

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXXIII CICLO

IL VALORE DEL *SOFT LAW* NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE
Casi e questioni in materia di diritto internazionale della sanità e del commercio

THE VALUE OF *SOFT LAW* IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER
Cases and Issues in matter of International Health and Trade Law

Co-tutor:

Prof. Massimo Iovane

Prof. Fulvio Maria Palombino

Candidato:

Donato Greco

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

DONATO GRECO

IL VALORE DEL *SOFT LAW* NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXXIII CICLO

IL VALORE DEL *SOFT LAW* NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

Casi e questioni in materia di diritto internazionale della sanità pubblica e del commercio

THE VALUE OF *SOFT LAW* IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

Cases and Issues in Matter of International Public Health and Trade Law

Co-tutor:

Prof. Massimo Iovane

Prof. Fulvio Maria Palombino

Candidato:

Donato Greco

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

INDICE

Prefazione.....	VI
-----------------	----

PROLOGO

1. Il ‘soft law’ davanti al sistema delle fonti del diritto internazionale	1
2. L’articolazione della ricerca	5
3. Definizione di ‘soft law’	6

I.

SOFT LAW E DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE

1. Introduzione.....	10
2. ‘Soft law’ e diritto internazionale generale	11
3. Segue: efficacia dichiarativa.....	14
4. Segue: efficacia dichiarativa di dettaglio.....	18
5. Segue: efficacia cristallizzante	22
6. Segue: effetto generatore	25
7. Accertamento di una possibile interazione tra ‘soft law’ e diritto internazionale generale.....	28
8. ‘Soft law’ e codificazione del diritto internazionale generale.....	33
9. Prospettive conclusive: il ‘soft law’ tra frammentazione e unità del diritto internazionale.....	35

II.

SOFT LAW E DIRITTO INTERNAZIONALE CONVENZIONALE

1. Introduzione.....	39
2. Definizione di accordi non vincolanti	40
3. Il rapporto tra accordi non vincolanti e diritto dei trattati	43
4. Forma: l'intenzione delle parti come unico criterio distintivo tra accordi non vincolanti e trattati	45
5. Elementi da tenere in considerazione nella determinazione della volontà delle parti di (non) vincolarsi.....	48
5.1. Dato letterale.....	49
5.2. Dato contestuale.....	52
6. Le parti.....	53
7. Procedimento di conclusione.....	54
8. Registrazione	55
9. Pubblicazione.....	57
10. Elusione delle garanzie costituzionali degli ordinamenti interni.....	58
11. Efficacia.....	59
12. Effetti indiretti	62
12.1. 'Estoppel' e acquiescenza	62
12.2. L'efficacia degli accordi non vincolanti negli ordinamenti interni	63
12.3. L'efficacia degli accordi non vincolanti nello sviluppo progressivo del diritto internazionale generale, e nella sua interpretazione	63
12.4. L'efficacia degli accordi non vincolanti nello sviluppo progressivo del diritto internazionale pattizio, e nella sua interpretazione	64
13. Violazione.....	64
14. Mezzi di risoluzione delle controversie	65
15. Revisione	65
16. Estinzione e recesso.....	65
17. Interpretazione	66
18. Sul rapporto tra 'soft law' e trattati	67
18.1. Rapporto concorrenziale	68
18.2. Rapporto cooperativo.....	70
18.3. Limiti entro cui può essere concepito un rapporto antagonistico	73

INDICE

III.

L'INTERAZIONE CON LE FONTI DEL DIRITTO:
IL *SOFT LAW* TRA FATTO E NORMA

1. L'integrazione normativa tra 'soft law' e trattati.....	75
1.1. Possibili forme dell'integrazione normativa in base alla fonte a cui si rinvia	76
1.2. Relatività dell'integrazione normativa.....	76
2. Integrazione normativa di obblighi di diritto internazionale generale.....	82
3. Interazione funzionale con il diritto internazionale generale: il 'soft law' come fatto	84
3.1. L' 'estoppel' in generale	85
3.2. La prassi statale e internazionale sull' 'estoppel'	88
3.3. 'Estoppel' e atti unilaterali.....	90
3.4. 'Estoppel' e 'soft law'	91
3.5. Osservazioni sugli effetti dell' 'estoppel' derivante da accordi non vincolanti...	92
3.6. Estensione del ragionamento all'acquiescenza.....	92
3.7. Le raccomandazioni delle organizzazioni internazionali: dalla teoria dell'effetto di liceità al principio 'nemo venire contra factum proprium'	93

IV.

IL *SOFT LAW* COME STRUMENTO DI *GOVERNANCE*.
L'OMS ALLA PROVA DELLA PANDEMIA DI COVID-19

1. Introduzione.....	98
2. Il diritto internazionale della salute pubblica: un itinerario sullo sviluppo del settore	100
3. L'emergenza da Covid-19: profili fattuali.....	104
4. Il quadro normativo	106
4.1. Il sistema collettivo di sorveglianza.....	107
4.2. La dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale	108
4.3. Le raccomandazioni temporanee	112
4.4. La dichiarazione dello stato pandemico.....	116
5. Giustiziabilità delle controversie	118
6. Prospettive conclusive	123

V.

IL *SOFT LAW* COME FATTORE DI COERENZA.
IL DIALOGO TRA OMS E OMC IN MATERIA DI RESTRIZIONI AL
COMMERCIO INTERNAZIONALE

1. Introduzione.....	126
2. La frammentazione normativa del diritto internazionale: tra salute e commercio ...	127
3. Prospettive di ricomposizione I: il RSI tra tutela della salute pubblica e stabilità dei traffici commerciali	128
3.1. Il bilanciamento tra salute pubblica e commercio internazionale del RSI.....	130
4. Prospettive di ricomposizione II: l'OMC come foro presso cui giustiziare le restrizioni del commercio internazionale disposte in violazione del RSI?	134
5. Prospettive di ricomposizione III: gli atti dell'OMS nel diritto e nella giurisprudenza dell'OMC.....	137
6. Prospettive conclusive	142
Prospettive conclusive	145
Bibliografia.....	151

Queste pagine raccolgono i risultati degli studi condotti negli anni del dottorato in merito al valore normativo del 'soft law'. Esse si iscrivono in un più ampio progetto di ricerca sulle «mobili fondamentali» del diritto internazionale, volto a evidenziare come questo sistema sia frutto di una pratica sociale e argomentativa a cui concorre una comunità di diversi e multiformi attori. Al pari di una fortezza fluttuante in aria, infatti, l'ordinamento internazionale poggia su di una superficie morbida, che, però, non solo ne sostiene il peso, ma gli conferisce la resilienza necessaria a resistere agli urti.

Il problema fondamentale oggetto della trattazione insiste nella ricerca di una collocazione coerente per la categoria del 'soft law' rispetto alle fonti giuridiche. L'idea di affidarmi questo tema è stata di Fulvio M. Palombino, che, con Massimo Iovane, mi ha introdotto agli studi di Diritto internazionale; entrambi hanno seguito ogni fase della stesura. Spero di non aver disatteso le loro aspettative. Decisivo nella mia maturazione culturale è stato l'incontro con Carlo Nitsch, al quale mi lega una stima e un affetto indelebili.

In fase di revisione del lavoro ho potuto confidare – in tempi e modi diversi – nel generoso aiuto di Daniele Amoroso, Loris Marotti, Pierfrancesco Rossi e Giovanni Zarra. Delle innumerevoli e frammentarie occasioni di confronto sono riconoscente a Giulia Ciliberto, Giuliana Lampo, Caterina Milo, Gustavo Minervini, Roberto Ruoppo e Alessandro Stiano.

Giuseppe La Montagna e Assunta Vaccaro, della Biblioteca di Area Giuridica, e Giovanna Loggia, della Biblioteca di Area Scienze Politiche, hanno agevolato le mie ricerche, divenute particolarmente complicate durante la pandemia di coronavirus. A tutti loro sono sinceramente grato.

Ringrazio mia madre e mio padre per avermi garantito il privilegio di proseguire gli studi, e averne sopportato l'impegno. Dedico queste pagine ai miei nonni, Carlotta de Maio, Giulia Danise e Renato Mayer: il loro amore resta una dolce certezza.

Napoli, 10 dicembre 2020.

D.G.

Si segnala che i riferimenti delle decisioni di corti interne e internazionali sono stati tradotti in italiano. Lo stesso vale per atti normativi quali trattati, raccomandazioni e dichiarazioni, con la sola eccezione di quelli adottati dall'Organizzazione mondiale della sanità, di cui ci è sembrato importante, ai fini della trattazione, mantenere una più immediata corrispondenza alla fonte richiamata.

Si dà altresì atto del fatto che i Capitoli IV e V costituiscono una parziale rielaborazione di due contributi, di cui di seguito si riportano il titolo originario e il luogo di prima pubblicazione:

[IV.] *Diritto internazionale e salute pubblica: l'Organizzazione mondiale della sanità alla prova della pandemia di Covid-19*, in «La Comunità Internazionale. Trimestrale della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale», vol. LXXV, f. 2, 2020, pp. 203-239.

[V.] *Covid-19 e restrizioni al commercio internazionale: il dialogo (soft) tra OMS e OMC*, in Pia ACCONCI, Elisa BARONCINI (a cura di), *Gli effetti della pandemia Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna, 2020, pp. 23-45.

PROLOGO

SOMMARIO: 1. Il *soft law* davanti al sistema delle fonti del diritto internazionale. – 2. L'articolazione della ricerca. – 3. Definizione di *soft law*.

1. Il '*soft law*' davanti al sistema delle fonti del diritto internazionale

A dispetto del sistema delle fonti del diritto internazionale formalizzato all'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (CIG) ⁽¹⁾, nella prassi delle relazioni internazionali accade di osservare che sempre più di frequente si ricorra a strumenti normativi ulteriori, i quali, per conseguenza, vengono a vario titolo richiamati in sede giurisdizionale. Il fenomeno non è del tutto nuovo: già da diverso tempo ormai l'art. 38 mostra numerosi segni di invecchiamento. A tale riguardo, infatti, occorre considerare come la disposizione riproduca, quasi inalterato, il contenuto dell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI), come licenziato dalla Conferenza di pace di Parigi del 1919 ⁽²⁾. Essa, pertanto, può dirsi espressione di una cultura giuridica che, formatasi nella seconda metà dell'Ottocento, volgeva lo sguardo a un'epoca in cui lo Stato rappresentava ancora l'unico ente sovrano, legittimato, nella reciproca cooperazione con i propri pari, a esercitare una funzione regolatrice all'interno della comunità internazionale ⁽³⁾.

In questo contesto è sicuramente più agevole comprendere le ragioni per cui, oggi, il sistema delle fonti sotteso all'art. 38 non riesca a riflettere tutte le forme della produzione normativa: basti pensare agli atti unilaterali, di cui non vi è traccia nella lettera della disposizione. Tali fonti, però, per quanto non menzionate, presentano pur sempre carattere vincolante e, dunque, se possono evidenziare alcuni limiti dell'articolo, non mettono in questione l'intrinseca struttura del sistema normativo internazionale. La

⁽¹⁾ Statuto della Corte internazionale di giustizia, San Francisco, 26 giugno 1945, in vigore il 24 ottobre 1945, in United Nations, «Treaty Series», vol. 33, 1946, p. 993 ss.

⁽²⁾ Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, protocollo sottoscritto a Ginevra, il 16 dicembre 1920, in League of Nations, «Treaty Series», vol. 6, 1921, p. 390 ss., pp. 403-404; emendato dal protocollo di revisione del 14 settembre 1929, in vigore il 1 febbraio 1936, in League of Nations, «Treaty Series», vol. 165, 1936, p. 353 ss.

⁽³⁾ Sul punto si veda la teoria della ciclicità del rapporto tra soggetti e fonti del diritto descritta da R. KOLB, *Theory of International Law*, Oxford, Hart, 2016, pp. 185-187.

tendenza a cui si alludeva in principio, invece, costituisce un fenomeno diverso e in parte inedito, nella misura in cui atti privi di efficacia obbligatoria sembrano non di meno assumere un qualche rilievo giuridico. La sola possibilità che ciò accada costituisce di per sé un elemento di tensione rispetto alla *rule of law*, in quanto confligge con il fondamento consensualistico del diritto internazionale, non essendo tali atti espressione dell'intenzione degli Stati di vincolarsi. Dunque, sino a quando non se ne dia un'adeguata collocazione sistematica, è comprensibile che essi continuino a essere percepiti come un elemento spurio, che pretende di esercitare un'efficacia normativa, pur non avendone titolo.

Nello specifico, si tratta di strumenti normativi che nella prassi assumono le denominazioni più varie, sicché l'unica matrice loro comune consiste nell'inidoneità a vincolare i soggetti a cui si rivolgono, cioè a costituire, modificare o estinguere – *in modo diretto* – rapporti giuridici in capo ad essi. Tanto variegata e sfuggente è la natura di queste fonti, che la dottrina, non riuscendo a ricomprenderle tutte in una categoria dogmatica rigorosa, dotata di propri caratteri specifici, ha dovuto ripiegare su di una sorta di stratagemma linguistico, mediante il quale poter raggruppare un insieme così eterogeneo di atti, altrimenti inclassificabili. Per questa via si è giunti a coniare la formula «soft law». In prima approssimazione, infatti, si può dire che il *soft law* è costituito da quell'insieme di norme prive di efficacia vincolante poiché prodotte o da soggetti che, pur legittimati a esercitare la potestà normativa, non abbiano inteso assumere obblighi giuridici o da soggetti che di un tale potere siano invece generalmente sprovvisti.

Le ragioni che hanno portato la dottrina a coltivare un crescente interesse per il fenomeno della «normazione debole» possono essere meglio comprese nel quadro delle radicali trasformazioni che hanno interessato le relazioni internazionali a partire dalla seconda metà del Novecento e che hanno registrato una profonda accelerazione negli ultimi decenni. Nuovi attori, governativi e non, si sono affacciati sulla scena mondiale, il numero complessivo degli Stati è quasi raddoppiato, ciascuno dei quali dotato di una propria identità politica, sociale, economica e culturale: la società internazionale è diventata un luogo molto meno omogeneo e più complesso ⁽⁴⁾. Sulla scorta di tali cambiamenti si è progressivamente palesata l'esigenza di nuove forme di normatività che potessero provare a soddisfare tutte quelle istanze di regolazione che le fonti vincolanti non sono in grado di rappresentare, determinando così al contempo un elemento di forte pressione sulle tradizionali modalità della produzione normativa.

In questo contesto, la dottrina si è ritrovata divisa sostanzialmente attorno a due poli. Da un lato, studiosi di formazione formalistica ⁽⁵⁾ denunciano che la nozione di *soft*

⁽⁴⁾ M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 199-200.

⁽⁵⁾ P. WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law?*, in «American Journal of International Law», vol. 77, n. 3, 1983, pp. 413-442 [orig. franc. *Vers une normativité relative en*

law non solo racchiuda in sé un ossimoro, ma ben più gravemente tradisca un carattere per certi versi eversivo, nella misura in cui frammenta il concetto stesso di diritto o, meglio, la cd. «relatività binaria» del diritto ⁽⁶⁾, cioè la rigida alternativa tra diritto/non diritto (*law/non law*), vincolante/non vincolante (*binding/non-binding*), legale/illegale (*lawful/unlawful*). In quest'ottica, il *soft law* finirebbe con il minare alla radice la certezza dei rapporti giuridici, in quanto la sola ammissibilità di un diritto «debole» o addirittura «assurdo» ⁽⁷⁾, implicando l'esistenza di un *tertium genus* oltre quel binomio, suggerisce l'idea di una possibile e pressoché indefinita gradazione della normatività giuridica, con

droit international?, in «Revue Générale de Droit International Public», n. 1, 1982, pp. 5-47]; ID, *Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 237, 1992; KLABBERS, *The Redundancy of Soft Law*, in «Nordic Journal of International Law», vol. 65, n. 2, 1996, pp. 167-182; poi di nuovo, a distanza di solo due anni, ID, *The Undesirability of Soft Law*, in «Nordic Journal of International Law», vol. 67, n. 4, 1998, pp. 381-391, dove definisce la fonte in esame «a danger to our cherished Rule of Law» (p. 391); più di recente ID, *Reflections on Soft International Law in a Privatized World*, in «Finnish Yearbook of International Law», vol. 16, 2005, pp. 313-328; ID, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 37-39; ID., *Law-making and Constitutionalism*, in J. KLABBERS *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, pp. 81-124. Nella medesima direzione J. PAUWELYN *et al.*, *Informal International Law as Presumptive Law: Exploring New Modes of Law-making*, in R. LIIVOJA, J. PETMAN (eds.), *International Law-making. Essays in Honour of Jan Klabbbers*, London, Routledge, 2014, pp. 75-102. Parzialmente nello stesso senso J. D'ASPREMONT, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, in particolare pp. 128-130. L'autore adotta una logica costruttivistica per cui al processo di deformalizzazione delle fonti contrappone la necessità di difendere quantomeno un metodo formalistico di accertamento delle norme giuridiche. In precedenza egli si era espresso polemicamente sul *soft law* come di una categoria frutto della bramosia dei giuristi di acquisire nuovo materiale su cui esercitare la propria sfera d'influenza: cfr. J. D'ASPREMONT, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Materials*, in «European Journal of International Law», vol. 19, n. 5, 2008, pp. 1075-1093, p. 1091. Ancora sulla assoluta necessità di difendere il tratto della vincolatività giuridica come quintessenza del diritto internazionale cfr. ID., *Bindigness*, in J. D'ASPREMONT, S. SINGH (eds.), *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2019, pp. 67-82.

⁽⁶⁾ WEIL, *Towards Relative Normativity*, cit.; U. FASTENRATH, *Relative Normativity in International Law*, in «European Journal of International Law», vol. 4, n. 3, 1993, pp. 305-340; M. GOLDMANN, *Relative Normativity*, in D'ASPREMONT, SINGH (eds.), *Concepts for International Law*, cit., pp. 740-759. Si tratta di un approccio teorico riconducibile a una lunga tradizione: cfr. D. HUME, *A Treatise of Human Nature: being an Attempt to introduce the experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, III. *Of Morals* (1740), Oxford, Oxford University Press, 1965, pp. 526-534.

⁽⁷⁾ G. ABI-SAAB, *Eloge du «droit assourdi». Quelques reflexions sur le role de la 'soft law' en droit international contemporain*, in *Nouveaux itineraires en droit: melanges en hommage a Francois Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59-68.

la conseguente perdita di confini chiari. Dall'altro lato, le scuole realiste e pragmatiste si mostrano capaci di accogliere la categoria, in quanto per loro qualunque sia la provenienza e la veste formale di una norma, la sua capacità di vincolare i propri destinatari dipende unicamente dal fatto che venga effettivamente rispettata ⁽⁸⁾. In tal modo, però, esse finiscono per derivare la validità della norma dall'efficacia che essa dimostra in concreto, così sacrificando la dimensione normativa del diritto internazionale, ovvero la possibilità di contrapporre fatto e diritto, ogniqualevolta i due non corrispondano naturalmente. Proprio per l'ordinamento internazionale un tale esito non sembra augurabile. In questa seconda corrente, poi, si può far rientrare anche coloro che hanno pensato di risolvere la questione rifiutando di definire cosa sia diritto e cosa no, e spostando, invece, l'attenzione sul se una determinata trasgressione provochi o meno una qualche reazione da parte della comunità internazionale ⁽⁹⁾. A ben vedere, dunque, tale impostazione presenta gli stessi limiti della precedente, in quanto anch'essa adotta un approccio *ex post facto*, in base al quale la giuridicità di una norma non sarebbe determinabile *a priori*, ma verrebbe a dipendere dal concreto verificarsi di una certa conseguenza.

Ciascuna di tali posizioni è stata smentita dalla prassi, la quale, se da un lato non può dare da sé un ordine rigoroso ai concetti – il che spetta in primo luogo allo studioso –, registra, dall'altro, un ampio ricorso al *soft law* nelle relazioni internazionali e, di riflesso, un suo crescente impiego da parte della giurisprudenza internazionale e interna. Titolo e legittimità di tale impiego costituiscono appunto l'oggetto della presente indagine, che non intende offrire una rilettura critica del sistema delle fonti, ma piuttosto cerca di evidenziare come, anche nella sua attuale configurazione, esso conceda lo spazio per un impiego e un ruolo del *soft law* nelle maglie dell'ordinamento giuridico internazionale, e in tal modo riconciliare la teoria con la prassi. A tal fine, anche sulla base della giurisprudenza più recente, si proverà a tracciare una posizione intermedia tra quelle sopra richiamate, verificando in che termini è possibile un'interazione del *soft law* con il sistema delle fonti, che non ne mini le fondamenta teoriche, ma salvaguardi quella

⁽⁸⁾ J. E. ALVAREZ, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005, in particolare pp. x-xi, 63 e 122; ID. *The Impact of International Organizations on International Law*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2017; ID. *The Relativity Apocalypse is Nigh*, in «American Journal of International Law Unbound», vol. 114, 2020, pp. 77-81; ID. *Reviewing the Use of "Soft Law" in Investment Arbitration*, in «European International Arbitration Review», vol. 7, n. 2, 2018, pp. 149-200. Per la New Haven School si veda M. S. MCDUGAL, M. W. REISMAN, *The Prescribing Function in World Constitutive Process: How International Law Is Made*, in «Yale Studies in World Public Order», vol. 6, n. 2, 1980, pp. 249-284; H. H. KOH, *A World Transformed*, in «Yale Journal of International Law», vol. 20, n. 2, 1995, pp. ix-xiii.

⁽⁹⁾ B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, second edition, London, Butterworths, 2002.

che Martti Koskenniemi ha definito una «cultura della forma»⁽¹⁰⁾. Seguendo questa linea di pensiero, di cui Richard Baxter e Alan Boyle rappresentano i pionieri⁽¹¹⁾, si proverà a definire la funzione normativa che il *soft law* esercita nella comunità internazionale e a problematizzare l'assunto, eccessivamente semplicistico, secondo cui esso costituirebbe «una fonte non vincolante», senza, però, precisare di cosa e perché resti comunque una fonte. In base alle circostanze, infatti, il *soft law* assume un diverso valore giuridico non predeterminabile *a priori*: «[it is] impossible to lay down a general rule in this respect [...]. The legal value of the declaratory resolutions therefore includes *an immense gamut of nuances*», afferma Jorge Castañeda con riferimento al valore delle dichiarazioni dell'Assemblea generale ONU⁽¹²⁾. Invero, tale valore viene essenzialmente a dipendere dalle possibili interazioni tra questa e le fonti vincolanti del diritto internazionale elencate all'art. 38 dello Statuto della CIG.

2. L'articolazione della ricerca

Innanzitutto, può avere luogo un'interazione sostanziale o interpretativa con il diritto internazionale generale, a seconda che di questo il *soft law* contribuisca allo sviluppo progressivo o alla codificazione; le molteplici forme di questo rapporto saranno analizzate nel Capitolo I.

Al problema della distinzione tra *soft law* e trattati verrà dedicata la prima parte del Capitolo II, dove si cercherà di tracciare un approccio comune degli Stati e delle organizzazioni internazionali verso gli accordi non vincolanti: una sorta di «diritto degli accordi non vincolanti» residuale. Quindi, la trattazione proseguirà evidenziando come, sul piano sostanziale, il *soft law* possa contribuire anche allo sviluppo del diritto pattizio, con cui intrattiene dinamiche a volte cooperative altre volte concorrenziali.

Nel Capitolo III, dapprima, si discuterà di quel particolare tipo di interazione normativa che intercorre tra *soft law* e trattati, allorquando un regime convenzionale contenga un rinvio a fonti non vincolanti, che, pertanto, intervengono ad integrarne la

⁽¹⁰⁾ M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 494-509.

⁽¹¹⁾ Ci riferiamo, in particolare, a R. R. BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 29, n. 4, 1980, pp. 549-566; A. E. BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 48, n. 4, 1999, pp. 901-913; ID., *Soft Law in International Law-Making*, in M. EVANS (ed.) *International Law*, fifth edition, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 119-137.

⁽¹²⁾ J. E. CASTAÑEDA, *Valeur juridique des résolutions des Nations Unies*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 129, 1970, pp. 204-331, pp. 319-320 (corsivo aggiunto); ID., *Legal Effects of the United Nations Resolutions*, translated by A. AMOIA, New York, Columbia University Press, 1969, p. 171.

disciplina. Al di là di un espresso richiamo, si configura poi un'interazione interpretativa, laddove atti di *soft law* forniscano all'interprete un apporto ermeneutico nella ricostruzione di obblighi pattizi. In tale ipotesi essi potranno venire in rilievo o quali forme di *consensus* internazionale circa l'effettiva portata degli impegni assunti – tale dinamica, come si vedrà, è riferibile anche a norme di diritto internazionale generale – o sulla base dei canoni ermeneutici consolidati in materia di interpretazione dei trattati. Infine, un'interazione di tipo funzionale ha luogo quando un atto di *soft law*, di per sé privo di forza vincolante, subisca un processo di trasmutazione per effetto di una norma generale come, ad esempio, l'*estoppel* o l'acquiescenza.

All'analisi del *soft law* come strumento di *governance*, ovvero inteso come una delle possibili forme che la cooperazione intergovernativa può assumere, saranno dedicate le pagine del Capitolo IV. Nello specifico, viene preso ad esempio il caso dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) nel contesto dell'attuale pandemia di Covid-19, dove il *soft law* si mostra un utile strumento, dotato della flessibilità necessaria a coniugare l'esigenza di una risposta comune alla minaccia sanitaria con la libertà degli Stati di articolare l'azione di contrasto in base alla specificità del contesto in cui operano.

Nel Capitolo V, infine, l'analisi precipiterà nel contesto della frammentazione (normativa) del diritto internazionale. Come è noto, la disorganica espansione del diritto internazionale rischia di porre – come in effetti pone – gli Stati di fronte alla necessità di dover scegliere quale obbligo adempiere, ogniquale volta si presenti un'antinomia tra due regimi pattizi. Tale scenario si è appunto realizzato nel contesto della pandemia, quando si è plasticamente configurata per gli Stati l'esigenza di coordinare la tutela del diritto umano alla salute, da un lato, con la protezione del commercio internazionale, dall'altro, beni giuridici al centro, rispettivamente dell'OMS e dell'Organizzazione mondiale del commercio. L'ipotesi di lavoro di cui si cercherà una conferma prospetta la possibilità che, in assenza di un coordinamento istituzionale tra regimi convenzionali, il *soft law* possa costituire un mite meccanismo di raccordo e dialogo.

3. Definizione di 'soft law'

Se anche la prassi più risalente conosceva l'esistenza di atti normativi non vincolanti (si pensi ai *gentlemen's agreements*), l'introduzione della categoria del *soft law* è decisamente più recente. A tale riguardo, bisogna constatare che, al pari del concetto, anche l'origine dell'espressione non è del tutto chiara. Molti ne attribuiscono la paternità a Lord McNair, che, negli ultimi anni di attività, l'avrebbe introdotta negli studi internazionalistici, impiegandola in alcune conferenze, tuttavia senza mai lasciarne

traccia scritta⁽¹³⁾. Sul senso specifico con cui il giurista britannico intendesse la formula non v'è però accordo in dottrina. In linea con Jennings e Klabbbers⁽¹⁴⁾, d'Aspremont ritiene che McNair utilizzasse il binomio *hard law/soft law* come sinonimo della coppia *lex lata/lex ferenda*⁽¹⁵⁾. Da questa ricostruzione si discosta parzialmente Abi-Saab, secondo cui originariamente l'espressione rimandava a norme e principi caratterizzati da un contenuto normativo astratto, vago, e dunque distinguibili in contrapposizione con l'*hard law* – il diritto operativo, giustiziabile, coercibile –, mentre solo successivamente, a partire dagli anni '70, si è incominciato a intenderlo come un diritto privo di forza vincolante⁽¹⁶⁾. Una posizione intermedia tra le due precedenti, capace di restituirne una lettura armonizzata e non alternativa, è quella offerta da René-Jean Dupuy, il quale chiarisce che, in origine, la locuzione indicava quello stato transizionale dello sviluppo di una norma, da *lex ferenda* a *lex lata*, in cui questa presenta ancora un contenuto vago e indefinito, tale da non consentirle di avere piena cittadinanza tra le fonti del diritto⁽¹⁷⁾. Ad ogni modo, è chiaro che, se le due accezioni potevano forse convivere in origine, oggi sono distinguibili con nettezza: se, infatti, è vero che generalmente una norma in formazione è anche dotata di un contenuto ancora vago, ben può ammettersi il caso di

⁽¹³⁾ A. J. P. TAMMES, *Soft Law*, in *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, The Hague, Springer, 1983, pp. 187-195; M. C. CHINKIN, *Normative Development in the International Legal System*, in D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 21-42, p. 22; M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del "soft law" in diritto internazionale*, in «Lavoro e diritto», a. XVII, n. 1, 2003, pp. 17-36, p. 18. In letteratura è stato talvolta indicato come riferimento A. D. MCNAIR, *The Functions and Differing Legal Character of Treaties*, in «British Year Book of International Law», vol. 11, 1930, pp. 100-118, ma nell'articolo, che costituisce un invito a differenziare il diritto dei trattati rispetto a ciascun tipo di accordo, non sembra esservi traccia né dell'espressione né del concetto di «soft law».

⁽¹⁴⁾ R. Y. JENNINGS, *An International Lawyer Takes Stock*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 39, n. 3, 1990, pp. 513-529; KLABBERS, *The Redundancy*, cit., p. 173, nt. 32.

⁽¹⁵⁾ D'ASPROMONT, *Softness*, cit.; D. THÜRER, *Soft law*, in R. WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedia of Public International Law», edizione *online*, marzo 2009.

⁽¹⁶⁾ G. ABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 207, 1987, pp. 9-463, p. 206.

⁽¹⁷⁾ La nozione è stata sin da subito discussa da molti autori, in particolare durante i colloqui tenutisi, dal 14 al 16 agosto 1973, all'Accademia del diritto internazionale dell'Aia; cfr. R.-J., DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la «soft law»*, in *L'élaboration du droit international public*, Société française pour le droit international, [8e] Colloque de Toulouse [16-18 mai 1974], Paris, Pedone, 1975, pp. 132-148 [trad. ing. *Declaratory Law and Programmatory Law: From Revolutionary Custom to "Soft Law"*, in R. J. AKKERMAN et al. (eds.), *Declarations on Principles: A Quest for World Peace (Liber Röling)*, Leiden, Sijthoff, 1977, pp. 247-257].

una norma che, pur priva di efficacia vincolante, non di meno presenti un tenore letterale, e quindi normativo, molto preciso.

Quando si parla di *soft law* ci si riferisce a strumenti normativi impiegati nelle relazioni internazionali da parte di enti pubblici – come gli Stati e le organizzazioni internazionali – o, secondo le più recenti tendenze, elaborati da soggetti privati (come istituti scientifici, ordini professionali, ONG e imprese multinazionali). Rientrano in tale categoria raccomandazioni di organizzazioni internazionali, dichiarazioni finali di conferenze interstatali, *memorandum* d'intesa (MoU), *gentlemen's agreements*, dichiarazioni congiunte, dichiarazioni statali di intenzioni, trattati non ratificati⁽¹⁸⁾, protocolli, programmi d'azione, codici di condotta⁽¹⁹⁾, linee guida, commenti, principi, progetti di articoli e di conclusioni. Pur non avendo efficacia vincolante, non di meno essi presentano una formulazione linguistica in senso marcatamente normativo. In particolare, vi sono settori del diritto internazionale, in cui tradizionalmente gli Stati hanno mostrato una certa reticenza ad assumere obblighi vincolanti. Pertanto, si è registrata una proliferazione degli strumenti di *soft law*, che, pur spesso coesistendo con fonti obbligatorie, si mostrano più adatti a soddisfare le esigenze di flessibilità e celerità della regolazione, in quanto evitano le lungaggini del procedimento di ratifica e sono emendabili in qualunque momento⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ W. M. REISMAN, *Unratified Treaties and Other Unperfected Acts in International Law: Constitutional Functions*, in «Vanderbilt Journal of Transnational Law», vol. 35, n. 3, 2002, pp. 729-748; L. B. SOHN, *Unratified Treaties as a Source of Customary International Law*, in A. BOS, H. SIBLESZ (eds.), *Realism in law-making: essays on international law in honour of Willem Riphagen*, Dordrecht et al., Nijhoff, 1986, pp. 231-246.

⁽¹⁹⁾ J. FRIEDRICH, *Codes of Conduct*, in R. WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedia of Public International Law», edizione *online*, ottobre 2010.

⁽²⁰⁾ Sullo sviluppo del *soft law* nel diritto internazionale dell'ambiente si veda F. JÜRGEN, *International Environmental "soft law". The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2013; P. W. BIRNIE, A. E. BOYLE, *International Law and the Environment*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 24 ss.; M. FITZMAURICE, *International environmental law as a special field*, in «Netherlands Yearbook of International Law», vol. 25, 1994, pp. 181-226; P.-M. DUPUY, *Soft Law and the International Law of the Environment*, in «Michigan Journal of International Law», vol.12, n. 2, 1990, pp. 420-435. In materia di diritto internazionale dell'economia si rimanda a F. DASSER, «Soft Law» in *International Commercial Arbitration*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 402, 2019; ALVAREZ, *Reviewing the Use of "Soft Law"*, cit.; G. KAUFMANN-KOHLER, *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, in «Journal of International Dispute Settlement», vol. 1, n. 2, 2010, pp. 1-17; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic "Soft Law"*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 163, 1979, pp. 165-246; ID., *International Economic Law*, second edition, Dordrecht, Springer, 1992, p. 40 ss.; A. DAVIES, *Technical Regulations and Standards under the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade*, in «Legal Issues of Economic Integration», vol. 41, n. 1, 2014, pp. 37-64. Per l'arbitrato

Come anticipato, la dottrina è giunta a elaborare il concetto di *soft law* con una tecnica definitoria *per differentiam* rispetto alla tradizionale norma giuridica di *hard law*, limitandosi, dunque, a indicare ciò che esso propriamente non è. A tal fine, nel perimetro del diritto internazionale, il naturale termine di paragone non poteva che essere rintracciato nel trattato, ovvero nell'unica fonte scritta, tra quelle indicate all'art. 38, a essere contemporaneamente dotata dell'efficacia vincolante di cui, invece, difettano gli atti in esame. Seguendo un certo schematismo si potrebbe dire che, nell'ambito delle fonti di diritto scritto, il trattato produce efficacia obbligatoria, laddove il *soft law* ne è sprovvisto. Tale semplificazione può essere in linea di massima accolta, sebbene occorra considerare che, come si avrà modo di argomentare di qui a breve, il *soft law* può interagire in vario modo con il diritto internazionale generale e con quello pattizio e, a seguito di tale contatto, potrebbe vedere radicalmente mutata l'originaria natura di fonte debole. A ben vedere, allora, la distinzione tra *hard* e *soft law* non necessariamente coincide con quella tra trattati e atti non vincolanti ⁽²¹⁾.

internazionale e l'arbitrato in materia di investimenti si veda rispettivamente L. W. NEWMAN, M. J. RADINE, (eds.), *Soft Law in International Arbitration*, Huntington, Juris, 2014 e A. K. BJORKLUND, A. REINISCH, August (eds.), *International Investment Law and Soft Law*, Northampton-Cheltenham, Elgar, 2012; F. M. PALOMBINO, *L'uso del soft law nell'arbitrato sugli investimenti*, in D. MANTUCCI (a cura di), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, 13. *L'arbitrato negli investimenti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, in corso di pubblicazione. Per il diritto internazionale umanitario, E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 40-41; E. CRAWFORD, *Non-Binding Instruments in International Humanitarian Law. Questions of Efficacy and Legitimacy*, in «Soochow Law Journal», vol. 13, i. 2, 2016, pp. 153-184. Infine, per il diritto dei diritti umani si veda per tutti S. LAGOUTTE *et al.* (eds.), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁽²¹⁾ In via incidentale, ci preme far notare che non tutte le norme contenute in un trattato sono uniformemente portatrici di analoga forza obbligatoria. Esistono, infatti, disposizioni convenzionali che, pur formalmente vincolanti, vedono fortemente attenuata la propria efficacia normativa *hard*, in ragione del fatto che presentano un carattere meramente programmatico, esortativo o così vago da risultare indeterminabile, oppure, ancora, contengono obbligazioni meramente potestative, condizionate o enunciate con la formula di doverosità debole «should». Tutte queste ipotesi rappresentano possibili manifestazioni del cd. *soft law negotium*, ovvero dell'«obbligo debole», che resta tale anche qualora sia contenuto in una fonte vincolante. Tale categoria esula dall'oggetto della presente trattazione, che si incentra unicamente sul *soft law instrumentum*, cioè l'atto, il contenitore: il significante e non il significato. In proposito si veda BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, cit., in particolare pp. 552-554; BOYLE, *Soft Law in International Law-Making*, cit., pp. 131-132; A. N. PRONTO, *Understanding the Hard/Soft Distinction in International Law*, in «Vanderbilt Journal of Transnational Law», vol. 48, n. 4, 2015, pp. 941-956; D'ASPREMONT, *Softness in International Law*, cit., pp. 1084-1087.

I.

SOFT LAW E DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Soft law* e diritto internazionale generale. – 3. *Segue*: efficacia dichiarativa. – 4. *Segue*: efficacia dichiarativa di dettaglio. – 5. *Segue*: efficacia cristallizzante. – 6. *Segue*: effetto generatore. – 7. Accertamento di una possibile interazione tra *soft law* e diritto internazionale generale. – 8. Il *soft law* tra «diplomazia parlamentare» e codificazione del diritto internazionale generale. – 9. Prospettive conclusive: il *soft law* tra frammentazione e unità del diritto internazionale.

1. *Introduzione*

In questo primo capitolo ci si limiterà a trattare della valenza sostanziale e interpretativa del *soft law*, con riguardo al suo impatto sul diritto internazionale generale⁽¹⁾. A ciascuno di questi due tipi di interazione, infatti, corrisponde una diversa efficacia del *soft law*, spiegabile con modelli teorici mutuati dall'ambito del più noto rapporto che intercorre tra diritto internazionale pattizio e diritto internazionale generale, di cui le convenzioni di codificazione offrono un punto di osservazione privilegiato. Sotto il profilo dell'interazione interpretativa, ci si soffermerà sull'efficacia dichiarativa del *soft law* rispetto alle norme consuetudinarie e ai principi generali, nonché sull'efficacia dichiarativa di dettaglio che del primo tipo costituisce una specificazione. Per quanto riguarda l'interazione sostanziale, invece, l'attenzione sarà incentrata sulle due ipotesi

⁽¹⁾La relazione sostanziale di *soft law* e diritto internazionale generale va tenuta distinta dalla relazione interpretativa che può intercorrere tra le due fonti. Se l'interpretazione presuppone l'esistenza della norma, non è vero il contrario, essendo del tutto concepibile che una norma consuetudinaria si consolidi nella prassi a prescindere dal momento interpretativo e applicativo che attiene al diverso piano dell'accertamento. A cambiare infatti, sono tanto il tipo di interazione che può aversi tra le due fonti quanto l'ottica in cui si pone l'osservatore: l'interazione sul piano sostanziale si ha quando l'atto di *soft law* materialmente contribuisce alla nascita della norma consuetudinaria e la prospettiva da cui si guarda tale fenomeno è quella del processo di produzione normativa. L'interazione interpretativa, invece, si realizza quando l'atto di *soft law* contribuisce a definire significato e portata di una norma che preesiste ad esso e si è consolidata in modo del tutto indipendente; in questo caso l'ottica rilevante è quella interpretativo-argomentativa, prevalentemente giurisdizionale.

dell'efficacia cristallizzante e dell'effetto generatore di norme consuetudinarie. L'individuazione, nella seconda parte del capitolo, di un metodo attraverso cui accertare il tipo di dinamica eventualmente occorsa tra *soft law* e diritto internazionale generale intende aiutare l'interprete nel definire – in circostanze concrete – il valore della fonte debole e nel ricostruire la norma o il principio giuridico generale.

2. 'Soft law' e diritto internazionale generale

Di seguito si prova a definire il valore giuridico attribuibile al *soft law* in base al modo in cui interagisce con il diritto internazionale generale, tanto sul piano interpretativo quanto su quello sostanziale. Il tentativo di sviluppare un discorso unitario sull'interazione tra le due fonti può giustificarsi considerando che i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni Civili *ex art. 38, par. 1, lett. c)*, dello Statuto della CIG – nella duplice accezione di principi generali comuni agli ordinamenti nazionali e di principi generali del diritto internazionale⁽²⁾ – possono essere assimilati quali forme di una categoria in qualche modo *sui generis* di norme consuetudinarie⁽³⁾. In altre, parole, le differenze tra le diverse componenti del diritto internazionale generale, che pure esistono, non appaiono tali da impedire che, come per le norme consuetudinarie – e forse in misura addirittura maggiore –, il *soft law* possa non solo codificare o specificare il contenuto dei principi generali di diritto, ma anche favorirne l'introduzione o il consolidamento, orientando la prassi in una direzione uniforme⁽⁴⁾.

⁽²⁾ *First report on general principles of law*, by Marcelo Vázquez-Bermúdez, *Special Rapporteur*, 71° sessione della Commissione di diritto internazionale [UN Doc. A/CN.4/732].

⁽³⁾ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, a cura di M. IOVANE, undicesima edizione, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 51-52; G. GAJA, *General principles in the jurisprudence of the ICJ*, in M. ANDENAS *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2019, pp. 35-43, pp. 42-43. L'autore ritiene che il riconoscimento dei principi generali del diritto internazionale da parte degli Stati possa essere dedotto: «from the adoption of General Assembly resolutions, but would need to be viewed in relation to other elements of State practice. Giving relevance to State practice when asserting the existence of this type of principles would bring these principles close to customary rules».

⁽⁴⁾ R. YOTOVA, *Challenges in the identification of the 'general principles of law recognized by civilized nations': the approach of the International Court*, in «Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law», vol. 3, n. 1, 2017, pp. 269-325, p. 310; R. WOLFRUM, *General international law (principles, rules, and standards)*, in ID. (ed.), «Max Planck Encyclopedias of International Law», edizione *online*, dicembre 2010, par. 36; A. VON VERDROSS, B. SIMMA, *Universelle Völkerrecht. Theorie und Praxis*, dritte Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 606 e 639; A. VERDROSS, *Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Tribune, 1968, p. 525 ss. In particolare si veda M. IOVANE, *Metodo costituzionalistico e ruolo dei giudici nella formulazione dei principi generali*

Nell'ambito del diritto internazionale generale le fonti di *soft law*, in particolare le risoluzioni di organizzazioni internazionali – e tra queste, *in primis*, quelle dell'Assemblea generale ONU – possono, nell'ordine, codificare, specificare, cristallizzare norme consuetudinarie, o contribuire al loro sviluppo progressivo. Ciò vale anche per lo *ius cogens*, ovvero quell'insieme di norme generali imperative e indefettibili, come si avrà modo di vedere con riferimento al divieto di ricorso all'uso della forza, al principio di autodeterminazione dei popoli e al divieto di tortura ⁽⁵⁾. Preliminarmente, occorre far notare che, in linea con quanto costantemente affermato dalla CIG e ribadito dalla Commissione di diritto internazionale (CDI), la norma consuetudinaria deve essere sempre intesa secondo una concezione binaria, ovvero come quella regola di condotta frutto di una prassi statale costante e uniforme nel tempo, accompagnata dal senso di doverosità giuridica (*opinio iuris*) ⁽⁶⁾. Tale considerazione, infatti, assume particolare rilievo nel contesto dell'analisi delle diverse dinamiche che possono intercorrere tra una norma consuetudinaria e un atto di *soft law*.

del diritto internazionale, in «Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica», f. 1, 2008, pp. 103-129, p. 121, dove l'autore, in merito alle modalità con cui ricostruire l'esistenza di principi generali, afferma: «[n]el diritto internazionale i materiali maggiormente utilizzati dai giudici restano le Dichiarazioni dell'Assemblea generale dell'ONU, i preamboli [...]», riferendosi evidentemente a fonti non vincolanti.

⁽⁵⁾ Cfr. in tal senso CIG, *Questioni relative all'obbligo di perseguire o estradare (Belgio c. Senegal)*, sentenza del 12 febbraio 2012, in «I.C.J. Reports», 2012, p. 422 ss., p. 457, par. 99. Per la dottrina si veda W. RIPHAGEN, *Form Soft Law to Ius Cogens and Back*, in «Victoria University of Wellington Law Review», vol. 17, n. 2, 1987, pp. 81-99.

⁽⁶⁾ Per la giurisprudenza si veda CIG, *Piattaforma continentale del Mare del Nord*, sentenza del 20 febbraio 1969, in «I.C.J. Reports», 1969, p. 3 ss., p. 44, par. 77; *Piattaforma continentale (Jamahiriya araba libica/Malta)*, sentenza del 3 giugno 1985, in «I.C.J. Reports», 1985, p. 13 ss., pp. 29-30, par. 27; *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti d'America)*, merito, sentenza del 27 giugno 1986, in «I.C.J. Reports», 1986, p. 14 ss., pp. 108-109, par. 207; *Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia; Grecia interveniente)*, sentenza del 3 febbraio 2012, in «I.C.J. Reports», 2012, p. 99 ss., pp. 122-123, par. 55. Per la dottrina H. W. A. THIRLWAY, *International Customary Law and Codification: An Examination of the Continuing Role of Custom in the Present Period of Codification of International Law*, Leiden, Sijthoff, 1972, p. 58; L. CONDORELLI, *Consuetudine internazionale*, in «Digesto delle discipline pubblicistiche», vol. III, quarta edizione, Torino, Utet, 1989, p. 490 ss., p. 495. Da ultimo, la questione è stata ripresa dalla CDI: se il Relatore speciale Michael Wood espressamente riconduce il *soft law* al campo del *non law* (cfr. *First report on formation and evidence of customary international law*, 17 maggio 2013 [UN Doc. A/CN.4/663], p. 123, nt. 54), al contempo egli riconosce il ruolo che tale fonte svolge nella formazione del diritto consuetudinario, rimandando sul punto a quello che poi sarà il Progetto di conclusioni sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario, con commentario [UN Doc. A/73/10], in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, Part Two, 2018, p. 122 ss., pp. 124-129, conclusioni 2-3.

Che il *soft law* possa concorrere all'accertamento dell'esistenza di una norma consuetudinaria o alla definizione del suo contenuto specifico, nonché al suo sviluppo progressivo, è stato riconosciuto nel progetto di conclusioni sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario (2018), varato dalla Commissione di diritto internazionale ⁽⁷⁾. Ebbene la Commissione, dopo aver ricordato – nel combinato disposto dei paragrafi 1 e 3 della conclusione 12 – che una risoluzione non possa, di per sé, creare una norma consuetudinaria, salvo che appunto non rifletta una prassi statale costante, accompagnata dall'*opinio iuris*, afferma – al paragrafo 2 – che «[a] resolution adopted by an international organization or at an intergovernmental conference may provide evidence for determining the existence and content of a rule of customary international law, or contribute to its development». Occorre precisare che il termine «resolution», nell'impiego che ne fa la CDI, sta a indicare tutti quegli atti adottati da organizzazioni internazionali o conferenze interstatali, a prescindere dallo specifico *nomen iuris* ⁽⁸⁾. Se può risultare evidente che nella ricostruzione di una regola consuetudinaria vengano primariamente in rilievo gli atti di organizzazioni a carattere universale, ciò non di meno, la Commissione riconosce che, pur con un peso inferiore, a ciò possano concorrere anche risoluzioni adottate in contesti più circoscritti come, ad esempio, quello delle organizzazioni regionali.

Nello specifico, gli atti di *soft law* vengono a trovarsi rispetto al diritto internazionale consuetudinario in una posizione per certi versi simile a quella in cui, rispetto a quest'ultimo, si colloca il diritto internazionale pattizio. Tale interazione definisce il perimetro di quella che già da tempo è stata ribattezzata la «fabbrica del diritto internazionale consuetudinario» ⁽⁹⁾, e può essere efficacemente sintetizzata secondo quattro modelli concettuali ⁽¹⁰⁾. Come si avrà modo di precisare, essi sono stati delineati

⁽⁷⁾ CDI, Progetto di conclusioni sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario, con commentario, in «Yearbook of the International Law Commission», cit., pp. 147-149, conclusione 12.

⁽⁸⁾ Il contributo dei vertici internazionali alla formazione del diritto consuetudinario è stata riconosciuta anche da R. VIRZO, *Vertici internazionali*, in «Enciclopedia del diritto», Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1431-1442, p. 1438.

⁽⁹⁾ *Azurix Corp. c. Repubblica di Argentina*, procedimento di annullamento (ICSID Case No. ARB/01/12), p. 47, par. 90.

⁽¹⁰⁾ Di «recognized methods by which new rules of customary international law may be formed» parla, infatti, la CIG nell'affare della *piattaforma continentale del Mare del Nord*, cit., in «I.C.J. Reports», 1969, p. 41, par. 71; tale decisione costituisce un riferimento primario per la presente trattazione. La Corte ha nuovamente sintetizzato i diversi rapporti che possono intercorrere tra diritto internazionale pattizio e consuetudinario nella sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti d'America*, dove, infatti, ha affermato che «[t]he existence of identical rules in international treaty law and customary law has been clearly recognized by the Court in the *North Sea Continental Shelf* cases. To a large extent, those cases turned on the question whether a rule enshrined in a treaty also existed as a customary rule, either because the treaty had merely *codified*

sulla base del più tradizionale rapporto di diritto internazionale pattizio e diritto consuetudinario, rispetto al quale le convenzioni di codificazione costituiscono un interessante laboratorio ⁽¹¹⁾.

3. *Segue: efficacia dichiarativa*

In primo luogo, una risoluzione può produrre *efficacia dichiarativa* quando riproduca al proprio interno una norma consuetudinaria preesistente ⁽¹²⁾. In questo caso, l'atto, di per sé non vincolante, pur senza mutare la propria natura, può essere richiamato e applicato in sede giurisdizionale, se e in quanto effettivamente rifletta una consuetudine già consolidatasi in via autonoma. A differenza delle convenzioni di codificazione, la risoluzione non può produrre efficacia *inter partes*; una volta, però, che l'interprete abbia accertato che il suo contenuto corrisponda al diritto consuetudinario, le norme dell'atto saranno allora suscettibili di produrre effetti vincolanti *erga omnes*. Resta comunque fermo che, sul piano logico, una tale efficacia è giustificata dalla natura consuetudinaria della norma codificata nella risoluzione ⁽¹³⁾. Il fatto che l'atto di *soft law* si limiti qui a riprodurre per iscritto la norma consuetudinaria preesistente non deve portare a circoscriverne il valore, considerato che in tal modo esso ne certifichi natura e portata, rendendole pertanto incontroverse. Il suo apporto consiste nella salvaguardia della certezza del diritto che esso contribuisce a garantire, e dunque va ricercato sul piano interpretativo-argomentativo, e non su quello sostanziale.

Se già nel parere consultivo sulla *Namibia* (1971) e nell'affare relativo alla *giurisdizione in materia di peschiere* (1973), la CIG aveva fatto ricorso agli artt. 60 e 62

the custom, or caused it to 'crystallize', or because it had *influenced its subsequent adoption*» (corsivo aggiunto), in «I.C.J. Reports», 1986, pp. 94-95, par. 177. Anche la dottrina ha variamente riconosciuto queste diverse forme di interazione tra le due fonti: E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 159, 1978(I), pp. 1-344, pp. 14-22; ABI-SAAB, *Cours général*, cit., p. 171; Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, third edition, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2019, p. 17; G. DISTEFANO, *Fundamentals of Public International Law. A Sketch of the International Legal Order*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2019, pp. 376-382.

⁽¹¹⁾ De Arechaga è anche il primo a considerare la possibilità di estendere i modelli validi per descrivere le possibili interazioni tra trattati e diritto internazionale consuetudinario a quelle che possono configurarsi tra questo e il *soft law*: cfr. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., pp. 30-33.

⁽¹²⁾ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., pp. 15-16, 32; Y. DINSTEIN, *The Interaction between Customary International Law and Treaties*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 322, 2006, pp. 243-427, pp. 351-352 e 357-358; DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., pp. 377-378.

⁽¹³⁾ La dinamica è la stessa già notata a suo tempo da C. VAN BYNKERSHOEK, *Quaestiones iuris publici*, I. *De rebus bellicis*, seconda edizione, Lugduni Batavorum, Luchtmans, 1752, p. 77.

della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (CVDT) ⁽¹⁴⁾ – che, però, all’epoca dei giudizi non era ancora entrata in vigore e, dunque, non poteva produrre efficacia a titolo di diritto pattizio –, al fine di ricostruire il diritto internazionale consuetudinario applicabile alle fattispecie ⁽¹⁵⁾, il *leading case* in materia va senz’altro rintracciato nella sentenza relativa all’affare delle *attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* (1986) ⁽¹⁶⁾, dove la CIG opera un impiego più deciso di strumenti intrinsecamente *soft*. La Corte, infatti, ha affinato la posizione espressa nel caso *Africa del Sud-Ovest* (1966), dove, pur riconoscendo alle risoluzioni dell’Assemblea generale una forza persuasiva «very considerable», in ottemperanza al postulato della relatività binaria e con una terminologia più tradizionalista le aveva comunque confinate nel campo della mera politica ⁽¹⁷⁾. Con riferimento alla sentenza dell’86, occorre premettere che in quel giudizio la cognizione della CIG fosse limitata all’accertamento del diritto consuetudinario e, dunque, per poter decidere se le attività di finanziamento, addestramento e supporto condotte dagli Stati Uniti ai danni del Nicaragua configurassero un’ipotesi di illegittimo ricorso all’uso della forza, la Corte ha dovuto preliminarmente accertare la natura consuetudinaria del relativo divieto. A tal fine, nella ricostruzione della prassi statale e del senso di doverosità giuridica generalmente riconosciuto nella comunità internazionale, la CIG ha fortemente valorizzato l’atteggiamento assunto dagli Stati rispetto ad alcune risoluzioni dell’Assemblea generale ONU ⁽¹⁸⁾ – come la Dichiarazione sui principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite (1970) ⁽¹⁹⁾ –, nonché i lavori

⁽¹⁴⁾ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969, in vigore il 27 gennaio 1980, in United Nations, «Treaty Series», vol. 1155, 1980, p. 331 ss.

⁽¹⁵⁾ Nel primo caso la Corte ha riconosciuto che la CVDT, non entrata ancora in vigore all’epoca del giudizio, rispecchiasse il diritto internazionale consuetudinario esistente, laddove, all’art. 60, prevedesse la risoluzione del trattato quale possibile conseguenza della violazione commessa da una delle parti dell’accordo: CIG, *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza del Sudafrica in Namibia (Africa del Sud-Ovest) nonostante la risoluzione 276 (1970) del Consiglio di Sicurezza*, parere consultivo del 21 giugno 1971, in «I.C.J. Reports», 1971, p. 16 ss., pp. 46-47, par. 94. Nel secondo caso la Corte, rispetto alla pretesa dell’Islanda di risolvere il trattato in ragione di un mutamento fondamentale delle circostanze, ha fatto espresso richiamo all’art. 62 della CVDT che codifica la norma consuetudinaria applicabile a tale ipotesi: CIG, *Giurisdizione in materia di peschiere (Regno Unito c. Islanda)*, giurisdizione della Corte, sentenza del 2 febbraio 1973, in «I.C.J. Reports», 1973, p. 3 ss., p. 18, par. 36.

⁽¹⁶⁾ «I.C.J. Reports», 1986, p. 14 ss.

⁽¹⁷⁾ CIG, *Africa del Sud-Ovest (Etiopia c. Sudafrica; Liberia c. Sudafrica)*, seconda fase, sentenza del 18 luglio 1966, in «I.C.J. Reports», 1966, p. 6 ss., p. 50, par. 98.

⁽¹⁸⁾ *Nicaragua c. Stati Uniti*, cit., in «I.C.J. Reports», 1986, pp. 99-100, par. 188.

⁽¹⁹⁾ AGNU, Dichiarazione sui principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite, 24 ottobre 1970 [A/RES/2625(XXV)], p. 3.

preparatori della CDI sulla codificazione del diritto dei trattati ⁽²⁰⁾, giungendo per questa via ad affermare la natura non semplicemente consuetudinaria, ma di *ius cogens* della norma sul divieto di ricorso all'uso della forza ⁽²¹⁾. Passando poi ad analizzare nello specifico la posizione degli Stati Uniti ⁽²²⁾, i giudici hanno sottolineato come il contegno da essi assunto in occasione dell'adozione della risoluzione di condanna dell'aggressione, da parte della Sesta conferenza degli Stati Americani (L'Avana, 1928) ⁽²³⁾ e dell'Atto finale della Conferenza di Helsinki sulla sicurezza e cooperazione in Europa (CSCE, 1975) ⁽²⁴⁾ deponesse uniformemente nel senso del riconoscimento della natura consuetudinaria del divieto.

Nello stesso anno anche il Tribunale Iran-Stati Uniti (IUSCT, secondo l'acronimo inglese) ha ribadito il ruolo che le raccomandazioni dell'Assemblea generale ONU giocano nella ricognizione del diritto consuetudinario, nel lodo interlocutorio con cui ha deciso il caso *SEDCO Incorporated c. National Iran Oil Company e Iran* (1986) ⁽²⁵⁾. L'evidente cautela con cui il tribunale si esprime, lungi dal ridimensionare la portata delle sue affermazioni, tradisce piuttosto la consapevolezza delle importanti implicazioni che ne derivano:

United Nations General Assembly Resolutions are not directly binding upon States and generally are not evidence of customary law. *It is generally accepted that such resolutions in certain specified circumstances may be regarded as evidence of customary international law or can contribute – among other factors – to the creation of such law* ⁽²⁶⁾.

⁽²⁰⁾ CDI, Progetto di articoli sul diritto dei trattati, con commentario, in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, 1966, p. 247, dove si legge: «[t]he Commission pointed out that the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*».

⁽²¹⁾ *Nicaragua c. Stati Uniti*, cit., in «I.C.J. Reports», 1986, pp. 100-101, par. 190.

⁽²²⁾ «I.C.J. Reports», 1986, p. 100, par. 189.

⁽²³⁾ *Report of the delegates of the United States of America to the Sixth International Conference of American States held at Habana, Cuba, January 16 to February 20, 1928*, Washington, 1928, Allegato 76 Risoluzione sull'aggressione, p. 320.

⁽²⁴⁾ OSCE, *Atto finale*, Helsinki, 1 agosto 1975, p. 4, principio II.

⁽²⁵⁾ IUSCT, *SEDCO Incorporated c. National Iran Oil Company e Iran*, secondo lodo interlocutorio n. ITL 59-129-3, 27 marzo 1986, in «International Legal Materials», vol. 25, 1986, pp. 629-649.

⁽²⁶⁾ IUSCT, *SEDCO Incorporated c. National Iran Oil Company e Iran*, cit., in «International Legal Materials», vol. 25, 1986, pp. 633-634, pp. 9-10 (corsivo aggiunto). In tal senso il tribunale arbitrale richiama JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., pp. 30-34; M. B. AKEHURST, *Custom as a Source of International Law*, in «British Year Book of International Law», vol. 47, 1975, pp. 1-53, pp. 5-7; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, third edition, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 14-15 e 696-697.

Dieci anni più tardi, nel 1996, tale prospettiva è stata reiterata dalla CIG nel parere consultivo sulla *liceità della minaccia e dell'uso di armi nucleari* ⁽²⁷⁾, in cui si è nuovamente soffermata sul valore delle risoluzioni dell'Assemblea generale ONU nell'attività di accertamento di una norma consuetudinaria. Nello specifico, si trattava di una serie di risoluzioni, susseguitesi a partire dal 1961 ⁽²⁸⁾, con cui l'Assemblea aveva dichiarato l'illegalità delle armi nucleari. Su questa base, dunque, la Corte è arrivata ad affermare che:

General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have a normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio iuris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio iuris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio iuris* required for the establishment of a new rule ⁽²⁹⁾.

Pur ribadendo, in generale, le considerazioni precedentemente svolte sul valore euristico delle risoluzioni dell'Assemblea generale nella ricostruzione di una consuetudine internazionale, al termine della propria disamina, in concreto, la CIG ha escluso l'esistenza di un divieto di minaccia o uso delle armi nucleari. In senso contrario, infatti, deponevano i voti negativi espressi da alcuni membri in occasione dell'adozione delle risoluzioni citate, nonché il comportamento contraddittorio degli Stati, che, se da un lato, soggettivamente, mostravano di riconoscere l'esistenza di tale norma, dall'altro, oggettivamente, facevano diffuso ricorso alla prassi della deterrenza nucleare, quale legittimo strumento politico di relazione internazionale nel contesto della Guerra Fredda. In via incidentale – in quanto l'argomento verrà analizzato più avanti –, occorre far notare che sia il Tribunale Iran-Stati Uniti sia la CIG hanno anche riconosciuto quell'effetto generatore di nuove norme consuetudinarie, che il *soft law*, a certe condizioni, è capace di produrre.

Nell'ambito della giurisprudenza nazionale – la quale, come tale, costituisce anche un notevole indice di prassi statale – quella statunitense ha avuto modo di confermare il significativo apporto ausiliario che gli atti di *soft law* possono fornire all'interprete e, in particolare, al giudice interno – che, a livello periferico, concorre a garantire il rispetto del diritto internazionale –, quando questi debba accertare l'esistenza di una norma consuetudinaria, o chiarirne il contenuto. In questo contesto viene in rilievo la celebre

⁽²⁷⁾ CIG, *Liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari*, parere consultivo dell'8 luglio 1996, in «I.C.J. Reports», 1996, p. 226 ss.

⁽²⁸⁾ AGNU, Dichiarazione sulla proibizione dell'uso di armi nucleari e termonucleari, 24 novembre 1961 [A/RES/1653(XVI)].

⁽²⁹⁾ «I.C.J. Reports», 1996, pp. 254-255, par. 70.

sentenza emessa dalla Corte d'appello per la seconda circoscrizione nel caso *Filártiga c. Peña-Irala* (1980)⁽³⁰⁾. La vicenda è piuttosto nota, ci si limita pertanto a segnalare che la Corte ha dovuto accertare la natura consuetudinaria del divieto di tortura, per radicare la propria competenza a conoscere di una domanda di risarcimento, altrimenti priva di un criterio di collegamento con la giurisdizione statunitense, secondo lo Statuto per le azioni civili degli stranieri, del 1789⁽³¹⁾. All'esito della propria disamina, la Corte ha affermato che la tortura costituisca una pratica contraria al diritto internazionale dei diritti umani e, come tale, violasse «the law of nations»⁽³²⁾. Per giungere a una tale conclusione, sono stati ampiamente valorizzati atti di *soft law* come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)⁽³³⁾, il cui art. 5 sancisce che «[n]essun individuo deve essere sottoposto a tortura», la Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalla tortura o da altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1975)⁽³⁴⁾ e la Dichiarazione sui principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite (1970), la quale riconosce i principi della Carta ONU richiamati al proprio interno come principi fondamentali del diritto internazionale. Nelle parole della Corte:

[t]hese U.N. declarations are significant because *they specify with great precision* the obligations of member nations under the Charter. Since their adoption, “(m)embers can no longer contend that they do not know what human rights they promised in the Charter to promote”⁽³⁵⁾.

4. *Segue: efficacia dichiarativa di dettaglio*

In secondo luogo – e quale specificazione dell'ipotesi precedente –, una o più risoluzioni di organizzazioni internazionali possono produrre un'*efficacia dichiarativa di dettaglio*, quando concorrono a precisare il contenuto e i diversi corollari di una norma

⁽³⁰⁾ Corte d'appello degli Stati Uniti, secondo circuito, *Filártiga c. Peña-Irala*, sentenza del 30 giugno 1980, 630 F.2d 876 (1980), in «International Legal Materials», vol. 19, 1980, pp. 966-980.

⁽³¹⁾ L'«Alien Tort Statute» era incluso nella Sezione 9 del «Judiciary Act» del 1789 [1 Stat. 73, 77 (1789)], emendato nel 1873 e nel 1911 è poi confluito nell'«Act» del 25 giugno 1948 [62 Stat. 869, 934 (1948)], codificato in 28 U.S. Code, § 1350 «Alien's action for tort».

⁽³²⁾ *Filártiga c. Peña-Irala*, cit., in «International Legal Materials», vol. 19, 1980, p. 969 (corsivo aggiunto).

⁽³³⁾ AGNU, Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1948 [A/RES/217A(III)].

⁽³⁴⁾ AGNU, Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalla tortura o da altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, 9 dicembre 1975 [A/RES/3452(XXX)].

⁽³⁵⁾ *Filártiga c. Peña-Irala*, cit., in «International Legal Materials», vol. 19, 1980, pp. 971-973 (corsivo aggiunto).

consuetudinaria, la cui esistenza sia già generalmente accettata ⁽³⁶⁾. Come nel caso precedente, anche in questo, la consuetudine preesiste all'atto non vincolante, il quale, però, interviene *ex post* a chiarirne la portata e le diverse implicazioni, finendo così con il rifletterne l'efficacia vincolante.

