

UNITÀ E PLURALITÀ DEI METODI DI ACCERTAMENTO DEL DIRITTO CONSUETUDINARIO

Enzo CANNIZZARO*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Formazione e identificazione del diritto consuetudinario. – 3. L'accertamento del diritto consuetudinario attraverso procedimenti deduttivi: i modelli di riferimento. – 4. Identificazione del diritto consuetudinario e sviluppo progressivo del diritto internazionale. – 5. Interazioni e conflitti fra norme consuetudinarie. – 6. Il modello dell'accertamento "anticipato" del diritto consuetudinario. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Il titolo del presente studio ne determina l'oggetto e ne limita la portata. Esso concerne le procedure per l'identificazione di norme consuetudinarie, ma non anche i loro processi di formazione.

La possibilità di distinguere i processi di formazione rispetto a quelli di identificazione del diritto consuetudinario consente quindi di non trattare dell'intenso e perenne dibattito sugli elementi costitutivi della consuetudine come fonte del diritto internazionale: se essa si formi sulla base di una combinazione fra i due noti elementi della prassi e dell'*opinio iuris*, secondo la opinione prevalente; se essa, di converso, possa scaturire anche dalla generale convinzione dell'esistenza di una regola, pur se mai attuata con condotte fattuali¹.

* Ordinario di diritto internazionale, Università di Roma "La Sapienza".

¹ Per qualche indicazione sui termini di tale dibattito, nelle sue articolazioni più recenti, v. D. LEPARD, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge, 2010; A. E. ROBERTS, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, in *American Journal of International Law*, 2011, p. 757 ss.; M. P. SCHARF, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge, 2013; N. ARAJÄRVI, *The Changing Nature of Customary International Law*, New York 2014; W. T. WORSTER, *The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2014, p. 445 ss.; S. TALMON, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 417 ss.

Questi due approcci non sono solo diversi. Essi riflettono altresì antitetiche concezioni del ruolo del diritto consuetudinario nella moderna comunità internazionale.

Il primo recepisce la tradizionale concezione della consuetudine come fonte fattuale di produzione di regole giuridiche, che si conformano quindi a modelli comportamentali considerati generalmente come necessari al fine di governare i rapporti sociali di una determinata comunità. Tale fonte assicura quindi, ad un tempo, stabilità e certezza giuridica. Essa scaturisce, infatti, dalla più o meno spontanea convergenza dei soggetti della comunità internazionale verso modelli comportamentali condivisi e realizza, in maniera massima, la logica inclusiva della comunità internazionale e la sua struttura paritaria. D'altra parte, proprio in ragione di tali caratteristiche strutturali, questo schema normativo appare scarsamente idoneo a definire i rapporti giuridici internazionali in tempi di crisi, in presenza, cioè, di un rapido mutamento degli assetti normativi e del loro adeguamento ai mutati equilibri politici e ai cambiamenti sociali.

Il secondo modello, al contrario, assicura un rapidissimo ricambio della norma generale, pronta a seguire con immediatezza l'evoluzione del costume sociale, fin quasi, paradossalmente, a precederlo. Ma lo fa a costo di una notevole incertezza giuridica e di un rafforzamento del ruolo degli Stati leader della comunità internazionale².

2. *Formazione e identificazione del diritto consuetudinario*

È peraltro noto come l'opinione prevalente, in dottrina e nella giurisprudenza internazionale, tenda ad assimilare le procedure di formazione e quelle di identificazione del diritto consuetudinario, ritenendo che la loro distinzione abbia carattere prevalentemente classificatorio. In virtù della natura fattuale della consuetudine come fonte del diritto, infatti, l'accertamento del contenuto di una norma consuetudinaria andrebbe compiuta attraverso una indagine condotta sui medesimi elementi costitutivi che ad essa danno vita.

² Né si tratta di un dibattito recente. Per interessanti indicazioni storiche, v. E. KADENS e E.A. YOUNG, *How Customary Is Customary International Law?*, in *William & Mary Law Review*, 2013, p. 885 ss. Ivi, un interessante resoconto sulle varie posizioni sostenute dai glossatori sulla natura del diritto consuetudinario e sul misterioso processo di trasformazione del fatto in diritto.

Questa concezione sembra aver ispirato la Corte internazionale di giustizia pressoché in tutti i casi in cui essa ha fornito qualche indicazione circa la metodologia da utilizzare per rilevare norme consuetudinarie. Si legge nella recente sentenza relativa al caso delle *immunità giurisdizionali*:³ “the Court must determine ... the existence of international custom, To do so, it must apply the criteria which it has repeatedly laid down for identifying a rule of customary international law”⁴. In tale brano la Corte non solo sembra cumulare in un unico processo logico l'accertamento della esistenza di una norma consuetudinaria con quello relativo al suo contenuto e alla sua portata; essa sembra anzi considerare i due aspetti come indistinguibili.

La tendenziale identità fra formazione e accertamento del diritto consuetudinario emerge altresì dai lavori della Commissione del diritto internazionale. Nel 2011, la Commissione ha deciso di includere ambedue tali aspetti nel proprio programma di lavoro, intitolato “*Formation and evidence of customary international law*”⁵. Successivamente, su impulso del Relatore Speciale, il titolo venne trasformato e, in suo luogo, venne adottato quello, meno impegnativo, “*Identification of customary international law*”. Tuttavia, nelle intenzioni della Commissione tale mutamento non sembra affatto implicare il riconoscimento della diversità fra i due procedimenti. In proposito, il Relatore speciale indicava come “(t)he change in title was made on the understanding that matters relating both to what one Commission member referred to as the ‘formative elements’ and to evidence of proof of customary international law, remained within the scope of this topic”⁶. Inoltre, il Relatore speciale, invocando a sostegno di tale conclusione l'autorità di Jennings⁷, indicava come l'accertamento di una regola consuetudinaria esiga necessariamente l'accertamento dei suoi fattori costitutivi: “It is worthwhile to recall in this context Jennings’ observation that in international law the questions of whether a rule of customary law exists, and how customary law is made, tend in practice to coalesce”⁸.

