



Università degli Studi di Firenze

DOTTORATO DI RICERCA IN
"Diritto internazionale e dell'Unione Europea"

CICLO XXV

COORDINATRICE Prof.ssa Adinolfi Adelina

L'interpretazione evolutiva nella giurisprudenza
internazionale

Settore Scientifico Disciplinare IUS/13 – IUS/14

Dottorando
Dott. Turrini Paolo

Tutore
Prof.ssa Viviani Alessandra

Anni 2010/2012

Indice

Introduzione	1
Capitolo I: L'interpretazione evolutiva nella giurisprudenza internazionale: aspetti teorici	
1. Introduzione	4
2. Ipotesi sul portato della nozione di interpretazione evolutiva	9
3. Alcuni casi di interpretazione evolutiva nel diritto internazionale	13
4. Cos'è l'interpretazione evolutiva	23
4.1. Questioni di oggettività e soggettività	28
5. I materiali dell'interpretazione evolutiva	33
5.1. Considerazioni linguistiche	33
5.2. Oggetto e scopo	39
5.3. Contesto	45
5.4. Prassi successiva	53
5.5. Modifica della volontà delle parti	59
6. Conclusioni	61
Capitolo II: L'interpretazione evolutiva nell'Organizzazione mondiale del commercio	
1. Introduzione	64
2. OMC: interpretazione del sistema e interpretazione nel sistema	67
3. L'autonomia del diritto dell'OMC rispetto al diritto esterno	77
3.1. Il divieto di modifica degli obblighi posto dall'articolo 3.2 del DSU	78
3.2. Interpretazione del sistema e allocazione dei poteri	84
3.3. La «costituzione» dell'OMC e l'interpretazione	89
4. Interpretazione evolutiva e prassi degli Stati parti	95
4.1. Prassi successiva e modifica dei trattati	103

4.2. Prassi successiva e ruolo delle istituzioni	106
4.2.1. Prassi successiva e silenzio	110
4.3. Prassi successiva e comunità rilevante	112
5. Conclusioni	114

Capitolo III: L'interpretazione evolutiva nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

1. Introduzione	117
2. L'interpretazione, anche evolutiva, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo	120
2.1. I termini e le nozioni «evolutive»	123
2.2. L'importanza della prassi successiva per la Corte europea	126
3. La teoria dei concetti autonomi	130
4. La dottrina del margine di apprezzamento	133
4.1. Il margine di apprezzamento nella lettura di Letsas: una critica	137
5. La prassi successiva nella giurisprudenza della Corte europea	145
5.1. Prassi successiva e logica del margine di apprezzamento	145
5.2. Prassi successiva e intertemporalità	150
5.3. Contenuti e parametri del bilanciamento	157
5.3.1. La prassi rilevante	158
5.3.1.1. I mutamenti sociali	162
5.3.1.2. I progressi scientifici	164
5.3.2. I limiti del bilanciamento	166
6. Conclusioni	168

Conclusioni	171
--------------------	------------

Bibliografia	181
---------------------	------------

Indice dei casi	190
------------------------	------------

Introduzione

Sembra che negli ultimi anni il diritto dei trattati stia vivendo un rinascimento, il cui vero protagonista è probabilmente l'interpretazione. Complici il notevole espandersi delle scienze giuridiche internazionalistiche e una rinnovata fiducia degli Stati – e quella, nuova, degli altri attori sovranazionali, non ultimi gli individui – nella giustizia amministrata dalle corti internazionali, ogni studioso di quest'ambito del diritto può assistere al crescente interesse che la dottrina nutre verso l'ermeneutica, e cioè verso lo studio delle corrette tecniche interpretative. Il nesso è presto spiegato: se sentenze e lodi internazionali aumentano (e, con essi, gli interessi e le aspettative del pubblico più o meno direttamente coinvolto), né gli autori di quei testi possono sottrarsi all'esigenza di trovare un solido fondamento giuridico per le argomentazioni avanzate, né i loro destinatari lo permetterebbero. Giustificare in maniera opportuna le proprie prese di posizione è sempre importante, ma lo diventa ancor di più se chi è chiamato a farlo è investito dalle attese di una comunità internazionale che si affida sempre più spesso a soluzioni sovranazionali (giustamente considerate necessarie in un mondo globalizzato e interdipendente).

Ma il mondo globalizzato è non solo un mondo più piccolo: è anche un mondo più veloce. Un mondo in cui le cose cambiano rapidamente, e in cui ciò che – come il diritto – si riferisce a queste cose deve fare altrettanto per non perdere in contatto con la realtà. Se ciò è vero sul piano politico interno, lo è a maggior ragione a livello internazionale, dove le modalità di produzione normativa sono ancora farraginose e poco istituzionalizzate, lasciate come sono alla buona volontà degli Stati che desiderano aprire, e condurre a buon fine, un negoziato. Viene allora naturale sostenere che la mancanza di un luogo primariamente deputato alla creazione del diritto renda necessario che sia quest'ultimo a provvedere al mezzo per contrastare la propria obsolescenza: l'interpretazione evolutiva. Un metodo interpretativo, cioè, capace di modernizzare il significato delle disposizioni analizzate riportandolo al passo con i tempi. In questo processo, il contenitore rimane invariato, mentre muta il contenuto: un atto che condivide i caratteri dell'interpretazione e, contemporaneamente, della modifica del diritto.

Qui però il discorso si fa complicato, col dato politico che diventa giuridico. Perché se un centro produttivo di norme è assente, è anche perché i soggetti dell'ordinamento internazionale – gli Stati – hanno sempre custodito gelosamente la propria sovranità, e cioè la

possibilità di scegliere i vincoli cui sottostare. In linea di massima uno Stato non è obbligato da nessuna norma che esso stesso non ha precedentemente accettato. Dunque, a fronte di una (presumibile) maggiore esigenza di aggiornamento normativo, lo scenario internazionale presenta una più elevata resistenza al cambiamento, iscritta nel diritto tramite il riconoscimento dell'indispensabilità del consenso di uno Stato al fine di vincolarlo legittimamente. Siamo in presenza di due fattori che spingono in direzioni contrapposte, di cui il secondo ribadisce la centralità della volontà statale nella creazione di nuovi obblighi. E siccome, come si è detto, l'interpretazione evolutiva di una norma presenta una natura affine – anche se ovviamente non identica – alla modifica del diritto, che è un processo per definizione creativo, ne consegue che un tale metodo interpretativo dovrà stare particolarmente attento a non porsi in contrasto con l'intenzione degli Stati interessati dalla norma. In altre parole, la volontà statale dovrà di regola essere il principio che guida l'interprete nella scelta se adottare o no un'interpretazione evolutiva.

Questo per quanto riguarda la teoria, che costituirà l'oggetto del primo capitolo. In esso analizzerò i principali casi giurisprudenziali in cui alcune corti o alcuni collegi arbitrali internazionali si sono confrontati con il principio di interpretazione evolutiva. Al fine di mantenere l'analisi la più «neutra» possibile circoscriverò l'indagine al diritto internazionale generale, intendendo con questa espressione l'insieme delle norme che non possono essere considerate *lex specialis* rispetto a una *lex generalis*. Questo perché l'incontro coi caratteri peculiari dei diversi settori di cui il diritto internazionale si compone rischierebbe di compromettere lo scopo del primo capitolo, che è quello di studiare il fenomeno dell'interpretazione evolutiva in astratto, al netto delle considerazioni avanzate dai giudici internazionali. Infatti queste ultime, pur presenti, sono poco più che uno spunto per interessere ragionamenti, con l'obiettivo di elaborare una teoria coerente e possibilmente non banale di interpretazione evolutiva. A questo proposito, nel corso del capitolo si sottolineeranno le complesse dinamiche su cui essa si basa, mettendo in risalto i problemi più o meno estesamente studiati nella letteratura specialistica e tentando di darne una soluzione. L'approccio seguito sarà quindi quello prescrittivo, nel senso che ciò che mi propongo è di sviluppare una corretta nozione (e indicare il corretto uso) dell'interpretazione evolutiva. Nel farlo mi avvarrò, tra le altre cose, degli strumenti offerti dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che sanciscono il canone interpretativo oggi in vigore nelle relazioni tra Stati e rappresentano un indispensabile supporto per capire la logica dell'interpretazione.