Questo tipo di dinamica intercorre, ad esempio, tra la Dichiarazione sui principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite (1970), da un lato, e il principio consuetudinario e cogente di autodeterminazione dei popoli, dall'altro. Se, in generale, può dirsi che il principio è stato integralmente «generato» dagli sviluppi prodotti dalla Carta ONU e da più risoluzioni dell'Assemblea generale, in quella citata trova compiuta espressione l'*opinio iuris* secondo cui esso si applica a ogni situazione in cui un popolo sia sottoposto a dominio straniero, a qualunque titolo, non dovendosi necessariamente trattare di dominazione coloniale ⁽³⁷⁾.

Con la medesima funzione dichiarativa, la risoluzione del '70, assieme con l'Atto finale della Conferenza di Helsinki, è stata richiamata dalla CIG nel già menzionato caso *Nicaragua c. Stati Uniti* (1986), non soltanto al fine di ricostruire la natura consuetudinaria del divieto di ricorso all'uso della forza, ma anche per specificare le diverse obbligazioni che da tale norma discendono in capo agli Stati. Con la sua adozione, infatti, l'Assemblea generale aveva riconosciuto quali «basic principles of international law» alcuni principi già contenuti nella Dichiarazione sull'inammissibilità dell'ingerenza negli affari interni degli Stati e sulla protezione della loro indipendenza e sovranità (1965) ⁽³⁸⁾.

Inoltre, diversi aspetti del divieto di ricorso all'uso della forza sono stati chiariti: attraverso il richiamo alla risoluzione sulla definizione di aggressione del 1974 la Corte ha precisato che, sotto il profilo qualitativo, il divieto si rivolge all'impiego della forza armata ⁽³⁹⁾, mentre, sulla base delle dichiarazioni citate sopra, ha definito il discrimine di offensività che, sotto il profilo quantitativo, distingue le violazioni del divieto di ricorso all'uso della forza da quelle che integrano la meno grave lesione del principio di non ingerenza negli affari interni di altri Stati ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ In tal senso A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, sesta edizione, Padova-Milano, Cedam, 2019, p. 107.

⁽³⁷⁾ A. TANCREDI, *Autodeterminazione dei popoli*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 568-578.

⁽³⁸⁾ AGNU, Dichiarazione sull'inammissibilità dell'ingerenza negli affari interni degli Stati e sulla protezione della loro indipendenza e sovranità, 21 dicembre 1965 [A/RES/2131(XX)].

⁽³⁹⁾ AGNU, *Definizione di aggressione*, risoluzione del 14 dicembre 1974 [A/RES/3314], art. 1 dell'Allegato.

⁽⁴⁰⁾ *Nicaragua c. Stati Uniti*, cit., in «I.C.J. Reports», 1986, p. 101, par. 191.

Nel parere consultivo sul *Sahara Occidentale* (1975) la Corte ha ripreso la Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza a paesi e popoli coloniali (1960)⁽⁴¹⁾, al fine di definire la portata del principio di autodeterminazione dei popoli, sia come previsto nella Carta ONU⁽⁴²⁾ sia come autonoma norma consuetudinaria. Infatti, sulla base del paragrafo 2 della Dichiarazione è stato chiarito come esso imponga di seguire la libera e genuina espressione del volere dei popoli interessati⁽⁴³⁾. Sintomo del fatto che ci si trovi di fronte a un caso di un'efficacia dichiarativa è la terminologia impiegata dalla CIG, secondo cui le norme della Dichiarazione «confermano ed enfatizzano» alcuni corollari del principio di autodeterminazione.

Ancora a proposito del principio di autodeterminazione dei popoli, la CIG ne ha ulteriormente chiarito l'estensione nel recente parere consultivo sull'*Arcipelago delle Chagos* (2019). Di fronte al dubbio, sollevato nel corso del procedimento, che la norma potesse non trovare applicazione nei confronti dei territori non autogovernati (*non-self-governing territories*)⁽⁴⁴⁾, la Corte, richiamando ancora una volta la Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza ai popoli coloniali – in particolare il suo paragrafo 6 –, ha specificato che il principio di autodeterminazione senz'altro vada applicato «to the entirety of a non-self governing territory»⁽⁴⁵⁾.

Nel decidere su tre diversi profili dell'affare relativo al *progetto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997), la CIG ha operato un diffuso impiego dei lavori della CDI, al fine di *definire nello specifico* il contenuto del diritto consuetudinario rilevante. In primo luogo, la Corte ha escluso la sussistenza dello stato di necessità⁽⁴⁶⁾, invocato dall'Ungheria come causa di giustificazione della sospensione unilaterale del Trattato di Budapest, ritenendo che non ricorressero le condizioni indicate all'art. 33 del Progetto di articoli sulla

⁽⁴¹⁾ AGNU, Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza a paesi e popoli coloniali, 14 dicembre 1960 [A/RES/1514 (XV)].

⁽⁴²⁾ In particolare, artt. 1, par. 2, e 55-56 Carta ONU.

⁽⁴³⁾ CIG, *Sahara Occidentale*, parere consultivo del 16 ottobre 1975, in «I.C.J. Reports», 1975, p. 12 ss., pp. 31-32, par. 55.

⁽⁴⁴⁾ Il concetto di territorio non autogovernato è definito dall'art. 73 Carta ONU nei termini di «Territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government». Il significato della disposizione è stato ulteriormente specificato come «A territory which is geographically separate and is distinct ethnically and/or culturally from the country administering it»: cfr. principio IV dei Principi che dovrebbero guidare i Membri nel determinare se esista o meno l'obbligo di trasmettere le informazioni richieste dall'articolo 73 e della Carta, 15 dicembre 1960 [A/RES/1541].

⁽⁴⁵⁾ CIG, *Conseguenze giuridiche della separazione dell'Arcipelago delle Chagos da Mauritius nel 1965*, parere consultivo del 25 febbraio 2019, in «I.C.J. Reports», 2019, p. 95 ss., p. 134, par. 159-160.

⁽⁴⁶⁾ CIG, *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros (Ungheria c. Slovacchia)*, sentenza del 25 settembre 1997, in «I.C.J. Reports», 1997, p. 7 ss., pp. 39-46, par. 49-58.

responsabilità degli Stati ⁽⁴⁷⁾, come adottato in prima lettura dalla CDI. Peraltro, sulla base del medesimo articolato la Corte ha riconosciuto la salvaguardia dell'ambiente come valore essenziale ⁽⁴⁸⁾. In secondo luogo, la CIG ha negato che la variante c) apportata all'originario progetto dalla Slovacchia potesse costituire una legittima contromisura all'illecita sospensione unilaterale decisa dall'Ungheria ⁽⁴⁹⁾, non ravvisando i presupposti di cui agli artt. 48-50 del progetto ⁽⁵⁰⁾. Da ultimo, nonostante l'Ungheria non avesse ratificato la Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati nei trattati (1978) ⁽⁵¹⁾, i giudici hanno riconosciuto l'applicabilità del principio *res transit cum suo onere* di cui all'art. 12, ricostruendone la natura consuetudinaria sulla base dei lavori preparatori della CDI.

Più di recente, nella sentenza relativa al caso *Belgio c. Senegal* (2012) ⁽⁵²⁾, la stessa Corte dell'Aia è arrivata ad affermare la natura non semplicemente consuetudinaria, ma cogente del divieto di tortura, ricostruendo prassi e *opinio iuris* degli Stati anche grazie ad atti non vincolanti come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalla tortura o da altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1975). Infine, per quanto riguarda la giurisprudenza interna un esempio viene da quella italiana: nella sentenza n. 27809/2015 ⁽⁵³⁾ la Corte di cassazione ha impiegato, tra l'altro, l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo secondo lo schema dell'efficacia dichiarativa di dettaglio, ovvero al fine di esplicitare il contenuto del diritto all'abitazione, a cui la stessa Corte aveva riconosciuto rango consuetudinario in precedenti pronunce.

⁽⁴⁷⁾ CDI, Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali, adottato in prima lettura dalla Commissione di diritto internazionale (Parte I), in *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its thirty-second session*, in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, Part Two, 1980, pp. 34-52.

⁽⁴⁸⁾ «I.C.J. Reports», 1997, p. 41, par. 53.

⁽⁴⁹⁾ «I.C.J. Reports», 1997, p. 55, par. 82 ss.

⁽⁵⁰⁾ CDI, Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali, adottato in prima lettura dalla Commissione di diritto internazionale (Parti II-III), in *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session*, in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, Part Two, 1996, pp. 58-65.

⁽⁵¹⁾ AGNU, Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati nei trattati, Vienna, 23 agosto 1978, in vigore il 6 novembre 1996, in United Nations, «Treaty Series», vol. 1946, 1996, p. 3 ss.

⁽⁵²⁾ «I.C.J. Reports», 2012, p. 457, par. 99.

⁽⁵³⁾ Cass. pen., sez. II, sentenza del 1 luglio 2015, n. 27809. Nel senso che tale decisione rilevi ai fini indicati si veda F. M. PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, Bari-Roma, Laterza, 2019, pp. 179-180.

5. *Segue: efficacia cristallizzante*

In terzo luogo, viene in rilievo il caso in cui un atto di *soft law* produca un'efficacia *cristallizzante* di una norma consuetudinaria, quando, cioè, acceleri il processo di formazione della prassi statale e dell'*opinio iuris*, portando così a maturazione il processo di emersione di una consuetudine sino ad allora in *statu nascendi* ⁽⁵⁴⁾. Il caso dell'efficacia cristallizzante costituisce senza dubbio quello più complesso, in quanto si situa in una posizione intermedia tra i due poli dell'efficacia dichiarativa, da un lato, e dell'effetto generatore, dall'altro, costituendo una commistione di sviluppo progressivo e codificazione. In quest'ipotesi la norma consuetudinaria, come tale, non preesiste rispetto all'atto di *soft law*, ma si cristallizza proprio a seguito della sua adozione, la quale segna il momento culminante del processo di emersione della norma consuetudinaria, a partire dal quale la comunità internazionale mostra di riconoscere definitivamente la doverosità della condotta prescritta. In altre parole, lo strumento non vincolante avrebbe l'effetto di fissare la giuridicità di quel comportamento che non era ancora percepito giuridicamente obbligatorio. Orbene, anche questo tipo di dinamica sostanziale tra *soft law* e consuetudine riflette l'analogo e più noto rapporto che può instaurarsi tra diritto internazionale pattizio e consuetudinario, quando il primo cristallizzi una norma del secondo.

Il primo esempio in tal senso è offerto dalla sentenza con cui la CIG ha deciso l'affare della *piattaforma continentale del Mare del Nord* (1969) ⁽⁵⁵⁾, su cui avanzavano pretese l'allora Repubblica federale tedesca (RFT), da un lato, e Danimarca e Paesi Bassi, dall'altro. La questione, come è evidente, rientrava nel campo di applicazione della Convenzione di Ginevra sulla piattaforma continentale del 1958 ⁽⁵⁶⁾, di cui, però, la RFT non era parte contraente. Pertanto, la Corte ha dovuto accertare in che rapporto si trovassero le norme del trattato con quelle di diritto internazionale consuetudinario, che, come tali, sarebbero state applicabili a tutte le parti in giudizio ⁽⁵⁷⁾. In questo contesto Danimarca e Paesi Bassi fecero ricorso alla tesi dell'efficacia cristallizzante, sostenendo che – sebbene nel periodo precedente alla Prima conferenza sul diritto del mare (Ginevra, 24 febbraio-27 aprile 1958) la norma consuetudinaria sulla piattaforma continentale si trovasse in uno stadio ancora primitivo e la prassi statale non fosse uniforme – l'opera codificatoria della CDI, la conseguente reazione dei governi e i lavori della Conferenza di Ginevra avessero portato a maturazione il processo di emersione del diritto

⁽⁵⁴⁾ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., pp. 16-18, 32-33; DINSTEIN, *The Interaction*, cit., pp. 358-360; DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., pp. 378-380.

⁽⁵⁵⁾ CIG, *piattaforma continentale del Mare del Nord*, cit., in «I.C.J. Reports», 1969, pp. 37-38, par. 60-62.

⁽⁵⁶⁾ Convenzione sulla piattaforma continentale, Ginevra, 29 aprile 1958, in vigore il 10 giugno 1964, in United Nations, «Treaty Series», vol. 499, 1964, p. 311 ss.

⁽⁵⁷⁾ «I.C.J. Reports», 1969, p. 37, par. 60.

consuetudinario, che si sarebbe quindi cristallizzato con l'adozione della Convenzione sulla piattaforma continentale ⁽⁵⁸⁾.

Con riferimento all'art. 6 della Convenzione, relativo alla regola delle linee di equidistanza, la CIG ha ammesso che, in linea teorica, esso avrebbe potuto cristallizzare al proprio interno una norma consuetudinaria di analogo contenuto, ma, in concreto, ha escluso che un tale effetto si fosse realizzato, rilevando come la prassi statale pregressa all'adozione della convenzione fosse insufficiente per poterne ricavare un'emergente norma consuetudinaria e che anche i lavori preparatori della CDI non potessero confortare diversa conclusione ⁽⁵⁹⁾. La disposizione convenzionale, infatti, riproduceva, pressoché inalterato, il contenuto del progetto di articoli predisposto dalla CDI, che, però, era stata impegnata in una lunga discussione, all'esito della quale, sull'intento di accertare l'esistenza di una norma consuetudinaria *de lege lata*, era prevalso quello di favorire lo sviluppo progressivo del diritto internazionale, *de lege ferenda*. Per tale ragione, l'art. 6 della Convenzione di Ginevra sulla piattaforma continentale non può rappresentare un esempio di efficacia cristallizzante. Di contro, la CIG ha accolto l'argomentazione di Danimarca e Paesi Bassi – e lo schema logico da essi offerto – in relazione agli artt. 1-3 della Convenzione di Ginevra sulla piattaforma continentale, sottolineando che, durante il processo di codificazione, tali disposizioni fossero state considerate come corrispondenti a norme di diritto internazionale consuetudinario già consolidate o, quanto meno, cristallizzanti consuetudini sino ad allora *in statu nascendi* ⁽⁶⁰⁾.

Se il caso appena esaminato rileva, in quanto da esso hanno tratto origine tutti i modelli teorici che descrivono il rapporto di diritto internazionale pattizio e consuetudinario, e che in questa sede si intende riadattare ad altro scopo, sembra legittimo citare tre ulteriori esempi in cui l'efficacia cristallizzante è derivata da trattati che, all'epoca dei giudizi, non erano ancora operativi e, pertanto, non potevano produrre efficacia obbligatoria a titolo di diritto pattizio: la CVDT del 1969 e la Convenzione sul diritto del mare del 1982 sono entrate in vigore rispettivamente nel 1980 e nel 1994.

⁽⁵⁸⁾ «I.C.J. Reports», 1969, p. 38, par. 61.

⁽⁵⁹⁾ «I.C.J. Reports», 1969, p. 38, par. 62. Rispetto all'interpretazione della sentenza in esame e nel senso che il principio di equidistanza non assurga al rango di norma consuetudinaria si veda CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 62, 305-306. Ancora con riferimento all'efficacia cristallizzante si vedano alcune considerazioni in tema di diritto del mare fatte dalla Corte dell'Aia nell'82, nel mentre era ancora in corso la Terza conferenza dell'ONU: cfr. CIG, *piattaforma continentale (Tunisia/Libia)*, sentenza del 24 febbraio 1982, in «I.C.J. Reports», 1982, p. 18 ss., p. 38, par. 24, pp. 45-48, par. 42, 45 e 47. In tal senso DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., p. 379, nt. 370.

⁽⁶⁰⁾ «I.C.J. Reports», 1969, p. 38-39, par. 63. Si veda in proposito la lettura che del passo citato dà la stessa Corte nella sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti*, cit., in «I.C.J. Reports», 1986, pp. 94-95, par. 177, la quale, infatti, costituisce un ulteriore luogo in cui la CIG espressamente considera e conferma la dinamica dell'efficacia cristallizzante.

Un altro esempio viene dall'affare relativo alla *giurisdizione in materia di peschiere* (1974)⁽⁶¹⁾, in cui il Regno Unito contestava la proposta estensione, da parte dell'Islanda, della relativa zona di pesca esclusiva da 12 a 50 miglia marine. Quest'ultima, dal canto suo, rifiutò di costituirsi in giudizio, limitandosi a far pervenire una missiva con cui eccepiva la mancanza di giurisdizione della CIG, nonostante essa stessa – attraverso uno scambio di note risalente al 1961 – avesse concluso un accordo con la parte ricorrente, in cui era stata inserita una clausola arbitrale completa. Di fronte alla «velata accusa» che l'accordo fosse stato estorto con la minaccia dell'uso della forza, la CIG, se in concreto ha respinto una tale argomentazione, in quanto priva di ogni evidenza a supporto, in un *obiter dictum* ha precisato che la conclusione della CVDT, in particolare la disposizione di cui all'art. 52, avesse definitivamente cristallizzato la norma consuetudinaria secondo cui è affetto da nullità costitutiva il trattato che sia stato concluso sotto la minaccia o l'uso della forza, in violazione dei principi di diritto internazionale incorporati nella Carta ONU⁽⁶²⁾.

Un ulteriore esempio di efficacia cristallizzante può essere individuato nella controversia tra Libia e Malta relativamente alla *piattaforma continentale* (1985), rispetto a cui ciascuno dei due paesi avanzava delle rivendicazioni. Per quanto rileva in questa sede preme sottolineare che la CIG è giunta alla conclusione che il regime giuridico della zona economica esclusiva (ZEE) avesse cominciato ad assumere una configurazione nel corso decennale della Terza conferenza sul diritto del mare, in virtù della prassi statale che si è coagulata attorno ad essa, per assurgere definitivamente al rango consuetudinario con la conclusione della Convenzione di Montego Bay del 1982⁽⁶³⁾. Alla medesima conclusione, e in termini ancora più espliciti, è giunto anche il tribunale arbitrale che ha

⁽⁶¹⁾ CIG, *Giurisdizione in materia di peschiere (Regno Unito c. Islanda)*, cit., in «I.C.J. Reports», 1973, p. 14, par. 24; CIG, *Giurisdizione in materia di peschiere (Repubblica federale tedesca c. Islanda)*, giurisdizione della Corte, sentenza del 2 febbraio 1973, in «I.C.J. Reports», 1973, p. 49 ss., pp. 58-59, par. 24. Diversamente da quanto riportato da DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., p. 380, nt. 374, non ci sembra che in questo contesto possa immediatamente venire in rilievo la sentenza emessa sul merito nello stesso procedimento, in quanto la Corte ha escluso l'esistenza di una norma consuetudinaria *de lege lata*: cfr. CIG, *Giurisdizione in materia di peschiere (Regno Unito c. Islanda)*, merito, sentenza del 25 luglio 1974, in «I.C.J. Reports», 1974, p. 3 ss., pp. 23-24, par. 53; CIG, *Giurisdizione in materia di peschiere (Repubblica federale tedesca c. Islanda)*, merito, sentenza del 25 luglio 1974, in «I.C.J. Reports», 1974, p. 175 ss., p. 192, par. 45.

⁽⁶²⁾ In tal senso JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., pp. 17-18.

⁽⁶³⁾ CIG, *Piattaforma continentale (Jamahiriya araba libica/Malta)*, cit., in «I.C.J. Reports», 1985, pp. 29-30, par. 26-27, p. 33, par. 34. In tal senso si veda DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., p. 380, nt. 374.

deciso la controversia insorta tra Canada e Francia circa i diritti di pesca all'interno del Golfo di San Lorenzo (1986) ⁽⁶⁴⁾.

6. *Segue: effetto generatore*

Occorre, infine, prendere in considerazione il caso inverso al precedente, in cui, cioè, la risoluzione intervenga a esplicitare il senso di doverosità giuridica, avvertito nella comunità internazionale, di un certo comportamento, ma in mancanza di una prassi statale a supporto ⁽⁶⁵⁾. In una tale ipotesi, l'atto di *soft law* potrebbe produrre un *effetto generatore* ⁽⁶⁶⁾ – o «catalitico» ⁽⁶⁷⁾ – di nuova consuetudine, positivamente influenzando, *de iure condendo*, sulla concretizzazione tanto del presupposto soggettivo dell'*opinio iuris* quanto di quello oggettivo della *diuturnitas* ⁽⁶⁸⁾. Una trasformazione nel diritto esistente

⁽⁶⁴⁾ Nelle parole del tribunale: «La troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et la pratique suivie par les Etats en matière de pêches maritimes pendant le déroulement même de cette conférence ont cristallisé et consacré une nouvelle règle internationale», *Filleting within the Gulf of St. Lawrence between Canada and France*, lodo arbitrale del 17 luglio 1986, in «Reports of International Arbitral Awards», vol. XIX, 1986, pp. 225-296, pp. 254-255, par. 49. In tal senso si veda DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., p. 380, nt. 375. Diversamente da quanto ritenuto dall'autore (nt. 372), a noi non sembra che il parere consultivo sulla *liceità della minaccia o dell'uso dell'armi nucleari* possa rappresentare un esempio di effetto cristallizzante, considerato in particolare che la CIG si sia limitata a riconoscere che il richiamo operato quasi annualmente, da parte dell'Assemblea generale, alla Dichiarazione del 24 novembre 1961 sulla proibizione dell'uso di armi nucleari e termonucleari [A/RES/1653(XVI)] abbia soltanto contribuito al consolidamento di una «nascent *opinio iuris*», mentre in conclusione abbia espressamente escluso l'esistenza di una norma consuetudinaria che vietasse l'impiego di armamenti nucleari: cfr. «I.C.J. Reports», 1996, p. 255, par. 73.

⁽⁶⁵⁾ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., pp. 18-22, 33-34; DINSTEIN, *The Interaction*, cit., pp. 371-380; DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., pp. 381-382.

⁽⁶⁶⁾ L'espressione è stata impiegata dalla CIG nella sentenza relativa all'affare della *piattaforma continentale del Mare del Nord*, cit., in «I.C.J. Reports», 1969, pp. 41-43, par. 70-74, *a contrario* p. 45, par. 81. In proposito si veda anche l'opinione dissenziente del giudice Sørensen: *ibidem*, p. 244.

⁽⁶⁷⁾ Di «decisive catalytic effect» parla Brownlie, che considera le risoluzioni dell'Assemblea generale «an informal prescription of legal principles»: I. BROWNLIE, *The Legal Status of Natural Resources*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 162, 1979, pp. 245-318, pp. 260-261. Sul punto si veda anche CHINKIN, *Normative Development*, cit., p. 32; P.-M. DUPUY, *Prosper Weil's Article: A Stimulating Warning*, in «American Journal of International Law Unbound», vol. 114, 2020, pp. 72-76, p. 74.

⁽⁶⁸⁾ «I.C.J. Reports», 1969, p. 43, par. 74, dove afferma che «[for] the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be [...] State practice».

effettivamente si produce, nella misura in cui gli Stati progressivamente conformino la propria condotta al contenuto della risoluzione, «like iron filings to a magnet»⁽⁶⁹⁾.

Come appare evidente, ci si trova fuori da un'ipotesi *de lege lata*, in cui, cioè, la norma di diritto internazionale generale preceda la risoluzione, come osservato nei primi due casi sopra analizzati, o si consolidi al momento della sua adozione, come nel terzo. Si tratta, piuttosto, di una dinamica *de lege ferenda*, giacché la norma consuetudinaria, eventualmente, viene a esistenza solo in un secondo momento, se e in quanto, in una sorta di «profezia che si autoavvera»⁽⁷⁰⁾, segua una prassi statale coerente con l'atto di *soft law*. Anche se non vi sono automatismi, non bisogna sottovalutare l'alta probabilità che gli Stati adeguino la propria condotta alle norme affermate nella risoluzione, come, infatti, è spesso accaduto⁽⁷¹⁾. Un primo esempio viene dalla messa al bando delle reti da posta per la pesca in alto mare, laddove anche gli Stati che avevano votato contro l'adozione della risoluzione dell'Assemblea generale⁽⁷²⁾ si sono poi gradualmente conformati alla posizione maggioritaria. Un altro esempio è offerto dal corpo di principi sanciti dalla Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza a paesi e popoli coloniali (1960), dalla risoluzione 1541 sui Principi che devono guidare i membri nel determinare se esiste o meno l'obbligo di trasmettere le informazioni richieste ai sensi articolo 73 della Carta (1960) e dalla Dichiarazione sui principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite (1970), che, nella parte in cui non si limitano a codificare o specificare corollari del principio di autodeterminazione, hanno contribuito ad arricchirne la disciplina, orientando una prassi in senso conforme. A tale riguardo si noti come, dopo un'originaria opposizione, anche gli Stati con un trascorso colonialista siano successivamente diventati tra i più strenui difensori dell'indipendenza delle ex colonie⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁹⁾ R. R. BAXTER, *Treaties and Custom*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 129, 1970, pp. 25-105, p. 73.

⁽⁷⁰⁾ ABI-SAAB, *Cours général*, cit., p. 171. Nel medesimo senso C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Milano, Utet, 2015, p. 508.

⁽⁷¹⁾ In questa dinamica ci sembra di scorgere quel rapporto di reciproco aggiustamento tra i due elementi costitutivi della consuetudine efficacemente descritto da A. ROBERTS, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, in «American Journal of International Law», vol. 95, n. 4, 2001, pp. 757-791.

⁽⁷²⁾ AGNU, *Pesca pelagica su vasta scala con reti da posta e il suo impatto sulle risorse marine viventi degli oceani e dei mari del mondo*, risoluzioni del 22 dicembre 1989 [A/RES/44/225], del 21 dicembre 1990 [A/RES/45/197] e del 20 dicembre 1991 [A/RES/46/215]. Un'altra serie di atti è stata raccolta in E. HEY *et al.*, *The regulation of driftnet fishing on the high seas: legal issues*, in «FAO Legislative Study», vol. 47, 1991.

⁽⁷³⁾ Cfr. CIG, *Sahara Occidentale*, cit., in «I.C.J. Reports», 1975, p. 12 ss.; *Timor Est (Portogallo c. Australia)*, sentenza del 30 giugno 1995, in «I.C.J. Reports», 1995, p. 90 ss. In tal senso BOYLE, *Soft Law in International Law-Making*, cit., p. 130.

In questo contesto, dunque, vengono in rilievo i due pareri consultivi resi dalla CIG sulla *Namibia* (1971) e sul *Sahara Occidentale* (1975). Se, infatti, nel primo caso la Corte ha riconosciuto l'influenza esercitata dalla Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza a paesi e popoli coloniali del 1960 nel processo di consolidamento del principio di autodeterminazione – «[a] further important stage» grazie a cui «the *corpus iuris gentium* has been considerably enriched»⁽⁷⁴⁾ –, nel secondo parere i giudici hanno rilevato come le due risoluzioni 1514 e 1541 del 1960 avessero costituito la base dello sviluppo che dalla data della loro adozione ha portato alla nascita di nuovi Stati⁽⁷⁵⁾.

Ancora nell'affare relativo alla *giurisdizione in materia di peschiere* (1974) la CIG ha espressamente riconosciuto che la Seconda conferenza sul diritto del mare del 1960, durante la quale un solo voto aveva impedito l'adozione del testo che avrebbe dovuto regolare l'estensione del mare territoriale e i diritti di pesca, avesse influenzato la prassi degli Stati nel periodo successivo, così generando la nascita di due norme consuetudinarie, rispettivamente sulla zona di pesca e sui diritti preferenziali di pesca nelle acque adiacenti⁽⁷⁶⁾.

Dalla teoria dell'effetto generatore – che esige la sussistenza tanto dell'elemento oggettivo quanto di quello soggettivo della consuetudine – si discosta nettamente la teoria della consuetudine istantanea⁽⁷⁷⁾. Parte della dottrina ha enfatizzato a tal punto il ruolo delle risoluzioni dell'Assemblea generale ONU nella formazione della consuetudine, da arrivare a delineare il concetto di «consuetudine istantanea», che si consoliderebbe sostanzialmente sulla base del solo presupposto soggettivo e, dunque, anche in assenza di un'adeguata prassi statale a supporto. Si tratta di una posizione che si spinge ben oltre il riconoscimento dei cambiamenti sorti nel processo di formazione del diritto internazionale consuetudinario dopo che l'istituzione dell'ONU portasse alla nascita di una «parliamentary diplomacy»⁽⁷⁸⁾. Essa, di fatto, offusca i confini tra *soft law* e diritto consuetudinario.

⁽⁷⁴⁾ CIG, *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza del Sudafrica in Namibia*, cit., in «I.C.J. Reports», 1971, pp. 31-32, par. 52-53.

⁽⁷⁵⁾ CIG, *Sahara Occidentale*, cit., in «I.C.J. Reports», 1975, pp. 31-32, par. 55. Sul punto JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., pp. 33-34.

⁽⁷⁶⁾ CIG, *Giurisdizione in materia di peschiere (Regno Unito c. Islanda)*, cit., in «I.C.J. Reports», 1974, p. 23, par. 52, p. 26, par. 58; CIG, *Giurisdizione in materia di peschiere (Repubblica federale tedesca c. Islanda)*, cit., in «I.C.J. Reports», 1974, pp. 191-192, par. 44, p. 195, par. 50.

⁽⁷⁷⁾ Differenza evidenziata anche da R. HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford, Clarendon, 1994, pp. 22-23.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. CIG, *Africa del Sud-Ovest (Etiopia c. Sud Africa; Liberia c. Sud Africa)*, cit., in «I.C.J. Reports», 1966, pp. 250-324, pp. 291-292 (opinione dissenziente del giudice Tanaka), in cui il giudice riprende l'espressione impiegata dalla CIG nella sentenza del 21 dicembre 1962, pronunciata nella medesima controversia con riferimento alle questioni preliminari, in «I.C.J. Reports», 1962, p. 319 ss., p. 346. L'impatto che la prassi dell'ONU e il materiale che esso

Perché si consolidi una consuetudine istantanea, vengono individuati due soli presupposti ⁽⁷⁹⁾: che la risoluzione presenti una formulazione letterale sufficientemente specifica (i) e che sia stata adottata a larga maggioranza (ii). Considerato che sia la CIG sia la CDI hanno entrambe sistematicamente ribadito la necessità che la prassi statale confermi – o almeno non smentisca – il sentimento di doverosità giuridica di una certa condotta, dichiarato all'interno di una risoluzione ⁽⁸⁰⁾, la dottrina in esame sembra assumere contorni arbitrari e, pertanto, non è da condividersi.

7. Accertamento di una possibile interazione tra 'soft law' e diritto internazionale generale

Perché possa codificare, specificare, cristallizzare o generare una norma di diritto internazionale consuetudinario, è necessario che la norma di *soft law* presenti un'analogia portata generale e, pertanto, è naturale che vengano in rilievo primariamente le risoluzioni dell'Assemblea generale ONU, considerato il grado di rappresentatività e autorevolezza che l'organo detiene. In questo quadro, protocolli e *memorandum* d'intesa conclusi tra Stati possono assumere rilievo solo attraverso una loro lettura combinata con altri e più importanti strumenti che depongano nella medesima direzione, o come prova di prassi statale e *opinio iuris* relativamente ai soggetti che li hanno sottoscritti. Nulla osta, poi, a che atti di *soft law* varati nell'ambito di organizzazioni regionali – dunque dotati di una validità territoriale limitata – possano contribuire non solo alla formazione di consuetudini particolari, tra coloro che hanno partecipato alla loro adozione, ma anche a quella di consuetudini generali, in questo secondo caso attraverso una loro lettura

produce hanno sullo sviluppo del diritto consuetudinario era stato evidenziato in termini sostanzialmente analoghi da R. HIGGINS, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, London, Oxford University Press, 1963, p. 2 ss. e poi nuovamente, allargando il campo a tutto il processo di organizzazione internazionale, ID., *Problems and Process*, cit., pp. 22-28.

⁽⁷⁹⁾ B. CHENG, *United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?*, in «Indian Journal of International Law», vol. 5, 1965, pp. 23-48 [= in *International Law Teaching and Practice*, London, Stevens, 1982, pp. 237-262]; *Custom: The Future of General State Practice in a Divided World*, in R. MCDONALD, D. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine, and Theory*, The Hague-Boston, Nijhoff, 1983, pp. 513-554, p. 530. Più di recente, E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, quarta edizione, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 125-127, in cui l'autore riprende la teoria della consuetudine istantanea, ammettendo esplicitamente la possibilità che si consolidi una consuetudine anche in assenza di prassi statale pregressa.

⁽⁸⁰⁾ Si veda *infra* nt. 99.

congiunta e combinata con analoghi atti normativi provenienti da altri sistemi, universali e/o regionali ⁽⁸¹⁾.

Occorre adesso provare a definire un metodo con cui stabilire quale efficacia produca il *soft law* in un caso concreto, rispetto, cioè, a una specifica norma di diritto internazionale generale di cui si intenda accertare l'esistenza. Non è semplice orientarsi e la materia sembra dipanarsi lungo due direttrici. Una prima indicazione può essere estrapolata dal contesto dell'interazione tra trattati e diritto internazionale generale, ed è contenuta nella sentenza relativa all'affare della *piattaforma continentale del Mare del Nord* (1969), dove la CIG ha enucleato tre condizioni affinché una norma di origine pattizia possa generare una consuetudine ⁽⁸²⁾. Tali condizioni, infatti, possono valere anche nel caso in cui la spinta propulsiva provenga da un atto di *soft law*. In primo luogo, è necessario che la disposizione convenzionale presenti «a norm-creating character» ⁽⁸³⁾, ovvero una formulazione letterale dispositiva e sufficientemente precisa, tale da poter costituire il fondamento di un obbligo giuridico ⁽⁸⁴⁾. Tale orientamento è stato ribadito nella decisione sul caso delle *piattaforme petrolifere* (1996) ⁽⁸⁵⁾, dove la CIG ha dovuto interpretare il Trattato di amicizia, relazioni economiche e diritti consolari (1955) ⁽⁸⁶⁾, concluso tra Stati Uniti e Iran. Considerato che l'art. 1 dell'accordo recitasse: «[t]here shall be firm and enduring peace and sincere friendship between the United States of America and Iran», il Governo di Teheran sosteneva che ogni violazione del diritto internazionale (consuetudinario) relativo alla minaccia e all'uso della forza, che una delle due parti avesse compiuto a danno dell'altra, avrebbe automaticamente configurato una violazione del trattato, giacché rientrando nella materia delle relazioni amichevoli tra Stati. I giudici dell'Aia, però, hanno escluso che una norma pattizia priva di un tenore letterale dispositivo e sufficientemente specifico potesse riflettere una norma consuetudinaria ⁽⁸⁷⁾. In secondo luogo, è indispensabile che la disposizione convenzionale abbia registrato

⁽⁸¹⁾ La CDI ha riconosciuto l'apporto che gli atti di *soft law* adottati in seno a organizzazioni e conferenze non universali possono comunque dare all'accertamento e allo sviluppo del diritto internazionale consuetudinario: cfr. Progetto di conclusioni sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario, con commentario, in «Yearbook of the International Law Commission», cit., p. 147, conclusione 12.

⁽⁸²⁾ Sulle condizioni dell'interazione tra diritto internazionale consuetudinario e trattati si veda JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., pp. 22-30.

⁽⁸³⁾ «I.C.J. Reports», 1969, pp. 41-42, par. 72.

⁽⁸⁴⁾ In tal senso D'ASPREMONT, *Softness in International Law*, cit., pp. 1085-1086.

⁽⁸⁵⁾ CIG, *Piattaforme petrolifere (Repubblica islamica dell'Iran c. Stati Uniti d'America)*, eccezione preliminare, sentenza del 12 dicembre 1996, in «I.C.J. Reports», 1996, p. 803 ss., pp. 812-815, par. 24-31.

⁽⁸⁶⁾ Trattato di amicizia, relazioni economiche e diritti consolari, Teheran, 15 agosto 1955, in vigore il 16 giugno 1957, in United Nations, «Treaty Series», vol. 284, 1957-1958, p. 93 ss.

⁽⁸⁷⁾ «I.C.J. Reports», 1996, p. 814, par. 28.

attorno a sé «a very widespread and representative participation»⁽⁸⁸⁾, deducibile dal grado di consenso che la stessa ha riscontrato tra gli Stati che hanno partecipato alla negoziazione, e in particolare tra quelli i cui interessi siano più direttamente coinvolti nella materia regolata. Infine, è sempre necessario che ricorra l'elemento oggettivo della consuetudine, ovvero una prassi statale ampia e uniforme, da cui dedurre la condivisione del senso di doverosità giuridica della condotta prescritta⁽⁸⁹⁾. Di contro, viene circoscritto il rilievo dell'elemento temporale, non essendo la brevità del lasso di tempo trascorso di per sé idonea a ostacolare la formazione della norma consuetudinaria.

Una seconda indicazione, sorta questa volta direttamente nel contesto dell'interazione tra *soft law* e diritto internazionale generale, viene dal lodo *Texaco Overseas Petroleum Company c. Repubblica araba di Libia* (1979), in cui l'arbitro (René-Jean Dupuy), per verificare se le disposizioni di alcune risoluzioni dell'Assemblea generale fossero dichiarative di norme consuetudinarie vigenti, ha impiegato uno schema binario⁽⁹⁰⁾. Dopo aver preliminarmente ribadito che, in linea generale, ai sensi dell'art. 10 della Carta ONU, le raccomandazioni dell'Assemblea generale sono prive di efficacia vincolante, l'arbitro ha riconosciuto che esse possano assumere «a varying legal effect», da accertarsi in concreto, sulla base dell'analisi delle singole disposizioni (fattore letterale) e del grado di consenso raggiunto attraverso il voto (fattore contestuale). In questo modo l'arbitro è giunto ad affermare che la risoluzione dell'Assemblea generale sulla sovranità permanente sulle risorse naturali⁽⁹¹⁾ effettivamente corrispondesse al diritto internazionale consuetudinario⁽⁹²⁾. Successivamente, nel parere consultivo sulla *liceità della minaccia e dell'uso di armi nucleari* (1996), la CIG ha fatto proprio l'orientamento indicato da Dupuy, laddove ha esplicitamente affermato che le risoluzioni dell'Assemblea generale possono fornire prova dell'esistenza di una norma consuetudinaria e, per stabilire se ciò sia vero in uno specifico caso, ha precisato che «it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character»⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁸⁾ CIG, *Piattaforma continentale del Mare del Nord*, cit., in «I.C.J. Reports», 1969, p. 42, par. 73.

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*, p. 43, par. 74.

⁽⁹⁰⁾ *Texaco Overseas Petroleum Company e California Asiatic Oil Company c. Governo della Repubblica araba di Libia*, lodo del 19 gennaio 1979, in «International Legal Materials», vol. 17, 1978, pp. 1-37, p. 28, par. 83 (parte finale). Una dimostrazione applicativa del metodo segue nei par. 84-87.

⁽⁹¹⁾ AGNU, *Sovranità permanente sulle risorse naturali*, risoluzione del 14 dicembre 1962 [A/RES/1803(XVII)].

⁽⁹²⁾ *Texaco Overseas Petroleum Company e California Asiatic Oil Company c. Governo della Repubblica araba di Libia*, cit., in «International Legal Materials», vol. 17, 1978, p. 30, par. 87.

⁽⁹³⁾ «I.C.J. Reports», 1996, pp. 254-255, par. 70.

Un magistrale esempio di questo metodo di accertamento del diritto consuetudinario a partire da uno strumento di *soft law* è stato recentemente offerto dal parere consultivo della CIG sull'*Arcipelago delle Chagos*. Ad avviso della Corte, la Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza ai popoli coloniali avrebbe *crystallizzato* il principio di autodeterminazione dei popoli, rispetto a cui pure non mancava una prassi pregressa – puntualmente ricostruita nella motivazione –, dando così definitivo riconoscimento alla dignità consuetudinaria della norma ⁽⁹⁴⁾. Al fine di verificare quando il principio di autodeterminazione si è consolidato a livello consuetudinario, la Corte, dunque, ha preso in esame la Dichiarazione, ripercorrendone la formulazione dispositiva, che le conferisce attitudine a regolare un fatto della vita sociale delle relazioni internazionali, e le condizioni del voto ⁽⁹⁵⁾. A tale riguardo, i giudici hanno rilevato che l'atto è stato adottato dall'Assemblea generale con 89 voti a favore e 9 astensioni, ma senza contestazione alcuna, il che ci sembra sufficiente affinché l'acquiescenza mostrata dagli astensionisti non smentisse la generale disposizione degli Stati rispetto all'atto oggetto di deliberazione e alla sua importanza. A identico esame – e per lo stesso fine – la Corte ha sottoposto anche la Dichiarazione sui principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite, adottata per consenso ⁽⁹⁶⁾.

A questo punto sembrerebbe emergere una divaricazione tra i due orientamenti richiamati, di cui il primo enfatizza con maggiore nettezza la necessità che ricorra una prassi statale. In realtà, però, il contrasto è solo apparente per un duplice motivo. In primo luogo, occorre ricordare che nella sentenza relativa alla *piattaforma continentale del Mare del Nord*, la Corte ha sentito l'esigenza di rimarcare con forza l'importanza dell'elemento oggettivo della consuetudine, in quanto stava esaminando specificamente l'ipotesi dell'effetto generatore, in cui la norma consuetudinaria non preesiste alla norma pattizia (di *soft law* nel nostro caso), spiegando dunque quali condizioni debbano ricorrere affinché possa nascere in futuro. Passando al secondo motivo – di gran lunga più importante del precedente – bisogna considerare che il primo metodo esplicita i presupposti da individuare, mentre il secondo i luoghi in cui cercarli, in alcun modo volendo escludere l'elemento oggettivo della consuetudine o circoscriverne l'importanza.

Ricombinando, allora, le condizioni tracciate dalla giurisprudenza citata, al fine di applicarle al rapporto tra *soft law* e diritto internazionale generale, sembra che l'interprete debba ricercare, nel dato letterale, quel carattere normativo necessario perché la disposizione possa riflettere una norma consuetudinaria e, nel dato contestuale del voto, l'esistenza di un'ampia e rappresentativa partecipazione degli Stati, da cui evincere, sulla

⁽⁹⁴⁾ CIG, *Conseguenze giuridiche della separazione dell'Arcipelago delle Chagos da Mauritius nel 1965*, cit., in «I.C.J. Reports», 2019, pp. 131-132, par. 148 e 150.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*, pp. 132-133, par. 152-153.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*, p. 133, par. 155.

base del loro atteggiamento e delle manifestazioni di consenso espresse, la prassi statale accompagnata dal senso di doverosità giuridica ⁽⁹⁷⁾. Il primo riferimento, endogeno, ci indica il modo in cui la singola disposizione è stata formulata e impone di verificare se essa presenti un tenore letterale regolativo, tale da poter costituire la base di una norma giuridica. Il secondo riferimento, esogeno, è invece relativo al contesto in cui l'atto di *soft law* è stato negoziato e adottato. Di esso si rinviene una traccia nei *travaux préparatoires* – o, se del caso, nei lavori della CDI o della conferenza diplomatica –, da cui è possibile ricostruire le dichiarazioni delle diverse delegazioni e il grado di consenso che l'atto (o la singola disposizione) ha trovato nella comunità internazionale ⁽⁹⁸⁾, e così accertare l'esistenza di una prassi statale che confermi – o almeno non smentisca – il senso di doverosità della norma, affermato nell'atto di *soft law* ⁽⁹⁹⁾. A tal fine, occorre guardare all'esito del voto che ha accompagnato la sua adozione (all'unanimità, per consenso, oppure a larga maggioranza), tenendo presente che può essere sufficiente un numero anche minimo di Stati contrari, perché il contributo che dallo strumento normativo può venire alla formazione di una consuetudine venga neutralizzato ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁷⁾ CIG, *Liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari*, cit., in «I.C.J. Reports», 1996, pp. 254-255, par. 70. Per la dottrina si veda DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., pp. 376-377.

⁽⁹⁸⁾ CIG, *Piattaforma continentale (Jamahiriya araba libica/Malta)*, cit., in «I.C.J. Reports», 1985, pp. 37-38, par. 43-44, pp. 40-41, par. 49 e pp. 45-46, par. 58, in cui la Corte ha fatto ricorso ai registri delle negoziazioni della Terza conferenza sul diritto del mare, per escludere la sussistenza di una norma consuetudinaria.

⁽⁹⁹⁾ Tale è l'orientamento della CIG in *Piattaforma continentale del Mare del Nord*, cit., in «I.C.J. Reports», 1969, pp. 37-38, par. 60-62, p. 44, par. 77; *Piattaforma continentale (Jamahiriya araba libica/Malta)*, cit., in «I.C.J. Reports», 1985, pp. 29-30, par. 27; *Nicaragua c. Stati Uniti*, cit., in «I.C.J. Reports», 1986, pp. 97-98, par. 183-186; *Germania c. Italia; Grecia interveniente*, cit., in «I.C.J. Reports», 2012, pp. 122-123, par. 55. Per la CDI si veda il già menzionato Progetto di conclusioni sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario, con commentario, in «Yearbook of the International Law Commission», cit., in particolare pp. 124-129, conclusioni 2-3.

⁽¹⁰⁰⁾ A tale proposito possono richiamarsi due esempi. Il primo riguarda il tentativo dell'Assemblea generale ONU di modificare, a colpi di maggioranza, la disciplina consuetudinaria dell'espropriazione degli investimenti stranieri con la Carta dei diritti economici e dei doveri degli Stati (1974), immediatamente smentito sul punto dal citato lodo arbitrale *Texaco Overseas Petroleum Company* (1979). Il secondo esempio deriva dal tentativo del Gruppo dei 77 di affermare la natura consuetudinaria del divieto di procedere unilateralmente all'estrazione dai fondali marini: in via generalizzata e, dunque, anche al di fuori del contesto dell'UNCLOS. In quest'ottica, venne promossa l'adozione, in seno all'Assemblea generale, della Dichiarazione sui principi che governano il fondale dei mari e degli oceani (1970), la quale, però, nell'immediato, determinò l'istituzione di un regime autonomo e parallelo da parte degli Stati dissenzienti, in attesa che un regime universale fosse stabilito. Solo più tardi la dichiarazione ha prodotto un «effetto catalitico», portando alla nascita del principio consuetudinario del «patrimonio comune dell'umanità» con la conclusione della Parte VI della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (1982).

8. 'Soft law' e codificazione del diritto internazionale generale

Come accennato in precedenza, nella misura in cui mettono a disposizione degli Stati un foro in cui essi possono esprimere la propria posizione su specifiche materie e conoscere quella degli altri membri, le organizzazioni internazionali contribuiscono energicamente alla formazione del diritto internazionale generale. Un altro modo in cui esse concorrono a tale sviluppo consiste nell'istituzione di commissioni di studio composte da esperti⁽¹⁰¹⁾, incaricate di codificare il diritto internazionale. Tra queste, quella senz'altro più importante per lo straordinario lavoro che ha condotto è la CDI⁽¹⁰²⁾. Istituita dall'Assemblea generale con la risoluzione del 21 novembre 1947, n. 174 (II)⁽¹⁰³⁾ –, la Commissione ha il compito di promuovere lo sviluppo progressivo e la codificazione del diritto internazionale generale, in attuazione dell'art. 13, par. 1, lett. a), della Carta ONU.

In questo contesto, occorre segnalare che in passato le fonti di *soft law* hanno svolto un ruolo per lo più servente rispetto allo strumento pattizio, in cui l'attività di codificazione era normalmente destinata a sfociare. Quando ciò non avveniva, infatti, con un certo grado di frustrazione, l'esito non vincolante dello sforzo codificatorio era visto come un fallimento. In tempi più recenti, però, sembra essere avvenuto un cambio di passo⁽¹⁰⁴⁾: la CDI ha mostrato di rivalutare lo strumento di *soft law* – se non addirittura di preferirlo a quello tradizionale –, nella misura in cui questo consente di aggirare una

⁽¹⁰¹⁾ Se, in generale, è vero che le organizzazioni internazionali hanno promosso l'opera di codificazione, non bisogna sottovalutare il rilevante contributo offerto da enti non governativi come l'Institut de Droit International, l'Harvard Research in International Law, l'International Law Association e, con riguardo al diritto internazionale umanitario, il Comitato Internazionale della Croce Rossa. In tal senso F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, quarta edizione, Milano, Wolters Kluwer, Padova, Cedam, 2017, p. 165.

⁽¹⁰²⁾ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, ninth edition, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 183.

⁽¹⁰³⁾ AGNU, *Istituzione di una Commissione di diritto internazionale*, risoluzione n. 174 (II) del 21 novembre 1947, come emendata dalle risoluzioni n. 485 (V) del 12 dicembre 1950, n. 984 (X) del 3 dicembre 1955, n. 985 (X) del 3 dicembre 1955 e n. 36/39 del 18 novembre 1981. La CDI, composta di trentaquattro giuristi che vi siedono a titolo individuale, conduce un'eminente attività scientifica che, quando non riflette il diritto internazionale consuetudinario, costituisce un «mezz[o] ausiliari[o] per determinare le norme giuridiche», ai sensi dell'art. 38, par. 1, lett. d), dello Statuto della CIG.

⁽¹⁰⁴⁾ In tal senso S. VILLALPANDO, *Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell'era della codificazione 'light'*, in A. ANNONI *et al.* (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 259-278.

serie di rischi ⁽¹⁰⁵⁾. In primo luogo, si evita il pericolo di delegittimare l'affermazione della natura consuetudinaria delle norme codificate, laddove solo un numero relativamente circoscritto di Stati provvedesse a ratificare la convenzione di codificazione ⁽¹⁰⁶⁾. Inoltre, si mette l'opera codificatoria al riparo dalla disponibilità degli Stati, i quali, nell'ambito di una conferenza diplomatica incaricata di tradurre in forma convenzionale il progetto licenziato dalla Commissione, potrebbero – come d'altra parte è quasi sempre avvenuto – modificarne il contenuto o circoscriverne la portata, apponendovi riserve. Considerato poi che i progetti di articoli disposti dalla CDI costituiscono già l'esito di una mediazione tra diverse visioni dottrinarie, il ricorso al *soft law* come strumento codificatorio può essere utile a evitare un'ulteriore divaricazione del testo rispetto al diritto consuetudinario, per effetto dell'intervento statale. In questa maniera, la Commissione instaura un dialogo diretto con le corti e i tribunali internazionali, *in primis* con la Corte dell'Aia, in quanto ogni ulteriore questione circa l'effettiva natura consuetudinaria delle norme raccolte viene rimandata alla fase dell'applicazione giudiziale, dove, però, vi è un giudice che potrà decidere autoritativamente ⁽¹⁰⁷⁾. Da ultimo, l'atto di *soft law* consente di accorciare fortemente i tempi di ultimazione dell'opera, non dovendosi attendere l'entrata in vigore del trattato, a sua volta normalmente subordinata al raggiungimento di un numero minimo di ratifiche. Queste considerazioni sembrano aver già trovato concretizzazione nei lavori che la CDI ha condotto dal 2001 in poi, da quando, cioè, ha cominciato a operare un sistematico ricorso a strumenti diversi dal trattato multilaterale, come progetti di articoli o di conclusioni, principi, linee guida, guide o studi, quale destinazione naturale della propria attività codificatoria ⁽¹⁰⁸⁾. Se, infatti, da un lato, gli artt.

⁽¹⁰⁵⁾ F. SALERNO, *Idee e significati della codificazione*, in ANNONI *et al.* (a cura di), *La codificazione*, cit., pp. 31-58, p. 37 e 49. Di questa «nuova» tendenza possono trovarsi molteplici precedenti. Ad esempio, durante la Conferenza navale internazionale (Londra, dicembre 1908-febbraio 1909) la delegazione britannica reputava equivalente, ai fini codificatori, l'adozione di una dichiarazione e di una convenzione: United Nations, *Documents on the Development and Codification of International Law*, supplemento a «American Journal of International Law», vol. 41, n. 4, 1947, pp. 45-46.

⁽¹⁰⁶⁾ È quanto è avvenuto per la Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati nei trattati (1978), che entrata in vigore nel 1996, ad oggi è stata ratificata soltanto da ventitré Stati; tale dato ha condotto parte della dottrina a dubitare della natura consuetudinaria del principio di continuità nei trattati non localizzabili, la cui applicazione è prevista dalla convenzione per i soli Stati diversi da quelli di nuova indipendenza. In tal senso CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 127 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ In tal senso L. CONDORELLI, *Custom*, in M. BEDJAOUI (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, UNESCO, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp. 179-211, p. 206 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Per un ragguaglio dettagliato sull'impiego che la CDI ha fatto dei vari strumenti di *soft law* sua disposizione si veda L. CREMA, *La Commissione del diritto internazionale e i suoi metodi di codificazione al tempo del diritto internazionale "debole"*, in ANNONI *et al.* (a cura di), *La codificazione*, cit., pp. 369-385, in particolare, pp. 370-375.

17 e 23 dello Statuto della CDI esplicitamente menzionano le convenzioni di codificazione, dall'altro, non ci sono preclusioni all'impiego di strumenti diversi ⁽¹⁰⁹⁾.

Ancorché *soft*, il formidabile contributo che la CDI ha offerto – e continua a offrire – alla codificazione del diritto internazionale generale ha trovato numerosi riscontri anche in giurisprudenza, come si è avuto modo di sottolineare nel corso della trattazione. È, infatti, di primaria importanza notare che la CIG, tra gli atti di *soft law* rilevanti ai fini della ricognizione del diritto consuetudinario, non prenda in considerazione esclusivamente quelli che, per quanto «deboli», promanino pur sempre da un consenso diplomatico, dotato di un'autorità politica, bensì anche quelli provvisti di un'eminente, anche se non esclusiva, autorità scientifica, come appunto i lavori della CDI.

9. *Prospettive conclusive: il 'soft law' tra frammentazione e unità del diritto internazionale*

All'esito di questa indagine è possibile trarre alcune prime conclusioni. In primo luogo, sembra emergere un dato particolarmente interessante, relativo al possibile impatto benefico che il *soft law* può avere su unità e coerenza dell'ordinamento giuridico internazionale. Come si è avuto modo di sottolineare all'inizio, alcuni hanno visto in questa fonte normativa una minaccia alla certezza del diritto. Se il fenomeno giuridico – si dice – era prima definito esclusivamente dal diritto vincolante e manteneva un'intrinseca unità verso ciò che restava al di fuori di quel perimetro, esso risulta adesso un concetto frammentato al proprio interno nei due domini dell'*hard law* e del *soft law*. Inoltre, la proliferazione delle fonti di *soft law* e il frequente ricorso che vi si fa aumenterebbero il rischio di frammentazione (interpretativa) del diritto internazionale generale, ovvero di un conflitto nella ricognizione delle norme che lo compongono.

Contro queste posizioni occorre sottolineare lo straordinario contributo che dal *soft law* viene alla salvaguardia dell'unità e della coerenza dell'ordinamento internazionale ⁽¹¹⁰⁾. A tale riguardo, Ulrich Fastenrath ha lucidamente notato come l'*hard law* debba gran parte della propria esistenza al fratello minore ⁽¹¹¹⁾. Il *soft law*, infatti, al pari dei mezzi ausiliari indicati all'art. 38, par. 1, lett. d), dello Statuto della CIG, crea consenso a livello internazionale circa il significato di norme, principi e standard. In tal modo, esso offre all'interprete una solida guida nell'esercizio ermeneutico che questi compie, da un lato

⁽¹⁰⁹⁾ CREMA, *La Commissione del diritto internazionale e i suoi metodi di codificazione*, cit., p. 376, dove si discorre della legittimità dell'approccio «morbido» seguito dalla CDI.

⁽¹¹⁰⁾ P. ŠARČEVIĆ, *Unification and "Soft Law"*, in W. A. STOFFEL, P. VOLKEN (eds.), *Conflicts and Harmonization: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire*, Fribourg, Ed. Universitaires, 1990, pp. 89-101.

⁽¹¹¹⁾ FASTENRATH, *Relative Normativity*, cit., pp. 321 e 339.

riducendone discrezionalità e margini di errore, dall'altro rendendo ragionevolmente prevedibile l'esito dell'operazione ⁽¹¹²⁾.

In secondo luogo, se è vero che la funzione del *soft law* può essere paragonata a quella dei mezzi ausiliari *ex art. 38*, allora è vero anche l'inverso e, cioè, che le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni esercitano un potere normativo sussidiario, che aiuta e definisce e a organizzare le fonti del diritto, pur essendo un potere eminentemente «debole». Considerato, infatti, che la giurisdizione internazionale non si ispiri al modello dello *stare decisis* di *common law*, le decisioni delle corti e dei tribunali internazionali presentano una duplice natura: di *res iudicata* per il caso di specie, e di autorità interpretativa per ogni situazione analoga (precedente) ⁽¹¹³⁾. In questa seconda dimensione, dunque, esse contribuiscono a definire lo stato del diritto vigente e, pertanto, ad esse i membri della comunità internazionale guardano per orientare le proprie condotte. Sembra, dunque, emergere quasi incidentalmente un profilo di possibile assimilazione analogica tra il *soft law* e i mezzi ausiliari, che, forse, potrebbe condurre a una rilettura dell'art. 38 dello Statuto della CIG più indulgente rispetto a quella tratteggiata nell'introduzione, che ne restituisca l'immagine, meno sbiadita, di un sistema delle fonti giuridiche ancora capace di adattarsi all'evoluzione del diritto internazionale e di ricomprendere fenomeni normativi in parte nuovi.

In terzo luogo, considerate la sua forza eminentemente persuasivo-argomentativa e la capacità che ha di superare i confini propri delle regolazioni convenzionali, il *soft law* costituisce lo strumento che più e meglio di ogni altro può lavorare per la convergenza e la tutela di valori generali quali certezza, unità e coerenza del diritto internazionale ⁽¹¹⁴⁾. Questi obiettivi, infatti, non possono essere realizzati in via definitiva mediante una fonte pattizia – che a ogni tentativo di imporli rischia di creare altrettanti regimi frammentati – , ma vanno costruiti con uno strumento flessibile e mite, che ne favorisca la spontanea maturazione. Tale azione si estrinseca in un duplice modo. Da un lato, il *soft law* interviene a favorire l'evoluzione del diritto internazionale generale verso un sistema normativo più articolato e completo. Come evidenziato in precedenza, infatti, esso può in vario modo contribuire tanto alla codificazione quanto allo sviluppo progressivo del diritto internazionale generale, che, come tale, vincola la generalità dei membri della

⁽¹¹²⁾ In tale contesto a noi pare che il *soft law* possa senz'altro aiutare i giudici a interpretare il diritto secondo le esigenze di una società complessa e in continua evoluzione. Rispetto a tale funzione della giurisprudenza si veda F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 378 ss.

⁽¹¹³⁾ In questa sede il termine «decisione» si riferisce indistintamente a sentenze, ordinanze, lodi o rapporti.

⁽¹¹⁴⁾ E. SAVARESE, *Certezza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. 91-120, secondo cui il «diritto debole» può favorire il raggiungimento di una risposta condivisa e prevedibile circa il contenuto delle obbligazioni che vincolano i diversi attori della società internazionale (pp. 119-120).

comunità internazionale e supera la frammentazione normativa dei sistemi convenzionali. Dall'altro, anche quando la sua influenza non dovesse approdare a un tale esito, il *soft law* può comunque contribuire al consolidamento, a livello internazionale, di standard sostanziali e approcci processuali comuni. Inoltre, sul piano dell'interpretazione esso crea consenso sullo stato della legislazione vigente in un dato momento storico, e in tal modo si rivela anche un formidabile antidoto alla frammentazione interpretativa. In questi termini può allora dirsi che il *soft law* certamente favorisce un processo di *cross-fertilization* delle fonti del diritto internazionale, non perché in sé lo garantisca, ma perché costituisce il luogo argomentativo in cui tale processo può più agevolmente compiersi ⁽¹¹⁵⁾.

In conclusione a noi sembra che il valore giuridico del *soft law* viene a dipendere più che dal posto che esso (non) occupa tra le fonti del diritto, da ciò che su di esse rivela ⁽¹¹⁶⁾, ovvero – in altri termini –, da come interagisce, in una prospettiva dinamica, con le altre fonti normative. Con specifico riferimento all'interazione che il *soft law* può avere con il diritto internazionale generale si è avuto modo di enucleare quattro modelli teorici, mutuati dal più tradizionale rapporto che il secondo intrattiene con il diritto internazionale pattizio. Su questa base è stato possibile dedurre che il *soft law* riveste una duplice funzione: sotto un profilo sostanziale, esso costituisce una fonte materiale del diritto internazionale generale, mentre sotto un profilo interpretativo-argomentativo funge da fonte di cognizione o prova dichiarativa della prassi statale e dell'*opinio iuris* ⁽¹¹⁷⁾. Con riguardo al primo aspetto, infatti, occorre osservare che il *soft law*, associato ad altri elementi, può rappresentare una fonte materiale, ovvero «la causa determinante di un diritto regolatore di questa società» ⁽¹¹⁸⁾: si tratta di quel comportamento qualificato, secondo le regole (secondarie) sulla produzione normativa ⁽¹¹⁹⁾, capace di determinare la nascita di una norma di diritto internazionale generale, nella misura in cui costituisce espressione della prassi e dell'*opinio iuris* degli Stati. Ciò è appunto quel che avviene

⁽¹¹⁵⁾ P. SANDS, *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, in «Yale Human Rights and Development Journal», vol. 1, n. 1, 1998, pp. 85-106, p. 95; C. BROWN, *The Cross-Fertilization of Principles Relating to Procedure and Remedies in the Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, in «Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review», vol. 30, n. 3, 2008, pp. 219-245.

⁽¹¹⁶⁾ DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., pp. 389-391.

⁽¹¹⁷⁾ In tal senso si veda SALERNO, *Diritto internazionale*, cit., p. 165. L'autore annovera il *soft law* tra i fatti prova, ovvero «quell'insieme di indizi desunti dalla prassi ed idonei a dimostrare l'esistenza delle condizioni costitutive di una norma consuetudinaria» (p. 162).

⁽¹¹⁸⁾ D. ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale*, Roma, 1912, p. 26. Nel senso che il *soft law* costituisca una delle fonti *materiali* del diritto si veda anche la sistematizzazione delle fonti effettuata da Tanaka, che, infatti, inserisce gli atti non vincolanti in una sezione ad esse dedicata; cfr. TANAKA, *The International Law of the Sea*, cit., pp. 18-19.

⁽¹¹⁹⁾ H. L. A., HART, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di M. CATTANEO, Torino, Einaudi, 1965, pp. 111-113.

nell'ipotesi dell'efficacia cristallizzante e in quella dell'effetto generatore. Relativamente al secondo profilo, il *soft law* assume rilievo nell'ambito del processo argomentativo che l'interprete intraprende quando deve motivare circa l'esistenza di una norma (o principio) a carattere generale, offrendo in tal caso una prova dichiarativa dei due presupposti necessari alla loro formazione ⁽¹²⁰⁾. In ciascuno dei quattro modelli analizzati, l'interprete avrà a disposizione un metodo in base al quale accertare il valore del «diritto debole» in base a presupposti come il grado di precisione con cui le sue disposizioni sono formulate, il grado di consenso che l'atto ha riscontrato, la rappresentatività dell'organo politico che l'ha adottato o l'autorevolezza scientifica (o tecnica) del codificatore, o, ancora, qualora si tratti di decisioni giurisdizionali, la forza persuasiva della loro *ratio decidendi*.

Dunque, lungi dal costituire una minaccia per la *rule of law* internazionale, il *soft law* è stato e continua a essere un inestimabile fattore di consolidamento del sistema delle fonti e di costruzione di consenso circa ciò che è diritto in un dato momento storico: un vero e proprio antidoto all'incertezza e alla frammentazione.

⁽¹²⁰⁾ Nel senso che l'interpretazione rappresenti una dinamica interna alla ricostruzione delle fonti del diritto VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 316-317 e 331; B. PASTORE, PASTORE *et al.*, *Le ragioni del diritto*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 287-300; ID., *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in «Lavoro e diritto», a. XVII, n. 1, 2003, pp. 5-16, pp. 12-14.

II.

SOFT LAW E DIRITTO INTERNAZIONALE CONVENZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Definizione di accordi non vincolanti. – 3. Il rapporto tra accordi non vincolanti e diritto dei trattati. – 4. Forma: l'intenzione delle parti come unico criterio distintivo tra accordi non vincolanti e trattati. – 5. Elementi da tenere in considerazione nella determinazione della volontà delle parti di (non) vincolarsi. – 5.1. Dato letterale. – 5.2. Dato contestuale. – 6. Le parti. – 7. Procedimento di conclusione. – 8. Registrazione. – 9. Pubblicazione. – 10. Elusione delle garanzie costituzionali degli ordinamenti interni. – 11. Efficacia. – 12. Effetti indiretti. – 12.1. *Estoppel* e acquiescenza. – 12.2. L'efficacia degli accordi non vincolanti negli ordinamenti interni. – 12.3. L'efficacia degli accordi non vincolanti nello sviluppo progressivo del diritto internazionale generale, e nella sua interpretazione. – 12.4. L'efficacia degli accordi non vincolanti nello sviluppo progressivo del diritto internazionale pattizio, e nella sua interpretazione. – 13. Violazione. – 14. Mezzi di risoluzione delle controversie. – 15. Revisione. – 16. Estinzione e recesso. – 17. Interpretazione. – 18. Sul rapporto tra *soft law* e trattati. – 18.1. Rapporto concorrenziale. – 18.2. Rapporto cooperativo. – 18.3. Limiti entro cui può essere concepito un rapporto antagonistico.

