

LUIGI CREMA\*

## L'unità del diritto internazionale nel ragionamento giuridico

### ENGLISH TITLE

The Unity of International Law in Legal Reasoning

### ABSTRACT

International law aims at being universal. In the past, rationalistic approaches based on natural law or based on state equality aimed at establishing a single legal system above every State and equally valid for all of them. More recently, the decolonization process, the end of state-centered legal theory following the failure of the totalitarian states, the explosion in the number of states acting in the international legal sphere, and the growth of powerful states aiming at a hegemonic presence have undermined the unity of international law. Cultural relativism, by describing international law as a European, male-oriented tool for power, has also contributed to this shift. International law itself, by proliferating both in terms of specialized, technical areas and in terms of regional agreements, has abandoned the notion of a single, unified set of material rules regulating a global legal system. Today, international law attempts to renew its goal of regulating an international society formed by different values and actors on a fair basis through its form, particularly the rules regulating law ascertainment and the interpretation of written law in the judicial context. In fragmented, contemporary international law, a unified international judicial reasoning is the attempt to re-propose the universalist tradition of international law.

### KEYWORDS

Legal Sources – Legal Hermeneutics – Customary Law – Treaty Interpretation – International Law.

### 1. IL DIRITTO INTERNAZIONALE E LA SUA PRETESA UNIVERSALISTICA DI IERI

Il diritto internazionale è concepito e si propone come un linguaggio universale. Accanto alla matematica e al pentagramma, infatti, il diritto internazionale ambi-

\* Ricercatore a tempo determinato di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi Statale di Milano, Dipartimento di Diritto Pubblico Interno e Sovranazionale.

sce ad essere un linguaggio unico, valido in ogni parte del globo – nella Pampa argentina, e nella costa pacifica russa della Kamchatka; nel profondo nord della Lapponia, o nella soleggiata Città del Capo<sup>1</sup>. Parafrasando *Il Saggiatore*, si potrebbero riproporre le parole di Galileo Galilei aggiustandole al diritto internazionale:

La filosofia è scritta in questo grandissimo libro che continuamente ci sta aperto innanzi a gli occhi (io dico l'universo), ma non si può intendere se prima non s'impara a intender la lingua, e conoscer i caratteri, ne' quali è scritto. Egli è scritto in lingua [giuridica internazionale], e i caratteri son [obblighi, diritti, ed altre facoltà], senza i quali mezzi è impossibile a intenderne umanamente parola; senza questi è un aggirarsi vanamente per un oscuro laberinto<sup>2</sup>.

Storicamente tale pretesa ha preso tante forme. Inizialmente essa è arrivata a immaginare un ordine razionale emergente dalla ragione e dalla natura delle cose: tra i molti autori l'esempio più chiaro è quello di Christian Wolff, professore di diritto naturale ad Halle dello studente Immanuel Kant – nonché ispiratore del lavoro di Emer de Vattel –, il quale descriveva un diritto naturale internazionale, dalle regole universalmente valide, regolatore dell'unica *civitas maxima*<sup>3</sup>. Lo stesso Vattel pur descrivendo un diritto internazionale senza autorità globali, fondò il diritto internazionale su una universalizzazione – vale a dire quella del concetto di Stato<sup>4</sup>.

Più di recente, durante l'epoca del diritto internazionale classico<sup>5</sup>, essa si è manifestata come narrazione di un diritto internazionale *primitivo*, che rincorre la chiarezza del diritto statale esclusivamente scritto, e la sua completezza. La dottrina di diritto internazionale smette così di guardare alla diplomazia, ma si ispira al diritto nazionale, e guarda al diritto internazionale come ultimo mosaico da ricomporre nella rincorsa alla codificazione globale del diritto e alla sua completezza<sup>6</sup>.

Questa spinta universalistica è venuta così a prendere forme diverse: sia quella idealista-filosofica, caratterizzata da un approccio formale-prescrittivo, in cui l'uni-

1. A. Noellkaemper, 2010; P. d'Argent, 2017, 541-2.

2. L'originale, non interpolato, recita: «La filosofia è scritta in questo grandissimo libro che continuamente ci sta aperto innanzi a gli occhi (io dico l'universo), ma non si può intendere se prima non s'impara a intender la lingua, e conoscer i caratteri, ne' quali è scritto. Egli è scritto in lingua matematica, e i caratteri son triangoli, cerchi, ed altre figure geometriche, senza i quali mezzi è impossibile a intenderne umanamente parola; senza questi è un aggirarsi vanamente per un oscuro laberinto.» G. Galilei, 1623, 232.

3. C. Wolff, 1749.

4. E. de Vattel, 1758; A. Noellkaemper, 2010.

5. Proprio del periodo a cavallo del XIX e XX Secolo, cfr. M. Koskeniemi, 2001.

6. H. Kelsen, 1952, 22; H. Kelsen, 1967, 323; H. Lauterpacht, 1933, 405; A. Campbell, 1988, 169 ss.; M. Koskeniemi, 1997, 217-8, sottolinea la profonda reverenza che aveva Lauterpacht per Hans Kelsen, suo professore a Vienna. H. L. A. Hart, 1961, 208-31, esclude il diritto internazionale dai sistemi giuridici «maturi» perché privo delle «regole di riconoscimento».

versalità altro non era che un aspetto derivante dalla esistenza e dalla validità del diritto internazionale; sia quella idealista-moralizzatrice, caratterizzata da una messianità del diritto internazionale come mano guida esterna a Stati e popoli verso il raggiungimento di un mondo migliore<sup>7</sup>. La globalizzazione e le sue istituzioni – in special modo le numerose nuove corti internazionali – sono così diventate l'ambito e gli strumenti che rendono possibile il trionfo del rigore e della razionalità del diritto sopra il compromesso e la divisione ideologica tipici della politica<sup>8</sup>. Con la caduta del muro di Berlino e il proliferare delle corti e dei tribunali internazionali, la dottrina di diritto internazionale ha smesso completamente di guardare alla diplomazia e si è ispirata pressoché unicamente al diritto interno statale.