Nei due capitoli seguenti la teoria verrà integrata dalla prassi. Tutto quanto emerso in precedenza – il primato della volontà delle parti, il ruolo e il funzionamento dei mezzi interpretativi previsti dall'articolo 31 – verrà calato all'interno di due contesti normativi molto diversi tra loro: quello dell'Organizzazione mondiale del commercio (capitolo secondo) e quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (capitolo terzo). L'approccio diviene da prescrittivo a descrittivo, poiché il mio scopo sarà quello di vedere come i due sistemi affrontano il tema dell'interpretazione evolutiva. Si può immaginare, infatti, che due ambiti con esigenze del tutto differenti come quelli dell'OMC (alla cui base sta un trattato scomponibile in rapporti giuridici bilateralizzabili il cui obiettivo è la concessione reciproca di vantaggi commerciali) e della CEDU (una convenzione che racchiude obblighi integrali cui gli Stati si vincolano a beneficio dei propri cittadini) impongano al giudice l'adozione di metodi interpretativi che poco hanno in comune, e che quindi anche l'interpretazione evolutiva sia messa in atto con modalità divergenti. Insomma, ciò che mi interessa comprendere è come le specificità di un ambito del diritto internazionale si ripercuotono sul modo in cui i trattati a esso afferenti vengono interpretati. Nel fare ciò non mi limiterò a riportare acriticamente la prassi prodotta all'interno di questi sistemi (e la dottrina che la commenta), ma esprimerò considerazioni personali sulla coerenza della logica interpretativa che essi fanno propria.

Nelle conclusioni, infine, tirerò le somme su quanto appreso nelle parti precedenti della dissertazione. Verificherò se l'ipotesi di partenza – ovvero l'idea che sistemi diversi interpretino diversamente – risulta confermata o, al contrario, smentita. Quest'analisi sarà condotta riepilogando le modalità con cui Organizzazione mondiale del commercio e Convenzione europea si avvicinano all'interpretazione evolutiva e maneggiano i materiali interpretativi citati dall'articolo 31 (e anche in questo caso la pura descrizione dei fatti si intreccerà alle considerazioni personali su quello che considero il corretto modo di procedere, o all'espressione di dubbi riguardanti la scarsa limpidezza, o ambiguità *tout court*, delle prassi interpretative utilizzate). Non mi esimerò comunque dal tentativo di generalizzare il risultato cui sarò pervenuto estendendolo agli altri sistemi giuridici internazionali, per cercar di capire se l'eventuale difformità metodologica nel ricorso all'interpretazione evolutiva debba essere confinato ai due regimi studiati o possa invece essere elevato a regola generale, valida almeno in potenza.

Capitolo I

L'interpretazione evolutiva nella giurisprudenza internazionale: aspetti teorici

1. Introduzione

Anche lo studioso meno interessato al tema del diritto dei trattati si sarà accorto di come questo settore sia oggi risorto e sia riuscito a imporsi all'attenzione della comunità degli internazionalisti. Negli ultimi anni si è assistito a un fiorire di pubblicazioni riguardanti la Convenzione di Vienna del 1969, e una gran quantità di monografie e commentari si sono assommati in un arco di tempo relativamente breve¹: probabilmente un numero assai maggiore dei testi che erano stati dedicati all'argomento durante i primi trent'anni di vita di quel trattato. È possibile che la spinta verso questa proliferazione della letteratura sul tema dipenda dall'esigenza – sentita in modo sempre più pressante col passare del tempo – di «spolverare» lo specchio della consuetudine; di accertarsi cioè che la Convenzione del 1969 rispecchi ancora il diritto non scritto o, al contrario, di liberarsi una volta per tutte di questo convincimento. L'idea che la Convenzione di Vienna corrispondesse in buona misura, al momento della sua adozione, a una codificazione del diritto consuetudinario ha infatti caratterizzato la vita di questo strumento, fino a diventare un luogo comune dottrinale. Tale opinione si è poi rafforzata nel corso degli anni, col moltiplicarsi dei riferimenti alle norme del trattato operati dalle più diverse istanze giurisdizionali internazionali: chi avesse nutrito

¹ Per citare solo i volumi di tipo generalista – cioè non riguardanti aspetti specifici del diritto dei trattati – editi negli ultimissimi anni: M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009; A. Orakhelashvili, S. Williams (a cura di), *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2010; E. Cannizzaro (a cura di), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011; O. Corten, P. Klein (a cura di), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011; O. Dörr, K. Schamlenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, New York, 2012.

dei dubbi sulla natura prevalentemente dichiarativa² della Convenzione avrebbe comunque dovuto rassegnarsi al fatto che, se anche non era sempre stata, essa era diventata diritto consuetudinario in tutte le sue disposizioni più significative.

Il fenomeno della frammentazione del diritto internazionale contribuisce a gettare un'ombra su questa certezza³. Il notevole aumento del numero dei tribunali internazionali e la contemporanea – ed evidentemente correlata – impressione di accresciuta autonomia di cui godrebbero le varie branche di cui si compone il diritto internazionale hanno portato a domandarsi se è davvero inevitabile che le norme che disciplinano trattati di diversa materia debbano essere identiche, e che tutti i giudici internazionali debbano comportarsi allo stesso modo a prescindere dall'ambito in cui si trovano a operare. Del resto, è a prima vista tutt'altro che implausibile l'idea che settori sempre più specializzati, in cui si trovano ad agire (in qualità di controllati e controllori) attori dotati di competenze sempre più tecniche e mossi da fini che mutano radicalmente a seconda dell'area considerata, siano governati da regole che rispondono alle diverse necessità degli «ambienti» di riferimento. Forse bisogna mettere in conto che il diritto viennese dei trattati, codificato in un periodo in cui una simile diversità non era ancora esplosa, non è sufficientemente elastico per accomodarla.

Com'è comprensibile, ammettendo anche solo in via ipotetica la bontà di questa supposizione, rimane il fatto che le peculiarità delle varie branche del diritto internazionale possono esercitare una pressione differente sulle diverse parti che compongono il diritto dei trattati. Per esempio, un trattato di protezione ambientale potrà, diversamente da un trattato sugli investimenti, richiedere un cambiamento della norma concernente gli effetti sui terzi delle sue disposizioni (artt. 34-38 della Convenzione di Vienna)⁴, mentre un patto posto a tutela dei diritti umani sarà interessato dalla disciplina della portata territoriale degli obblighi (art. 29

² L'ovvio richiamo è alla terminologia utilizzata dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Piattaforma continentale del Mare del Nord (Repubblica federale di Germania c. Danimarca e Olanda)*, Sentenza, I.C.J. Reports 1969.

³ Sulla nozione di frammentazione il rimando obbligatorio è a M. Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 2006 (pur se l'autore – Relatore speciale della Commissione di diritto internazionale su questo tema – adotta una prospettiva tendenzialmente ostile all'idea che il fenomeno giuridico internazionale possa risultare realmente frantumato a causa dell'operare incrociato di numerosi giudici).