1. *Introduzione*

In questo capitolo l'analisi si incentrerà sul rapporto tra *soft law* e trattati. A tal fine, in un primo momento, si cercherà di dare una definizione dei cd. accordi non vincolanti, ovvero quella particolare tipologia di *soft law* che più di ogni altra rischia di confondersi con il trattato e da cui occorre distinguerla ⁽¹⁾. Pertanto, in stretta relazione ai trattati e al regime consuetudinario loro applicabile, quali naturali termini di paragone, si cercherà di descrivere quell'insieme di regole stratificatesi nella prassi, che, pur senza assurgere al rango di norme consuetudinarie, indicano un approccio comune da parte degli Stati e delle

⁽¹⁾ Nel senso che gli accordi non vincolanti rientrano a pieno titolo nella più generale e multiforme categoria del *soft law*: CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit., p. 145; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 44-45; THÜRER, *Soft Law*, cit., par. 15-17; P. GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, in R. WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedia of Public International Law», edizione *online*, dicembre 2006, par. 4; M. FITZMAURICE, O. ELIAS, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht, Eleven, 2005, pp. 27-48.

organizzazioni internazionali nei confronti dell'accordo di fatto. Nella seconda parte del capitolo si cercherà di esaminare il rapporto tra trattati e *soft law*, provando a definire tra le due fonti – nell'ordine – dinamiche concorrenziali, cooperative e, eventualmente, antagoniste. In tale contesto il concetto di *soft law* non sarà più limitato ai soli accordi non vincolanti.

2. Definizione di accordi non vincolanti

Per accordi non vincolanti ⁽²⁾ ci si riferisce ad accordi conclusi tra due o più Stati – o tra Stati e organizzazioni internazionali o anche soltanto tra organizzazioni internazionali – con cui le parti intendono regolare le proprie relazioni senza assumere obblighi di natura giuridica, ma solo politico-morale ⁽³⁾. Essi recano i nomi più vari come, ad esempio,

⁽²⁾ In dottrina non mancano riferimenti alla categoria *de qua* con espressioni come «accordi o intese non giuridiche», o «accordi informali», le quali, però, risultano meno preferibili. La prima categoria ci sembra risentire eccessivamente del retaggio della dottrina formalistica per cui gli accordi in esame in alcun modo appartenerebbero al mondo giuridico. La seconda, invece, è alquanto equivoca, in quanto gli accordi informali possono avere anche natura obbligatoria; basti pensare a quelli conclusi in forma semplificata. Dunque, utilizzare tale concetto come sinonimo di accordi non vincolanti, ci sembra ancora una volta eredità di un'impostazione teorica per cui la natura obbligatoria dell'accordo verrebbe a dipendere dalla forma con cui lo stesso è stato concluso. Infine, pur sporadici, vi sono riferimenti agli «accordi di fatto».

⁽³⁾ AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., pp. 35-46; ID., *The Theory and Practice of Informal International Instruments*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 35, n. 4, 1986, pp. 787-812; BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, cit., *passim*; M. BOTHE, *Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations?*, in «Netherlands Yearbook of International Law», vol. 11, 1980, pp. 65-95; H. W. BRIGGS, *The Leaders' Agreement of Yalta*, in «American Journal of International Law», vol. 40, n. 2, 1946, pp. 376-383; P.-M. EISEMANN, *Le Gentlemen's Agreement comme source du droit international*, in «Journal du droit international», vol. 106, 1979, pp. 326-348; J. E. S. FAWCETT, *The Legal Character of International Agreements*, in «British Year Book of International Law», vol. 30, 1953, pp. 381-400; C. G. FENWICK, *When is a Treaty not a Treaty?*, in «American Journal of International Law», vol. 46, n. 2, 1952, pp. 296-298; FITZMAURICE, ELIAS, *Contemporary Issues*, cit., pp. 27-48; J. GOLD, *Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements*, in «American Journal of International Law», vol. 77, n. 3, 1983, pp. 443-489; M. M. GOMAA, *Non-Binding Agreements in International Law*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, V. GOWLLAND-DEBBAS, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague-London-Boston, Nijhoff, 2001, pp. 229-250; GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, cit., par. 1; A. T. GUZMAN, *The Design of International Agreements*, in «European Journal of International Law», vol. 16, n. 4, 2005, pp. 579-612; E. LAUTERPACHT, *Gentlemen's Agreements*, in W. FLUME et al. (hg.), *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung. Festschrift für F.A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. Aug. 1977*, München, Beck, 1977, pp. 381-398; F. MÜNCH, *Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties. Non-Binding Agreements*, in „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und

memorandum d'intesa (memorandum of understanding, MoU), accordo tra gentiluomini (*gentlemen's agreement*) e dichiarazione congiunta (*joint statement/declaration*), piano d'azione (*plan of action*), dichiarazione d'intenti (*declaration of intent*), dichiarazione di principi (*declaration of principles*), atto finale (*final act*)⁽⁴⁾. Il motivo per cui, in base alle

Völkerrecht“, Bd. 29, Nr. 1, 1969, pp. 1-11; ID., *Non-Binding Agreements*, in R. BERNHARDT *et al.* (eds.), «Encyclopedia of Public International Law», vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 353-358; F. ROESSLER, *Law, de Facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations*, in «German Yearbook of International Law» vol. 21, 1978, pp. 27-59; H. S. RUSSEL, *The Helsinki Declaration: Brobdingnag and Lilliput*, in «American Journal of International Law», vol. 70, n. 2, 1976, pp. 242-272; O. SCHACHTER, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, in «American Journal of International Law», vol. 71, n. 2, 1977, pp. 296-304; M. VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus*, in «Annuaire de l'Institut de Droit International», vol. 60, n. 1, 1983, pp. 328-374; ID., *Sur la notion d'accord*, in E. DIEZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Rudolf Bindschedler: zum 65. Geburtstag am 8. Juli 1980*, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 159-172.

⁽⁴⁾ In dottrina vengono riportati diversi esempi di accordi non vincolanti, sulla cui natura comunque non vi è sempre unanimità di vedute. Tra gli accordi bilaterali vanno menzionati l'Accordo tra gentiluomini concernente l'immigrazione, del 15 febbraio 1907, concluso da Stati Uniti e Giappone; l'Accordo tra gentiluomini Lansing-Ishii, del 2 novembre 1917, tra Stati Uniti e Giappone, sulle politiche migratorie da seguire in Cina; la Dichiarazione congiunta di Stati Uniti e Regno Unito del 14 agosto 1941 (anche nota come Carta Atlantica), su cui si veda A. D. MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon, 1961, p. 6; la Dichiarazione di Washington tra Stati Uniti e Regno Unito, del 29 giugno 1954 (anche nota come Carta di Potomac); il Protocollo tra Francia e Italia, del 20 marzo 1948, concluso con la prospettiva di istituire un'unione doganale franco-italiana; l'Accordo di Évian tra Francia e Fronte di liberazione nazionale algerino, del 18 marzo 1962, in «Journal officiel de la République française», 20 marzo 1962, pp. 3019-3032; la Dichiarazione di principi fondamentali sulle relazioni tra Stati Uniti e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche, del 29 maggio 1972, in «Department of State Bulletin», vol. 66, 1972, pp. 898-901; l'Accordo tra Stati Uniti e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche sulla prevenzione della guerra nucleare, del 22 giugno 1973; la Dichiarazione congiunta di Bruxelles, sulla disputa tra Grecia e Turchia relativamente alla delimitazione della piattaforma continentale del Mare Egeo, del 31 maggio 1975; gli Accordi di Camp David tra Egitto e Israele, del 17 settembre 1978; il Trattato sulla limitazione delle armi strategiche (SALT II) tra Stati Uniti e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche, del 18 giugno 1979. In risposta all'intervento sovietico in Afghanistan tale accordo non venne ratificato dagli Stati Uniti, che, però, tempo dopo decisero di mantenerlo come accordo non vincolante, fintantoché l'URSS avesse fatto altrettanto.

A livello multilaterale è possibile ricordare l'Atto finale del Congresso di Vienna del 9 giugno 1815; l'Atto finale della Conferenza internazionale di pace dell'Aia, del 29 luglio 1899; la Dichiarazione tripartita (o Patto di Cartagena) tra Francia, Regno Unito e Spagna, del 16 maggio 1907, concernente il mantenimento dello *status quo* nel Mar Mediterraneo occidentale e nell'Oceano Atlantico; l'Accordo del 30 giugno 1928 relativo allo *status* giuridico dei rifugiati russi e armeni, in League of Nations, «Treaty Series», vol. 89, 1929, pp. 53-61; l'Accordo del Cairo, del 27 novembre 1943; la Dichiarazione inter-alleata contro gli atti di espropriazione

circostanze, Stati e organizzazioni internazionali ricorrono a questo tipo di strumento risiede nella loro volontà politica di cooperare, mantenendo, al contempo, un certo grado di flessibilità e la libertà di poter eventualmente disattendere quanto pattuito, senza per questo incorrere in un illecito ⁽⁵⁾. Dato che il concetto di «trattato» è definito dal diritto dei trattati – ovvero da quel sistema di norme consuetudinarie (secondarie) che regola la produzione e la vita delle norme pattizie (primarie) –, occorre domandarsi se questo o un

commessi in territori sotto occupazione o controllo nemici (Londra, 5 gennaio 1943); l'Accordo di Yalta, del 15 febbraio 1945; l'Accordo di Potsdam, del 2 agosto 1945. Il Relatore speciale Lauterpacht nel suo rapporto sul diritto dei trattati («Yearbook of the International Law Commission», vol. II, 1953, pp. 96-98) riporta anche: la Dichiarazione di Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia sull'istituzione di analoghe norme sulla neutralità, del 27 maggio 1938, in League of Nations, «Treaty Series», vol. 188, 1938, pp. 293-331; la Dichiarazione congiunta delle Nazioni Unite, del 1 gennaio 1942, in League of Nations, «Treaty Series», vol. 204, 1941-1943, pp. 381-387; la Dichiarazione di Mosca del 1 novembre 1943 tra Stati Uniti, Regno Unito e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche sulla punizione dei criminali di guerra; la Dichiarazione concernente l'energia atomica del 15 novembre 1945, concordata tra il Presidente degli Stati Uniti d'America, il Primo ministro del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, e il Primo ministro del Canada; la Dichiarazione dei Ministri degli esteri di Stati Uniti, Regno Unito e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche sulla Conferenza di Mosca, del 27 dicembre 1945, in United Nations, «Treaty Series», vol. 20, 1948, p. 259 ss. Poi, ancora, vanno menzionati l'Accordo tra gentiluomini di Londra, del gennaio 1946, concernente la distribuzione dei seggi per i membri non permanenti del Consiglio di sicurezza; l'Accordo tra gentiluomini [sulla procedura di voto della Terza conferenza delle NU sul diritto del mare] approvato dall'Assemblea generale alla sua 2169^o riunione, il 16 novembre 1973; l'Atto finale della Conferenza di Helsinki sulla sicurezza e la cooperazione in Europa, del 1 agosto 1975; la Dichiarazione di Bonn sui dirottamenti aerei, del 17 luglio 1978; il *Memorandum* d'intesa tra Stati Uniti d'America e Canada in merito a notifica, consultazione e cooperazione in relazione all'applicazione delle leggi nazionali antitrust, del 9 settembre 1984; le Dichiarazioni ministeriali delle Conferenze per la protezione del Mare del Nord (Brema, 1 novembre 1984), (Londra, 25 novembre 1987), (L'Aia, 8 marzo 1990), (Esbjerg, 9 giugno 1995) e (Bergen, 21 marzo 2002), su cui si rinvia a A. NOLLKAEMPER, *The Distinction Between Non-Legal and Legal Norms in International Affairs: An Analysis with Reference to International Policy for the Protection of the North Sea from Hazardous Substances*, in «International Journal of Marine and Coastal Law», vol. 13, n. 3, 1998, pp. 355-371, p. 357; la Carta di Parigi per una nuova Europa del 21 novembre 1990. In tempi più recenti, la Dichiarazione di Barcellona, adottata alla Conferenza Euro-mediterranea del 27-28 novembre 1995; l'Atto istitutivo sulle relazioni reciproche, la cooperazione e la sicurezza tra la Federazione russa e l'Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico (NATO), del 27 maggio 1997; il Documento dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa sulle armi di piccolo calibro e gli armamenti leggeri, del 24 novembre 2000; il *Memorandum* d'intesa tra Paesi Bassi e Belgio del 28 marzo 2000, relativo alla linea ferroviaria «Reno di ferro», considerato anche dal tribunale arbitrale che ha deciso sulla omonima controversia, cfr. «Reports of International Arbitral Awards», vol. 27, 2007, pp. 35-125.

⁽⁵⁾ GUZMAN, *The Design of International Agreements*, cit.

altro complesso di norme consuetudinarie detti un regime giuridico applicabile agli accordi non vincolanti.

3. *Il rapporto tra accordi non vincolanti e diritto dei trattati*

In generale, può senz'altro dirsi che gli accordi non vincolanti non sono regolati dal regime generale codificato nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (CVDT). Essi, infatti, esulano dall'ambito di applicazione della Convenzione come definito dal combinato disposto dell'art. 1 – che ne limita l'oggetto alla regolazione dei soli trattati internazionali interstatali ⁽⁶⁾ – e dell'art. 2, par. 1, lett. a), che detta la definizione di «trattato» rilevante ai fini della Convenzione: «an international agreement concluded between States in written form and governed by international law». Occorre a questo punto verificare quale degli elementi costitutivi di un trattato sia ostativo alla possibilità che in tale nozione vengano ricompresi anche gli accordi interstatali non vincolanti.

i) «International agreement». La norma non contiene alcuna indicazione circa il tipo di accordo in questione: non dice che debba necessariamente trattarsi di un accordo vincolante, né che lo stesso debba essere stato concluso con una determinata procedura.

ii) «Between States». Il carattere interstatale richiesto dall'articolo non è di per sé sufficiente a escludere gli accordi non vincolanti intervenuti tra Stati.

iii) «In written form». Il requisito della forma scritta è generalmente soddisfatto anche dagli accordi non vincolanti, i quali vengono redatti per iscritto o, quantomeno, risultano da documenti scritti.

iv) «Governed by international law». Questo è il test che gli accordi non vincolanti falliscono. La dottrina, infatti, è generalmente incline a ritenere che, affinché un accordo sia regolato dal diritto internazionale, è necessario che si fondi su di una manifestazione di mutuo consenso a obbligarsi delle parti, ovvero su quel comportamento qualificato della vita sociale internazionale idoneo, in base alle regole (secondarie) sulla produzione normativa, ad attivare il principio *pacta sunt servanda* e, così, a determinare la nascita di vincoli giuridici pattizi ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Non sono, pertanto, disciplinati dalla CVDT gli accordi conclusi in forma orale, ai quali si applica direttamente il diritto consuetudinario, e i trattati tra Stati e organizzazioni internazionali, nonché quelli tra organizzazioni internazionali, regolati dalla Convenzione di Vienna del 1986 (pur se non ancora entrata in vigore alla data odierna). Pur volendo tenere presente la frammentazione dei regimi in cui si articola il diritto dei trattati, resta fermo il dato che essi non saranno applicabili a eventuali accordi non vincolanti in forma orale, tra Stati e organizzazioni internazionali e sole tra organizzazioni internazionali in quanti tali accordi non sono «governati dal diritto internazionale».

⁽⁷⁾ A tale riguardo occorre osservare che la teoria generale del trattato sia in debito con la teoria generale del contratto. Infatti, come rileva MCNAIR, *Law of Treaties*, cit., p. 6, tale

In questa prospettiva è possibile comprendere perché la formulazione del concetto di «trattato» rilevante ai fini della CVDT, quanto al significato sostanziale, corrisponda a quella allora proposta dal Relatore speciale Hersch Lauterpacht – ma non accolta dalla Commissione di diritto internazionale (CDI) –, per cui i trattati sono «*agreements between States, including organizations of States, intended to create legal rights and obligations*» (art. 1) ⁽⁸⁾. Inoltre, anche i lavori preparatori della CDI confermano come si sia inteso escludere gli accordi non vincolanti dall'ambito di applicazione della CVDT, proprio in ragione del fatto che essi non fossero «regolati dal diritto internazionale».

However informal or unusual in character an instrument might be, and even if not expressed in normal treaty language, it would nevertheless rank as a treaty or international agreement if it was intended to create international rights and obligations. On the other hand, [there are] instruments which, although they might look like treaties, merely contain declarations of principle or statements of policy, or expressions ⁽⁹⁾.

In terzo luogo, depone nello stesso senso il dibattito svoltosi durante la Conferenza di Vienna, nella fase delle negoziazioni, quando un membro della delegazione elvetica, Rudolf Bindschedler, sollevò espressamente la questione, proponendo un emendamento che esplicitamente escludesse dichiarazioni politiche e *gentlemen's agreements* dalla sfera di validità della Convenzione. Con ogni evidenza, egli muoveva dall'idea che la formulazione «*international agreements [...] governed by international law*» avrebbe potuto sortire l'effetto collaterale di attrarre nel campo di applicazione della Convenzione anche gli accordi del tipo citato, il che avrebbe neutralizzato il carattere flessibile degli accordi non vincolanti e conseguentemente avrebbe determinato un eccessivo irrigidimento delle relazioni internazionali. Dal canto proprio, la delegazione delle Repubbliche socialiste sovietiche condivideva l'interpretazione espressa dal diplomatico svizzero – secondo cui, nell'attuale formulazione, l'art. 2, par. 1, lett. a), CVDT avrebbe ricompreso anche dichiarazioni politiche e *gentlemen's agreements* –, ma, a differenza del delegato svizzero, era intenzionata a sostenere quest'inclusione, preoccupata di difendere la stabilità della Carta Atlantica e degli Accordi di Yalta e Potsdam. Alla fine, la Conferenza respinse l'emendamento: la maggioranza dei delegati, infatti, riteneva che

contaminazione scientifica ha prodotto grandi frutti nel diritto dei trattati e ciò risulta ulteriormente confermato dal modo in cui è stata interpretata la nozione di «trattato» ex art. 2, par. 1, lett. a), CVDT come *accordo di due o più parti volto a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici*.

⁽⁸⁾ *Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur* [UN Doc. A/CN.4/63 (1953)], in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, 1953, pp. 96-98.

⁽⁹⁾ Cfr. punto 8(b) del commentario della CDI all'art. 2, *Report of the International Law Commission covering the work of its eleventh session (20 April-26 June 1959)* [UN Doc. A/4169 (1959)], in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, 1959, pp. 96-97.

la proposta nozione di trattato fosse di per sé sufficientemente chiara per lasciar fuori gli accordi non vincolanti dall'ambito di applicazione della Convenzione, in ragione del fatto che questi non fossero regolati dal diritto internazionale. Su questa base, è possibile confermare quanto si diceva sopra a proposito del fatto che il diritto dei trattati codificato nella CVDT non delinea un regime applicabile agli atti interstatali di *soft law*, ovvero gli accordi non vincolanti.

4. *Forma: l'intenzione delle parti come unico criterio distintivo tra accordi non vincolanti e trattati*

La differenza tra un trattato e un accordo non vincolante non va ricercata nel fatto che il primo presenti requisiti di forma, di cui, invece, sarebbe sprovvisto il secondo. A tale riguardo, basti pensare che anche un trattato può ben essere stipulato senza che vengano seguite le formalità richieste dal procedimento solenne. Con ogni evidenza si fa riferimento alla prassi dei cd. «accordi in forma semplificata» che ricorrono allorché le parti contraenti omettano la fase della ratifica e manifestino il proprio consenso definitivo a vincolarsi in un momento diverso, che normalmente coincide con la sottoscrizione del testo da parte dei rappresentanti dello Stato (art. 12 CVDT) o con lo scambio delle note diplomatiche (art. 13 CVDT) o, ancora, con l'espressione di un voto favorevole, qualora il trattato sia stato negoziato in seno a un'organizzazione internazionale. «A treaty concluded by exchange of letters, agreed minute, memorandum of understanding, joint declaration or other instrument concluded by any similar procedure», nelle parole della CDI ⁽¹⁰⁾. Il diritto dei trattati, infatti, pur disciplinando un procedimento solenne, è interamente improntato al principio della libertà delle forme, sicché, indipendentemente dalle procedure seguite, ciò che identifica un trattato internazionale è soltanto la manifestazione, da parte dei contraenti, del mutuo consenso a vincolarsi.

Where [...] as is generally the case in international law, which places the principal emphasis on the intentions of the parties, the law prescribes no particular form, parties are free to choose what form they please provided their intention clearly results from it ⁽¹¹⁾.

Per quanto concerne la giurisprudenza internazionale, il problema della distinzione tra trattati e accordi non vincolanti nel generale contesto di un sistema improntato alla

⁽¹⁰⁾ *Report of the International Law Commission to the General Assembly Covering the Work of its Fourteenth Session (24 April-29 June 1962)*, in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, 1962, p. 157 ss., p. 161.

⁽¹¹⁾ *CIG, Tempio di Preah Vihear (Cambogia c. Thailandia)*, questioni preliminari, sentenza del 26 maggio 1961, in «I.C.J. Reports», 1961, p. 17 ss., p. 31.

libertà delle forme è stato oggetto di attenzione da parte della Corte internazionale di giustizia (CIG). La giurisprudenza della Corte non solo conferma che l'unico elemento distintivo tra trattati e accordi non vincolanti vada individuato nella volontà delle parti di vincolarsi, costituendo diritti e obblighi, ma ha anche chiarito come tale manifestazione di consenso vada in concreto accertata. Nell'affare relativo alla *piattaforma continentale del Mare Egeo* (1978) la Grecia invocava il Brussels Joint Communiqué del 31 maggio 1975, rilasciato dai capi di governo ellenico e turco, come base giuridica del proprio ricorso unilaterale alla CIG e della sua giurisdizione. Nell'escludere che attraverso la dichiarazione congiunta le parti avessero inteso assumere obblighi giuridici ⁽¹²⁾, la Corte ha precisato che, in astratto, nessuna regola di diritto internazionale potesse «preclude a joint communiqué from constituting an international agreement» ⁽¹³⁾ e che, quando è necessario accertare la natura giuridica di un atto, bisognasse prendere in considerazione i termini dell'accordo e il contesto in cui è stato concluso: «the Court must have regard above all to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up». Tale impostazione è stata ulteriormente confermata nell'affare relativo alle *delimitazioni marittime e questioni territoriali tra Qatar e Bahrein*, dove, però, la Corte è pervenuta alla conclusione che le minute diplomatiche intercorse nel dicembre 1996 tra i Ministri degli esteri di Bahrain, Qatar e Arabia Saudita non avessero il solo scopo di registrare le negoziazioni intercorse (come sostenuto dal Bahrein), bensì quello di costituire un accordo vincolante tra le parti ⁽¹⁴⁾.

Ad analoghe conclusioni è giunta anche la dottrina. Secondo il trattato di Oppenheim, per accertare la natura di trattato di un atto occorre stabilire «whether it is intended to create legal rights and obligations between the parties» ⁽¹⁵⁾. Sulla stessa linea di pensiero McNair, in apertura del suo *Law of Treaties*, definisce il trattato «a written agreement by which two or more States or international organizations create or intend to create a relation between themselves operating within the sphere of international law» ⁽¹⁶⁾. Fawcett, dal canto suo, nel confrontare gli accordi vincolanti e quelli che, invece,

⁽¹²⁾ CIG, *Piattaforma continentale del Mare Egeo (Grecia c. Turchia)*, sentenza del 19 dicembre 1978, in «I.C.J. Reports», 1978, p. 3 ss., p. 44, par. 107.

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 39, par. 96.

⁽¹⁴⁾ CIG, *Delimitazioni marittime e questioni territoriali tra Qatar e Bahrein*, giurisdizione e ammissibilità, sentenza del 1 luglio 1994, in «I.C.J. Reports», 1994, p. 112 ss., pp. 120-123, par. 23-30.

⁽¹⁵⁾ L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise, I. Peace*, edited by H. LAUTERPACHT, eighth edition, London *et al.*, Longmans, 1955, pp. 899-900.

⁽¹⁶⁾ MCNAIR, *Law of Treaties*, cit., pp. 3-4. L'autore riprende espressamente sul punto la definizione data da Lauterpacht in *Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht*, cit., pp. 96-98.

producono vincoli di natura esclusivamente politica, individua il discrimine nell'«intention of the parties to create legal relations between them»⁽¹⁷⁾.

Tale impostazione, per così dire sostanzialistica, può rendere più o meno agevole per l'interprete qualificare un atto come trattato o accordo non vincolante in base alle concrete circostanze del caso. Come specificato dall'art. 2, par. 1, lett. a), CVDT⁽¹⁸⁾ è del tutto irrilevante che l'accordo delle parti risulti da un unico documento o da più atti, così come non è dirimente il *nomen iuris* che vi abbiano dato i contraenti, in ossequio al principio interpretativo *ex re sed non ex nomine*⁽¹⁹⁾. Si comprende quindi il motivo che spinse l'allora Relatore speciale Lauterpacht a proporre l'inserimento di un art. 2 rubricato *Form and Designation of a Treaty*, con cui venisse esplicitato che «Agreements, as defined in article 1, constitute treaties regardless of their form and designation». Anche in questo caso, però, l'emendamento venne respinto, perché considerato superfluo.

In questa prospettiva, *memorandum d'intesa, accordi tra gentiluomini e dichiarazioni congiunte*, etc. possono costituire accordi non vincolanti non in ragione del nome con cui sono designati o del grado di formalità che ha segnato il procedimento di conclusione, ma esclusivamente per l'eventuale assenza di una seria e definitiva manifestazione di mutuo consenso a obbligarsi da parte dei contraenti. In altre parole, il consenso manifestato dalle parti, desumibile dal testo e dalle circostanze dell'accordo, offre all'interprete un elemento di discrimine in base a cui qualificarlo, alternativamente, come trattato o accordo non vincolante.

Le caractère, juridique ou purement politique, d'un engagement figurant dans un texte international de nature incertaine dépend de l'intention des parties telle qu'elle peut être établie par les règles habituelles en matière d'interprétation et notamment par l'examen des termes employés pour exprimer cette intention, des circonstances dans lesquelles le texte a été adopté et du comportement ultérieur des parties⁽²⁰⁾.

Analogo discorso vale per le dichiarazioni unilaterali, laddove solo l'intenzione di vincolarsi rende l'atto produttivo di effetti obbligatori⁽²¹⁾. Il problema della distinzione

⁽¹⁷⁾ FAWCETT, *The Legal Character of International Agreements*, cit., p. 385.

⁽¹⁸⁾ «Whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation» precisa, infatti, l'art. 2, par. 1, lett. a), CVDT.

⁽¹⁹⁾ Un elenco di trentanove possibili denominazioni è stato stilato da D. P. MYERS, *The Names and Scope of Treaties*, in «American Journal of International Law», vol. 51, n. 3, 1957, pp. 574-605, p. 576.

⁽²⁰⁾ VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux*, cit., p. 357.

⁽²¹⁾ CPGI, *Status giuridico della Groenlandia orientale*, sentenza del 5 aprile 1933, «P.C.I.J.», series A/B, n. 53, 1933, p. 22 ss., p. 71; CIG, *Esperimenti nucleari (Australia c. Francia)*, giurisdizione e ammissibilità, sentenza del 20 dicembre 1974, in «I.C.J. Reports», 1974, p. 253 ss., pp. 267-268, par. 44-46; *Esperimenti nucleari (Nuova Zelanda c. Francia)*, giurisdizione e ammissibilità, sentenza del 20 dicembre 1974, in «I.C.J. Reports», 1974, p. 457 ss., pp. 472-473, par. 47-49; *Africa del Sud-Ovest (Etiopia c. Sudafrica; Liberia c. Sudafrica)*, questioni

degli atti unilaterali vincolanti dalle dichiarazioni unilaterali di *soft law*, ovvero quelle dichiarazioni meramente politiche che individuano un *modus vivendi* da seguire nelle relazioni con altri Stati, si è imposto all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina in particolare in occasione della controversia tra Australia e Francia relativamente agli *esperimenti nucleari* (1974). Nel caso di specie, si trattava di stabilire il valore giuridico di una serie di dichiarazioni pubbliche effettuate dal Presidente della Repubblica francese, dal Ministro della Difesa, dal Ministro degli Esteri – quest'ultima dinanzi all'Assemblea generale ONU –, nonché di tre dichiarazioni da loro rilasciate alla stampa francese nel corso del 1974, con cui la Francia si impegnava a cessare gli esperimenti atmosferici di armi nucleari da essa condotti nell'Oceano Pacifico ⁽²²⁾. All'esito del giudizio la CIG ha accertato che tali dichiarazioni costituissero una promessa unilaterale vincolante, in quanto – al di là della forma, che, anzi, era piuttosto irrituale – esse avevano un contenuto inequivoco ed erano state pubblicamente rivolte alla comunità internazionale nel suo complesso (*erga omnes*). La Corte, invece, ha categoricamente escluso che ai fini della vincolatività della promessa fossero necessarie la notifica dell'atto a un soggetto specifico né la sua accettazione ⁽²³⁾.

Infine, occorre evidenziare che, se la forma scritta non costituisce un requisito di validità per i trattati, ancor meno può esserlo per gli accordi non vincolanti. Infatti, l'unica conseguenza che deriva dalla conclusione di un trattato in forma orale o tacita ⁽²⁴⁾ è che esso non rientrerà nel campo di applicazione delle CVDT del 1969 e del 1986, ma sarà regolato dalle stesse norme della Convenzione – in quanto ricognitive del diritto consuetudinario e applicabili – e dalle altre norme consuetudinarie non codificate. Non vi è dunque motivo alcuno per escludere che un accordo non vincolante possa essere concluso anche in forma orale ⁽²⁵⁾.

5. Elementi da tenere in considerazione nella determinazione della volontà delle parti di (non) vincolarsi

Occorre rilevare comunque che in presenza di un atto scritto su cui due o più Stati abbiano concordato la CIG si sia mostrata piuttosto severa nell'esaminarne la natura. In tale

preliminari, sentenza del 21 dicembre 1962, in «I.C.J. Reports», 1962, p. 319 ss., pp. 402-404 e 417-418 (opinione separata del giudice Jessup).

⁽²²⁾ CIG, *Esperimenti nucleari (Australia c. Francia)*, cit., in «I.C.J. Reports», 1974, pp. 265-267, par. 34-40.

⁽²³⁾ *Ibidem*, p. 269, par. 50.

⁽²⁴⁾ L'esistenza di un accordo tacito è stata recentemente accertata dalla CIG nell'affare relativo alla *controversia marittima (Perù c. Cile)*, sentenza del 27 gennaio 2014, in «I.C.J. Reports», 2014, p. 3 ss.

⁽²⁵⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., p. 234-235.

contesto potrebbe dirsi – ed è stato talora sostenuto in dottrina – che lo scrutinio vada eseguito sulla base di una presunzione relativa in favore della vincolatività dell’atto, che è possibile superare solo dinanzi a elementi che inconfutabilmente depongano in senso contrario.

5.1. *Dato letterale*

Emblematico di quanto possa in concreto risultare complessa la qualificazione di un accordo è il caso, analizzato da Gautier ⁽²⁶⁾, della Dichiarazione inter-alleata contro gli atti di espropriazione commessi in territori sotto occupazione o controllo nemici (Londra, 5 gennaio 1943). All’atto, infatti, è stata attribuita efficacia vincolante dalle corti interne francese ⁽²⁷⁾ e belga ⁽²⁸⁾, laddove, invece, la Corte d’appello di Singapore ne ha negato la rilevanza ai fini della decisione, in quanto «[it seemed] to have remained an expression of laudable intentions» ⁽²⁹⁾. Allo stesso modo, il Tribunale militare di Norimberga ha piuttosto rapidamente risolto la questione, affermando che la Dichiarazione «does not constitute law» ⁽³⁰⁾.

In alcuni casi le parti agevolano fortemente il lavoro dell’interprete inserendo nell’accordo frasi da cui è possibile dedurre in modo inequivocabile la natura non vincolante dell’atto. Un esempio in tal senso viene dalla Dichiarazione sul commercio in servizi tra Stati Uniti e Israele del 22 aprile 1985, il cui preambolo recita espressamente «the principles set forth below shall not be legally binding».

A volte il testo dell’accordo può contenere frasi di chiusura che, seppur meno esplicite di quella inserita nella citata Dichiarazione sul commercio in servizi tra Stati Uniti e Israele, possono comunque essere rivelatrici della natura dell’atto. In quest’ottica

⁽²⁶⁾ GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, cit., par. 9.

⁽²⁷⁾ Corte d’appello di Parigi, *Werner c. Veuve Rotschild*, sentenza del 18 luglio 1953, in «Journal du Droit International», vol. 80, 1953, p. 868 ss.

⁽²⁸⁾ Tribunale civile di Bruxelles, *de Rotschild c. Teuscher e Société d’Encouragement pour l’Amélioration des Races de Chaveaux en France*, sentenza del 21 maggio 1953, in «International Law Reports», vol. 20, 1953, p. 655 ss., p. 663.

⁽²⁹⁾ Corte d’appello di Singapore, *NV de Bataafsche Petroleum Maatschappi c. Commissione sui danni di guerra*, sentenza del 13 aprile 1956, in «International Law Reports», vol. 23, 1956, p. 810 ss., p. 848 (giudice Whitton).

⁽³⁰⁾ Tribunale militare degli Stati Uniti, VI, *Caso Farben. Stati Uniti d’America c. Carl Krauch*, 30 luglio 1948, in «Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals», vol. VIII, Washington, 1953, p. 1081 ss., p. 1134. È interessante notare che, una volta qualificata come fonte non vincolante, il tribunale ha poi proseguito nel suo ragionamento, rilevando come la Dichiarazione non fosse del tutto priva di effetti, ma anzi rivelasse la visione delle parti rispetto al diritto applicabile: «it is illustrative of the view that offenses against property of the character described in the Declaration were considered by the signatory powers to constitute action in violation of existing international law».

le parti convenute alla Conferenza di Helsinki hanno ritenuto di accogliere la proposta avanzata da URSS, Svizzera e Romania di inserire nell'Atto finale la disposizione conclusiva «not eligible for registration under Article 102 of the Charter of the United Nations»⁽³¹⁾.

Tuttavia, nella maggioranza dei casi, anche quando le parti non abbiano voluto assumere obblighi giuridici, cercano comunque di non dichiarare espressamente la natura non vincolante dell'atto concluso, onde evitare di pregiudicarne anche l'alto valore politico, che nelle reciproche relazioni intendono invece riconoscergli. Pertanto, quando il tenore letterale del testo non sia sufficientemente esplicito, occorre guardare a una serie di elementi⁽³²⁾.

In primo luogo, per quanto non sia un elemento decisivo, certamente il nome che le parti hanno dato all'accordo rappresenta un primo indice da cui partire nella ricostruzione della natura vincolante o meno dell'atto⁽³³⁾. Sintomatico dell'intenzione di non assumere obblighi giuridici, infatti, è l'impiego di termini come *memorandum d'intesa* (*memorandum of understanding*), accordo tra gentiluomini (*gentlemen's agreement*), dichiarazione congiunta (*joint declaration*), dichiarazione (*statement*), piano d'azione (*plan of action*), dichiarazione d'intenti (*declaration of intent*), dichiarazione di principi (*declaration of principles*), atto finale (*final act*). Occorre comunque essere molto cauti, poiché la prassi offre numerosi esempi di accordi vincolanti conclusi con uno dei nomi sopra elencati⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ Sul punto si veda RUSSEL, *The Helsinki Declaration*, cit., pp. 247-248.

⁽³²⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., pp. 241-242.

⁽³³⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., pp. 233-234.

⁽³⁴⁾ La Dichiarazione congiunta del Governo del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord e del Governo della Repubblica popolare cinese sulla questione di Hong Kong, Beijing, 19 dicembre 1984, in United Nations, «Treaty Series», vol. 1399, 1985, pp. 61-73; il Memorandum d'intesa sui beni tedeschi in Italia, Roma, 29 marzo 1957, in United Nations, «Treaty Series», vol. 283, 1957, p. 137 ss; cfr. MCNAIR, *Law of Treaties*, cit., p. 15. Il Memorandum d'intesa sui marchi tedeschi in Italia, Roma, 5 luglio 1956, in United Nations, «Treaty Series», vol. 258, 1957, p. 371 ss.; il Memorandum d'intesa riguardante le istanze di cittadini britannici ai sensi dell'articolo 78 del Trattato di pace con l'Italia, Roma, 29 marzo 1957, in United Nations, «Treaty Series», vol. 310, 1958, p. 11 ss; il Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, Roma, 2 febbraio 2017. Sul punto si veda PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 69, ma bisogna segnalare che in un rapporto recentemente presentato al Comitato contro la tortura l'Italia abbia dichiarato che «The Italian-Libyan agreement was a memorandum of understanding and as such it was not legally binding»: cfr. *Committee against Torture considers report of Italy*, Ginevra, 15 novembre 2017. La Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, che autorevole dottrina considera un accordo vincolante: cfr. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, cit., pp. 145-146; nel senso che si tratti di un accordo vincolante tra Ue e Turchia:

In secondo luogo, bisogna guardare alla struttura dell'atto e alla tecnica di redazione: l'assenza di un preambolo o di una disposizione sull'entrata in vigore e sull'estinzione, la mancata suddivisione del testo in sezioni e articoli corredati da rubrica sono tutti elementi indicativi del fatto che le parti abbiano inteso quel testo come un programma politico su cui basare la propria futura cooperazione ⁽³⁵⁾.

Un terzo elemento da considerare riguarda l'impiego di una terminologia più cauta quale la forma debole della doverosità «should» o «will» in luogo di «shall», «agree» o «undertake», così come «come into force» viene generalmente sostituito da «come into operation» e «take effect» ⁽³⁶⁾. Espressioni più irrituali come «participants» o «participating States»³⁷ possono essere impiegate al posto delle più consolidate «high contracting parties», «members», per indicare le parti dell'accordo ⁽³⁸⁾. Di contro, non è un elemento in sé dirimente il tenore letterale più vago o specifico degli impegni assunti ⁽³⁹⁾, in quanto nella prassi è possibile rinvenire sia trattati contenenti obblighi piuttosto indefiniti e programmatici, come la Convenzione sulla sicurezza nucleare del 1994 ⁽⁴⁰⁾, sia atti di *soft law* dal tenore letterale molto dettagliato (ad esempio, l'Atto finale della Conferenza di Helsinki). A tale riguardo, vale la pena ricordare come già McNair mettesse in guardia dai rischi di considerare un trattato ogni accordo interstatale che adotti una forma e un linguaggio solenni ⁽⁴¹⁾.

Un dato sicuramente più affidabile riguarda la previsione, all'interno dell'accordo, di un meccanismo vincolante di risoluzione delle controversie – ad esempio, una clausola compromissoria –, compatibile esclusivamente con l'intenzione delle parti di assumere obblighi giuridici. Di contro, non fornisce alcuna indicazione particolarmente utile la materia in cui ricade la regolazione, potendo le parti liberamente scegliere quale adottare tra i diversi strumenti di cooperazione internazionale a loro disposizione.

In conclusione, preme ribadire che il dato letterale senza dubbio costituisce il riferimento primario da cui partire ai fini della ricostruzione della volontà dalle parti e della determinazione della natura giuridica di un atto. Gli elementi sopra menzionati,

J. DE VRIEZE, *The legal nature of the EU-Turkey Statement. Putting NF, NG and NM v. European Council in perspective*, Ghent University, 2018.

⁽³⁵⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., p. 234.

⁽³⁶⁾ AUST, *The Theory and Practice*, cit., p. 800.

⁽³⁷⁾ È il caso dell'Atto finale della Conferenza di Helsinki (1975).

⁽³⁸⁾ Predominante nella Dichiarazione di Barcellona del 1995.

⁽³⁹⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., pp. 235-236.

⁽⁴⁰⁾ Altri esempi sono riportati da BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, cit., *passim*.

⁽⁴¹⁾ «It would be a mistake to assume that every agreement between States which adopts the form and language of a treaty creates or is intended to create international legal obligations and is therefore strictly entitled to be classified as a treaty. Frequently Heads of States... concur in making declarations of policy which they regard as morally and politically binding but which do not create legal obligations between their States», MCNAIR, *The Law of Treaties*, cit., p. 6.

tuttavia, considerati singolarmente non possono offrire niente più che degli indici, ma nessuno di essi, di per sé, è decisivo ai fini della qualificazione dell'atto, a cui, invece, si può giungere solo attraverso un loro esame combinato.

5.2. *Dato contestuale*

Quando i dati intrinseci all'atto da interpretare non sono sufficienti a raggiungere un risultato certo sulla sua natura, occorre volgere l'attenzione a dati estrinseci, ovvero alle circostanze in cui l'accordo è stato concluso e alla prassi successiva delle parti ⁽⁴²⁾.

Per quanto concerne il primo aspetto, vengono in rilievo le dichiarazioni effettuate dalle parti in occasione della conclusione dell'accordo, da cui sia possibile evincere la loro considerazione circa la natura dell'accordo raggiunto. Ad esempio, durante la Conferenza di Helsinki alcuni delegati diplomatici precisarono che dall'accordo non sarebbero scaturiti vincoli giuridici e il Primo ministro britannico Wilson lo definì un «obbligo morale» ⁽⁴³⁾.

Con riferimento poi alla prassi successiva, occorre osservare il contegno tenuto dalle parti dopo la conclusione dell'accordo. Un primo elemento da prendere in considerazione può essere individuato nella pubblicazione a livello domestico o nella richiesta di registrazione al Segretariato generale *ex art.* 102 della Carta ONU ⁽⁴⁴⁾. Se, in proposito, da un lato occorre ricordare che la registrazione non ha il potere di conferire natura vincolante a un accordo che già non sia tale, così come la sua omissione non priva il trattato della propria efficacia obbligatoria, essa, dall'altro, può costituire un indice di come le parti abbiano inteso il consenso prestato. Tale circostanza assume un rilievo addirittura maggiore, se si tiene conto del fatto che le parti potrebbero non essere dello stesso avviso circa gli effetti dell'atto concluso.

In secondo luogo, l'interprete può tenere conto anche delle dichiarazioni pubbliche circa il valore dell'accordo, compiute da una parte nel periodo successivo alla sua conclusione, a maggior ragione se le altre parti vi abbiano prestato acquiescenza. Come esempio a tale riguardo, si possono richiamare le affermazioni con cui il Segretario di Stato statunitense Henry Kissinger ha negato che la Dichiarazione dei principi fondamentali sulle relazioni tra Stati Uniti e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche, del 29 maggio 1972, e l'Accordo tra Stati Uniti e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche sulla prevenzione della guerra nucleare, del 22 giugno 1973, fossero

⁽⁴²⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., pp. 239-241.

⁽⁴³⁾ „Europa Archiv. Zeitschrift für internationale Politik“, D. 30, 1975, 543.

⁽⁴⁴⁾ AUST, *The Theory and Practice*, cit., p. 803.

atti giuridici ⁽⁴⁵⁾. Analogamente, a circa un anno di distanza dalla Conferenza di Yalta l'allora Segretario di Stato James Byrnes si riferì all'atto concluso come a «the agreement between the President of the United States, Franklin D. Roosevelt, the Prime Minister of Great Britain, Winston Churchill, and Generalissimo Stalin» ⁽⁴⁶⁾, e non come a un accordo tra Stati.

Occorre, infine, valutare attentamente la prassi interna degli Stati parte con particolare riferimento alle modalità con cui abbiano recepito l'atto al proprio interno, sotto il profilo dell'adattamento, e al valore che i diversi organi statali gli abbiano riconosciuto nell'esercizio delle rispettive funzioni.

6. *Le parti*

Gli accordi non vincolanti possono essere conclusi tra Stati, Stati e organizzazioni internazionali o soltanto tra queste ultime. Quanto agli accordi interstatali, essi vengono negoziati e sottoscritti dai rispettivi governi, in persona dei più alti rappresentanti, in base al grado di solennità che si intende riconoscere all'atto, ma senza che tale dato possa essere preso come elemento differenziale rispetto ai trattati.

Solitamente i rappresentanti governativi richiamano nel testo degli accordi gli Stati per conto di cui agiscono. Ciononostante, nella prassi è possibile individuare accordi non vincolanti in cui viene omesso ogni riferimento agli Stati contraenti, figurando esclusivamente singoli organi di vertice, nella loro personalità individuale (cd. *leaders agreements*) ⁽⁴⁷⁾. Ad esempio, nell'Accordo di Yalta non viene mai esplicitato che Churchill, Roosevelt e Stalin stessero agendo per conto dei rispettivi paesi, così come in calce alla Carta Atlantica compaiono esclusivamente i nomi del Presidente statunitense e del Primo ministro britannico, senza ulteriori riferimenti alle rispettive funzioni governative. Strettamente collegata a questa prima categoria è quella dei cd. accordi amministrativi (cd. *administrative agreements*), negoziati e conclusi a livello delle singole agenzie ministeriali o dipartimentali di due o più Stati.

In dottrina è stato talvolta sostenuto che, quando non vi sia un'esplicita menzione testuale dello Stato nel testo dell'accordo (*contemplatio domini*), questo debba essere

⁽⁴⁵⁾ «There statements of principles [...]. Nor are they a legal contract; rather, they are an aspiration and a yard-stick by which we assess Soviet behaviour», «Department of State Bulletin», vol. 71, 1974, p. 510.

⁽⁴⁶⁾ «Department of State Bulletin», vol. 14, n. 347, 24 febbraio 1946, p. 267 ss., p. 282.

⁽⁴⁷⁾ BRIGGS, *The Leaders' Agreement*, cit.; GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., p. 237. Per un'ampia disamina della tendenza all'impiego di questi strumenti relativamente alla prassi degli Stati Uniti si veda O. A. HATHAWAY, *Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, in «Yale Law Journal», vol. 117, n. 7, 2008, pp. 1236-1567.

considerato attribuibile ai soli soggetti che l'hanno sottoscritto nella loro personalità individuale, alla stregua di un impegno tra parti private ⁽⁴⁸⁾. Si tratta, però, di una conclusione da non condividere, in quanto, ai fini dell'attribuibilità dell'atto, la proiezione della personalità giuridica dello Stato su organi di vertice come capi di Stato o di governo è tale da non richiedere come condizione indefettibile un'esplicita spendita del nome. In proposito basti ricordare che in conformità a quanto previsto dall'art. 4 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati un organo statale vada individuato in qualunque soggetto (persona fisica o giuridica) che sia qualificato tale dal singolo ordinamento interno. Inoltre, per il diritto internazionale la condotta di un organo deve essere attribuita allo Stato a cui appartiene, indipendentemente dalla funzione legislativa, esecutiva o giudiziaria che esso eserciti. Pertanto, non vi è dubbio che anche nelle ipotesi appena considerate i rappresentanti governativi agiscano per conto dello Stato che rappresentano ⁽⁴⁹⁾, alla cui personalità giuridica, dunque, deve essere ricondotto l'accordo concluso, indipendentemente dalla natura vincolante o meno dell'atto.

7. *Procedimento di conclusione*

Una delle ragioni più rilevanti per cui gli Stati tendono a stipulare accordi non vincolanti risiede nel fatto che per la loro conclusione non sia prescritta alcuna specifica procedura, la qual cosa rende lo strumento preferibile nei casi in cui si desideri giungere a un accordo nel più breve tempo possibile. Ovviamente, si tratta di un vantaggio da considerare in termini relativi, in quanto gli Stati, pur consapevoli del fatto che l'accordo non produrrà effetti obbligatori, nella prassi tendono comunque a negoziarne il testo in modo piuttosto scrupoloso.

In generale, può dirsi che con la sottoscrizione da parte dei rappresentanti dei rispettivi governi il testo venga autenticato e, al contempo, l'accordo non vincolante diventi immediatamente efficace. Ne consegue che le parti possono legittimamente omettere le formalità del procedimento solenne di conclusione dei trattati, dettate dalla CVDT.

Inoltre, occorre rilevare come gli accordi non vincolanti sfuggano anche alle norme che disciplinano la ratifica dei trattati a livello interno dei singoli ordinamenti costituzionali e che comunque prevedano altre forme di controllo sul potere esecutivo cui compete la politica estera da parte degli altri organi costituzionali. Se ciò può dirsi vero

⁽⁴⁸⁾ P. REUTER, *Introduction to the Law of Treaties*, London, Pinter, 1989, p. 26; ID., *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, p. 121; EISEMANN, *Le Gentlemen's Agreement*, cit., p. 327 ss.

⁽⁴⁹⁾ J. KLABBERS, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague, Nijhoff, 1996, p. 101, 103; MCNAIR, *Law of Treaties*, cit., p. 20; FITZMAURICE, ELIAS, *Contemporary Issues*, cit., pp. 33-34.

in prima approssimazione, bisogna all'inverso riconoscere che non si tratta di un carattere intrinseco all'accordo non vincolante e come questo specifico aspetto, in realtà, dipenda integralmente dall'assetto costituzionale di ciascuno Stato e dalle forme di controllo a cui deve soggiacere l'attività del governo⁽⁵⁰⁾. È, infatti, ben possibile che, a prescindere dalla natura vincolante o meno dell'accordo da esso eventualmente concluso, il governo sia in vario modo tenuto a informare il parlamento o gli altri organi di rilievo costituzionale.

8. *Registrazione*

Un altro motivo per cui gli Stati possono preferire ricorrere agli accordi non vincolanti concerne la riservatezza che tali strumenti assicurano loro, essendo sottratti agli obblighi di registrazione e pubblicazione normalmente previsti per i trattati⁽⁵¹⁾. Sotto il primo profilo, infatti, occorre rilevare che nei confronti degli accordi non vincolanti non sia chiaramente operante l'art. 80 della CVDT, che per i soli trattati reca l'obbligo di registrazione presso il Segretariato generale delle Nazioni Unite. D'altra parte, bisogna considerare che l'art. 102 della Carta ONU impone agli Stati membri di depositare presso il Segretariato generale delle Nazioni Unite non solo i trattati, ma anche, più genericamente, altri «international agreements»⁽⁵²⁾. Tale circostanza potrebbe far sorgere il legittimo dubbio che anche gli accordi non vincolanti siano soggetti all'obbligo di registrazione⁽⁵³⁾. In realtà, quando alla Conferenza di San Francisco i redattori affrontarono questo punto, l'unico motivo che li spinse a includere la locuzione «and international agreements» derivava loro dalla consapevolezza della difficoltà di dare una definizione precisa di «trattato» – questione che, infatti, a lungo impegnerà il successivo processo di codificazione del diritto dei trattati –, per cui preferirono optare per una formulazione più ampia⁽⁵⁴⁾. Ciò, però, non vuol dire affatto che essi abbiano voluto

⁽⁵⁰⁾ AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., p. 37.

⁽⁵¹⁾ AUST, *The Theory and Practice*, cit., pp. 789-790. Esistono, infatti, materie – come la difesa o la sicurezza nazionale – in cui gli Stati possono avvertire una maggiore ritrosia a rendere pubblici i propri accordi; cfr. AUST, *The Theory and Practice*, cit., pp. 792-793.

⁽⁵²⁾ Art. 102 Carta ONU «1. Every treaty and every international agreement entered into by any Member of the United Nations after the present Charter comes into force shall as soon as possible be registered with the Secretariat and published by it. 2. No party to any such treaty or international agreement which has not been registered in accordance with the provisions of paragraph 1 of this Article may invoke that treaty or agreement before any organ of the United Nations».

⁽⁵³⁾ «The position under Article 102 is not so clear. For the expression 'treaty or international agreement' is wide enough to include agreements not creating legal relations», FAWCETT, *The Legal Character of International Agreements*, cit., p. 389-390.

⁽⁵⁴⁾ Dopo un iniziale tentativo di definire il perimetro degli accordi soggetti a registrazione, alla prima sessione dell'Assemblea generale la Prima sottocommissione del Sesto comitato convenne circa la «undesirability of attempting at this time to define in detail the kinds of treaty

ricomprendere gli accordi non vincolanti nel campo di applicazione della disposizione in commento. In senso chiarificatore occorre notare che l'art. 102, par. 2, sanziona la mancata registrazione di un accordo con la conseguente l'impossibilità per una parte di fondare su di esso una propria pretesa dinanzi a un organo delle NU, compresa la CIG. Ebbene, non avrebbe senso sanzionare in tal modo la mancata registrazione di un accordo non vincolante che, come tale, di per sé già non potrebbe fondare alcuna pretesa, almeno non in modo diretto ⁽⁵⁵⁾.

Inoltre, occorre considerare che anche l'art. 18 del Patto della Società delle Nazioni prevedeva un obbligo di registrazione esclusivamente per gli accordi volti a creare obblighi giuridici ⁽⁵⁶⁾. A tale riguardo si osservi come un *memorandum* del Segretario generale, approvato dal Consiglio della Società il 19 maggio 1920, interpretava l'art. 18 come recante un obbligo di registrazione «not only any formal Treaty of whatsoever character and any International Convention, but also any other International Engagement or Act by which nations or their Governments intend to establish legal obligations between themselves and another State, Nation or Government» ⁽⁵⁷⁾. Studi comparativi sulle due disposizioni hanno evidenziato come, in realtà, esse si differenzino per il più ristretto ambito che l'art. 102 della Carta ONU presenterebbe rispetto a quello dell'art. 18 del Patto della Società delle Nazioni, mentre entrambi invece escluderebbero dalla propria sfera di validità materiale gli accordi non vincolanti ⁽⁵⁸⁾.

Altra cosa poi è rilevare come nella prassi successiva il Segretariato generale abbia ritenuto di non esercitare un controllo stringente sulla natura degli atti registrati, essendo

or agreement requiring registration under the Charter, it being recognized that experience and practice will in themselves aid in giving definition to the terms of the Charter»: cfr. «Repertory of Practice of United Nations Organs», vol. 5, 1945-1954, p. 292. In tal senso B. SIMMA *et al.*, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2 voll., third edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 2, p. 2092.

⁽⁵⁵⁾ Sugli effetti indiretti degli accordi non vincolanti si avrà modo di tornare a breve. Il punto viene sollevato in particolare da AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., p. 39, laddove l'autore chiarisce come anche gli accordi non vincolanti che non siano stati registrati *ex art.* 102 della Carta ONU possano essere invocati in giudizio dinanzi alla CIG non come atti giuridici, ma come fatti giuridici, in quanto essi non costituiscono la fonte diretta di una pretesa, ma un fatto produttivo di effetti giuridici in base ad altre norme.

⁽⁵⁶⁾ Art. 18 Covenant of the League of Nations. «Every treaty or international engagement entered into hereafter by any Member of the League shall be forthwith registered with the Secretariat and shall as soon as possible be published by it. No such treaty or international engagement shall be binding until so registered».

⁽⁵⁷⁾ League of Nations, «Treaty Series», vol. 1, 1920, p. 7 ss. Sull'art. 18 si veda M. O. HUDSON, *The Registration and Publication of Treaties*, in «American Journal of International Law», vol. 19, n. 2, 1925, pp. 273-292, p. 276.

⁽⁵⁸⁾ In tal senso M. BRANDON, *Analysis of the Terms "Treaty" and "International Agreement" for Purposes of Registration Under Article 102 of the United Nations Charter*, in «American Journal of International Law», vol. 47, n. 1, 1953, pp. 49-69, p. 50-55.

tal volta accaduto che anche accordi non vincolanti venissero registrati ⁽⁵⁹⁾. D'altra parte, così come la mancata registrazione di un trattato non incide sulla sua efficacia obbligatoria, allo stesso modo la registrazione di un accordo non vincolante non ne altera la natura. Sicché può concludersi che oggi, pur non essendoci uno specifico obbligo di registrare gli accordi non vincolanti ⁽⁶⁰⁾, la prassi ha evidenziato che la loro eventuale spontanea registrazione costituisce un atto lecito per gli Stati che ne facciano richiesta e per il Segretario generale che vi dia seguito.

Infine, per quanto attiene alla pubblicazione – a livello internazionale – da parte del Segretariato generale, ai sensi dell'art. 102, par. 1, della Carta ONU, occorre rilevare che essa, pur non essendo oggetto di un obbligo per gli accordi non vincolanti, abbia comunque luogo ogniqualvolta questi vengano registrati.

9. Pubblicazione

Quanto invece alla pubblicazione, è importante precisare che, se, in genere, a livello statale è previsto l'obbligo di pubblicare i trattati all'interno di raccolte ufficiali come bollettini o gazzette, analogo dovere non sempre esiste per gli atti del tipo in esame. A tale riguardo, comunque, due precisazioni sembrano opportune. In primo luogo, l'assenza di un obbligo di pubblicazione non sta a significare che gli accordi non vincolanti siano sistematicamente accordi segreti; tutt'altro. Spesso essi vengono pubblicati ugualmente ⁽⁶¹⁾ e nella maggioranza dei casi sono comunque resi accessibili. In secondo luogo, non si può non rilevare come, in realtà, tale aspetto sia integralmente dipendente dall'assetto costituzionale dei singoli Stati e dai meccanismi di controllo che esso predispone sull'attività dell'esecutivo, come si avrà modo di spiegare meglio nel paragrafo successivo.

⁽⁵⁹⁾ Ad esempio, la Dichiarazione dei Ministri degli esteri di Stati Uniti, Regno Unito e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche sulla Conferenza di Mosca, del 27 dicembre 1945, e il Rapporto dell'incontro dei Ministri degli esteri di Stati Uniti, Regno Unito e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche, del 26 dicembre 1945, entrambi in United Nations, «Treaty Series», vol. 20, 1948, pp. 259 e 272. Sul punto si veda *Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht*, cit., p. 97.

⁽⁶⁰⁾ BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, cit., p. 558; AUST, *The Theory and Practice*, cit., p. 790.

⁽⁶¹⁾ Basti citare il caso dell'Accordo di Yalta (11 febbraio 1945) tra Churchill, Roosevelt e Stalin, che, pur non vincolante, è stato pubblicato negli Stati Uniti sia nella «State Department Executive Agreements Series», n. 498 sia nello «U.S. Treaties in Force», 1963, p. 324.

10. *Elusione delle garanzie costituzionali degli ordinamenti interni*

Il ricorso agli accordi non vincolanti è spesso giustificato dal fatto che le parti, per ragioni di speditezza, intendono sottrarsi non solo alla rigidità del diritto dei trattati ma anche alle procedure generalmente previste a livello costituzionale dai singoli ordinamenti statali. Ciò costituisce uno dei motivi per cui la tipologia di accordi in esame è vista con sospetto, giacché, in questa maniera, l'esecutivo sfuggirebbe al controllo parlamentare o, comunque, a quello implicito nel coinvolgimento degli altri organi di rilievo costituzionale. In realtà, occorre innanzitutto rilevare che si tratta di una questione non regolata dal diritto internazionale e, invece, fortemente influenzata dalla cultura democratica del singolo ordinamento statale e dallo specifico assetto dei pesi e contrappesi previsti a livello costituzionale in relazione all'azione di governo. La prassi mostra come gli Stati siano ancora ben lontani dal manifestare un approccio comune. Inoltre, bisogna evidenziare che neanche il ricorso al trattato, di per sé, garantisce sempre e comunque il coinvolgimento del parlamento: nell'ordinamento italiano basti pensare al caso in cui sia stato concluso un trattato in una materia per cui non è richiesta l'autorizzazione alla ratifica o a quello in cui si sia optato per un accordo in forma semplificata, che omette anche la ratifica.

Infine, la possibilità di sfuggire al controllo parlamentare e a quello degli altri organi costituzionali non costituisce un limite intrinseco allo strumento di *soft law*. A conferma di questa affermazione può essere utile ricordare come negli Stati Uniti si sia giunti a rivedere il riparto delle competenze tra governo e parlamento in materia di politica estera. Nel periodo *post* Vietnam un'inchiesta giornalistica accertò che durante la guerra diverse amministrazioni presidenziali avessero concluso accordi che, pur impegnando il paese sul piano internazionale, non costituivano «trattati» vincolanti e, dunque, non erano stati sottoposti all'approvazione del Senato. Ebbene, come giustamente fa notare Baxter ⁽⁶²⁾, il Congresso reagì con fermezza, approvando nel 1972 il Case-Zablocki Act, con cui, da quel momento, il Dipartimento di Stato era obbligato a trasmettere al Congresso, entro sessanta giorni dalla loro conclusione, «oltre ai trattati, il testo di qualunque accordo internazionale (compresi gli accordi orali, il cui contenuto avrebbe dovuto essere messo per iscritto), di cui fossero parte gli Stati Uniti» ⁽⁶³⁾. Allo stesso modo, qualunque accordo concluso per conto degli Stati Uniti da una delle sue articolazioni statali avrebbe dovuto essere inviato al Dipartimento di Stato entro venti giorni. Anche se tale disciplina è stata successivamente rivista ⁽⁶⁴⁾, l'episodio è indicativo

⁽⁶²⁾ BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, cit., p. 554.

⁽⁶³⁾ Traduzione dell'autore. Cfr. Public Law 92-403 of 22 August 1972, as amended United States Code, title 1, section 112b «United States international agreements; transmission to Congress»).

⁽⁶⁴⁾ Nel 1979, infatti, viene conferita una delega al Presidente, affinché, attraverso il Segretario di Stato, adotti dei regolamenti attuativi del «Case Act». In questo quadro, il 13 luglio 1981 il

del fatto che le garanzie di pubblicità e controllo sull'operato dei governi da parte degli altri organi costituzionali inevitabilmente risentono della sensibilità giuridica propria di ciascun ordinamento statale ⁽⁶⁵⁾.

11. *Efficacia*

In apertura di questa sezione occorre una premessa. Parlare di «efficacia», «entrata in vigore» o «parti contraenti» in relazione ad accordi non vincolanti potrebbe apparire per certi versi improprio. In realtà, l'impiego di tali espressioni risulterà senz'altro meno paradossale una volta chiarito che l'efficacia a cui si fa riferimento non consiste – come per i trattati – nell'idoneità a costituire modificare o estinguere rapporti giuridici in capo alle parti (*legally binding*), ma in quella di produrre obblighi di natura politica (*politically binding*). Gli Stati, infatti, ricorrono agli accordi non vincolanti per regolare le proprie condotte, riservandosi, però, al contempo, un certo grado di flessibilità, incompatibile con lo strumento del diritto. Considerato che avrebbero potuto non entrare in alcun accordo, laddove, invece, abbiano deciso di cooperare, bisogna dedurre che siano intenzionati a rispettare gli impegni presi e si aspettino un analogo contegno dalle altre parti (*favor seriositatis*) ⁽⁶⁶⁾. Proprio questa aspettativa, dunque, costituisce il primo effetto degli accordi non vincolanti ⁽⁶⁷⁾.

Nella misura in cui gli Stati avvertono l'esigenza di dar loro seguito, per non tradire la parola data e così rischiare di minare la propria credibilità internazionale, gli accordi non vincolanti, di fatto, limitano la loro libertà di azione e, dal momento in cui esistono, non possono più essere ignorati ⁽⁶⁸⁾. Dunque, quale loro ulteriore effetto occorre richiamare l'attenzione sulla loro forza normativa, intesa come idoneità di una fonte a costituire un astratto modello in base al quale i consociati possono orientare le proprie condotte: «[the] directive effort to influence the will and restrict the will» ⁽⁶⁹⁾. Si tratta di una proprietà senz'altro comune agli accordi non vincolanti e ciò spiega per quale ragione essi, in base

Dipartimento di Stato adotta le «International Agreement Regulations», che restringono il campo di applicazione dell'obbligo di notifica al Senato ai soli accordi vincolanti: perché vi sia un accordo internazionale ai fini del «Case Act», «parties must intend their undertakings to be legally binding, and not merely of political or personal effect»; cfr. 22 Code of Federal Regulations, Part 181 «Coordination, reporting and publication of international agreements», in «Federal Register», vol. 46, n. 133, 13 July 1981, p. 35918 ss.

⁽⁶⁵⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., p. 241.

⁽⁶⁶⁾ BOTHE, *Legal and Non-Legal Norms*, cit., p. 85.

⁽⁶⁷⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., p. 243-244.

⁽⁶⁸⁾ SCHACHTER, *The Twilight Existence*, cit., p. 303.

⁽⁶⁹⁾ TAMMES, *Soft Law*, cit., p. 187.

alle circostanze, possano rivelarsi strumenti non meno affidabili dei trattati sul piano dell'effettività ⁽⁷⁰⁾.

