33 (1957), pp. 203-290

FITZMAURICE, "Treaties", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010

FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010

FITZMAURICE, MERKOURIS, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, pp. 153-237

FOCARELLI, *Diritto Internazionale. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, II Ed., Cedam, Padova, 2012

FOX, "Article 31 (3) (a) e (b) of the Vienna Convention and the Kasikili SEDUDU Island Case" in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, pp. 59-74

FRANCK, "Is the UN Charter a Constitution?", in FROWEIN, SCHARIOTH, WINKELMANN, WOLFRUM (eds.), *Verhandeln für den Frieden*, Springer, New York, 2003, pp. 95-106

FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, New York, 1964

GAJA, "Trattati internazionali", in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. 15, pp. 344-368

GALAND, "Judicial Pronouncements in International Law: The Arrest Warrant Case Obiter Dicta", in *EUI Law*, 2015

GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2015

GASSER, The International Committee of the Red Cross (ICRC), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013

GAUTIER, "Non binding Agreements", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006

GIRAUD, "La Revision de la Charte des Nations Unies", in *Hague Recueil des cours*, Vol. 90 (1956), pp. 307 e ss.

GOODRICH, *The United Nations*, Thomas Y. Crowell Company, New York, 1960

GOURGOURINIS, "The Distinction Between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication", in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2 (1) (2011), a pp. 31-57

GRADONI, "The International Court of Justice and the international customary law game of cards", in ANDENAS, BJÖRGE (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 371-406.

GRANT, BARKER (eds.), *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, Hein, New York, 2007

GREIG, *The Intertemporality and the Law of Treaties*, British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2001

GROSS, "Voting in the Security Council: Abstention from Voting and Absence from Meetings", in *Yale Law Journal* Vol. 60 (1951), pp. 209-257

GROSS, "The Double Veto and the Four-Powers Statement on Voting in the Security Council" in *Harvard Law Review*, Vol. 67 (1953), pp. 251-280

GROZIO, *De Jure Belli ac Pacis* (Kelsey trad.), Oceana, New York, 1964

GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008

HAFNER, "Subsequent Agreements and Practice: Between interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment" in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013

HARASZTI, *Some Fundamental Problems in the Law of Treaties*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1973

HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965

HELFER, "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", in *Cornell International Law Journal*, Vol. 26 (1993), pp. 140 ss.

HELMERSEN, "Evolutive Treaty Interpretation: Legality Semantics and Distinctions", in *European Journal of Legal Studies* Vol. 6 (2013), pp. 161-188

HENCKAERTS, DOSWALD-BECK (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005

HERDEGEN, "Interpretation in International Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013

HERNDL, "Reflections on the Role, Functions and Procedures of the Security Council of the UN", in *Recueil des Cours*, Vol. 206 (1987), pp. 289 e ss.

HESTERMEYER, KÖNIG, MATZ-LÜCK, RÖBEN, SEIBERT-FOHR, STOLL, VÖNEKY (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012

HINDELANG, KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, Oxford, 2016

HOLLIS, *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2012

HUDSON, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, MacMillan, New York, 1943

JENNINGS, WATTS (Eds.), *Oppenheim's International Law*, IX ed., Longman, Londra, 1992

KADELBACH, "The International Law Commission and role of subsequent practice as a means of interpretation under Articles 31 and 32 VCLT", in *Questions of International Law*, Vol. 46 (2018), pp. 5-18

KAKKAIYADI, "Treaty Interpretation before the Supreme Court", in *Cambridge International Law Journal*, Vol. 2 (2013), pp. 113 e ss.

KANWAR, "Treaty Interpretation in Indian Courts", AUST, NOLTE, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, Oxford University Press, Oxford, pp. 239-264.

KARL, *Vertrag und spätere Praxis in Völkerrecht—Zum Einfluß der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge*, Springer, Berlino, 1983

KELLER, GROVER, *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012

KHAN, "Max Huber as Arbitrator: The Palmas (Miangas) Case and Other Arbitrations", in *European Journal of International Law*, Vol. 18 (2007), pp. 145-170

KLABBER, "Jurisprudence in International Trade Law; Article XX of GATT", in *Journal of World Trade*, Vol. 23 (1992), pp. 63 e ss.

KLABBERS, "Interpretation as the Continuation of Politics by Other Means", in *Opinio Juris* <http://opiniojuris.org/2009/03/02/continuation/> (accesso il 10 gennaio 2017).

KLABBERS, "Review of Anthony Aust: Modern Treaty Law and Practice", in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 71 (2002), a p. 203–205

KLABBERS, *An Introduction to Institutional Law*, II Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009

KLABBERS, LEFEBER, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* Martinus Nijhoff, L'Aia, 1998

KLABBERS, *The Concept of Treaties in International Law*, Kluwer Law International, L'Aia, 1996

KLABBERS, *Virtuous Interpretation*, in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2010

KOHEN, "Desuetude and Obsolescence of Treaties", in CANNIZZARO, *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 350 e ss.

KOHEN, "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 34-45

KOHEN, "The Decision on the Delimitation of the Eritrea/Ethiopia Boundary of 13 April 2002: A Singular Approach to International Law Applicable to Territorial Disputes", in KOHEN (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, 2006, pp. 768 e ss.

KOHEN, "Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice", in *German Yearbook of International Law*, Vol. 43 (2000), pp. 253 e ss.

KOSKENNIEMI, "Il destino del diritto internazionale pubblico fra tecnica e politica", in *Le nuove frontiere del diritto internazionale. Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica*, Vol. 13 (2008), pp. 33-67

KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006

KOTZUR, "Intertemporal Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008

LACHS, "The Law in and of the United Nations", in *Indian Journal of International Law*, Vol. 1 (1961), pp. 438 e ss.