⁴ Si pensi al «regime oggettivo» istituito dal Trattato antartico (1961): v. B. Simma, *The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an 'Objective Regime'*, in «Cornell International Law Journal», XIX, 1986.

della stessa)⁵ o della successione tra Stati – cui è interamente dedicata la Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati rispetto ai trattati (1996)⁶ – più di quanto lo sia uno strumento giuridico di natura commerciale. Non deve stupire dunque che lo stesso approccio settoriale sia stato adottato anche in relazione al tema dell’interpretazione delle norme di diritto internazionale: un ambito, è bene sottolinearlo, che non ha vissuto meno intensamente quella reviviscenza del diritto dei trattati cui ho fatto accenno sopra⁷. Ed ecco, dunque, l’estendersi di una produzione scientifica che studia il processo interpretativo nelle sue numerose declinazioni particolari⁸.

⁵ A titolo puramente esemplificativo cito il caso celebre in materia, ovvero *Loizidou c. Turchia*, sentenza del 18 dicembre 1996, ricorso n. 15318/89 (in cui lo Stato convenuto è ritenuto responsabile degli atti commessi – per interposta persona giuridica – nel territorio della Repubblica turca di Cipro del Nord).

⁶ M.T. Kamminga, *State Succession in Respect of Human Rights Treaties*, in «European Journal of International Law», VII, 1996.

⁷ Senza la volontà di essere esaustivo: R. Kolb, *Interpretation et creation du droit international: esquisses d'une hermeneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2006; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007; R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2008; A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; M. Fitzmaurice, O. Elias, P. Merkouris (a cura di), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2010.

⁸ Sempre limitando il campo delle citazioni alle opere monografiche pubblicate nello scorso lustro, troviamo il diritto del commercio internazionale (I. Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford 2009), il diritto internazionale tributario (M. Schilcher, P. Weninger, *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*, Linde, Wien, 2008), il diritto internazionale degli investimenti (J.R. Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2012) e il diritto internazionale dei diritti dell’uomo (H. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, Mortsels, 2011). Naturalmente la lista si allunga se si prendono in considerazione i contributi pubblicati su rivista e se si considerano autonomamente le sottocategorie tematiche (per es., il diritto della proprietà intellettuale, vicino al diritto del commercio) o le investigazioni sotto una luce «interpretativista» di temi e problemi difficilmente catalogabili come aree del diritto (per es., C.F. de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2007; K.H. Kaikobad, *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; D.A. Desierto, *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2012). Va altresì precisato che non necessariamente lo studio della teoria e della pratica dell’interpretazione legate a un determinato ambito ha come fine quello di dimostrare l’esistenza di un *self-contained regime* interpretativo: talvolta è così, mentre altre volte si è più semplicemente in presenza di testi che intendono raccogliere la prassi e la giurisprudenza afferenti a un determinato ramo della professione.

Da quanto detto sopra risulta che non può essere esclusa in partenza la possibilità che il passare del tempo abbia operato uno scollamento tra le norme del diritto dei trattati – e, in particolare, quelle sull’interpretazione delle disposizioni pattizie – così come cristallizzatesi nella Convenzione di Vienna e quelle cui effettivamente ricorrono i giudici internazionali. In ciò non vi sarebbe nulla di strano: gli Stati non possono intavolare continui negoziati per far sì che il diritto internazionale sia sempre in sintonia con i bisogni sociali. Se già è difficile aggiornare con sistematicità il diritto interno, la cui produzione è regolata dal principio maggioritario, l’obiettivo diventa ancor più ambizioso a livello internazionale, dove di frequente si ambisce al raggiungimento del consenso. Strumenti giuridici nuovi vengono approntati solo quando la frattura tra la *lex lata* e quella che viene percepita come *lex ferenda* si amplia in una misura considerata inaccettabile; e talvolta neppure in quel caso. In tutte le altre circostanze, diversamente, il dislivello è destinato a rimanere, a meno che i giudici non si facciano carico di colmarlo. È quello che si chiama «attivismo giudiziale». Sul fenomeno è stato scritto tanto, anche con riferimento al piano internazionale, e non è mia intenzione indagarlo in profondità. Basterà dire che si tratta di una nozione piuttosto vaga, nella quale confluiscono sia l’idea di interpretazione del diritto, sia quella della sua creazione per mano del giudice⁹. In sintesi, si ha attivismo giudiziale quando una corte cui è demandata la risoluzione di una controversia si lascia guidare da considerazioni di natura non strettamente giuridica al fine di determinarne l’esito¹⁰.

Se prendiamo per buona questa definizione, non dovremmo avere grandi difficoltà a comprenderne il carattere problematico. Ci si può innanzitutto chiedere quali siano le considerazioni di tipo non giuridico che possono indirizzare verso la corretta decisione di un quesito di diritto, e anche – anzi, soprattutto – quali di esse sono da considerare legittime e quali no. Come si vedrà nel prosieguo del capitolo, infatti, il giudice che è chiamato a compiere delle scelte agisce in un contesto ampio in cui gli aspetti giuridici, linguistici e sociali non sono sempre facilmente distinguibili. Pensare, sulla scia del giuspositivismo ottocentesco, che fin dall’inizio il diritto contenga in sé tutte le risposte, qualunque sia l’interrogativo che ci si pone, è un punto di vista ampiamente superato dalle teorie interpretative contemporanee¹¹. L’apparato normativo è in continuo dialogo con la realtà

⁹ La prima sarà oggetto, nella ristretta ottica dell’interpretazione evolutiva, del presente elaborato. Sulla seconda, invece, cfr. tra gli altri il numero monografico che il German Law Journal ha di recente dedicato al tema del *judicial lawmaking*: «German Law Journal», II, 2011, 5.

¹⁰ V. B.A. Garner (a cura di), *Black’s Law Dictionary*, West, St. Paul, 2004⁸, p. 2473.

¹¹ Non mi riferisco solo alle dottrine cosiddette postmoderne (sulle quali v. G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna 2001), ma anche alle scuole «classiche» del realismo giuridico e del giusnaturalismo

fattuale, un dialogo in cui entrambi i partecipanti mutano in base alle reazioni dell'interlocutore.

Proprio questo cambiamento costituisce un secondo aspetto problematico che vale la pena di sottolineare. È un luogo comune, infatti, affermare che esistono sedi appropriate per la modifica del diritto, e aggiungere che queste sedi sono i parlamenti e non, invece, i tribunali. Nonostante la questione risulti notevolmente semplificata se posta in questi termini, non si può negare che ci sia molto di vero in quell'idea. La modifica del diritto presuppone una responsabilità del suo creatore che il giudice semplicemente non possiede, essendo egli un agente della legge anziché dell'opinione pubblica. Poiché non è tenuto a rendere conto a nessuno del suo operato, egli non può vedersi come legittimato a compiere scelte che spettano solo ai membri della comunità (individui o Stati che siano) o ai loro rappresentanti. D'altro canto, chiunque ammetterà che il concetto di diritto è indissolubilmente legato a quello di giustizia, e che colui che amministra il primo non possa disinteressarsi completamente della seconda¹². In questa prospettiva, l'arbitro di una controversia può essere in una certa misura autorizzato a prendere in considerazione il modo in cui le astratte norme che vengono in rilievo si relazionano alle circostanze del caso. Si tratta, insomma, di trovare il giusto equilibrio tra la modifica (non permessa) della regola e il suo (lecito) adattamento alle condizioni fattuali che la fanno sembrare ingiusta.