In proposito si osservi quanto affermato dal tribunale arbitrale che, sotto gli auspici della Corte permanente di arbitrato (CPA), ha deciso sulla controversia, tra Belgio e Paesi Bassi, relativamente alla *linea ferroviaria Reno di ferro* (2005) ⁽⁷¹⁾. Si tratta di una linea che collega Belgio e Germania, attraversando i Paesi Bassi, in cui il primo Stato vanta un diritto di passaggio in base al Trattato di separazione del 1839. Dopo un lungo periodo di disuso, il Belgio era intenzionato a ripristinare il collegamento, ma è sorta una disputa con i Paesi Bassi in relazione al suo diritto di passaggio e all'allocazione dei costi e dei rischi per la riattivazione della linea. In questo contesto il tribunale ha esaminato il *memorandum* d'intesa che i due paesi hanno concluso nel 2000.

156. The Parties agree that, as a matter of international law, the March 2000 MoU is not a binding instrument (BR, p. 29, para. 32; NR, p. 7, para. 26). At the same time, it was clearly not regarded as being without legal relevance. The Parties have in fact given effect to a number of provisions of the March 2000 MoU (see paragraph 159 below). Further, Belgium has spoken of it as “lapsing” when the date envisaged therein for the dual decision – “mid 2001 at the latest” – was not met. Belgium concludes that, as a consequence, “Belgium’s undertaking to finance costs of temporary activation has equally lapsed”.

157. The Tribunal notes that, in the arguments that the Parties advance in respect of certain of the Questions put to the Tribunal, the March 2000 MoU is equally not treated as legally irrelevant. Principles of good faith and reasonableness lead to the conclusion that the principles and procedures laid down in the March 2000 MoU remain to be interpreted and implemented in good faith and will provide useful guidelines to what the Parties have been prepared to consider as compatible with their rights under Article XII of the 1839 Treaty of Separation and the Iron Rhine Treaty.

A riprova del valore che la diplomazia internazionale riconosce agli accordi di fatto può essere utile ricordare quanto affermato dal Segretario di Stato americano Henry Kissinger dinanzi alla Commissione degli affari esteri del Senato nell'ottobre del 1975 ⁽⁷²⁾. Chiamato a deporre sugli impegni assunti dagli Stati Uniti nei confronti di Israele, in concomitanza con la conclusione del II Accordo provvisorio di ritiro dal Sinai (Ginevra, 4 settembre 1975) tra il paese mediorientale e l'Egitto, egli ha efficacemente spiegato che, pur trattandosi di assicurazioni non vincolanti,

⁽⁷⁰⁾ NOLLKAEMPER, *The Distinction Between Non-Legal and Legal Norms*, cit., pp. 369-370.

⁽⁷¹⁾ CPA, *Linea ferroviaria Reno di Ferro* («Ijzeren Rijn»), arbitrato tra Belgio e Paesi Bassi, lodo del 24 maggio 2005, in «Reports of International Arbitral Awards», vol. 27, 2007, pp. 35-125, p. 67, par. 156-157.

⁽⁷²⁾ L'episodio è stato efficacemente esaminato da SCHACHTER, *The Twilight Existence*, cit., p. 303, nt. 26.

[that] does not mean, of course, that the United States is morally or politically free to act as if they did not exist. On the contrary, they are important statements of diplomatic policy and engage the good faith of the United States as long as the circumstances that gave rise to them continue. But they are not binding commitments of the United States ⁽⁷³⁾.

Un terzo effetto si concretizza allorché la materia regolata ricada nel dominio riservato degli Stati, il che è verosimile e potrebbe costituire proprio una delle ragioni per cui si è fatto ricorso ad un accordo non vincolante. In tale ipotesi, le parti contraenti, pur non potendo pretendere l'osservanza degli impegni presi, sono quantomeno legittimate a ingerirsi negli affari interni dello Stato inadempiente, nei limiti in cui l'atto concluso abbia reso la questione di interesse internazionale ⁽⁷⁴⁾.

Di norma, gli accordi non vincolati producono efficacia immediatamente dal momento della firma, ma nulla vieta alle parti di inserire condizioni o termini sospensivi ⁽⁷⁵⁾. In questo contesto «entrata in vigore» sta a indicare il momento a partire dal quale gli impegni presi possono dirsi operanti nei rapporti internazionali delle parti contraenti. Spesso espressioni «come into operation», «take effect» compaiono in sostituzione della più tradizionale «come into effect».

Quanto alla durata, si è soliti dire che gli accordi in esame «valgono sinché valgono», ovvero fintantoché le parti sentano l'esigenza di rispettarli. Questo aspetto – in ossequio a una lunga tradizione di studi internazionalistici che ha fatto ampio ricorso a concetti mutuati dal diritto privato – potrebbe condurre a leggere gli accordi non vincolanti attraverso lo schema del contratto estinguibile *ad nutum*, per effetto, cioè, della dichiarazione unilaterale di una delle parti ⁽⁷⁶⁾. Pur suggestiva, tale ricostruzione non sembra tuttavia trovare riscontro nella prassi, nella misura in cui essa avrebbe come logica conseguenza che, prima dell'eventuale recesso, le parti sarebbero giuridicamente obbligate a rispettare gli impegni assunti, sicché, in caso d'inosservanza, esse incorrerebbero in un illecito.

Più fortunata, invece, ci appare l'analogia – sempre di derivazione civilistica – con le obbligazioni naturali ⁽⁷⁷⁾. In primo luogo, anch'esse consistono in doveri di natura morale o sociale, capaci di produrre certi effetti sul piano giuridico. In secondo luogo, al pari degli accordi non vincolanti, non possono costituire l'oggetto di una pretesa giudiziale. Infine, un'altra caratteristica delle obbligazioni naturali consiste nell'impossibilità, per le parti che vi abbiano dato spontanea esecuzione, di richiedere la

⁽⁷³⁾ «Department of State Bulletin», vol. 73, n. 1896, 27 ottobre 1975, p. 609 ss., p. 613.

⁽⁷⁴⁾ GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, cit., par. 14.

⁽⁷⁵⁾ AUST, *The Theory and Practice*, cit., p. 789.

⁽⁷⁶⁾ Tale ipotesi viene considerata e criticata da SCHACHTER, *The Twilight Existence*, cit., p. 300.

⁽⁷⁷⁾ BOTHE, *Legal and Non-Legal Norms*, cit., p. 66.

ripetizione di quanto prestato (*nec actio, nec repetitio*). Simmetricamente, la parte beneficiaria dell'adempimento acquista un diritto a trattenere quanto ricevuto (*soluti retentio*). Emerge, dunque, un terzo effetto degli accordi non vincolanti che dà luogo a un *fenomeno preclusivo* particolarmente illuminante rispetto all'efficacia degli atti non vincolanti, come si avrà modo di osservare nel dettaglio più avanti. Basti qui aggiungere che anche per gli accordi non vincolanti non è possibile delineare alcun diritto in capo alle parti, le quali, se, però, adempiono agli impegni presi, sono precluse dal richiedere o disconoscere quanto prestato.

12. Effetti indiretti

12.1. 'Estoppel' e acquiescenza

In aggiunta a quanto si è avuto modo di osservare nel paragrafo precedente, ci si chiede se agli accordi non vincolanti possano essere ricollegati effetti giuridici immediati. Infatti, sebbene un accordo non vincolante, per definizione, sia di per sé inidoneo a produrre effetti obbligatori, ciò non esclude che, a certe condizioni, da esso possano *indirettamente* derivare diritti e obblighi. A tale proposito occorre richiamare il principio di buona fede e, in particolare, l'istituto dell'*estoppel*, che del primo costituisce un'estrinsecazione. Il dovere di buona fede, infatti, rappresenta un principio generale di diritto internazionale che trova applicazione nelle relazioni interstatali a prescindere dal fatto che queste siano o meno regolate da fonti pattizie. Ebbene, anche un atto di *soft law* può dar luogo a un *estoppel*⁽⁷⁸⁾. Infatti, qualora attraverso un accordo non vincolante uno Stato ne induca un altro ad avere una certa rappresentazione rispetto a uno stato di cose e il secondo, confidando su tale rappresentazione, agisca a proprio svantaggio o per l'altrui vantaggio, al primo è precluso disconoscere gli effetti dell'accordo; sul punto si rinvia al Capitolo III.

⁽⁷⁸⁾ AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., pp. 45-46; AUST, *The Theory and Practice*, cit., pp. 810-812; GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., pp. 245-246; MÜNCH, *Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties*, cit., pp. 10-11; NOLLKAEMPER, *The Distinction Between Non-Legal and Legal Norms*, cit., p. 363; SCHACHTER, *The Twilight Existence*, cit., p. 301; THÜRER, *Soft Law*, cit., par. 27; GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, cit., par. 14; Y. VAN DER MENSBRUGGHE, *Legal Status of International North Sea Conference Declarations*, in «International Journal of Estuarine and Coastal Law», vol. 5, i. 1-4, 1990, pp. 15-22, p. 17; VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux*, cit., p. 356. Scettica, invece, appare la posizione di FITZMAURICE, ELIAS, *Contemporary Issues*, cit., p. 37.

12.2. *L'efficacia degli accordi non vincolanti negli ordinamenti interni*

Un ulteriore effetto da considerare con riferimento all'accordo non vincolante riguarda la possibilità che gli Stati, pur non avendo alcun obbligo in tal senso, lo recepiscano a livello interno sia attraverso un rinvio all'atto sia mediante l'accoglimento del suo contenuto normativo in fonti interne⁽⁷⁹⁾. In proposito, per tutti basti citare il caso dell'allora Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche, che, attraverso un procedimento ordinario di adattamento ha incorporato addirittura a livello costituzionale – all'art. 29 della Costituzione del 1977⁽⁸⁰⁾ – i dieci principi dell'Atto finale della Conferenza di Helsinki sulle relazioni tra gli Stati parte. In tali ipotesi è evidente come l'effettività dell'accordo sia garantita dall'ordinamento interno dello Stato.

12.3. *L'efficacia degli accordi non vincolanti nello sviluppo progressivo del diritto internazionale generale, e nella sua interpretazione*

Come si è avuto modo di chiarire nel Capitolo I, gli accordi non vincolanti contribuiscono allo sviluppo progressivo del diritto internazionale e alla sua codificazione. Sul piano sostanziale, essi – in combinazione con una serie di condizioni – possono costituire prova di prassi statale e *opinio iuris*, così da contribuire alla formazione di una consuetudine internazionale, secondo le due dinamiche dell'«efficacia cristallizzante» e dell'«effetto generatore». Inoltre, anche quando non ricorra un'interazione sostanziale, è possibile che gli atti in esame assumano un'efficacia dichiarativa nella misura in cui codifichino al proprio interno norme consuetudinarie già consolidate, della cui esistenza e portata normativa, dunque, offrono all'interprete, al contempo, un mezzo di prova e un riferimento testuale più preciso. In proposito, ad esempio può richiamarsi l'Atto finale di Helsinki, utilizzato dalla CIG nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti* (1986) per accertare la natura consuetudinaria del divieto di ricorso all'uso della forza.

⁽⁷⁹⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., p. 246.

⁽⁸⁰⁾ L'art. 29 della Costituzione sovietica del 1977 riflette letteralmente il contenuto dell'Atto finale di Helsinki laddove dispone che: «Le relazioni dell'URSS con gli altri Stati si basano sul rispetto dei seguenti principi: uguaglianza sovrana; rinuncia reciproca all'uso o minaccia della forza; inviolabilità delle frontiere; integrità territoriale degli Stati; risoluzione pacifica delle controversie; non intervento negli affari interni; rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali; pari diritti dei popoli e loro diritto di decidere del proprio destino; cooperazione tra Stati; e l'adempimento in buona fede degli obblighi derivanti dai principi e dalle regole di diritto internazionale generalmente riconosciuti, e dai trattati internazionali firmati dall'URSS».

12.4. *L'efficacia degli accordi non vincolanti nello sviluppo progressivo del diritto internazionale pattizio, e nella sua interpretazione*

Sul piano sostanziale, è possibile assistere a un processo di *hardening* in almeno due ipotesi distinte. In primo luogo, essi possono costituire la prima tappa verso la conclusione di un trattato internazionale (in proposito si rinvia al § 18.2 di questo capitolo).

In secondo luogo, gli accordi non vincolanti possono essere recepiti all'interno di trattati internazionali, di cui finiscono per integrare e arricchire la disciplina. Tale effetto si realizza in ragione di un procedimento di rinvio a una fonte di *soft law*, o di delegazione a un'autorità normativa, eventualmente disposto all'interno del trattato (sul punto si rimanda al Capitolo III, § 1 ss.). Occorre, infine, evidenziare come gli accordi non vincolanti possano offrire un apporto ermeneutico nell'interpretazione dei trattati internazionali. Essi, infatti, possono venire in rilievo, in base alle circostanze, ai sensi dei canoni interpretativi fissati dal diritto dei trattati e codificati dall'art. 31 delle due CVDT del 1969 e del 1986. Per una trattazione dettagliata dell'argomento si rinvia al Capitolo III.

13. *Violazione*

Nel caso in cui una delle parti venga meno ai propri impegni, sul piano sostanziale non scaturisce alcun illecito che possa astrattamente costituire la condizione di una contromisura – mezzo sanzionatorio per eccellenza – o l'oggetto di una pretesa giudiziale e ciò indipendentemente dalla concreta azionabilità di rimedi giurisdizionali, ovvero dall'esistenza di un foro competente a conoscere della controversia.

Non di meno, l'inosservanza degli impegni presi non è priva di conseguenze per l'ordinamento internazionale, esistendo anche in tali ipotesi strumenti di coazione. In primo luogo, nella prassi, gli Stati mostrano di nutrire una grande deferenza nei confronti degli accordi non vincolanti che concludono con altri Stati non certo a cuor leggero, bensì impegnando la propria credibilità: fattore spesso di per sé determinante a garantire la stabilità di un rapporto. Pertanto, una prima forma coattiva, di natura sociale, ha carattere reputazionale, consistendo nella possibile perdita della propria credibilità internazionale. Si tratta di una conseguenza che, in un mondo sempre più interdipendente, gli Stati tendono a non sottovalutare. Una seconda, e ancor più significativa, conseguenza coattiva, di natura politica, consiste nel possibile ricorso alla ritorsione. Questa, a differenza della contromisura, non presuppone né dà luogo a un illecito, sostanziandosi

piuttosto in un comportamento semplicemente inamichevole (ma lecito) a livello delle relazioni diplomatiche o economiche con la parte inadempiente ⁽⁸¹⁾.

14. *Mezzi di risoluzione delle controversie*

Ancorché si tratti di regolazioni di *soft law*, gli accordi non vincolanti possono comunque prevedere che in caso di controversie sull'interpretazione e applicazione di una disposizione le parti facciano ricorso a mezzi diplomatici di composizione delle liti come la negoziazione ⁽⁸²⁾. Sarebbe, infatti, un controsenso immaginare di sottoporre eventuali liti a rimedi diplomatici più avanzati o, addirittura, a mezzi giurisdizionali.

15. *Revisione*

Un ulteriore aspetto che rende preferibile ricorrere a un accordo non vincolante consiste nella sicurezza che in tal modo le parti contraenti si riservano di poter in qualunque momento modificare il contenuto dell'atto, con la massima flessibilità, senza cioè dover applicare le procedure di revisione codificate dalla CVDT, Parte IV ⁽⁸³⁾. Tale elemento può rappresentare un vantaggio di non poco conto ogniqualvolta le parti abbiano l'esigenza di riadattare la cooperazione internazionale al mutamento delle circostanze o al progredire delle proprie conoscenze – ad esempio, in un settore che risenta fortemente dello sviluppo scientifico – o, ancora, quando la realizzazione degli obiettivi perseguiti sia incompatibile con i tempi necessari a modificare l'accordo in vigore con le procedure di revisione dei trattati.

16. *Estinzione e recesso*

Una volta che un accordo non vincolante sia entrato in vigore può essere in qualunque momento estinto dalle parti, senza che sia necessario ricorrere a specifiche procedure ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸¹⁾ Riguardo alla natura della ritorsione ci sembra condivisibile la posizione che l'annovera tra le forme di autotutela. In proposito Conforti sottolinea che «in un ordinamento come quello internazionale in cui manca un sistema accentrato di garanzie per l'attuazione del diritto, non è il caso di sottilizzare sui mezzi di pressione che gli Stati possono porre in essere per sopperire a tale mancanza, purché si tratti di mezzi leciti»: CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 430-431.

⁽⁸²⁾ AUST, *The Theory and Practice*, cit., p. 791; ID., *Modern Treaty Law and Practice*, cit., p. 38.

⁽⁸³⁾ AUST, *The Theory and Practice*, cit., p. 791-792; ID., *Modern Treaty Law and Practice*, cit., p. 37-38;

⁽⁸⁴⁾ AUST, *The Theory and Practice*, cit., p. 791; ID., *Modern Treaty Law and Practice*, cit., p. 38.

Inoltre, ciascuna di esse può recedere unilateralmente attraverso una semplice dichiarazione in tal senso, notificata all'altra parte contraente (*ad nutum*); nella prassi, sulla base di quanto accade per i trattati, non è infrequente la previsione di un termine di preavviso che può variare da sei mesi a un anno. In caso di omessa notifica, mancato rispetto del termine, o quando il recesso avvenga mediante una condotta pubblica che univocamente manifesti la volontà di sciogliersi da ogni impegno (*per facta concludentia*), la parte recedente non incorre in alcun illecito, data la natura non vincolante dell'accordo, ma, al contempo, non neutralizza gli eventuali effetti indiretti dell'atto, essenzialmente legati all'affidamento della controparte (sul punto si veda il Capitolo III, § 3 ss.). Inoltre, non bisogna sottovalutare le ripercussioni che una brusca interruzione dell'accordo può avere sulle relazioni degli Stati coinvolti, in quanto le parti diverse da quella recedente, se certamente non potranno ricorrere a contromisure, potrebbero comunque introdurre delle ritorsioni (a tale proposito si rinvia al § 13).

17. Interpretazione

Gli accordi non vincolanti, pur se non rientranti nel campo di applicazione della CVDT, vanno interpretati secondo le regole consuetudinarie sull'interpretazione dei trattati⁽⁸⁵⁾. Se dobbiamo riconoscere che, sul piano logico-teorico, tali norme vadano applicate a titolo analogico⁽⁸⁶⁾ – nella misura in cui, cioè, esse sono deputate a disciplinare casi diversi ma analoghi a quello di specie e la natura non vincolante degli atti in esame non ne contraddica la *ratio* –, sul piano cronologico-pratico l'applicazione avviene a titolo diretto.

In termini più espliciti, quel che si intende sostenere è che anche gli accordi non vincolanti vadano interpretati secondo i consueti canoni del metodo obiettivistico non solo perché tali regole rappresentano norme consuetudinarie consolidate nella prassi indipendentemente dalla CVDT, ma perché esse delineano un metodo generale di interpretazione che deve trovare applicazione nei confronti di qualunque atto o documento astrattamente idoneo a costituire un trattato. A tale proposito, infatti, occorre ricordare che la natura di trattato di un accordo internazionale non è un dato *a priori*, ma il frutto di un'operazione interpretativa dall'esito per certi versi imprevedibile: prima di procedere l'interprete conosce e può fare affidamento solo sui criteri che regolano l'interpretazione, ma non sugli esiti di tale operazione nelle concrete circostanze di fatto. Se ai fini dell'applicazione di tali norme fosse necessario aver già stabilito la natura di trattato dell'atto da interpretare, esse difficilmente troverebbero applicazione. Esiste, infatti, un circolo ermeneutico tra il fatto (atto o documento) e la categoria giuridica

⁽⁸⁵⁾ AUST, *The Theory and Practice*, cit., p. 793; ID., *Modern Treaty Law and Practice*, cit., p. 39; THÜRER, *Soft Law*, cit., par. 33.

⁽⁸⁶⁾ THÜRER, *Soft Law*, cit., par. 33.

(trattato o accordo non vincolante) rispetto ai quali le norme sull'interpretazione costituiscono un ponte.

Tale approccio ha trovato puntuale conferma nella giurisprudenza della CIG, in particolare nei due casi sopra citati e rispettivamente relativi alla *piattaforma continentale del Mare Egeo* (1978) e alle *delimitazioni marittime e questioni territoriali tra Qatar e Bahrein* (1994). In entrambe le occasioni la Corte dell'Aia ha dovuto accertare la natura giuridica di atti o documenti come minute diplomatiche e dichiarazioni congiunte, arrivando, peraltro, a soluzioni in concreto opposte, ma raggiunte sulla base di un medesimo metodo. La Corte, infatti, ha sistematicamente affermato che alla qualificazione giuridica di un atto bisognasse pervenire attraverso un processo interpretativo che tenga conto dei termini e del contesto dell'accordo: «In order to ascertain whether an agreement of that kind has been concluded, 'the Court must have regard above all to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up'»⁽⁸⁷⁾.

Quanto esposto ci porta a concludere che le regole generali sull'interpretazione dei trattati si applichino anche agli accordi non vincolanti.

18. *Sul rapporto tra 'soft law' e trattati*

Un ulteriore aspetto che in questa sede si intende esaminare attiene al rapporto che intercorre tra atti di *soft law* e trattati, laddove entrambe queste fonti offrono uno strumento di regolazione delle relazioni internazionali. Infatti, proprio sulla base delle preferenze degli Stati rispetto all'una o all'altra delle due fonti, è possibile delineare tra loro un rapporto a volte concorrenziale, altre volte cooperativo. A tale riguardo è opportuno richiamare la posizione di Guzman, il quale considera le fonti di *soft law* uno dei possibili strumenti a cui, in base alle circostanze, gli Stati possono fare ricorso per regolare i propri interessi⁽⁸⁸⁾. La scelta tra trattati e accordi non vincolanti – il «design» dell'atto, nella terminologia impiegata dall'autore – dipende essenzialmente dal grado di certezza e credibilità che gli Stati desiderano conferire ai propri impegni. Pertanto, servendosi della teoria dei giochi e, nello specifico, dello schema logico del dilemma del prigioniero⁽⁸⁹⁾, egli individua una tensione tra il desiderio degli attori di massimizzare la credibilità degli accordi che stipulano, con la prospettiva di ottenere maggiori vantaggi, e quello di evitare di incorrere in oneri riparatori o sanzioni, in caso di inadempimento. Il concreto equilibrio che si viene a formare tra questi due fattori conduce gli Stati a

⁽⁸⁷⁾ CIG, *Piattaforma continentale del Mare Egeo*, cit., p. 39, par. 96; *Delimitazioni marittime e questioni territoriali tra Qatar e Bahrein*, cit., in «I.C.J. Reports», 1994, p. 121, par. 23.

⁽⁸⁸⁾ GUZMAN, *The Design of International Agreements*, cit.

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*, pp. 599-601.

concludere accordi di *hard* o *soft law*, inserire clausole compromissorie non complete o complete, predisporre meccanismi di monitoraggio.

18.1. *Rapporto concorrenziale*

Vi sono una serie di vantaggi che il *soft law* presenta rispetto al trattato e che, pertanto, lo rende preferibile agli occhi degli Stati nel soddisfacimento delle proprie esigenze di regolazione. Nella misura in cui tali vantaggi sussistono, è allora possibile definire un rapporto concorrenziale tra le due fonti, che risultano in concreto alternative.

In primo luogo, il *soft law* può essere una valida alternativa e uno strumento residuale, quando le esigenze di regolazione di una determinata materia non siano soddisfatte da fonti di diritto internazionale generale o di diritto pattizio, e fintantoché tali fonti non emergano ⁽⁹⁰⁾. Passando infatti al secondo punto, bisogna riconoscere che per gli Stati è più facile cooperare e raggiungere un accordo sapendo che, nel caso in cui dovessero disattendere la disciplina, non incorreranno in responsabilità ⁽⁹¹⁾. Ciò consente loro di accettare oneri formulati anche in modo piuttosto dettagliato più facilmente di quanto, allo stato, non sarebbero disposti a fare attraverso una fonte pattizia. In tale contesto il *soft law* consente di portare avanti un approccio comune rispetto a singole questioni, coltivando al contempo le ragioni dell'armonizzazione, da un lato, e quelle dell'autonomia sovrana e della discrezionalità, dall'altro ⁽⁹²⁾. Infatti, tranquillizzati dalla consapevolezza di potersi svincolare in ogni momento, gli Stati riescono ad affrontare collettivamente una questione, senza dover immediatamente rinunciare alla propria libertà di azione, laddove l'alternativa non sarebbe una cooperazione più forte, ma non cooperare affatto. Tale strumento, pertanto, ha registrato una notevole fortuna in ambiti della cooperazione intergovernativa che hanno un forte impatto sul dominio riservato degli Stati. Dopo aver avuto una certa diffusione nel diritto internazionale dei diritti umani e dell'economia – settori oggi consolidati in regimi pattizi –, riscuote ancora un notevole successo nel diritto internazionale dell'ambiente, e della salute pubblica. Ciononostante, bisogna riconoscere come la prassi più recente mostri che anche la conclusione di atti di *soft law* stia diventando sempre più complessa, laddove non è raro riscontrare l'apposizione di riserve su atti di per sé già privi di efficacia obbligatoria ⁽⁹³⁾. Tale tendenza sembra spiegabile in ragione del crescente valore che viene loro attribuito nei

⁽⁹⁰⁾ Cfr. ABI-SAAB, *Cours général*, cit., p. 167.

⁽⁹¹⁾ TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 175.

⁽⁹²⁾ ROESSLER, *Law, de Facto Agreements*, cit., pp. 41-45; GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., p. 249.

⁽⁹³⁾ In tal senso si veda M. C. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 38, n. 4, 1989, pp. 850-866, p. 860.

rapporti internazionali. Inoltre, il *soft law* può rappresentare una valida alternativa quando questioni politiche ostacolano la conclusione di un accordo nella forma del trattato, per le conseguenze indirette che da ciò potrebbero derivare ad esempio in termini di riconoscimento di un determinato assetto territoriale rispetto a cui l'accordo produrrà i propri effetti ⁽⁹⁴⁾. In relazione alle linee guida del 1978 per la fornitura di materiale nucleare – adottate in seno al Gruppo di Stati fornitori di materiale nucleare (NSG) – Bothe ricorda che, se la loro disciplina fosse confluita in un trattato, l'allora Repubblica federale tedesca (RFT) avrebbe insistito per l'inserimento di una clausola che ne esplicitasse l'applicazione anche a Berlino ⁽⁹⁵⁾.

In terzo luogo, il *soft law* presenta un carattere molto più flessibile e malleabile rispetto ai trattati. Infatti, come si è avuto modo di osservare nei §§ 7, 15-16, esso può essere concluso, integrato, modificato, estinto o sostituito con una rapidità che le norme consuetudinaria sul diritto dei trattati, codificate nella CVDT del 1969, non accordano allo strumento pattizio ⁽⁹⁶⁾. Ci sono materie come, ad esempio, la sicurezza ambientale, l'inquinamento, la conservazione delle risorse naturali, in cui il progresso scientifico evolve così rapidamente da rendere obsoleti i regimi convenzionali già faticosamente costruiti. Pertanto, il *soft law* si rivela un efficace strumento, per coagulare un consenso attorno a un testo, da un lato, e riadattare continuamente lo stato della legislazione vigente al contesto in cambiamento, dall'altro.

Un ulteriore motivo che spinge gli Stati a ricorrere al *soft law* consiste nel dato che, in tal modo, essi non solo si tengono immuni dalle norme consuetudinarie sul diritto dei trattati, ma anche da quegli ulteriori oneri procedurali previsti, a livello costituzionale, negli ordinamenti interni, come il procedimento di ratifica o, quando previsto, il controllo parlamentare ⁽⁹⁷⁾. A tale vantaggio, simmetricamente, corrispondono limiti di cui occorre dare atto. In linea di massima, infatti, il *soft law* esclude quelle forme di coinvolgimento degli altri organi costituzionali che il trattato generalmente implica. In particolare, la mancanza di una condivisione della responsabilità politica delle scelte del Governo da parte degli altri organi costituzionali legittimati all'esercizio del potere decisionale – in primis in parlamento – può diventare un elemento di complicazione nel garantire l'effettività di quanto pattuito con l'atto di *soft law* ⁽⁹⁸⁾. In assenza di provvedimenti di adattamento le articolazioni statali non sono investite dell'obbligo di garantire l'esecuzione degli impegni assunti. Inoltre, ne risente anche la stabilità del rapporto regolato, considerato che un successivo Governo può liberamente rivedere la regolazione, senza incontrare limiti nella legislazione vigente. Come apparirà evidente, la questione

⁽⁹⁴⁾ ROESSLER, *Law, de Facto Agreements*, cit., p. 53.

⁽⁹⁵⁾ BOTHE, *Legal and Non-Legal Norms*, cit., p. 92.

⁽⁹⁶⁾ TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, cit., pp. 175-176.

⁽⁹⁷⁾ GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., p. 249.

⁽⁹⁸⁾ TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 179.

risente fortemente delle specificità delle diverse tradizioni costituzionali e, come si è cercato di sottolineare analizzando gli accordi non vincolanti, non costituisce un limite intrinseco allo strumento di *soft law*. A tale proposito bisogna ricordare che neanche il ricorso al trattato, di per sé, garantisca sempre il coinvolgimento del parlamento – almeno per quanto attiene alla sua ratifica o alla conclusione di un accordo in forma semplificata. Per quanto poi concerne il piano dell'adattamento, oltre alla possibilità che trattati vincolanti restino inattuati a livello interno, occorre d'altro canto considerare che gli Stati sono liberi di adottare atti interni in esecuzione di accordi di fatto.

Infine, è opportuno un breve richiamo al fatto che gli atti di *soft law*, superando agevolmente i confini propri delle regolazioni convenzionali, più e meglio dei trattati possono contribuire alla codificazione del diritto internazionale generale ⁽⁹⁹⁾. Come si è avuto modo di argomentare nel Capitolo I, § 9, essi risultano più efficaci della tradizionale convenzione di codificazione, considerato che, da un lato, accorciano fortemente i tempi dell'opera codificatoria, non dovendosi attendere la conclusione del processo di formazione del trattato, dalle negoziazioni fino al raggiungimento del numero minimo di ratifiche a cui è normalmente subordinata l'entrata in vigore. Inoltre, scongiurano il rischio, insito nello strumento pattizio, di delegittimare l'affermazione della natura consuetudinaria delle norme raccolte, qualora solo un numero relativamente ristretto di Stati dovesse effettivamente ratificare l'accordo.

18.2. *Rapporto cooperativo*

Passando ad analizzare una serie di ipotesi in cui il *soft law* (i) concorre alla formazione di un nuovo trattato, (ii) instaura un'interazione normativa con disposizioni pattizie, o (iii) contribuisce a definirne il significato, è possibile tracciare un rapporto «cooperativo» tra le due fonti.

In primo luogo, l'adozione di un atto di *soft law* può inaugurare uno sforzo normativo che può scaturire nella conclusione di un trattato internazionale ⁽¹⁰⁰⁾. In tal modo, gli Stati iniziano a sondare l'affidabilità dei propri interlocutori e i possibili, nonché spesso imprevedibili, risvolti che la regolamentazione di una determinata materia o rapporto può presentare, senza doversi subito vincolare, ma, piuttosto, salvaguardando il proprio spazio di libertà d'azione. Nel tragitto da un tempo t^1 (in cui godono pienamente dei principi di sovranità, dominio riservato e non ingerenza negli affari interni altrui) a un tempo t^3 – in cui, accettando regolazioni pattizie, compiono delle parziali rinunce e assumono specifici obblighi giuridici – gli Stati possono preferire adottare un atteggiamento più graduale e transitare per un tempo t^2 , in cui, pur prestando il proprio

⁽⁹⁹⁾ TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 176; THÜRER, *Soft Law*, cit., par. 28 e 32.

⁽¹⁰⁰⁾ BOYLE, *Some Reflections*, cit., pp. 904-905.

consenso in vista di un determinato assetto regolativo, neutralizzano il rischio d'incorrere in profili di responsabilità. In tal modo, essi intendono garantirsi ancora la piena libertà di azione, per il caso in cui si dovesse rivelare necessario, ma si tratta di una possibilità spesso destinata a rimanere su di un piano astratto, in quanto, di norma, daranno seguito agli impegni presi. Inoltre, qualora gli Stati dovessero intraprendere negoziazioni in vista della conclusione di un trattato, se hanno precedentemente concluso accordi di *soft law*, si avvantaggeranno della disponibilità di documenti che già circoscrivono e indirizzano lo sforzo normativo. A tale riguardo la prassi offre numerosi esempi ⁽¹⁰¹⁾, ma il caso

⁽¹⁰¹⁾ Ancora in materia di diritti umani, la Dichiarazione sui diritti del fanciullo, del 1959 (UNGA Res. 1386 XIV), la Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, del 1963 (UNGA Res. 1904 XVIII), la Dichiarazione sull'eliminazione delle discriminazioni contro le donne, del 1967 (UNGA Res. 2263 XXII) e la Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalla tortura o da altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, del 1975 (UNGA Res. 3059) hanno portato alla conclusione delle omonime Convenzioni, rispettivamente, nel 1989, 1965, 1979 e 1984.

Quanto al regime giuridico applicabile ai fondali marini e allo spazio extra-atmosferico, bisogna menzionare la Dichiarazione dei principi giuridici che regolano le attività degli Stati in materia di esplorazione e utilizzo dello spazio extra-atmosferico, del 1963 (UNGA Res. 1962 XVIII), rispetto al Trattato sui principi giuridici che regolano le attività degli Stati in materia di esplorazione e utilizzo dello spazio extra-atmosferico, compresa la luna e gli altri corpi celesti, del 1967, e la Dichiarazione sui principi che governano i fondi dei mari e degli oceani, nonché il loro sottosuolo, oltre i limiti della giurisdizione nazionale, del 1970 (UNGA Res. 2749 XXV), che ha costituito la base normativa della Parte XI della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (1982).

In materia di tutela dell'ambiente, un primo esempio viene dalla Convenzione delle Nazioni Unite per combattere la desertificazione nei paesi colpiti da gravi siccità e/o desertificazione, in particolare in Africa (1994), preceduta dal Piano d'azione per combattere la desertificazione, del 1977, e dall'Agenda 21-Piano d'azione per lo sviluppo sostenibile del 1992. Allo stesso modo, la Convenzione di Helsinki sulla protezione e l'uso dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali, del 1992, ha preso le mosse da diversi atti di *soft law* varati nel contesto della Commissione economica per l'Europa, delle Nazioni Unite, come le Raccomandazioni sulla pianificazione di lungo termine della gestione dell'acqua (1979), la Decisione sui principi sulla cooperazione nel settore delle acque transfrontaliere (1989) e il Codice di condotta sull'inquinamento accidentale delle acque interne transfrontaliere (1990). Le risoluzioni sulla Protezione del clima globale per le presenti e le future generazioni dell'umanità (UNGA Res. n. 43/53 del 6 dicembre 1988, n. 44/207 del 22 dicembre 1989, n. 45/212 del 21 dicembre 1990 e n. 46/169 del 9 dicembre 1991) nel giro di pochi anni hanno spianato la strada alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, del 1992. Ancora, la Convenzione sulla notifica anticipata di un incidente nucleare del 1989 ha trovato una solida base normativa nelle Linee guida dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica su eventi da notificare, pianificazione integrata e scambio di informazioni in caso di rilascio transfrontaliero di materiali radioattivi, del 1985 (IAEA/INFCIRC/321). Nella medesima direzione, le Linee guida di Montreal sulle fonti terrestri di inquinamento marino, del 1985 (UNEP/WG120/3), varate nell'ambito del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente, sono state poi raccolte nel

senz'altro più celebre ricade in materia di diritti umani ed è quello della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), che, adottata con risoluzione dell'Assemblea generale delle NU, costituisce l'antecedente prossimo sia della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU)⁽¹⁰²⁾ e della Carta sociale europea (1961)⁽¹⁰³⁾, sia dei due Patti internazionali del 1966, rispettivamente, sui diritti civili e politici, il primo⁽¹⁰⁴⁾, e sui diritti economici, sociali e culturali, il secondo⁽¹⁰⁵⁾.

Passando a delineare una seconda dinamica cooperativa, che sarà poi analizzata in dettaglio nel Capitolo III, § 1 ss., bisogna considerare il caso in cui il *soft law* intervenga a integrare la disciplina di un trattato, laddove quest'ultimo contenga un rinvio o una delega in favore, rispettivamente, di uno specifico atto o di un'istituzione dotata di potestà normativa⁽¹⁰⁶⁾. In tale ipotesi raccomandazioni, linee guida e standard tecnici possono restringere il margine di discrezionalità che gli Stati hanno nell'esecuzione di un obbligo convenzionale, rendendo quest'ultimo prevedibile ed effettivo.

Al di là dell'esistenza di un vero e proprio fenomeno di integrazione normativa nel senso appena descritto, atti di *soft law* possono comunque dettare standard di efficienza, di diligenza o regole tecniche dettagliate, che agevolino l'esecuzione del trattato e la cui violazione potrebbe arrivare a configurare una violazione dell'accordo stesso. Tale dinamica assume particolare rilievo, allorché gli obblighi pattizi, ancorché vincolanti, siano caratterizzati da un contenuto piuttosto vago e necessitino di una disciplina di dettaglio, che le parti possono stabilire mediante atti di *soft law*. Questi, in una simile ipotesi, riducono il margine di apprezzamento delle parti contraenti e, così, salvaguardano l'operatività delle fonti pattizie, creando un *consensus* sul livello minimo di prestazione compatibile con la disposizione da eseguire⁽¹⁰⁷⁾. Nella misura in cui ciò accada, a noi

Protocollo del Kuwait per la protezione dell'ambiente marino contro l'inquinamento marino da fonti terrestri, del 1990. Gli Obiettivi e principi della valutazione dell'impatto ambientale, del 1987 (UNEP/GC1425), elaborati dal Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente, rispetto alla Convenzione sulla valutazione dell'impatto ambientale in contesti transfrontalieri (Espoo, 1991).

⁽¹⁰²⁾ Consiglio d'Europa, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come emendata dai Protocolli n. 11 e 14, Roma, 4 novembre 1950, in vigore il 3 settembre 1953, in United Nations, «Treaty Series», vol. 213, 1955, pp. 221-271.

⁽¹⁰³⁾ Consiglio d'Europa, Carta sociale europea, Torino, 18 ottobre 1961, in vigore il 26 febbraio 1965, in United Nations, «Treaty Series», vol. 529, 1965, pp. 89-138.

⁽¹⁰⁴⁾ Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966, in vigore il 23 marzo 1976, in United Nations, «Treaty Series», vol. 999, 1976, pp. 171-186.

⁽¹⁰⁵⁾ Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, New York, 16 dicembre 1966, in vigore il 3 gennaio 1976, in United Nations, «Treaty Series», vol. 993, 1976, pp. 3-106.

⁽¹⁰⁶⁾ BOYLE, *Some Reflections*, cit., p. 906.

⁽¹⁰⁷⁾ Boyle ricostruisce tale dinamica nell'ambito del diritto internazionale dell'ambiente, con particolare riferimento al valore degli standard fissati dall'Agenzia internazionale per l'energia

sembra che gli atti di *soft law* possano essere valorizzati dall'interprete come prassi successiva nell'applicazione del trattato, da cui sia possibile desumere un accordo delle parti sull'interpretazione, ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. b) della CVDT del 1969.

Infatti, un ulteriore caso in cui tra le due fonti si instaura una dinamica cooperativa si configura allorché gli atti di *soft law* forniscano un ausilio ermeneutico nell'interpretazione dei trattati, potendo venire in rilievo in base ai canoni della regola generale codificata all'art. 31 della CVDT del 1969⁽¹⁰⁸⁾. Tale interazione interpretativa, analizzata nel dettaglio nel Capitolo III, inverte la tesi di Fastenrath secondo cui «hard law, which truly earns its pre-fix 'hard', may owe its very existence to soft law»⁽¹⁰⁹⁾.

Infine, il *soft law* può concorrere con i trattati nel fornire all'interprete materiale utile nella ricognizione del diritto internazionale generale⁽¹¹⁰⁾. In tale ipotesi, come si è avuto modo di evidenziare nel Capitolo I, il *soft law* può assumere efficacia meramente dichiarativa, laddove codifichi al proprio interno norme consuetudinarie o principi generali, oppure «efficacia cristallizzante» o «generatrice», laddove, invece, contribuisca, rispettivamente, al loro consolidamento o sviluppo progressivo.

18.3. Limiti entro cui può essere concepito un rapporto antagonistico

Accanto alle dinamiche esaminate, Shaffer e Pollack insistono sull'importanza di considerare anche un possibile rapporto antagonistico tra *hard* e *soft law*, che, a loro dire, la dottrina avrebbe tradizionalmente trascurato⁽¹¹¹⁾. I due autori adottano una prospettiva sociologica, interrogandosi sulle ragioni per cui gli Stati facciano determinate scelte e sugli effetti che le loro deliberazioni possono produrre⁽¹¹²⁾. A loro avviso, infatti, *hard* e *soft law* si troverebbero in un rapporto concorrenziale, che rende uno dei due strumenti preferibile rispetto all'altro, o in un rapporto cooperativo, solo quando tra gli attori coinvolti nello sforzo regolativo non sussistano conflitti distributivi circa l'allocazione di costi e benefici⁽¹¹³⁾. Viceversa, quando sorgono tali divisioni, *hard* e *soft law* possono venirsi a trovare in tre possibili relazioni antagonistiche: i) nuovo *soft law* contro *hard*

atomica nel contesto della Convenzione sulla sicurezza nucleare (1994): BOYLE, *Some Reflections*, cit., p. 905.

⁽¹⁰⁸⁾ THÜRER, *Soft Law*, cit., par. 29; GAUTIER, *Non-binding Agreements*, cit., par. 14.

⁽¹⁰⁹⁾ FASTENRATH, *Relative Normativity*, cit., p. 321.

⁽¹¹⁰⁾ BOYLE, *Some Reflections*, cit., p. 906; CHINKIN, *Normative Development*, cit., p. 31.

⁽¹¹¹⁾ G. C. SHAFFER, M. A. POLLACK, *Hard Vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, in «Minnesota Law Review», vol. 94, n. 3, 2010, pp. 706-799, pp. 712-727.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*, p. 714.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*, pp. 730-737.

law in vigore; ii) nuovo *hard law* contro *soft law* in vigore; iii) nuovo *soft law* contro *soft law* in vigore ⁽¹¹⁴⁾.

Come esempio del primo tipo di relazione – secondo loro, la più frequente – gli autori richiamano, tra l'altro, la nota disputa sorta tra Stati Uniti e Canada, da un lato, e l'Unione europea, dall'altro, sulle restrizioni commerciali introdotte dalla seconda rispetto alle importazioni di carni bovine contenenti ormoni ⁽¹¹⁵⁾. Quando, a partire da questo caso, divenne chiaro che gli standard del Codex Alimentarius (*soft law*) sarebbero stati decisivi nella valutazione dell'osservanza degli obblighi derivanti dall'Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie (Accordo SPS), il conflitto tra gli Stati più attenti alle ragioni della salute e quelli invece più sensibili alle esigenze del commercio finì per investire la Commissione per il Codex Alimentarius, quale autorità produttrice degli standard rilevanti. Gli Stati, infatti, iniziarono a prestare un'inedita attenzione per le attività della Commissione e a inviare diplomatici e funzionari affinché ne seguissero i lavori.

Secondo Shaffer e Pollack, tale vicenda sarebbe emblematica di un antagonismo tra *hard* e *soft law*. Tale lettura può essere condivisa solo nella misura in cui faccia riferimento al piano materiale dei valori e delle istanze di cui due regimi normativi – di *hard* e *soft law* – possono volta per volta essere portatori. Diversamente dai due autori, però, a noi sembra che il conflitto valoriale a cui essi alludono in tanto possa prodursi in quanto tra i due strumenti considerati sussista un rapporto cooperativo, nel senso che la fonte di *soft law* contribuisca a integrare e definire il significato normativo della fonte di *hard law*. Infatti, soltanto nella misura in cui tale interazione normativa abbia luogo, le due fonti richiamate nell'esempio non sono più frammentate e isolate l'una dall'altra, e la portata normativa dell'una può influire su quella dell'altra, in modo da innescare un conflitto valoriale. Tale dinamica, peraltro, non rappresenta affatto una peculiarità del rapporto tra *hard* e *soft law*, ma, anzi, si verifica anche tra fonti di *hard law*, ogniqualvolta, ad esempio, un'autorità giudicante sia chiamata a operare un bilanciamento tra norme parimenti vincolanti. Sarebbe quindi un errore metodologico rimproverare alla dottrina una mancanza per una questione che ricade su di un piano d'indagine sociologico e non normativo.

Pertanto, se si assume come piano di analisi del rapporto *hard-soft law* quello dell'integrazione sostanziale o interpretativa, non vi è spazio per il rapporto antagonista individuato dagli autori, che è concepibile solo sul piano valoriale, una volta che tra le due fonti sussista già una qualche interazione normativa.

⁽¹¹⁴⁾ È stata omessa una quarta dinamica, che, riguardando esclusivamente fonti di *hard law*, esula dall'oggetto della presente indagine.

⁽¹¹⁵⁾ Rapporto del Panel, *Comunità europee - Misure relative alla carne e ai prodotti a base di carne (ormoni)*, 13 febbraio 1998 (WT/DS48/R/CAN), (WT/DS26/R/USA).

III.

L'INTERAZIONE CON LE FONTI DEL DIRITTO: IL *SOFT LAW* TRA FATTO E NORMA

SOMMARIO: 1. L'integrazione normativa tra *soft law* e trattati. – 1.1. Possibili forme dell'integrazione normativa in base alla fonte a cui si rinvia. – 1.2. Relatività dell'integrazione normativa. – 2. Integrazione normativa di obblighi di diritto internazionale generale. – 3. Interazione funzionale con il diritto internazionale generale: il *soft law* come fatto. – 3.1. L'*estoppel* in generale. – 3.2. La prassi statale e internazionale sull'*estoppel*. – 3.3. *Estoppel* e atti unilaterali. – 3.4. *Estoppel* e *soft law*. – 3.5. Osservazioni sugli effetti dell'*estoppel* derivante da accordi non vincolanti. – 3.6. Estensione del ragionamento all'acquiescenza. – 3.7. Le raccomandazioni delle organizzazioni internazionali: dalla teoria dell'effetto di liceità al principio *nemo venire contra factum proprium*.

1. *L'integrazione normativa tra 'soft law' e trattati*

Nelle pagine seguenti si intende analizzare in dettaglio una specifica forma di relazione cooperativa che può venirsi a creare tra *soft law* e trattati sul piano sostanziale. Ci si riferisce a quei casi in cui tra le due fonti si instauri un processo di integrazione normativa per cui un atto di *soft law* interviene a definire o integrare la sfera di validità di una disposizione pattizia, in virtù del richiamo operato da quest'ultima. Tale fenomeno trova la propria fondamentale ragione d'essere nel fatto che il *soft law* possa dettare standard di efficienza o diligenza (*best practices*)⁽¹⁾, regole tecniche più dettagliate o concrete modalità operative, che favoriscono l'esecuzione di un trattato⁽²⁾.

Occorre però precisare che, in base alla tecnica con cui nel regime pattizio è stato tipizzato il rimando alla fonte esterna, l'integrazione normativa può consistere nel rinvio a una singola fonte o in una delega a un'autorità normativa, e può realizzarsi con una gradualità diversa e crescente.

⁽¹⁾ H. DICKERSON, *Best Practices*, in R. WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedias of International Law», edizione *online*, ottobre 2010, par. 1.

⁽²⁾ BOYLE, *Some Reflections*, cit., p. 906; ID., *Soft Law in International Law-Making*, cit., pp. 127-128; P. CONTINI, P.H. SAND, *Methods to Expedite Environmental Protection: International Ecostandards*, in «American Journal of International Law», vol. 66, n. 1, 1972, pp. 37-59.

1.1. *Possibili forme dell'integrazione normativa in base alla fonte a cui si rinvia*

Partendo dalla prima questione, è possibile distinguere diverse forme di integrazione normativa sulla base della fonte a cui la disposizione pattizia rimanda. In una prima ipotesi, infatti, il trattato rinvia a una specifica fonte (rinvio fisso), affinché questa ne completi, integri o chiarisca la disciplina: l'interazione normativa avviene qui esclusivamente con l'atto appositamente individuato dalla norma di rinvio, il quale consiste in una fonte fatta e finita.

In una seconda ipotesi, invece, il trattato non si limita a rinviare a una fonte determinata, ma, piuttosto, a una categoria di fonti, affinché queste completino, integrino o chiariscano la disciplina del regime convenzionale (rinvio mobile). In tal caso si verifica un vero e proprio fenomeno di delegazione a una o anche più autorità autonome, che, nell'esercizio della propria potestà normativa, siano capaci di produrre la categoria di *soft law* indicata dalla norma. A differenza dell'ipotesi precedente, si configura qui un ponte mobile in favore di un'istituzione impegnata in una continua opera di produzione e aggiornamento delle proprie fonti, sulla cui sorte mantiene il controllo, ben potendo rivederle, abrogarle, o introdurne di nuove. Questa tecnica assicura alla regolazione pattizia un costante adeguamento, giacché essa muterà ogniqualvolta dovessero mutare le fonti di *soft law* che ne integrano la portata.

È necessario poi chiarire che questo fenomeno di integrazione normativa non necessariamente deve iniziare ed esaurirsi nell'ambito di un singolo ordinamento convenzionale (rinvio intrasistemico), ma può avvenire anche in modo incrociato, tra sistemi diversi, allorquando le disposizioni pattizie di un trattato richiamino atti di *soft law* prodotti da un'autorità appartenente a un altro regime convenzionale (rinvio intersistemico). Quando ciò avviene, allora il *soft law* funge da veicolo di armonizzazione e coordinamento tra regimi frammentati, come si avrà modo di dimostrare nel Capitolo V. A tal proposito si può osservare che, se le cd. clausole di compatibilità o subordinazione – ex art. 30, par. 2, CVDT – svolgono il compito di rimuovere in radice ogni possibile antinomia tra regimi convenzionali, subordinandone l'uno all'altro, l'integrazione normativa in esame coltiva «faticosamente» le ragioni della convergenza, preoccupandosi di trovare e indicare le modalità esecutive che rendano i due obblighi pattizi concretamente compatibili e coordinati.

1.2. *Relatività dell'integrazione normativa*

Quanto al diverso piano dell'intensità con cui si realizza l'integrazione normativa è possibile individuare almeno due ipotesi. La forma più forte di interazione ricorre allorquando il trattato contenga una vera e propria clausola di rinvio (cd. *referral clause*). In questo caso, l'atto (o la categoria di atti) di *soft law*, in sé non vincolante, viene incorporato all'interno della regolazione pattizia e, pertanto, subisce un processo di

hardening: acquista, cioè, l'efficacia obbligatoria *inter partes* del regime convenzionale, mentre, al di fuori di questo, mantiene la propria forza debolmente normativa. Un esempio (di rinvio fisso intrasistemico) è quello della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (anche nota come Carta di Nizza), che, nata nel 2000 come accordo non vincolante, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 è stata incorporata nell'ordinamento dell'Unione europea per effetto del novellato art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), che ne ha equiparato il valore a quello degli altri trattati istitutivi. Un ulteriore esempio (di rinvio fisso intrasistemico) può essere rintracciato nel Trattato di Maastricht del 1992, il cui art. J.1 prevede, tra gli obiettivi della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea e degli Stati membri, che il mantenimento della pace e il rafforzamento della sicurezza internazionale avvengano conformemente, tra l'altro, ai principi dell'Atto finale di Helsinki (1975) e agli obiettivi della Carta di Parigi per una nuova Europa (1990), che sono appunto atti in sé privi di efficacia obbligatoria, varati nell'ambito dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE).

Una seconda e più interessante forma di integrazione normativa ha luogo allorché la norma di rinvio non incorpora la disciplina di *soft law* all'interno del regime pattizio, così da conferirgli efficacia vincolante, ma determina un'interazione meno stringente, suscettibile di essere graduata con diversa intensità in base alla formulazione letterale con cui viene tipizzato il rinvio: «take into account», «base on», «keep with», fino a «conform to». Si tratta di espressioni che rompono la relatività binaria del diritto, ovvero la rigida alternativa tra vincolante e non vincolante, ed evidenziano come, in realtà, esso sia suscettibile di produrre un'ampia gradazione di effetti, in base al dato letterale e alle circostanze.

In tale contesto un esempio particolarmente significativo di integrazione normativa intersistemica può essere individuato nel richiamo agli standard, linee guida e raccomandazioni delle organizzazioni internazionali rilevanti ⁽³⁾ operato, in particolare, da parte dell'art. 3 dell'Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie dell'OMC (Accordo SPS) – che prende in considerazione tre ipotesi alternative tra cui gli Stati possono liberamente scegliere – e dall'art. 5 dello stesso trattato; sul punto ci si soffermerà diffusamente nel Capitolo V, § 5. Pertanto, un primo esempio di integrazione normativa (intersistemica) può essere individuato nello Statuto del Fiume Uruguay ⁽⁴⁾ – trattato concluso nel 1975 tra l'omonimo paese sudamericano e l'Argentina –, il cui art.

⁽³⁾ Il riferimento è innanzitutto diretto alle «three sisters»: la Commissione per il Codex Alimentarius, l'Organizzazione mondiale della sanità animale e il Segretariato della Convenzione internazionale per la protezione delle piante, ma è possibile ricomprendervi anche l'OMS e la FAO nella loro autonoma potestà normativa.

⁽⁴⁾ Statuto del Fiume Uruguay, Salto, 26 febbraio 1975, in United Nations, «Treaty Series», vol. 1295, 1982, p. 340 ss.

41, lett. a), impone alle parti dell'accordo di proteggere e preservare l'ambiente, adottando una legislazione e delle misure che oltre a conformarsi agli altri trattati internazionali applicabili, «siano al passo con» le fonti di *soft law* rilevanti («keep with» si legge nella versione inglese e «con adecuación» nella versione autenticata in spagnolo).

Without prejudice to the functions assigned to the Commission in this respect, the parties undertake: (a) to protect and preserve the aquatic environment and, in particular, to prevent its pollution, by prescribing appropriate rules and measures in accordance with applicable international agreements *and in keeping, where relevant, with the guidelines and recommendations of international technical bodies* (corsivo aggiunto).

Bisogna adesso chiarire gli effetti normativi di tale richiamo e, a tal fine, è opportuno riprendere quanto precisato in proposito dalla Corte internazionale di giustizia (CIG) nell'affare relativo alle *cartiere sul Fiume Uruguay* (2010) ⁽⁵⁾. Si tratta di un giudizio in cui l'Argentina lamenta una violazione dello Statuto da parte dell'Uruguay, per aver questo autorizzato la costruzione e l'avviamento di due cartiere, la cui attività industriale avrebbe prodotto effetti nocivi sulle acque fluviali e sull'ambiente circostante.

Nel caso di specie gli atti normativi rilevanti erano il Progetto di articoli sulla prevenzione dei danni transfrontalieri provocati da attività pericolose (2001) ⁽⁶⁾ e, soprattutto, gli Obiettivi e principi della valutazione dell'impatto ambientale (1987), elaborati nell'ambito del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP) ⁽⁷⁾. Con riguardo ai secondi, infatti, la CIG ha espressamente riconosciuto che «as guidelines issued by an international technical body, has to be taken into account by each Party in accordance with Article 41 (a) in adopting measures within its domestic regulatory framework» ⁽⁸⁾. È appena il caso di segnalare che anche altri strumenti sarebbero potuti venire in rilievo ai fini dell'art. 41, lett. a), dello Statuto del Fiume Uruguay come le raccomandazioni e linee guida dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), quelle dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica o la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992.

Ebbene, in relazione all'interpretazione dell'art. 41 dello Statuto, la CIG ha respinto la tesi dell'Argentina che qualificava il richiamo alle linee guida e alle raccomandazioni degli organismi tecnici internazionali nei termini di una vera e propria *referral clause*.

⁽⁵⁾ CIG, *Cartiere sul Fiume Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, sentenza del 20 aprile 2010, in «I.C.J. Reports», 2010, p. 14 ss.

⁽⁶⁾ Progetto di articoli sulla prevenzione dei danni transfrontalieri provocati da attività pericolose, in *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, cit., in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, Part Two, 2001.

⁽⁷⁾ Allegato UNEP/WG.152/4 (1987), documento adottato dal Consiglio direttivo dell'UNEP alla sua 14^o sessione (14-25 dicembre 1987).

⁽⁸⁾ CIG, *Cartiere sul Fiume Uruguay*, cit., in «I.C.J. Reports», 2010, p. 83, par. 205.

Esclusa la forma più forte di interazione normativa, la Corte ha chiarito che tali fonti dovessero essere prese in considerazione dagli Stati, affinché gli atti legislativi e le altre misure da loro adottate ai sensi dell'art. 41 fossero con esse compatibili. Nelle parole della Corte:

[They] are, to the extent they are relevant, to be taken into account by the State so that the domestic rules and regulations and the measures it adopts are compatible (“con adecuación”) with those guidelines and recommendations ⁽⁹⁾.

Dunque, considerato il modo in cui il richiamo è stato formulato nel testo dell'art. 41, linee guida e raccomandazioni degli organismi tecnici internazionali non assumono efficacia vincolante ai fini del trattato: le parti, cioè, non sono tenute ad adeguare al loro contenuto gli atti legislativi e le altre misure che adottano ai sensi dell'art. 41. Piuttosto, tali fonti di *soft law* intervengono qui a circoscrivere e indirizzare – *ex ante* – la discrezionalità che gli Stati parte hanno nel dare esecuzione alla disposizione, in quanto dovranno scegliere misure che, se pur non siano esattamente quelle indicate nelle linee guida e nelle raccomandazioni internazionali rilevanti, siano però con esse compatibili, nel senso che garantiscano standard di tutela quantomeno equivalenti. In altri termini, gli atti di *soft law* hanno l'effetto di restringere il margine di apprezzamento che gli Stati esercitano nell'adempimento degli obblighi pattizi, nella misura in cui rappresentano un *consensus* internazionale sulle misure che meglio garantiscano la protezione ambientale, man mano che il progresso tecnologico evolve. Tali considerazioni assumono poi particolare rilievo qualora si debbano accertare profili di responsabilità, giacché linee guida e raccomandazioni assurgono – *ex post* – a parametro di valutazione sia dell'idoneità delle misure disposte dagli Stati a raggiungere gli obiettivi stabiliti all'art. 41 sia, conseguentemente, dell'effettiva osservanza di una disposizione, il cui adempimento sarebbe altrimenti piuttosto difficile valutare. A tale riguardo, infatti, la Corte osserva che:

The responsibility of a party to the 1975 Statute would therefore be engaged if it was shown that it had failed to act diligently and thus take all appropriate measures to enforce its relevant regulations on a public or private operator under its jurisdiction. The obligation of due diligence under Article 41 (a) in the adoption and enforcement of appropriate rules and measures is further reinforced by the requirement that such rules and measures must be [...] “in keeping, where relevant, with the guidelines and recommendations of international technical bodies ⁽¹⁰⁾.

Allo stesso modo, la Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare (1982) contiene numerosi rinvii ai «global and regional rules, standards and recommended

⁽⁹⁾ CIG, *Cartiere sul Fiume Uruguay*, cit., in «I.C.J. Reports», 2010, p. 45, par. 62.

⁽¹⁰⁾ CIG, *Cartiere sul Fiume Uruguay*, cit., in «I.C.J. Reports», 2010, pp. 79-80. par. 197.

practices and procedures», stabiliti dalle competenti organizzazioni internazionali o nel corso di conferenze diplomatiche. Ciò assume un particolare rilievo nella Sezione 6 (artt. 207-212) della Parte XI, dedicata alla prevenzione dell'inquinamento nell'Area, ovvero nello spazio che ricomprende i fondali marini e oceanici e il sottosuolo sottostante, siti al di fuori della giurisdizione nazionale. È molto interessante notare qui come il richiamo delle fonti di *soft law* sia variamente tipizzato nella stessa Convenzione secondo tre gradi di intensità. Una prima casistica è formata dagli artt. 207, 208 e 212 dedicati, rispettivamente, alla prevenzione dell'inquinamento originato da fonti terrestri, da attività condotte sul fondale marino soggetto a giurisdizione nazionale, e dall'atmosfera. Ebbene, nel prescrivere agli Stati parte di adottare misure legislative a livello nazionale, essi chiedono loro di prendere in considerazione gli standard internazionali (l'espressione utilizzata è quella classica del *taking into account*)⁽¹¹⁾. In tale ipotesi le fonti richiamate offrono agli Stati un riferimento normativo, di cui tenere conto nell'assolvimento dei propri doveri.

In una seconda casistica rientrano gli artt. 210 e 211, relativi alla prevenzione dell'inquinamento rispettivamente da scarichi e da parte delle navi, che impongono in capo agli Stati parte un analogo obbligo di introdurre atti legislativi, con la precisazione che questi «shall at least have the same effect as that of generally accepted international rules and standards». In questo caso l'efficacia normativa delle fonti di *soft law* è decisamente più penetrante: esse costituiscono un parametro in base al quale valutare l'osservanza degli obblighi di prevenzione contenuti nella convenzione.

Un prototipo del terzo tipo di impiego degli standard internazionali può essere individuato ancora nell'art. 211, al par. 6, lett. c). Ai sensi di questa disposizione, qualora gli Stati intendano prevenire l'inquinamento da parte delle navi in un'area della zona economica esclusiva che presenti particolari esigenze di tutela che gli standard internazionali si mostrino inadeguati a soddisfare, essi possono adottare e imporre misure più stringenti alle navi straniere, una volta soddisfatte una serie di condizioni procedurali. Sul piano sostanziale, però, la norma circoscrive la sfera di discrezionalità degli Stati, prevedendo che: «leggi e regolamenti aggiuntivi possono riferirsi a scarichi o pratiche di navigazione ma non devono imporre alle navi straniere di osservare standard di progettazione, costruzione, equipaggiamento o personale diversi da quelli generalmente accettati» (traduzione nostra). In questo caso, lo Stato che, rispetto a quelle materie, dovesse imporre standard diversi da quelli internazionali commetterebbe un illecito.

⁽¹¹⁾ Su questa linea diversi articoli della Convenzione congiunta sulla sicurezza della gestione del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi (1997) impongono alle parti di adottare misure di adattamento a livello nazionale, prestando «*due regard* to internationally endorsed criteria and standards» (corsivo aggiunto). Il riferimento implicito è agli atti normativi prodotti dalla Agenzia internazionale per l'energia atomica. In caso di incidente, la mancata adozione degli standard stabiliti a livello internazionale, o di misure che comunque garantiscano un medesimo livello di sicurezza, può attivare una presunzione di responsabilità molto difficile da superare.

Un ulteriore esempio di integrazione normativa (intrasistemica) riguarda le raccomandazioni, i *travel advice* e le altre linee guida dell'OMS nel contesto del Regolamento sanitario internazionale del 2005 (RSI), adottato dalla stessa Organizzazione ai sensi dell'art. 21, lett. a), della sua Costituzione, al fine di coordinare la cooperazione intergovernativa nella prevenzione e nel contrasto alla diffusione delle malattie. L'art. 43 RSI riconosce la discrezionalità degli Stati membri di adottare misure sanitarie aggiuntive (*additional health measures*) rispetto a quelle indicate dall'OMS, ma ne circoscrive la portata subordinandola a una serie di condizioni sostanziali e procedurali. Per quanto rileva in questa sede occorre evidenziare che il par. 2 dell'articolo circoscrive il campo della discrezionalità statale, introducendo una serie di parametri alternativi, su cui gli Stati devono basare la propria decisione di introdurre misure aggiuntive: (a) principi scientifici, (b) evidenze scientifiche disponibili e, ove queste manchino, l'informazione fornita dall'OMS e dalle altre organizzazioni internazionali rilevanti, nonché (c) ogni altro parere espresso dalla stessa organizzazione sanitaria.

Ecco, dunque, che nel caso in cui si faccia ricorso a un approccio precauzionale – qualora di fronte al rischio di una minaccia sanitaria la conoscenza scientifica non sia in grado di fornire una risposta adeguata –, gli Stati devono basare le loro scelte politiche sugli atti dell'OMS: nella misura in cui questi restringono il ventaglio di possibilità che gli Stati hanno di introdurre misure ulteriori senza violare l'art. 43, par. 2, RSI, allora circoscrivono anche il loro margine di apprezzamento. In altri termini, se gli atti dell'OMS, quali fonti di *soft law*, non possono direttamente vincolare gli Stati parte a tenere una certa condotta, non di meno possono venire in rilievo come parametro di legittimità: nel definire, *ex ante*, la portata normativa degli obblighi derivanti dall'art. 43 RSI e, *ex post*, qualora si debba accertare la sussistenza di un eventuale illecito ⁽¹²⁾.

Un ultimo esempio di integrazione normativa (intrasistemica) viene dalla Convenzione sulla sicurezza nucleare del 1994, il cui preambolo, al punto (vii), riconosce a linee guida internazionali il compito di fornire indicazioni sui mezzi più idonei a raggiungere un elevato livello di sicurezza.