La difficoltà di tenere distinti i due momenti, della formazione e dell'accertamento della normativa consuetudinaria, non dovrebbe però dis-

³ *Immunità giurisdizionali di uno Stato (Germania c. Italia: Grecia interveniente)*, sentenza del 3 febbraio 2012, *I.C.J. Reports 2012*, p. 99.

⁴ *Ibidem*, par. 55.

⁵ A/66/10, par. 365 ss.

⁶ V. il *Second Report on Identification of Customary Law*, dello *Special Rapporteur Michael Wood*, A/CN-4/672*, par. 2.

⁷ *What is International Law and How Do We Tell It When We See It?*, in *Annuaire Suisse de Droit International*, 1981, p. 59 ss.

⁸ A/CN-4/672, par. 2, nota 6.

suadere dall'intraprendere una linea di ricerca sull'uno o sull'altro di essi. A ben guardare, infatti, l'identità fra la fase della formazione e quella dell'accertamento si fonda su una premessa logica non irresistibile: che non sia possibile determinare il contenuto di una norma consuetudinaria se non attraverso la verifica della esistenza dei suoi elementi costitutivi.

Se tale premessa fosse corretta, evidentemente, i due processi, quello della formazione e quello dell'accertamento, finirebbero necessariamente per coincidere. Essa sembra quindi portare ad estreme conseguenze il carattere fattuale della consuetudine, al punto che risulterebbe difficile applicare ad essa la distinzione fra norma e fonte sulla quale si fonda la moderna dottrina della norma giuridica. È verosimilmente questo che si intende allorché si afferma che la norma consuetudinaria non è soggetta ad interpretazione ma va semplicemente rilevata. Tale constatazione riprodurrebbe quindi, a proposito della consuetudine, l'illusione illuminista del giudice come mero esecutore della volontà che si rispecchia nella legge; come *bouche de la loi*. Così come, il giudice non dovrebbe interpretare la norma legislativa, ma limitarsi ad applicarne i precetti, egli dovrebbe limitarsi ad interrogare gli elementi della consuetudine al fine di determinare la norma applicabile al caso di specie.

Dal punto di vista della logica giuridica, questa dottrina appare quindi assai penalizzante. Essa, infatti, esclude che le norme consuetudinarie possano soggiacere alle normali dinamiche normative che caratterizzano i moderni ordinamenti giuridici. In altri termini, rispetto alle norme consuetudinarie non potrebbero trovare applicazione quelle tecniche, proprie dell'interpretazione giuridica, atte a determinare il contenuto di una norma non solo di per sé, ma anche attraverso le sue interazioni con il restante corpo normativo al quale essa appartiene.

Da un punto di vista di politica del diritto, tuttavia, tale conseguenza appare particolarmente tranquillizzante per gli Stati. La necessità di rilevare il contenuto di una norma consuetudinaria esclusivamente attraverso gli elementi costitutivi della consuetudine ha infatti l'effetto di ridurre considerevolmente il margine di autonomia dell'interprete e assicurare agli Stati il controllo non solo sui processi di formazione del diritto consuetudinario, ma altresì su quelli che ne determinano l'evoluzione.

3. *L'accertamento del diritto consuetudinario attraverso procedimenti deduttivi: i modelli di riferimento*

Alla luce di tali considerazioni, conviene procedere oltre nell'analisi e sottoporre a vaglio critico il presupposto tradizionalmente accettato se-

condo il quale l'accertamento delle norme consuetudinarie esige una analisi compiuta sui medesimi elementi costitutivi della consuetudine come fonte normativa.

Come è noto, la giurisprudenza internazionale si è fondata prevalentemente, se non esclusivamente, sulla tradizionale dottrina dualista, secondo la quale la produzione di una norma consuetudinaria si fonda sulla combinazione dei due classici elementi della prassi e della *opinio iuris*. Questa procedura è quella più frequentemente utilizzata dalla giurisprudenza, pur se talvolta in maniera particolarmente sommaria, al fine di identificare il contenuto di una norma consuetudinaria. Non infrequentemente, tuttavia, la giurisprudenza ha utilizzato, ancorché implicitamente altre metodologie, le quali talora sono fondate sull'esistenza di uno solo dei due classici elementi sopra menzionati, e talaltra tendono a prescindere addirittura da ambedue tali elementi, per fondarsi su argomenti puramente logico-deduttivi.

Nelle pagine successive seguiremo quindi un itinerario concettuale teso ad evidenziare l'esistenza di tali metodologie e a delineare alcuni modelli generali all'interno dei quali essi possono essere ragionevolmente inquadrati. Una volta dimostrata la propensione dei giudici internazionali ad avvalersi di modelli alternativi per l'accertamento del diritto consuetudinario, si potrà quindi tornare, con maggiore consapevolezza, al problema dei rapporti fra accertamento e formazione della consuetudine, con qualche considerazione conclusiva.

Una analisi superficiale della giurisprudenza internazionale, svolta in particolare sulle pronunce della Corte internazionale di giustizia, consente di evidenziare tre diverse ipotesi nelle quali la normativa internazionale è stata identificata sulla base di procedimenti puramente deduttivi.