Questa via di mezzo è quella lungo la quale si incammina l'interpretazione evolutiva, e l'intento di questo capitolo è quello di comprenderne il funzionamento a livello internazionale. Prima di andare a vedere di preciso cos'è e quali sono i suoi fondamenti giuridici, credo che sia bene spiegare qual è l'utilità pratica di individuare una terza strada che si colloca tra l'interpretazione e la modifica del diritto.

(che collocano entrambe il «vero» diritto al di fuori della formulazione linguistica delle disposizioni, seppur in luoghi diversi), e pure a uno studioso come Dworkin, che nonostante il suo convincimento dell'esistenza di una risposta giusta in ogni caso (anche difficile) che si presenti, si pone in opposizione al positivismo (R. Dworkin, *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano 1990). Del resto, anche rimanendo nel ristretto ambito della teoria internazionalista ci si può imbattere in posizioni «nichiliste» secondo cui le norme sono statuite da atti di volontà umana: v. H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino 1979.

¹² La questione è, come si suol dire, annosa. Nell'impossibilità di darne conto in maniera esaustiva tramite rimandi bibliografici, mi limiterò a due riferimenti circoscritti alla teoria internazionalista: T. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, Oxford 1995 (per il quale il diritto internazionale è entrato nella sua fase post-ontologica, che chiede di abbandonare le domande sulla sua esistenza per abbracciare quelle sulla sua correttezza morale) e D. French, *Global Justice and the (Ir)relevance of Indeterminacy*, in «Chinese Journal of International Law», 8, 2009.

2. Ipotesi sul portato della nozione di interpretazione evolutiva

Come accennato poco sopra, non è semplice distinguere tra interpretazione e modifica di una norma. Molto spesso tra le due corre una differenza sottile e di difficile percezione. Questo perché l'inevitabile irriducibilità dell'una rispetto all'altra viene mitigata dall'esistenza di un tipo di interpretazione – quella evolutiva, appunto – che *prima facie* partecipa di entrambe. Se da un lato essa dichiara assieme all'interpretazione «convenzionale» la propria fedeltà al diritto esistente, negando ogni volontà di rottura con esso, dall'altro l'interpretazione evolutiva condivide con la modifica l'ambizione di rinnovare le norme che sente come datate e, perciò, ormai inadeguate: due obiettivi in apparenza antitetici. Eppure sembra che l'eventualità dell'esistenza di questo fenomeno «del terzo tipo» possa essere ricostruita *a contrario* a partire dall'individuazione delle sue (più o meno ipotetiche) conseguenze pratiche. In altre parole, se si riesce a cogliere i caratteri empirici che contraddistinguono l'operare dell'interpretazione evolutiva da quella dell'interpretazione semplice e della modifica, allora diventa utile attribuire piena autonomia a quella nozione, e necessario tracciarne i confini.

Partiamo da una considerazione banale. Com'è risaputo, in termini di conseguenze giuridiche la differenza tra interpretazione e modifica del diritto sta nel fatto che la prima agisce con effetti *ex tunc*, cioè risalenti fino al momento della creazione dello strumento giuridico interpretato, mentre la seconda ha validità *ex nunc*, ovvero limitata al periodo successivo all'atto modificativo. Di primo acchito pare difficile individuare una terza opzione rispetto a questi due estremi. E dato che in fin dei conti il fine dell'interpretazione – e il compito dell'interprete – è quello di scoprire il significato di una disposizione, ovvero il senso che ha e ha sempre avuto, sembra ragionevole poter attribuire effetti retroattivi all'interpretazione evolutiva. Eppure forse esiste una strada alternativa, il cui spunto viene suggerito da un vecchio parere della «Corte mondiale».

È il 1931, e la Corte permanente di giustizia internazionale viene investita del compito di fornire un parere sulla legittimità dell'esclusione di alcuni bambini dalle scuole della minoranza tedesca in Polonia. Questi istituti scolastici, previsti nel quadro di un trattato stipulato da Germania e Polonia al fine di tutelare la minoranza di lingua tedesca residente nella Slesia settentrionale (appartenente al territorio polacco), ammettevano l'accesso degli studenti sulla base di una dichiarazione fornita dai responsabili della loro educazione e non assoggettabile al sindacato delle autorità locali polacche. Posto di fronte alla violazione di questa disposizione da parte della Polonia, il Consiglio della Società delle Nazioni adotta una

risoluzione che istituisce un sistema di accertamento linguistico cui subordinare la possibilità dei ragazzi di frequentare le scuole di lingua tedesca: una soluzione di compromesso abbastanza chiaramente in contrasto con la lettera della Convenzione del 1922 sulla protezione della minoranza. Chiamata a delucidare gli effetti della sua opinione, la Corte afferma che:

Though, in accordance with the rules of law, the interpretation given by the Court to the terms of the Convention has retrospective effect – in the sense that the terms of the Convention must be held to have always borne the meaning placed upon them by this interpretation – it does not follow that the results of the purely practical measures to which the Council legitimately had recourse in order temporarily to obviate the difficulties resulting from the uncertainty prevailing as to the meaning of the rules to be applied, are necessarily null and void.¹³

Nel brano sono espressi in maniera limpida e concisa due importanti concetti. Il primo è la già citata retroattività del fenomeno interpretativo: è opportuno presumere che un testo abbia sempre avuto lo stesso significato, a prescindere dal riconoscimento, più o meno aperto, del fatto che in un periodo precedente a esso ne fosse stato attribuito uno diverso. Certo, si potrebbe pure ribattere che la Corte è assolutamente chiara quando afferma che la risoluzione del Consiglio non mira a interpretare la Convenzione, bensì a individuare una soluzione dichiaratamente provvisoria al problema che gli è stato sottoposto¹⁴. Ciò non è però in contrasto con il «retrospective effect» dell'interpretazione, e con l'idea che questo effetto sia «in accordance with», e cioè richiesto da, «the rules of law». Questo esito, ovvia conseguenza della natura del fenomeno interpretativo, rischia però di scontrarsi con un altro dettame dello stato di diritto, e cioè quello che vieta la retroattività delle norme penali. E all'obiezione secondo cui il diritto internazionale penale è quello che vede negli individui e negli organi governativi (*de jure* o *de facto*) gli autori di crimini internazionali, si può rispondere che la responsabilità internazionale nel suo complesso può comportare conseguenze tanto rilevanti da rendere perlomeno plausibile l'invocazione, in quel contesto, del divieto di retroattività. Nel caso in esame, per esempio, l'annullamento della risoluzione del Consiglio avrebbe reso

¹³ *Accesso alle scuole della minoranza tedesca in Alta Slesia*, Parere consultivo (1931), PCIJ (Series A/B) No. 40, par. 57.

¹⁴ Ivi, parr. 51-53, 58.

illegittime le misure statali di adempimento, esponendo chi le aveva adottate alle eventuali contromisure dello Stato leso.

Una risposta al problema sembra venire dal secondo concetto espresso nel brano citato, riguardante la natura «fittizia» della presunzione di retroattività: l'estensione verso il passato della più recente delle interpretazioni non è infatti accompagnata da un coestensivo allungamento dei suoi effetti giuridici. In altre parole, gli atti in sintonia con la vecchia interpretazione ma in conflitto con quella nuova non sono privati della loro efficacia per il periodo che termina nel momento in cui l'interpretazione muta. Per quanto possa sembrare singolare, o addirittura illogico, tale principio è stato confermato dalla prassi. Bindschedler-Robert mostra come siano molti e diversificati i casi in cui un effetto *prima facie* retroattivo non sia in realtà tale, essendo gli obblighi di comportamento scaturiti da norme nuove comunque rivolti all'azione presente e futura, ma mai passata, degli Stati che ne sono destinatari¹⁵. Lo stesso ragionamento sarebbe altrettanto valido, e dunque replicabile, nel caso dell'annullamento retroattivo – in via interpretativa – di un atto, poiché gli Stati (compresi gli Stati terzi) dovrebbero sì agire come se questo non fosse mai esistito, ma non potrebbero rimettere in discussione una qualsiasi situazione di diritto che non fosse effetto immediato dell'atto: «la situation antérieure n'a pas à être revue sous l'angle de la norme de comportement qui eût été valable si l'acte n'avait pas existé»¹⁶.