La stessa pretesa universalistica ha riguardato anche lo studio della politica internazionale, delle cosiddette «relazioni internazionali». Hans Morgenthau ricercò, adoperando un linguaggio nietzschiano, le leggi universali di «control over the minds and actions of other men»<sup>9</sup>. Se Morgenthau si è distaccato dal diritto internazionale nello studio dell'ordine tra le nazioni, (aprendo una divisione dottrinale che ancora ai nostri giorni si fatica a superare)<sup>10</sup>, nel tentativo di identificare le *universali* leggi del potere si è collocato assolutamente nello stesso alveo dei tentativi universalistici propri del diritto internazionale. In un articolo del 1940, anzi, lo stesso giurista di Coburgo lamentava l'insufficienza del diritto a tale impresa, e si rammaricava dello sviluppo embrionale della psicologia al fine di definire (quasi deterministicamente) le leggi che regolano l'ordinamento universale tra gli uomini<sup>11</sup>.

## 2. LA CRISI DELLA RAGIONE FORTE MODERNA (E PERCIÒ DEL DIRITTO) E IL RINNOVARSI DELLE PRETESE UNIVERSALISTICHE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

La scossa di apertura e relativizzazione della società post-moderna ha minato questo anelito unitario del diritto internazionale, almeno nelle forme in cui si

7. M. E. O'Connell *at al.*, 2015, 1-38.

8. A.-M. Slaughter, 2003, 191-219; F. Fukuyama, 1996.

9. H. Morgenthau, 1948, 13.

10. A.-M. Slaughter, 1993, 205-39; si veda anche A. Hurrell, 2008. Il dibattito negli Stati Uniti d'America ormai è un classico, si veda L. Henkin, 1968, che nell'*Introduzione* muove esplicitamente contro le posizioni di Hans Morgenthau, ma che in diverse occasioni nel volume richiama i giuristi a tenere in dovuta considerazione il contesto delle relazioni internazionali; ad esempio, a p. 263, egli critica Morgenthau proprio per il fatto di contrapporre l'interesse nazionale e il diritto, il quale imporrebbe solo regole astratte. Henkin conviene che sarebbe un diritto stupido quello che obbligasse ad agire contro gli interessi nazionali. Più di recente M. E. O'Connell, 2008, ha esplicitamente evocato Henkin e Morgenthau nel riaffermare le ragioni del diritto internazionale contro lo scetticismo realista di Posner e Goldsmith, 2005, concludendo le proprie riflessioni enfatizzando il ruolo del sistema giudiziale non solo internazionale ma, soprattutto, nazionale.

11. H. Morgenthau, 1940, 281-4.

era affermato fino al XX Secolo. Si assiste oggi a una crisi del diritto internazionale non tanto per la sua mancanza di prescrittività – sin dalle note critiche di Austin<sup>12</sup> – quanto per la sua *mancanza di universalità*.

Essa è emersa innanzitutto *a livello politico*, durante la guerra fredda, in una critica al diritto internazionale come strumento per occidentalizzare il blocco sovietico<sup>13</sup>. Si è rinnovata, poi, durante gli anni della decolonizzazione, nella critica al diritto internazionale dei colonizzatori, da rigettare *in toto* da parte degli Stati di nuova indipendenza<sup>14</sup>.

Più di recente il piano della critica all'universalità del diritto internazionale si è spostato dalla politica, dal rapporto di potere tra stati, a quello *culturale*. Il diritto internazionale non sarebbe davvero universale in quanto espressione di una cultura eurocentrica, patriarcale e maschilista egemonica<sup>15</sup>.

Andando oltre a queste contrapposizioni di carattere ideologico – politiche e culturali – Anthea Roberts si è interrogata sulla questione dell'universalità del diritto internazionale soffermandosi soprattutto su come il diritto internazionale venga visto nei cinque Paesi membri permanenti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite<sup>16</sup>. La sua riflessione lascia sullo sfondo gli aspetti ideologici, per soffermarsi soprattutto sugli insegnamenti del diritto internazionale in quei cinque Stati, e se essi convergano, o se, al contrario, si delineino diversi diritti internazionali a seconda delle università che lo insegnano.

Tutte queste spinte allo stesso tempo pluraliste e relativizzanti il diritto internazionale sono una diretta conseguenza dell'intrapresa stessa del diritto internazionale, che ha aspirato a fondare una scienza tra enti *superiorem non recognoscentes*, in mancanza di, o andando contro a, l'unità – almeno concettuale – dell'universo politico e teologico dell'epoca cristiana<sup>17</sup>. Alla ragione umana e universale si appellava Grozio nel delineare un diritto internazionale capace di tenere insieme gli opposti ideologici, collante universale successivo alla fine dell'ordine teologico e politico unitario pre-moderno<sup>18</sup>.

Oggi sul banco degli imputati è il diritto internazionale stesso, non più circondato dall'aura di neutralità groziana<sup>19</sup>, e la ragione si trova sia a smasche-

12. A. D'Amato, 1984-85, 1293-314.

13. G. Tunkin, 1965; A. A. Kaufman, 2014, 605-38.

14. A. Pellet, 1984, 465-93; M. Bennouna, 1983.

15. A. Anghie, 2004; M. Mutua, 2000, 31-40. C. Chinkin, 2010, para. 17: «Feminist approaches to international law require rebuilding the basic concepts of international law so that they do not support or reinforce the domination of women by men».