In una prima serie, sono raggruppati alcuni casi nei quali i giudici internazionali, partendo da una regola consuetudinaria esistente, hanno provveduto ad estenderne la portata, accertandone il contenuto "evolutivo" rispetto a fattispecie da essa non considerate. In una seconda serie, i giudici hanno accertato il contenuto di una norma generale attraverso l'analisi della interazione fra norme preesistenti. In una terza serie sono raggruppati taluni casi di accertamento "anticipato", nei quali i giudici internazionali hanno determinato il contenuto di una norma, prescindendo del tutto dalla dimostrazione della sua esistenza e fors'anche anticipandone la formazione.

I tre gruppi di situazioni costituiscono dei meri modelli teorici, privi di qualsiasi effetto normativo e caratterizzati, anzi, da sovrapposizioni e interferenze reciproche. La loro analisi potrà quindi, al più, offrire un

tentativo provvisorio di classificazione utile ad inquadrare un fenomeno complesso e sfuggente.

D'altronde, una analisi di tali situazioni non appare del tutto inutile. Essa può contribuire a verificare la varietà e la ricchezza delle dinamiche giuridiche alle quali sono soggette le norme consuetudinarie nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Essa può, in ultima analisi, mettere in evidenza l'ineliminabile complessità del processo di accertamento del diritto consuetudinario.

4. *Identificazione del diritto consuetudinario e sviluppo progressivo del diritto internazionale*

Il primo modello concerne la possibilità di espandere la portata di una norma consuetudinaria ovvero di precisarne il contenuto, attraverso procedimenti logico deduttivi. Esso mette in luce come una norma consuetudinaria già venuta ad esistenza possa svilupparsi attraverso la sua applicazione a casi concreti non previsti al momento della sua formazione⁹.

Questo modello appare molto interessante teoricamente in quanto pone in discussione uno dei profili assiomatici della tradizionale dottrina della consuetudine, dato dall'esistenza di un rapporto biunivoco fra la norma consuetudinaria e la propria fattispecie. Il carattere fattuale della norma consuetudinaria dovrebbe infatti impedire che essa venga applicata ad una fattispecie analoga ma diversa rispetto a quella che ad essa ha dato vita.

A un modello di questo tipo si possono richiamare una serie di situazioni che evidenziano la tendenza ad utilizzare procedimenti logici per determinare articolazioni normative di una regola consuetudinaria attraverso l'ampliamento della portata al fine di applicarla a casi simili ovvero a casi posti in un rapporto di "sucedaneità logica", ovvero anche di strumentalità normativa, rispetto alla fattispecie regolata dalla norma consuetudinaria.

Un esempio paradigmatico di questo fenomeno viene dal caso *Nicaragua*, deciso nel merito dalla Corte internazionale di giustizia nel 1986¹⁰. La Corte era chiamata a determinare i presupposti per l'esercizio del diritto di legittima difesa collettiva, previsto espressamente nell'art.

⁹ V. L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 704 ss.

¹⁰ Sentenza del 27 giugno 1986 nel caso *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14.

51 della Carta e corrispondente al diritto internazionale generale. In particolare, si trattava di vedere se tale diritto potesse essere senz'altro esercitato da uno Stato terzo a favore dello Stato aggredito ovvero se il suo esercizio fosse subordinato alla richiesta di questi.

La soluzione della Corte si è svolta in due momenti distinti.

Nel paragrafo 195 della sentenza, la Corte ha indicato l'esistenza di una competenza esclusiva dello Stato aggredito ad accertare l'esistenza di una aggressione, pur in assenza di una regola internazionale avente questo contenuto. Tale indicazione ha una struttura argomentativa ternaria. Nella prima frase, la Corte ha indicato, in termini assertivi, la soluzione del problema: “[i]t is also clear that it is the State which is the victim of an armed attack which must form and declare the view that it has been so attacked”. Nella seconda frase, la Corte ha indicato come tale conclusione non si fondasse su di una regola consuetudinaria esistente: “There is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation”. Nella terza e conclusiva frase, la Corte ha quindi dedotto dall'assenza di una regola permissiva la conseguenza dell'esistenza di una competenza esclusiva dello Stato aggredito “[w]here collective self-defence is invoked, it is to be expected that the State for whose benefit this right is used will have declared itself to be the victim of an armed attack”.

Un apparato argomentativo analogo è stato utilizzato nel paragrafo successivo, nel quale si indica come il diritto internazionale generale subordini l'esercizio del diritto di legittima difesa collettiva ad una specifica richiesta da parte dello Stato aggredito. A tale conclusione, la Corte perviene sulla base di una struttura argomentativa binaria. In primo luogo “the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the inter-American legal system, there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which regards itself as the victim of an armed attack”. Dall'assenza di una regola specifica, la Corte ha tratto una conseguenza normativa: “that the requirement of a request by the State which is the victim of the alleged attack is additional to the requirement that such a State should have declared itself to have been attacked”.

Come si vede, in ambedue le situazioni, la Corte ha constatato l'assenza di una regola consuetudinaria che consentisse, rispettivamente, l'accertamento unilaterale dell'aggressione da parte di uno Stato terzo e il potere di questi di intervenire in legittima difesa collettiva. Da tale constatazione, tuttavia, la Corte non ha tratto la conseguenza dell'esi-

stenza di una *lacuna iuris*, con un conseguente regime di libertà a favore degli Stati terzi. Al contrario, essa ha analizzato, ancorché sommariamente, la struttura normativa della regola consuetudinaria sulla legittima difesa collettiva, deducendo che essa è stabilita nell'interesse dello Stato attaccato. Da tale constatazione, la Corte ha quindi dedotto che il diritto internazionale subordina l'esercizio del diritto di legittima difesa collettiva ad uno specifico atto di accertamento e di volontà dello Stato attaccato.

Come si vede, anziché limitarsi ad accertare il diritto generale sulla base dei fattori produttivi di esso, la Corte ne ha ricostruito il contenuto e la portata sulla base di una analisi meramente logica circa la struttura e la funzione della normativa esistente.