⁽¹²⁾ Un analogo fenomeno di integrazione normativa avviene tra le raccomandazioni dell'OMS e, questa volta, la Convenzione sull'aviazione civile internazionale, considerato che l'art. 14 sulla prevenzione della diffusione delle malattie per via aerea obbliga le parti contraenti ad adottare le misure necessarie, precisando che «to that end contracting States will keep in close consultation with the agencies concerned with international regulations relating to sanitary measures applicable to aircraft». Inoltre, le *recommended practice* n. 2.4-2.5 dell'Allegato 9 ribadiscono ulteriormente la necessità di considerare, anche ai fini della Convenzione, la legittimità delle restrizioni dei traffici aerei rispetto all'art. 43 RSI. Cfr. Annex 9 to the Convention on International Civil Aviation Facilitation, fifteenth edition, ICAO, 2017, 2.4-2.5. La questione riemerge nella dichiarazione congiunta di OMS e ICAO: *Joint ICAO-WHO Statement on COVID-19*, 11 marzo 2020, www.icao.int. Sul punto si veda E. BENVENISTI, *The Coronavirus Tests the Limits of International Law*, in «Lauterpacht Centre News», i. 30, 2020, pp. 3-5.

Recognizing that this Convention entails a commitment to the application of fundamental safety principles for nuclear installations rather than of detailed safety standards and that there are internationally formulated safety guidelines which are updated from time to time and so can provide guidance on contemporary means of achieving a high level of safety.

Il riferimento è diretto alle linee guida elaborate dall'Agenzia internazionale per l'energia atomica ⁽¹³⁾, due però sono i punti su cui è importante soffermare l'attenzione. Da un lato, la stessa previsione avverte l'esigenza di giustificare il meccanismo di rinvio, laddove chiarisce che il richiamo a fonti di *soft law*, esterne all'accordo, costituisca un mezzo per concretizzare – e quindi rendere più effettivi – gli obblighi di sicurezza piuttosto vaghi sanciti dalla Convenzione. Dall'altro lato, il punto (vii) del preambolo si preoccupa di specificare che gli atti a cui si rinvia hanno il pregio di essere periodicamente aggiornati ed è evidente come ciò giustifichi l'inserimento di un meccanismo normativo flessibile nella regolazione di una materia fortemente influenzata dal progresso scientifico e tecnologico. In questo caso è chiaro che non solo non ci si trova dinanzi a una *referral clause*, ma la norma di rinvio è contenuta nel preambolo – ovvero in una sezione dell'accordo a sua volta priva di efficacia vincolante – e si limita a *riconoscere* che esistono standard internazionali che possano offrire una guida nell'esecuzione dell'accordo. Ne deriva che tali atti verranno in rilievo in sede di interpretazione della Convenzione, come parte del contesto normativo di cui occorre tenere conto – ai sensi dell'art. 31, par. 2, CVDT – nel definire la portata di un obbligo e, pertanto, nell'accertamento di una violazione. Anche nel caso in esame, infatti, gli atti di *soft law* richiamati potranno rappresentare un *consensus* internazionale circa la corretta interpretazione e applicazione dei principi di sicurezza affermati nella Convenzione.

Alla luce di tutte queste considerazioni, sembra possibile delineare un'interazione normativa tra *soft law* e trattati, che certamente può presentare una diversa intensità, ma che in ogni caso evidenzia una funzione integrativa della fonte debole in favore del diritto pattizio.

2. *Integrazione normativa di obblighi di diritto internazionale generale*

La stessa dinamica appena analizzata con riferimento al rapporto tra *soft law* e trattati può senz'altro configurarsi anche nel rapporto tra il primo e il diritto internazionale generale. In tale ipotesi gli atti di *soft law* intervengono, *ex ante*, a definire l'oggetto di norme di diritto internazionale generale, per poi offrire, *ex post*, all'interprete un parametro utile – a volte, di fatto, decisivo – a valutare l'altrimenti imponderabile osservanza di obblighi

⁽¹³⁾ A. E. BOYLE, C. REDGWELL, *International Law and the Environment*, forth edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, cap. 9.

generali dal contenuto piuttosto vago. Più nel dettaglio, tali fonti, nella misura in cui riescono a rappresentare un *consensus* a livello internazionale circa lo standard minimo da adottare nel dare esecuzione a una specifica norma, restringono il margine di apprezzamento degli Stati, ovvero il ventaglio della possibilità di scelta che essi hanno nell'adempire un obbligo positivo⁽¹⁴⁾. Ne deriva che, in base alle circostanze, la mancata adozione di tali standard può assurgere a una presunzione d'illiceità della condotta posta in essere rispetto a quelle norme di diritto internazionale generale che proprio nelle fonti di *soft law*, di fatto, trovavano una disciplina di dettaglio.

Un esempio in tal senso può venire dal già menzionato affare delle *cartiere sul Fiume Uruguay*, con riguardo al principio di prevenzione e al dovere di diligenza (*due diligence*), che, ad avviso della CIG, formano ormai parte integrante del *corpus iuris gentium*⁽¹⁵⁾. Invero, nel caso di specie tali norme venivano in rilievo come cristallizzate all'art. 41 dello Statuto del Fiume, ma ciò non toglie che esse mantenessero la propria autonomia di fonti consuetudinarie⁽¹⁶⁾. Ebbene, anche rispetto all'adempimento degli obblighi da esse derivanti, linee guida e raccomandazioni delle organizzazioni internazionali rilevanti possono rappresentare un *consensus* circa le modalità più idonee a dar loro esecuzione. Preliminarmente, la Corte osserva che:

due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works⁽¹⁷⁾.

Per poi rilevare subito dopo che:

neither the 1975 Statute nor general international law specify the scope and content of an environmental impact assessment. [...T]he other instrument to which Argentina refers in support of its arguments, namely, the UNEP Goals and

⁽¹⁴⁾ BOYLE, *Some Reflections*, cit., p. 905.

⁽¹⁵⁾ Cfr. CIG, *Cartiere sul Fiume Uruguay*, cit., in «I.C.J. Reports», 2010, pp. 55-56, par. 101; *Canale di Corfu (Regno Unito c. Albania)*, merito, sentenza del 9 aprile 1949, in «I.C.J. Reports», 1949, p. 4 ss., p. 22; *Liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari*, cit., p. 242, par. 29.

⁽¹⁶⁾ A tal proposito un semplice confronto consente di notare che quanto affermato dalla Corte al par. 197 – «the obligation to “preserve the aquatic environment, and in particular to prevent pollution by prescribing appropriate rules and measures” is an obligation to act with due diligence in respect of all activities which take place under the jurisdiction and control of each party» – rifletta letteralmente quanto dalla stessa rilevato nel suo parere sulla *liceità dell'uso e della minaccia delle armi nucleari*, per cui «The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment», in «I.C.J. Reports», 1996, p. 242, par. 29.

⁽¹⁷⁾ CIG, *Cartiere sul Fiume Uruguay*, cit., in «I.C.J. Reports», 2010, p. 83, par. 204.

Principles, is not binding on the Parties, but, as guidelines issued by an international technical body, has to be taken into account by each Party in accordance with Article 41 (a) in adopting measures within its domestic regulatory framework. Moreover, this instrument provides only that the “environmental effects in an EIA [Environmental Impact Assessment] should be assessed with a degree of detail commensurate with their likely environmental significance” (Principle 5) without giving any indication of minimum core components of the assessment ⁽¹⁸⁾.

La CIG, dunque, ha espressamente riconosciuto come, pur non trattandosi di una fonte vincolante, gli Obiettivi e i principi dell'UNEP potessero venire in rilievo per specificare la portata e il contenuto dell'obbligo – anche consuetudinario ⁽¹⁹⁾ – di effettuare una tale valutazione sull'impatto ambientale, limitandosi però a rilevare che tale effetto non si sia realizzato in concreto.

Come nel caso dell'interazione con le disposizioni convenzionali – ma in modo forse ancora più evidente –, il *soft law* sconfessa la tesi, sostenuta da parte della dottrina, per cui esso rappresenterebbe una minaccia alla certezza del diritto e al principio di legalità. Le dinamiche che abbiamo analizzato dimostrano che nell'ordinamento internazionale è semmai vero il contrario, ovvero che in molte circostanze l'effettività di norme consuetudinarie e pattizie è minata dal fatto che il loro contenuto è piuttosto difficile da definire e, dunque, il *soft law* interviene a «puntellare» il sistema, rendendo prevedibili la portata normativa dei doveri e, conseguentemente, quella degli addebiti in caso di violazione; prima che l'interprete desista dal provare a definire la sussistenza di un illecito, con ciò frustrando le sempre più pressanti aspettative di regolazione di un ordinamento internazionale che aspira a disciplinare ogni settore della vita sociale internazionale.

3. *Interazione funzionale con il diritto internazionale generale: il 'soft law' come fatto*

Un altro problema connesso a quelli affrontati nei paragrafi precedenti concerne il caso in cui tra *soft law* e diritto internazionale generale venga a instaurarsi un'interazione funzionale. In tale ipotesi, l'accordo di *soft law* non viene in rilievo nella sua dimensione normativa, ma come fatto oggetto di una certa valutazione da parte di norme di diritto internazionale generale. In altri termini, esso non interviene qui a definire la portata di una norma generale, ma rappresenta una vicenda della vita sociale a cui l'ordinamento,

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, p. 83, par. 205.

⁽¹⁹⁾ «[T]he obligation to protect and preserve, under Article 41 (a) of the Statute, has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context», cfr. CIG, *Cartiere sul Fiume Uruguay*, cit., in «I.C.J. Reports», 2010, p. 83, par. 204.

al di là della specifica volontà delle parti nel contesto dell'accordo, attribuisce unilateralmente una qualificazione giuridica. In questa prospettiva, allora, il carattere non vincolante dell'atto di *soft law* non è sufficiente a escludere che, a certe condizioni, da esso possano *indirettamente* derivare effetti giuridici immediati.

A tale proposito occorre richiamare l'istituto dell'*estoppel*, espressione del più generale principio di buona fede, che informa tutte le relazioni interstatali a prescindere dal rango della fonte da cui sono disciplinate, sicché anche un atto di *soft law* può dar luogo a un *estoppel* ⁽²⁰⁾. Se, ad esempio, attraverso un accordo non vincolante uno Stato ne induca un altro ad avere una certa rappresentazione rispetto a uno stato di cose e il secondo, confidando su tale situazione, agisca a proprio svantaggio o per l'altrui vantaggio, l'*estoppel* preclude al primo di disconoscere gli effetti dell'accordo.

3.1. L'«*estoppel*» in generale

Definito da Pollock come «perhaps the most powerful and flexible instrument to be found in any system of jurisprudence» ⁽²¹⁾, l'*estoppel* consiste in una preclusione, per l'autore di una condotta o dichiarazione, di negare la rappresentazione che implicitamente o esplicitamente ne possa derivare. Dell'*estoppel* Bowett ha individuato tre elementi costitutivi ⁽²²⁾: i) una rappresentazione di cose chiara e non ambigua, ii) frutto di una

⁽²⁰⁾ AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, cit., pp. 45-46; AUST, *The Theory and Practice*, cit., pp. 810-812; GOMAA, *Non-Binding Agreements*, cit., pp. 245-246; MÜNCH, *Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties. Non-Binding Agreements*, cit., pp. 10-11; NOLLKAEMPER, *The Distinction Between Non-Legal and Legal Norms*, cit., p. 363; SCHACHTER, *The Twilight Existence*, cit., p. 301; THÜRER, *Soft Law*, cit., par. 27; VAN DER MENSBRUGGHE, *Legal Status of International North Sea Conference Declarations*, cit., p. 17; VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux*, cit., p. 356; GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, cit., par. 14; T. COTTIER, J. P. MÜLLER, *Estoppel*, in R. WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedias of International Law», edizione online, aprile 2007, par. 1; G. SERRA, *The Practice of Tying Development Aid: A Critical Appraisal from an International, WTO and EU Law Perspective*, in «Law and Development Review», vol. 4, n. 1, 2011, pp. 1-31, p. 6; G. SCALESE, *Some Remarks on Soft Law and Human Rights*, in E. TRIGGIANI et al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci, 2017, pp. 371-380; CHINKIN, *Normative Development*, cit., pp. 30-31. Abi-Saab tra gli effetti indiretti del *soft law* richiama quelli preclusivi che un atto di tale natura può produrre sulla base dell'*estoppel* e del principio di buona fede ad esso sotteso, cfr. ABI-SAAB, *Cours général*, cit., p. 213. Anche Simma, *mutatis mutandis*, ammette esplicitamente questa possibilità: cfr. G. F. HANDL et al., *A Hard Look at Soft Law*, in M. P. MALLOY (ed.), *American Society of International Law. Proceedings of the 82nd Annual Meeting*, vol. 82, 20-23 aprile 1988, pp. 371-395, p. 380. Scettica, invece, appare la posizione di FITZMAURICE, ELIAS, *Contemporary Issues*, cit., p. 37.

⁽²¹⁾ F. POLLOCK, *The Expansion of the Common Law*, London, Stevens, 1904, p. 108.

⁽²²⁾ D. W. BOWETT, *Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence*, in «British Year Book of International Law», vol. 33, 1957, pp. 176-202. Si veda ancora: K. PAN,

condotta volontaria (realizzata con intenzione o colpa), incondizionata e autorizzata, iii) su cui altre parti, in buona fede, abbiano fondato il proprio affidamento, agendo a proprio svantaggio o a vantaggio dell'autore della condotta.

Circa il rango della norma tra le fonti del diritto internazionale particolarmente illuminanti ci appaiono le parole di McNair, ad avviso del quale:

It is reasonable to expect that any legal system should possess a rule designed to prevent a person who makes or concurs in a statement upon which another person in privity with him relies to the extent of changing his position, from later asserting a different state of affairs. *Allegans contraria non est audiendus*, or in the vernacular: 'You cannot blow hot and cold'. [...] International law is in course of developing such a rule and is receiving assistance from national systems of law; [...] it is a rule of common sense and can fairly be described as one of the '*general principles of law recognized by civilized nations*' and therefore a proper source of a rule of international law (corsivo aggiunto) ⁽²³⁾.

Oggi può dirsi esistere un ampio consenso in dottrina circa il fatto che, sul piano delle fonti normative, l'istituto rappresenti un principio generale di diritto ai sensi dell'art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della CIG ⁽²⁴⁾. Indipendentemente dal *nomen iuris* con cui

A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence, in «Chinese Journal of International Law», vol. 16, n. 4, 2017, pp. 751-786. I. C. MACGIBBON, *Estoppel in International Law*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 7, n. 3, 1958, pp. 468-513; MCNAIR, *The Law of Treaties*, cit., pp. 486-489; A. MARTIN, *L'Estoppel en Droit International Public*, Paris, Pedone, 1979; H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989*, in «British Yearbook of International Law», vol. 60, n. 1, 1989, pp. 1-157, pp. 29-49; Y. I., YOUAKIM, *Estoppel in International Law*, Ithaca, New York, 1969; I. SINCLAIR, *Estoppel and acquiescence*, in V. LOWE, M. FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge et al., Cambridge University Press, 1996, pp. 104-120; COTTIER, MÜLLER, *Estoppel*, cit., par. 1; C. ECKART, *Promises of States under International Law*, Oxford, Hart, 2012, pp. 277-298; E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2015, pp. 89-94; A. KULICK, *About the Order of Cart and Horse, Among Other Things: Estoppel in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals*, in «European Journal of International Law», vol. 27, n. 1, 2016, pp. 107-128.

⁽²³⁾ MCNAIR, *The Law of Treaties*, cit., pp. 485-489.

⁽²⁴⁾ In effetti, il principio dell'*estoppel* compare, sotto nomi diversi, in molti sistemi giuridici: nei paesi di *common law* si parla di *estoppel by representation*, *by conduct* o *by recognition*; in Germania di *Verwirkung* e *Erregter Rechtschein*; in Francia, di *foreclusion*; in Italia, di *preclusione* o *apparenza*; in Spagna di *doctrina de los actos propios*: cfr. CIG, *Tempio di Preah Vihear (Cambogia c. Thailandia)*, merito, sentenza del 15 giugno 1962, in «I.C.J. Reports», 1962, pp. 39-51, p. 39 (opinione separata del giudice Alfaro). Nel senso che si tratti di un principio generale di diritto riconosciuto dalla Nazioni civili: CIG, *Tempio di Preah Vihear*, cit., in «I.C.J. Reports», 1962, pp. 52-66, pp. 61-65 (opinione separata del giudice Fitzmaurice); *Delimitazione dei confini marittimi nella regione del Golfo del Maine*, sentenza del 12 ottobre 1984, in «I.C.J. Reports», 1984, p. 246 ss., p. 305, par. 130. Per la dottrina si veda BOWETT, *Estoppel*, cit., p. 202;

compare nei singoli ordinamenti statali, nell'ambito del diritto internazionale l'istituto in esame è espressione del principio *nemo potest venire contra factum proprium*. La *ratio* dell'*estoppel* consiste nell'impedire che un soggetto possa trarre beneficio da un atteggiamento ambiguo, mutando successivamente la propria determinazione in pregiudizio altrui (*nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*). Il riflesso processuale dell'istituto implica che «inconsistency between claims or allegations put forward by a State, and its previous conduct in connection therewith, is not admissible» (*allegans contraria non audiendus est*)⁽²⁵⁾. Infine, se il più contiene il meno, ancora più

MACGIBBON, *Estoppel*, cit., p. 470; H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London et al., Longmans, 1927, p. 204; A. C. KISS, *Comparative Law and Public International Law*, in W. E. BUTLER (ed.), *International Law in Comparative Perspective*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, pp. 41-48, p. 44; N. A. M. GREEN, *International Law: Law of Peace*, London, Macdonald and Evans, 1973, p. 20; A. P., RUBIN, *The International Legal Effects of Unilateral Declarations*, in «American Journal of International Law», vol. 71, n. 1, 1977, pp. 1-30, p. 16; W. G., FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 196; W. C., JENKS, *Prospects of International Adjudication*, London, Stevens, New York, Oceana, 1964, p. 310 s.; M. L., WAGNER, *Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice*, in «California Law Review», vol. 74, n. 5, 1986, pp. 1777-1804, p. 1779; T. MERON, *Repudiation of Ultra Vires State Contracts and the International Responsibility of States*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 6, n. 2, 1957, pp. 273-289, p. 287; J. L. BRIERLY, *The Law of Nations. An Introduction to the International Law of Peace*, forth edition, Oxford, Clarendon, 1949, p. 63 s.; D. P., O'CONNELL, *International Law*, second edition, London, Stevens, 1970, p. 13; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *L'ordre public international et la fraude à la loi*, in *Mélanges offerts à J. Maury*, 2 tomes, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, tome 1, pp. 473-483, p. 474; W. FRIEDE, *Das Estoppel-Prinzip im Völkerrecht*, in „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, Bd. 5, Nr. 3, 1935, pp. 517-545, p. 545; A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International Law: The Doctrine of Rebus Sic Stantibus and Desuetude*, Oxford, Clarendon, 1985, p. 294; H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court: Being a Revised Edition of "The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice" (1934)*, London, Stevenson, 1958, pp. 168-172; *Report of the International Law Commission covering the work of its fifteenth session (6 May-12 July 1963)*, in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, 1963, pp. 212-213; *Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur*, in *ibidem*, pp. 39-40; *Reports of the International Law Commission on the second part of its seventeenth session and on its eighteenth session*, in «International Law Commission», vol. II, 1966, p. 239; B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La Confiance légitime et l'Estoppel*, Paris, Société de législation comparée, 2007. Altra parte della dottrina considera l'*estoppel* una norma consuetudinaria: H. W. A. THIRLWAY, *International Customary Law and Codification*, cit., p. 108; F. FRANCONI, *La consuetudine locale nel diritto internazionale*, in «Rivista di Diritto internazionale», vol. LIV, f. 3, 1971, pp. 396-422, p. 412; I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, second revised and enlarged edition, Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 168.

⁽²⁵⁾ CIG, *Tempio di Preah Vihear*, cit., in «I.C.J. Reports», 1962, p. 41 (opinione separata del giudice Alfaro).

inammissibile risulterebbe consentire che uno Stato tragga beneficio in danno altrui, grazie a un atto non solo ambiguo, ma addirittura illecito (*nullus commodum capere potest de sua iniuria propria*).

Passando brevemente a discutere della natura sostanziale o processuale della preclusione, diversamente da quanto accade nei sistemi di *common law* nell'ordinamento internazionale tende a prevalere la prima tesi ⁽²⁶⁾.

3.2. *La prassi statale e internazionale sull' 'estoppel'*

La prassi offre una solida conferma del fatto che gli Stati riconoscano la doverosità giuridica di una norma che sanzioni comportamenti incoerenti e tuteli l'affidamento altrui. La CVDT del 1969, all'art. 45 ⁽²⁷⁾, cristallizza il principio in esame ⁽²⁸⁾, laddove prevede che uno Stato parte di un trattato perda il diritto di invocare una determinata circostanza come causa di estinzione dello stesso o come motivo per recedere, porvi termine o sospenderne l'applicazione, quando, dopo aver avuto conoscenza di tale fatto, abbia espressamente accettato che il trattato restasse valido, efficace o eseguibile (lett. a); o quando abbia tenuto una condotta da cui è ragionevole dedurre un tale consenso (lett. b). La disposizione in esame mira a salvaguardare, da un lato, la stabilità delle relazioni internazionali regolate mediante trattato, e dall'altro, l'affidamento delle parti in buona

⁽²⁶⁾ La questione, comunque, non sembra ancora risolta del tutto in dottrina e in giurisprudenza. Da un lato, vi è chi ritiene che abbia natura sostanziale: MACGIBBON, *Estoppel*, cit., p. 512; SCALESE, *Some Remarks on Soft Law*, cit., p. 376; G. SCALESE, *Diritto dei trattati e dovere di coerenza nella condotta. 'Nemo potest venire contra factum proprium'*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, p. 105; COTTIER, MÜLLER, *Estoppel*, cit., par. 5; AUST, *The Theory and Practice*, cit., p. 810. Per la giurisprudenza si veda CIG, *Tempio di Preah Vihear*, cit., in «I.C.J. Reports», 1962, pp. 52-66, p. 62 (opinione separata del giudice Fitzmaurice); pp. 39-51, p. 41 (opinione separata del giudice Alfaro); pp. 101-146, p. 143 (opinione dissenziente del giudice Spender). *Argentina-Chile Frontier Case*, lodo del 9 dicembre 1966, in «Reports of International Arbitral Awards», vol. 16, 1969, pp. 109-182, p. 164; Suprema Corte del Canada, *Canada e Dominion Sugar Company Limited c. Canadian National (West Indies) Steamships Limited*, sentenza del 24 ottobre 1946, in A.C., 1947, p. 46. Dall'altro lato, i sostenitori della tesi secondo cui avrebbe natura processuale: FRIEDE, *Das Estoppel-Prinzip*, cit.; LAUTERPACHT, *Private Law Sources*, cit., p. 203.

⁽²⁷⁾ Art. 45. *Loss of the right to invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty*. «1. A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts: (a) It shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or (b) It must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be».

⁽²⁸⁾ Un'analogia disposizione è contenuta nella CVDT tra Stati e organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali, del 1989.

fede, neutralizzando l'impatto negativo che su di un accordo internazionale potrebbe avere la condotta ambigua di uno Stato ⁽²⁹⁾. In modo complementare, seppur con presupposti differenti, anche l'art. 45, lett. b), del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001 sanziona con la preclusione lo Stato che dopo aver invocato la responsabilità di un altro Stato, si mostri acquiescente rispetto alla pretesa che intende far valere ⁽³⁰⁾.

Per quanto riguarda la giurisprudenza internazionale, l'*estoppel* ha trovato riconoscimento in diverse occasioni. Un primo esempio viene dal caso del *lodo arbitrale del Re di Spagna* (1960), con cui il sovrano, sulla base del lavoro istruttorio di una commissione appositamente costituita, aveva delimitato un segmento del confine territoriale tra Honduras e Nicaragua. Quest'ultimo Stato, però, contestava la validità della decisione, sicché nel 1957, mediante un accordo *ad hoc*, la controversia veniva sottoposta al giudizio della CIG ⁽³¹⁾. La Corte, pur avendo accertato la piena validità del trattato e del procedimento in base ai quali il lodo era stato adottato, ha rilevato come al Nicaragua fosse comunque precluso sollevare la questione, avendo esso riconosciuto la loro regolarità sia espressamente sia *per facta concludentia*.

Un ulteriore esempio può essere individuato nel caso del *tempio di Preah Vihear* (1962). La controversia verteva sulla delimitazione dei confini tra Thailandia e Cambogia e, in particolare, sulle rispettive pretese sovrane sul territorio in cui sorge il santuario. Occorre ricordare che un regolamento di confini tra i due paesi era stato effettuato mediante un articolato processo di negoziati, confluito nella conclusione di un trattato, il 23 marzo 1907. L'ultima fase del processo prevedeva la redazione di alcune cartine geografiche che dessero atto dell'assetto raggiunto e, tra queste, una raffigurava il tempio sul lato cambogiano del confine. Su questa base la CIG, nonostante abbia accertato che le mappe non avessero forza vincolante ⁽³²⁾, ha comunque concluso che alla Thailandia fosse precluso eccepire un diverso stato di cose. Infatti, sebbene le mappe vennero puntualmente notificate al Governo siamese, questo non ebbe mai a eccepire alcun errore, nemmeno nei molti anni successivi fino al giudizio. La sentenza, dunque, risulta

⁽²⁹⁾ Sul punto si veda SCALESE, *Diritto dei trattati e dovere di coerenza*, cit., pp. 1-48.

⁽³⁰⁾ Art. 45 Vienna Convention on the Law of Treaties (*Loss of the right to invoke responsibility*). «The responsibility of a State may not be invoked if: (a) the injured State has validly waived the claim; (b) the injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim».

⁽³¹⁾ CIG, *Affare relativo al lodo arbitrale emesso dal Re di Spagna il 23 dicembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, sentenza del 18 novembre 1960, in «I.C.J. Reports», 1960, p. 192 ss., p. 213.

⁽³²⁾ Occorre precisare che alle cartine geografiche non sia stata riconosciuta forza vincolante non perché esse fossero atti di per sé inidonei a produrre un tale effetto, ma perché erano state redatte successivamente alla conclusione del trattato sul regolamento di confini e, dunque, non erano rientrate nell'oggetto su cui le parti avevano espresso il proprio consenso.

particolarmente significativa ai fini dell'odierna trattazione, poiché nella stessa la CIG rileva come un fenomeno preclusivo da *estoppel* possa derivare anche da un atto non vincolante, come nel caso esaminato erano appunto le cartine geografiche.

3.3. 'Estoppel' e atti unilaterali

Pur se spesso in dottrina si tende ad associare l'*estoppel* agli atti giuridici unilaterali – il che è in un certo senso comprensibile –, esso non necessariamente scaturisce, dal punto di vista materiale, da un atto unilaterale, considerato come un fenomeno preclusivo possa discendere da una rappresentazione a cui possono aver dato luogo anche atti bilaterali o multilaterali.

A tale riguardo è opportuno richiamare la controversia relativa allo *status giuridico della Groenlandia orientale* (1933), nella quale la Danimarca chiedeva alla CPGI di accertare una violazione della propria sovranità territoriale sulla Groenlandia da parte della Norvegia, che, infatti, nel 1931 aveva reso noto di stare procedendo a occupare la parte orientale della regione. All'esito del giudizio la Corte si è pronunciata in favore della Danimarca affermando:

In accepting these bilateral and multilateral agreements as binding upon herself, Norway reaffirmed that she recognized the whole of Greenland as Danish; and thereby she has debarred herself from contesting Danish sovereignty over the whole of Greenland, and, in consequence, from proceeding to occupy it ⁽³³⁾.

Pur senza dargli un'espressa qualificazione, non vi è dubbio che la Corte definisca il giudizio individuando un vero e proprio fenomeno preclusivo nei confronti della Norvegia, sulla base di una serie di accordi bilaterali e multilaterali intervenuti tra la stessa e la Danimarca ⁽³⁴⁾.

In questa prospettiva, occorre distinguere gli atti giuridici unilaterali dall'*estoppel* ⁽³⁵⁾. I primi essenzialmente consistono in dichiarazioni pubbliche intese come manifestazioni unilaterali di consenso a vincolarsi – come, ad esempio, la promessa –, mentre l'*estoppel* assume rilievo di categoria autonoma proprio perché la vincolatività

⁽³³⁾ CPGI, *Status giuridico della Groenlandia orientale*, cit., «P.C.I.J.», series A/B, n. 53, 1933, pp. 68-69.

⁽³⁴⁾ In particolare, nel ragionamento della Corte gioca un ruolo decisivo il Trattato commerciale del 2 novembre del 1826, concluso tra il Regno di Svezia e Norvegia, da un lato, e la Danimarca, dall'altro. Infatti, dal campo di applicazione territoriale dell'accordo erano state espressamente escluse le colonie delle parti contraenti, e per la Danimarca erano indicate Islanda, le Isole Faroe e, appunto, la Groenlandia. Allo stesso modo, le Convenzioni sull'unione postale del 1920, 1924 e 1929 – di cui pure erano parte sia la Danimarca sia la Norvegia – individuavano la Groenlandia come territorio danese.

⁽³⁵⁾ CRAWFORD, *Brownlie's Principles*, cit., p. 408.

dell'effetto preclusivo è legata a una rappresentazione di cose che può derivare da condotte o dichiarazioni non intese come obbligatorie. Queste, infatti, rilevano non nella loro dimensione normativa, bensì in quella fattuale, come situazioni idonee a produrre un affidamento che, a certe condizioni, diviene meritevole di tutela in base al principio di buona fede. Pertanto, se tale effetto preclusivo può prodursi sulla base di un atto unilaterale non vi è motivo di escludere che possa prodursi in conseguenza di una dichiarazione congiunta, un accordo tra gentiluomini o un *memorandum* d'intesa.

3.4. 'Estoppel' e 'soft law'

In questa sede preme precisare che a un'ipotesi di *estoppel* possa dar luogo anche un atto di *soft law*, purché chiaramente ricorrano tutti i presupposti dell'istituto. Infatti, se tale principio non ha il potere di trasformare un atto non vincolante nel suo opposto, esso, però, prescrive che un soggetto non contraddica la propria condotta nei confronti di un altro che su di essa abbia fondato il proprio legittimo affidamento, agendo a proprio svantaggio o per l'altrui vantaggio. In questo quadro sembra opportuno richiamare l'opinione del giudice Alfaro che sottolinea l'ampio ventaglio di condotte che possono dare luogo all'*estoppel*. Trattandosi di condotte, considerate nella loro dimensione fattuale e non normativa, ben possano venire in rilievo «[any] express written agreement, declaration, representation or recognition, or else that of a conduct which implies consent to or agreement with a determined factual or juridical situation»⁽³⁶⁾.

Ebbene, qualora attraverso un accordo non vincolante uno Stato ne induca un altro ad avere una certa rappresentazione rispetto a uno stato di cose e il secondo, confidando su tale situazione, agisca a proprio svantaggio o per l'altrui vantaggio, al primo Stato è precluso disconoscere gli effetti dell'accordo. In quest'ottica, sarebbe precluso a uno Stato addurre l'illiceità di condotte realizzate dando seguito a un accordo non vincolante da esso stesso concluso con l'autore della condotta presunta illecita. Ancora, gli sarebbe precluso eccepire che gli atti realizzati dalla controparte di un accordo non vincolante costituiscano una lesione del proprio dominio riservato⁽³⁷⁾.

A scopo chiarificatore sia consentito richiamare l'esempio proposto da Schachter⁽³⁸⁾. Traendo ispirazione dall'Accordo di Londra del 1946, l'autore immagina che in senso a un'organizzazione internazionale alcuni Stati effettivamente ripartiscano i seggi disponibili in un organo elettivo secondo quanto stabilito in un accordo non vincolante. Qualora, successivamente, uno di essi intenda contestare la validità delle elezioni, adducendo una violazione delle norme di procedura elettorale, l'autorità competente a

⁽³⁶⁾ CIG, *Tempio di Preah Vihear*, cit., in «I.C.J. Reports», 1962, p. 40 (opinione separata del giudice Alfaro).

⁽³⁷⁾ GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, cit., par. 14.

⁽³⁸⁾ SCHACHTER, *The Twilight Existence*, cit., p. 301.

decidere dovrebbe dichiarare inammissibile l'istanza, in quanto oggetto di preclusione per *estoppel*.

3.5. Osservazioni sugli effetti dell'*'estoppel'* derivante da accordi non vincolanti

Come appare evidente, in tali ipotesi appare legittimo parlare di effetti giuridici immediati, ma indiretti, in quanto, da un lato, l'accordo non vincolante risulta capace di produrre effetti rientranti a pieno titolo nel campo del diritto, ma, dall'altro, lo è solo indirettamente, considerato come, in realtà, tali effetti discendano dall'*estoppel*. Qui l'accordo non costituisce un atto di autonomia pattizia, ma rileva come fatto giuridico, ovvero come fatto a cui – indipendentemente dalla volontà delle parti – l'ordinamento internazionale, attraverso il principio di buona fede, attribuisce un significato giuridico vincolante.

Quanto si afferma in alcun modo vuol significare che il principio di buona fede, di cui l'*estoppel* è un'espressione, è capace di attribuire surrettiziamente all'accordo proprio quella natura vincolante che le parti hanno inteso escludere. Piuttosto, il principio in parola impone agli Stati un dovere di coerenza rispetto alle proprie dichiarazioni o condotte, su cui altri soggetti abbiano fondato un legittimo affidamento.

In conclusione, è necessario evitare possibili fraintendimenti e riconoscere che, se certamente anche da un accordo non vincolante possa derivare un fenomeno preclusivo per *estoppel*, tale effetto vada accolto con cautela, in quanto, come si è avuto modo di osservare, esso dipende dal realizzarsi di una molteplicità di presupposti.

3.6. Estensione del ragionamento all'*'acquiescenza'*

Preme quindi precisare che quanto detto sugli effetti indiretti degli accordi non vincolanti può trovare applicazione oltre che con riferimento all'*estoppel* anche rispetto all'*acquiescenza*⁽³⁹⁾. Si tratta, infatti, di un istituto strettamente connesso con il primo⁽⁴⁰⁾ e a cui parimenti è stata riconosciuta dignità di principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili⁽⁴¹⁾. Inoltre, la dottrina è unanime nel ritenere che nell'ordinamento

⁽³⁹⁾ In tal senso GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, cit., par. 14.

⁽⁴⁰⁾ «Acquiescence is indubitably a notion that is entangled with the notion of estoppel», N. S. MARQUES ANTUNES, *Acquiescence*, in R. WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedias of International Law», edizione *online*, settembre 2006, par. 24.

⁽⁴¹⁾ CPA, *Controversia sui confini marittimi tra Norvegia e Svezia*, lodo del 23 ottobre 1909, in «American Journal of International Law», vol. 4, n. 1, 1910, pp. 226-236, p. 233. Pur se il giudizio risale a un'epoca antecedente all'entrata in vigore tanto dello Statuto della CIG quanto di quello della precedente CPGI, non cambia la concezione della categoria normativa impiegata dalla CPA come di un principio comune agli ordinamenti statali.

internazionale l'acquiescenza operi sul piano del diritto sostanziale ⁽⁴²⁾. La differenza tra le due fattispecie essenzialmente attiene al contesto in cui si realizza la condotta del soggetto destinatario della preclusione ⁽⁴³⁾. Nel caso dell'acquiescenza, questi, dinanzi a una pretesa altrui, avrebbe potuto e dovuto reagire contestandone la fondatezza e, invece, si mostra inerte, così consentendo alla situazione di fatto o di diritto di protrarsi nel tempo, fino al punto che diventi ragionevole dedurre un tacito assenso (*qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset*). Diversamente, nell'ipotesi dell'*estoppel*, l'attenzione si concentra sul dovere di coerenza che impone a uno Stato di non disconoscere successivamente gli effetti di quella rappresentazione a cui esso stesso abbia dato corso e su cui altri possano aver confidato in buona fede, agendo a proprio svantaggio o per l'altrui vantaggio ⁽⁴⁴⁾.

3.7. *Le raccomandazioni delle organizzazioni internazionali: dalla teoria dell'effetto di liceità al principio 'nemo venire contra factum proprium'*

Fermo restando quanto osservato nel Capitolo I circa l'importante ruolo delle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali nella formazione del diritto internazionale generale, la dottrina si è a lungo interrogata sulla possibilità di riconoscere loro un qualche valore giudico immediato. A tal fine, talvolta si è fatto appello al principio di buona fede, talvolta alla tesi analogica dell'obbligazione naturale, oppure sostenendo che, nella misura in cui esse specificano gli obblighi convenzionalmente assunti con la Carta ONU, di questa finirebbero per mutuare l'efficacia vincolante. Profili su cui si avrà modo di ritornare più avanti in questo capitolo, trattando del ruolo del *soft law* nell'interpretazione dei trattati.

In questo contesto ricade anche la cd. teoria dell'*effetto di liceità*, secondo cui non commetterebbe un illecito lo Stato che, per conformarsi a una raccomandazione legittimamente emessa dall'organizzazione internazionale di cui sia membro, disattendesse gli obblighi (consuetudinari o pattizi) che lo leghino ad altro Stato membro ⁽⁴⁵⁾. In questa prospettiva, la raccomandazione, pur restando un atto di *soft law*,

⁽⁴²⁾ MARQUES ANTUNES, *Acquiescence*, cit., par. 11.

⁽⁴³⁾ BOWETT, *Estoppel*, cit., pp. 197-201.

⁽⁴⁴⁾ Sulla differenza tra i due istituti e sul fatto che vadano considerati come espressioni di un medesimo principio si veda CIG, *Delimitazione dei confini marittimi nella regione del Golfo del Maine*, cit., in «I.C.J. Reports», 1984, p. 305, par. 130.

⁽⁴⁵⁾ B. CONFORTI, *La funzione dell'accordo nel sistema delle Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 1968, p. 124; DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore*, cit., p. 255; A. PELLET, *Les raisons du développement du 'soft law' en droit international: choix ou nécessité?*, in P. DEUMER, J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la 'soft law' en droit interne, européen et international*,

risulterebbe eccezionalmente capace di produrre effetti giuridici opponibili a terzi. Più precisamente, si tratterebbe di un'*efficacia permissiva* che discenderebbe dai doveri di buona fede e leale cooperazione, che vincolano gli Stati nell'esecuzione del trattato istitutivo dell'organizzazione internazionale di cui siano parti, al pari di qualunque altro accordo. Dunque, lo Stato membro che dovesse uniformare la propria condotta alla raccomandazione starebbe in tal modo assolvendo a quei doveri cooperativi che lo legano all'organizzazione e a cui sono tenuti anche gli altri Stati membri.

A supporto di questa tesi si è soliti menzionare il caso della risoluzione n. 221 del 9.4.1966, mediante la quale il Consiglio di Sicurezza ONU invitò il Regno Unito a impedire, con ogni mezzo, che un carico di petrolio giungesse nel porto di Beira (Mozambico), per poi proseguire il trasporto via terra fino alla Rhodesia del Sud (l'odierno Zimbabwe). Quest'ultimo, infatti, poco tempo prima, aveva approvato una dichiarazione unilaterale d'indipendenza connotata da una marcata impostazione segregazionista, portando il CS ad adottare la risoluzione n. 216 del 1965, con cui si invitavano tutti gli Stati membri dell'ONU a non riconoscere la Rhodesia e a non fornirgli alcun tipo di assistenza. In questo quadro normativo, il Regno Unito effettuò una visita a bordo di due navi greche, nonostante queste si trovassero in acque internazionali, dove, come è noto, il diritto del mare riconosce giurisdizione esclusivamente allo Stato della bandiera. Ebbene, se in occasione del blocco della Joanna V seguì la più ferma reazione del Governo greco, all'indomani dell'adozione della risoluzione n. 221 del 1966 il Regno Unito ispezionò una seconda nave, la Manuela, e questa volta non seguì nessuna rimostranza da parte del Governo ellenico.

In realtà, la vicenda appena ricordata rappresenta un'ipotesi alquanto particolare e isolata in cui una raccomandazione del CS (la n. 221 del 1966) si trova congiunta a un'autorizzazione⁽⁴⁶⁾: il comportamento illecito era oggetto, al contempo, di un invito e di un'autorizzazione. Pertanto, è piuttosto difficile utilizzare tale caso per fondare la tesi dell'effetto di liceità delle raccomandazioni «semplici», che oggi, infatti, è stata abbandonata anche da quella dottrina che in passato l'aveva elaborata⁽⁴⁷⁾. In primo luogo, occorre prendere atto del fatto che, dall'episodio del 1966 in poi, non si siano più registrati casi che possano supportare la tesi in esame, nonostante la grande fortuna che le raccomandazioni hanno nel frattempo incontrato. Inoltre, in assenza di una prassi statale a supporto, risulterebbe arbitrario isolare le raccomandazioni delle organizzazioni internazionali dal resto degli atti di *soft law* – ad esempio, gli accordi non vincolanti –,

Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, pp. 177-192, pp. 179-180; GAUTIER, *Non-Binding Agreements*, cit., par. 14.

⁽⁴⁶⁾ B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, undicesima edizione, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2017, pp. 466-467.

⁽⁴⁷⁾ CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 185 e 408; CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 467.

limitando alle prime il riconoscimento dei particolari effetti in esame. Infine, l'effetto di liceità, come giustamente sottolineato dalla dottrina ⁽⁴⁸⁾, non ha trovato riscontro nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati (2001), che, infatti, non lo menziona tra le cause di esclusione dell'illecito.

Se, alla luce di tali osservazioni, la teoria dell'effetto di liceità delle raccomandazioni non appare più sostenibile oggi, essa, di contro, ha il merito di aver evidenziato l'esigenza di coordinamento e coerenza che la comunità internazionale avverte tra i sistemi giuridici in cui è frammentato il diritto internazionale: nel caso di specie si trattava del diritto (vincolante) del mare applicabile alla navigazione in acque internazionali, da un lato, e una risoluzione (non vincolante) del CSNU, dall'altro.

Ebbene, in assenza di meccanismi normativi di coordinamento tra opposte discipline, un parziale contributo alla coerenza dei diversi obblighi e impegni può venire dal principio *nemo potest venire contra factum proprium*. Prescindendo adesso dall'episodio richiamato sopra, occorre domandarsi cosa potrebbe accadere qualora, in seno a un'organizzazione internazionale, uno Stato sostenga con il proprio voto l'adozione di una raccomandazione da cui derivino specifici impegni assolutamente incompatibili con preesistenti obblighi di cui esso sia beneficiario. In particolare, la questione attiene alla possibilità che questo stesso Stato successivamente invochi un eventuale illecito in proprio danno, dinanzi alla spontanea esecuzione della raccomandazione da parte di un altro Stato.

In una tale ipotesi si dovrebbe ragionevolmente dedurre una duplice conseguenza. Da un lato, continuerebbe a incorrere in un illecito lo Stato che, nel dare puntuale esecuzione a una raccomandazione legittimamente emessa dall'organizzazione internazionale di cui sia membro, disattendesse gli obblighi (consuetudinari o pattizi) sussistenti nei confronti di un altro Stato membro. A quest'ultimo, dall'altro lato, in base alle circostanze, potrebbe essere precluso far valere la violazione, quando esso stesso si sia espresso in favore della risoluzione e, così, abbia dato luogo a una rappresentazione di cose, in base a cui altri, in buona fede, abbia agito a proprio sfavore, rischiando di incorrere in un illecito.

Un esempio in tal senso potrebbe venire dalla risoluzione del 19 maggio 2020, WHA73.1 ⁽⁴⁹⁾ recentemente adottata, per consenso, dall'Assemblea mondiale della sanità ⁽⁵⁰⁾. L'atto rappresenta uno strumento di grande rilievo politico e normativo, che fissa obiettivi e modalità che nei prossimi mesi l'OMS e gli Stati membri dovranno seguire

⁽⁴⁸⁾ N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 200-201.

⁽⁴⁹⁾ *COVID-19 response*, risoluzione WHA73.1, 19 maggio 2020, www.who.int.

⁽⁵⁰⁾ Sulla Assemblea ci si permette di rinviare a D. GRECO, *OMS e Covid-19: l'Assemblea mondiale della sanità alla sua 73° sessione*, in «Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana», Working Paper, n. 1, 2020, [pp. 107-111].

nell'azione di contrasto alla pandemia di Covid-19. Il par. 4 richiede di garantire un accesso universale, tempestivo ed equo ai prodotti sanitari essenziali. Se ciò deve avvenire conformemente all'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale (TRIPS)⁵¹, non si manca di ribadire espressamente le clausole di flessibilità sancite nella Dichiarazione di Doha (2001)⁽⁵²⁾. L'atto, comunque, non si limita a richiamare la normativa rilevante, ma, al par. 6, riconosce il vaccino come «bene pubblico globale». Su questo specifico punto della risoluzione gli Stati Uniti hanno ritenuto di apporre una riserva, non ritenendo la formulazione del testo operasse un adeguato bilanciamento tra le esigenze di tutela della salute e quelle di protezione della proprietà intellettuale. Da tale quadro è ragionevole dedurre che nel prossimo futuro uno Stato – diverso dagli Stati Uniti – potrebbe vedersi preclusa la possibilità di lamentare la violazione dei diritti di proprietà tutelati dal TRIPS, qualora un altro Stato faccia ricorso alle clausole di flessibilità introdotte dalla Dichiarazione di Doha⁽⁵³⁾.

A questo punto è opportuno fare alcune precisazioni. In primo luogo, occorre ricordare che, per quanto si tratti di un atto non vincolante, gli Stati, pur senza avere un obbligo in tal senso, di norma si aspettano che a una raccomandazione venga poi data concreta attuazione. Proprio questa consapevolezza spiega perché essi siano impegnati in lunghe negoziazioni e spesso arrivino ad apporre vere e proprie riserve. In secondo luogo, bisogna evidenziare che l'effetto preclusivo non discende direttamente dall'atto di *soft law* – la raccomandazione è pur sempre riconducibile all'autonoma personalità giuridica dell'organizzazione internazionale –, ma dalla condotta dello Stato che attraverso i propri agenti diplomatici si esprima in senso favorevole. Invero, però, esiste una stretta connessione tra la raccomandazione e l'assenso prestato dallo Stato, nella misura in cui il testo della prima definisce l'esatto oggetto del secondo, permettendo così di stabilire in modo oggettivo se la condotta dello Stato fosse idonea a produrre una certa rappresentazione di cose, su cui altri abbiano legittimamente fondato il proprio affidamento. Infine, onde evitare fraintendimenti, preme precisare che l'effetto preclusivo

⁽⁵¹⁾ Accordo sui profili commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, Allegato 1C dell'Accordo di Marrakesh che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, Marrakesh, 15 aprile 1994, in United Nations, «Treaty Series», vol. 1869, 1995, p. 299 ss.

⁽⁵²⁾ Dichiarazione di Doha sull'Accordo TRIPS e la sanità pubblica, Conferenza ministeriale dell'OMC di Doha, 14 novembre 2001. Per un commento in proposito si veda P. ACCONCI, *L'accesso ai farmaci essenziali. Dall'Accordo TRIPS alla Dichiarazione approvata al termine della quarta Conferenza Ministeriale OMC di Doha*, «La Comunità Internazionale. Trimestrale della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale», vol. LVI, f. 4, 2001, pp. 637-664.

⁽⁵³⁾ Il caso della risoluzione intende solo offrire un esempio di come potrebbe operare il meccanismo preclusivo, mentre bisogna segnalare che la rilevabilità processuale dell'*estoppel* dinanzi al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC è ancora discussa in dottrina a partire dal rapporto dell'Organo d'appello nel caso *CE - Sovvenzioni alle esportazioni di zucchero*, 19 maggio 2005 (WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R), p. 108, par. 312.

descritto non costituisca un effetto generalizzato delle raccomandazioni, ma può prodursi in base alle concrete circostanze del caso, solo ove sia soddisfatto un insieme di specifiche condizioni.

In questi termini, dunque, il principio del *nemo venire contra factum proprium* potrebbe offrire un criterio di coordinamento «residuale», in mancanza di un sistema normativo perfettamente integrato.

IV.

IL *SOFT LAW* COME STRUMENTO DI *GOVERNANCE*. L'OMS ALLA PROVA DELLA PANDEMIA DI COVID-19

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto internazionale della salute pubblica: un itinerario sullo sviluppo del settore. – 3. L'emergenza da Covid-19: profili fattuali. – 4. Il quadro normativo. – 4.1. Il sistema collettivo di sorveglianza. – 4.2. La dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale. – 4.3. Le raccomandazioni temporanee. – 4.3.1. Le restrizioni di commerci e trasporti per ragioni sanitarie. – 4.4. La dichiarazione dello stato pandemico. – 5. Giustiziabilità delle controversie. – 6. Prospettive conclusive.

1. *Introduzione*

In questo Capitolo ci si propone di analizzare l'emergenza da Covid-19 ⁽¹⁾ dalla prospettiva del diritto internazionale della salute pubblica e, in particolare, il ruolo del *soft law* nella *governance* esercitata dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ⁽²⁾. Dopo una breve ricognizione dei contorni del settore ⁽³⁾, si procederà a ricostruire il quadro normativo rilevante, per definire quali obblighi sorgano in capo agli Stati e che ruolo svolga l'OMS, nel governo della crisi sanitaria. Quindi, si proverà a verificare l'efficacia del Regolamento sanitario internazionale (RSI) del 2005 – che in questa

⁽¹⁾ Il Covid-19 (*Coronavirus Disease 2019*), anche conosciuto come SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2*), è una malattia respiratoria acuta, causata da un agente patogeno appartenente alla famiglia dei coronavirus e trasmissibile per via aerea mediante contatto con persone infette.

⁽²⁾ L'OMS esercita una *governance* in campo sanitario essenzialmente attraverso atti non vincolanti; in tal senso si veda il contributo di P. ACCONCI relativamente all'azione dell'Organizzazione in occasione dell'epidemia di Ebola in Africa occidentale (2014-2016): *The Reaction to the Ebola Epidemic within the United Nations Framework: What Next for the World Health Organization?*, in «Max Planck Yearbook of United Nations Law», vol. 18, 2014, pp. 405-424, in particolare pp. 408-409 e 416.

⁽³⁾ Per un riferimento sistematico alla materia si veda P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2011; G. L. BURCI, B. TOEBES, *Research Handbook on Global Health Law*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2018; S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018.

vicenda costituisce il riferimento normativo principale –, in considerazione dell'adeguatezza dell'azione messa in campo dall'OMS e del grado di osservanza mostrato dagli Stati. In tale contesto verranno tracciati i lineamenti fondamentali del sistema collettivo di sorveglianza e saranno analizzati gli atti più rilevanti adottati dall'OMS in questi mesi ⁽⁴⁾, soffermandosi su alcune criticità emerse. Da ultimo, si cercherà di individuare i rimedi di composizione delle liti, mettendone in evidenza i limiti.

Occorre poi, in via incidentale, far notare le forti implicazioni che gli atti dell'OMS, ancorché per la maggior parte non vincolanti, possono avere su altri settori del diritto internazionale, che, considerati isolatamente, potrebbero confliggere l'uno con l'altro secondo il noto paradigma della frammentazione normativa ⁽⁵⁾. Infatti, nel fronteggiare la crisi pandemica gli Stati si trovano dinanzi a un paradosso. Essi adottano misure che si configurano necessarie ad assolvere ai doveri di diligenza cui li vincola, a livello del diritto consuetudinario, il principio del *neminem ledere* e la tutela degli individui in caso di disastri ⁽⁶⁾ e, a livello del diritto convenzionale, il diritto internazionale della salute pubblica, nonché i diritti umani alla vita e alla salute. Al contempo, però, tali provvedimenti espongono gli stessi Stati al rischio di trasgredire agli obblighi di tutela delle libertà fondamentali e degli investimenti stranieri, o loro derivanti dal diritto del commercio internazionale ⁽⁷⁾.

In realtà, il paradosso è solo apparente, in quanto è del tutto comprensibile che un ordinamento giuridico complesso, come certamente è il diritto internazionale contemporaneo, debba tutelare valori e beni giuridici differenti, anche potenzialmente confliggenti. È necessario, dunque, operare un bilanciamento nello stabilire il grado di tutela da accordare a ciascuna di queste diverse esigenze, tenendo conto della situazione

⁽⁴⁾ Ci si riferisce al periodo tra dicembre 2019 e giugno 2020, in cui il virus dalla Cina si è propagato a livello mondiale.

⁽⁵⁾ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Rapporto del gruppo di studio della Commissione di diritto internazionale ultimato da Martti Koskenniemi, 13 aprile 2006 [UN Doc. A/CN.4/L.682]; CDI, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, Part Two, 2006 [UN Doc. A/61/10], p. 177 ss., par. 251 ss.

⁽⁶⁾ A tale riguardo si veda G. BARTOLINI, *Alcune questioni dell'emergenza COVID-19 in Italia in un'ottica di International Disaster Law*, II Parti, in «SIDIBlog. Il blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea», 22 e 25 maggio 2020; T. DE SOUZA DIAS, A. COCO, *Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, III Parts, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 24-25 marzo 2020.

⁽⁷⁾ Sul punto si veda O. HAILES, *Epidemic Sovereignty? Contesting investment treaty claims arising from coronavirus measures*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 27 marzo 2020.

storicamente determinata in cui ci si trova a operare. A tale riguardo vengono in rilievo gli atti dell'OMS quali strumenti di «regolazione mite», adottabili ed emendabili rapidamente. La loro autorità normativa e scientifica, infatti, può svolgere un ruolo di primo piano quando si debba valutare la legittimità sostanziale delle misure sanitarie varate dagli Stati e stabilire se esse diano luogo a un illecito o, invece, siano giustificate da una deroga eventualmente prevista nel singolo sistema convenzionale o da una delle generali cause di esclusione dell'illiceità, codificate dalla Commissione di diritto internazionale (CDI) nell'articolato sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali del 2001⁽⁸⁾. Nello specifico, il grado di aderenza alle indicazioni dell'Organizzazione costituisce un indice – tra gli altri –, in base a cui valutare requisiti generali come necessità, proporzionalità, ragionevolezza o adeguatezza delle misure. In questi termini, può dirsi che gli atti dell'OMS, superando i confini delle regolazioni pattizie grazie alla propria natura di *soft law*, rappresentano un fattore di amalgama che contribuisce a riconciliare e coordinare i diversi settori in cui si articola il diritto internazionale.

2. *Il diritto internazionale della salute pubblica: un itinerario sullo sviluppo del settore*

La regolazione internazionale della salute pubblica, pur se meno nota di altri settori, vanta origini alquanto risalenti e dell'ordinamento internazionale condivide il lungo processo di evoluzione⁽⁹⁾. Intorno alla metà dell'Ottocento, l'intensificarsi del commercio internazionale e il concomitante aumento delle malattie infettive resero evidente la necessità per gli Stati europei di avviare una prima forma di cooperazione nel campo della salute pubblica. A quell'epoca, però, la comunità scientifica era fortemente divisa circa le modalità di trasmissione delle infezioni e, di conseguenza, anche sui mezzi per prevenirle. In questo contesto il Governo francese convocò a Parigi, nel 1851, la prima Conferenza sanitaria internazionale, con l'obiettivo di regolare la profilassi di colera, peste e febbre gialla. Venne pertanto stilata una bozza di Accordo, a cui era allegato il Regolamento sanitario internazionale («International Sanitary Regulations»): un articolato di 137 disposizioni. L'esito che ne scaturì fu fallimentare: soltanto Francia e Regno di Sardegna ratificarono il Trattato. Nonostante la falsa partenza, il processo avviato era ormai irreversibile: l'esperienza, infatti, aveva evidenziato la consapevolezza

⁽⁸⁾ CDI, Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali, con commentario (2001), in *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)* [UN Doc. A/56/10], in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, Part Two, 2001.

⁽⁹⁾ D. P. FIDLER, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations*, in «Chinese Journal of International Law», vol. 4, i. 2, 2005, pp. 325-392.

degli Stati che la materia non potesse più essere considerata una mera questione di dominio riservato e che fosse giunto il momento di coordinare a livello internazionale le proprie politiche di salute pubblica. Si susseguì, pertanto, una fitta serie di conferenze e solo alla settima (Venezia, 1892) venne sottoscritta la prima Convenzione sanitaria internazionale¹⁰, ratificata da quattordici Nazioni con lo scopo di prevenire il rischio di diffusione del colera in Europa, aggravato dall'apertura del Canale di Suez nel 1869. Nel 1903, questa volta su iniziativa del Governo italiano, venne convocata a Parigi un'undicesima conferenza, da cui scaturì la Convenzione sanitaria internazionale, che riassorbì le precedenti quattro in un unico testo⁽¹¹⁾.

Già verso la fine dell'Ottocento aveva cominciato a circolare l'idea di istituire un'agenzia sanitaria internazionale, la cui natura – nelle proposte avanzate – variava dall'istituto di ricerca su malattie infettive al centro di notificazione dei focolai di contagio. Se si eccettua la costituzione, nel 1902, del Pan-American Sanitary Bureau, che non aveva un carattere propriamente internazionale, il progetto trovò concretizzazione in occasione della Conferenza di Roma del 1907⁽¹²⁾, con cui venne istituito l'Office International d'Hygiène Publique (OIHP), con sede a Parigi. Esso ebbe l'incarico di raccogliere e condividere conoscenze nella prevenzione delle malattie infettive, nonché quello di emendare le convenzioni sanitarie già concluse: al suo lavoro si deve il progressivo aggiornamento della Convenzione sanitaria del 1903, con l'inclusione, nel suo campo di applicazione, di colera, peste e febbre gialla, nel 1912, di tifo e vaiolo, nel 1926⁽¹³⁾.

Se in questa prima fase di sviluppo il diritto internazionale della salute pubblica è stato per lo più espressione dell'esigenza degli Stati europei e nordamericani di impedire l'importazione di «malattie asiatiche» in Occidente⁽¹⁴⁾, decisivi per l'avanzamento del processo di organizzazione internazionale verso una dimensione universalistica sono stati i due conflitti mondiali. Con il Trattato di Versailles (1919), che pose fine alla Grande guerra, venne siglato il Patto della Società delle Nazioni, in base al quale gli Stati membri si impegnavano ad adottare provvedimenti per la prevenzione e il controllo delle malattie

⁽¹⁰⁾ Convenzione sanitaria internazionale, Venezia, 30 gennaio 1892, in Great Britain, «Treaty Series», vol. 8, 1893.

⁽¹¹⁾ Convenzione sanitaria internazionale, Parigi, 3 dicembre 1903. L'ottava (Dresda, 1893), nona (Parigi, 1894) e decima (Venezia, 1897) conferenza portarono alla conclusione di tre Accordi, diretti rispettivamente a prevenire la diffusione del colera via terra, a regolare il pellegrinaggio alla Mecca e a contrastare il contagio della peste.

⁽¹²⁾ Accordo internazionale per la creazione a Parigi di un Ufficio internazionale di sanità pubblica, Roma, 9 dicembre 1907.

⁽¹³⁾ La Convenzione del 1926 è stata a sua volta emendata nel 1938 e nel 1944.

⁽¹⁴⁾ N. HOWARD-JONES, *Origins of International Health Work*, in «British Medical Journal», 6 maggio 1950, pp. 1032-1037, p. 1035.

(15). La proposta di fare dell'OIHP un organo della Società incontrò la ferma opposizione degli Stati Uniti, che avevano sottoscritto la Convenzione di Roma, ma non avevano aderito al Patto. Per tale ragione si optò per l'istituzione di un altro organismo: l'Organizzazione della sanità della Società delle Nazioni. Nei suoi anni di attività, quest'ultima concentrò i propri sforzi sul contenimento delle malattie infettive – in particolare, sullo sviluppo di tecniche di immunizzazione attiva –, nonché sulla standardizzazione dei metodi diagnostici e terapeutici, e delle misure profilattiche. Come è noto, la Società delle Nazioni non sopravvisse a lungo, travolta dallo scoppio del Secondo conflitto mondiale, al termine del quale venne sostituita dall'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU).

Per iniziativa del Consiglio economico e sociale, nel giugno del '46, venne convocata a New York una conferenza internazionale sulla salute che si concluse, il successivo 22 luglio, con la firma del Trattato istitutivo dell'OMS ⁽¹⁶⁾ da parte di sessantuno Stati, entrato definitivamente in vigore il 7 aprile 1948, raggiunte le ventisei ratifiche. L'Organizzazione – che ha sede a Ginevra e, ad oggi, conta 194 Stati membri – costituisce una delle agenzie specializzate delle NU. Essa ha inglobato al proprio interno, dapprima, l'OIHP e, nel 1949, il Pan-American Sanitary Bureau, che da quel momento è diventato l'ufficio regionale dell'OMS per le Americhe ⁽¹⁷⁾.

Scopo primario dell'OMS è portare tutti i popoli al più alto grado possibile di sanità, a tal fine riconoscendo quello alla salute come un diritto umano fondamentale e quale condizione di pace e sicurezza nel mondo. Ai sensi dell'art. 21, lett. a), della sua Costituzione, l'Organizzazione, attraverso il proprio organo assembleare, viene autorizzata a emanare regolamenti concernenti le misure sanitarie volte a impedire la propagazione delle malattie da un Paese all'altro ⁽¹⁸⁾, con efficacia vincolante per gli Stati membri, salvo questi rifiutino espressamente di accettarli ⁽¹⁹⁾. Si tratta di un procedimento semplificato introdotto per rispondere ai limiti che la regolazione pattizia aveva incontrato nella materia della salute pubblica, dove il progresso scientifico evolveva così rapidamente da rendere obsolete le convenzioni concluse, e costringeva a un'incessante opera di revisione. Su questa base, nel 1951, l'OMS ha adottato una versione aggiornata

⁽¹⁵⁾ Patto della Società delle Nazioni, Parigi, 29 aprile 1919, in vigore il 10 gennaio 1920, art. 23, lett. f).

⁽¹⁶⁾ Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, New York, 22 luglio 1946, in vigore il 7 aprile 1948, in United Nations, «Treaty Series», vol. 14, 1948, 185 ss.

⁽¹⁷⁾ Pan American Health Organization, *Pro Salute Novi Mundi: A history of the Pan American Health Organization*, Washington, PAHO, 1992.

⁽¹⁸⁾ Art. 21, lett. a), della Costituzione dell'OMS.

⁽¹⁹⁾ Art. 22 della Costituzione dell'OMS.

dell'originario Regolamento sanitario internazionale (1851) ⁽²⁰⁾. Le innovazioni introdotte presentavano natura essenzialmente procedurale, mentre l'impianto generale del diritto internazionale della salute pubblica restava imperniato su due elementi ormai da un secolo: l'obbligo di notificare lo scoppio delle malattie infettive selezionate e quello di limitare al massimo gli effetti negativi che le misure sanitarie producono su commerci e trasporti. Successivamente, il testo è stato emendato varie volte, tra cui, nel 1969, quando venne modificato il nome inglese da «International Sanitary Regulations» a «International Health Regulations» ⁽²¹⁾.

Negli anni Novanta la cooperazione internazionale è andata intensificandosi, di pari passo con l'avanzare del processo di globalizzazione ⁽²²⁾. Se, da un lato, questo sembrava aver progressivamente eroso il potere degli Stati di controllare quanto accade all'interno del proprio territorio ⁽²³⁾, sempre più esposto alle influenze esterne, dall'altro, ha avuto l'effetto di assottigliare la linea di demarcazione tra salute pubblica nazionale e internazionale, evidenziando l'importanza delle organizzazioni internazionali nella diffusione delle conoscenze scientifiche e nell'adozione di efficaci misure di contrasto. Del mutato contesto l'epidemia di SARS (2002-2003) ha offerto una conferma. Differenziandosi sensibilmente dalle precedenti epidemie – per lo più rimaste confinate in un ambito geografico circoscritto o controllate attraverso farmaci e vaccini –, essa ha rappresentato una sfida nuova per il modo di affrontare le malattie infettive. Infatti, i suoi effetti nefasti in termini di vite umane, costi sociali e perdite economiche hanno evidenziato l'esigenza di incrementare la collaborazione tra gli Stati, per far fronte a una minaccia comune, palesando, al contempo, i limiti che il sistema normativo dell'OMS incontrava allora ⁽²⁴⁾. Quest'insieme di elementi ha certamente contribuito

⁽²⁰⁾ OMS, Regolamento sanitario internazionale, Ginevra, 25 maggio 1951, in «WHO Technical Report Series», vol. 41, 1951, p. 1 ss. [= in United Nations, «Treaty Series», vol. 175, 1953, p. 215 ss.].

⁽²¹⁾ OMS, Regolamento sanitario internazionale, 25 luglio 1969, risoluzione WHA22.46, in «WHO Official Records», vol. 176, 1969, p. 22 e 37 per il testo riprodotto nella prima edizione annotata. Il Regolamento è stato emendato nuovamente nel 1973, nella parte relativa al colera, e nel 1981, quando il vaiolo è stato escluso dalla lista delle malattie da notificare.