LAMROT LULSEGED, *Vetoing the Veto: Voting Reform and the United Nations Security Council*, St. Thomas University, 2012

LARSEN, "Arbitration of the United States-France Air Traffic Rights Dispute", in *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 30 (1964), pp. 231-247

LARSEN, "The United States-Italy Air Transport Arbitration: Problems of Treaty Interpretation and Enforcement", in *American Journal of International Law*, Vol. 61 (1967), p. 496 e ss.

LAURSEN, *Changing international law to meet new challenges: interpretation, modification, and the use of force*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2006

LAUTERPACHT, "De l'Interprétation des Traités: Rapport", in *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 43 (1950), pp. 366-460

LAUTERPACHT, "Rapport d l'Institut de droit international", in *Annuaire de l'Institut*, Vol. 43 (1) (1950), pp. 336-374

LAUTERPACHT, "Restrictive Interpretation And The Principle Of Effectiveness In The Interpretation Of Treaties", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 26 (1949), pp. 48 ss.

LAUTERPACHT, "Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités", in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Vol. 48 (1934), pp. 713–815

LAUTERPACHT, "The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals", in *Recueil des Cours*, Vol. 152 (1976) pp. 377-466

LE BOUTHILLIER, "Article 32", in CORTEN, KLEIN, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 841-863

LEPARD, *Customary International Law: A New theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010,

LIANG, "Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation", in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81 (2012), pp. 1-20

LINDERFALK, "Doing the Right Thing for the Right Reason - Why Dynamic or Static Approaches Should Be Taken in the Interpretation of Treaties", in *Community Law Review*, Vol. 10 (2008), pp. 109-141

LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007

LUCK, "Reforming the United Nations: Lessons from a History of Progress" in DIEHL (ed.), *The Politics of Global Governance: International Organizations in an Interdependent World*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2005, pp. 445-483

MAGRAW, "Investor-State Disputes and the Rise of Recourse to State Party Pleadings As Subsequent Agreements or Subsequent Practice under the Vienna Convention on the Law of Treaties", in *ICSID Review*, Vol. 30 (1) (2015), pp. 142-171

MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, VII ed., Routledge, New York, 1997

MATZ-LÜCK, WOLFRUM "Article XX GATT 1994, lit. g).", in WOLFRUM, STOLL, SEIBERT (eds.), *WTO- Technical Barriers and SPS Measures*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2007

MCDOUGAL, GARDNER, "The Veto and the Charter: An Interpretation for Survival", in *Yale Law Journal*, Vol. 60 (1951), pp. 258 e ss.

MCDOUGAL, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, Yale University Press, New Haven, 1967

MCGRADY, "Fragmentation of International Law or 'Systemic Integration' of Treaty Regimes: EC - Biotech Products and the Proper Interpretation of Article

31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of 'Treaties", in *Journal of World Trade*, Vol. 42 (2008), pp. 589 e ss.

MCLACHLAN, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 (2005), pp. 279-320

MCNAIR, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961

MECHLEM, "Treaty bodies and the interpretation of human rights", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42 (2009), pp. 905-947

MELTZER, "Interpreting the WTO Agreements- A Commentary on Professor Pauwelyn's Approach", *Michigan Journal of International Law* Vol. 25 (2004), pp. 917-925

MENDELSON, "Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law", *Final Report of the Committee on Formation of Customary (General) International Law, London Conference, International Law Association, 2000*

MERKOURIS, "'Third Party' Considerations and 'Corrective Interpretation' in the Interpretative Use of *Travaux Préparatoires*: Is It Fahrenheit 451 for Preparatory Works?-", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 75-95

MERKOURIS, "Interpretation is a Science, is an Art, is a Science", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS (eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, pp. 1-14

MERRILLS, "Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria, Equatorial Guinea Intervening), Merits, Judgment of October 10, 2002", in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52 (2003), pp. 788 ss.

MILANO, "Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali", in LANCIOTTI, TANZI (eds.), *Usò della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Jovene Editore, Napoli, 2012, pp. 105-137

MILANO, "Russia's Veto in the Security Council: Whither the Duty to Abstain under Art. 27(3) of the UN Charter?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 75 (2015), pp. 215-231

MILES, "Assange v. Swedish Prosecution Authority: the (mis)application of European and international law by the UK Supreme Court - Part II", in *Cambridge International Law Journal Blog* (21 giugno 2012)

MINISTERO DELLA DIFESA DEL REGNO UNITO, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004

MOWBRAY, "The Creativity of the European Court of Human Rights", in *Human Rights Law Review*, Vol. 5 (2005), p. 57-79

MURPHY, "The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 82-94

NASCIMENTO, SILVA, "Le Facteur Temps e les Traités", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 154 (1977), pp. 215-298

NERI, *Sull'interpretazione dei trattati internazionali*, Giuffrè, 1958

NGUYEN, DALLIER, PELLET (Eds.), *Droit International Public*, VII Ed., LGDJ, Parigi, 2002

NOLTE, "Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2011)", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013

NOLTE, "Between Contemporaneous and Evolutive Interpretation: The Use of "Subsequent Practice" in the Judgement of the International Court of Justice Concerning the Case of Costa Rica v. Nicaragua (2009)", in HESTERMEYER, KÖNIG, MATZ-LÜCK, RÖBEN, SEIBERT-FOHR, STOLL, VÖNEKY (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 1675-1684

NOLTE, "Introductory Report for the 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 (2010)" in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013

NOLTE, "Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body", in CANNIZZARO, *The Law of the Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 160-171

NOLTE, "Third Report for the ILC Study Group on Treaties Over Time: Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-Judicial Proceedings (2012)", in NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013

NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013

NOTTAGE, SEBASTIAN, "Giving Legal Effect to the Results of WTO Trade Negotiations: An Analysis of the Methods of Changing WTO Law", in *Journal of International Economic Law*, Vol. 9 (2006), pp. 989 ss.