Il caso *Nicaragua* non costituisce certo un precedente isolato. Vi sono, anzi, varie occasioni nelle quali la Corte internazionale di giustizia ha ricostruito articolazioni normative del diritto generale sulla base di una analisi logica della struttura e della funzione delle regole esistenti.

Un esempio in un certo senso analogo viene dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 24 maggio 1980, relativa al caso del *personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran*¹¹, concernente la definizione del divieto di violazione delle regole sulle immunità diplomatiche a titolo di contromisura. In quella occasione, la Corte ha tratto dal carattere "fondamentale" delle regole sull'inviolabilità diplomatica, e dall'esistenza, nel sistema del diritto diplomatico, di mezzi particolarmente efficienti atti a far cessare le interferenze negli affari interni dello Stato di sede, la conseguenza della insuscettibilità di tali regole di essere violate a titolo di contromisura.

Dopo aver indicato, nel par. 85, come la normativa sull'inviolabilità delle immunità personali dei diplomatici, nonché di quelle garantite alla sede diplomatica e agli archivi, non possa essere violata neanche al fine di far cessare eventuali abusi della funzione diplomatica, la Corte ha concluso, al par. 86, come "(t)he rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained regime ...", precisando che "the principle of the inviolability of the persons of diplomatic agents and the premises of diplomatic missions is one of the very foundations of this long-established regime ..."¹².

¹¹ Sentenza del 24 maggio 1980 nel caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Stati Uniti d'America c. Iran, I.C.J. Reports 1980*, p. 3.

¹² Significativamente, la Corte ha aggiunto, al par. 86, che "(e)ven in the case of armed conflict or in the case of a breach in diplomatic relations those provisions require that both the inviolability of the members of a diplomatic mission and of the premises, property and archives of the mission must be respected by the receiving State". In questo

Conviene notare come sia l'analisi contenuta nel par. 85, sia le conclusioni formulate nel par. 86, fanno seguito ad una operazione interpretativa compiuta sulle disposizioni della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961. È però evidente, dal tenore e dalla formulazione delle conclusioni, come esse valgano altresì rispetto al regime consuetudinario, codificato dalla Convenzione del 1961¹³. Significativamente quindi, la Corte internazionale di giustizia avrebbe tratto dal sistema del diritto diplomatico delle articolazioni normative attraverso forme di interpretazione contestuale e funzionale: una operazione che mal si concilia con la natura puramente fattuale della normativa consuetudinaria.

Un ulteriore distacco rispetto alle metodologie di accertamento classiche si verifica nei casi in cui i giudici sembrano indicare come, in relazione allo "sviluppo progressivo" del diritto consuetudinario, una regola potrebbe applicarsi a fattispecie diverse da quelle che ne hanno occasionato la formazione.

Non è forse irragionevole individuare un processo di questo tipo, di particolare raffinatezza concettuale, nel caso *Diallo*¹⁴. Nella giurisprudenza precedente, la Corte aveva, invero, accertato come la portata della norma consuetudinaria sulla protezione diplomatica, originariamente limitata ad assicurare il rispetto delle regole internazionali sullo *standard* minimo di trattamento degli stranieri, si fosse allargata in modo da coprire anche violazioni dei diritti individuali, pur se non qualificate come di-

punto, l'argomento seguito dalla Corte sembra procedere sulla base di un ragionamento meramente logico: quello per il quale una regola inviolabile in tempo di guerra debba risultare a più forte ragione inviolabile in tempo di pace. Appare evidente l'analogia fra tale argomento e quello utilizzato dalla Corte nel caso del *passaggio nello stretto di Corfù* (sentenza del 9 aprile 1949, *Regno Unito c. Albania*, *I.C.J. Reports* 1949, p. 4) al fine di trarre dalle *elementary considerations of humanity* l'obbligo per l'Albania di avvisare le navi in transito dell'esistenza nel proprio mare territoriale di un campo minato. Or bene, proprio tale analogia sembra rafforzare l'idea che, in ambedue i casi, la Corte abbia utilizzato un metodo puramente logico per estendere la portata di un obbligo convenzionale ad una fattispecie da esso non direttamente contemplata. Nel caso di specie, peraltro, l'obbligo convenzionale di assicurare anche in caso di conflitto armato l'invulnerabilità dei membri della missione diplomatica, della sede e degli archivi corrisponde, come si è detto, ad un obbligo di natura consuetudinaria. Ne consegue che tale argomento, apparentemente svolto in punto di interpretazione della norma convenzionale, vale altresì a determinare la ricostruzione della corrispondente norma consuetudinaria.

¹³ In vari passaggi della sentenza, e, in particolare, nel par. 45, la Corte ha dato atto della larga corrispondenza fra il regime convenzionale e il regime generale. V. inoltre, l'ordinanza del 15 dicembre 1979, par. 25.

¹⁴ V. le due sentenze rese nel caso *Ahmadou Sadio Diallo (Repubblica di Guinea c. Repubblica democratica del Congo)*, del 24 maggio 2007, Eccezioni preliminari, *I.C.J. Reports* 2007, p. 582, e 19 giugno 2012, indennizzo, *C.I.J. Recueil* 2012, p. 324.

ritti dell'uomo¹⁵. Nella sentenza relativa alle obiezioni preliminari, del 2007¹⁶, la Corte ha confermato tale indicazione, fondandola sullo sviluppo del diritto internazionale occorso nel campo dei diritti individuali: "due to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights". Questa indicazione ben potrebbe essere giustificata con il carattere strumentale della regola sulla protezione diplomatica, rispetto alla normativa sostanziale, per modo che lo sviluppo di questa reca logicamente in sé anche uno sviluppo delle regole strumentali tese a garantirne l'effettività. Da tale sviluppo, la Corte potrebbe aver preso spunto, implicitamente, per trarre delle implicazioni particolarmente impegnative nella successiva sentenza relativa al risarcimento del danno, del 2012, secondo la quale "the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter's injury"¹⁷. In questa conclusione si riflette, in qualche modo, l'idea di un dovere dello Stato, agente per conto dell'individuo in protezione diplomatica, di assicurare a questi i frutti della propria azione. Tale dovere non sembra avere altro fondamento giuridico che quello risultante dalla combinazione fra la normativa sostanziale relativa alla tutela dei diritti individuali e la normativa strumentale relativa al potere dello Stato di agire in protezione diplomatica.