16. A. Roberts, 2017.

17. T. Treves, 2005, cap. 1, con riferimenti a Rachel, Textor e Gentili.

18. R. Quadri, 1959, 59 ss., con riferimenti a Grozio e Gentili.

19. Le osservazioni che Hans Gadamer mosse in *Verità e metodo*, 2000, al linguaggio si declinano alla perfezione su queste crisi di identità del diritto internazionale, p. 502 ss. In particolare, a p. 505, osserva: «Nella esperienza ermeneutica non si può separare la forma linguistica dal contenuto che viene trasmesso. Se ogni lingua è una visione del mondo, non lo è in quanto

rare tentativi surrettiziamente neutri di rifondare quella unitarietà<sup>20</sup>, sia a rielaborare un nuovo diritto internazionale che si sostituisca al precedente, ormai in affanno.

In questi ultimi decenni l'universalità del diritto internazionale non si è tanto espressa in nuove codificazioni di diritti materiali uniformi – benché alcune di queste siano avvenute: alcune risorse comuni, come lo spazio, l'ambiente, o il mare, infatti, hanno una comune, pressoché globale, regolamentazione. Si pensi anche alla Carta delle Nazioni Unite, alla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961, ai due Patti delle Nazioni Unite del 1966, alle quattro Convenzioni di Ginevra sul diritto umanitario del 1949 (e ai successivi protocolli), alla Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, al Protocollo di Montreal sulle sostanze che impoveriscono lo strato di ozono, del 1987, e alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 – questi ultimi due trattati ratificati da pressoché ogni Stato. Tuttavia la codificazione materiale del diritto internazionale si è arrestata ad alcune materie precise, ma la grande maggioranza di nuovi ambiti regolati dal diritto internazionale ha portato lo stesso a differenziarsi, specializzarsi, regionalizzarsi, minando l'unità stessa del diritto internazionale.

Cosa resta, allora, di universale, di internazionale, nel diritto internazionale di oggi? La forma, il ragionamento sul diritto internazionale stesso, in particolare nel momento giudiziale<sup>21</sup>. In un certo senso, il diritto internazionale, contraddistinguendosi per il tentativo di essere neutro rispetto a tutti i consociati, ha anticipato il doppio passaggio bene messo in luce da Natalino Irti all'inizio del millennio: dal nichilismo giuridico<sup>22</sup> al salvagente della forma<sup>23</sup>. Se, infatti, da una parte la crescita esponenziale degli ambiti regolati dal diritto internazionale ne ha minacciato l'unitarietà<sup>24</sup>; dall'altra, l'emergere di una

rappresenta un certo tipo di lingua (nel senso in cui la vede il linguista), ma in virtù di ciò che in essa è detto e comunicato», e prosegue, p. 523: «Ogni parola prorompe come dal centro di una totalità e ha rapporto con una totalità in virtù della quale soltanto essa è parola. Ogni parola fa risuonare la totalità della lingua a cui appartiene, e fa apparire la totalità della visione del mondo che di tale lingua è la base. Ogni parola, nell'attimo del suo accadere, rende presente, insieme, il non detto a cui essa, come risposta e come richiamo, si riferisce», p. 523.

20. M. Koskeniemi, 1989.

21. Come nota André Noellkaemper, 2010, par. 3: «The universality of international law in this sense is inextricably linked to the formality of international law. This formality of international law supports its universality, as it allows coexistence between entities with different values and conceptions of justice».

22. N. Irti, 2005.

23. N. Irti, 2007.

24. Differenziazione degli ordinamenti internazionali *ratione materiae*; regionalismo; proliferazione della dottrina internazionale; esplosione del numero degli Stati dopo la decolonizzazione; e crescita degli Stati con ambizioni egemoniche a livello globale, sono tutte concause che hanno portato alla frammentazione dell'ordinamento internazionale, cfr. L. Crema, 2019, 376-7.

serie di corti e tribunali più o meno stabili, dall'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC ai tribunali arbitrali sugli investimenti, passando per i tribunali penali *ad-hoc*, misti o permanenti, come la Corte penale internazionale, ha visto emergere un potere giudiziario internazionale idoneo ad avere l'ultima parola sui diversi conflitti normativi, e a garantire tale unitarietà all'interno delle forme del procedimento giudiziale.

### 3. IL RAGIONAMENTO GIURIDICO INTERNAZIONALE: CONSUETUDINI E TRATTATI

Il ragionamento giuridico internazionale nel momento giudiziale si svolge entro ai limiti tracciati dalle parti stesse col proprio consenso<sup>25</sup>. Il potere del giudice di dire il diritto non è assoluto ma si trova a dipendere da quanto richiesto e indicato dalle parti. Il principio per cui un tribunale internazionale deve applicare il diritto indicato dalle parti, anche se in parte differente dal diritto internazionale generale, si trova già affermato nel celebre caso *Alabama* del 1872<sup>26</sup>. Per questo per comprendere il ragionamento di chi è chiamato a risolvere una controversia è fondamentale comprendere il quadro delineato dall'accordo che istituisce la giurisdizione chiamata a pronunciarsi<sup>27</sup>.