ORAKHELASHVILI, "Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions: UK Practice", in *Göttingen Journal of International Law*, Vol. 2 (2010), pp. 823 e ss.

ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008

PAJUSTE, "Assange v Swedish Prosecution Authority: the (mis)application of European and international law by the UK Supreme Court – Part I", in *Cambridge International Law Journal Blog* (20 giugno 2012)

PALCHETTI, "Halfway between fragmentation and convergence: the role of the rules of the organization in the interpretation of constituent treaties", in ANDENAS, BJORGE (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp.486-489

PALCHETTI, "Interpreting 'Generic Terms': Between Respect for the Parties' Original Intention and the Identification of the Ordinary Meaning", in BOSCHIERO, SCOVAZZI, PITEA, RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, L'Aia, 2013, pp. 91-105

PAUWELYN, "Bridging Fragmentation and Unity: International Law as Universe of Inter-Connected Islands", in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25 (2004), pp. 903-916

PAUWELYN, "Reply to Joshua Meltzer" in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25 (2004), a pp. 924-927

PAUWELYN, "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", In *American Journal of International Law*, Vol. 95 (2001), pp. 535-578

PEAT, WINDSOR, "Playing the Game of Interpretation. On Meaning and Metaphor in International Law", in BIANCHI, PEAT, WINDSOR (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 3-33

PETERS, "Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?", in *Göttingen Journal of International Law*, Vol. 3 (2011), pp. 617-642

PETERS, ALTWICKER, *Europäische Menschenrechtskonvention: mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz*, Beck, Monaco, 2012

PETERSEN, "Customary Law Without Custom? Rules Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation", in *American University of International Law Review*, Vol. 23 (2008), p. 275 e ss

POSTEMA, *La consuetudine nel diritto internazionale. Il resoconto di una Pratica Normativa*, Editoriale Scientifica, 2011

QIN, "The Conundrum of WTO Accession Protocols: In Search of Legality and Legitimacy", in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 55 (2015), pp. 369 e ss.

QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, II ed., Priulla, Palermo, 1956

QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Priulla, Palermo, 1949

RADICATI DI BROZOLO, "La soluzione delle controversie tra Stati e stranieri mediante accordo internazionale: gli Accordi tra Stati Uniti e Iran", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1982, pp. 299 e ss.

RAGNI, "Interpretazione dei trattati e standard of review nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia: riflessioni sull'affare della caccia alla balena nell'antartico", in *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 97(3) (2014), pp. 725-760

RÖBEN, "Conference (Meeting) of States Parties", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*,

ROBERTS, "Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System", in *American Journal of International Law*, Vol. 107 (2013), pp. 45 ss.

ROBERTS, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States", in *American Journal of International Law*, Vol. 104 (2010), pp. 179 ss.

ROBERTS, "Subsequent Agreements and Practice: The Battle over Interpretive Power" in NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 97 ss.

ROMANIN JACUR, "The Sixth Meeting of the Parties of the Water Convention: Achievements, New Tools and Future Challenges", in *Environmental Policy and Law*, Vol. 43 (2013), pp. 42-45

ROMANIN JACUR, *The dynamics of multilateral Environmental Agreements - Institutional architectures and law-making process*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013

RONZITTI, "Le operazioni contro l'ISIS e la legittima difesa contro attori non statali", in RONZITTI, SCISO (eds.), *I conflitti in Siria e in Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 43-62

ROSS, *Constitution of the UN: Analysis of structure and Function*, The Lawbook Exchange LTD, New York, 2008

ROUSSEAU, *Droit International Public: Introduction et Sources*, Dalloz, Parigi, 1970

RUYS, *"Armed Attack" and Article 51 of the UN Charter: Evolution in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010

SAAB, "The Appellate Body and Treaty Interpretation", in FITZMAURICE, ELIAS, MERKOURIS, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 99-109

SALACUSE, *The Law of Investment treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2010

SALDARRIAGA, "Investments Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement", in *ICSID Review*, Vol. 28 (2013), pp. 197 ss.

SCHERMERS, BLOKKER, *International Institutional Law*, V Ed., Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2011

SCHLÜTTER, "Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies", in KELLER, GROVER, *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 261-319

SCHWIND, "Aspects et sens du droit international privé", in *Recueil des Cours*, Vol. 4 (1984), pp. 9-144

- SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006
- SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008
- SIMMA, BRUNNER, KAUL, "Article 27" in SIMMA (ed), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, Vol. I, p. 521 ss.
- SIMMA, KILL, "Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps towards a Methodology", in BINDER, KRIEBAUM, REINISCH, WITTICH (eds.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in honour of C. Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 678-707
- SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984
- SKUBISZEWSKI, "Remarks on the interpretation of the United Nations Charter", in BERNHARDT, GECK, JAENICKE, STEINBERGER (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Springer, Berlino, 1983, pp. 891-902
- SOMMER, "Environmental Law-Making by International Organizations", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 56 (1996), pp. 628 e ss.
- SOREL, BORÉ EVENO, "Article 31", in CORTEN, KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804-837
- SPIERMANN, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- STAHN, "International Law at a Crossroads: The impact of September 11", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 62 (2002), pp. 183-256, a pp. 213-214
- STONE, *Fictional Elements in Treaty Interpretation*, LR, Sydney, 1955
- SUNSTEIN, *One case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Harvard, 1999
- SUR, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, Parigi, 1974
- TAMS, "Embracing the Uncertainty of Old: Armed Attacks by Non-State Actors Prior to 9/11", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 66

(2017), pp. 61-64

TANCREDI, "Il problema della legittima difesa nei confronti di milizie non statali alla luce dell'ultima crisi tra Israele e Libano" in *Rivista Diritto Internazionale*, Vol. 4 (2007), pp. 969-1007

TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, IV Ed., Cedam, Padova, 2013

TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, V Ed., Cedam, Padova, 2016

TARELLO, "Formalismo", in TARELLO (ed.), *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 19-50

TAVERNIER, "Commentaire de l'article 27", in COT, PELLET, *La Charte des Nations Unies - Commentaire article per article*, Economica, Parigi, 1991, pp. 495-514

THIRLWAY, "The Law and the Procedure of the International Court of Justice 1960-1989", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 62 (1992), pp. 1-75.