L'utilizzazione di argomenti logici per determinare l'ambito di applicazione di una regola, ovvero per precisarne limiti o eccezioni, è d'altronde confermata anche nella sentenza recentemente resa nel caso delle *immunità giurisdizionali*¹⁸. È sintomatico che la Corte abbia utilizzato questo strumento di accertamento nell'ambito di una decisione tesa a ribadire con molta decisione la necessità di accertare il diritto consuetudinario sulla base dei medesimi elementi che ne consentano la formazione.

Il primo passaggio nel quale si può rinvenire l'utilizzazione di un procedimento logico di accertamento è contenuto nel par. 82. In tale paragrafo, la Corte ha rigettato la posizione italiana, tendente a limitare la portata della regola consuetudinaria sull'immunità qualora essa venisse

¹⁵ V. soprattutto, la sentenza 27 giugno 2001 resa nel caso *LaGrand, Germania c. Stati Uniti d'America*, I. C.J. Reports 2001, p. 466.

¹⁶ Sentenza del 24 maggio 2007, par. 39.

¹⁷ Sentenza del 19 giugno 2012, par. 57.

¹⁸ *Supra*, nota 3.

invocata da uno Stato in relazione ad una pretesa grave violazione di un obbligo fondamentale a tutela dei diritti dell'uomo. Secondo tale posizione, lo sviluppo di una sfera attinente ai diritti dell'uomo nell'ordinamento internazionale avrebbe avuto l'effetto di restringere la portata della norma consuetudinaria sull'immunità al fine di evitare che la sua applicazione potesse pregiudicare l'effettività del nuovo diritto.

Nel rigettare tale posizione, fondata su un argomento di carattere logico-sistematico, e nel ribadire la portata generale della norma consuetudinaria sull'immunità, la Corte ha sentito il bisogno di far ricorso ad un argomento del medesimo tipo: "the Court must observe that the proposition that the availability of immunity will be to some extent dependent upon the gravity of the unlawful act presents a logical problem". Secondo la Corte, la limitazione del campo di applicazione dell'immunità in caso di gravi violazioni di diritti dell'uomo avrebbe comportato, in alternativa, la necessità che un giudice nazionale esercitasse la propria giurisdizione al solo scopo di verificare l'esistenza stessa del presupposto di tale limitazione, dato da una grave violazione dei diritti dell'uomo¹⁹, ovvero che la giurisdizione dipendesse unicamente dalla pretesa fatta valere dall'attore. Nel primo caso, sarebbe occorsa una valutazione di merito, vale a dire un esercizio di giurisdizione, al fine di accertare l'esistenza della giurisdizione. Nel secondo caso, si sarebbe consentito ad uno Stato di far venir meno, attraverso una accorta prospettazione di parte, la regola consuetudinaria sull'immunità.

L'argomento logico utilizzato dalla Corte non appare molto persuasivo. A tacer d'altro, esso renderebbe logicamente impossibile qualsiasi eccezione alla regola dell'immunità, ivi compresa quella più nota, e menzionata nella medesima sentenza dalla Corte, attinente alla tipologia, *iure imperii* ovvero *iure gestionis*, delle attività per le quali l'immunità venga invocata. È evidente, infatti, che rispetto a qualsiasi eccezione alla regola sull'immunità si presenterebbe il medesimo inconveniente logico notato dalla Corte, vale a dire la necessità che la giurisdizione venga esercitata al fine di accertarne l'esistenza. L'accertamento della sussistenza dell'immunità per attività *iure imperii*, ad esempio, costituirebbe,

¹⁹ "If immunity were to be dependent upon the State actually having committed a serious violation of international human rights law or the law of armed conflict, then it would become necessary for the national court to hold an enquiry into the merits in order to determine whether it had jurisdiction. If, on the other hand, the mere allegation that the State had committed such wrongful acts were to be sufficient to deprive the State of its entitlement to immunity, immunity could, in effect be negated simply by skilful construction of the claim".

a propria volta, un esercizio di giurisdizione vietato dalla medesima regola sull'immunità.

In ogni caso, dopo aver indicato, al par. 83, la necessità di procedere, “nevertheless” ad un esame circa l'esistenza di un fondamento positivo alla presunta eccezione alla regola²⁰, la Corte ha proceduto, nel par. 84, a dimostrare, “in addition”, l'inesistenza di una prassi atta a fondare tale eccezione²¹.

Insomma, al di là della sua persuasività, l'argomento logico utilizzato sembra evidenziare la propensione della Corte ad accertare le articolazioni normative di una consuetudine derivanti, in particolare, dall'impatto esercitato su di essa da altre regole del medesimo sistema, attraverso un procedimento puramente logico-deduttivo.