Resta naturalmente da vedere cosa intendere con ciò che Bindschedler-Robert chiama «effet non immédiat»: sembra certo di potervi ricondurre la responsabilità da illecito – la quale sarebbe dunque esclusa per le azioni rispettose dell'atto fino a quando questo non è annullato – ma non tutte le conseguenze che su di essa generalmente insistono. Tra esse, per esempio, l'obbligo di riparazione del danno (in tali circostanze il risarcimento si trasformerebbe in un mero indennizzo)¹⁷. Allo stesso modo, e dal punto di vista non più solo dello Stato ma anche

¹⁵ D. Bindschedler-Robert, *De la rétroactivité en droit international public*, in *Recueil d'études de droit international en hommage de Paul Guggenheim*, Imprim. de la Tribune, Genève, 1968, pp. 191 ss. Tra le categorie citate, troviamo i trattati e le decisioni internazionali che impongono un obbligo di restituzione, i trattati che riguardano la risoluzione giurisdizionale delle controversie e quelli che si riferiscono a un'epoca precedente la loro entrata in vigore per stabilire obblighi a tale epoca relativi: il fatto che si faccia riferimento non soltanto a norme pattizie ma anche a decisioni è di contrasto all'obiezione che sia la volontà delle parti a legittimare la sospensione del divieto di retroattività. Del resto, come già esplicitato, l'autrice ritiene che di quest'ultima non si possa parlare.

¹⁶ Ivi, p. 196.

¹⁷ Da questo punto di vista, si noti la somiglianza con le conseguenze della commissione di un fatto (altrimenti) illecito in seguito all'invocazione delle cause escludenti l'illiceità: v. art. 27(b) del Progetto di articoli della

del giudice internazionale, è facile che i comportamenti «censurati», pur non suscettibili di sollevare la responsabilità internazionale di chi li commette, non potrebbero essere legittimamente utilizzati ai fini della formazione di una norma consuetudinaria.

Se le cose stanno veramente così, siamo di fronte a qualcosa che potrebbe essere definito come un terzo *genus* a metà tra interpretazione e modifica del diritto: della prima esso condividerebbe la validità *ex tunc*, della seconda l'efficacia *ex nunc* delle conseguenze giuridiche più rilevanti. Si tratta comunque di una semplice ipotesi. A mia conoscenza, la giurisprudenza internazionale – a parte il caso citato¹⁸ – non si è mai espressa in modo chiaro sul tema. C'è dunque ampio spazio per speculare sulla possibilità che l'interpretazione evolutiva conduca a tali esiti pratici, sull'iscrizione di questo o quell'effetto tra le conseguenze ammesse o proibite, e sull'eventualità che il risultato sia diverso *ratione materiae*, cioè a seconda dell'oggetto dell'interpretazione.

Rimanendo nel campo delle congetture, infine, si può immaginare una seconda caratteristica dell'interpretazione evolutiva, capace di differenziarla sia dall'interpretazione semplice che dalla modifica del diritto. Se la sua prima (presunta) qualità consisterebbe nel distinguere tra le conseguenze retroagenti e quelle limitate al solo futuro, la seconda permetterebbe di collocare nel tempo il punto in cui quel «futuro» inizia. Anche in questo caso, quindi, saremmo in grado di individuare un terzo genere a metà tra interpretazione – la cui vita parte nel momento in cui si dà l'oggetto giuridico – e modifica – che per definizione non può precedere l'atto modificativo. Non è detto infatti che il momento in cui l'interprete riconosce l'avvenuta evoluzione di una norma corrisponda al momento in cui essa è realmente mutata; al contrario, è ben difficile che ciò accada. Nella maggior parte dei casi, invece, il cambiamento sarà avvenuto in un periodo intermedio tra la creazione della regola e la pronuncia dell'interprete: quest'ultimo potrà dunque individuare la data dell'evoluzione e fissare di conseguenza il giorno a partire dal quale si dispiegano i suoi effetti¹⁹. Per questo

Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità internazionale degli Stati (*Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, p. 85).

¹⁸ Il lettore potrebbe giustamente obiettare che il parere della Corte permanente non riguarda un caso di interpretazione evolutiva, bensì uno di interpretazione «semplice». Vero, ma ciò che ho inteso fare è sottolineare la possibilità di separare le idee, di norma considerate inscindibili, di carattere *ex tunc* dell'interpretazione e retroattività di tutti i suoi effetti. Del resto il giudizio della Corte confligge con delle misure – quelle del Consiglio – intese ad avere efficacia solo «temporarily»: e qual è l'inevitabile conseguenza dell'interpretazione evolutiva, se non quella di evidenziare la natura transeunte della vecchia interpretazione?

¹⁹ Non vorrei che mi si attribuisse l'ingenuità di pensare che l'individuazione di quel punto nell'arco temporale sia cosa facile o, addirittura, sempre possibile. Come ha notato qualcuno, è arduo stabilire con precisione quale

motivo, anche ipotizzando l'irretroattività della responsabilità internazionale scaturita dal mutamento di una norma in via interpretativa, il giudice potrà «retrodatare» l'evoluzione e dichiarare di conseguenza la commissione di un illecito.

I materiali su cui l'interprete si può basare per determinare l'origine temporale di un cambiamento di significato sono relativamente eterogenei. Egli può farlo fondando il proprio ragionamento su un'evoluzione della lingua, oppure sul mutamento delle circostanze fattuali, o ancora sull'estendersi di una certa prassi interpretativa tra gli Stati parti di un trattato. Analizzerò nel dettaglio questi e altri fattori più avanti, in questo capitolo²⁰. Ora credo sia giunto il momento di abbandonare le pur importantissime supposizioni sul funzionamento pratico dell'interpretazione evolutiva per presentare alcune delle più note sentenze emesse in materia dalle istanze giurisdizionali internazionali. Ciò aiuterà a comprendere meglio la natura dell'interpretazione dinamica²¹ e permetterà di introdurre concetti che torneranno utili nel corso della trattazione.

3. Alcuni casi di interpretazione evolutiva nel diritto internazionale

In questa introduzione intendo mettere da parte le considerazioni puramente teoriche per passare in rassegna due situazioni in cui il diritto internazionale generale si è confrontato con l'idea di interpretazione evolutiva²². L'obiettivo non è dunque quello di offrire una

sia il diritto esistente in un giorno particolare del calendario (v. J. Crawford, T. Viles, *International Law on a Given Day*, in J. Crawford, *International Law as an Open System*, Cameron May, London, 2002). Tuttavia, ciò non elimina né la presunzione che in ogni dato momento il sistema giuridico abbia una certa conformazione, né il fatto che lo studio dei materiali rilevanti permetta di disegnarne una mappa «cronologica» anche solo approssimativa. In fin dei conti, in molti casi non importerà conoscere il momento esatto in cui una disposizione è evoluta, ma sarà sufficiente sapere che l'atto di cui si vuole scoprire l'eventuale illiceità è stato commesso in un periodo in cui il mutamento è di certo già avvenuto, o altrettanto certamente non lo è.