⁽²²⁾ D. P. FIDLER, *International Law and Global Public Health*, in «University of Kansas Law Review», vol. 48, n. 1, 1999, pp. 1-58.

⁽²³⁾ *Ibidem*, p. 9.

⁽²⁴⁾ Tali limiti erano già stati individuati negli anni '70, sul punto si veda P. M. DOROLLE, *Old Plagues in the Jet Age: International Aspects of Present and Future Control of Communicable Diseases*, in «Chronicle of the World Health Organization», vol. 23, n. 3, 1969, pp. 103-111; E. ROELSGAARD, *Health Regulations and International Travel*, in «Chronicle of the World Health Organization», vol. 28, 1974, pp. 265-268; B. VELIMIROVIC, *Do We Still Need International Health Regulations?*, in «Journal of Infectious Diseases», vol. 133, n. 4 1976, pp. 478-482; quindi, dall'Assemblea mondiale della sanità al momento del conferimento dell'incarico al Direttore

all'accelerazione che il processo di revisione del RSI, avviato nel 1995, ha registrato in concomitanza con l'epidemia di SARS, per giungere poi a compimento nel 2005 ⁽²⁵⁾.

3. *L'emergenza da Covid-19: profili fattuali*

Ai fini di un'analisi giuridica che sia quanto più aderente alla realtà dei fatti, viene qui di seguito offerta una pur sintetica ricostruzione degli eventi salienti, susseguitisi dal mese di dicembre 2019 alla fine di giugno 2020. In tale periodo, infatti, il virus, da un'iniziale diffusione regionale, si è rapidamente propagato a livello globale, arrivando a costituire una minaccia sanitaria internazionale.

A partire dalla metà del mese di dicembre 2019 a Wuhan, capoluogo della provincia cinese di Hubei, vengono registrati diversi casi di una grave sindrome respiratoria atipica ⁽²⁶⁾. Il 31 dicembre la Commissione sanitaria comunale di Wuhan notifica all'OMS che ventisette pazienti ricoverati presentano i sintomi di una polmonite dall'incerta eziologia ⁽²⁷⁾. Porta la data del 9 gennaio la nota con cui l'OMS informa che, nei giorni precedenti, i ricercatori del Centro cinese per il controllo e la prevenzione delle malattie hanno isolato il virus; due giorni dopo, la sequenza genica viene resa pubblica ⁽²⁸⁾. Il mese di gennaio è

generale di rivedere il RSI: cfr. *Revision and Updating of the International Health Regulations*, risoluzione WHA48.7, 12 maggio 1995.

⁽²⁵⁾ Negli ultimi due decenni l'OMS ha intrapreso nuove campagne d'azione volte a contrastare le disuguaglianze sanitarie e a garantire l'accesso a cure e medicinali. In quest'ottica, nel 2008, l'Organizzazione ha pubblicato un rapporto che ha individuato nelle sperequazioni di reddito, e conseguentemente nel limitato accesso a beni e servizi, uno dei maggiori ostacoli al raggiungimento, da parte degli Stati meno sviluppati, di un livello di sanità in linea con lo stato delle conoscenze scientifiche; cfr. WHO Commission on the Social Determinants of Health, *Closing the Gap in a Generation: Health Equity Through Action on the Social Determinants of Health*, rapporto finale, 2008.

⁽²⁶⁾ Diverse fonti scientifiche e di stampa riportano che i primi casi sarebbero anche più risalenti, temporalmente collocabili nel periodo a cavallo tra la fine di novembre e gli inizi di dicembre 2019: *inter alia*, si veda T. WENJIE, X. ZHAO *et al.*, *Notes from the Field: A Novel Coronavirus Genome Identified in a Cluster of Pneumonia Cases - Wuhan, China 2019-2020*, in «China CDC Weekly», n. 4, 24 gennaio 2020, pp. 61-62, reperibile *online*; Q. LI *et al.*, *Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus-Infected Pneumonia*, in «New England Journal of Medicine», vol. 382, n. 13, 2020, pp. 1199-1207.

⁽²⁷⁾ WCHC, *Wuhan Municipal Health and Health Commission's briefing on the current pneumonia epidemic situation in our city 2019*, 31 dicembre 2019, reperibile *online*; OMS, *Pneumonia of unknown cause - China*, 5 gennaio 2020, www.who.int; ECDC, *Event background COVID-19*, www.ecdc.europa.eu.

⁽²⁸⁾ La sequenza viene depositata nel *database* GenBank e caricata su virological.org dall'Università di Fudan (Shanghai) e sul portale Global Initiative on Sharing All Influenza Data (GISAID) dal Centro cinese per il controllo e la prevenzione delle malattie, dall'Accademia

segnato dal susseguirsi di notizie del crescente contagio, dentro e fuori il territorio cinese. In questo quadro, il 30 gennaio, il Direttore generale dell'OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, dichiara l'epidemia di Covid-19 un'«emergenza sanitaria di rilevanza internazionale»⁽²⁹⁾. Nel mese di febbraio, mentre in Cina la situazione inizia a stabilizzarsi⁽³⁰⁾, il virus rapidamente si propaga in tutto il mondo e l'Europa diventa il nuovo epicentro epidemico. L'11 marzo, il Direttore generale dichiara che il contagio ha raggiunto lo stato pandemico⁽³¹⁾.

Per fronteggiare la crisi sanitaria, gli Stati hanno reagito varando una serie di misure: da quelle meno invasive, come l'introduzione di particolari norme igienico-sanitarie, a quelle progressivamente più severe come la chiusura delle scuole, degli uffici e delle aziende, la cancellazione di eventi pubblici (politici, culturali, sportivi o d'intrattenimento), la sospensione o limitazione del trasporto pubblico urbano e extraurbano, fino ai provvedimenti più drastici quali l'isolamento individuale, la quarantena o l'istituzione di cordoni sanitari, il *lockdown*⁽³²⁾ e l'interdizione dei traffici internazionali. Per giustificare la radicale contrazione di alcune libertà fondamentali, molti Stati hanno anche dichiarato lo stato di emergenza⁽³³⁾. Ad oggi, la pandemia ha avuto diffusione in quasi tutti i Paesi, registrando circa 70 milioni di contagi confermati e 1,5 milioni di decessi⁽³⁴⁾, e determinando il tracollo dell'economia mondiale⁽³⁵⁾.

cinese delle scienze mediche e dall'Ospedale Jinyintan di Wuhan: cfr. E. HOLMES, *Initial genome release of novel coronavirus 2020*, 14 gennaio 2020, virological.org.

⁽²⁹⁾ OMS, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 gennaio 2020, www.who.int.

⁽³⁰⁾ OMS, *in Cina dopo picco virus in declino*, 24 febbraio 2020, www.ansa.it.

⁽³¹⁾ *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 marzo 2020, www.who.int.

⁽³²⁾ Il *lockdown* consiste in «[a] situation in which people are not allowed to enter or leave a building or area freely because of an emergency», cfr. *Cambridge Dictionary*, 2020, reperibile online.

⁽³³⁾ In Europa: Italia (31 gennaio); Lituania (26 febbraio); Ungheria (11 marzo); Slovacchia, Repubblica Ceca, Estonia e Lettonia (12 marzo); Bulgaria e Belgio il 13 marzo, lo stesso giorno in cui la Polonia dichiarava lo «stato di emergenza epidemica»; Spagna (14 marzo); Cipro (15 marzo); Romania (16 marzo); Finlandia (17 marzo); Portogallo (18 marzo); Lussemburgo (19 marzo); Francia (22 marzo). Fuori dell'Europa: Stati Uniti (13 marzo); Sudan e Brasile (17 marzo); in Australia il 18 marzo è stata dichiarata la «human biosecurity emergency»; Costa d'Avorio e Senegal (23 marzo); Thailandia e Sierra Leone (24 marzo); Giappone (7 aprile, con estensione a tutto il territorio nazionale il 16 aprile).

⁽³⁴⁾ Cfr. «Worldometer», www.worldometers.info/coronavirus/countries-where-coronavirus-has-spread/, 9 dicembre 2020.

⁽³⁵⁾ Si tratta di una crisi economica che trova precedenti storici comparabili solo nella Grande depressione del 1929 e nella Grande recessione degli anni 2007-2013. Il Fondo monetario internazionale ha già ribattezzato la crisi attuale come «The Great Lockdown», ipotizzando che

4. *Il quadro normativo*

L'OMS rappresenta la principale agenzia internazionale nel campo della salute pubblica e la sua Costituzione, assieme con il RSI del 2005, costituisce il quadro normativo sulla base del quale individuare le implicazioni del diritto internazionale della salute pubblica nell'attuale emergenza da Covid-19, con particolare riferimento agli obblighi che sorgono in capo agli Stati e al ruolo di primo piano svolto dall'OMS. Infatti, il 23 marzo 2005, l'Assemblea mondiale della sanità – ai sensi degli artt. 2, lett. k), e 21, lett. a), della Costituzione dell'OMS e con la procedura di cui al successivo art. 22⁽³⁶⁾ – ha adottato, all'unanimità, una versione aggiornata del RSI⁽³⁷⁾, entrata in vigore il 15 giugno 2007⁽³⁸⁾. Il testo, suddiviso in sessantasei articoli, distribuiti in dieci parti e a cui si aggiungono nove allegati, costituisce una fonte prevista da accordo (o di terzo grado) e vincola tutti i 194 Stati membri dell'Organizzazione, più Lichtenstein e Santa Sede.

L'adozione di tale atto ha comportato una radicale innovazione nel modo in cui gli Stati cooperano per prevenire e controllare il diffondersi delle malattie infettive⁽³⁹⁾. Se il vecchio sistema implicava un coordinamento di tipo rigido e meccanico, in cui a un elenco chiuso di malattie infettive corrispondevano determinate misure di profilassi da adottare⁽⁴⁰⁾, il Regolamento del 2005 delinea un modello aperto, flessibile e dinamico (*all risks approach*). Si tratta di un sistema collettivo di sorveglianza e valutazione del rischio sanitario diretto a prevenire e contrastare il diffondersi delle malattie infettive, garantendo, al contempo, che le misure individuate siano proporzionate al rischio sanitario e non comportino inutili limitazioni di commerci e trasporti (art. 2 RSI). In tale contesto si evince che l'esigenza di bilanciare le ragioni della sovranità statale con quelle

il PIL mondiale nel 2020 diminuirà del 3% (del 7,5% nell'eurozona): cfr. *World Economic Outcome: The Great Lockdown*, aprile 2020. Per il 2020 l'OMC stima un calo del volume dei commerci internazionali tra il 13 e il 32%, a seconda dell'efficacia delle politiche economiche che gli Stati adotteranno per correggere gli effetti recessivi: cfr. *Trade set to plunge as COVID-19 pandemic upends global economy*, 8 aprile 2020, www.wto.org.

⁽³⁶⁾ Sulla medesima base normativa l'Assemblea mondiale della sanità aveva adottato oltre all'originario RSI nel 1951 anche il Regolamento dell'OMS sulle nomenclature, 22 maggio 1967, WHA20.18, www.who.int.

⁽³⁷⁾ *Revision of the International Health Regulations*, 23 maggio 2005, in «WHA Official Records», vol. 58, 2005, p. 3 ss.

⁽³⁸⁾ Art. 59 RSI.

⁽³⁹⁾ D. P. FIDLER, L. O. GOSTIN, *The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health*, in «Journal of Law, Medicine and Ethics», vol. 34, i. 1, 2006, pp. 85-94, p. 85.

⁽⁴⁰⁾ La triade classica comprendeva colera, peste e febbre gialla.

del coordinamento internazionale e del governo razionale delle crisi sanitarie percorra, in realtà, l'intero articolato, riemergendo in diverse disposizioni (art. 3, par. 4, RSI).

4.1. *Il sistema collettivo di sorveglianza*

La notifica con cui, il 31 dicembre 2019, la Cina ha comunicato all'OMS di aver registrato alcuni casi di polmonite dall'incerta eziologia ⁽⁴¹⁾ si iscrive in un articolato sistema istituzionale. Infatti, per assolvere alla sua funzione di «strumento chiave [...] per la protezione contro il diffondersi di malattie a livello internazionale» – secondo quanto affermato nel preambolo –, il RSI delinea un sistema collettivo di sorveglianza attraverso la costituzione di una fitta rete di Centri nazionali, che interagiscono con l'OMS (artt. 4-5) e garantiscono una pronta allerta.

In questo quadro, ai sensi dell'art. 6, par. 1, RSI, ciascuno Stato è tenuto a monitorare la diffusione delle malattie nel proprio territorio e a individuare quelle manifestazioni che potrebbero costituire una minaccia internazionale. Qualora ne ravvisi i presupposti, entro ventiquattr'ore deve comunicare la notizia all'OMS, specificando anche le eventuali contromisure sanitarie nel frattempo approntate: si tratta dell'obbligazione portante che regge tutto il sistema di sorveglianza. La valutazione della minaccia sanitaria deve essere effettuata sulla base di criteri concorrenti in successione, indicati nello strumento di decisione di cui all'Allegato 2: gravità del rischio per la salute pubblica, straordinarietà e imprevedibilità dell'evento, probabilità che il contagio si diffonda a livello internazionale, probabilità che conseguano restrizioni di commerci e trasporti. Inoltre, ai sensi del par. 2, lo Stato che abbia effettuato la notifica è obbligato a trasmettere all'OMS, tempestivamente e nel modo più dettagliato possibile, le informazioni relative all'evento individuato, includendo eventualmente dati statistici o gli esiti degli esami effettuati. Come appare evidente, il sistema si fonda sulla buona fede e leale collaborazione degli Stati membri, che devono cooperare tra loro e con l'Organizzazione nella raccolta e condivisione delle informazioni ⁽⁴²⁾.

Oltre allo Stato direttamente interessato dal diffondersi del contagio, ai sensi dell'art. 9, par. 2, RSI, anche sugli altri Stati incombe l'obbligo di notificare ogni evento di rischio sanitario identificato fuori del proprio territorio e che possa propagarsi a livello

⁽⁴¹⁾ WCHC, *Wuhan Municipal Health and Health Commission's briefing*, cit.; OMS, *Pneumonia of unknown cause - China*, cit.; ECDC, *Event background COVID-19*, cit.

⁽⁴²⁾ Cfr. P. A. VILLARREAL, *The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law*, in «Völkerrechtsblog», 28 gennaio 2020. Sull'importanza dell'informazione ai fini dell'esercizio di alcuni poteri da parte delle organizzazioni internazionali si veda M. RIEGNER, *Global information governance in pandemic times. In the geopolitics of global health information, international institutional law is more important than ever*, in «Völkerrechtsblog», 10 aprile 2020.

internazionale. Su questa base, Thailandia (13 gennaio), Giappone (15 gennaio) e Corea del Sud (20 gennaio) hanno comunicato all'OMS di aver rilevato pazienti infetti, tutti con un trascorso a Wuhan ⁽⁴³⁾.

Prevedendo la possibilità che uno Stato possa mostrarsi reticente a denunciare l'insorgere nel proprio territorio di un evento che potrebbe costituire un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale ⁽⁴⁴⁾, il RSI, all'art. 9, par. 1, autorizza l'OMS a prendere in considerazione qualunque altra fonte di notizie, anche di origine non governativa. Tale potere, però, è controbilanciato dal dovere di consultare lo Stato interessato prima d'intraprendere ogni iniziativa, chiedendogli di verificare l'attendibilità delle informazioni raccolte entro ventiquattr'ore (artt. 9, par. 1, e 10, par. 1-2, RSI). Si tratta di un obbligo procedurale, in quanto lo Stato interessato potrebbe non avere una reale intenzione di cooperare e una tale condotta non può bloccare il funzionamento del sistema collettivo di sorveglianza. In tale ipotesi, l'OMS, d'ufficio, può procedere a condividere con gli altri Stati le informazioni a sua disposizione (art. 10, par. 4).

Ai sensi dell'art. 11 RSI, tale comunicazione deve essere effettuata in forma riservata agli Stati parte – e, se del caso, alle organizzazioni internazionali rilevanti –, quando ciò sia necessario per consentir loro di affrontare adeguatamente un rischio sanitario. Si rivolge, invece, alla generalità dei membri solo quando: a) l'evento costituisce un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale; b) vi sono evidenze epidemiologiche, confermate dall'OMS, che attestano casi di contagio a livello internazionale; c) vi sono evidenze scientifiche in base alle quali è ragionevole ritenere che le misure adottate da uno Stato si riveleranno inefficaci a impedire il diffondersi della malattia a livello internazionale, o lo Stato interessato è impossibilitato (o non intenzionato) ad agire; d) in ragione della natura e della dimensione dei traffici di persone o merci interessati dal contagio, si palesa necessaria l'adozione di misure internazionali di controllo. Proprio sulla base dell'art. 11 una prima notifica di allerta da parte dell'OMS è stata inviata a tutti gli Stati membri il 5 gennaio 2020.

4.2. *La dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale*

Il 30 gennaio 2020 il Direttore generale dell'OMS ha dichiarato lo stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale in relazione al contagio da Covid-19 ⁽⁴⁵⁾. Prima di allora l'emergenza sanitaria era stata dichiarata in altri cinque casi, con riferimento

⁽⁴³⁾ OMS, *Novel Coronavirus (2019-nCoV). Situation Report - 1*, 21 gennaio 2020, www.who.int.

⁽⁴⁴⁾ In tal senso depone l'esperienza del precedente RSI, spesso violato dagli Stati membri proprio con riferimento all'obbligo di notifica di manifestazioni patologiche.

⁽⁴⁵⁾ OMS, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee*, cit.

all'influenza pandemica suina (2009)⁽⁴⁶⁾, al riemergere della poliomielite in alcuni Paesi⁽⁴⁷⁾ e all'epidemia di Ebola in Africa occidentale (2014-2016)⁽⁴⁸⁾, al contagio da virus Zika (2016)⁽⁴⁹⁾ e all'esplosione dell'Ebola Kivu in Congo (2018-2019)⁽⁵⁰⁾. Tale atto costituisce il momento culminante del sistema collettivo di sorveglianza, in quanto presuppone che sia stata individuata una minaccia sanitaria globale, in ragione della quale gli Stati devono approntare le necessarie contromisure, in linea con le raccomandazioni temporanee fornite dalla stessa OMS. Secondo la definizione di cui all'art. 1 RSI, per emergenza sanitaria di rilevanza internazionale si intende «un evento straordinario» che deve soddisfare due criteri cumulativi: (i) l'idoneità a costituire un rischio per la salute pubblica di altri Stati tale (ii) da richiedere, almeno in potenza, una risposta coordinata sul piano internazionale. In tal senso, dunque, possono venire in rilievo tanto manifestazioni patologiche pandemiche – come nella crisi attuale – quanto quelle che colpiscono un singolo Paese, giacché l'unico elemento decisivo ai fini della qualificazione come emergenza è l'attuale possibilità che l'evento si diffonda a livello internazionale.

Con riferimento ai profili procedurali occorre considerare che, in base all'art. 12 del Regolamento, il Direttore generale dell'OMS è l'unica autorità competente a dichiarare lo stato di emergenza⁽⁵¹⁾. Si tratta di un caso pressoché unico nel diritto delle organizzazioni internazionali, in cui un singolo funzionario esercita un potere con ricadute generalizzate. Se all'esito di una valutazione preliminare il Direttore generale ritiene che sia in corso un'emergenza sanitaria, egli deve consultare lo Stato interessato. Qualora si raggiunga una soluzione condivisa, procede con la dichiarazione, convocando il Comitato di emergenza per stabilire quali raccomandazioni temporanee emanare. Se, invece, le consultazioni non conducono a un accordo entro quarantott'ore, il Direttore generale avvia il procedimento di cui all'art. 49 RSI. In particolare, questi deve convocare il Comitato di emergenza, che, sulla base delle informazioni disponibili, rilascia un parere

⁽⁴⁶⁾ OMS, *Swine influenza - Statement by WHO Director-General, Dr. Margaret Chan*, 25 aprile 2009, www.who.int.

⁽⁴⁷⁾ OMS, *Statement on the Meeting of the International Health Regulations Emergency Committee concerning the International Spread of Wild Poliovirus*, 5 maggio 2014, www.who.int.

⁽⁴⁸⁾ OMS, *Statement on the 1st Meeting of the IHR Emergency Committee on the 2014 Ebola Outbreak in West Africa*, 8 agosto 2014, www.who.int.

⁽⁴⁹⁾ OMS, *Statement on the first meeting of the International Health Regulations (2005) (IHR 2005) Emergency Committee on Zika virus and observed increase in neurological disorders and neonatal malformations*, 1 febbraio 2016, www.who.int.

⁽⁵⁰⁾ OMS, *Ebola outbreak in the Democratic Republic of the Congo declared a Public Health Emergency of International Concern*, 17 luglio 2019, www.who.int.

⁽⁵¹⁾ A tale proposito il Regolamento ha istituzionalizzato un potere sorto *extra ordinem*, quando, nel 2003, l'allora Direttore generale dell'OMS, Gro Harlem Brundtland, ha dichiarato l'emergenza in relazione alla SARS, che non figurava tra le malattie indicate nel testo del 1969.

[artt. 48, par. 1, lett. a), e 49, par. 5, RSI]. Ai sensi dell'art. 49, par. 4, il Direttore generale è tenuto a invitare lo Stato interessato dall'evento patologico a presentare le proprie deduzioni al Comitato di emergenza. Tale previsione oltre a essere espressione di un metodo democratico di deliberazione, consentendo la partecipazione dei soggetti i cui interessi siano più direttamente coinvolti, aumenta sensibilmente le possibilità che le misure di contrasto, successivamente individuate nelle raccomandazioni temporanee, trovino concreta attuazione. Lo Stato interessato, infatti, da un lato, può collaborare all'individuazione di misure efficaci, cercando, dall'altro, di orientare la scelta su quei programmi d'azione meno lesivi dei propri interessi, in termini di restrizioni della circolazione di persone e merci.

Il Comitato d'emergenza è un organo pluripersonale con funzione consultiva, istituito di volta in volta selezionando da un apposito albo un gruppo di esperti, in relazione alla specifica materia da trattare ⁽⁵²⁾. In considerazione della natura eminentemente scientifica dell'organo, è ragionevole dedurre che il suo giudizio sia essenzialmente frutto di quella che, con una terminologia di derivazione giur-amministrativistica, si definirebbe una «valutazione tecnica», priva di margini di apprezzamento discrezionale ⁽⁵³⁾. Il contrasto con tale attesa ha verosimilmente spinto la dottrina a considerare con preoccupazione il fatto che l'attività di un organismo scientifico si sia spesso risolta in un parere corredato da un corpo motivazionale assai scarso o del tutto assente ⁽⁵⁴⁾.

All'esito del procedimento consultivo, il Direttore generale – organismo unipersonale, titolare di un potere esclusivo e autoritativo – decide, tenendo conto: (a) delle informazioni fornite dallo Stato interessato, (b) dello strumento di decisione di cui all'Allegato 2, (c) del parere del Comitato di emergenza, (d) di principi scientifici, prove disponibili e altre informazioni rilevanti, (e) della valutazione del rischio per la salute umana, del rischio di propagazione internazionale del contagio, e del rischio di interessamento dei flussi internazionali di persone e merci. Astrattamente, egli potrebbe anche disattendere il parere del Comitato d'emergenza, ma sino ad oggi tale ipotesi non si è mai realizzata, in quanto il Direttore generale ha sempre mostrato una certa deferenza nei confronti del Comitato. Se il dato, in sé considerato, può apparire confortante, quale

⁽⁵²⁾ Nel rapporto annuale 2019 sull'esecuzione del RSI la stessa OMS ha evidenziato come la nazionalità degli esperti inseriti nell'albo non sia sufficientemente rappresentativa delle diverse aree geografiche che l'Organizzazione ricomprende: cfr. OMS, *Public health emergencies: preparedness and response International Health Regulations (2005). Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005). Report by the Director-General*, 4 aprile 2019, A72/8, p. 6, par. 26, www.who.int.

⁽⁵³⁾ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985.

⁽⁵⁴⁾ M. ECCLESTON-TURNER, A. KAMRADT-SCOTT, *Transparency in IHR emergency committee decision making: The case for reform*, in «BMJ Global Health», vol. 4, i. 2, 2019, pp. 1-3.

segno di una sana ponderazione, al contempo esso implica un sostanziale spostamento del baricentro del potere decisionale dal Direttore generale, rappresentante di un' autorità diplomatica, al Comitato d'emergenza, organismo eminentemente scientifico. Inoltre, l'esperienza maturata dall'entrata in vigore del RSI evidenzia un secondo elemento di criticità: il Comitato non solo avrebbe di fatto avvocato a sé il potere del Direttore generale, ma l'avrebbe esercitato sulla base di considerazioni di opportunità, utilità, tempestività, che esulano da una stretta osservanza dei criteri scientifici che dovrebbero definire il perimetro del suo mandato. Quest'evoluzione ha finito per produrre insoddisfazione verso il modo in cui esso redige il proprio parere, per la poca chiarezza e trasparenza.

Nella crisi attuale la prima riunione del Comitato si è tenuta in teleconferenza il 22 gennaio 2020 e ha visto i suoi membri fortemente divisi. La seduta è quindi ripresa il giorno seguente, quando esso ha pronunciato parere negativo alla dichiarazione dell'emergenza sanitaria, convenendo, al contempo, di riaggiornarsi nei giorni successivi, non appena ricevuti nuovi dati dalla Cina ⁽⁵⁵⁾. Parte della dottrina ha criticato la decisione del Comitato, per un eccesso di cautela e perché basata su considerazioni che esulano dai criteri indicati nel RSI, secondo cui, invece, un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale si verifica quando sussiste una minaccia che un virus si diffonda a livello internazionale, a prescindere dal fatto che la diffusione sia già avvenuta ⁽⁵⁶⁾. Convocato nuovamente il 30 gennaio 2020, alla seconda riunione il Comitato, preso atto dell'aggravarsi degli eventi, si è espresso in favore dello stato di emergenza.

Per quanto riguarda il piano dell'efficacia, la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale ha una duplice conseguenza: da un lato, costituisce un campanello d'allarme per gli Stati membri, affinché approntino le necessarie contromisure e forniscano supporto tecnico, logistico e finanziario. Peraltro, spesso negli ordinamenti nazionali vi sono norme che impongono l'adozione di certi atti, in risposta alla dichiarazione dell'OMS. Dall'altro lato, essa attiva il potere del Direttore generale di emanare raccomandazioni temporanee, che gli Stati sono chiamati a osservare nel predisporre azioni di contrasto a un rischio sanitario ⁽⁵⁷⁾.

Salve queste poche e sicure implicazioni, parte della dottrina ha evidenziato come la dichiarazione di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale rappresenti un atto «altamente simbolico», le cui conseguenze giuridiche restano in gran parte poco chiare

⁽⁵⁵⁾ OMS, *International Health Regulations Emergency Committee on novel coronavirus in China*, 23 gennaio 2020, www.who.int.

⁽⁵⁶⁾ M. ECCLESTON-TURNER, *COVID-19 Symposium: The Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law*, in «Opinio Juris», 31 marzo 2020.

⁽⁵⁷⁾ La cessazione dello stato di emergenza viene disposta con analoga dichiarazione del Direttore generale, sentito il Comitato di emergenza, e può essere sollecitata dallo Stato interessato [artt. 48, par. 1, lett. b), e 49, par. 7, RSI].

(58). Inoltre, è stato giustamente notato che il suo carattere binario – capace, cioè di leggere la realtà delle crisi sanitarie solo con la rigida alternativa tra stato d'emergenza o meno – costituisce forse la principale ragione per cui l'OMS, a ogni crisi sanitaria, sia colta dal dilemma «to declare, or not to declare that is the question» (59). In tal senso, la possibilità di graduare maggiormente l'allerta circa i livelli di rischio sanitario potrebbe forse agevolare il lavoro del Direttore generale, neutralizzando i fattori che lo portano a usare una prudenza che sistematicamente rischia di trasformarsi in reticenza (60).

4.3. *Le raccomandazioni temporanee*

Il 30 gennaio 2020, il Direttore generale dell'OMS ha altresì emanato delle raccomandazioni temporanee (61). Ai sensi dell'art. 15 RSI, infatti, dopo che sia stato dichiarato lo stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale, egli ha facoltà di adottare tali raccomandazioni, al fine di garantire un approccio uniforme e coordinato alla minaccia sanitaria; la procedura da seguire è sempre quella prevista all'art. 49 RSI. Nel definire il contenuto delle raccomandazioni temporanee, il Direttore generale – ai sensi dell'art. 17 RSI – deve prendere in considerazione le opinioni degli Stati più direttamente interessati, il parere del Comitato di emergenza, gli standard internazionali e gli altri atti rilevanti, le eventuali iniziative di altre organizzazioni internazionali, le conoscenze scientifiche disponibili, nonché la necessità di prediligere quelle misure che non restringano libertà personali, commerci o trasporti più di quanto farebbero misure alternative capaci di garantire lo stesso livello di protezione. All'art. 18, il Regolamento contiene un elenco non tassativo delle possibili misure che le raccomandazioni dell'OMS possono contenere: si va dall'isolamento dei pazienti infetti all'istituzione di sistemi di controllo negli aeroporti, fino all'introduzione di divieti di accesso al territorio dello Stato per individui e merci.

(58) G. L. BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations fit for purpose?*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 27 febbraio 2020.

(59) D. P. FIDLER, *To Declare or Not to Declare: The Controversy Over Declaring a Public Health Emergency of International Concern for the Ebola Outbreak in the Democratic Republic of the Congo*, in «Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy», vol. 14, n. 2, 2019, pp. 287-330.

(60) BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus*, cit.

(61) OMS, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee*, cit. Le raccomandazioni sono state successivamente aggiornate: *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, 29 febbraio 2020, COVID-19 Travel Advice, www.who.int; *Statement on the third meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of coronavirus disease (COVID-19)*, 1 maggio 2020.

Le raccomandazioni sono atti non vincolanti (*soft law*)⁽⁶²⁾ – indirizzati tanto agli Stati già interessati dalle manifestazioni patologiche, quanto a tutti gli altri –, con cui vengono individuate le misure sanitarie più idonee a prevenire e ridurre la diffusione del contagio, importando restrizioni di commerci e trasporti solo laddove necessario. Hanno un periodo ordinario di vigenza pari a tre mesi, all’esito del quale perdono automaticamente efficacia, salvo proroghe. Gli Stati, pertanto, restano liberi di discostarsi da quanto loro raccomandato: la possibilità di inosservanza costituisce un limite strutturale e intrinseco a questo tipo di atti, di cui, peraltro, l’OMS è ben cosciente, avendolo denunciato più volte, da ultimo nel rapporto annuale 2020 sull’esecuzione del RSI⁽⁶³⁾. A tale riguardo, parte della dottrina individua un possibile rimedio in un impiego più deciso delle proprie prerogative da parte del Direttore generale, che, riportando tali criticità nella relazione annuale all’Assemblea mondiale della sanità, guadagnerebbe maggior titolo a sindacare se e come gli Stati abbiano recepito le sue indicazioni⁽⁶⁴⁾.

Con specifico riguardo al contenuto delle raccomandazioni temporanee emanate dal Direttore generale il 30 gennaio e aggiornate il 27 febbraio⁽⁶⁵⁾, occorre far notare che esse consigliano di diagnosticare rapidamente, isolare e trattare i pazienti infetti, tracciare i contatti che hanno intrattenuto e sottoporli a quarantena⁽⁶⁶⁾, condividere le informazioni raccolte con l’OMS e gli altri Stati, mentre, al pari dei diversi atti adottati da gennaio in poi⁽⁶⁷⁾, sconsigliano l’introduzione di misure restrittive di commerci e trasporti⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶²⁾ La natura non obbligatoria delle raccomandazioni temporanee è esplicitata nella definizione prevista all’art. 1 RSI.

⁽⁶³⁾ OMS, *International Health Regulations (2005): Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005), Report by the Director-General*, A73/14, 12 maggio 2020, p. 5, par. 15, www.who.int. Nel rapporto si dà atto che, alla data del 28 marzo 2020, 136 sono gli Stati che hanno comunicato l’adozione di misure sanitarie aggiuntive, ai sensi dell’art. 43 RSI, elencando anche le giustificazioni da essi fornite. Sorprende, però, che rispetto a tali motivazioni l’Organizzazione non prenda posizione. Con riferimento ai tradizionali limiti delle raccomandazioni temporanee si veda da P. ACCONCI, *Prime considerazioni sull’effettività delle risposte normative dell’Organizzazione mondiale della sanità (OMS) alla diffusione del Covid-19*, in «SIDIBlog. Il blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell’Unione europea», 9 aprile 2020.

⁽⁶⁴⁾ BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus*, cit.

⁽⁶⁵⁾ OMS, *Updated WHO recommendations for international traffic*, cit.

⁽⁶⁶⁾ Ai sensi dell’art. 1 RSI, per «isolamento» bisogna intendere un provvedimento sanitario che riguarda singoli contagiati confermati, mentre la «quarantena» si rivolge ai casi sospetti.

⁽⁶⁷⁾ Si tratta di atti che assumono vari nomi: *statement, guidance, consideration, plan, advice, report*.

⁽⁶⁸⁾ «WHO continues to advise against the application of travel or trade restrictions to countries experiencing COVID-19 outbreaks» è la formula che accompagna non solo le raccomandazioni temporanee e i successivi aggiornamenti, ma anche i *travel advice* susseguiti a partire dal 10 gennaio: cfr. *WHO advice for international travel and trade in relation to the outbreak of pneumonia caused by a new coronavirus in China*, 10 gennaio 2020, www.who.int; OMS,

A tale proposito, non ci si può esimere dal rilevare un ulteriore elemento di criticità, che si aggiunge alla tradizionale inosservanza delle raccomandazioni temporanee da parte degli Stati membri. Ci si riferisce alla circostanza per cui un gran numero di Paesi, peraltro tra i più colpiti, abbia fatto ampio ricorso a due misure sanitarie che l'OMS non ha raccomandato ⁽⁶⁹⁾, come il «distanziamento sociale» (tra cui *lockdown* o *mass quarantine*) ⁽⁷⁰⁾, o ha addirittura sconsigliato, come le limitazioni della circolazione di persone e merci da e verso le zone più interessate dal contagio (*travel and trade ban*) ⁽⁷¹⁾.

Con riferimento alla prima misura, sorprende il dato che l'Organizzazione, pur non avendola mai consigliata, abbia però più volte plaudito quegli Stati – come Cina e Italia – che l'hanno applicata. Quanto alla seconda, invece, bisogna rilevare l'asimmetria per cui al tono assertivo e apodittico con cui, da un lato, l'OMS si è sistematicamente pronunciata contro l'adozione di misure restrittive degli spostamenti di persone e merci non sia corrisposta, dall'altro, un'adeguata motivazione – eventualmente anche avvalendosi di riferimenti scientifici, di cui certamente il Comitato d'emergenza può agevolmente disporre – sulle ragioni per cui tali misure venissero sconsigliate. Considerato, poi, che l'efficacia normativa di atti di *soft law*, come sono le raccomandazioni temporanee, riposi in ultima istanza sulla loro intrinseca forza persuasiva, sorge spontaneo chiedersi che attese nutrisse la stessa Organizzazione di riuscire a orientare la politica degli Stati, invertendo una tendenza consolidatasi lungo il corso di tutte le crisi sanitarie dell'ultimo decennio.

Updated WHO advice for international traffic in relation to the outbreak of the novel coronavirus 2019-nCoV, 24 gennaio 2020, www.who.int; *Updated WHO advice for international traffic in relation to the outbreak of the novel coronavirus 2019-nCoV*, 27 gennaio 2020, www.who.int; *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee*, cit.; *Statement on the third meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of coronavirus disease (COVID-19)*, cit. Solo a partire da febbraio, quando ormai numerosi Stati avevano già introdotto restrizioni del tipo in esame, è apparso un timido accenno di motivazione relativo alla loro inefficacia: *Key considerations for repatriation and quarantine of travellers in relation to the outbreak of novel coronavirus 2019-nCoV*, 11 febbraio 2020, COVID-19 Travel Advice, www.who.int; *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, cit.

⁽⁶⁹⁾ OMS, *Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19). Interim guidance*, 19 marzo 2020, www.who.int.

⁽⁷⁰⁾ J. KAPLAN *et al.*, *A third of the global population is on coronavirus lockdown*, in «Business Insider», 17 aprile 2020.

⁽⁷¹⁾ A. SALCEDO *et al.*, *Coronavirus Travel Restrictions, Across the Globe*, in *The New York Times*, 15 aprile 2020.

4.3.1. *Le restrizioni di commerci e trasporti per ragioni sanitarie*

In generale, può dirsi che il punto di maggiore criticità rispetto all'adozione delle raccomandazioni temporanee riguarda le limitazioni di commerci e trasporti, che gli Stati introducono anche quando queste non vengono consigliate dall'OMS. Ai sensi dell'art. 43 RSI, gli Stati restano liberi di adottare misure sanitarie aggiuntive (*additional health measures*), diverse da quelle indicate dall'Organizzazione, e che rispetto a queste raggiungano lo stesso o un più elevato livello di protezione. A tale riguardo, però, occorre far notare che la medesima disposizione circoscrive fortemente il campo della discrezionalità statale, introducendo una fitta serie di condizioni. Già in base al par. 1, infatti, le misure aggiuntive, da un lato, devono comunque garantire lo stesso o un più elevato livello di protezione della salute rispetto a quelle raccomandate e, dall'altro, non possono essere più restrittive della libertà di circolazione di persone e merci di quanto lo sarebbero misure alternative disponibili. Il successivo par. 2, però, circoscrive ulteriormente il campo della discrezionalità statale, introducendo una serie di parametri alternativi, su cui gli Stati devono basare la decisione di introdurre misure aggiuntive: (a) principi scientifici, (b) evidenze scientifiche disponibili e, ove queste manchino, l'informazione fornita dall'OMS e dalle altre organizzazioni internazionali rilevanti, nonché (c) ogni altro parere espresso dalla stessa organizzazione sanitaria. Inoltre, qualora le misure adottate comportino un divieto assoluto di ingresso nel territorio per persone o merci (o un ritardo superiore alle ventiquattr'ore), gli Stati sono tenuti a darne comunicazione all'OMS entro quarantott'ore dalla loro adozione, giustificando tale scelta su basi scientifiche. L'Organizzazione, dal canto suo, ha il potere di richiedere allo Stato in questione di riconsiderare l'applicazione delle misure più restrittive.

Alla luce di quanto evidenziato, con riferimento all'efficacia delle raccomandazioni temporanee del Direttore generale dell'OMS (ma il discorso può essere esteso alle raccomandazioni permanenti *ex art. 16 RSI*, ai *travel advice* e alle altre linee guida) sembra ragionevole dedurre che, se tali atti di *soft law* non possono direttamente vincolare gli Stati parte a tenere una certa condotta, non di meno possono venire in rilievo, come parametro di legittimità, nel definire la portata normativa degli obblighi derivanti dall'art. 43 RSI e, dunque, in sede di accertamento di un eventuale illecito ⁽⁷²⁾. Infatti, di tale

⁽⁷²⁾ Un'analogia interferenza funzionale tra le raccomandazioni e, questa volta, la Convenzione sull'aviazione civile internazionale viene sottolineata da BENVENISTI, *The Coronavirus Tests the Limits of International Law*, cit., che allude alla *recommended practice* n. 2.5 dell'Allegato 9, il quale, ai fini di quella Convenzione, impone di considerare la legittimità delle misure sanitarie implicanti restrizioni dei traffici aerei sulla base dell'art. 43 RSI, con le conseguenze già indicate sopra. Cfr. *Annex 9 to the Convention on International Civil Aviation. Facilitation*, fifteenth edition, ICAO, 2017, *recommended practice 2.5*. La questione riemerge nella dichiarazione congiunta di OMS e ICAO: *Joint ICAO-WHO Statement on COVID-19*, 11 marzo 2020, www.icao.int.

disposizione essi completano e definiscono i contorni, per effetto dell'interazione funzionale tra le due fonti, resa possibile dalla *referral clause* contenuta al par. 2, lett. b) e c), del medesimo articolo.

4.4. *La dichiarazione dello stato pandemico*

Come accennato, l'11 marzo 2020 il Direttore generale dell'OMS ha dichiarato che la diffusione del virus Covid-19 ha raggiunto lo stato pandemico ⁽⁷³⁾. Se, in generale, può risultare più facilmente comprensibile che l'OMS sia competente a dichiarare lo stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale, in quanto – evidentemente – si tratta di un concetto normativo, funzionale ad attivare un sistema istituzionale e determinati poteri del Direttore generale, meno immediate sono le ragioni per cui l'Organizzazione debba dichiarare lo stato pandemico del contagio e, soprattutto, su quali presupposti.

Partendo dal secondo aspetto, occorre far rilevare che la definizione di pandemia ha avuto un trascorso piuttosto accidentato. Se le linee guida dell'OMS, del 2005 ⁽⁷⁴⁾, tra i criteri in base a cui accertare l'insorgenza di una pandemia, includevano la gravità della malattia, tale condizione, non senza dubbi ⁽⁷⁵⁾, è stata espunta nella versione del 2009, poiché si temeva che potesse ritardare l'adozione delle necessarie contromisure. Il nuovo testo ha mantenuto una scansione in sei fasi del possibile decorso di una malattia infettiva, dove il valore 6 corrisponde allo stato pandemico, ma il suo ambito d'applicazione ha assunto portata generale, non essendo più limitato alle sole influenze. Il criterio specifico sulla base del quale identificare una pandemia diviene dunque meramente spaziale, in quanto il contagio deve essersi propagato in almeno due delle sei regioni in cui è suddivisa l'OMS ⁽⁷⁶⁾.

Dopo un'ulteriore revisione nel 2013, il riferimento attuale è la *Guida alla gestione del rischio da influenza pandemica*, adottata dall'OMS nel 2017, secondo cui «[a]n influenza pandemic occurs when an influenza A virus to which most humans have little or no existing immunity acquires the ability to cause sustained human-to-human transmission leading to community-wide outbreaks. Such a virus has the potential to spread rapidly worldwide, causing a pandemic» ⁽⁷⁷⁾. Il testo ha nuovamente ristretto la

⁽⁷³⁾ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, cit.

⁽⁷⁴⁾ WHO global influenza preparedness plan, 2005, WHO/CDS/CSR/GIP/2005.5, www.who.int.

⁽⁷⁵⁾ OMS, *Pandemic influenza preparedness and response: A WHO guidance document*, 2009, www.who.int.

⁽⁷⁶⁾ L'abbandono del requisito della gravità ha destato forti perplessità: a tale riguardo si veda E. COHEN, *When a pandemic isn't a pandemic*, 4 maggio 2009, Atlanta: CNN.com/health.

⁽⁷⁷⁾ OMS, *Pandemic Influenza Risk Management WHO Guidance*, maggio 2017, www.who.int.

validità materiale della Guida alle sole influenze A, poiché in più occasioni questo tipo di malattie ha raggiunto una diffusione su scala mondiale ⁽⁷⁸⁾. Tale circostanza ha portato alcuni a ritenere improbabile una dichiarazione di pandemia in relazione al Covid-19 ⁽⁷⁹⁾, che, invece, è poi seguita l'11 marzo 2020, invero non del tutto inaspettata, in quanto già il 26 febbraio il Direttore generale dell'OMS aveva preso in considerazione tale possibilità, escludendo che, al momento, ne ricorressero le condizioni ⁽⁸⁰⁾. La nuova definizione ha trovato una puntuale corrispondenza nelle parole pronunciate dal Direttore generale in conferenza stampa, quando ha spiegato che la decisione è dipesa dalla valutazione della diffusione geografica del virus – «In the past two weeks (...) the number of affected countries has tripled» –, dalla gravità della malattia e dall'impatto che questa produce sulla società ⁽⁸¹⁾.

Non è un'impresa semplice spiegare quali siano le conseguenze giuridiche dell'accertamento dello stato pandemico. Nella storia recente un precedente risale alla dichiarazione dell'11 giugno 2009, con cui l'allora Direttore generale decretava che l'influenza suina costituisse una pandemia ⁽⁸²⁾. In quell'occasione la dichiarazione ebbe l'effetto di attivare le clausole sospensive dell'efficacia di «contratti dormienti» conclusi con le case farmaceutiche, affinché queste avviassero la produzione di un vaccino. Quando, però, si comprese che gli effetti dannosi della malattia sarebbero stati (fortunatamente) di gran lunga inferiori alle attese, l'OMS divenne bersaglio di accese polemiche, accusata di aver agito con poca trasparenza, se non addirittura con l'intento di agevolare il comparto industriale dei propri finanziatori ⁽⁸³⁾. Alla luce di

⁽⁷⁸⁾ L'influenza spagnola è forse il caso più emblematico. Si tratta di una pandemia influenzale che tra il 1918 e il 1920 contagiò circa 500 milioni di persone in tutto il mondo, portandone alla morte diverse decine di milioni. Anche l'influenza asiatica ha raggiunto lo stato pandemico, causando, tra il 1957 e il 1960, circa due milioni di decessi. Nel biennio 1968-1969 l'Influenza di Hong Kong ha portato alla morte di un milione di contagiati. Da ultimo, la già menzionata influenza suina, nel 2009.

⁽⁷⁹⁾ P. A. VILLARREAL, *Is the spread of Coronavirus already a pandemic? Unpacking a (legal) definition*, in «Völkerrechtsblog», 9 marzo 2020.

⁽⁸⁰⁾ «Our decision about whether to use the word 'pandemic' to describe an epidemic is based on an ongoing assessment of the geographical spread of the virus, the severity of disease it causes and the impact it has on the whole of society», *WHO Director-General's opening remarks at the mission briefing on COVID-19 - 26 February 2020*, 25 febbraio 2020, www.who.int. Pertanto, non convince la posizione espressa da VILLARREAL, *Is the spread of Coronavirus already a pandemic?*, cit., che ha interpretato la mancata dichiarazione come la prova dell'impiego di criteri extra-scientifici e, dunque, discrezionali da parte dell'OMS.

⁽⁸¹⁾ *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, cit.

⁽⁸²⁾ OMS, *World now at the start of 2009 influenza pandemic*, 11 giugno 2009, www.who.int. Si tratta della prima pandemia del XXI secolo e la prima a essere dichiarata dall'entrata in vigore del nuovo RSI.

⁽⁸³⁾ D. COHEN, P. CARTER, *Conflicts of interest: WHO and the pandemic flu «conspiracies»*, in «BMJ», vol. 340, 2010, pp. 1274-1279.

quest'esperienza, vi è chi avanza forti dubbi sulla possibilità che un analogo effetto possa prodursi nel contesto attuale ⁽⁸⁴⁾, anche perché il Covid-19 non è propriamente un'influenza.

A noi sembra che la dichiarazione dello stato pandemico da parte dell'OMS sia volta all'accertamento di una situazione di fatto e costituisca espressione dell'esercizio, a livello internazionale, di un potere amministrativo – in specie di una valutazione tecnica –, di cui l'Organizzazione è titolare in ragione della propria autorità eminentemente scientifica ⁽⁸⁵⁾. Come tale, essa non è priva di effetti giuridici: se, infatti, la dichiarazione dell'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale certifica la sussistenza di una minaccia generalizzata, prescindendo, però, dall'effettiva estensione del contagio, che può anche restare circoscritto a livello regionale (come nel caso delle due ondate di Ebola del 2014-2016 e del 2018-2019), quella di pandemia attesta che un agente patogeno ha acquisito una diffusione generalizzata e, pertanto, da questo momento, nessuno Stato può sentirsi dispensato dall'adottare misure di prevenzione e controllo, e, qualora non lo faccia, vi sono maggiori probabilità che incorra in responsabilità per violazione dei propri doveri di diligenza. In tal senso ci sembra che vadano interpretate le parole pronunciate dal Direttore generale all'atto della dichiarazione di pandemia, per cui «we are deeply concerned both by the alarming levels of spread and severity, *and by the alarming levels of inaction*» (corsivo aggiunto).

5. Giustiziabilità delle controversie

Stabilire se nel prossimo futuro si addiverrà alla nascita di un contenzioso appartiene al campo della predizione. Allo stato, però, occorre rilevare che la materia è particolarmente sensibile, in quanto, man mano che gli effetti della pandemia si aggravano e ciascun governo avverte la pressione di dover giustificare il proprio operato dinanzi all'opinione pubblica nazionale e internazionale, si susseguono quotidianamente reciproche accuse di violazione.

Da più parti si è giunti a ipotizzare una responsabilità della Cina, a cui viene sostanzialmente imputato di aver violato gli obblighi di notificazione tempestiva e di condivisione delle informazioni, previsti, rispettivamente, agli artt. 6 e 7 RSI. Se le azioni

⁽⁸⁴⁾ VILLARREAL, *Is the spread of Coronavirus already a pandemic?*, cit.

⁽⁸⁵⁾ Tale interpretazione sembra confortata da quanto dichiarato dallo stesso Direttore generale, secondo cui: «[d]escribing the situation as a pandemic does not change WHO's assessment of the threat posed by this virus. It doesn't change what WHO is doing, and it doesn't change what countries should do», *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, cit. In tal senso si veda VILLARREAL, *Is the spread of Coronavirus already a pandemic?*, cit.

civili intentate contro questa presso diverse corti statunitensi ⁽⁸⁶⁾ sono ragionevolmente destinate a incorrere in una censura d'inammissibilità per difetto di giurisdizione, essendo dirette nei confronti di un soggetto titolare d'immunità dalla giurisdizione civile di altri Stati ⁽⁸⁷⁾, è sull'eventuale contenzioso di diritto internazionale pubblico che si incentra l'analisi nelle pagine seguenti.

«Se Atene piange, Sparta non ride»: la Repubblica Popolare Cinese potrebbe non essere l'unico soggetto che, nell'attuale crisi sanitaria, ha realizzato condotte illecite. Come si è già accennato, infatti, molti Stati hanno fatto ricorso a misure restrittive di commerci e trasporti. Gran parte della dottrina ritiene che tali limitazioni costituiscano una violazione dell'art. 43 RSI, poiché disposte in mancanza di fondamenti scientifici e in presenza di atti dell'OMS contrari a questo tipo d'iniziativa ⁽⁸⁸⁾. Peraltro, se le iniziali restrizioni degli spostamenti erano dirette unilateralmente verso il Paese allora più colpito dall'epidemia, la maggior parte di quelle introdotte successivamente ha inibito non solo l'ingresso agli stranieri, ma anche l'uscita ai propri residenti.

Astenendoci dal compiere in questa sede ogni valutazione di merito circa la fondatezza delle ipotesi formulate, ci si limita ad analizzare i mezzi di risoluzione delle controversie eventualmente esperibili nella vicenda in esame ⁽⁸⁹⁾. A tale riguardo preme

⁽⁸⁶⁾ Da quanto risulta, nel mese di marzo sono state proposte diverse azioni civili: in Florida il 12, in Texas il 17, in Nevada il 23, in California il 27.

⁽⁸⁷⁾ C. KEITNER, *Don't Bother Suing China for Coronavirus*, in «Just Security», 8 aprile 2020. A tale riguardo, si veda anche F. MARRELLA, *La Cina deve risarcire i danni transfrontalieri da Covid-19? Orizzonti ad Oriente*, in «SIDIBlog. Il blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea», 17 maggio 2020.

⁽⁸⁸⁾ R. HABIBI *et al.*, *Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak*, in «The Lancet», vol. 395, 2020, pp. 664-666 [= ID., *Travel restrictions violate international law*, in «Science», vol. 367, i. 6485, 27 marzo 2020, p. 1436]. Nello stesso senso rispetto all'interpretazione dell'art. 43 RSI, ma con riferimento all'emergenza di Ebola in Africa occidentale (2014-2016), si veda A. TEJPAN, S. J. HOFFMAN, *Canada's Violation of International Law during the 2014-16 Ebola Outbreak*, in «Canadian Yearbook of International Law», vol. 54, 2017, pp. 366-383. *Contra* P. A. VILLARREAL, *The (not-so) Hard Side of the IHR: Breaches of Legal Obligations*, in «Global Health Law Groningen», 26 febbraio 2020; A. VON BOGDANDY, P. A. VILLARREAL, *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*, 26 marzo 2020, in «MPIL Research Paper», n. 7, 2020; poi ancora P. A. VILLARREAL, *COVID-19 Symposium: "Can They Really Do That?" States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19, II Parts*, in «Opinio Juris», 31 marzo 2020; C. FOSTER, *Justified Border Closures do not violate the International Health Regulations 2005*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 11 giugno 2020.

⁽⁸⁹⁾ Con riferimento agli eventuali profili di responsabilità, va detto che, al pari della stragrande maggioranza delle fonti pattizie o previste da accordi, il RSI non disciplina le conseguenze derivanti dalla violazione di una delle proprie disposizioni, dovendo, in tale ipotesi – almeno in linea di principio – trovare applicazione le norme di diritto internazionale consuetudinario sulla responsabilità degli Stati, codificate dalla CDI nel Progetto di articoli del 2001. A tale proposito, pur non potendosi discutere analiticamente la questione in questa sede, occorre dare atto del fatto

rilevare che, con riferimento all'accesso alla giustizia, il Regolamento è improntato a un'impostazione essenzialmente stato-centrica e, pertanto, prende esplicitamente in considerazione l'ipotesi in cui sorga una controversia tra gli Stati parte in ordine all'interpretazione e all'applicazione delle norme in esso contenute. Infatti, l'art. 56, par. 1, pone in capo ad essi l'obbligo di provare a risolvere la controversia attraverso il ricorso alla negoziazione, o a qualunque altro dei tradizionali mezzi diplomatici di risoluzione delle controversie (buoni uffici, mediazione e conciliazione). Infruttuosamente esperito il tentativo, in base a quanto previsto al par. 2 le parti hanno *facoltà* di sottoporre la vertenza al Direttore generale, che, in tal caso, assumerebbe una funzione *lato sensu* conciliativa.

Infine, ai sensi del par. 3, la Corte permanente di arbitrato (CPA) ha giurisdizione su ogni controversia relativa all'interpretazione e all'applicazione del Regolamento, insorta tra Stati parte che abbiano accettato come obbligatoria tale giurisdizione, ovvero su quelle specifiche controversie che questi abbiano convenuto di sottoporre ⁽⁹⁰⁾. In altri termini, per avvalersi del rimedio arbitrale offerto dall'art. 56, par. 3, RSI, gli Stati parte in causa devono aver indirizzato al Direttore generale una dichiarazione scritta, in cui, a condizione di reciprocità, hanno riconosciuto la giurisdizione obbligatoria della CPA su ogni possibile controversia relativa al Regolamento – nel qual caso si ripropone il modello della clausola opzionale contenuta nell'art. 36, par. 2, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (CIG) –, ovvero con riferimento a una singola lite. Questa seconda ipotesi costituisce nient'altro che una procedura tipizzata con cui stipulare un compromesso arbitrale che gli Stati avrebbero potuto concludere comunque. Infatti, nulla vieta che essi decidano di istituire un tribunale arbitrale *ad hoc*, al di fuori del campo di applicazione dell'art. 56 RSI. In proposito, considerato che, ad oggi, al Direttore generale non è pervenuta alcuna dichiarazione di accettazione della giurisdizione obbligatoria della CPA, delle due ipotesi descritte l'unica praticabile è la seconda. Anche questa soluzione, però, oltre a non essere mai stata percorsa in passato, presenta l'intrinseco

che la dottrina appare divisa attorno a due posizioni dominanti. Alcuni considerano applicabile *in toto* il regime generale della responsabilità degli Stati: cfr. R. MILLER, W. STARSHAK, *China's Responsibility for the Global Pandemic*, in «Just Security», 31 marzo 2020; J. KRASKA, *China is legally responsible for Covid-19 damage and claims could be in the trillions*, in «War on the Rocks», 23 marzo 2020; implicitamente, L. BERGKAMP, *State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law*, in «European Journal of Risk Regulation», vol. 11, s. i. 2, 2020, pp. 343-349. Altri, invece, ritengono applicabili soltanto le norme materiali sull'illecito (Parte I del Progetto), ma non anche quelle che ne disciplinano gli effetti (Parte II), sottolineando come nel settore del diritto internazionale della salute pubblica gli Stati non abbiano mai avanzato vere e proprie pretese di riparazione: cfr. D. P. FIDLER, *COVID-19 and International Law: Must China Compensate Countries for the Damage?*, in «Just Security», 27 marzo 2020.

⁽⁹⁰⁾ La disposizione di cui al par. 3 è stata formulata sul modello di clausola arbitrale predisposto dalla CPA per il contenzioso interstatale: cfr. PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States Model Arbitration Clauses, reperibili *online*.

limite di dover ricercare il mutuo consenso delle parti in una fase in cui, essendo la lite già insorta, l'esperienza insegna che è piuttosto difficile trovare un accordo.

Per altro verso, non si può escludere che il contenzioso lambisca la stessa OMS, come soggetto titolare di un'autonoma personalità giuridica, accusata a più riprese, in particolare dagli Stati Uniti, di aver assunto un atteggiamento accomodante nei confronti della Cina, tradendo i propri doveri di sorveglianza e informazione e la propria vocazione eminentemente scientifica e imparziale. Negli USA è attualmente in corso un'inchiesta, condotta dalla Commissione per la vigilanza e le riforme della Camera dei rappresentanti del Congresso, nelle cui more l'Amministrazione statunitense ha deciso di sospendere provvisoriamente il finanziamento all'OMS⁽⁹¹⁾. La decisione giunge in un momento particolarmente delicato, in cui l'Organizzazione è impegnata su più fronti, e infligge un duro colpo alle sue finanze, considerato che gli USA ne sono il primo contributore⁽⁹²⁾.

A tale riguardo, bisogna dare atto del fatto che il RSI prende espressamente in considerazione anche l'ipotesi in cui sorga una lite tra l'OMS e uno o più Stati membri: l'art. 56, par. 5, tratta la questione come un tipo di conflittualità da risolvere con uno strumento eminentemente politico-diplomatico, prevedendo che la controversia venga sottoposta all'Assemblea mondiale della sanità, ovvero agli stessi delegati dei Paesi membri⁽⁹³⁾.

Le questioni appena affrontate sono state oggetto di discussione da parte della 73^o sessione dell'Assemblea mondiale della sanità, tenutasi tra il 18 e il 19 maggio 2020, per la prima volta in teleconferenza⁽⁹⁴⁾. L'evento, a cadenza annuale, ha risentito dell'eccezionalità del contesto, segnato non solo dalla pandemia ancora in corso, ma anche dalle tensioni che ne hanno fortemente politicizzato la gestione. In generale, può dirsi che l'OMS esca rafforzata dall'Assemblea, in quanto la stragrande maggioranza dei delegati le ha espresso il proprio sostegno, riconoscendo il suo ruolo guida in materia di cooperazione sanitaria. Anche laddove sono state avanzate delle critiche, queste hanno per lo più mantenuto toni costruttivi, prospettando come unica soluzione possibile un rafforzamento dei poteri dell'Organizzazione.

All'esito dei suoi lavori, l'Assemblea ha adottato, per consenso, una risoluzione con cui viene stabilito l'indirizzo dell'azione dell'OMS e degli Stati membri per i mesi a

⁽⁹¹⁾ D. P. FIDLER, *An Abuse of Presidential Authority and American Power: Halting U.S. Funding for the World Health Organization*, in «Just Security», 15 aprile 2020.

⁽⁹²⁾ Il bilancio 2018-2019 dell'OMS ammonta a circa 5,6 miliardi di dollari, di cui gli Stati Uniti corrispondono circa il 15%: cfr. OMS, *Contributors*, www.who.int.

⁽⁹³⁾ Cfr. art. 10 della Costituzione dell'OMS.

⁽⁹⁴⁾ Per un esame più dettagliato dei lavori della Assemblea si veda P. A. VILLARREAL, *Pandemic Intrigue in Geneva: COVID-19 and the 73rd World Health Assembly*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 22 maggio 2020, a cui sia consentito rinviare a GRECO, *OMS e Covid-19: l'Assemblea mondiale della sanità*, cit.

venire ⁽⁹⁵⁾. Uno dei risvolti di maggior interesse riguarda l'istituzione di un'inchiesta sull'efficacia della risposta alla pandemia, la quale potrebbe rappresentare una valida alternativa all'impiego di mezzi di risoluzione del contenzioso. Il testo approvato, infatti, chiede al Direttore generale di avviare, «al primo momento utile», un processo di valutazione imparziale, indipendente e onnicomprensiva, al fine di riesaminare l'esperienza maturata e le «lezioni apprese» nella risposta alla pandemia e, in particolare, l'effettività del RSI, l'efficacia degli strumenti di *governance* dell'OMS, nonché «tempi e modi» dell'azione dell'Organizzazione nella risposta alla pandemia. La soluzione adottata, dunque, sembra volta a raccogliere e ordinare gli eventi occorsi, per condurre un esame critico sull'azione di tutti i soggetti coinvolti, anche in vista di un'eventuale revisione degli strumenti normativi rilevanti, mentre sfuma l'ipotesi di istituire un processo nei confronti di OMS e Cina, che stabilisca profili di stretta responsabilità internazionale. La gestione dell'inchiesta viene affidata al Direttore generale, che, a tal fine, può servirsi di meccanismi di controllo già esistenti in seno all'Organizzazione, come il Comitato di controllo del RSI ⁽⁹⁶⁾ e il Comitato indipendente di supervisione e consulenza per il Programma delle emergenze sanitarie dell'OMS ⁽⁹⁷⁾.

Nonostante l'istituzione di un'inchiesta dovesse servire proprio per venire incontro a quanti, nei mesi precedenti, hanno espresso le più aspre critiche rispetto alla risposta alla pandemia, il 29 maggio 2020 il Presidente Donald Trump ha annunciato il recesso degli Stati Uniti dall'OMS, di cui sono stati tra i paesi fondatori e i maggiori sostenitori finanziari. La motivazione ufficiale dell'uscita è legata al dissenso sul modo in cui l'Organizzazione ha interpretato il proprio ruolo nel corso dell'emergenza sanitaria, ma più di un elemento induce a ritenere che, oltre alla ormai assodata avversione dell'amministrazione Trump verso un modello multilateralistico di cooperazione internazionale, ragioni di politica interna abbiano giocato un ruolo in questa scelta, anche considerato che il paese nordamericano è stato quello più gravemente colpito dal contagio.

⁽⁹⁵⁾ *COVID-19 response*, resolution WHA73.1, 19 maggio 2020, www.who.int.

⁽⁹⁶⁾ Previsto all'art. 50 RSI, il Comitato è già stato istituito per valutare la risposta all'influenza suina (H1N1), per il periodo 2009-2010, e all'epidemia di Ebola in Africa occidentale (2014-2016).

⁽⁹⁷⁾ Rispetto all'originaria incognita sui soggetti che avrebbero potuto condurre l'inchiesta, il testo della risoluzione sembra aver risposto alle ipotesi avanzate da M. A. BECKER, *Do We Need an International Commission of Inquiry for COVID-19?*, II Parts, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 18 maggio 2020. In generale, l'autore accoglie con favore la notizia dell'inchiesta, convinto che la giurisdizione contenziosa possa rivelarsi controproducente, in quanto finirebbe con l'esacerbare le tensioni tra gli Stati e il minare ogni possibilità di cooperazione.

6. *Prospettive conclusive*

Se non è certamente la prima volta che l'umanità si trova ad affrontare una grave epidemia – di diverse e più gravi possono testimoniare storia e letteratura – l'attuale pandemia di Covid-19 induce, anche il giurista, a una considerazione. La rapidità con cui il virus si è propagato a livello globale ha portato molti a instaurare un diretto collegamento con il processo di globalizzazione⁽⁹⁸⁾. Se l'interdipendenza raggiunta tra i Paesi del mondo reca certamente numerosi vantaggi, rendendo possibili lunghi spostamenti, scambi commerciali e l'incontro di culture lontane, essa espone, al contempo, la vita civile di ciascuno popolo ai rischi derivanti da quanto avviene nel più remoto angolo del globo (si tratti di una minaccia bellica, terroristica o sanitaria), in tal modo inverando quella che qualcuno ha da diverso tempo identificato come la «società del rischio»⁽⁹⁹⁾. In questo scenario molti preconizzano che il virus possa infliggere un colpo mortale alla globalizzazione⁽¹⁰⁰⁾, già fortemente indebolita dalla crisi economica degli scorsi anni, dalle difficoltà riscontrate dagli Stati nell'introdurre politiche inclusive e dal conseguente emergere di risposte politiche reazionarie.

È, però, possibile che nella globalizzazione stessa si trovi l'antidoto che scongiuri un tale esito, qualora, oggi come in passato, gli Stati si mostrino capaci di cogliere l'occasione della crisi attuale, per condurre a uno stadio ulteriore la cooperazione in materia di salute pubblica. L'OMS, infatti, rappresenta il frutto di uno straordinario sforzo d'integrazione internazionale, che, procedendo per tentativi ed errori, è stato capace di creare consenso, a livello globale, attorno a pratiche e standard condivisi. Nonostante alcuni limiti, anche nella crisi attuale essa ha mostrato di essere un attore fondamentale, percepito dagli Stati – e, quel che forse più conta, dall'opinione pubblica mondiale – come un riferimento autorevole, persino quando si sceglie di discostarsi dalle sue indicazioni⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁸⁾ G. FAHRION *et al.*, *How the Coronavirus Made Globalization a Deadly Threat*, in „Der Spiegel International“, 4 febbraio 2020.