Un ragionamento analogo, ma logicamente rovesciato, è sotteso all'accertamento, contenuto nei paragrafi da 93 a 95 della sentenza, relativo al conflitto fra immunità e diritto cogente. La Corte ha indicato come la natura cogente di una regola sostanziale non comporti l'insorgenza di un conflitto con una regola procedurale che interferisca con i suoi processi di esecuzione. Con riferimento al caso specifico, la norma cogente che vieta ad uno Stato di praticare trattamenti inumani non entra in conflitto con la regola processuale che stabilisce l'immunità di tale Stato dalla giurisdizione straniera. In altri termini, la Corte di giustizia ha ammesso, ancorché in via teorica, la possibilità di una collisione fra norme consuetudinarie, con la conseguente possibilità di ricostruirne l'esito sulla base di modelli logici, pur negando che tale conflitto insorgesse nel caso di specie, in virtù della diversa natura, sostanziale ovvero processuale, delle due regole. È sintomatico come la Corte abbia quindi sentito il bisogno, “in addition”, di verificare la soluzione raggiunta sul piano meramente logico con un richiamo alla prassi internazionale²².

²⁰ “That said, the Court must nevertheless inquire whether customary international law has developed to the point where a State is not entitled to immunity in the case of serious violations of human rights law or the law of armed conflict (par. 83)”.

²¹ “In addition, there is a substantial body of State practice from other countries which demonstrates that customary international law does not treat a State's entitlement to immunity as dependent upon the gravity of the act of which it is accused or the peremptory nature of the rule which it is alleged to have violated” (par. 84).

²² Si legge, al paragrafo 95: “To the extent that it is argued that no rule which is not of the status of *jus cogens* may be applied if to do so would hinder the enforcement of a *jus cogens* rule, even in the absence of a direct conflict, the Court sees no basis for such a proposition. A *jus cogens* rule is one from which no derogation is permitted but the rules which determine the scope and extent of jurisdiction and when that jurisdiction may be exercised do not derogate from those substantive rules which possess *jus cogens* status, nor is there anything inherent in the concept of *jus cogens* which would require their modification or would displace their application”. Al paragrafo seguente, la Corte ha

5. Interazioni e conflitti fra norme consuetudinarie

Una rigorosa concezione fattuale del diritto consuetudinario, come una serie disorganica di regole, ciascuna delle quali strettamente legata alla propria fattispecie, dovrebbe escludere, si è detto, che tali regole entrino in rapporti normativi con altre regole del sistema, di natura consuetudinaria o convenzionale per modo che da tale interazione possano scaturire nuove articolazioni normative, non previste dalla regola consuetudinaria pre-esistente. Il corpo di diritto consuetudinario costituirebbe, in altre parole, un insieme di regole isolate, che prendono vita laddove, in relazione alle esigenze concrete dei membri della comunità, si sia dato vita ad un costume sociale. In mancanza di esso, occorrerebbe quindi constatare l'assenza di normazione e, quindi, l'esistenza di una lacuna. In altri termini, la necessità di accertare il diritto unicamente attraverso l'esistenza di un costume sociale esclude la possibilità di determinarlo da rapporti di interazione fra norme preesistenti. L'utilizzazione delle dinamiche normative che si stabiliscono fra norme di un sistema sarebbe quindi precluso, nell'ordinamento internazionale, allorché in esse possa venire in considerazione una norma consuetudinaria.

Uno sguardo, anche superficiale, alla prassi giudiziaria evidenzia però un dato diverso: i giudici internazionali hanno fatto frequentemente ricorso a metodologie di questo tipo. La prassi giudiziaria in materia è davvero molto ampia, pur se mai particolarmente esplicita. Essa si è espressa, in particolare, nel campo dei poteri degli Stati nelle varie zone marittime nonché dei limiti alla sovranità territoriale.

È noto come varie norme, oggi consacrate da prassi secolare, sono state accertate, ai loro inizi, attraverso l'osservazione della composizione fra preesistenti norme consuetudinarie.

Nel campo dei limiti alla sovranità territoriale, l'accertamento del diritto consuetudinario ha spesso avuto luogo attraverso l'osservazione delle interazioni provocate da obblighi convenzionali dal contenuto vago rispetto alla norma, altrettanto vaga, della sovranità territoriale.

Questa metodologia di analisi, inizialmente elaborata in classiche pronunce della Corte permanente di giustizia internazionale²³, ha trovato una esemplare applicazione nel caso della *controversia relativa ai diritti*

quindi soggiunto: "In addition, this argument about the effect of *jus cogens* displacing the law of State immunity has been rejected by the national courts ...".

²³ V., soprattutto, la sentenza del 17 agosto 1923 nel caso S.S. "Wimbledon", serie A, n. 1; la sentenza del 7 giugno 1932 nel caso delle *zone franche dell'Alta Savoia e del paese di Gex*, Serie A/B, n. 46; la sentenza del 12 dicembre 1934 nel caso *Oscar Chinn* (Serie A/B 63).

*di navigazione e diritti connessi*²⁴ La Corte internazionale di giustizia ha tratto dalle interazioni fra il generale diritto di sovranità di uno Stato e i diritti convenzionali di libertà di navigazione fluviale di un altro, una serie di corollari normativi che non trovano altra fonte che la composizione fra norme del sistema. La premessa essenziale di tale operazione è stata enunciata con chiarezza dalla Corte:

“A simple reading of Article VI shows that the Parties did not intend to establish any hierarchy as between Nicaragua’s sovereignty over the river and Costa Rica’s right of free navigation, characterized as “perpetual”, with each of these affirmations counter-balancing the other. Nicaragua’s sovereignty is affirmed only to the extent that it does not prejudice the substance of Costa Rica’s right of free navigation in its domain, the establishment of which is precisely the point at issue; the right of free navigation, albeit “perpetual”, is granted only on condition that it does not prejudice the key prerogatives of territorial sovereignty”²⁵.

Sulla base questa tecnica, la Corte ha quindi proceduto alla identificazione di una serie di regole in tema di regolamentazione della navigazione, della documentazione per l’esercizio della libertà di navigazione, di tassazione sulla navigazione, di pesca fluviale, e così via.