Dentro questa cornice, il ragionamento si sviluppa *grosso modo* secondo gli assi cartesiani disegnati dall'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (CIG) delle Nazioni Unite. L'articolo 38 rileva non tanto in quanto diritto preminente rispetto ad altri ordinamenti, o per una centralità del sistema di risoluzione delle controversie delle Nazioni Unite rispetto ad altri. L'articolo 38 non rileva neppure come espressione delle *fonti* del diritto internazionale – un concetto, quello di fonte, che fuori dagli ordinamenti costituzionali risulta oscuro<sup>28</sup>; bensì rileva in quanto espressione sintetica della

25. S. Rosenne, 2006, 517-8.

26. T. Bingham, 2005, p. 1 ss. Nel caso *Alabama* si era chiesta l'istituzione di un tribunale arbitrale presso Ginevra che decidesse dei reclami tra Stati Uniti e Regno Unito ai sensi di tre regole dal contenuto più restrittivo del diritto internazionale all'epoca in vigore.

27. Esse potranno chiedere l'applicazione esclusiva di alcune regole precisamente definite, del «diritto internazionale generale» o dei «principi di diritto internazionale», così, ad es., nel caso dell'*Isola di Kasikili/Sedudu* deciso dalla CIG o nell'arbitrato *Trattamento fiscale delle pensioni pagate ai funzionari UNESCO residenti in Francia (Francia – UNESCO)*, 14 gennaio 2003, UNRIIA, XXV, p. 245, par. 31, e p. 247, par. 40, in cui viene data una chiarissima, accademica, esposizione del problema del rapporto tra diritto internazionale generale, regole consuetudinarie sull'interpretazione e compromesso arbitrale.

28. A. D'Amato, 1971, cap. 9, bene spiega che nel diritto internazionale trattati e consuetudini non sono tanto fonti del diritto, quanto modi di articolare un ragionamento per renderlo convincente. In modo simile J. Combacau, S. Sur 2001, 42, affermano: «La doctrine utilise fréquemment le terme de "source" du droit international. La notion est obscure et doit en définitive être rejetée». Similmente si veda T. Scovazzi, 2015, 5. Critiche al concetto di «fonte» sono

struttura del ragionamento sul diritto internazionale ai fini della risoluzione di una controversia<sup>29</sup>. Esso recita:

1. La Corte, la cui funzione è di decidere in base al diritto internazionale le controversie che le sono sottoposte, applica:
  - a. Le convenzioni internazionali sia generali che particolari, che stabiliscono norme espressamente riconosciute dagli Stati in lite;
  - b. La consuetudine internazionale, come prova di una pratica generale accettata come diritto;
  - c. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili;
  - d. con riserva delle disposizioni dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più qualificati delle varie nazioni come mezzi sussidiari per la determinazione delle norme giuridiche.
2. Questa disposizione non pregiudica il potere della Corte di decidere una controversia *ex aequo et bono* qualora le parti siano d'accordo.

Di particolare rilievo, sono, in particolare, i primi due alinea del primo comma, in cui si rimanda al diritto primariamente applicabile per risolvere una controversia: le convenzioni internazionali espressamente riconosciute dagli Stati in lite e la consuetudine internazionale. Si tratta di un semplice ordine di *evidenza*, non gerarchico, in cui gli accordi scritti e le consuetudini hanno uguale forza prescrittiva.

Espressioni analoghe all'articolo 38 nel porre trattati e diritto internazionale generale alla base della decisione di giudici e arbitri si ritrovano in pressoché tutti gli strumenti di diritto internazionale che costituiscono una giurisdizione. Tale influenza può essere esplicita: gli articoli 74.1 e 83.1 della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare e diversi compromessi arbitrali citano esplicitamente l'articolo 38 dello Statuto della CIG<sup>30</sup>. Uguale

esprimesse da S. Rosenne, 1984, 17: «Article 38 is frequently regarded as a codification of the “sources” of international law. Leaving aside the question of the completeness of that provision, the use of the word *source* in this context is misleading, since it confuses the “source”, the *fons et origo* of international law as law, with the nature of the elements of which it is composed»; si vedano anche S. Rosenne, 2001, 47-49. Y. Dinstein, 2006, 260-1: «The way I see it, the term “source” – literally associated with a fountain-head from which a stream of water issues – does not do justice to the role that treaties and custom play within the international legal system. [...] I use the coinage *strata* of international law, inasmuch as it articulates the idea that treaties and custom *are* international law».

29. Per una lettura dell'art. 38 quale sintetico richiamo a ciò che è in generale diritto internazionale e non solo quale diritto applicabile dalla CIG, si vedano già M. Virally, 1968, 116 e 121; A. Pellet, 2012, 745-8; P. d'Argent, 2017, 546-54.

30. *Responsabilità della Germania per i danni causati alle colonie portoghesi in Sud Africa*, UNRIAA, II, p. 1016; nel caso *Tardieu-Jaspar Agreement*, UNRIAA, III, p. 1704, il testo non è citato ma riportato per esteso; cfr. Simpson J. L., Fox H., *International Arbitration*, Stevens and Sons, London, 1950, pp. 130 e ss.

citazione si trova nel progetto di legge modello di procedura arbitrale della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite (CDI)<sup>31</sup>.

Anche nei casi in cui non si citi letteralmente l'articolo 38, in un grandissimo numero di accordi internazionali viene fatto costante riferimento, come diritto applicabile, a due ambiti: il diritto convenzionale tra le parti e il diritto internazionale generale (con varie espressioni, quali «principi di diritto internazionale» o «diritto internazionale generale»)<sup>32</sup>. Dottrina e giurisprudenza hanno chiarito in tal senso anche il significato di disposizioni che lasciavano tale eventualità dubbia, come l'Art. 42 della Convenzione di Washington per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti<sup>33</sup>, e i trattati sui diritti umani e OMC, che non prevedono nei propri statuti espressamente l'applicabilità del diritto internazionale generale<sup>34</sup>.