⁽⁹⁹⁾ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (trad. it. di W. PRIVITERA, C. SANDRELLI, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000).

⁽¹⁰⁰⁾ A. VOLPI, *Coronavirus: l'epidemia (e la psicosi) può smontare la globalizzazione*, in *Altreconomia*, 11 febbraio 2020; M. RICCI, *Dal coronavirus un nuovo colpo a una globalizzazione già malata*, in «la Repubblica», 14 marzo 2020; S. HORVAT, *Il pericolo politico del nuovo virus*, in «Internazionale», 6 marzo 2020; V. MALAGUTTI, *Coronavirus, ecco il mondo nuovo che ci aspetta quando ne usciremo*, in «L'Espresso», 31 marzo 2020; H. FARRELL, A. NEWMAN, *Will the Coronavirus End Globalization as We Know It? The Pandemic Is Exposing Market Vulnerabilities No One Knew Existed*, 16 marzo 2020, in «Foreign Affairs», marzo-aprile 2020.

⁽¹⁰¹⁾ *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, 16 marzo 2020, COM(2020) 115 final: «Sebbene generalmente l'Organizzazione mondiale della sanità non ritenga le restrizioni dei viaggi lo strumento più efficace per contenere una pandemia, la rapida

In questa sfida i giuristi giocano un ruolo centrale. Innanzitutto, è necessario raccogliere l'esperienza maturata, che ha riportato alla luce criticità del sistema istituzionale già da diverso tempo evidenziate dalla dottrina, e relative essenzialmente all'impiego che il Comitato di emergenza compie dei criteri in base ai quali dichiarare lo stato di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale, al carattere meramente binario di tale dichiarazione, all'assenza di un solido corredo motivazionale che accompagni le raccomandazioni temporanee, rispetto a cui, peraltro, mancano efficaci meccanismi di controllo e responsabilizzazione (*naming and shaming*)⁽¹⁰²⁾.

Inoltre, bisogna apprendere dalle lezioni che il virus lascia in eredità. In primo luogo, certamente esso ha messo a dura prova i sistemi sanitari nazionali, ma al contempo ne ha evidenziato l'importanza, considerato che la loro capacità di risposta costituisce una delle indispensabili condizioni affinché ciascuno Stato possa efficacemente individuare l'insorgere di una minaccia sanitaria e limitarne la propagazione a livello internazionale. In quest'ottica, i governi nazionali sono responsabili – tanto verso i propri cittadini quanto nei confronti della comunità internazionale – dell'adozione di misure che assicurino la preparazione del proprio servizio sanitario. A tale riguardo, occorre sottolineare che, ai sensi dell'art. 13 RSI, ciascuno Stato membro ha l'obbligo di sviluppare e rafforzare la propria capacità di rispondere tempestivamente e adeguatamente a rischi ed emergenze sanitarie di rilevanza internazionale⁽¹⁰³⁾. In secondo luogo, dinanzi ai vistosi limiti che il

diffusione del COVID-19 rende fondamentale un'azione urgente, immediata e concertata da parte dell'UE e degli Stati membri, non solo per proteggere la salute pubblica delle nostre popolazioni, ma anche per impedire l'ulteriore diffusione del virus dall'UE ad altri paesi, com'è avvenuto nelle ultime settimane».

⁽¹⁰²⁾ Sulle diverse proposte di revisione si veda L. O. GOSTIN *et al.*, *Has Global Health Law Risen to Meet the COVID-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats*, in «Journal of Law, Medicine & Ethics», vol. 48, pp. 376-381; M. BROBERG, *A Critical Appraisal of the World Health Organization's International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It Is Time for Revision*, in «European Journal of Risk Regulation», vol. 11, s. i. 2, 2020, pp. 202-209; C. LO, *The Missing Operational Components of the IHR (2005) from the Experience of Handling the Outbreak of COVID-19: Precaution, Independence, Transparency and Universality*, in «Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy», vol. 15, n. 1, 2020, pp. 1-26. In particolare su come garantire maggiore trasparenza, T.-L. LEE, *Why the WHO is failing and how to fix it*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 29 maggio 2020. Nel senso che occorra una maggiore cooperazione tra le varie organizzazioni internazionali: A. L. TAYLOR, R. HABIBI, *The Collapse of Global Cooperation under the WHO International Health Regulations at the Outset of COVID-19: Sculpting the Future of Global Health Governance*, in «ASIL Insights», vol. 24, i. 15, 5 giugno 2020; J. LEE, *IHR 2005 in the Coronavirus Pandemic: A Need for a New Instrument to Overcome Fragmentation?*, in «ASIL Insights», vol. 14, i. 16, 12 giugno 2020.

⁽¹⁰³⁾ Circa la necessità di sviluppare una capacità di risposta efficace si vedano le osservazioni di P. ACCONCI, *The Responses of International Organizations to the Health Emergency due to the Covid-19. A First Impression*, in «Rivista di Diritto internazionale», vol. CIII, f. 2, 2020, pp.

regime generale della responsabilità manifesta, diventa fondamentale catturare le relazioni di interdipendenza che oggi – di fatto – esistono tra gli Stati e tradurle in nuove forme di declinazione del concetto di responsabilità internazionale, sia riadattando categorie classiche, come i principi di buona fede e leale cooperazione o i doveri di diligenza, sia immaginandone di nuove, che sappiano tenere conto della complessità delle dinamiche attuali, che coinvolgono numerosi ed eterogenei soggetti, tra attori statali, non statali e organizzazioni internazionali ⁽¹⁰⁴⁾.

Infine, se, nel 2005, parte della dottrina aveva accolto le innovazioni apportate al RSI come la transizione da un modello vestfaliano a uno post-vestfaliano di cooperazione interstatale nel campo della salute pubblica ⁽¹⁰⁵⁾, alla luce dell'esperienza di questi mesi la stessa dottrina considera il Covid-19 come un virus ancora vestfaliano ⁽¹⁰⁶⁾. In proposito, ci si limita a osservare che la nascita di un sistema di relazioni internazionali propriamente post-vestfaliano non può essere unicamente frutto dell'elaborazione di uno schema normativo, ma dipende essenzialmente dalla disponibilità degli attori internazionali di interpretarsi come organi di un tale sistema. Negli anni di maggiore crisi del multilateralismo non sembra che una simile coscienza si sia già formata, e il processo di integrazione appare ancora lungo.

415-451, pp. 449-450. Tale problema era già stato esaminato in precedenza in *International Actions towards Universal Health Coverage: Soft, but Consistent*, in «La Comunità Internazionale. Trimestrale della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale», vol. LXXIII, f. 1, 2018, pp. 5-24, dove l'autrice ha evidenziato come l'OMS eserciti la propria *governance* di sviluppo di un servizio sanitario effettivo e universale proprio attraverso atti di *soft law*. Si vedano inoltre le considerazioni di B. TOEBES, *States' Resilience to Future Health Emergencies: Connecting the Dots between Core Obligations and Core Capacities*, in «ESIL Reflections», vol 9, i. 2, 2020, pp. 1-9; G. BARTOLINI, *Are You Ready for a Pandemic? The International Health Regulations Put to the Test of Their 'Core Capacity Requirements'*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 1 giugno 2020.

⁽¹⁰⁴⁾ In tal senso ci sembra vada letto il lavoro intrapreso dall'Università di Amsterdam in vista di una «responsabilità condivisa» di diritto internazionale. Per tutti si veda A. NOLLKAEMPER, I. PLAKOKEFALOS, *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁽¹⁰⁵⁾ D. P. FIDLER, *SARS: Political Pathology of the First Post-Westphalian Pathogen*, in S. KNOBLER *et al.* (eds.), *Learning from SARS. Preparing for the Next Disease Outbreak*, Washington, National Academies Press, 2004, pp. 110-116.

⁽¹⁰⁶⁾ D. P. FIDLER, *The World Health Organization and Pandemic Politics. The good, the bad, and an ugly future for global health*, in «Think Global Health», 10 aprile 2020.

V.

IL *SOFT LAW* COME FATTORE DI COERENZA. IL DIALOGO TRA OMS E OMC IN MATERIA DI RESTRIZIONI AL COMMERCIO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La frammentazione normativa del diritto internazionale: tra salute e commercio. – 3. Prospettive di ricomposizione I: il RSI tra tutela della salute pubblica e stabilità dei traffici commerciali. – 3.1. Il bilanciamento tra salute pubblica e commercio internazionale del RSI. – 4. Prospettive di ricomposizione II: l'OMC come foro presso cui giustiziare le restrizioni del commercio internazionale disposte in violazione del RSI? – 5. Prospettive di ricomposizione III: gli atti dell'OMS nel diritto e nella giurisprudenza dell'OMC. – 6. Prospettive conclusive.

1. *Introduzione*

In queste pagine ci si propone di delineare possibili forme di ricomposizione tra la tutela della salute pubblica e le ragioni del commercio internazionale. In prima istanza, tali valori vanno senz'altro ricondotti, a livello internazionale, rispettivamente all'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) e all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), che rappresentano due settori autonomi di un ordinamento internazionale frammentato ⁽¹⁾. Se, dunque, la presente indagine non può che assumere questo quadro istituzionale disarticolato come l'orizzonte di analisi da cui partire, d'altra parte essa cerca di definire delle modalità di interazione tra salute e commercio, che coinvolgono i due sistemi ordinamentali.

Tale processo di integrazione presenta una natura *soft* (informale) in un duplice verso. Da un lato, infatti, esso si serve di atti di *soft law*, i quali, riuscendo a superare i confini propri delle regolazioni convenzionali, rappresentano lo strumento che più e meglio di ogni altro può lavorare per la convergenza di valori diversi e il dialogo tra

⁽¹⁾ Tale prospettiva di frammentazione emerge a più riprese in P. ACCONCI, *Prefazione*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti della pandemia Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna, 2020, pp. 1-6, pp. 1 e 3.

sistemi settoriali, così contribuendo a costruire la coerenza del diritto internazionale ⁽²⁾. Dall'altro lato, le prospettive di ricomposizione prese in considerazione presentano un carattere *soft* nel senso che si concretizzano al di fuori di un quadro istituzionale integrato e in ragione di istanze materiali, le cui esigenze di tutela – di fatto – avvicinano le due organizzazioni.

Se le ipotesi di lavoro sono costruite alla luce della prassi pregressa, l'analisi prende le mosse dall'attuale crisi sanitaria determinata dalla pandemia di Covid-19, per provare a delineare possibili scenari futuri. Infatti, l'occasione per ricostruire le modalità con cui salute e commercio possono coordinarsi viene dalle restrizioni dei traffici commerciali internazionali, che molti Stati hanno introdotto per ragioni sanitarie, nel periodo compreso tra gennaio e giugno 2020.

In questo quadro la ricerca si articola in tre momenti. In primo luogo, si intende vagliare la legittimità delle limitazioni al commercio nel contesto del diritto internazionale della salute pubblica, che si mostra permeabile alle esigenze di tutela di beni giuridici diversi rispetto a quello della sanità (§§ 3 e 3.1). In secondo luogo, si prova a verificare se le misure restrittive che dovessero risultare illecite nel contesto del Regolamento sanitario internazionale del 2005 (RSI) ⁽³⁾ possano essere fatte valere, *mutatis mutandis*, nell'ambito dell'OMC (§ 4). Infine, si mettono in luce le aperture che il diritto del commercio internazionale presenta nei confronti delle ragioni della salute pubblica, che, a livello normativo, si traducono nel riconoscimento del valore degli atti prodotti dall'OMS e, a livello giurisprudenziale, in un diffuso ricorso a tali fonti (§ 5).

2. *La frammentazione normativa del diritto internazionale: tra salute e commercio*

La presente indagine si colloca nel più generale contesto della frammentazione del diritto internazionale (*fragmentation*). Come è noto, con il concetto di frammentazione normativa ci si riferisce alla suddivisione del diritto internazionale in una pluralità di ordinamenti giuridici – settoriali, universali o regionali –, che si strutturano attorno alla tutela di un bene giuridico fondamentale ⁽⁴⁾. Da tale articolazione disorganica sorge la possibilità di un conflitto tra i diversi regimi normativi, in quanto sugli Stati membri di

⁽²⁾ FASTENRATH, *Relative Normativity*, cit.; SAVARESE, *Certezza del diritto*, cit., pp. 91-120, secondo cui il «diritto debole» può favorire il raggiungimento di una risposta condivisa e prevedibile circa il contenuto delle obbligazioni che vincolano i diversi attori della società internazionale (pp. 119-120).

⁽³⁾ *Revision of the International Health Regulations*, cit.

⁽⁴⁾ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit.; CDI, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, Part Two, 2006, p. 177 ss., par. 251 ss.

più d'uno di essi gravano obblighi pattizi che possono rivelarsi incompatibili se non in astratto, quanto meno in concreto. Di fronte a una tale evenienza, in mancanza di meccanismi normativi – come, ad esempio, clausole di compatibilità o subordinazione ⁽⁵⁾ – capaci di sciogliere l'antinomia in radice, consentendo un'integrazione armonica tra i diversi sistemi, gli Stati si trovano esposti al rischio di dover scegliere a quale obbligo adempiere e quale altro disattendere, incorrendo in un illecito. Questo dilemma si è plasticamente materializzato nel corso dell'emergenza sanitaria legata alla pandemia di Covid-19, esplosa a livello mondiale dalla fine di gennaio 2020. In questo periodo, infatti, gli Stati si sono trovati dinanzi al paradosso di dover, da un lato, tutelare i diritti umani alla vita e alla salute, senza, dall'altro, violare le libertà fondamentali degli individui, i diritti degli investitori stranieri o gli obblighi derivanti dal diritto del commercio internazionale. Il paradosso, in realtà, è solo apparente e non fa altro che riflettere la complessità di un ordinamento giuridico che, come il diritto internazionale contemporaneo, riconosce valori differenti, anche potenzialmente confliggenti.

Sorge, dunque, la necessità di operare un bilanciamento. Nelle pagine seguenti, l'analisi si incentrerà su tre modelli di possibile integrazione tra il settore del diritto internazionale della salute pubblica e quello dell'OMC, prendendo a pretesto il modo in cui i due sistemi considerano le restrizioni al commercio internazionale introdotte dagli Stati durante la pandemia di Covid-19.

3. Prospettive di ricomposizione I: il RSI tra tutela della salute pubblica e stabilità dei traffici commerciali

Di fronte alla mancanza di un meccanismo normativo che si preoccupi di coordinare organicamente il sistema del diritto internazionale della salute pubblica con quello dell'OMC, un primo modello alternativo di integrazione può essere rintracciato nel riconoscimento, da parte del RSI, di valori giuridici ad esso originariamente estranei. Infatti, l'esigenza di un bilanciamento tra tutela della salute e stabilità dei traffici internazionali di persone e merci ha trovato positivo riconoscimento nel Regolamento, che, assieme alla Costituzione dell'OMS, costituisce la principale fonte del diritto internazionale della salute pubblica.

Di tale strumento normativo va subito sottolineata una particolarità: diversamente dalle fonti istitutive di altri settori dell'ordinamento internazionale, che si strutturano attorno alla tutela di un unico bene giuridico, il RSI, pur essendo preordinato in via principale alla tutela della salute, non adotta un approccio partigiano o integralista, bensì

⁽⁵⁾ Cfr. art. 30, par. 2, CVDT. Sul requisito della «stessa materia» richiesto dall'articolo si veda E. W. VIERDAG, *The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions*, in «British Yearbook of International Law», vol. 59, n. 1, 1988, pp. 75-111, p. 100.

pluralistico, mostrando aperture verso le ragioni profonde di altri sistemi ordinamentali ⁽⁶⁾. A tale riguardo, bisogna osservare che, se i diritti umani trovano riconoscimento all'art. 3 RSI ⁽⁷⁾, dedicato ai principi che devono guidare l'esecuzione del Regolamento, la stabilità dei traffici internazionali ricade tra gli scopi istituzionali dell'articolato. L'art. 2 RSI, infatti, riconosce espressamente l'esigenza di un coordinamento tra le esigenze sanitarie e quelle commerciali, laddove prevede che la tutela delle prime avvenga con il minore sacrificio possibile delle seconde, ovvero «con modalità che siano commisurate ai rischi per la salute pubblica e evitino inutili interferenze con il traffico e il commercio internazionale» ⁽⁸⁾.

Si tratta di un programma istituzionale che gli Stati, in sede di revisione del RSI, hanno voluto sancire per diverse ragioni. In primo luogo, quando, nel 1995, l'Assemblea mondiale della sanità ha conferito incarico al Direttore generale di attivarsi per rivedere il Regolamento ⁽⁹⁾, l'OMC era appena nata e, dunque, nel processo di riforma, completatosi dieci anni più tardi, certamente hanno influito le esigenze di coerenza tra i due sistemi. In secondo luogo, si voleva evitare che, come in passato è spesso accaduto, durante una crisi sanitaria prevalessesse l'irrazionalità e misure dettate dall'emotività o dal panico potessero pregiudicare gravemente l'economia di Stati che, colpiti da un'epidemia, già si trovano in grande difficoltà. A queste considerazioni se ne aggiunge una terza più generale – tutta interna alle ragioni della salute pubblica –, per cui le restrizioni al commercio vulnerano la capacità di risposta degli Stati che ne siano destinatari, i quali rischiano di non disporre dei mezzi necessari a fronteggiare la crisi sanitaria e di trovarsi, per giunta, in una grave depressione economica ⁽¹⁰⁾.

⁽⁶⁾ L. O. GOSTIN, *Global Health Law*, Cambridge(Mass)-London, Harvard University Press, 2014, p. 183.

⁽⁷⁾ Art. 3, par. 1, RSI: «The implementation of these Regulations shall be with full respect for the dignity, human rights and fundamental freedoms of persons».

⁽⁸⁾ Art. 2 RSI: «The purpose and scope of these Regulations are to prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease in ways that are commensurate with and restricted to public health risks, and which avoid unnecessary interference with international traffic and trade».

⁽⁹⁾ WHA, *Revision and Updating of the International Health Regulations*, WHA48.7, 12 maggio 1995.

⁽¹⁰⁾ Cfr. OMS, *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, COVID-19 Travel Advice, 29 febbraio 2020, in cui si afferma: «WHO continues to advise against the application of travel or trade restrictions to countries experiencing COVID-19 outbreaks. In general, evidence shows that restricting the movement of people and goods during public health emergencies is ineffective in most situations and may divert resources from other interventions. Furthermore, restrictions may interrupt needed aid and technical support, may disrupt businesses, and may have negative social and economic effects on the affected countries». Durante l'epidemia di Ebola in Africa occidentale (2014-2015) tale posizione è stata reiterata più volte e da più parti: cfr. OMS, *Statement on the 2nd meeting of the IHR Emergency Committee regarding the 2014 Ebola outbreak in West Africa*, 22 settembre 2014; *Statement on the 4th*

In questo quadro, allora, è possibile concludere che la prima prospettiva di ricomposizione tra il diritto internazionale della salute pubblica e quello del commercio internazionale si concretizzi sul piano valoriale, dei beni giuridici tutelati. Il primo, infatti, protegge la salute, cercando di minimizzare le interferenze con il commercio; il secondo intende garantire le ragioni del commercio, prevedendo, però, una serie di deroghe per motivi sanitari. Tale assetto rende OMS e OMC sistemi non semplicemente autonomi, ma piuttosto complementari.

3.1. *Il bilanciamento tra salute pubblica e commercio internazionale del RSI*

Una volta definito l'impianto generale del RSI, è necessario rilevare che l'art. 2 RSI si limita a riconoscere la necessità di un bilanciamento tra salute pubblica e commercio internazionale. Il compito di trovarlo, però, viene affidato alla cooperazione dell'art. 43 RSI – che riconosce e condiziona la libertà degli Stati di adottare misure sanitarie aggiuntive rispetto a quelle indicate dall'OMS – con diversi atti dell'Organizzazione, *in primis* con le raccomandazioni temporanee del Direttore generale. A ben vedere si tratta di una forma di interazione funzionale tra una norma di *hard law*, legittimata a pretendere obbedienza da parte degli Stati, con uno strumento di *soft law*, che costituisce un fattore mite, flessibile, dinamico, di celere adozione e aggiornamento, capace di adattarsi al contesto e al continuo mutare delle circostanze.

Con specifico riferimento alle raccomandazioni temporanee, occorre rilevare che, secondo la definizione di cui all'art. 1 RSI, esse costituiscono un parere non vincolante da applicare limitatamente nel tempo e in base al tipo di rischio, in risposta a un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale, in modo da evitare o ridurre la diffusione internazionale di malattie e minimizzare l'interferenza con la circolazione di persone e merci. Ai sensi dell'art. 15 RSI, infatti, dopo che abbia dichiarato lo stato emergenziale *ex art.* 12 RSI, il Direttore generale ha facoltà di adottare raccomandazioni temporanee, al fine di garantire un approccio uniforme e coordinato alla minaccia sanitaria da parte degli Stati membri.

Nel definire il contenuto delle raccomandazioni temporanee, il Direttore generale, ai sensi dell'art. 17 RSI, è tenuto a considerare l'opinione degli Stati più direttamente interessati, il parere del Comitato di emergenza, gli standard internazionali, le eventuali iniziative di altre organizzazioni internazionali e le conoscenze scientifiche disponibili. Inoltre, egli deve prediligere quelle misure che non restringano le libertà personali e la circolazione di persone o merci più di quanto farebbero misure alternative capaci di garantire lo stesso livello di protezione. Si tratta di un test di necessità che sostanzialmente

meeting of the IHR Emergency Committee regarding the 2014 Ebola outbreak in West Africa, 21 gennaio 2015; Consiglio di sicurezza ONU, risoluzione n. 2177, 18 settembre 2014, S/RES/2177 (2014).

riflette quello previsto da alcune disposizioni dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1994 (GATT) – tra cui, in particolare, l'art. XX, lett. b) ⁽¹¹⁾ –, per verificare la legittimità di misure restrittive del commercio di beni. Ciò risulta ancora più vero, se si tiene conto del fatto che l'art. 42 RSI esige che le misure sanitarie adottate sulla base del Regolamento siano applicate in modo non discriminatorio, in linea con l'analogo obbligo contenuto nello *chapeau* dell'art. XX GATT ⁽¹²⁾.

All'art. 18, par. 2, il RSI contiene un elenco aperto delle misure che l'OMS può raccomandare, ordinate secondo il grado di impatto sul traffico internazionale. Si va dalla semplice verifica della nota di carico e del percorso, alle ispezioni, al trattamento sanitario delle merci, all'isolamento o quarantena, fino a ipotesi ben più drastiche come la confisca e la distruzione dei prodotti, o il rifiuto di partenza o ingresso (*travel/trade ban*).

Nel contesto dell'attuale emergenza sanitaria occorre evidenziare che non è mai stata consigliata l'introduzione di limitazioni ai traffici internazionali: «L'OMS continua a dare parere contrario all'applicazione di restrizioni di commerci e trasporti nei confronti dei paesi più colpiti dal contagio» è la formula di rito che, pressoché inalterata, ha accompagnato non solo le raccomandazioni temporanee e successivi aggiornamenti ⁽¹³⁾, ma anche i diversi *travel advice* rilasciati dall'Organizzazione a partire dal 10 gennaio 2020 ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Art. XX(b) GATT: «Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (b) necessary to protect human, animal or plant life or health». L'Organo d'appello ha chiarito che il giudizio sulla necessità delle misure costituisce un'«operazione olistica», che richiede di considerare tre elementi: (i) un apprezzamento e un bilanciamento degli interessi coinvolti, (ii) l'idoneità della misura a raggiungere lo scopo a cui è preordinata e (iii) il grado di incidenza che essa ha sul commercio internazionale: cfr. Rapporto dell'Organo d'appello, *Brasile - Misure che incidono sulle importazioni di pneumatici ricostruiti*, 17 dicembre 2007, WT/DS332/AB/R, p. 71, par. 178.

⁽¹²⁾ Art. 42 RSI: «Health measures taken pursuant to these Regulations shall be initiated and completed without delay, and applied in a transparent and non-discriminatory manner».

⁽¹³⁾ Cfr. OMS, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 gennaio 2020; *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, cit.; *Statement on the third meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of coronavirus disease (COVID-19)*, 1 maggio 2020.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *WHO advice for international travel and trade in relation to the outbreak of pneumonia caused by a new coronavirus in China*, 10 gennaio 2020; *Updated WHO advice for international traffic in relation to the outbreak of the novel coronavirus 2019-nCoV*, 24 gennaio 2020; *Updated WHO advice for international traffic in relation to the outbreak of the novel coronavirus 2019-nCoV*, 27 gennaio 2020; *Key considerations for repatriation and quarantine*

Ciononostante, bisogna riconoscere che, in continuità con quanto accaduto in precedenti occasioni, gli Stati non hanno mostrato un elevato grado di osservanza delle raccomandazioni dell'OMS. In effetti, si tratta di una fragilità strutturale, più volte rilevata sia dalla stessa organizzazione sia dalla dottrina⁽¹⁵⁾. A questo dato si aggiunge un secondo elemento di criticità. Nonostante le raccomandazioni costituiscano un tassello centrale nella *governance* dell'emergenza sanitaria, esse, quando non ne siano del tutto sguarnite, presentano spesso un corpo motivazionale estremamente sintetico. A tale riguardo preme sottolineare che, se è vero che l'efficacia normativa degli atti di *soft law* riposi quasi integralmente sulla loro intrinseca forza persuasiva, l'OMS non sembra fare un uso avveduto di tali strumenti.

Quanto poi all'art. 43 RSI, bisogna rilevare che, al par. 1, esso reca una formulazione rassicurante – al negativo –, per cui il Regolamento non preclude la libertà degli Stati di adottare misure sanitarie ulteriori rispetto a quelle indicate dall'OMS (*additional health measures*). La disposizione, comunque, già pone due condizioni, laddove esige che, da un lato, le misure aggiuntive debbano comunque garantire lo stesso o un più elevato livello di protezione della salute rispetto a quelle raccomandate e, dall'altro, non siano più restrittive della circolazione di persone e merci di quanto lo sarebbero misure alternative disponibili⁽¹⁶⁾. Anche in questo passaggio risuona l'eco del test di necessità richiesto dall'art. XX GATT.

È però il successivo par. 2 a circoscrivere nettamente il campo della discrezionalità statale, introducendo una serie di parametri alternativi, su cui gli Stati devono basare la decisione di introdurre misure aggiuntive. Nell'ordine, si tratta di (a) principi scientifici, (b) evidenze scientifiche disponibili e, ove queste manchino, l'informazione fornita dall'OMS e dalle altre organizzazioni internazionali rilevanti, nonché (c) ogni altro parere

of travellers in relation to the outbreak of novel coronavirus 2019-nCoV, COVID-19 Travel Advice, 11 febbraio 2020.

⁽¹⁵⁾ Sul punto si veda P. ACCONCI, *Prime considerazioni*, cit. Per l'OMS, cfr. *International Health Regulations (2005): Annual report on the implementation of the International Health Regulations (2005), Report by the Director-General*, A73/14, 12 maggio 2020, dove si dà atto che, alla data del 28 marzo 2020, 136 sono gli Stati che hanno comunicato l'adozione di provvedimenti sanitari aggiuntivi, ai sensi dell'art. 43 RSI. Per quanto riguarda l'OMC, invece, alla data del 9 giugno 2020 sono pervenute 154 notifiche connesse alla pandemia di Covid-19, di cui 41 sono misure sanitarie o fitosanitarie: cfr. *WTO members' notifications on COVID-19*, www.wto.org.

⁽¹⁶⁾ Art. 43, par. 1, RSI: «These Regulations shall not preclude States Parties from implementing health measures, in accordance with their relevant national law and obligations under international law, in response to specific public health risks or public health emergencies of international concern, which: (a) achieve the same or greater level of health protection than WHO recommendations; [...]. Such measures shall not be more restrictive of international traffic and not more invasive or intrusive to persons than reasonably available alternatives that would achieve the appropriate level of health protection».

espresso dalla stessa organizzazione sanitaria ⁽¹⁷⁾. Per questa parte, la struttura della disposizione ricorda molto quella che la scienza giuridica definirebbe una «norma in bianco», in quanto, per valutare la legittimità delle misure rilevanti, è necessario prendere in considerazione parametri esterni alla fattispecie, la cui determinazione, cioè, è rimessa alla potestà normativa di altre fonti.

Dunque, con specifico riferimento all'efficacia delle raccomandazioni temporanee del Direttore generale dell'OMS – ma analogo discorso può valere per le raccomandazioni permanenti *ex art. 16 RSI* ⁽¹⁸⁾, i *travel advice* e gli altri atti dell'Organizzazione –, se esse, quali atti di *soft law*, non possono vincolare gli Stati parte a (non) tenere una determinata condotta, non di meno possono venire in rilievo come parametro di legittimità nel definire la portata normativa degli obblighi derivanti dall'art. 43 RSI. Di tale disposizione, infatti, essi contribuiscono a definire i contorni, in virtù dell'interazione funzionale che si produce per effetto del rinvio operato dal par. 2, lett. b) e c), dello stesso articolo, sul modello di una *referral clause*.

In questo contesto, anche per quanto si avrà modo di dire più avanti, sia consentita un'ulteriore notazione. Se poco sopra è stata messa in luce la sintonia degli artt. 42 e 43 RSI con l'art. XX GATT, adesso può essere interessante notare come l'art. 43, nel regolare la libertà degli Stati di introdurre misure aggiuntive, rifletta la struttura essenziale dell'art. 2 dell'Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie dell'OMC (Accordo SPS) ⁽¹⁹⁾. Tale disposizione, infatti, indica le obbligazioni fondamentali delle parti contraenti, prevedendo che le misure sanitarie necessarie a proteggere la vita o la

⁽¹⁷⁾ Art. 43, par. 2, RSI: «In determining whether to implement the health measures referred to in paragraph 1 of this Article [...], States Parties shall base their determinations upon: (a) scientific principles; (b) available scientific evidence of a risk to human health, or where such evidence is insufficient, the available information including from WHO and other relevant intergovernmental organizations and international bodies; and (c) any available specific guidance or advice from WHO».

⁽¹⁸⁾ Le «raccomandazioni permanenti» si distinguono da quelle temporanee per il contesto in cui vengono adottate, non dovendo necessariamente seguire una dichiarazione di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale. Ai sensi dell'art. 1 RSI, anch'esse consistono in un parere non vincolante emanato dall'OMS, ai sensi dell'art. 16, per rischi in atto e specifici per la sanità pubblica, riguardante appropriate misure sanitarie, di applicazione ordinaria o periodica, necessarie a evitare o ridurre la diffusione internazionale di malattie e minimizzare l'interferenza con il traffico internazionale.

⁽¹⁹⁾ «Members shall ensure that any sanitary or phytosanitary measure is applied only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health, is based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence, except as provided for in paragraph 7 of Article 5», art. 2, par. 2, Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie, Allegato 1A dell'Accordo di Marrakesh che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, Marrakesh, 15 aprile 1994, in United Nations, «Treaty Series», vol. 1867, 1995, p. 493 ss. Sul rilievo dell'Accordo SPS nel contesto della pandemia di Covid-19 si veda VON BOGDANDY, VILLARREAL, *International Law on Pandemic Response*, cit., p. 21.

salute umana (limitandoci a quanto rileva in questa sede) debbano essere fondate, nell'ordine, su principi scientifici, evidenze scientifiche o, in mancanza, sul principio precauzionale inglobato all'art. 5, par. 7, dello stesso Accordo ⁽²⁰⁾. Quest'ultimo, in assenza di evidenze scientifiche, autorizza gli Stati membri a basare l'adozione provvisoria delle misure sanitarie sull'informazione pertinente disponibile, compresa quella fornita dalle organizzazioni internazionali rilevanti, tra cui, trattandosi di salute pubblica, certamente rientra l'OMS.

Alla luce di quanto esposto, con riguardo all'attuale emergenza sanitaria da Covid-19, non essendovi prove scientifiche né atti dell'OMS che possano validare limitazioni del commercio internazionale, dovrebbe ragionevolmente dedursi che quelle introdotte da un gran numero di Stati siano misure illegittime ai sensi dell'art. 43 RSI ⁽²¹⁾.

4. *Prospettive di ricomposizione II: l'OMC come foro presso cui giustiziare le restrizioni del commercio internazionale disposte in violazione del RSI?*

Una volta delineata l'illiceità delle misure sanitarie che restringano i traffici commerciali, occorre domandarsi in che sede questa possa essere fatta valere. A tale riguardo, occorre riconoscere che la fragilità dei rimedi approntati dall'art. 56 RSI rende piuttosto improbabile il raggiungimento di una soluzione per loro tramite. La disposizione, infatti, al par. 1, si limita a prevedere come obbligatorio l'esperimento del ricorso a uno dei tradizionali mezzi diplomatici di soluzione delle controversie. In caso di esito negativo, ai sensi del par. 2 le parti in causa *possono* sottoporre la lite al Direttore generale per un ulteriore tentativo di conciliazione. Da ultimo, il par. 3 dell'art. 56 RSI prevede la possibilità di sottoporre la controversia alla Corte permanente di arbitrato (CPA), qualora le parti così convengano rispetto a una specifica vertenza o quando le stesse abbiano preventivamente accettato la giurisdizione della Corte, attraverso un'apposita

⁽²⁰⁾ Secondo la definizione di cui all'Allegato A, par. 1, Accordo SPS una misura sanitaria è – per quanto rileva in questa sede – una misura volta a proteggere la vita e la salute umana da rischi derivanti da additivi, contaminanti, tossine o organismi patogeni negli alimenti, nelle bevande o nei mangimi, da malattie trasportate da animali, piante o loro derivati o dall'ingresso, dallo stabilimento o dalla diffusione di parassiti.

⁽²¹⁾ HABIBI *et al.*, *Do not violate the International Health Regulations*, cit. Nello stesso senso rispetto all'interpretazione dell'art. 43 RSI, ma con riferimento all'emergenza di Ebola in Africa occidentale (2014-2016), si veda A. TEJPAR, S.J. HOFFMAN, *Canada's Violation of International Law during the 2014-16 Ebola Outbreak*, in «Canadian Yearbook of International Law», vol. 54, 2017, pp. 366-383. *Contra* VILLARREAL, *The (not-so) Hard Side of the IHR*, cit.; poi ancora VILLARREAL, *COVID-19 Symposium: «Can They Really Do That?»*, cit. In realtà, in questi contributi lo stesso Villarreal riconosce che l'art. 43 RSI contiene un obbligo giuridico, mentre il suo scetticismo si concentra piuttosto sulle limitate possibilità di accertamento di un'eventuale violazione, le stesse rilevate anche da noi in questa sede.

dichiarazione indirizzata al Direttore generale dell'OMS. Ad oggi, comunque, non risulta che alcuno Stato membro abbia fatto pervenire una tale accettazione, mentre rispetto alla possibilità di istituire un arbitrato *ad hoc*, ci si limita a osservare che si tratta di una soluzione mai percorsa in occasione di precedenti emergenze sanitarie, durante le quali pure si sono registrate violazioni dell'art. 43 RSI.

Questo dato, se certamente costituisce un elemento di debolezza nell'architettura del RSI, in via collaterale produce l'effetto di favorire la ricomposizione e il dialogo del diritto internazionale della salute pubblica con quello del commercio internazionale. Come già accaduto in passato, infatti, gli Stati potrebbero affidare le proprie rivendicazioni al ben più solido sistema di soluzione delle controversie predisposto dall'OMC⁽²²⁾. Ovviamente, con questo non si vuole far intendere che si tratterebbe della stessa identica questione giuridica: cambiando il quadro normativo, uno Stato dovrebbe necessariamente riarticolare se non il *petitum* quanto meno la *causa petendi*. La portata di tale considerazione, però, può in concreto rivelarsi meno restrittiva, se solo si tiene conto del fatto che, da un lato, la misura sanitaria impugnata, dal punto di vista oggettivo, resterebbe la stessa nelle due ipotesi e, dall'altro, l'impianto normativo del RSI è per diversi aspetti sovrapponibile a quello di obbligazioni fondamentali dei trattati OMC⁽²³⁾.

A titolo esemplificativo, basti pensare a quanto accaduto nel contesto dell'epidemia di influenza aviaria (H5N1). Nel caso *India - Prodotti agricoli* (2015)⁽²⁴⁾, tra Stati Uniti e India, l'Organo d'appello ha confermato le conclusioni del Panel, secondo cui il paese asiatico aveva introdotto misure sanitarie restrittive delle importazioni di prodotti agricoli derivati da pollami provenienti da paesi colpiti dall'influenza aviaria, in violazione dell'Accordo SPS. *Inter alia*, è stato accertato che le misure fossero incompatibili con l'art. 3, par. 1, dell'accordo, poiché non erano basate su nessuno standard internazionale

⁽²²⁾ In tal senso si veda GOSTIN, *Global Health Law*, cit., p. 297; VON BOGDANDY, VILLARREAL, *International Law on Pandemic Response*, cit., p. 21. Più in generale, R. HOWSE, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, in «European Journal of International Law», vol. 27, n. 1, 2016, pp. 9-77.

⁽²³⁾ Un'ipotesi di indagine analoga a quella qui perseguita viene delineata da Huang con riferimento non all'OMC, ma alla Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi (MARPOL 73/78): cfr. J. HUANG, *Can Trade Dispute Resolution Mechanisms Enhance State Compliance with International Health Regulations? Insights from MARPOL 73/78*, in «ASIL Insights», vol. 24, i. 8, 2020.

⁽²⁴⁾ Rapporto dell'Organo d'appello, *India - Misure relative all'importazione di determinati prodotti agricoli*, 19 giugno 2015, WT/DS430/AB/R. Per un approfondimento si veda C. P. BOWN, J. A. HILLMAN, *Bird Flu, the OIE, and National Regulation: The WTO's India – Agricultural Products Dispute*, in «World Trade Review», vol. 15, n. 2, 2016, pp. 235-257.

rilevante (nel caso di specie si trattava del capitolo 10.4 del Codice per la salute degli animali terrestri, predisposto dall'Organizzazione mondiale della sanità animale) ⁽²⁵⁾.

Un secondo esempio viene dalla riunione del Comitato dell'OMC per le misure sanitarie e fitosanitarie, tenutasi il 25 giugno 2009 nel contesto della pandemia di influenza suina (H1N1) ⁽²⁶⁾. In quella sede i paesi esportatori di maiali vivi e carne suina sostenevano l'illegittimità dei divieti di importazione, poiché disposti in assenza di adeguate evidenze scientifiche. A tal fine, gli stessi richiamavano due dichiarazioni congiunte di OMS e altre organizzazioni internazionali rilevanti quali prove per escludere la trasmissibilità dell'influenza suina attraverso il consumo di carne di maiale ⁽²⁷⁾.

Tale episodio è esemplificativo dell'importanza del Comitato in caso di contenzioso, in considerazione del fatto che – ai sensi dell'art. 12, par. 2, Accordo SPS – esso costituisce un foro volto a facilitare consultazioni e negoziazioni tra gli Stati membri rispetto a specifiche dispute ⁽²⁸⁾. Peraltro, il Comitato ha competenza anche in materia di armonizzazione (artt. 3, par. 5, e 12, par. 4, Accordo SPS), promuovendo l'adozione di misure sanitarie omogenee, conformemente a standard, linee guida e raccomandazioni stabiliti dalle organizzazioni internazionali rilevanti. Tali elementi appaiono ancora più significativi, se si tiene conto del fatto che una sede diplomatica come quelle rappresentata dal Comitato può offrire uno strumento di soluzione flessibile, complementare a quello giurisdizionale.

In questo quadro è ragionevole immaginare che eventuali contese circa la legittimità di misure sanitarie restrittive del commercio internazionale, varate dagli Stati durante l'attuale pandemia di Covid-19, possano essere affrontate nell'ambito dell'OMC, dinanzi al Comitato per le misure sanitarie e fitosanitarie o al meccanismo di risoluzione delle controversie.

⁽²⁵⁾ Rapporto del Panel, *India - Misure relative all'importazione di determinati prodotti agricoli*, 19 giugno 2015, WT/DS430/R, p. 104, par. 7.253, p. 107, par. 7.263, e p. 108, par. 7.271-7.274.

⁽²⁶⁾ *Members discuss trade responses to H1N1 flu*, 25 giugno 2009, www.wto.org.

⁽²⁷⁾ *Joint FAO/WHO/OIE Statement on influenza A(H1N1) and the safety of pork*, 7 maggio 2009; *Joint FAO, OIE, WHO and WTO statement on A(H1N1) virus*, 2 maggio 2009.

⁽²⁸⁾ A proposito delle funzioni mediatrici del Comitato è opportuno ricordare che il 9 luglio 2014 esso ha introdotto un nuovo procedimento volontario di consultazione, diretto a promuovere e facilitare la risoluzione di specifiche questioni riguardanti l'Accordo SPS. Cfr. Comitato per le misure sanitarie e fitosanitarie, *Procedura per incoraggiare e facilitare la risoluzione di specifiche questioni sanitarie e fitosanitarie tra i Membri in conformità con l'articolo 12.2*, decisione del 9 luglio 2015, G/SPS/61, 8 settembre 2014.

5. *Prospettive di ricomposizione III: gli atti dell'OMS nel diritto e nella giurisprudenza dell'OMC*

Un ulteriore profilo di convergenza tra i due sistemi ordinamentali, rilevante anche nell'attuale emergenza sanitaria, può essere individuato nell'apertura verso gli atti dell'OMS, che il sistema dell'OMC mostra di avere, tanto sul piano normativo quanto a livello giurisprudenziale.

Con riguardo al primo aspetto, bisogna osservare che esiste una forma di interazione funzionale tra atti dell'OMS – quali raccomandazioni, rapporti, codici o linee guida – e specifiche disposizioni dei trattati OMC, come l'Accordo SPS ⁽²⁹⁾. Gli esempi sono vari e in questa sede ci si limita a citarne solo qualcuno.

In primo luogo, occorre richiamare all'attenzione l'art. 3 dell'Accordo SPS, che disciplina l'armonizzazione delle politiche sanitarie degli Stati in campo commerciale, dando esecuzione a uno degli scopi principali del trattato, dichiarato sin dal Preambolo: sviluppare l'impiego di misure sanitarie e fitosanitarie omogenee tra gli Stati membri, sulla base di standard, linee guida e raccomandazioni stabiliti dalle organizzazioni internazionali rilevanti. È chiaro, infatti, che le imprese esportatrici si trovano di fronte alla difficoltà di dover adattare i propri prodotti alle misure sanitarie dei paesi importatori, che non solo possono fissare livelli di tutela diversi, ma, anche qualora tutti dovessero scegliere uno stesso livello, potrebbero continuare a differenziarsi le misure individuate come idonee a garantirlo. Tale circostanza evidentemente costituisce un ostacolo all'accesso ai mercati internazionali, di qui l'esigenza di un'armonizzazione.

L'art. 3 dell'Accordo SPS prende in considerazione tre ipotesi alternative, tra le quali gli Stati possono liberamente scegliere. La prima ipotesi, prevista al par. 1, impone agli Stati di *basare* le proprie misure sanitarie su standard, linee guida e raccomandazioni stabiliti dalle organizzazioni internazionali rilevanti ⁽³⁰⁾. Una misura sanitaria per basarsi su uno standard internazionale non deve necessariamente recepirne tutti gli elementi, ma

⁽²⁹⁾ Per un riferimento in materia si veda J. SCOTT, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009; R. WOLFRUM *et al.*, *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, in «Max Planck Commentaries on World Trade Law», vol. 3, Leiden-Boston, Nijhoff, 2007; D. PRÉVOST, *Balancing trade and health in the SPS Agreement: The development dimension*, Oisterwijk, WLP, 2009; F. CAZZINI, *Food Trade and Standards in the SPS Agreement: Necessity and Legitimacy in a Cooperative Frame*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano La Statale, a.a. 2019-2020.

⁽³⁰⁾ Art. 3, par. 1, Accordo SPS: «To harmonize sanitary and phytosanitary measures on as wide a basis as possible, Members shall base their sanitary or phytosanitary measures on international standards, guidelines or recommendations, where they exist, except as otherwise provided for in this Agreement, and in particular in paragraph 3».

è sufficiente che ne adotti alcuni e non ne contraddica lo scopo ⁽³¹⁾. In altri termini, la misura deve trovare supporto nello standard ⁽³²⁾.

La seconda opzione, contemplata al par. 2 ⁽³³⁾, è più impegnativa per gli Stati, in quanto richiede loro di conformare le proprie politiche sanitarie agli standard, linee guida e raccomandazioni predisposti dalle organizzazioni internazionali rilevanti, nel senso che gli atti interni devono adattarsi *in toto* allo standard internazionale ⁽³⁴⁾. Come contropartita di un obbligo più gravoso, gli Stati vengono incentivati a ricorrere a questo modello di armonizzazione, poiché esso garantisce alle loro misure sanitarie una presunzione di conformità non solo all'Accordo SPS, ma anche al GATT ⁽³⁵⁾. L'ultima ipotesi, invece, permette agli Stati membri di discostarsi dagli standard citati, optando per misure sanitarie che garantiscano un più elevato livello di tutela, ma a condizione che tale scelta sia supportata da una giustificazione scientifica ⁽³⁶⁾ o sia diretta conseguenza del livello

⁽³¹⁾ Rapporto dell'Organo d'appello, *Comunità europee - Misure relative alla carne e ai prodotti a base di carne (ormoni)*, 13 febbraio 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, pp. 65-67, par. 163-165.

⁽³²⁾ A tale riguardo bisogna riconoscere che residuano dubbi interpretativi non tanto sul fatto che oggettivamente ricorra un'interazione funzionale tra l'art. 3, par. 1, e gli standard internazionali, quanto sull'effettiva portata di tale interazione. Se in entrambi i procedimenti di *CE - Ormoni* il Panel ha riconosciuto l'obbligo degli Stati di scegliere misure che riflettano il livello di tutela garantito dagli standard internazionali, l'Organo d'appello ha offerto un'interpretazione meno onerosa dell'articolo, a tal fine invocando anche il principio ermeneutico *in dubio mitius*: cfr. Rapporto del Panel, *Comunità europee - Misure relative alla carne e ai prodotti a base di carne (ormoni)*, 13 febbraio 1998, (WT/DS48/R/CAN) p. 209, par. 8.75-8.76 (WT/DS26/R/USA), p. 179, par. 8.72-8.73. *Contra* Rapporto dell'Organo d'appello, *CE - Ormoni*, cit., pp. 65-67, par. 163-165. Sulla questione è tornato il Panel in *Stati Uniti d'America - Animali*, chiarendo che, se l'art. 3, par. 1, non impone agli Stati di adottare lo standard internazionale in blocco – obbligo riconducibile al successivo par. 2 –, esso impone loro quanto meno di non contraddirlo: cfr. Rapporto del Panel, *Stati Uniti - Misure relative all'importazione di animali, carne e altri prodotti animali dall'Argentina*, 31 agosto 2015, WT/DS447/R, p. 106-107, par. 7.239, 7.241.

⁽³³⁾ Art. 3, par. 2, Accordo SPS: «Sanitary or phytosanitary measures which conform to international standards, guidelines or recommendations shall be deemed to be necessary to protect human, animal or plant life or health, and presumed to be consistent with the relevant provisions of this Agreement and of GATT 1994».

⁽³⁴⁾ Rapporto dell'Organo d'appello, *CE - Ormoni*, cit., p. 68, par. 170.

⁽³⁵⁾ Rapporto dell'Organo d'appello, *CE - Ormoni*, cit., p. 38, par. 102 e *USA/Canada - Continua sospensione degli obblighi nella CE - Controversia sugli ormoni*, 14 novembre 2008, WT/DS320/AB/R, WT/DS321/AB/R, p. 223, par. 532.

⁽³⁶⁾ Alla nt. 2 dell'art. 3, par. 3, Accordo SPS viene precisato che sussiste una giustificazione scientifica, quando, a seguito di un esame dell'informazione scientifica disponibile, uno Stato membro ritenga che gli standard, le linee guida e le raccomandazioni rilevanti non siano sufficienti ad assicurare il livello di protezione sanitaria o fitosanitaria prescelto.

di tutela prescelto dallo Stato a seguito di una valutazione del rischio, ai sensi dell'art. 5, par. 1-8, Accordo SPS.

Le organizzazioni internazionali i cui standard, linee guida e raccomandazioni possono venire in rilievo nel contesto dell'Accordo SPS – e in particolare dell'art. 3 – sono indicate al par. 3 dell'Allegato A (Definizioni). Questo, alle lett. a-c), richiama, nell'ordine, la Commissione per il Codex Alimentarius, l'Organizzazione mondiale della sanità animale e il Segretariato della Convenzione internazionale per la protezione delle piante. Posto che la Commissione per il Codex Alimentarius è stata istituita, nel 1963, per iniziativa congiunta di FAO (Food and Agriculture Organization) e OMS, quest'ultima può venire in rilievo anche autonomamente, ai sensi della successiva lett. d), per tutte le questioni sanitarie e fitosanitarie non rientranti nelle materie coperte dalle organizzazioni già citate ⁽³⁷⁾.

In secondo luogo, un ulteriore esempio di interazione funzionale nel contesto dell'Accordo SPS va individuato nell'art. 5, par. 1, che impone agli Stati di basare le proprie misure sanitarie su una valutazione del rischio che tenga conto delle tecniche sviluppate dalle organizzazioni internazionali rilevanti. Da ultimo, è opportuno un richiamo all'art. 5, par. 7, che ingloba il principio precauzionale nell'Accordo SPS. Esso prevede che, nel caso in cui le evidenze scientifiche siano insufficienti, gli Stati possano basare le proprie politiche sanitarie sull'informazione disponibile, compresa quella offerta dalle organizzazioni internazionali rilevanti, tra cui, come si è detto, rientra l'OMS. In questo senso, la disposizione costituisce un'«eccezione qualificata» ⁽³⁸⁾ o una «valvola di sicurezza temporanea» ⁽³⁹⁾ rispetto alle stringenti obbligazioni di cui agli artt. 2, par. 2, e 5, par. 1, Accordo SPS.

Passando adesso a trattare del piano giurisprudenziale, occorre rilevare che il sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC tradizionalmente ha mostrato una certa deferenza nei confronti dell'autorità, insieme normativa e scientifica, degli atti dell'OMS. Nello specifico, ci si riferisce a quell'insieme di strumenti che, in base alle

⁽³⁷⁾ Se bisogna senz'altro riconoscere un ruolo di primo piano alle cd. «three sisters», ovvero le organizzazioni internazionali espressamente citate nell'Accordo SPS, a noi sembra che l'OMS, quale massima autorità internazionale nel campo della salute pubblica, possa venire in rilievo ai sensi della lett. d) dell'Allegato A, par. 3, disposizione che, altrimenti, non avrebbe un campo di applicazione autonoma e sarebbe *inutiliter data*. Inoltre, un riferimento in senso positivo può essere individuato in Rapporto del Panel, *CE - Ormoni*, cit., p. 19, par. 4.16 e *Comunità europee - Misure relative all'asbesto e ai prodotti contenenti asbesto*, 5 aprile 2001, WT/DS135/R, pp. 437-438, par. 8.188. A tale riguardo si veda anche BOYLE, *Soft Law in International Law-Making*, cit., p. 127.

⁽³⁸⁾ Rapporto dell'Organo d'appello, *Giappone - Misure relative ai prodotti agricoli*, 19 marzo 1999, WT/DS76/AB/R, p. 21, par. 80.

⁽³⁹⁾ Rapporto dell'Organo d'appello, *Stati Uniti/Canada - Sospensione continuata*, cit., pp. 284-285, par. 678.

circostanze, compaiono sotto il nome di raccomandazioni, linee guida, rapporti, programmi, principi e criteri: in questa sede il *nomen iuris* assume un rilievo piuttosto relativo. Se esula dallo scopo della presente indagine ricostruire in modo esaustivo il variegato impiego che di tali fonti è stato fatto da parte della giurisprudenza dell'OMC, ci si limita a tracciare delle linee di tendenza che possano aiutare a immaginare scenari futuri, nel caso in cui dal contesto della pandemia di Covid-19 dovesse trarre origine nuovo contenzioso.

Ebbene, a seguito di un'analisi del ricco patrimonio giurisprudenziale disponibile, due sembrano essere le direttrici fondamentali che guidano il ricorso alle fonti prodotte dall'OMS da parte dei Panel e dell'Organo d'appello. In primo luogo, esse vengono richiamate come evidenze scientifiche ai fini del test di necessità di una specifica misura rispetto all'art. XX, lett. b), GATT, quando, cioè, uno Stato intenda giustificare restrizioni commerciali – per lo più delle importazioni – con l'esigenza di tutelare la vita o la salute umana, animale o vegetale. Già durante la vigenza dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1947 (GATT 1947), in *Thailandia - Sigarette* (1990) – dove gli Stati Uniti lamentavano l'incompatibilità delle restrizioni delle importazioni di tabacchi da parte thailandese –, il Panel ha affidato una consulenza a esperti dell'OMS e ha utilizzato alcune risoluzioni della stessa Organizzazione ⁽⁴⁰⁾, per accertare la sussistenza dei presupposti della deroga generale di cui all'art. XX, lett. b), GATT.

A circa dieci anni di distanza, e dopo l'istituzione dell'OMC, *CE - Asbesto* (2001) ⁽⁴¹⁾ offre un secondo esempio: la disputa tra Canada e Unione europea (UE) verteva sulla legittimità delle limitazioni del commercio di amianto e derivati, introdotte da un decreto francese. Nel valutare la loro possibile giustificazione sulla base dell'art. XX(b) GATT, il Panel ha fatto ricorso, tra l'altro, ai criteri sulla salute ambientale relativi al crisolite (fibra di amianto), predisposti dall'OMS ⁽⁴²⁾. Nel 2007, in *Brasile - Pneumatici ricostruiti* ⁽⁴³⁾, il giudizio aveva a oggetto le restrizioni delle importazioni di pneumatici riciclati provenienti dall'UE, adottate dal Brasile al fine di salvaguardare la vita e la salute dei suoi cittadini dal rischio di contrarre dengue e febbre gialla, due malattie infettive altamente pericolose e diffuse in diverse aree dell'America meridionale. In questo quadro,

⁽⁴⁰⁾ Rapporto del Panel, *Thailandia - Restrizioni all'importazione e tasse interne sulle sigarette*, 7 novembre 1990, DS10/R, p. 16, par. 56, p. 20, par. 73, p. 23, par. 80: «[t]he Panel then examined further the resolutions of the WHO on smoking which the WHO made available».

⁽⁴¹⁾ Rapporto del Panel, *CE - Asbesto*, cit., p. 372, par. 5.584, pp. 437-438, par. 8.188. Secondo il Panel, «the risk posed by chrysotile is recognized internationally, which in itself may justify the taking of measures to restrict its use. On the other hand, we find that the substitute fibres examined in the context of this case (PVA, cellulose and glass) are not classified by the WHO at the same level of risk as chrysotile» (pp. 445-446, par. 8.220).

⁽⁴²⁾ OMS, IPCS, *Environmental Health Criteria (203) on Chrysotile*, Geneva, 1998.

⁽⁴³⁾ Rapporto del Panel, *Brasile - Misure relative alle importazioni di pneumatici ricostruiti*, 17 dicembre 2007, WT/DS332/R, p. 155 ss., par. 7.57 ss.

numerosi atti dell'OMS sono stati presi in considerazione per giudicare la sussistenza dei presupposti dell'eccezione *ex art. XX(b) GATT* e, in particolare, per accertare l'effettiva gravità della situazione locale e il nesso di causalità tra l'impiego di pneumatici riciclati e la diffusione di dengue e febbre gialla, i cui vettori – per lo più insetti – trovano nei copertoni di gomma un ambiente favorevole in cui proliferare ⁽⁴⁴⁾.

In secondo luogo, le fonti prodotte dall'OMS vengono generalmente richiamate per valutare la legittimità di misure sanitarie e fitosanitarie rispetto all'Accordo SPS. Qui emerge una duplice linea di tendenza: da un lato, infatti, il ricorso a tali atti è motivato da esigenze interpretative, poiché questi sono evidentemente capaci di fornire definizioni attorno a cui si registra un ampio consenso internazionale. Dall'altro lato, essi vengono in rilievo come standard internazionali sulla base dei quali verificare la compatibilità delle misure sanitarie con le obbligazioni derivanti dall'Accordo SPS.

Sul primo versante possiamo citare *CE – Prodotti biotecnologici* (2006) ⁽⁴⁵⁾, in cui Stati Uniti, Canada e Argentina eccepivano l'illegittimità delle restrizioni alla commercializzazione di prodotti agricoli geneticamente modificati, varate dall'UE. Per chiarire il significato ordinario dei concetti di «disease», «disease carrying organisms» e «disease causing organisms» di cui all'Allegato A, par. 1, lett. a), dell'Accordo SPS, il Panel ha utilizzato le definizioni contenute nelle *Health Guidelines for Vegetation Fire Events* ⁽⁴⁶⁾. Allo stesso modo, nel già menzionato caso *India - Prodotti agricoli* (2014) ⁽⁴⁷⁾, lite peraltro sorta nel contesto della pandemia di influenza aviaria, gli Stati Uniti contestavano le misure con cui il paese asiatico aveva ristretto l'importazione di prodotti a uso agricolo derivati da pollami allevati in paesi colpiti dalla malattia. Ebbene, anche in questo caso, il Panel ha impiegato diverse fonti dell'OMS ⁽⁴⁸⁾, sia per definire l'influenza aviaria sia per stabilire se essa potesse rappresentare una «disease» ai fini dell'Accordo SPS, in particolare, dell'Allegato A, par. 1, lett. a), c): tra le fonti citate figura anche un

⁽⁴⁴⁾ OMS, *Yellow Fever*, dicembre 2001 e aprile 2002, www.who.int; *Guidelines for Treatment of Dengue Haemorrhagic Fever in Small Hospitals*, WHO Regional Office for South-East Asia, New Delhi, 1999; *Dengue and Dengue Haemorrhagic Fever*, 2002, www.who.int; L. TADEU MORAES FIGUEIREDO, *Dengue in Brazil: Past, Present and Future Perspective*, in «WHO Dengue Bulletin», vol. 27, 2003, pp. 25-33; *International Travel and Health*, gennaio 2005; *World Malaria Report 2005*, WHO e UNICEF, 2005.

⁽⁴⁵⁾ Rapporto del Panel, *Comunità europee - Misure relative all'approvazione e alla commercializzazione di prodotti biotecnologici*, 21 novembre 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, p. 389, par. 7.277.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Allegato C di D. SCHWELA *et al.* (ed.), *Health Guidelines for Vegetation Fire Events*, Geneva, WHO, 1999.

⁽⁴⁷⁾ Rapporto del Panel, *India - Prodotti agricoli*, cit., p. 19-20, par. 2.6, p. 79, par. 7.149.

⁽⁴⁸⁾ OMS, *Influenza*, www.who.int; *Human infection with avian influenza A(H7N9) virus – update*, Emergencies preparedness, response, 20 luglio 2013, www.who.int.

travel advice ⁽⁴⁹⁾ analogo ai molti che sono stati pubblicati dall'OMS nel contesto dell'attuale pandemia di Covid-19.

Sul secondo versante, quando, cioè, gli atti dell'OMS forniscano standard internazionali rilevanti nel contesto dell'Accordo SPS, un esempio viene dal caso *CE - Ormoni* (1998), in cui Stati Uniti e Canada contestavano la legittimità del divieto di importazione e commercializzazione di carni contenenti certi tipi di ormoni, istituito dall'UE. Nel decidere se le misure sanitarie europee fossero *basate* su standard internazionali e, come tali, compatibili con gli obblighi derivanti dagli artt. 3, par. 1, e 5, par. 1, Accordo SPS, oltre agli standard contenuti nel Codex Alimentarius sono stati richiamati diversi rapporti del Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives (JECFA) ⁽⁵⁰⁾. In chiusura di questo itinerario sulla giurisprudenza rilevante dell'OMC preme un richiamo al caso *Stati Uniti d'America - Animali* (2015) ⁽⁵¹⁾, in cui il Panel ha dovuto verificare se le restrizioni disposte dagli Stati Uniti nei confronti delle importazioni di carne bovina dall'Argentina rispettassero l'Accordo. Nello specifico, le misure erano volte a evitare la commercializzazione di carne potenzialmente infetta dalla sindrome «bocca-mani» e, proprio per valutare il livello di sicurezza garantito dai sistemi di vaccinazione utilizzati in Argentina, si è fatto ricorso a standard elaborati dall'ufficio panamericano dell'OMS ⁽⁵²⁾.

6. *Prospettive conclusive*

All'esito di questa indagine è possibile trarre alcune considerazioni conclusive. Queste pagine non sono dirette a offrire una rappresentazione irenistica dello scenario internazionale, in cui salute pubblica e commercio internazionale – così come i due sistemi dell'OMS e dell'OMC – siano scevri di ogni sorta di tensione. Al contrario,

⁽⁴⁹⁾ OMS, *Avian influenza in humans*, International travel and health, 23 gennaio 2014, www.who.int.

⁽⁵⁰⁾ Rapporto del Panel, *CE - Ormoni*, cit. Con riguardo al JECFA è stato specificato che «[i]t was founded in 1955 by FAO and WHO with the intention of giving guidance to these organizations and their member governments on the matter of chemical substances added to food, essentially for whatever reason» (par. 26) e che «[t]he technical and scientific analysis of veterinary drugs, food additives and some other substances in foods and beverages is not undertaken by the Codex Commission itself but independently by the Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives (JECFA). The JECFA is composed of independent scientists who serve in their individual capacities as experts, not as representatives of their governments or organizations» (par. 2.14).

⁽⁵¹⁾ Rapporto del Panel, *Stati Uniti d'America - Animali*, cit., p. 161, par. 7.470.

⁽⁵²⁾ PANAFTOSA è un'istituzione scientifica regionale dell'Organizzazione panamericana della sanità e dell'OMS, istituita nel 1951 al fine di sviluppare un programma di controllo ed eradicazione della sindrome «bocca-mani».

l'analisi parte proprio con l'assumere la possibilità di un conflitto tra quei valori e tra le due organizzazioni. Tuttavia, sulla base dell'esperienza maturata in circostanze simili, a noi sembra che la crisi internazionale determinata dalla pandemia di Covid-19 metta in evidenza la necessità di un coordinamento tra i due sistemi, che, sin dalla loro origine, hanno mostrato di tutelare esigenze complementari e strettamente connesse. Se bisogna prendere atto del fatto che, allo stato, tale integrazione a livello istituzionale è assente, nella prassi, già da diverso tempo, sono in atto tentativi che, pur dispiegandosi in un substrato informale per la gran parte, promuovono un coordinamento tra salute pubblica e commercio internazionale, e dei rispettivi sistemi settoriali ⁽⁵³⁾.

In tal senso, occorre innanzitutto considerare che il diritto internazionale della salute pubblica, dopo la riforma del RSI nel 2005, ha fatto propria anche la necessità di garantire l'apertura dei traffici internazionali e la loro stabilità. Il Regolamento, infatti, affida il compito di trovare un bilanciamento tra i due beni giuridici, in circostanze concrete, all'interazione funzionale tra fonti di *soft law* – come le raccomandazioni e i pareri dell'OMS – e l'art. 43 RSI, che circoscrive in modo significativo la discrezionalità degli Stati di adottare misure sanitarie che impattino sul commercio internazionale.

In secondo luogo, se bisogna riconoscere come un *vulnus* nell'architettura del RSI la fragilità dei mezzi di risoluzione delle controversie che lo stesso contempla per garantire l'effettività degli obblighi assunti dalle parti, tale circostanza, per una sorta di eterogenesi dei fini, avvicina il diritto internazionale della salute pubblica all'OMC, in cui gli Stati possono trovare un ben più solido sistema giurisdizionale (nonostante la crisi che l'Organo d'appello sta attualmente attraversando) ⁽⁵⁴⁾. Infatti, riarticolarlo le proprie richieste al diverso quadro normativo del diritto del commercio internazionale, gli Stati possono disporre di un foro alternativo – sia diplomatico sia giurisdizionale –, presso cui far valere istanze di giustizia che, altrimenti, resterebbero inaudite. Infine, un ulteriore profilo di ricomposizione intersistemica deriva dalle aperture che il diritto dell'OMC mostra di avere, in particolare nel contesto dell'Accordo SPS, nei confronti degli atti di *soft law* prodotti dall'OMS. Tale impostazione ha trovato riflesso nella giurisprudenza dell'OMC, che, in più occasioni, ha valorizzato raccomandazioni e pareri dell'organizzazione sanitaria, per valutare tanto l'osservanza delle obbligazioni fondamentali derivanti dall'Accordo SPS quanto ai fini del test di necessità *ex art. XX(b) GATT*.

⁽⁵³⁾ ACCONCI, *The Responses of International Organizations to the Health Emergency due to the Covid-19*, cit., p. 451.