Sia la possibilità di identificare il diritto attraverso l’osservazione delle interferenze fra norme preesistenti, sia i limiti di questa operazione logica, emergono con chiarezza dal parere della Corte internazionale di giustizia sulla *liceità della minaccia o dell’uso di armi nucleari*²⁶.

In un breve passaggio, la Corte ha esaminato la questione della applicabilità alle armi nucleari del diritto umanitario venuto in essere in un momento antecedente rispetto alla loro invenzione. “nuclear weapons were invented after most of the principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict had already come into existence; the Conferences of 1949 and 1974-1977 left these weapons aside, and there is a qualitative as well as quantitative difference between nuclear weapons and all conventional arms”²⁷.

La differenza “qualitative e quantitative” fra le armi convenzionali, che costituiscono la fattispecie sulla quale si sono formate le regole consuetudinarie di diritto umanitario, e le armi nucleari, dovrebbe impedire, secondo la dottrina fattuale della consuetudine, ogni possibilità di allargamento dell’ambito di applicazione di tali regole.

²⁴ Sentenza del 13 luglio 2009, *Costarica c. Nicaragua*, *I.C.J. Reports 2009*, p. 213.

²⁵ *Ibidem*, par. 48.

²⁶ Parere consultivo dell’8 luglio 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226.

²⁷ *Ibidem*, par. 86.

A tale argomento, tuttavia, la Corte ha opposto un argomento di carattere funzionale: “However, it cannot be concluded from this that the established principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict did not apply to nuclear weapons. Such a conclusion would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question which permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future. In this respect it seems significant that the thesis that the rules of humanitarian law do not apply to the new weaponry, because of the newness of the latter, has not been advocated in the present proceedings”²⁸.

Insomma, attraverso un argomento di carattere logico e funzionale, la Corte è arrivata ad allargare l’ambito di applicazione del diritto umanitario sì da includervi fattispecie “qualitativamente e quantitativamente” diverse rispetto a quelle sulla cui base tale diritto si è formato.

Ma l’applicabilità del diritto umanitario alle armi nucleari non è stato del tutto sufficiente a risolvere la questione giuridica posta alla Corte: quella della liceità della minaccia o dell’uso delle armi nucleari in qualsiasi circostanza. La Corte ha infatti evidenziato l’esistenza di un principio consuetudinario che sembrerebbe realizzare esigenze in un certo senso opposte a quelle realizzate dal corpo di regole consuetudinarie: “the Court cannot lose sight of the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake”²⁹.

La conclusione del parere, divenuta ormai celebre, si basa quindi interamente sul rapporto fra regola e eccezione. La regola è la contrarietà delle armi nucleari al diritto umanitario: “(i)t follows from the above-mentioned requirements that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law”. In via di eccezione, la Corte ha però precisato che “(h)owever, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake”.

Ben si potrebbe essere tentati di identificare in quest’ultima frase un esempio di *lacuna iuris*. Dalla premessa della Corte è però evidente co-

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, par. 96.

me non sia questa la conclusione da trarre. L'incapacità della Corte di definire con esattezza la situazione giuridica in casi di estrema urgenza non deriva dall'assenza di una regola. Al contrario, essa deriva dalla esistenza di più regole consuetudinarie che insistono simultaneamente su una fattispecie a propria volta indefinita. In altri termini, la situazione di estrema urgenza, tale da porre a repentaglio la stessa sopravvivenza dello Stato attaccato, non è priva di regolamentazione normativa. Essa è disciplinata da più regole, le quali, tutte, insistono simultaneamente sulla medesima fattispecie pur se nessuna è stata prodotta in riferimento ad essa. La determinazione del contenuto normativo che emerge dalla collisione fra più norme non può, quindi, essere effettuata in via generale, ma solo in relazione alle circostanze specifiche nelle quali esse trovano applicazione. Lungi dal costituire il riconoscimento di una *lacuna iuris*, il parere sulle armi nucleari ci fornisce invece l'esempio migliore di una regola giuridica il cui contenuto va determinato da una attività logica di composizione fra norme collidenti, da effettuare volta a volta, sulla base delle circostanze fattuali del caso concreto.

6. *Il modello dell'accertamento "anticipato" del diritto consuetudinario*

Conviene considerare, da ultima, la possibilità di concepire un modello di determinazione "anticipata" del diritto consuetudinario, che viene definito nel suo contenuto e nella sua portata prima che si pongano in essere le condotte fattuali dalle quali esso, secondo la dottrina classica, trarrebbe origine.

In proposito, il relatore special Wood si è espresso nei seguenti termini:

"Of course, *opinio juris*, as strictly defined, cannot precede the practice which it is meant to accompany: rather, there may be a view that a rule should exist (or a mistaken view that it exists). If thereafter practice is observed consistent with this view, it will be easily referable to it. In that sense the *opinio* can, as it were, be backdated; but when it was expressed it was only *opinio*, not *opinio juris*"³⁰.

Pur se riferito ai procedimenti di formazione, questo brano non è privo di interesse in una analisi dedicata all'accertamento del diritto consuetudinario, soprattutto se considerato alla luce della più generale visione fattuale del diritto consuetudinario che ispira i rapporti del Relatore speciale. In esso non si esclude, infatti, la possibilità che un osservatore

³⁰ *Third Report on Identification of Customary International Law*, par. 53, nota 135.

possa accertare l'esistenza di una norma consuetudinaria prima che essa sia condensata in condotte fattuali. Espressamente, si indica che "there may be a view that a rule should exist", evidentemente sulla base di una indagine riferita alla *opinio iuris*, e non alla prassi. Tuttavia, precisa il Relatore speciale, tale accertamento sarebbe viziato da un errore; esso costituirebbe "a mistaken view that it exists".