31. L'art. 10 del progetto per una legge modello di procedura arbitrale adottato dalla CDI durante la sua decima seduta, lo riproduce integralmente e fedelmente nella lettera, *Report to the General Assembly*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, vol. II, 84, mentre nell'art. 12 del progetto precedente, del 1953, si nominava espressamente l'art. 38, cfr. 87, par. 32.

32. Per una rassegna di compromessi risalenti nel tempo si veda J. L. Simpson, H. Fox, 1959, 128-46. Più di recente, si veda l'art. V dell'art. V degli Accordi di Algeri che istituiscono il Tribunale per i reclami tra Iran e USA, con i commenti di commenti di J. R. Crook, 1989, 278-311, e le critiche di M. Mohebi, 1999, 340-51. L'espressione si trova anche all'art. 293 della già citata Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, negli art. 26.6 e 27.3.g. della Carta dell'energia, e all'art. 21 dello Statuto della Corte penale internazionale. Anche l'art. 1131 dell'accordo NAFTA è stato interpretato in tal senso; la giurisprudenza ha anche specificato che tale articolo si riferisce all'art. 38 dello Statuto della CIG, si veda *Methanex Corporation v. USA*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 agosto 2005, Parte II, cap. B, pp. 1-2: «Methanex has rightly emphasised the reference in Article 1131(1) to “applicable rules of international law”, and in this respect Methanex relies on Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice. [...] The Tribunal accepts the approach so far submitted by Methanex; and indeed, that approach is uncontroversial between the Disputing Parties».

33. Specificando che un trattato bilaterale di investimento non può essere considerato un sistema completamente autonomo e indipendente dal diritto internazionale generale. L'art. 42 della Convenzione ICSID nel testo in italiano, non ufficiale, pubblicato nella *Gaz. Uff.* del 12 gennaio 1971, n. 8, afferma: «1. Il Tribunale si pronuncia sulla controversia conformemente alle norme di diritto convenute tra le parti. In difetto di accordo tra le parti, il Tribunale applica la legge dello Stato Contraente parte nella controversia – ivi comprese le norme relative ai conflitti di legge – come pure i principi di diritto internazionale in materia». Per una ricostruzione veramente pregevole del problema si veda il caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. Argentina*, Liability, 3 ottobre 2006, par. 80-99, nonché C. Schreuer, 2004, 17-42.

34. La giurisprudenza della Corte inter-americana e della Corte europea dei diritti umani, così come i panel e l'Organo d'appello dell'OMC non hanno mai messo in dubbio la possibilità di applicare le norme di diritto internazionale generale consuetudinario necessarie alla risoluzione della controversia, cfr. il rapporto finale *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, M. Koskeniemi Rapporteur, *Report del gruppo di studio della CDI all'Assemblea Generale delle NU*, Doc. NU A/cn.4/l.682, pp. 72-3; M. Di Stefano, 2001, 97-121.



Consuetudini e trattati, dunque: quanto di stabile vi è, e quanto di evidente; esperienza e ragione. Essi rappresentano le due colonne lungo cui si deve strutturare il confronto tra due parti durante un procedimento internazionale, e la risposta di chi è chiamato a giudicare. Il termine «consuetudine» va qui inteso in senso ampio, ovvero includente anche quei principi assiologici *consuetudinariamente* considerati alla base del diritto internazionale – come la sovranità, l'equità, il rispetto dell'ambiente *ecc. ecc.* Essi non sono già principi nel senso espresso dall'art. 38.1.c) del già citato Statuto della CIG («principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili»): questi ultimi, infatti, hanno semplice carattere integrativo, e rimandano a un'operazione di diritto comparato su quegli ulteriori diritti non ancora entrati a far parte del diritto internazionale, ma necessari per la risoluzione di una controversia secondo diritto e non secondo arbitrio (ad es. per il calcolo del *quantum* nella definizione del danno).

#### 4. L'UNITÀ È NELLE REGOLE SUL DIRITTO INTERNAZIONALE

L'accertamento del diritto consuetudinario si risolve solitamente in un accenno alla prassi e alla *opinio iuris*, spesso in un approccio fumoso, in cui una grande enfasi è posta su uno solo dei due elementi<sup>35</sup>.

Più articolato e decisivo, invece, è il ragionamento interpretativo, che solitamente assorbe anche i conflitti tra norme consuetudinarie e nei trattati. Oggi l'interpretazione dei trattati – o sarebbe meglio dire, «del diritto internazionale scritto»<sup>36</sup> – si struttura lungo le disposizioni degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969<sup>37</sup>. Nel confronto tra due parti contrapposte, queste disposizioni organizzano e orientano il ragionamento delle parti, orientando il loro confronto, e indirizzano l'operato del terzo chiamato a decidere. Essi sono formulati in maniera sufficientemente ampia da consentire l'adozione di un ampio numero di metodologie interpretative, stabilendo la primazia del principio di buona fede, e quindi del testo e dello scopo del trattato come espressione dello stesso.

Il diritto internazionale contemporaneo, dunque, ha esplicitamente rifiutato una tendenza interpretativa letterale, ed offre delle regole che mirano a regolare l'attività interpretativa di tutti i suoi partecipanti, siano essi stati, giudici internazionali o organizzazioni internazionali. Come osservato da Georg Nolte all'inizio del suo primo rapporto su *Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties*:

35. T. Treves, 2010; L. Gradoni, 2019, 175-99.

36. L. Crema, 2017, 3-6.

37. F. Viola, 2001, 53-6.

[S]tates are aware that [ ] issues can arise after the conclusion of a treaty [and] they often provide for mechanisms to deal with them. Such mechanisms can consist, inter alia, of dispute settlement procedures which clarify the treaty obligations by way of interpretation, or in procedures for the adaptation, specification, modification or termination of a treaty. But even if the parties to a treaty have not expressly provided for specific mechanisms to deal with ambiguity, changed circumstances or changed references, the general law of treaties offers some pertinent rules<sup>38</sup>.