²⁰ V. *infra*, par. 5.

²¹ Seguendo l'uso anglosassone, utilizzo questa espressione in maniera perfettamente intercambiabile con quella di interpretazione dinamica.

²² Il contesto di riferimento è appunto quello del diritto internazionale «universale», ovvero quello non settoriale, dal momento che dei regimi speciali mi occuperò nel capitolo 2 (diritto del commercio internazionale) e nel capitolo 3 (diritto internazionale dei diritti umani). Più che alludere a un'irriducibile incomunicabilità tra sistemi, questa suddivisione mira a sottolineare le peculiarità delle «leges speciales», che si differenziano da una «lex generalis» che costituisce un ambiente di studio maggiormente neutro e, di conseguenza, più adatto a fungere da punto di partenza della ricerca.

panoramica completa dei «luoghi» giurisprudenziali in cui quel concetto ha fatto la sua comparsa, bensì quello di cominciare ad analizzare la struttura logica delle argomentazioni offerte dai giudici internazionali a supporto della loro scelta di far evolvere il significato di una norma. Ciò permetterà di individuare utili spunti di riflessione, che nel resto del capitolo costituiranno il materiale di base per l'elaborazione di una teoria critica dell'interpretazione evolutiva.

Entrambi i casi sono estremamente noti. Il primo riguarda l'opinione consultiva resa dalla Corte internazionale di giustizia nel caso riguardante il comportamento del Sudafrica in territorio namibiano. Nel 1971 la Namibia era ancora sotto il mandato fiduciario che le Nazioni Unite avevano attribuito al Sudafrica, la quale aveva esteso al territorio affidatole la politica di *apartheid* che essa stessa applicava entro i propri confini. A quel tempo la segregazione razziale era già stata ripetutamente oggetto di condanna da parte della comunità internazionale, tanto che il caso namibiano era stato portato dinanzi alla Corte sulla base dell'articolo 22 del Patto della Società delle Nazioni, disposizione attraverso la quale era stato istituito il sistema dei mandati e della quale l'organo giudiziale dell'ONU aveva già riconosciuto la persistente validità (individuando nelle Nazioni Unite il nuovo destinatario dei rapporti periodici che lo Stato mandatario avrebbe dovuto inoltrare). Con una delle decisioni più travagliate della storia della Corte internazionale, il Sudafrica si era aggiudicato con margine minimo una prima vittoria, che fu però contestata e divenne oggetto di un secondo giudizio, questa volta favorevole agli Stati che avevano promosso l'opinione consultiva. In quest'ultima la Corte si espresse a proposito degli obblighi delle potenze mandatarie, che secondo il citato articolo 22 comprendevano la «sacra missione di civilizzazione» (*sacred trust of civilization*). Conviene citare per esteso il lungo passaggio:

Mindful as it is of the primary necessity of interpreting an instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion, the Court is bound to take into account the fact that the concepts embodied in Article 22 of the Covenant – "the strenuous conditions of the modern world" and "the well-being and development" of the peoples concerned – were not static, but were by definition evolutionary, as also, therefore, was the concept of the "sacred trust". The parties to the Covenant must consequently be deemed to have accepted them as such. That is why, viewing the institutions of 1919, the Court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United

Nations and by way of customary law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation. In the domain to which the present proceedings relate, the last fifty years, as indicated above, have brought important developments. These developments leave little doubt that the ultimate objective of the sacred trust was the self-determination and independence of the peoples concerned. In this domain, as elsewhere, the *corpus iuris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore²³.

Compare in questa sede la più famosa formulazione del «fortunato» principio secondo cui l'evoluzione di una norma può basarsi sul carattere generico di uno o più dei termini in essa contenuti. Le nozioni di benessere e di sviluppo, affermano i giudici, sono evolutivi «by definition», ed è questa loro peculiare natura che permette – meglio: impone – di tenere in considerazione gli sviluppi che il diritto ha conosciuto dalla nascita della disposizione fino al momento in cui essa viene interpretata. Perché se è vero che, come ricorda la Corte, uno strumento giuridico va interpretato conformemente alla volontà delle parti al momento della conclusione dell'accordo, è parimenti vero che il contenuto di questo accordo, qualora sia fondato su concetti intrinsecamente vaghi, è libero di mutare rimanendo pur sempre entro i confini di quanto stabilito dai contraenti. Anzi, forse non si tratta di libertà: il cambiamento di significato, nelle parole dei giudici, sembra quasi necessario («its interpretation cannot remain unaffected»). In questo senso si può quasi dire che nel momento stesso in cui le parti di un trattato decidono di includervi termini generici, esse si legano le mani e mettono in quelle della sorte il significato delle norme su cui si sono accordate. In altre parole, quei termini prendono vita propria, indipendente dalla volontà delle parti (perché già espressa a suo tempo e in senso tanto ampio da permettere l'evoluzione).

Il caso delle conseguenze giuridiche della presenza sudafricana in Namibia è celebre, ed è ormai assunto a caso di scuola in tema di interpretazione evolutiva. Il lettore accorto capirà bene, però, che non si tratta di una costruzione ermeneutica particolarmente sofisticata. Basare un'interpretazione dinamica su quell'intenzione delle parti che si sostanzia nella scelta di utilizzare parole o concetti generici rappresenta un automatismo che, molto probabilmente, non rende giustizia alla complessità del ruolo dell'interprete. Nonostante ciò, a distanza di alcuni decenni l'approccio della Corte internazionale di giustizia non è mutato in maniera

²³ *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza del Sudafrica in Namibia (Africa sudoccidentale) nonostante la Risoluzione del consiglio di Sicurezza 276 (1970)*, Parere consultivo, I.C.J. Reports 1971, par. 53.

significativa. Ne è un esempio il caso relativo ai diritti di navigazione che ha visto opporsi, recentemente, Costa Rica e Nicaragua. I due Stati latino-americani, il cui confine è segnato dal tragitto del fiume San Juan, avevano stipulato nel diciannovesimo secolo un trattato che avrebbe garantito a una delle parti (il Nicaragua) la sovranità sulle acque del fiume e all'altra il diritto di navigarlo liberamente purché «con objetos de comercio». A distanza di un secolo e mezzo, constatata l'impossibilità di trovare un accordo sul preciso significato di quell'espressione, i due contraenti interrogano la Corte, chiedendole, tra l'altro, di valutare l'eventualità che il termine «comercio» contempri attività economiche inesistenti al momento della conclusione dell'accordo (quale, per esempio, il turismo). Dopo aver ribadito quanto già detto in *Conseguenze giuridiche* in merito alla necessità di interpretare un trattato alla luce della volontà delle parti («which is, by definition, contemporaneous with the treaty's conclusion»²⁴), i giudici sostengono che ciò non significa che non si possa tenere conto del mutamento di significato di un termine generico, qualora esso occorra. Al contrario:

[...] where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is "of continuing duration", the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning.

67. This is so in the present case in respect of the term "comercio" as used in Article VI of the 1858 Treaty. First, this is a generic term, referring to a class of activity. Second, the 1858 Treaty was entered into for an unlimited duration; from the outset it was intended to create a legal régime characterized by its perpetuity.

68. This last observation is buttressed by the object itself of the Treaty, which was to achieve a permanent settlement between the parties of their territorial disputes²⁵.