Riecheggia, in tale posizione, il celebre argomento kelseniano dell'errore nell'*opinio iuris*, che, inteso in senso assoluto, renderebbe addirittura impossibile l'esistenza stessa di regole consuetudinarie. È noto come tale argomento sia stato superato dalla dottrina attraverso una sorta di "aggiustamento" dell'elemento dell'*opinio*, che non costituirebbe tanto la convinzione dell'esistenza di una norma consuetudinaria, quanto piuttosto la volontà o quanto meno la necessità che essa venga ad esistenza. È altresì noto come tale "aggiustamento" abbia l'effetto di contaminare la dottrina della consuetudine, inserendo in essa un evidente elemento di imperativismo o, quanto meno, di volontarismo nella formazione del diritto consuetudinario.

Questo elemento non è, invero, del tutto assente nei procedimenti di formazione di talune regole consuetudinarie. Ne è esempio classico la celebre dichiarazione di Truman sulla piattaforma continentale, che, al momento della sua adozione, non costituiva forse una regola ma esprimeva solo l'esigenza che una regola vi fosse, ovvero la volontà degli Stati Uniti di crearla.

Anche al di là delle suggestioni volontaristiche, peraltro, l'accertamento "anticipato" del diritto consuetudinario rispetto alle condotte che di esso dovrebbero costituire il fattore produttivo, non è del tutto infrequente nella prassi giudiziaria. Di un vero e proprio accertamento anticipato del diritto si può parlare, ad esempio, nel caso del parere del 1950 sulle *riserve alla Convenzione sulla prevenzione e sulla repressione del genocidio*³¹. I fatti che hanno determinato tale parere sono noti e non fa conto soffermarvisi oltre. Nell'indicare come la mutata struttura dell'ordinamento internazionale esigesse una attenuazione del principio dell'integrità dei trattati, la Corte indica: "it is proper to refer to a variety of circumstances which would lead to a more flexible application of this principle. Among these circumstances may be noted the clearly universal character of the United Nations under whose auspices the Convention was concluded, and the very wide degree of participation envisaged by Article XI of the Convention. Extensive participation in conventions of

³¹ Parere consultivo del 28 maggio 1951, *I.C.J. Reports* 1951, p. 15.

this type has already given rise to greater flexibility in the international practice concerning multilateral conventions”³².

Nel processo logico seguito dalla Corte di giustizia non v'è traccia di volontarismo; né vi è la pretesa di uno o più Stati di plasmare il diritto internazionale secondo il proprio assetto di interessi. Vi è invece la constatazione da parte di un autorevole interprete della coscienza giuridica internazionale che il mutamento della struttura e dell'assetto dei valori fondamentali della comunità internazionale recasse con sé, inevitabilmente, il mutamento del regime giuridico delle riserve, che su tale assetto era fondato.

Tale indicazione metodologica ha quindi ispirato l'opinione separata dei giudici Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada e Simma nel caso delle *attività armate nel territorio del Congo*³³. Si legge nell'opinione, ai paragrafi 22 e 23: “Human Rights courts and tribunals have not regarded themselves as precluded by this Court's 1951 Advisory Opinion from doing other than noting whether a particular State has objected to a reservation. This development does not create a “schism” between general international law as represented by the Court's 1951 Advisory Opinion, a ‘deviation’ there from by these various courts and tribunals. Rather, it is to be regarded as developing the law to meet contemporary realities, nothing in the specific findings of the Court in 1951 prohibiting this”.

6. Considerazioni conclusive

Nelle considerazioni introduttive, l'ambito della ricerca è stato ristretto alla sola fase dell'accertamento del diritto consuetudinario. La ricerca ha quindi confermato, pur nella sua sommarietà, l'esistenza di una pluralità di tecniche di accertamento, sovente fondate sulle dinamiche normative che le norme consuetudinarie instaurano con altre norme dell'ordinamento, nonché, nei suoi sviluppi più estremi, sull'adeguamento della portata e del contenuto delle norme consuetudinarie alle mutate esigenze della comunità internazionale.

Apparentemente, tali conclusioni non hanno una implicazione diretta sulle procedure di formazione del diritto consuetudinario. Non sarebbe certo appropriato trarre dall'esistenza di tecniche di accertamento di tipo

³² *Ibidem*, p. 21.

³³ *Attività armate nel territorio del Congo (nuova richiesta, 2002)*, sentenza del 3 febbraio 2006, *I.C.J. Reports 2006*, p. 6.

logico-deduttivo la conseguenza che il diritto consuetudinario si formi sulla base di fattori della medesima natura.

Tutto quel che si può dire, al termine di questa analisi, è, semmai, che l'accertamento potrebbe costituire parte del processo di formazione del diritto consuetudinario. L'accertamento giudiziale della esistenza di una determinata norma, infatti, è sovente considerato, anche nella prassi diplomatica, come una prova, talvolta univoca, della esistenza di una regola. In tal modo, pur se tale regola fosse venuta in considerazione in relazione a propri fattori produttivi, questi ben potrebbero non emergere mai nella determinazione del suo contenuto e della sua portata.

Si verificherebbe, allora, anche nell'ambito del processo di formazione e di determinazione del diritto consuetudinario, un fenomeno che caratterizza anche altri settori della ricerca scientifica, dato dalla esistenza di un margine di indeterminatezza dei risultati di una osservazione scientifica prodotto dall'inevitabile interferenza che l'esperimento produce sul risultato. Lo studio dei processi di accertamento avrebbe allora uno spiccato valore epistemologico e potrebbe rivelare ulteriori profili problematici della controversa questione relativa alla formazione del diritto consuetudinario.