THIRLWAY, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 61 (1990), pp. 1-133

THIRLWAY, "The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Supplement", in *British Yearbook of International Law*, Vol. 77 (2006), pp. 1-82

THORBJØRN, "Interpretation, Sources of Law and Precedent", in EGELUND, STEINICKE, SØRENSEN (eds.), *WTO Law - from a European Perspective*, Kluwer Law, 2006, a pp. 83 e ss.

TIETJE, "The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture", in *German Yearbook of International Law*, Vol. 42 (1999), pp. 26 ss.

TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005

VALSANIA, "Onu, veto di Mosca alla risoluzione contro il referendum in Crimea e impasse del Consiglio di sicurezza", in *Il sole 24 ore*, 15 marzo 2014.

VAN AACKEN, "Control Mechanisms in International Investment Law", in ZACHARY, DOUGLAS, PAUWELYN, JORGE, VIÑUALES, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 409-435

VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2009

VAN DEN BOSSCHE, "Form Afterthought to Centrepiece: The Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System", in SACERDOTI, YANOVICH, BOHANES, *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 289-325

VATTEL, *The Law of Nations*, Liberty Fund, Indianapolis, 2008, disponibile a http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/2246/Vattel_1519_LFeBk.pdf.

VELLUZZI, "Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione", in *Diritto e Questioni Pubbliche*, Vol. 5 (2005), a pp. 102-109

VENZKE, *How Interpretation Makes International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012

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

VILLANI, "La funzione giudiziaria nell'ordinamento internazionale e la sua incidenza sul diritto sostanziale", in *La Comunità Internazionale*, Fasc. 1, 2014, pp. 7-37

VILLIGER, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission" in CANNIZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 105 e ss.

VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2009

VILLIGER, *Customary International Law and Treaties. A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985

VIOLA, "H. L. A. Hart e la struttura aperta del diritto", in VIOLA, VILLA, URSO (eds.) *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Celup, Palermo, 1974, pp. 103-121.

VOÏCU, *Del'interprétation authentique des traités internationaux*, Pedone, Parigi, 1968

WAIBEL "Demystifying the Art of Interpretation", in *European Journal of International Law*, Vol. 22 (2011), pp. 571-588

WERKSMAN, "The Conference of Parties to Environmental Treaties", in WERKSMAN (ed.), *Greening International Institutions*, Earthscan Publications Limited, Londra, 1996, pp. 55-68

WHITE, "Treaty Interpretation: the Vienna Convention 'Code' as applied by the World Trade Organisation Judiciary", in *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 20 (1999), pp. 319 e ss.

WILCOX, MARCY, *Proposals for Changes in the United Nations*, The Brookings Institutions, Washington D.C., 1955

WINKELMANN, "United Nations Charter. Amendment", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2004

WOLFKE, "Treaties and Custom: Aspects of Interrelation", in KLABBERS, LEFEBER, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1998, pp. 31-39

WOLFRUM, PICHON, "Consensus", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010

WOOD, "Interpretation of Security Council Resolutions", in *Max Planck Yearbook of United Nations*, Vol. 2 (1998) pp. 73-95

WOOD, "Making the UN System Work", in *International Studies Association Annual Conference*, 1991

WOUTERS, VERHOEVEN, "Desuetudo", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008

YASSEEN, "L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 151 (1976), pp. 3-114

ZACHARY, DOUGLAS, PAUWELYN, JORGE, VIÑUALES, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014

ZACKLIN, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 1968

ZARBIEV, "Les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités: un outil d'harmonisation en droit international?", in CHAPPUIS, FOËX, KADNER GRAZIANO (eds.), *L'harmonisation internationale du droit*, Schulthess, Ginevra/Zurigo/Basilea, 2007, pp. 75 e ss.

Convenzioni internazionali

Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, firmata 22 marzo 1985, entrata in vigore il 22 settembre 1988, Vienna, 1513 UNTS 293

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty, Strasburgo, 1 marzo 1985, testo disponibile a <http://conventions.coe.int>.

Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 16 settembre 1987, entrato in vigore il 1 gennaio 1989, Montreal, 1522 UNTS 3

Copenhagen Amendment to the Montreal Protocol, 25 novembre 1992, Copenhagen, 1785 UNTS 517

Montreal Amendment to the Montreal Protocol, 17 settembre 1997, Montreal, 2054 UNTS 522

Beijing Amendment to the Montreal Protocol, 3 dicembre 1999, Pechino, 2173 UNTS 183

Kigali Amendment to the Montreal Protocol, 15 ottobre 2016, non in vigore, Kigali, UN Doc. C.N.872.2016.TREATIES-XXVII.2.f.

Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Water Convention), 17 marzo 1992, in vigore il 6 ottobre 96, Helsinki, 1936 UNTS 269

London Amendment to the Montreal Protocol, 29 giugno 1990, Londra, 1598 UNTS 469

Air Transport Service Agreement, in vigore il 18 giugno 1946, 42 UNTS 183

DSU, Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (Annex 2), 15 aprile 1994, 1869 UNTS 401, 33 ILM 1226

WTO Agreement: Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 15 aprile 1994, 1867 UNTS 154, 33 ILM 1144

General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994), 15 aprile 1994, 1867 UNTS 187, 33 ILM 1153

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, firmata a Ginevra il 27 luglio 1929, 118 UNTS 303

European Transfrontier Television Convention, 5 maggio 1989, 1 maggio 1993, Strasburgo, 1966 UNTS 265

United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 dicembre 1982, Montego Bay, 1833 UNTS 3

Convention on Biological Diversity, 5 giugno 1992, Rio de Janeiro, 1760 UNTS 79

Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, 3 Marzo 1973, Washington, 993 UNTS 243

Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Water Convention), 17 marzo 1992, in vigore il 6 ottobre 96, Helsinki, 1936 UNTS 269.

Charter of the United Nations, firmata il 26 Giugno del 1945, entrata in vigore il 24 Ottobre 1945, 1 UNTS 16

United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 9 maggio 1992, 1771 UNTS 107

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention On Climate Change, 11 dicembre 1997, in vigore il 16 febbraio 2005, Kyoto, 2303 UNTS 162

Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat, Ramsar, 2 febbraio 1971, 996 UNTS 245

Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, Washington, 3 marzo 1973, 993 UNTS 243

Final Act of the Conference to Conclude a Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, 23 giugno 1979, Bonn, 19 ILM 11

World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control, Ginevra, 21 maggio 2003, 2302 UNTS 166

International Convention for the Regulation of Whaling, Washington, 2 Dicembre 1946, 161 UNTS 72

Rome Statute of the International Criminal Court, Roma, 17 luglio 1998, 2187 UNTS 90

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Vienna, 21 marzo 1986, non ancora in vigore, 25 ILM 543.

Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, 10 aprile 1972, 1015 UNTS 163

Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 1 luglio 1968, 729 UNTS 161

Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 19 Dicembre 1966, 999 UNTS 302.

International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 19 dicembre 1966, 199 UNTS 171

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, New York, 7 marzo 1966, 660 UNTS 195

Convention on the Rights of the Child, New York, 20 Novembre 1989, 1577 UNTS 3

UN Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 Dicembre 1982, 1833 UNTS 3

Vienna Convention on the Law of Treaties, firmata a Vienna il 23 Maggio 1969, entrata in vigore il 27 Gennaio 1980, 1155 UNTS 331.

Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction, Oslo, 18 Settembre 1997, 2056 UNTS 211

Convention on Cluster Munitions, Dublino, 30 Maggio 2008, 2688 UNTS 39

Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention), 12 agosto 1949, in vigore il 21 ottobre 1950, Ginevra, 75 UNTS 135

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (fourth Geneva Convention), 12 agosto 1949, in vigore il 21 ottobre 1950, Ginevra, 75 UNTS 287

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Ginevra, 12 Agosto 1949, 75 UNTS 31

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Ginevra, 12 Agosto 1949, 75 UNTS 85

North American Free Trade Agreement between the USA, Canada, and Mexico (NAFTA), 17 dicembre 1992, 32 ILM 289
The Energy Charter Treaty (ECT), Lisbona, 17 dicembre 1994, 2080 UNTS 100

Atti Consiglio di Sicurezza e Assemblea Generale delle Nazioni Unite

UN Doc. S/189 (15 marzo 2014) (Draft Resolution)

UN Doc. S/13394 (13 giugno 1979)

UN Doc. S/695 (23 settembre 2014)

UN Doc. S/946 (7 ottobre 2001)

UN Doc. S/2322 (1 settembre 1951)

UN Doc. S/15966/Rev.1 (12 settembre 1983)

UN Doc. S/PV.2476 (12 settembre 1983)

UN Doc. S/PV.4753 (13 maggio 2003)

UN Doc. S/PV.5489 (14 luglio 2006)

UN Doc. S/PV.5492 (20 luglio 2006)

UN Doc. S/PV.6758 (24 aprile 2012)

UN Doc., *Repertoire of the Practice of the Security Council*, Suppl. 1946-1951, UN, New York, 1954

UN Doc., *Repertoire of the Practice of the Security Council*, Suppl. 1959-1963, UN, New York, 1965

UN Doc. SCOR, 461st Meeting (13 gennaio 1950)

UN Doc. SCOR, 549th, 553rd, 555th meetings (1 settembre 1951)

UN Doc. SCOR, 2090th Meeting (10 ottobre 1978)

UN Doc. SCOR, 2151st Meeting (20 giugno 1979)

UN Doc. S/RES/83 (1950)

UN Doc. S/RES/84 (1950)

UN Doc. S/RES/95 (1951)

UN Doc. S/RES/253 (1968)

UN Doc. S/RES/437 (1978)

UN Doc. S/RES/457 (1979)

UN Doc. S/RES/2044 (2012)

UN Doc. S/RES/1368 (2001)

UN Doc. S/RES/1373 (2001)

UN Doc. A/RES/267 (III) Draft A/792 (1949)

UN Doc. A/RES/377(V)A (1950)

UN Doc. A/RES/29/3314 (1974)

UN Doc. A/RES/63/123 (2008)

UN Doc. A/RES/64/114 (2009)

UN Doc. A/RES/65/26 (2010)

UN Doc. A/RES/66/98 (2011)

UN Doc. A/RES/69/118 (2014)

UN Doc. A/RES/70/236 (2015)

UN Doc. A/RES/71/140 (2016)

UN Doc. GAOR, A/C.3/L.1637/REV.2 (1968)

UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, First Session: Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969

UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, Second Session: Session: Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole", in *Official Records*, Vol.1, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969

UN Doc., "United Nations Conference On The Law Of Treaties, First Session and Second Session: Documents of the Conference", in *Official Records*, Vol.3, Vienna, 26 marzo-24 maggio 1968 e 9 aprile-22 maggio 1969

Reports of International Committee of General Assembly on the problem of voting in the SC DOC. A/578 (1948), in *International Organization* Vol. 3 (1) (1949)

ILC, "Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations, with Commentaries", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part. II, 2006.