Anche in queste circostanze i giudici fanno leva sulla vaghezza della lingua di una norma per consentirne l'evoluzione. In questo caso, però, la presunzione che vede nella scelta di termini generici – «as a general rule» – l'intenzione delle parti di affidarne il significato allo scorrere del tempo si innesta su un elemento oggettivo (o considerato tale), e cioè la natura durevole del trattato. Si deve presumere infatti che i contraenti di un patto non avessero desiderato, nel

²⁴ *Controversia riguardante diritti di navigazione e correlati (Costa Rica c. Nicaragua)*, Sentenza, I.C.J. Reports 2009, par. 63.

²⁵ Ivi, parr. 66-68.

momento in cui giunsero all'accordo, assoggettare l'intera, lunga vita del trattato alle condizioni giuridiche o sociali esistenti all'epoca della stipula. Ciò può forse essere nel caso di strumenti giuridici «a termine», ma il fine stesso di quelli «a tempo indeterminato» presuppone, di norma, la volontà di creare un regime giuridico adattabile alla mutevole situazione esterna.

A differenza del caso sudafricano, quindi, in quello che vede opporsi Costa Rica e Nicaragua si introduce un fattore oggettivo (il carattere permanente del trattato) sul quale fondare la presunzione che la volontà delle parti – un elemento soggettivo, dunque – andasse realmente nella direzione di permettere ai termini generici (altro fattore oggettivo) di evolvere. Si tratta, come già accennato, di un meccanismo (quasi) automatico: date certe circostanze (presenza di concetti indeterminati all'interno di una convenzione senza termine finale), l'interprete è tenuto a riconoscere l'evoluzione della norma.

Una dinamica tutto sommato molto simile – e assolutamente identica nei suoi effetti – a quella che troviamo in un'altra pronuncia internazionale, di poco precedente il secondo caso esposto in questo paragrafo. Nel 2005, infatti, un tribunale arbitrale è chiamato a risolvere una controversia sorta tra Belgio e Olanda in merito alla riattivazione di una linea ferroviaria (il «Reno di ferro») che attraversa i due Paesi. L'oggetto del contendere è l'allocatione dei costi di modernizzazione. Secondo il Belgio essi spettano alla controparte, dal momento che la ferrovia era il frutto di un trattato della prima metà dell'Ottocento mirante a promuovere le relazioni commerciali tra le parti ed era caduta in disuso dopo la Prima Guerra Mondiale, circa due decenni dopo la cessione, da parte del Belgio, della terra e delle infrastrutture all'Olanda (che aveva concesso i diritti di sfruttamento a una compagnia nazionale). Per quest'ultima, invece, le spese devono seguire quanto statuito nell'articolo XII dello stesso trattato, che prevede l'assunzione da parte belga di ogni costo legato alla prosecuzione in terra olandese di una nuova via di comunicazione progettata dal Belgio sul proprio suolo. Dopo aver affermato che nel caso in esame non si è di fronte alla continuazione di una nuova linea bensì all'ammodernamento di una già esistente da tempo, il collegio arbitrale sancisce comunque l'applicabilità dell'articolo XII sulla base del suo scopo: quello – duraturo – di tenere aperto un canale commerciale nel tentativo di facilitare la situazione derivante dalla separazione dei due Stati. Per i giudici:

This object was not for a fixed duration and its purpose was “commercial communication”. It necessarily follows, even in the absence of specific wording, that such works, going beyond restoration to previous functionality, as might from time to

time be necessary or desirable for contemporary commerciality, would remain a concomitant of the right of transit that Belgium would be able to request²⁶.

L'attribuzione al Belgio dei costi di rifacimento della linea in base all'articolo XII, che non ne fa cenno, avviene in considerazione della natura stabile e non provvisoria dell'obiettivo che il patto si pone. È infatti questa che permette ai miglioramenti tecnologici di oltre un secolo (quelli che hanno significativamente mutato le caratteristiche delle reti ferroviarie) di entrare in gioco e trovare spazio all'interno di una disposizione che non li contemplava²⁷. La norma si apre così ai cambiamenti occorsi dopo la stipula del trattato, risultando in un'interpretazione evolutiva del diritto (per quanto, a mio avviso, piuttosto *sui generis*²⁸). Ciò che rileva, comunque, è lo schema interpretativo che viene utilizzato: nessun termine generico, ma anche in questo caso i mutamenti (non più linguistici ma sociali) entrano nel campo visivo dell'interprete grazie al carattere permanente della convenzione, che funge quindi da base giustificativa. È di un certo interesse notare come questa dinamica stia prendendo piede nel diritto internazionale (con l'esclusione del settore dei diritti umani): e se pur si tratta di un numero esiguo di casi²⁹, esso rimane assai significativo se considerato in rapporto a quelli, niente affatto numerosi, in cui i tribunali internazionali hanno affrontato direttamente il tema dell'interpretazione evolutiva. Per questo motivo vale la pena di analizzare i punti critici di queste sentenze: lo farò ora molto brevemente, per parlarne con maggior dettaglio nelle prossime sezioni.

²⁶ *Arbitration Regarding the Iron Rhine («IJzeren Rijn») Railway (Belgium v. Netherlands)*, 24 May 2005, par. 83.

²⁷ Secondo gli arbitri il diritto intertemporale «does not require the Tribunal to be oblivious either to later facts that bear on the effective application of the treaty, nor indeed to all later legal developments» (ivi, par. 79).

²⁸ L'applicazione dell'articolo XII a circostanze inizialmente non previste – si ricordi che la disposizione impone al Belgio l'obbligo di sostenere solamente i costi legati alla prosecuzione di una nuova linea – passa infatti attraverso... l'affermazione da parte del collegio arbitrale che la linea in esame non è affatto nuova! In altre parole, dapprima si asserisce che l'articolo XII non ricopre la fattispecie in esame (ivi, par. 84), e poi lo si «ripesca» attraverso l'esame dello scopo del trattato. In quest'ottica sembra di trovarsi di fronte a un'interpretazione puramente teleologica, e non già evolutiva (la quale avrebbe richiesto, appunto, la semplice evoluzione delle condizioni di applicabilità, dichiaratamente non soddisfatte). Non sorprende dunque che i giudici tirino in ballo il principio di effettività (*ibidem*).

²⁹ Oltre ai citati casi *Costa Rica c. Nicaragua* (2009) e *Iron Rhine* (2005), la stessa argomentazione è stata usata dall'Organo d'appello dell'OMC nel caso *China – Audiovisual Services* (2009): v. *infra*, Capitolo 2, p. 96.

a) Il primo termine della formula: le parole generiche

Ciò che sorprende maggiormente nei brani riportati (e in altri non riportati³⁰) è la convinzione, da parte di alcuni giudici internazionali, che esistano alcuni termini intrinsecamente generici. È questa una manifestazione della comprensibile tendenza di molti giuristi – in particolar modo di quelli che si occupano di interpretazione – a categorizzare la lingua in insiemi e sottoinsiemi di parole, accomunate da certe caratteristiche. Si tratta dello stesso processo, per esempio, che ha portato alcuni studiosi a individuare l’ambigua classe dei «termini giuridici»³¹.