⁽⁵⁴⁾ Sulla crisi dell'Organo d'appello si veda G. SACERDOTI, *The Challenge of Re-establishing a Functioning WTO Dispute Settlement System*, in *Modernizing the World Trade Organization. A CIGI Essay Series*, 20 aprile 2020; ID., *Solving the WTO Dispute Settlement System Crisis. An Introduction*, in «Journal of World Investment & Trade», vol. 20, n. 6, 2019, pp. 785-791.

Se c'è da augurarsi che nel prossimo futuro la pandemia si traduca in un'occasione di avanzamento, mettere in luce tali tendenze può rivelarsi utile a coltivare le ragioni dell'integrazione internazionale, anche con gli strumenti attualmente disponibili, in attesa che il processo istituzionale progredisca.

PROSPETTIVE CONCLUSIVE

Giunti all'esito di questo lungo itinerario attraverso le dinamiche che, al contempo, distinguono e tengono insieme le fonti dell'ordinamento internazionale, è opportuno indugiare ancora un momento nel riprendere il senso complessivo dell'analisi sin qui svolta. In queste pagine si è discusso del controverso problema del *soft law* nel diritto internazionale pubblico contemporaneo, cercando di definire il valore normativo di tale categoria dinanzi al sistema delle fonti del diritto.

La questione – a cui, come si è avuto modo di rilevare, la dottrina, a più riprese, è tornata a prestare la propria attenzione – ha acquisito nuova centralità (fino a diventare un'urgenza) nell'attuale assetto delle relazioni internazionali, e del diritto che aspira a regolarle. Nella sua conformazione odierna, infatti, l'ordinamento internazionale tende a prendere parola su un numero sempre crescente di materie un tempo rientranti nel dominio riservato degli Stati.

Tale evoluzione, però, comporta un'enorme responsabilizzazione dell'ordinamento internazionale, chiamato a rispondere a nuove istanze di regolazione. Si palesa, dunque, un'inedita esigenza di normatività, che le fonti tradizionali non sempre sono capaci di soddisfare, per diverse ragioni. In primo luogo, tanto il diritto internazionale generale quanto quello pattizio sono frammentati, seppur in modo diverso. Se il primo è dotato di efficacia *erga omnes*, consta, però, di un corpo normativo ancora piuttosto esiguo, in quanto non vi è, per ogni aspetto della vita sociale internazionale, una consuetudine che possa disciplinarlo. Il secondo, invece, si sostanzia in un arcipelago di regimi convenzionali, che, laddove esistono, vivono isolati l'uno dall'altro e, comunque, non vincolano che le parti del trattato. In secondo luogo, anche quando sia possibile individuare norme di diritto materiale rilevanti e applicabili, ci si scontra spesso con il

fatto che non vi è accordo sull'effettiva portata degli obblighi esistenti, abbiano essi natura consuetudinaria od obbligatoria ⁽⁴⁷⁰⁾.

In questo quadro la prassi ha registrato – durante tutta la seconda metà del Novecento e poi, con intensità nuova, terminata la Guerra fredda – la nascita di un numero sempre maggiore di fori internazionali che hanno ampiamente contribuito alla produzione di atti di *soft law*, apparsi al contempo quale sintomo delle (e soluzione alle) insufficienze delle fonti giuridiche. Dei nuovi strumenti la giurisprudenza ha progressivamente cominciato a fare un uso più frequente. Infatti, studi su questa evoluzione hanno cominciato a stratificarsi a partire dagli anni '60, quando la categoria del diritto non vincolante non aveva ancora il nome attuale e la raccomandazione delle organizzazioni internazionali, assieme al più risalente *gentlemen's agreement*, rappresentava la fattispecie più nota.

È però la più recente tendenza ad aver restituito centralità al tema del *soft law*. Dato che la globalizzazione e i rapporti di interdipendenza ad essa connessi hanno messo fortemente in questione categorie giuridiche classiche come quelle di sovranità e dominio riservato, gli Stati trovano sempre maggiori difficoltà nel regolare in modo autonomo ed esclusivo la vita sociale ed economica all'interno del proprio territorio, esposti come sono alle esternalità di quanto accade nel più remoto angolo del globo. Conseguentemente, si è palesata la necessità di un non più rinviabile avanzamento della cooperazione internazionale verso regimi giuridici il più possibile estesi e inclusivi, che consentissero di disciplinare fenomeni transnazionali complessi. In questa prospettiva il *soft law* si è rivelato un utile strumento di raccordo, regolazione, armonizzazione e *governance*.

A questa trasformazione sul piano istituzionale è immediatamente seguita una reazione sul piano scientifico. Dinanzi al proliferare degli atti di «diritto morbido» una parte della dottrina, per lo più di formazione europea e continentale, ha visto una minaccia alla certezza e alla coerenza del diritto internazionale, denunciando il carattere per certi aspetti eversivo della categoria, nei termini in cui essa frammenta l'intrinseca unità del concetto stesso di diritto. Se, infatti, la tradizionale relatività binaria ammette esclusivamente la rigida alternativa tra diritto e non diritto, dove il carattere della vincolatività appartiene al primo e manca al secondo, la relatività normativa del *soft law* implica l'esistenza – nel campo giuridico – di un diritto che, pur non vincolante, rimanga tale.

Contro queste posizioni occorre sottolineare lo straordinario contributo che dal *soft law* viene alla salvaguardia dell'unità e della coerenza dell'ordinamento internazionale

⁽⁴⁷⁰⁾ T.-H. CHENG, *Making International Law without Agreeing What It Is*, in «Washington University Global Studies Law Review», vol. 10, n. 1, 2011, pp. 1-38.

(471). Occorre, infatti, rilevare che la frammentazione concettuale non rappresenta il pericolo maggiore. Da un lato, incombe il continuo rischio – che è già una realtà – di una frammentazione normativa del diritto internazionale, ovvero dell'articolazione di questo ordinamento in una pluralità di sistemi giuridici convenzionali, autonomi gli uni dagli altri. Un'espansione così disorganica pone gli Stati di fronte alla necessità di dover scegliere quale obbligo adempiere, ogniqualvolta si presenti un'antinomia tra regimi pattizi⁴⁷². Dall'altro lato, considerato che su questa frammentazione normativa si salda il diverso fenomeno della proliferazione dei fori giurisdizionali internazionali, sorge il rischio di una frammentazione interpretativa del diritto internazionale generale, per effetto del sempre più probabile contrasto tra corti e tribunali internazionali nella ricostruzione del significato normativo di una consuetudine o di un principio generale di diritto. Tali problemi trovano essenzialmente la propria ragion d'essere in quel carattere «primitivo»⁽⁴⁷³⁾ dell'ordinamento internazionale che presenta un grado di accentrimento delle funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria ancora fortemente limitato, e a quest'ultima vede concorrere una pluralità di autorità giurisdizionali slegate da ogni vincolo gerarchico e organico.

Rispetto a entrambi i tipi di frammentazione il *soft law* costituisce un possibile antidoto. Considerate la sua forza eminentemente persuasivo-argomentativa e la capacità che ha di superare i confini propri delle regolazioni convenzionali, esso rappresenta lo strumento normativo che più e meglio di ogni altro può lavorare per la tutela di valori generali quali certezza, unità e coerenza del diritto internazionale⁽⁴⁷⁴⁾, da un lato, e per l'armonizzazione e il coordinamento di sistemi convenzionali, dall'altro. Questi obiettivi, infatti, non possono essere realizzati in via definitiva mediante una fonte pattizia – che a ogni tentativo di imporli, codificando o istituendo un regime di diritto uniforme, rischia di creare l'ennesima tessera di un mosaico già frammentato –, ma vanno coltivati attraverso uno strumento flessibile e mite, che ne favorisca la spontanea maturazione. Tale azione si estrinseca in un duplice modo.

Innanzitutto, il «diritto morbido» crea consenso sulla ricostruzione e sul significato del diritto internazionale vigente. A tale riguardo, Fastenrath ha lucidamente notato come

⁽⁴⁷¹⁾ P. ŠARČEVIĆ, *Unification and “Soft Law”*, in W. A. STOFFEL, P. VOLKEN (eds.), *Conflicts and Harmonization: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire*, Fribourg, Ed. Universitaires, 1990, pp. 89-101.

⁽⁴⁷²⁾ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit.; CDI, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., in «Yearbook of the International Law Commission», vol. II, Part Two, 2006, p. 177 ss., par. 251 ss.

⁽⁴⁷³⁾ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. a cura di R. TREVES, Torino, Einaudi, 2000, pp. 150-151; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. a cura di S. COTTA e G. TREVES, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, p. 344 ss., p. 346.

⁽⁴⁷⁴⁾ SAVARESE, *Certezza del diritto*, cit., pp. 119-120.

l'*hard law* debba gran parte della propria esistenza al fratello minore⁽⁴⁷⁵⁾, il *soft law*, che, al pari dei mezzi ausiliari indicati all'art. 38, par. 1, lett. d), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, crea consenso a livello internazionale circa il significato e la portata delle norme giuridiche in vigore. In tal modo, esso offre all'interprete una solida guida nell'esercizio ermeneutico che questi compie, da un lato riducendone discrezionalità e margini di errore, dall'altro rendendo ragionevolmente prevedibile ai consociati l'esito dell'operazione⁽⁴⁷⁶⁾.

Nel Capitolo I si è avuto modo di evidenziare come fonti di *soft law* concorrano, sul piano sostanziale, alla cristallizzazione e allo sviluppo progressivo del diritto internazionale generale e, sul piano interpretativo, alla sua codificazione, laddove assumano efficacia meramente dichiarativa, o dichiarativa di dettaglio. Poi, anche qualora non ricorra alcuna delle forme di interazione descritte, atti di *soft law* come raccomandazioni, linee guida o standard possono concretizzare obblighi generali dal contenuto piuttosto vago e indeterminato – si pensi, ad esempio, alla *due diligence* –, creando un *consensus* internazionale sulla loro effettiva portata. In tal modo essi intervengono sul piano interpretativo a restringere il margine di apprezzamento degli Stati nell'adempimento di doveri generali.

In questo contesto viene anche analizzata – nel Capitolo III – l'ipotesi in cui il *soft law* instauri una relazione di tipo funzionale con il diritto internazionale generale, laddove esso venga in rilievo come mero fatto oggetto di una particolare valutazione da parte di una norma o principio. Il caso preso in esame è quello dell'*estoppel*, espressione del principio *nemo potest venire contra factum proprium*, che, a certe condizioni, intende tutelare l'affidamento di quello Stato che abbia agito a proprio svantaggio o per l'altrui vantaggio sulla base di una rappresentazione (di fatto o di diritto) che un altro Stato gli abbia indotto ad avere attraverso un atto di *soft law*.

Con riguardo al diritto internazionale convenzionale – effettuata una preliminare distinzione tra accordi non vincolanti e trattati, nel Capitolo II – sono state ricostruite, nel Capitolo III, alcune possibili interazioni cooperative che con questa fonte il «diritto morbido» intrattiene. In primo luogo, un atto di *soft law* può intervenire a integrare e definire la sfera di validità di una disposizione pattizia, in virtù del rinvio dalla stessa operato, il quale può essere modulato secondo un grado di intensità variabile. In questo caso si assiste a una vera e propria integrazione normativa, per cui il contenuto dell'atto non vincolante confluisce all'interno del regime convenzionale.

Inoltre, anche in assenza di un tale meccanismo di rinvio formale, il *soft law* può comunque contribuire a definire il significato di una disposizione pattizia in sede di

⁽⁴⁷⁵⁾ FASTENRATH, *Relative Normativity*, cit., pp. 321 e 339.

⁽⁴⁷⁶⁾ In tale contesto a noi pare che il *soft law* possa senz'altro aiutare i giudici a interpretare il diritto secondo le esigenze di una società complessa e in continua evoluzione. Rispetto a tale funzione della giurisprudenza si veda VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 378 ss.

interpretazione. Esso, infatti, può essere valorizzato sulla base dei tradizionali canoni ermeneutici codificati dalla regola generale di cui all'art. 31 della CVDT. In questo contesto particolarmente interessante risulta il rilievo che il «diritto morbido» può assumere, se e in quanto crei un *consensus* internazionale sull'effettiva portata di una norma convenzionale e sul livello minimo di prestazione compatibile con la disposizione da eseguire. In tal modo esso interviene a restringere il margine di apprezzamento che gli Stati hanno nella scelta delle modalità esecutive con cui adempiere un obbligo, in particolare se si tratta di un obbligo positivo di fare ⁽⁴⁷⁷⁾. Nella misura in cui ciò accada, sembra opportuno ricondurre il valore del *soft law* a quello di una prassi successiva nell'applicazione del trattato, da cui sia possibile desumere un accordo delle parti sull'interpretazione, ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. b) della CVDT. In sintesi, il *soft law* favorisce l'evoluzione del diritto internazionale (generale e convenzionale) verso un sistema normativo più articolato e completo e, sul piano dell'interpretazione, crea consenso sullo stato della legislazione vigente in un dato momento storico, così rivelandosi un formidabile antidoto anche alla frammentazione interpretativa.

In secondo luogo, il *soft law* interviene a coordinare sistemi pattizi che, altrimenti, in mancanza di meccanismi istituzionali di raccordo, sarebbero isolati e potenzialmente configgenti. Quest'ipotesi di lavoro è stata sviluppata – nel Capitolo V – nel contesto del rapporto tra Organizzazione mondiale della sanità (OMS) e Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Ebbene, in assenza di un coordinamento istituzionale, i due sistemi potrebbero rischiare di collidere, come ha dimostrato la pandemia di Covid-19, quando gli Stati si sono trovati a dover garantire il diritto umano alla salute, da un lato, e la protezione del commercio internazionale e degli investimenti stranieri, dall'altro. Tale pericolo, però, è sensibilmente mitigato dal dialogo che tra le due organizzazioni si svolge attraverso fonti di *soft law*. A tal proposito si potrebbe quindi affermare che, se le cd. clausole di compatibilità o subordinazione – *ex art. 30, par. 2, CVDT* – svolgono il compito di rimuovere in radice ogni possibile antinomia tra regimi convenzionali, subordinandone l'uno all'altro, il *soft law* coltiva «faticosamente» le ragioni della convergenza, preoccupandosi di trovare e indicare le modalità esecutive che rendano i due obblighi pattizi concretamente compatibili e coordinati.

Al di là di una funzione propriamente anti-frammentazione, il *soft law* rappresenta una delle forme che la cooperazione intergovernativa può assumere in base alle necessità del caso. Nel Capitolo IV il «diritto morbido» viene quindi analizzato come strumento di *governance* dell'OMS nel contesto della pandemia di Covid-19. In questa prospettiva esso si mostra particolarmente utile non già perché di per sé possa garantire un'effettività assoluta – che, anzi, può in alcuni casi mancare, come, d'altra parte, spesso accade anche con riguardo ai trattati –, ma, piuttosto, perché, da un lato, consente di coordinare la risposta ad una minaccia comune adattandola continuamente alla situazione in rapida

⁽⁴⁷⁷⁾ BOYLE, *Some Reflections*, cit., p. 905.

evoluzione e, dall'altro, accorda un certo grado di libertà agli Stati nell'articolare l'azione di contrasto in base alle proprie specificità.

In conclusione a noi sembra che il *soft law* rappresenti una categoria indecifrabile solo per chi si ostina a volerla inquadrare tra le altre fonti del diritto, ovvero attribuendogli un'efficacia generale e astratta, predeterminabile *a priori*. Al contrario, esso assume un'efficacia normativa variabile in base alle circostanze – a seconda dell'interazione che, volta per volta, può venirsi a creare con le fonti giuridiche – e, pertanto, determinabile soltanto *ex post*, secondo gli schemi delineati nel corso della trattazione. In altri termini

il valore giuridico del *soft law* viene a dipendere più che dal posto che esso (non) occupa tra le fonti giuridiche, da ciò che su di esse rivela ⁽⁴⁷⁸⁾. Infatti, proprio nell'ordinamento internazionale i criteri stabiliti dalle norme secondarie per l'individuazione del diritto internazionale generale e per l'interpretazione di quello convenzionale mostrano solidità e linearità sin quando li si guardi in astratto. Non appena, però, li si storicizzi, calandoli nello scenario della vita pulsante, tanto i diversi attori della società internazionale, nelle loro relazioni, tanto l'interprete, in sede applicativa, si trovano costantemente ad agire in (e a confrontarsi con) situazioni di profonda incertezza rispetto all'esistenza e all'interpretazione del diritto.

Dunque, si perviene qui a una sorta di paradosso, per cui il *soft law* da maggiore sospettato dell'indebolimento della *rule of law* internazionale potrebbe passare a impersonare il suo più strenuo difensore. Lungi dal costituire una minaccia alla certezza del diritto, esso rappresenta un inestimabile fattore di consolidamento del sistema delle fonti e di costruzione di consenso circa ciò che è (*hard*) *law* in un dato momento storico ⁽⁴⁷⁹⁾: un vero e proprio antidoto all'incertezza e alla frammentazione.

⁽⁴⁷⁸⁾ DISTEFANO, *Fundamentals*, cit., pp. 389-391.

⁽⁴⁷⁹⁾ FASTENRATH, *Relative Normativity*, cit. p. 339.

BIBLIOGRAFIA

- ABBOTT, Kenneth W., SNIDAL, Duncan, *Hard and Soft Law in International Governance*, in «International Organization», vol. 54, n. 3, 2000, pp. 421-456.
- ABE, Tatsuya, *New Perspectives on Soft Law: Towards More Effective Regime Governance*, in Shotaro HAMAMOTO *et al.* (eds.), “L’être situé”, *Effectiveness and Purposes of International Law. Essays in Honour of Professor Ryuichi Ida*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2015, pp. 214-237.
- ABI-SAAB, Georges
- *Cours général de droit international public*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 207, 1987, pp. 9-463.
 - *Eloge du «droit assourdi». Quelques réflexions sur le rôle de la ‘soft law’ en droit international contemporain*, in *Nouveaux itinéraires en droit: mélanges en hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59-68.
- ACCONCI, Pia
- *L’accesso ai farmaci essenziali. Dall’Accordo TRIPS alla Dichiarazione approvata al termine della quarta Conferenza Ministeriale OMC di Doha*, «La Comunità Internazionale. Trimestrale della Società Italiana per l’Organizzazione Internazionale», vol. LVI, f. 4, 2001, pp. 637-664.
 - *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2011.
 - *The Reaction to the Ebola Epidemic within the United Nations Framework: What Next for the World Health Organization?*, in «Max Planck Yearbook of United Nations Law», vol. 18, 2014, pp. 405-424.
 - *I Regolamenti sanitari internazionali dell’Organizzazione mondiale della sanità quale strumento di sorveglianza delle malattie infettive*, in Maria Cristina DE CICCO, Agostina LATINO (a cura di), *Temi attuali sui diritti sociali in un’ottica multidisciplinare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 101-115.
 - *International Actions towards Universal Health Coverage: Soft, but Consistent*, in «La Comunità Internazionale. Trimestrale della Società Italiana per l’Organizzazione Internazionale», vol. LXXIII, f. 1, 2018, pp. 5-24.
 - *The Contribution of International Organizations to Food Security and Safety through a Healthy Environment*, in Stefania NEGRI (ed.), *Environmental Health in International and EU Law: Current Problems and Legal Responses*, Abingdon *et al.*, Routledge, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 198-211.

- *Prime considerazioni sull'effettività delle risposte normative dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) alla diffusione del Covid-19*, in «SIDIBlog. Il blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea», 9 aprile 2020.
- *Prefazione*, in Pia ACCONCI, Elisa BARONCINI (a cura di), *Gli effetti della pandemia Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna, 2020, pp. 1-6.
- *The Responses of International Organizations to the Health Emergency due to the Covid-19. A First Impression*, in «Rivista di Diritto internazionale», vol. CIII, f. 2, 2020, pp. 415-451.

ALVAREZ, José E.

- *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- *Reviewing the Use of Soft Law in Investment Arbitration*, in «European International Arbitration Review», vol. 7, n. 2, 2018, pp. 149-200.
- *The Impact of International Organizations on International Law*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2017.
- *The Relativity Apocalypse is Nigh*, in «American Journal of International Law Unbound», vol. 114, 2020, pp. 77-81.

AKEHURST, Michael B., *Custom as a Source of International Law*, in «British Year Book of International Law», vol. 47, 1975, pp. 1-53.

ANZILOTTI, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*, Roma, Athenaeum, 1912.

AUST, Anthony

- *The Theory and Practice of Informal International Instruments*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 35, n. 4, 1986, pp. 787-812.
- *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

AZARIA, Danae, *'Codification by Interpretation': The International Law Commission as an Interpreter of International Law*, in «European Journal of International Law», vol. 31, n. 1, 2020, pp. 171-200.

BARELLI, Mauro, *The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 58, n. 4, 2009, pp. 957-983.

BARTOLINI, Giulio

- *Alcune questioni dell'emergenza COVID-19 in Italia in un'ottica di International Disaster Law*, Il Parti, in «SIDIBlog. Il blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea», 22 e 25 maggio 2020.
- *Are You Ready for a Pandemic? The International Health Regulations Put to the Test of Their 'Core Capacity Requirements'*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 1 giugno 2020.

BAXTER, Richard R.

- *Treaties and Custom*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 129, 1970, pp. 25-105.
- *International Law in "Her Infinite Variety"*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 29, n. 4, 1980, pp. 549-566.

- BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (trad. it. di Walter PRIVITERA, Carlo SANDRELLI, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000).
- BECKER, Michael A., *Do We Need an International Commission of Inquiry for COVID-19?*, II Parts, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 18 maggio 2020.
- BENVENISTI, Eyal, *The Coronavirus Tests the Limits of International Law*, in «Lauterpacht Centre News», i. 30, 2020, pp. 3-5.
- BERGKAMP, Lucas, *State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law*, in «European Journal of Risk Regulation», vol. 11, s. i. 2, 2020, pp. 343-349.
- BESSON, Samantha, D'ASPREMONT, Jean (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2017.
- BIRNIE, Patricia W., BOYLE, Alan E., *International Law and the Environment*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BJORKLUND, Andrea K., REINISCH, August (eds.), *International Investment Law and Soft Law*, Northampton-Cheltenham, Elgar, 2012.
- BODANSKY, Daniel, *Legally Binding versus Non-Legally Binding Instruments*, in Scott BARRETT *et al.* (eds.), *Towards a Workable and Effective Climate Regime*, London, CEPR Press, Clermont-Ferrand, Ferdi, 2015, pp. 155-165.
- BOGDANDY, Armin von, VILLARREAL, Pedro A., *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*, 26 marzo 2020, in «MPIL Research Paper», n. 7, 2020.
- BOTHE, Michael, *Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations?*, in «Netherlands Yearbook of International Law», vol. 11, 1980, pp. 65-95.
- BOWETT, Derek W., *Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence*, in «British Year Book of International Law», vol. 33, 1957, pp. 176-202.
- BOWN, Chad P., HILLMAN, Jennifer A., *Bird Flu, the OIE, and National Regulation: The WTO's India – Agricultural Products Dispute*, in «World Trade Review», vol. 15, n. 2, 2016, pp. 235-257.
- BOYLE, Alan E., REDGWELL, Catherine, *International Law and the Environment*, fourth edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- BOYLE, Alan E.
- *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 48, n. 4, 1999, pp. 901-913.
 - *Further Development of the Law of the Sea Convention: Mechanisms for Change Source*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 54, n. 3, 2005, pp. 563-584.
 - *Soft Law in International Law-Making*, in Malcom EVANS (ed.) *International Law*, fifth edition, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 119-137.
- BRANDON, Michael, *Analysis of the Terms “Treaty” and “International Agreement” for Purposes of Registration Under Article 102 of the United Nations Charter*, in «American Journal of International Law», vol. 47, n. 1, 1953, pp. 49-69.

- BRIERLY, James L., *The Law of Nations. An Introduction to the International Law of Peace*, forth edition, Oxford, Clarendon, 1949.
- BRIGGS, Herbert W., *The Leaders' Agreement of Yalta*, in «American Journal of International Law», vol. 40, n. 2, 1946, pp. 376-383.
- BROBERG, Morten, *A Critical Appraisal of the World Health Organization's International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It Is Time for Revision*, in «European Journal of Risk Regulation», vol. 11, s. i. 2, 2020, pp. 202-209.
- BRÖLMANN, Catherine, RADI, Yannick (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2013.
- BROWN, Chester, *The Cross-Fertilization of Principles Relating to Procedure and Remedies in the Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, in «Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review», vol. 30, n. 3, 2008, pp. 219-245.
- BROWNLIE, Ian
- *The Legal Status of Natural Resources*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 162, 1979, pp. 245-318.
 - *Principles of Public International Law*, third edition, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- BURCI, Gian Luca, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations fit for purpose?*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 27 febbraio 2020.
- BURCI, Gian Luca, TOEBES, Brigit, *Research Handbook on Global Health Law*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2018.
- BYNKERSHOEK, Cornelius van, *Quaestiones iuris publici, I. De rebus bellicis*, seconda edizione, Lugduni Batavorum, Luchtmans, 1752.
- CANNIZZARO, Enzo, *Diritto internazionale*, quarta edizione, Torino, Giappichelli, 2018.
- CASTAÑEDA, Jorge E.
- *Legal Effects of the United Nations Resolutions*, translated by Alba AMOIA, New York, Columbia University Press, 1969.
 - *Valeur juridique des résolutions des Nations Unies*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 129, 1970, pp. 204-331.
- CALSTER, Geert van, PREVOST, Denise (eds.), *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Northampton-Cheltenham, Elgar, 2013.
- CAZZINI, Francesco, *Food Trade and Standards in the SPS Agreement: Necessity and Legitimacy in a Cooperative Frame*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano La Statale, a.a. 2019-2020.
- CHENG, Bin
- *Custom: The Future of General State Practice in a Divided World*, in Ronald MCDONALD, Douglas JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine, and Theory*, The Hague-Boston, Nijhoff, 1983, pp. 513-554.
 - *United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?*, in «Indian Journal of International Law», vol. 5, 1965, pp. 23-48 [= in *International Law Teaching and Practice*, London, Stevens, 1982, pp. 237-262].

- *Opinio Juris: A Key Concept in International Law that is much Misunderstood*, in Sienho YEE, Wang TIEYA (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, London, Routledge, 2001, pp. 56-76.
- CHENG, Tai-Heng, *Making International Law without Agreeing What It Is*, in «Washington University Global Studies Law Review», vol. 10, n. 1, 2011, pp. 1-38.
- CHINKIN, Christine M.
- *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 38, n. 4, 1989, pp. 850-866.
- *Mirage in the Sand? Distinguishing Binding and Nonbinding Relations between States*, in «Leiden Journal of International Law», vol. 10, n. 2, 1997, pp. 223-247.
- *Normative Development in the International Legal System*, in Dinah SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 21-42.
- COHEN, Deborah, CARTER, Philip, *Conflicts of interest: WHO and the pandemic flu «conspiracies»*, in «BMJ», vol. 340, 2010, pp. 1274-1279.
- COHEN, Elizabeth, *When a pandemic isn't a pandemic*, 4 maggio 2009, Atlanta: CNN.com/health.
- CONDORELLI, Luigi
- *Consuetudine internazionale, Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, quarta edizione, Torino, Utet, 1989, p. 490 ss.
- *Custom*, in Mohammed BEDJAOUI (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, UNESCO, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp. 179-211.
- CONFORTI, Benedetto
- *La funzione dell'accordo nel sistema delle Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 1968.
- *Diritto internazionale*, a cura di Massimo IOVANE, undicesima edizione, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
- CONFORTI, Benedetto, FOCARELLI, Carlo, *Le Nazioni Unite*, undicesima edizione, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2017.
- CONTINI, Paolo, SAND, Peter H., *Methods to Expedite Environmental Protection: International Ecostandards*, in «American Journal of International Law», vol. 66, n. 1, 1972, pp. 37-59.
- CORTEN, Olivier, KLEIN, Pierre (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- COTTIER, Thomas, MÜLLER, Jörg Paul, *Estoppel*, in Rüdiger WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedias of International Law», edizione *online*, aprile 2007.
- CRAWFORD, Emily, *Non-Binding Instruments in International Humanitarian Law. Questions of Efficacy and Legitimacy*, in «Soochow Law Journal», vol. 13, i. 2, 2016, pp. 153-184.
- CRAWFORD, Emily, PERT, Allison, *International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, ninth edition, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- CREMA, Luigi, *La Commissione del diritto internazionale e i suoi metodi di codificazione al tempo del diritto internazionale «debole»*, in Alessandra ANNONI *et al.* (a cura di), *La*

codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 369-385.

- D'AMATO, Anthony A., *International Soft Law, Hard Law, and Coherence*, in «Northwestern Public Law Research Paper», n. 08-01, 2008, pp. 1-30.
- D'ASPREMONT, Jean
- *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Materials*, in «European Journal of International Law», vol. 19, n. 5, 2008, pp. 1075-1093.
 - *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
 - *Bindingness*, in Jean D'ASPREMONT, Sahib SINGH (eds.), *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2019, pp. 67-82.
- D'ASPREMONT, Jean, AALBERTS, Tanja, *Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks*, in «Leiden Journal of International Law», vol. 25, n. 2, 2012, pp. 309-312.
- DASSER, Felix, *"Soft Law" in International Commercial Arbitration*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 402, 2019.
- DAUGIRDAS, Kristina, *International Organizations and the Creation of Customary International Law*, in «European Journal of International Law», vol. 31, n. 1, 2020, pp. 201-233.
- DAVIES, Arwel, *Technical Regulations and Standards under the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade*, in «Legal Issues of Economic Integration», vol. 41, n. 1, 2014, pp. 37-64.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, second edition, London, Butterworths, 2002.
- DE SOUZA DIAS, Talita, COCO, Antonio, *Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, III Parts, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 24-25 marzo 2020.
- DE VRIEZE, Julie, *The legal nature of the EU-Turkey Statement. Putting NF, NG and NM v. European Council in perspective*, Ghent University, 2018.
- DELFINO, Massimiliano, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, in «Diritti Lavori Mercati», n. 3, 2003, pp. 653-682.
- DI ROBILANT, Anna, *Genealogies of Soft Law*, in «American Journal of Comparative Law», vol. 54, n. 3, 2006, pp. 499-554 [= in «Scandinavian Studies in Law», vol. 58, 2013, pp. 217-268].
- DICKERSON, Hollin, *Best Practices*, in Rüdiger WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedias of International Law», edizione *online*, ottobre 2010.
- DINSTEIN, Yoram, *The Interaction between Customary International Law and Treaties*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 322, 2006, pp. 243-427.
- DISTEFANO, Giovanni, *Fundamentals of Public International Law. A Sketch of the International Legal Order*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2019.

- DISTEFANO, Marcella, *Origini e funzioni del "soft law" in diritto internazionale*, in «Lavoro e diritto», a. XVII, n. 1, 2003, pp. 17-36.
- DOROLLE, Pierre M., *Old Plagues in the Jet Age: International Aspects of Present and Future Control of Communicable Diseases*, in «Chronicle of the World Health Organization», vol. 23, n. 3, 1969, pp. 103-111.
- DÖRR, Oliver, SCHMALENBACH, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, second edition, Berlin, Springer, 2018.
- DRUZIN, Bryan H., *Why does Soft Law Have any Power Anyway?*, in «Asian Journal of International Law», vol. 7, n. 2, 2017, pp. 361-378.
- DU, Michael M., *Standard Review under the SPS Agreement after EC-Hormones II*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 59, n. 2, 2010, pp. 441-459.
- DUPUY, Pierre-Marie
- *Soft Law and the International Law of the Environment*, in «Michigan Journal of International Law», vol.12, n. 2, 1990, pp. 420-435.
 - *Prosper Weil's Article: A Stimulating Warning*, in «American Journal of International Law Unbound», vol. 114, 2020, pp. 72-76.
- DUPUY, René-Jean
- *Coutume sage et coutume sauvage*, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, Paris, Pedon, 1974, pp. 75-187.
 - *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la «soft law»*, in *L'élaboration du droit international public*, Société française pour le droit international, [8e] Colloque de Toulouse [16-18 mai 1974], Paris, Pedone, 1975, pp. 132-148 [trad. ing. *Declaratory Law and Programmatory Law: From Revolutionary Custom to "Soft Law"*], in Robert J. AKKERMAN *et al.* (eds.), *Declarations on Principles: A Quest for World Peace (Liber Röling)*, Leiden, Sijthoff, 1977, pp. 247-257].
- ECCLESTON-TURNER, Mark, *COVID-19 Symposium: The Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law*, in «Opinio Juris», 31 marzo 2020.
- ECCLESTON-TURNER, Mark, KAMRADT-SCOTT, Adam, *Transparency in IHR emergency committee decision making: The case for reform*, in «BMJ Global Health», vol. 4, i. 2, 2019, pp. 1-3.
- ECKART, Christian, *Promises of States under International Law*, Oxford, Hart, 2012.
- EISEMANN, Pierre-Michel, *Le Gentlemen's Agreement comme source du droit international*, in «Journal du droit international», vol. 106, 1979, pp. 326-348.
- ELIAS, Olufemi, LIM, Chin, *'General Principles of Law', 'Soft' Law and the Identification of International Law*, in «Netherlands Yearbook of International Law», vol. 28, 1997, pp. 3-49.
- ELLIS, Jaye
- *Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law*, in «Leiden Journal of International Law», vol. 25, n. 2, 2012, pp. 313-334.
 - *The King Is Dead, Long Live the King? A Reply to Matthias Goldmann*, in «Leiden Journal of International Law», vol. 25, n. 2, 2012, pp. 369-372.

- FAHRION, Georg, *et al.*, *How the Coronavirus Made Globalization a Deadly Threat*, in „Der Spiegel International“, 4 febbraio 2020.
- FARRELL, Henry, NEWMAN, Abraham, *Will the Coronavirus End Globalization as We Know It? The Pandemic Is Exposing Market Vulnerabilities No One Knew Existed*, 16 marzo 2020, in «Foreign Affairs», marzo-aprile 2020.
- FASTENRATH, Ulrich, *Relative Normativity in International Law*, in «European Journal of International Law», vol. 4, n. 3, 1993, pp. 305-340.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte (dir.), *La Confiance légitime et l'Estoppel*, Paris, Société de législation comparée, 2007.
- FAWCETT, James E. S., *The Legal Character of International Agreements*, in «British Year Book of International Law», vol. 30, 1953, pp. 381-400.
- FENWICK, Charles G., *When is a Treaty not a Treaty?*, in «American Journal of International Law», vol. 46, n. 2, 1952, pp. 296-298.
- FERRARESE, Maria Rosaria, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.
- FIDLER, David P., GOSTIN, Lawrence O., *The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health*, in «Journal of Law, Medicine and Ethics», vol. 34, i. 1, 2006, pp. 85-94.
- FIDLER, David P.
- *International Law and Global Public Health*, in «University of Kansas Law Review», vol. 48, n. 1, 1999, pp. 1-58.
 - *SARS: Political Pathology of the First Post-Westphalian Pathogen*, in Stacey KNOBLER *et al.* (eds.), *Learning from SARS. Preparing for the Next Disease Outbreak*, Washington, National Academies Press, 2004, pp. 110-116.
 - *From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations*, in «Chinese Journal of International Law», vol. 4, i. 2, 2005, pp. 325-392.
 - *To Declare or Not to Declare: The Controversy Over Declaring a Public Health Emergency of International Concern for the Ebola Outbreak in the Democratic Republic of the Congo*, in «Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy», vol. 14, n. 2, 2019, pp. 287-330.
 - *COVID-19 and International Law: Must China Compensate Countries for the Damage?*, in «Just Security», 27 marzo 2020.
 - *The World Health Organization and Pandemic Politics. The good, the bad, and an ugly future for global health*, in «Think Global Health», 10 aprile 2020.
 - *An Abuse of Presidential Authority and American Power: Halting U.S. Funding for the World Health Organization*, in «Just Security», 15 aprile 2020.
- FIGUEIREDO, Luiz T.M., *Dengue in Brazil: Past, Present and Future Perspective*, in «WHO Dengue Bulletin», vol. 27, 2003, pp. 25-33.
- FITZMAURICE, Malgosia, ELIAS, Olufemi, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht, Eleven, 2005.
- FITZMAURICE, Malgosia

- *International environmental law as a special field*, in «Netherlands Yearbook of International Law», vol. 25, 1994, pp. 181-226.
- *Law-Making and International Environmental Law: The Legal Character of Decisions of Conferences of the Parties*, in Rain LIIVOJA, Jarna PETMAN (eds.), *International Law-making. Essays in Honour of Jan Klabbers*, London, Routledge, 2014, pp. 190-210.

FOCARELLI, Carlo

- *International Law as Social Construct. The Struggle for Global Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- *Trattato di diritto internazionale*, Milano, Utet, 2015.

FOOTER, Mary E., *The (Re)turn to Soft law in Reconciling the Antinomies in WTO Law*, in «Melbourne Journal of International Law», vol. 11, n. 2, 2010, pp. 241-276.

FOSTER, Caroline, *Justified Border Closures do not violate the International Health Regulations 2005*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 11 giugno 2020.

FRANCIONI, Francesco

- *La consuetudine locale nel diritto internazionale*, in «Rivista di Diritto internazionale», vol. LIV, f. 3, 1971, pp. 396-422.
- *International 'soft law': A contemporary assessment*, in Vaughan LOWE, Malgosia FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 167-178.

FREELAND, Steven, *The Role of 'Soft Law' in Public International Law and its Relevance to the International Legal Regulation of Outer Space*, in Irmgard MARBOE (ed.), *Soft Law in Outer Space: The Function of Non-binding Norms in International Space Law*, Wien, Böhlau, 2012, pp. 9-30.

FRIEDE, Wilhelm, *Das Estoppel-Prinzip im Völkerrecht*, in „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, Bd. 5, Nr. 3, 1935, pp. 517-545.

FRIEDMANN, Wolfgang G., *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964.

FRIEDRICH, Jürgen, *Codes of Conduct*, in Rüdiger WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedia of Public International Law», edizione *online*, ottobre 2010.

GAJA, Giorgio, *General principles in the jurisprudence of the ICJ*, in Mads ANDENAS *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2019, pp. 35-43.

GALINO, Francisco Ramos, *Las Resoluciones de la Asamblea General de Las Naciones Unidas y su Fuerza Legal*, in «Revista Espanola de Derecho International», vol. 11, n. 1-2, 1958, pp. 95-128.

GAUTIER, Philippe, *Non-Binding Agreements*, in Rüdiger WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedia of Public International Law», edizione *online*, dicembre 2006.

GOLD, Joseph, *Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements*, in «American Journal of International Law», vol. 77, n. 3, 1983, pp. 443-489.

GOLDMANN, Matthias

- *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority*, in «German Law Review», vol. 9, n. 11, 2008, pp. 1865-1908.
 - *Soft Law and Other Forms of International Public Authority – The View from Discourse Theory: A Reply to Jaye Ellis*, in «Leiden Journal of International Law», vol. 25, n. 2, 2012, pp. 373-378.
 - *We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law*, in «Leiden Journal of International Law», vol. 25, n. 2, 2012, pp. 335-368.
 - *Relative Normativity*, in Jean D'ASPREMONT, Sahib SINGH (eds.), *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2019, pp. 740-759.
- GOMAA, Mohammed M., *Non-Binding Agreements in International Law*, in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Vera GOWLLAND-DEBBAS, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague-London-Boston, Nijhoff, 2001, pp. 229-250.
- GOSTIN, Lawrence O., *Global Health Law*, Cambridge(Mass)-London, Harvard University Press, 2014.
- GOSTIN, Lawrence O., et al., *Has Global Health Law Risen to Meet the COVID-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats*, in «Journal of Law, Medicine & Ethics», vol. 48, pp. 376-381.
- GRECO, Donato, *OMS e Covid-19: l'Assemblea mondiale della sanità alla sua 73° sessione*, in «Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana», Working Paper, n. 1, 2020, [pp. 107-111].
- GREEN, N.A. Maryan, *International Law: Law of Peace*, London, Macdonald and Evans, 1973.
- GUSTAFSSON, Ingrid, *How Standards Rule the World. The Construction of a Global Control Regime*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2020.
- GUZMAN, Andrew T.
- *The Design of International Agreements*, in «European Journal of International Law», vol. 16, n. 4, 2005, pp. 579-612.
- GUZMAN, Andrew T., MEYER, Timothy L., *International Soft Law*, in «Journal of Legal Analysis», vol. 2, n. 1, 2010, pp. 171-226.
- HABIBI, Roojin, et al., *Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak*, in «The Lancet», vol. 395, 2020, pp. 664-666 [= ID., *Travel restrictions violate international law*, in «Science», vol. 367, i. 6485, 27 marzo 2020, p. 1436].
- HAILES, Oliver, *Epidemic Sovereignty? Contesting investment treaty claims arising from coronavirus measures*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 27 marzo 2020.
- HANDL, Gunther F., et al., *A Hard Look at Soft Law*, in Michael P. MALLOY, *American Society of International Law. Proceedings of the 82nd Annual Meeting*, vol. 82, 20-23 aprile 1988, pp. 371-395.

- HART, Herbert L.A., *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Mario CATTANEO, Torino, Einaudi, 1965].
- HATHAWAY, Oona A., *Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, in «Yale Law Journal», vol. 117, n. 7, 2008, pp. 1236-1567.
- HEY, Ellen, *et al.*, *The regulation of driftnet fishing on the high seas: legal issues*, in «FAO Legislative Study», vol. 47, 1991.
- HIGGINS, Rosalyn
- *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, London, Oxford University Press, 1963.
- *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford, Clarendon, 1994.
- HILLGENBERG, Hartmut, *A Fresh Look at Soft Law*, in «European Journal of International Law», vol. 10, n. 3, 1999, pp. 499-515.
- HOLMES, Edward, *Initial genome release of novel coronavirus 2020*, 14 gennaio 2020, virological.org.
- HORVAT, Srećko, *Il pericolo politico del nuovo virus*, in «Internazionale», 6 marzo 2020.
- HOWARD-JONES, Norman, *Origins of International Health Work*, in «British Medical Journal», 6 maggio 1950, pp. 1032-1037.
- HOWSE, Robert, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, in «European Journal of International Law», vol. 27, n. 1, 2016, pp. 9-77.
- HUANG, Jie, *Can Trade Dispute Resolution Mechanisms Enhance State Compliance with International Health Regulations? Insights from MARPOL 73/78*, in «ASIL Insights», vol. 24, i. 8, 2020.
- HUDSON, Manley O., *The Registration and Publication of Treaties*, in «American Journal of International Law», vol. 19, n. 2, 1925, pp. 273-292.
- HUME, David, *A Treatise of Human Nature: being an Attempt to introduce the experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, III. *Of Morals* (1740), Oxford, Oxford University Press, 1965.
- INGELSE, Chris, *Soft Law*, in «Polish Yearbook of International Law», vol. 20, 1993, pp. 75-90.
- IOVANE, Massimo, *Metodo costituzionalistico e ruolo dei giudici nella formulazione dei principi generali del diritto internazionale*, in «Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica», f. 1, 2008, pp. 103-129.
- JENKS, C. Wilfred, *Prospects of International Adjudication*, London, Stevens, New York, Oceana, 1964.
- JENNINGS, Robert Y.
- *An International Lawyer Takes Stock*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 39, n. 3, 1990, pp. 513-529.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *International Law in the Past Third of a Century*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 159, 1978(I), pp. 1-344.
- JOHNSON, D. H. N., *The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations*, «British Yearbook of International Law», vol. 32, 1955-1956, pp. 97-122.

- JÜRGEN, Friedrich, *International Environmental "soft law". The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2013.
- KAPLAN, Juliana, *et al.*, *A third of the global population is on coronavirus lockdown*, in «Business Insider», 17 aprile 2020.
- KASSOTI, Eva, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2015.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *Soft law in International Arbitration: Codification and Normativity*, in «Journal of International Dispute Settlement», vol. 1, n. 2, 2010, pp. 1-17.
- KEITNER, Chimène, *Don't Bother Suing China for Coronavirus*, in «Just Security», 8 aprile 2020.
- KELSEN, Hans
- *Reine Rechtslehre. Einleitungen in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1934 [= *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di Renato TREVES, Torino, Einaudi, 2000].
 - *General Theory of Law and State*, translated by Anders WEDBERG, Cambridge, Harvard University Press, 1945 [= *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di Sergio COTTA e Giuseppino TREVES, Milano, Edizioni di Comunità, 1952].
- KIRSTE, Stephan, *et al.*, *Legal Validity and Soft Law*, Cham, Springer, 2018.
- KISS, Alexandre C., *Comparative Law and Public International Law*, in William E. BUTLER (ed.), *International Law in Comparative Perspective*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, pp. 41-48.
- KLABBERS, Jan
- *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague, Nijhoff, 1996.
 - *The Redundancy of Soft Law*, in «Nordic Journal of International Law», vol. 65, n. 2, 1996, pp. 167-182.
 - *The Undesirability of Soft Law*, in «Nordic Journal of International Law», vol. 67, n. 4, 1998, pp. 381-391.
 - *Reflections on Soft International Law in a Privatized World*, in «Finnish Yearbook of International Law», vol. 16, 2005, pp. 313-328.
 - *Law-making and Constitutionalism*, in Jan KLABBERS *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, pp. 81-124.
 - *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- KOH, Harold Hongju, *A World Transformed*, in «Yale Journal of International Law», vol. 20, n. 2, 1995, pp. ix-xiii.
- KOLB, Robert, *Theory of International Law*, Oxford, Hart, 2016.
- KOSKENNIEMI, Martti
- *International Law in a Post-Realist Era*, in «Australian Yearbook of International Law», vol. 16, 1995, pp. 1-19.
 - *Sources of International Law* (edited by), Dartmouth, Ashgate, 2000.
 - *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

- KRASKA, James, *China is legally responsible for Covid-19 damage and claims could be in the trillions*, in «War on the Rocks», 23 marzo 2020.
- KULICK, Andreas, *About the Order of Cart and Horse, Among Other Things: Estoppel in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals*, in «European Journal of International Law», vol. 27, n. 1, 2016, pp. 107-128.
- LAGOUTTE, Stéphanie, *et al.* (eds.), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- LAUTERPACHT, Elihu, *Gentlemen's Agreements*, in Werner FLUME *et al.* (hg.), *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung. Festschrift für F.A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. Aug. 1977*, München, Beck, 1977, pp. 381-398.
- LAUTERPACHT, Hersch
- *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London *et al.*, Longmans, 1927.
 - *The Development of International Law by the International Court: Being a Revised Edition of "The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice" (1934)*, London, Stevenson, 1958.
- LEE, Jaemin, *IHR 2005 in the Coronavirus Pandemic: A Need for a New Instrument to Overcome Fragmentation?*, in «ASIL Insights», vol. 14, i. 16, 12 giugno 2020.
- LEE, Tsung-Ling, *Why the WHO is failing and how to fix it*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 29 maggio 2020.
- LERICHE, Luc, *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. De l'effectivité d'une déclaration en droit international*, Paris, Pedone, 2020.
- LI, Quan, *et al.*, *Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus-Infected Pneumonia*, in «New England Journal of Medicine», vol. 382, n. 13, 2020, pp. 1199-1207.
- LO, Chang-fa, *The Missing Operational Components of the IHR (2005) from the Experience of Handling the Outbreak of COVID-19: Precaution, Independence, Transparency and Universality*, in «Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy», vol. 15, n. 1, 2020, pp. 1-26.
- MACGIBBON, Iain C., *Estoppel in International Law*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 7, n. 3, 1958, pp. 468-513.
- MAGALLONA, Merlin M., *Some Remarks on the Legal Character of United Nations General Assembly Resolutions*, in «Philippine Yearbook of International Law», vol. 5, 1976, pp. 84-96.
- MALAGUTTI, Vittorio, *Coronavirus, ecco il mondo nuovo che ci aspetta quando ne usciremo*, in «L'Espresso», 31 marzo 2020.
- MARQUES ANTUNES, Nuno S., *Acquiescence*, in Rüdiger WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedias of International Law», edizione *online*, settembre 2006.
- MARRELLA, Fabrizio, *La Cina deve risarcire i danni transfrontalieri da Covid-19? Orizzonti ad Oriente*, in «SIDIBlog. Il blog della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea», 17 maggio 2020.
- MARTIN, Antoine, *L'Estoppel en Droit International Public*, Paris, Pedone, 1979.

- MARZUOLI, Carlo, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985.
- MCDUGAL, Myres S., REISMAN, Michael W., *The Prescribing Function in World Constitutive Process: How International Law Is Made*, in «Yale Studies in World Public Order», vol. 6, n. 2, 1980, pp. 249-284.
- MCNAIR, Arnold D.
 - *The Functions and Differing Legal Character of Treaties*, in «British Year Book of International Law», vol. 11, 1930, pp. 100-118.
 - *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon, 1961.
- MENSBRUGGHE, Yves van der, *Legal Status of International North Sea Conference Declarations*, in «International Journal of Estuarine and Coastal Law», vol. 5, i. 1-4, 1990, pp. 15-22.
- MERON, Theodor, *Repudiation of Ultra Vires State Contracts and the International Responsibility of States*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 6, n. 2, 1957, pp. 273-289.
- MEYER, Timothy L., *Soft Law as Delegation*, in «Fordham International Law Journal», vol. 32, n. 3, 2008, pp. 888-942.
- MILLER, Russell, STARSHAK, William, *China's Responsibility for the Global Pandemic*, in «Just Security», 31 marzo 2020.
- MÜNCH, Fritz
 - *Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties. Non-Binding Agreements*, in „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, Bd. 29, Nr. 1, 1969, pp. 1-11.
 - *Non-Binding Agreements*, in Rudolf BERNHARDT *et al.* (eds.), «Encyclopedia of Public International Law», vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 353-358.
- MYERS, Denys P., *The Names and Scope of Treaties*, in «American Journal of International Law», vol. 51, n. 3, 1957, pp. 574-605.
- NEWMAN, Lawrence W., RADINE, Michael J., (eds.), *Soft Law in International Arbitration*, Huntington, Juris, 2014.
- NEGRI, Stefania, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018.
- NOLLKAEMPER, André, PLAKOKEFALOS, Ilias, *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- NOLLKAEMPER, André, *The Distinction Between Non-Legal and Legal Norms in International Affairs: An Analysis with Reference to International Policy for the Protection of the North Sea from Hazardous Substances*, in «International Journal of Marine and Coastal Law», vol. 13, n. 3, 1998, pp. 355-371.
- O'CONNELL, Daniel P., *International Law*, second edition, London, Stevens, 1970.
- OPPENHEIM, Lassa, *International Law: A Treatise*, I. *Peace*, edited by H. LAUTERPACHT, eighth edition, London *et al.*, Longmans, 1955.
- PALOMBINO, Fulvio M.

- *Introduzione al diritto internazionale*, Bari-Roma, Laterza, 2019.
- *L'uso del soft law nell'arbitrato sugli investimenti*, in Daniele MANTUCCI (a cura di), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, 13. *L'arbitrato negli investimenti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, in corso di pubblicazione, [pp. 1-10].
- PAN, Kaijun, *A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence*, in «Chinese Journal of International Law», vol. 16, n. 4, 2017, pp. 751-786.
- PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION, *Pro Salute Novi Mundi: A history of the Pan American Health Organization*, Washington, PAHO, 1992.
- PASTORE, Baldassarre, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in «Lavoro e diritto», a. XVII, n. 1, 2003, pp. 5-16.
- PASTORE, Baldassarre, *et al.*, *Le ragioni del diritto*, Bologna, il Mulino, 2017.
- PAUWELYN, Joost, *et al.*
 - *Informal International Lawmaking*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
 - *Informal International Law as Presumptive Law: Exploring New Modes of Law-making*, in Rain LIIVOJA, Jarna PETMAN (eds.), *International Law-making. Essays in Honour of Jan Klabbers*, London, Routledge, 2014, pp. 75-102.
- PELLET, Alain
 - *La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies*, in «European Journal of International Law», vol. 6, n. 3, 1995, pp. 401-425.
 - *Les raisons du développement du 'soft law' en droit international: choix ou nécessité?*, in Pascale DEUMER, Jean-Marc SOREL (dir.), *Regards croisés sur la 'soft law' en droit interne, européen et international*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, pp. 177-192.
- POLLOCK, Frederick, *The Expansion of the Common Law*, London, Stevens, 1904.
- PRÉVOST, Denise, *Balancing trade and health in the SPS Agreement: The development dimension*, Oisterwijk, WLP, 2009.
- PRONTO, Arnold N., *Understanding the Hard/Soft Distinction in International Law*, in «Vanderbilt Journal of Transnational Law», vol. 48, n. 4, 2015, pp. 941-956.
- RADI, Yannick, *Standardization: A Dynamic and Procedural Conceptualization of International Law-Making*, in «Leiden Journal of International Law», vol. 25, n. 2, 2012, pp. 283-308.
- REISMAN, Michael W.
 - *The Concept and Functions of Soft Law in International Politics*, in Emmanuel G. BELLO, Bola A. AJIBOLA, *Essays in honour of judge Taslim Olawale Elias*, 2 voll., Dordrecht, Nijhoff, 1992, vol. 1, pp. 135-144.
 - *Unratified Treaties and Other Unperfected Acts in International Law: Constitutional Functions*, in «Vanderbilt Journal of Transnational Law», vol. 35, n. 3, 2002, pp. 729-748.
 - *Soft Law and Law Jobs*, in «Journal of International Dispute Settlement», vol. 2, n. 1, 2011, pp. 25-30.
- REUTER, Paul
 - *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983.
 - *Introduction to the Law of Treaties*, London, Pinter, 1989.

- RICCI, Maurizio, *Dal coronavirus un nuovo colpo a una globalizzazione già malata*, in «la Repubblica», 14 marzo 2020.
- RIEGNER, Michael, *Global information governance in pandemic times. In the geopolitics of global health information, international institutional law is more important than ever*, in «Völkerrechtsblog», 10 aprile 2020.
- RIPHAGEN, Willem, *From Soft Law to Ius Cogens and Back*, in «Victoria University of Wellington Law Review», vol. 17, n. 2, 1987, pp. 81-99.
- ROBERTS, Anthea E., *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, in «American Journal of International Law», vol. 95, n. 4, 2001, pp. 757-791.
- ROELSGAARD, E., *Health Regulations and International Travel*, in «Chronicle of the World Health Organization», vol. 28, 1974, pp. 265-268.
- ROESSLER, Frieder, *Law, de Facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations*, in «German Yearbook of International Law» vol. 21, 1978, pp. 27-59.
- RONZITTI, Natalino, *Diritto internazionale*, sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2019.
- RUBIN, Alfred P., *The International Legal Effects of Unilateral Declarations*, in «American Journal of International Law», vol. 71, n. 1, 1977, pp. 1-30.
- RUSSEL, Harold S., *The Helsinki Declaration: Brobdingnag and Lilliput*, in «American Journal of International Law», vol. 70, n. 2, 1976, pp. 242-272.
- SACERDOTI, Giorgio
- *Solving the WTO Dispute Settlement System Crisis. An Introduction*, in «Journal of World Investment & Trade», vol. 20, n. 6, 2019, pp. 785-791.
 - *The Challenge of Re-establishing a Functioning WTO Dispute Settlement System, in Modernizing the World Trade Organization. A CIGI Essay Series*, 20 aprile 2020.
- SALCEDO, Andrea, *et al.*, *Coronavirus Travel Restrictions, Across the Globe*, in *The New York Times*, 15 aprile 2020.
- SALERNO, Francesco
- *Diritto internazionale. Principi e norme*, quarta edizione, Milano, Wolters Kluwer, Padova, Cedam, 2017.
 - *Idee e significati della codificazione*, in Alessandra ANNONI *et al.* (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 31-58.
- SANDS, Philippe, *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, in «Yale Human Rights and Development Journal», vol. 1, n. 1, 1998, pp. 85-106.
- ŠARČEVIĆ, Peter, *Unification and "Soft Law"*, in Walter A. STOFFEL, Paul VOLKEN (eds.), *Conflicts and Harmonization: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire*, Fribourg, Ed. Universitaires, 1990, pp. 89-101.
- SAVARESE, Eduardo, *Certezza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

SCALESE, Giancarlo

- *Diritto dei trattati e dovere di coerenza nella condotta. 'Nemo potest venire contra factum proprium'*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000.
- *Some Remarks on Soft Law and Human Rights*, in Ennio TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci, 2017, pp. 371-380.

SCHACHTER, Oscar

- *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, in «American Journal of International Law», vol. 71, n. 2, 1977, pp. 296-304.
- *International Law in Theory and Practice: General Course of International Law*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 178, 1982, pp. 110-132.
- *Non-Conventional Concerted Acts*, in Mohammed BEDJAOUI (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, UNESCO, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp. 266-269.

SCHWELA, Dietrich H., *et al.*, *Health Guidelines for Vegetation Fire Events*, Geneva, WHO, 1999.

SCOTT, Joanne, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz

- *L'ordre public international et la fraude à la loi*, in *Mélanges offerts à J. Maury*, 2 tomes, Paris, Dalloz & Sirey, 1960.
- *International Economic "Soft Law"*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 163, 1979, pp. 165-246.
- *International Economic Law*, second edition, Dordrecht, Springer, 1992.

SEKALALA, Sharifah, *Soft Law and Global Health Problems. Lessons from Responses to HIV/AIDS, Malaria and Tuberculosis*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2017.

SERRA, Gianluca, *The Practice of Tying Development Aid: A Critical Appraisal from an International, WTO and EU Law Perspective*, in «Law and Development Review», vol. 4, n. 1, 2011, pp. 1-31.

SHAFFER, Gregory C., POLLACK, Mark A., *Hard Vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, in «Minnesota Law Review», vol. 94, n. 3, 2010, pp. 706-799.

SHELTON, Dinah

- *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* (edited by), Oxford, Oxford University Press, 2003.
- *Soft Law*, in David ARMSTRONG (ed.), *The Routledge Handbook of International Law*, London, Routledge, 2009, pp. 68-80.

SIMMA, Bruno, *et al.*, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2 voll., third edition, Oxford, Oxford University Press, 2012.

SINCLAIR, Ian

- *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, second revised and enlarged edition, Manchester, Manchester University Press, 1984.
- *Estoppel and acquiescence*, in Vaughan LOWE, Malgosia FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 104-120.

- SLOAN, Frank B., *The Binding Force of a 'Recommendation' of the General Assembly of the United Nations*, in «British Year Book of International Law», vol. 25, 1948, pp. 1-33.
- SOHN, Louis B.
- *A Short History of United Nations Documents on Human Rights*, in *The United Nations and Human Rights: Eighteenth Report of the Commission*, New York, Commission to Study the Organization of Peace, 1968, pp. 39-186.
 - *Unratified Treaties as a Source of Customary International Law*, in Adriaan BOS, Hugo SIBLESZ (eds.), *Realism in law-making: essays on international law in honour of Willem Riphagen*, Dordrecht et al., Nijhoff, 1986, pp. 231-246.
- SPAGNOLO, Andrea, *Il Patto globale per le migrazioni alla luce del diritto internazionale*, in «Rivista di Diritto internazionale», vol. CII, f. 3, 2019, pp. 753-785.
- TAMMES, Arnold J.P., *Soft Law*, in *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, The Hague, Springer, 1983, pp. 187-195.
- TANAKA, Yoshifumi, *The International Law of the Sea*, third edition, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2019.
- TANCREDI, Antonello, *Autodeterminazione dei popoli*, in Sabino CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006.
- TANZI, Attila, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, sesta edizione, Padova-Milano, Cedam, 2019.
- TAYLOR, Allyn L., HABIBI, Roojin, *The Collapse of Global Cooperation under the WHO International Health Regulations at the Outset of COVID-19: Sculpting the Future of Global Health Governance*, in «ASIL Insights», vol. 24, i. 15, 5 giugno 2020.
- TEJPAR, Ali, HOFFMAN, Steven J., *Canada's Violation of International Law during the 2014-16 Ebola Outbreak*, in «Canadian Yearbook of International Law», vol. 54, 2017, pp. 366-383.
- THIRLWAY, Hugh W. A.
- *International Customary Law and Codification: An Examination of the Continuing Role of Custom in the Present Period of Codification of International Law*, Leiden, Sijthoff, 1972.
 - *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989*, in «British Yearbook of International Law», vol. 60, n. 1, 1989, pp. 1-157.
- THÜRER, Daniel, *Soft Law*, in Rüdiger WOLFRUM (ed.), «Max Planck Encyclopedia of Public International Law», edizione online, marzo 2009.
- TOEBES, Brigit, *States' Resilience to Future Health Emergencies: Connecting the Dots between Core Obligations and Core Capacities*, in «ESIL Reflections», vol 9, i. 2, 2020, pp. 1-9.
- UNITED NATIONS, *Documents on the Development and Codification of International Law*, supplemento a «American Journal of International Law», vol. 41, n. 4, 1947, pp. 45-46.
- VAMVOUKOS, Athanassios, *Termination of Treaties in International Law: The Doctrine of Rebus Sic Stantibus and Desuetude*, Oxford, Clarendon, 1985.
- VELIMIROVIC, Boris, *Do We Still Need International Health Regulations?*, in «Journal of Infectious Diseases», vol. 133, n. 4 1976, pp. 478-482.

- VERDROSS, Alfred von, *Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Tribune, 1968.
- VERDROSS, Alfred von, SIMMA, Bruno, *Universelle Völkerrecht. Theorie und Praxis*, dritte Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
- VIERDAG, Egbert W., *The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions*, in «British Yearbook of International Law», vol. 59, n. 1, 1988, pp. 75-111.
- VILLALPANDO, Santiago, *Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell'era della codificazione 'light'*, in Alessandra ANNONI et al. (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 259-278.
- VILLARREAL, Pedro A.
- *The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law*, in «Völkerrechtsblog», 28 gennaio 2020.
 - *The (not-so) Hard Side of the IHR: Breaches of Legal Obligations*, in «Global Health Law Groningen», 26 febbraio 2020.
 - *Is the spread of Coronavirus already a pandemic? Unpacking a (legal) definition*, in «Völkerrechtsblog», 9 marzo 2020.
 - *COVID-19 Symposium: "Can They Really Do That?" States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19, II Parts*, in «Opinio Juris», 31 marzo 2020.
 - *Pandemic Intrigue in Geneva: COVID-19 and the 73rd World Health Assembly*, in «EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law», 22 maggio 2020.
- VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2009.
- VIOLA, Francesco, ZACCARIA, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- VIRALLY, Michel
- *La valeur juridique des recommandations des organisations internationales*, in «Annuaire Français de Droit International», vol. 2, 1956, pp. 66-96.
 - *L'Organisation Mondiale*, Paris, Colin, 1972.
 - *Sur la notion d'accord*, in Emanuel DIEZ et al. (eds.), *Festschrift für Rudolf Bindschedler: zum 65. Geburtstag am 8. Juli 1980*, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 159-172.
 - *La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus*, in «Annuaire de l'Institut de Droit International», vol. 60, n. 1, 1983, pp. 328-374.
- VIRZO, Roberto, *Vertici internazionali*, in «Enciclopedia del diritto», Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1431-1442.
- VOLPI, Alessandro, *Coronavirus: l'epidemia (e la psicosi) può smontare la globalizzazione*, in *Altroeconomia*, 11 febbraio 2020.
- WAGNER, Megan L., *Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice*, in «California Law Review», vol. 74, n. 5, 1986, pp. 1777-1804.

WEIL, Prosper

- *Towards Relative Normativity in International Law?*, in «American Journal of International Law», vol. 77, n. 3, 1983, pp. 413-442 [orig. franc. *Vers une normativité relative en droit international?*, in «Revue Générale de Droit International Public», n. 1, 1982, pp. 5-47].
- *Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public*, in «Académie de droit international. Recueil des cours», vol. 237, 1992.

WENJIE, Tan, *et al.*, *Notes from the Field: A Novel Coronavirus Genome Identified in a Cluster of Pneumonia Cases - Wuhan, China 2019-2020*, in «China CDC Weekly», n. 4, 24 gennaio 2020, pp. 61-62.

WESSEL, Ramses A., *Informal international law-making as a new form of world legislation?*, in «International Organizations Law Review», vol. 8, i. 1, 2011, pp. 253-265.

WOLFRUM, Rüdiger

- *General international law (principles, rules, and standards)*, in ID. (ed.), «Max Planck Encyclopedias of International Law», edizione *online*, dicembre 2010.
- *Sources of International Law*, in ID. (ed.), «Max Planck Encyclopedia of Public International Law», edizione *online*, 2011.

WOLFRUM, Rüdiger, *et al.*, *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, in «Max Planck Commentaries on World Trade Law», vol. 3, Leiden-Boston, Nijhoff, 2007.

YOTOVA, Rumiana, *Challenges in the Identification of the ‘General Principles of Law Recognized by Civilized Nations’: The Approach of the International Court*, in «Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law», vol. 3, n. 1, 2017, pp. 269-325.

YOUAKIM, Yousef I., *Estoppel in International Law*, Ithaca, New York, 1969.