Atti Commissione di Diritto Internazionale

ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-fifth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2013, in UN Doc. GAOR, Sixty- eighth session Suppl. No.10 (A/68/10), pp. 9-48

ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-sixth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2014, in UN Doc. GAOR, Sixty- ninth session Suppl. No.10 (A/69/10), pp. 166-218

ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-seventh session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties", 2015, in UN Doc. GAOR, Seventieth session Suppl. No.10 (A/70/10), pp. 84-103

ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-eighth session on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties",

2016, in UN Doc. GAOR, Seventy-First session Suppl. No.10 (A/71/10), pp. 118-240

ILC, "Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, by Koskenniemi - 2006 (A/CN.4/L.682)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>, para. 478 e in futuro in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (Part I, Addendum), 2006

ILC, "Report of the International Law Commission on the work of its fifty-eighth session (1 May- 9 June, 3 July-11 August 2006) (A/61/10), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (Part II), 2006, pp. 175-182

ILC, "Report of International Law Commission, Sixty-third session", 2011, in UN Doc. GAOR, Sixty- sixth session Suppl. No.10 (A/66/10), pp. 12-51

ILC, "Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session on State Responsibility (23 April- 1 June, 3 July-10 August 2001) (A/56/10) in *Yearbook of International Law Commission*, 2001, Vol.II (Part II) and corrigendum, pp. 20-143

ILC, "First report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur (UN Doc. A/CN.4/144)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1962, a pp. 27 e ss.

ILC, "Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur" (UN Doc. A/CN.4/167 Add.1-3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 5-66

ILC, "Sixth Report on the Law of Treaties, by Sir H. Waldock, Special Rapporteur (A/CN. 4/186 e Add. 1-7)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966 pp. 51-103

ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (1966)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, pp. 187-274

ILC, "Draft Articles on the Law of Treaties (1964)", in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1964, pp. 176-208

ILC, "726th Meeting: Law of Treaties" (UN Doc. A/CN.4/167), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 20-26

ILC, "765th - 766th Meetings: Law of Treaties" (UN Doc. A/CN.4/167/Add. 3), in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, pp. 275-282

ILC, "First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur - 2013 (A/CN.4/660)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/660>.

ILC, "Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur - 2014 (A/CN.4/671)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/671>

ILC, "Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur - 2015 (A/CN.4/683)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/683>

ILC, "Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur - 2016 (A/CN.4/694)", disponibile su <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/694>

Statute of the International Law Commission, disponibile su http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute_e.pdf.

Altri documenti

UN Doc. FCCC/KP/CMP/2012/6, 8 novembre 2012

UN Doc. ECE/MP.WAT/14;C.N.639.2012.

UN Doc. ECE/MP.WAT/37/Add. 2.

UN Doc. U.N.C.I.O., Vol. XI ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, "Meeting of the Parties to the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes- Report of the Meeting of the Parties on its sixth session", Roma, 28–30 Novembre 2012,

Statutes of the International Red Cross Crescent movement, adottato dalla 25esima International Conference of the Red Cross a Ginevra

Assembly of the International Committee of the Red Cross, "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", in *International Review of the Red Cross*, No. 872, 2008

ICRC, *31st International Conference 2011: Res.1- Strengthening legal protection for victims of armed conflicts*, 1 Dicembre 2012

ILA (International Law Association - Committee on International Human Rights Law and Practice), "Final report on the impact of findings of United Nations Human Rights treaty bodies", Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 2004, disponibile a <http://www.ila-hq.org/index.php/committees> (accesso 9 gennaio 2018)

Comments on Some Procedural Questions issued by the Office of Legal Affairs of the United Nations Secretariat in accordance with General Assembly resolution A/RES/60/286 (2006), disponibili a http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf (accesso il 15 gennaio 2018)

UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 1992 (reedited)

UN Meetings Coverage & Press Releases, "Security Council Fails to Adopt Text Urging Member States Not to Recognize Planned 16 March Referendum in Ukraine's Crimea Region", SC/11319

"Harvard Draft Convention on the Law of Treaties", in *American Journal of International Law*, Vol. 29 (1935), Suppl. 661, a p. 938 ss

Giurisprudenza internazionale

Corte Internazionale di Giustizia

Accordance with international law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Advisory Opinion), ICJ Reports 2010

Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, (Advisory Opinion), ICJ Reports 1956

Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), ICJ Reports 1978

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), ICJ Reports 2011

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970

Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports 1995

Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports 1997

Case Concerning The temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailandia), ICJ Reports 1962

Certain Expenses of the United Nations (Advisory Opinion), ICJ Report 1962

Competence of the General Assembly for the Admission of a State to United Nations (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1950

Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization (IMCO) (Advisory Opinion), ICJ Reports 1960

Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), ICJ Reports 1949

Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ Reports 2009

Judgement of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made Against UNESCO (Advisory Opinion), ICJ Reports 1956

Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia), ICJ Reports 1999

LaGrand (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), ICJ Reports 2002

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening), ICJ Reports 1992

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion), ICJ Reports 1971

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Advisory Opinion), ICJ Reports 1996

Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), ICJ Reports 1993

Nuclear Tests case (Australia v. Francia), ICJ Reports 1974

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports, 1996

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion), ICJ Reports 1951

Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), ICJ Reports 1952

Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), ICJ Reports 2002

Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), ICJ Reports 1994

Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), ICJ Reports 2014

Corte Permanente di Giustizia Internazionale

Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of the Persons Employed in Agriculture (Advisory Opinion), PCIJ Reports Series B No.2, 1922