Anche se contenute in un accordo scritto non universalmente ratificato (ad oggi la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati conta 116 ratifiche, con le illustri assenze, *inter alia*, di Francia e Stati Uniti d’America), queste regole sono applicate in quanto espressione di diritto consuetudinario da parte di ogni giurisdizione internazionale, sia permanente che arbitrale, nonché nazionale<sup>39</sup>.

Nonostante la Convenzione di Vienna del 1969, all’articolo 1, esplicitamente affermi che essa si applichi ai soli trattati, gli articoli 31 e 32 non sono usati più solo per interpretare i trattati internazionali, bensì per interpretare qualsiasi testo scritto di diritto internazionale pubblico, sia che si tratti di un trattato bilaterale, multilaterale o istitutivo di un’organizzazione internazionale, di un accordo tra ribelli e autorità governative, di uno *state contract* tra uno stato e un privato, di un accordo tra un’organizzazione internazionale e uno stato, di un *memorandum of understanding* non vincolante, o delle risoluzioni di organi delle organizzazioni internazionali. Come affermato dal Tribunale Speciale per il Libano:

the rules of interpretation that evolved in international custom and were codified or developed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties [ ] must [ ] be held to be applicable to any internationally binding instrument, whatever its normative source. This is because such rules translate into the international realm general principles of judicial interpretation that are at the basis of any serious attempt to interpret and apply legal norms consistently<sup>40</sup>.

Giudici e arbitri internazionali si sono ritrovati a poco a poco a riconoscere nelle regole di Vienna l’espressione del ragionamento sul diritto internazio-

38. Jurisprudence of the International Court of Justice and Arbitral Tribunals of Ad Hoc Jurisdiction Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice, Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, Sp. Rapp. Nolte.

39. L. Crema, 2017, 24-31.

40. Special Tribunal for Lebanon, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, Appeals Chamber, caso n. STL-II-0111, 16 febbraio 2011, par. 26.

le<sup>41</sup>, da impiegare davanti a qualsivoglia giurisdizione, per ogni tipo di testo scritto di diritto internazionale.

Il momento interpretativo, infine, unifica il diritto internazionale *nel tempo*. In diversi lodi e sentenze di tribunali e corti internazionali si è fatto cenno al fatto che le regole sull'interpretazione dei trattati contenute nella Convenzione di Vienna altro non hanno fatto che codificare le regole *da sempre* esistenti nel diritto internazionale in materia, e quindi ch'esse sono applicabili per l'interpretazione di trattati *precedenti* alla Convenzione di Vienna stessa. Ad esempio, molto esplicito in tal senso è il lodo *Iron Rhine* dove si dice:

It is now well established that the provisions on interpretation of treaties contained in Articles 31 and 32 of the Convention reflect pre-existing customary international law, and thus may be (unless there are particular indications to the contrary) applied to treaties concluded before the entering into force of the Vienna Convention in 1980<sup>42</sup>.

Nel caso di specie si trattava di interpretare due trattati del XIX Secolo. Tuttavia è evidente la finzione giuridica proposta in questo arbitrato se si tengono in conto le profonde divisioni dottrinali esistenti sull'interpretazione dei trattati precedentemente all'adozione della Convenzione di Vienna<sup>43</sup>, e sinteticamente esposte dall'arbitrato sul *Lago Lanoux*, dove si affermava senza dubbio di sorta che il diritto internazionale «ne consacre aucun système absolu et rigide d'interprétation»<sup>44</sup>.

Questa finzione giuridica non sembra giustificata alla luce di quello che queste regole disciplinano, vale a dire un'operazione giudiziale che si compie oggi. L'applicazione di alcune regole di oggi a trattati risalenti nel tempo non sembra scontrarsi col problema della non retroattività del diritto internazionale, dato che esse riguardano un'operazione (l'interpretazione e applicazione di un trattato vetusto) che si compie *oggi*, successivamente alla codificazione di Vienna: si tratta di regole che riguardano l'operato di chi appare di fronte a giudici e arbitri, e che indirizzano chi è chiamato a decidere – che il trattato sia

41. D. Peat, M. Windsor, 2015, 3, parlano in tal senso della Convenzione di Vienna come «focal point».

42. (Belgio c. Paesi Bassi), Award, 24 maggio 2005, par. 45. Si vedano anche, nello stesso senso, *Kasikili/Sedudu Island* (Botswana/Namibia), Judgment, ICJ Reports, 13 dicembre 1999, par. 18; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), Judgment, ICJ Reports, 17 dicembre 2002, par. 37. *Golder v. UK*, ECtHR, 24 febbraio 1975, par. 29; *The German Mark Arbitration* (Belgio, Francia, Regno Unito, Stati Uniti d'America e Svizzera, c. Repubblica federale tedesca), 16 maggio 1980, UNRIAA, XIX, 91-92, par. 16.

43. J.-M. Sorel, 2006, 1296-301; F. Zarbiyev, 2015, 23-5.

44. *Affaire du Lac Lanoux* (Spagna c. Francia), Sentence, 16 novembre 1957, UNRIAA, XII, 301, par. 2.

di oggi o di un remoto passato poco importa, perché ciò a cui tali regole si applicano è la funzione giurisdizionale, è l'operato di chi è coinvolto in una controversia, vale a dire di operazioni presenti, non passate.