Exchange of Greek and Turkish Populations, PCIJ Reports Series B No. 10, 1925

Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8, PCIJ Reports Series A No.13, 1927

Interpretation of the Treaty of Lausanne (Advisory Opinion), PCIJ Reports Series B No. 2, 1925

Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials Who Have Passed into The Polish Service, Against the Polish Railways Administration), PCIJ Reports Series B No. 15, 1928

Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila (Advisory Opinion), PCIJ Reports Series B No. 14, 1927

Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Reports Series AB No. 53, 1933

Polish Postal Service in Danzig (Advisory Opinion), PCIJ Reports Series B No. 11, 1925

S.S. Lotus, PCIJ Reports Series A, No. 10, 1927

S.S. Wimbledon, PCIJ Reports Series A No. 1, 1923

The Brazilian Loans case, PCIJ Reports Series A No. 21, 1929

The Factory of Chorzów (Claim for Indemnity) (Jurisdiction), PCIJ Reports Series A No. 9, 1927

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Al-Saadoon and Mufdhi v UK, (Judgement, Merits and Just Satisfaction), App. No. 61498/08, ECHR, 2010

Bankovic et al. v. Belgium and 16 Other Contracting States (Judgement, Grand Chamber), Application No. 52207/99, ECHR, 2001

Case of Loizidou v. Turkey (Judgement, Merits and Just Satisfaction), App. No. 15318/89, ECHR, 1996

Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, (Judgment Grand Chamber), App. No. 46827/99, ECHR, 2005

Case of Soering v. UK , (Judgement, Merits and Just Satisfaction) App. No. 14038/88, ECHR, 1989

Chapman v. the United Kingdom, (Judgment, Grand Chamber), App. No. 27238/95, ECHR, 2001

Christine Goodwin v. the United Kingdom (Judgement, Grand Chamber), App. No. 28957/95, ECHR, 2002

Cossey v. the United Kingdom, (Judgment), App. No. 10843/84, ECHR, 1990

Cruz Varas and others v. Sweden, (Judgment), App. No. 15576/89, ECHR 1991

Demir and Baykara v. Turkey, (Judgment), App. No. 34503/97, ECHR, 2008, par. 48;

Demir and Baykara v. Turkey, (Judgment), App. No. 34503/97, ECHR, 2008

Dudgeon v. the United Kingdom, (Judgment), App. No. 7275/76, ECHR, 1981

Feldbrugge v Netherlands, (Judgement, Merits and Just Satisfaction), App. No. 8562/79, ECHR 1986

Guzzardi v Italy, (Judgment), App. No. 7367/76, ECHR, 1980

Hassan v United Kingdom (Judgement, Grand Chamber), App. No. 29750/09, ECHR, 2014

Johnston v. Ireland, (Judgement, Merits and Just Satisfaction), App. No. 9697/82, ECHR, 1986

Jorgic v. Germany, (Judgement), (Judgement, Merits and Just Satisfaction), App. No. 74613/01, ECHR, 2007

Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), App. No. 15318/89, ECHR, 1995

Mazurek v. France, (Judgement), App. No. 34406/97, ECHR, 2000

Norris v. Ireland, (Judgement, Merits and Just Satisfaction), App. No. 10581/83, ECHR, 1988

Öcalan v Turkey, (Judgment, Merits and Just Satisfaction), App. No. 46221/99, ECHR, 2005

Rantsev v. Cyprus and Russia, (Judgement, Merits and Just Satisfaction), App. No. 25965/04, ECHR 2010

Tyrer v. the United Kingdom, (Judgment), App. No. 5856/72, ECHR

Corte Inter-americana dei diritti umani

The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law (Advisory Opinion OC-16/99), Inter-American Court of Human Rights Series A No. 16, 1999

Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago (Judgment), Inter-American Court of Human Rights Series C No. 94, 2002

Sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio

Japan-Alcoholic Beverages II, Appellate Body Report, adottato il 4 ottobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R

European Communities: Customs Classification of Certain Computer Equipment, WTO Appellate Body Report, 1998, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R e WT/DS68/AB/R (adottato 22 giugno 1998)

United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, Appellate Body Report, 2012, WT/DS406/AB/R (adottato il 24 aprile 2012)

Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services, WTO Appellate Body Report, 2004, WT/DS204/R (adottato l'1 giugno 2004)

United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO Appellate Body Report, 2005, WT/DS285/AB/R (adottato il 20 aprile 2005)

United States Laws Regulation and methodology for Calculating Dumping Margins ('Zeroing'), Panel Report, 2005, WT/DS294/R (adottato 19 febbraio 2009)

United States - Subsidies on Upland Cotton (US - Upland Cotton), Appellate Body Report, 2005, WT/DS267/AB/R (adottato il 21 marzo 2005)

China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Service for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Appellate Body Report, 2010, WT/DS363/AB/R (adottato il 19 gennaio 2010)

US-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, 1998, WT/DS58/AB/R, (adottato il 6 novembre 1998)

European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, (Second Recourse to Article 21.5), WTO Appellate Body Report, 2008, WT/DS27/AB/RW2/ECU and Corr.1, WT/DS27/AB/RW/USA and Corr.1, (adottati l'11 e il 22 dicembre 2008)

US - Restrictions on Imports of Tuna (EEC), Panel Report, 1994, DS29/R, (16 giugno 1994, non adottato)

Chile: Price band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agriculture Product, Panel Report, 2002, WT/DS207/R

EC-Asbestos, Panel Report, 2000, WT/DS135/R

Canada-Herring Salmon, 1988, BISD 35S/98 (adottato il 22 marzo 1988)