In sintesi, le regole di Vienna sull'interpretazione dei trattati orientano il ragionamento su ogni tipo di testo scritto di diritto internazionale pubblico, davanti a qualsivoglia giurisdizione, stipulato in ogni tempo. L'unità del diritto internazionale non è più, quindi, materiale, ma è recuperata attraverso le regole che disciplinano il confronto diplomatico e giudiziale tra gli stati e gli altri attori della comunità internazionale.

##### 5. I SAGGI DI GINEVRA CI DANNO UN CONTESTO PER INTERPRETARE AUTENTICAMENTE LA FORMA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Una tale unità può apparire – ed è – fragile. Non stupisce quindi che ai giorni nostri la CDI, e da ormai tre lustri, stia concentrando i propri sforzi non tanto nella codificazione di regole uniformi di diritto internazionale, quanto a elaborare *il contesto ufficiale* entro cui interpretare le regole sul ragionamento diritto internazionale. Data la forma, infatti, resta il rischio centripeto di interpretazioni divergenti non solo delle regole oggetto di interpretazione, ma delle regole interpretative stesse. Per fornirsi di regole sul diritto internazionale *veramente universali*, occorre elaborare un contesto dottrinale *unico* a corredo delle regole sul diritto applicabile.

A partire dal 2000, quindi, si ritrovano una serie di lavori della CDI non tanto rivolti alla elaborazione di convenzioni internazionali, con obblighi e diritti<sup>45</sup>, quanto a definire la forma del diritto internazionale stesso, attraverso una serie di *Conclusioni, Principi, Linee-guida*... Questi studi riguardano la frammentazione del diritto internazionale (coordinamento tra norme); l'interpretazione degli atti unilaterali; gli effetti interpretativi e modificativi della prassi e degli accordi successivi; l'accertamento della consuetudine; i principi di diritto; il diritto cogente<sup>46</sup>.

Si può dire, perciò, che il diritto internazionale ha perso ormai l'afflato di ricercare le regole universali che spiegano e regolano materialmente la comunità internazionale. Le condizioni oggettive di disgregazione dell'universo di potere e culturale omogeneo precedente – eurocentrico – non lo consentono più. Esso non ha, tuttavia, perso l'afflato universalistico che lo caratterizzava e ancora lo caratterizza; semplicemente ha spostato l'attenzione dal diritto materiale alle regole sul diritto internazionale, quelle che secondo Hart sono

45. Come lascerebbe intendere l'art. 13, par. 1, lett. a), della Carta delle Nazioni Unite; A. Tanzi, 2015, 152.

46. Per una ricognizione completa dei lavori si veda L. Crema, 2019, 370-5.

norme secondarie. In quest'ultima fase di sviluppo del diritto internazionale, l'unità del diritto internazionale sta avvenendo attraverso l'unitarietà delle regole che orientano e facilitano il ragionamento giuridico internazionale durante una controversia – con tanto di aiuto autorevole, sistematizzatore della dottrina e della prassi internazionale stratificatasi nel tempo, da parte della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, che, un passo per volta, sta costruendo una serie di commentari «autentici», di *super-dottrina*, che non renda troppo dispersiva anche l'interpretazione e applicazione di queste norme.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANGHIE Anthony, 2004, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press, Cambridge.
- D'ARGENT Pierre, «Sources and the Legality and Validity of International Law. What Makes Law 'International'». In S. Besson, J. d'Aspremont, S. Knuchel (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, 541-61. Oxford University Press, Oxford.
- BENNOUNA Mohamed, 1983, *Droit international du développement – Tiers monde et interpellation du droit international*. Berger-Levrault, Paris.
- BINGHAM Tom, 2005, «The Alabama Claims Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly*, 54: 1-25.
- CAMPBELL Angus, 1988, «International Law and Primitive Law». *Oxford Journal of Legal Studies*, 8: 169-96.
- CHINKIN Christine, 2010, «Feminism, Approach to International Law». *Max Planck Encyclopaedia of International Law*, risorsa on line.
- CREMA Luigi, 2017, *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2019, «La Commissione del Diritto Internazionale e i suoi metodi di codificazione al tempo del diritto internazionale "debole"». In A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, 369-85. Editoriale Scientifica, Napoli.
- COMBACAU Jean, SUR Serge, 2001, *Droit international public*, 5<sup>a</sup> ed., Montchrestien, Paris.
- CROOK James R., 1989, «Applicable Law in International Arbitration: the Iran-U.S. Claims Tribunal Experience». *American Journal of International Law*, 83: 278-311.
- D'AMATO Anthony, 1971, *The Concept of Custom*. Cornell University Press, Ithaca-London.
- ID., 1984/85, «Is International Law Really 'Law'?». *Northwestern University Law Review*, 78: 1293-314.
- DINSTEIN Yoram, 2006, «Customary International Law and Treaties». *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*: 322.
- DISTEFANO Marcella, 2001, *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*. Cedam, Padova.