US - Taxes on Automobiles, Panel Report, DS31/R (11 ottobre 1994, non adottato)

Reformulated Gasoline, Appellate Body Report, 1996, WT/DS2/AB/R (adottato il 20 maggio 1996)

Tribunale Stati Uniti-Iran

The Islamic Republic of Iran and the United States of America, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), 1989

The Islamic Republic of Iran and the United States of America, Iran-US Claims Tribunal, Partial Award No. 382-B1-FT, 1989

United States of America, et al v. Islamic Republic of Iran et al. Iran-US Claims Tribunal, Award, 5 Iran- USCTR 71, 1984,

Houston Contracting Co. v. National Iranian Oil co. et al., Iran-US Claims Tribunal, Award, 20 Iran- USCTR 56-7, 1988,

The Islamic Republic of Iran and the United States of America, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT WL 2210709 (Counterclaim), 2004

Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia e Tribunale penale internazionale per il Ruanda

Prosecutor v. Dusko Tadic (Judgement), ICTY-94-1-A, 2000

Prosecutor v. Aleksovski, ICTY (Appeals Chamber Judgement), IT-95-14/1-A, 2000

Prosecutor v. Bagosora et al., ICTR (Appeals Chamber), ICTR-98-37-A, 1998

Altri arbitrati internazionali

The Chamizal Case (Mexico v. Usa) (Award), 11 UNRIAA 323, 1911

Affaire de l'indemnité Russe (Russia v. Turkey) (Award), 11 UNRIAA 433, 1912,

Interpretation of the Air Transport Service Agreement between the USA and France (USA v. France) (Award), 16 UNRIAA 5, 1963

Interpretation of Air Transport Service Agreement between the USA and Italy (Usa v. Italy) (Award), 16 UNRIAA 100, 1965

Beagle Channel Arbitration (Argentine v. Chile) (Award), 21 UNRIAA 53, 1977

Delimitation of the Continental Shelf (UK v. France) (Award), 18 UNRIAA 3, 1977

Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel (Taba Arbitration), 20 UNRIAA 1, 1988

Affaire de la Délimitation del Frontière Maritime (Guinée /Guinée Bissau), 19 UNRIAA 175, 1985

Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zeland v. Japan) (Jurisdiction and Ammissibility-Award), 22 UNRIAA 1, 2000

Affaire relative au Regimé Fiscal des Pensions Versées aux Fonctionnaires Retraités de l'UNESCO Résidant en France, RGDIP 107, 2003

Russian claim for Interest on Indemnities (Russia vs Turchia), Permanent Court of Arbitration, 11 UNRIAA 421, 1912

Island of Palmas case (Netherlands v. USA), Permanent Court of Arbitration, 2 UNRIAA 829, 1928

Arbitration regarding Iron Rhine Railway (Belgium v. Netherlands), Permanent Court of Arbitration, 27 UNRIAA 35, 2005

Decision Regarding the Delimitation of the Boarder (Eritrea v. Ethiopia), Eritrea Ethiopia Boundary Commission, 25 UNRIAA 83, 41 ILM 1057, 2002

German External Debts, 19 UNRIAA 67, 1980

Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France, 25 UNRIAA 231, 2003

CME Czech Republic BV v Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 2003

Canadian Cattlemen for Fair Trade v United States of America, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 2008

Young Loan Arbitration, 59 ILR 541, 1980

C.C.F.T. v. United States, UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, Award on Jurisdiction, 2008

Canada's Landing Requirements for Pacific Coast Salmon and Herring, Canada-US Free Trade Agreement, Secretariat File No. US 89-1807-01, 16 Ottobre 1989

Aguas del Tunari, S.a. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 2005

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 2005

Gold Reserve Inc. v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 2014

El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 2011

Gas Natural SDG SA v Argentine Republic, ICSID No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions of Jurisdiction, 2005

Telefonica SA v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/20, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 2006

Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, 2012

Lemire v Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 2010

Ioannis Kardassopoulos v Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 2007

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Bosphorus, case C-84/95, ECR I-3953, 1996

Reliance Industries Ltd v Council of the European Union and Commission of the European Communities, Case T-45/06, ECR II-02399, 2008

France v Commission, case C-327/91, ECR I-3641, 1994

United Kingdom v Council, case 68/86 ECR 855, 1988

Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v A/S Danmols Inventar, in liquidation, case 105/84, ECR 02639, 1985

Corti nazionali

Assange v. The Swedish Prosecution Authority, UKSC 22, 2012

Medellin v. Texas 552 US 491, 2008 (Slip Opinion at 20-1)

Trans World Airlines, inc. v. Franklin Mint Corporation 466 US 243, 1984

R. v. Sec of State, on Application of Channel Tunnel Group, 125ILR, 2004

Morris v. KLM Royal Dutch Airlines, UK, 2002

Attorney General v. Zaoui, NZSC 38, ILDC 81, NZ, 2005

Bouzari v. Islamic Republic of Iran, 243 DLR (4th) 406, ILDC 175, CA, 2004

Semings v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs, FCA 422, 1999

Desidero ringraziare il Professor Enrico Milano per la pazienza, la competenza e la disponibilità, con le quali mi ha accompagnata in questo percorso; la Professoressa Maria Caterina Baruffi, coordinatrice del Corso di Dottorato, per la professionalità, l'umanità e la forza che mi ha sempre dimostrato in questi anni.

Desidero infine ringraziare la mia famiglia, mia prima e instancabile sostenitrice, Silvia, Giulia e Gianluca, le mie colleghe di dottorato Cinzia, Diletta ed Elisa, e, non da ultimo, Marco, per avermi spronata e trascinata fuori da un momento di paralisi apparentemente insormontabile.