- FUKUYAMA Francis, 1992, *The End of History and the Last Man*. Free Press, New York (trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*. Rizzoli, Milano 1996).
- GADAMER Hans-Georg, 1960, *Wahrheit und Methode*. J.C.B. Mohr, Tübingen (trad. it. *Verità e metodo*. Bompiani, Milano 2000).
- GALILEI Galileo, 1933, «Il Saggiatore» (1623). In *Le Opere*, vol. VI, 199. G. Barbera, Firenze.
- GOLDSMITH Jack L., POSNER Eric A., 2005, *The Limits of International Law*. Oxford University Press, Oxford.
- GRADONI Lorenzo, 2019, «Un-procedural Customary Law». *Journal of International Dispute Settlement*, 10: 175-99.
- HART Herbert L. A., 1961, *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford.
- HENKIN Louis, 1968, *How Nations Behave*. Pall Mall, London.
- HURRELL Andrew, 2008, *On Global Order: Power, Values, and the Constitution of International Society*. Oxford University Press, Oxford.
- IRTI Natalino, 2005, *Nichilismo giuridico*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2007, *Il salvagente della forma*. Laterza, Roma-Bari.
- KAUFMAN Alison A., 2014, «In Pursuit of Equality and Respect: China's Diplomacy and the League of Nations». *Modern China*, 40: 605-38.
- KELSEN Hans, 1952, *Principles of International Law*. Rinehart & Co., New York.
- ID., 1967, *The Pure Theory of Law*. University of California Press, Berkeley.
- KOSKENNIEMI Martti, 1989, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki.
- ID., 1997, «Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law». *European Journal of International Law*, 8: 215-63.
- ID., 2001, *The Gentle Civilizer of Nations*. Cambridge University Press, Cambridge (trad. it. *Il mite civilizzatore delle nazioni*. Laterza, Roma-Bari 2012).
- LAUTERPACHT Hersch, 1933, *The Function of Law in the International Community*. The Lawbook Exchange, Oxford.
- MOHEBI Mohsen, 1999, *International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal*. Kluwer Law International, The Hague-London-Boston.
- MORGENTHAU Hans, 1940, «Positivism, Functionalism, and International Law». *American Journal of International Law*, 34: 260-84.
- ID., 1948, *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace*. Alfred A. Knopf, New York.
- MUTUA Makau, 2000, «What is TWAIL?». Proceedings of the 94<sup>th</sup> Annual Meeting of the American Society of International Law, 31-40. Washington DC.
- NOELLKAEPPER André, 2010, *Universality*. Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, Oxford University Press, Oxford.
- O'CONNELL Mary Ellen, 2008, *The Power and the Purpose of International Law*. Oxford University Press, Oxford.
- O'CONNELL Mary Ellen, SCOTT Richard F., ROHT-ARRIAZA Naomi, BRADLOW Daniel, eds., 2015, *The International Legal System*, 7<sup>th</sup> edn. Foundation Press, New York.
- PEAT Daniel, WINDSOR Matthew, 2015, «Playing the Game of Interpretation. On Meaning and Metaphor in International Law». In A. Bianchi, D. Peat, M. Windsor (eds.), *Interpretation in International Law*. Oxford University Press, Oxford.

- PELLET Alain, 1984, «*Le «bon droit» et l'ivraie. Plaidoyer pour l'ivraie*». *Mélanges offerts à Charles Chaumont*. Pedone, Paris, 465-93.
- ID., 2012, «Article 38». In A. Zimmermann, C. J. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 731-870. Oxford University Press, Oxford, 2<sup>nd</sup> ed.
- QUADRI Rolando, 1959, *Problemi di teoria generale del diritto*. Liguori, Napoli.
- ROBERTS Anthea, 2017, *Is International Law International?* Oxford University Press, Oxford.
- ROSENNE Shabtai, 1984, *Practice and Methods of International Law*. Oceana, London-Roma-New York.
- ID., 2001, «The Perplexities of Modern International Law. General Course on Public International Law». *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*: 291.
- ID., 2006, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*. Martinus Nijhoff, Leiden-Boston.
- SCHREUER Christopher, 2004, «Three Generations of ICSID Annulment Proceedings». In E. Gaillard, Y. Banifatemi (eds.), *Annulment of ICSID Awards: A Joint IAI-ASIL Conference*, 17-42. Juris Publishing, New York-Berne.
- SCOVAZZI Tullio, a cura di, 2015, *Corso di diritto internazionale*, vol. 2. Giuffrè, Milano.
- SIMPSON John. L., Fox Hazel, 1959, *International Arbitration*. Praeger, New York.
- SLAUGHTER Anne-Marie, 1993, «International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda». *American Journal of International Law*, 87: 205-39.
- ID., 2003, «A Global Community of Courts». *Harvard International Law Journal*, 44: 191-219.
- SOREL Jean-Marc, 2006, «Commentaire de l'article 31 (règle générale d'interprétation)». In O. Corten, P. Klein (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, 1289-338. Bruylant, Bruxelles 2009.
- TANZI Attila, 2015, «Le forme della codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale». In G. Nesi, P. Gargiulo (a cura di), *Il diritto internazionale come professione. Liber amicorum Ferrari Bravo*, 151-68. Editoriale Scientifica, Napoli.
- TREVES Tullio, 2005, *Diritto internazionale. Problemi generali*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2010, «Customary International Law». *Max Planck Encyclopaedia of International Law*, risorsa on line.
- TUNKIN Grigory I., 1965, *Droit international public*. Pedone, Paris.
- DE VATTTEL Emer, 1758, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*. Londres.
- VIOLA Francesco, 2001, «Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica». *Ragion pratica*, 17: 53-71.
- VIRALLY Michel, 1968, «The Sources of International Law». In M. Sorensen (ed.), *Manual of International Law*. Carnegie Endowment, New York.
- WOLFF Christian, 1749, *Jus gentium methodoscientifica pertractatum*.
- ZARBIYEV Fuad, 2015, *Le discours interprétatif en droit international contemporain: un essai critique*. Bruylant, Bruxelles.