Non è mia intenzione negare l’esistenza della categoria dei termini generici: al contrario, sono convinto che tutte le parole siano, in fondo, potenzialmente indeterminate, e allo stesso tempo tutte molto determinate (rispetto alle circostanze), e che quindi la classe che le racchiude sia, da ultimo, inservibile. Come si capisce, la mia non è un’accettazione della tesi dell’indeterminatezza³². Ciò che intendo dire è che qualsiasi termine è suscettibile di evolvere. Si prenda per esempio la parola «limone»: inclusa oggi in un trattato, indicherebbe univocamente il frutto aspro da tutti conosciuto. Non si può però escludere che, trascorso un certo lasso di tempo, l’evoluzione dei costumi sociali e alimentari porti a includere in quel significante anche ciò che al presente chiamiamo «limetta» (ma vale anche il discorso opposto, ovvero il distaccamento di un nuovo significante da quello vecchio: con effetti giuridici uguali e contrari). Dovrebbe l’interprete del futuro ignorare questo mutamento di significato per il semplice fatto che in passato la parola contestata era meno inclusiva? E all’obiezione secondo cui è probabile che le parti del trattato – la cui volontà rimane la bussola del giudice – non avrebbero acconsentito ad «aprire» un termine che sembrava loro sufficientemente definito, si può rispondere che lo stesso può valere per la parola «commercio»: perché non è affatto detto che i contraenti fossero in grado di prevedere o, anche qualora ne fossero capaci, avessero intenzione di accogliere i cambiamenti successivi, nonostante la maggior genericità (apparente o reale) del termine in questione. Ogni parola è in

³⁰ Si parla della categoria dei termini generici nell’opinione consultiva *Conseguenze giuridiche*, in *Costa Rica c. Nicaragua*, in *Iron Rhine* (seppur tali termini siano qui citati solo in funzione esemplificativa: v. par. 79 del lodo), in *China – Audiovisual Services* e in *Piattaforma continentale del Mar Egeo (Grecia c. Turchia)*, Sentenza, I.C.J. Reports 1978, p. 32, par. 77.

³¹ Sui termini giuridici e, più in generale, sulle questioni concernenti la lingua v. *infra*, par. 5.1.

³² Per una panoramica generale si vedano, *ex multis*, K. Kress, *Legal Indeterminacy*, in «California Law Review», LXXVII, 2, 1989, e (con un taglio non prettamente giuridico) C. Boorse, *The Origins of the Indeterminacy Thesis*, in «The Journal of Philosophy», LXXII, 13, 1975.

potenza evolutiva, e l'unica strada è quella di capire cosa intendessero fare le parti a riguardo.

b) Il secondo termine della formula: la durata del trattato

La controversia tra Costa Rica e Nicaragua è, da questo punto di vista, un indubbio passo in avanti rispetto al caso sudafricano. L'introduzione di un secondo termine nell'argomentazione giudiziale fa sì che l'intenzione delle parti possa venire in rilievo. La scelta dell'elemento da addurre come prova di questa volontà, però, pare molto opinabile. È infatti lecito supporre che la quasi totalità delle convenzioni stipulate a livello internazionale appartenga alla categoria dei «trattati durevoli», essendo probabilmente un'esigua minoranza quelli stipulati con una clausola riguardante il termine finale: di conseguenza sarebbero ben pochi gli strumenti giuridici refrattari a un'interpretazione evolutiva. Anche se si considera trascurabile questo aspetto, poi, altri problemi possono sorgere. Ci si può chiedere, per esempio, se un patto della durata prevista di cento anni non possa comunque mutare di significato, dal momento che è difficile credere che le parti desiderassero ignorare ogni cambiamento occorso all'esterno durante un lasso di tempo tanto esteso. Su questo punto, inoltre, occorrerebbe valutare l'opportunità di una tempistica differente a seconda dell'ambito materiale del trattato: perché è facile immaginare che in alcuni settori (es. quello tecnologico-scientifico) gli sviluppi si succedano più rapidamente che in altri (come quello dei patti di natura politico-diplomatica), generando una diversa percezione del tempo. Oppure ci si può interrogare sull'analogia tra termine finale e condizione risolutiva: se quest'ultima era – o poteva essere – prevista dalle parti (anche solo approssimativamente), diviene assimilabile alla statuizione di una scadenza precisa?

Insomma, la pista indicata dalla Corte internazionale di giustizia sembra offrire più domande che risposte. Ciò che rende problematico questo approccio non è tanto il suo dogmatismo – che in una certa misura è a mio avviso accettabile – quanto la mancanza di profondità dell'implicazione. Lo stesso rischio si presenta infatti nel caso, simile, in cui l'evoluzione nell'interpretazione di un trattato viene negata sulla base della supposta immutabilità dei patti che stabiliscono confini, che, secondo l'opinione comune³³, esauriscono i propri effetti nel

³³ Questo principio pare piuttosto risalente, se è vero che un tribunale arbitrale ne ha usato una versione molto simile già nel 1909. Nel caso *Grisbadarna*, infatti, il collegio incaricato da Norvegia e Svezia di dirimere una controversia vertente sull'interpretazione di un trattato che stabiliva il confine tra i due Stati, provvedeva a tracciarlo – nella parte residua – ricorrendo al diritto in vigore all'epoca della stipula: «de ce raisonnement il

momento della loro entrata in vigore. Questo ci porta a un terzo punto degno di considerazione.

c) Il grado di discrezionalità dell'interprete

Le difficoltà di utilizzo di simili criteri sono controbilanciate dalla loro capacità di fornire una guida stabile per coloro che sono chiamati a prendere una decisione. Allo stesso tempo, e come diretta conseguenza, il ricorso a principi standardizzati garantisce agli Stati – cioè ai «clienti» della giustizia internazionale – di prevedere con un certo margine di sicurezza l'esito del giudizio, la cui volatilità procede in parallelo al grado di complessità dei criteri interpretativi. Questo è senz'altro un aspetto positivo, ma non elimina un problema che si presenta nel momento in cui si guarda al processo in un'ottica intertemporale (che è poi quella propria dell'interpretazione evolutiva). Più il secondo elemento della formula viene sfrondata e ricondotto a un principio applicabile linearmente e automaticamente, più ci si disinteressa – o almeno si può presumerlo – alla ricerca della probabile volontà delle parti. Si crea quindi una specie di paradosso: la semplicità di applicazione del criterio aumenta la certezza delle parti nel presente (al momento dell'applicazione del diritto) ma rischia di disattendere le loro aspettative passate (quelle sorte nel momento della creazione del diritto), se tale criterio è nato successivamente al trattato³⁴. Nella misura in cui entrambi i valori in gioco (certezza del diritto e aderenza alla volontà delle parti) sono vevoli di tutela, la scelta tra i due si riduce a una preferenza di tipo politico³⁵.

In ogni caso la possibilità di abbandonare gli standard precostituiti per andare alla ricerca di una più realistica intenzione delle parti, o per salvaguardare principi ritenuti importanti – va da sé che si tratta di due finalità che possono condurre in direzioni opposte – rimane aperta.

résulte, que, pour constater quelle peut avoir été la ligne automatique de division de 1658, il faut avoir recours aux principes de droit en vigueur à cette époque» (RIAA, IX, p. 159). La stessa logica, del resto, sottende anche l'articolo 62(2)(a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che vede in quelli sui confini un limite all'invocazione della clausola *rebus sic stantibus*.

³⁴ È un esempio di come le stesse regole interpretative siano soggette, a mio avviso, al principio intertemporale. In proposito si spenderà qualche parola in più in seguito, *infra*, par.

³⁵ In realtà, l'opzione meno onerosa dal punto di vista processuale (ovvero quella di un criterio «dalle maglie larghe») comporta una conseguenza sul piano giuridico, dal momento che l'interprete può scegliere di applicare il parametro in modo integrale e irrevocabile oppure di farlo in maniera prioritaria, ponendo in capo alle parti l'onere della prova per il ribaltamento.

La stessa Corte interazionale di giustizia, che ha in più occasioni adottato una soluzione semplicistica, lo riconosce implicitamente nel citato passaggio tratto dalla *Controversia riguardante diritti di navigazione*: l'evoluzione basata sui termini generici contenuti in convenzioni durature vale come «general rule», quindi – si lascia intendere – suscettibile di essere estromessa a vantaggio di considerazioni più convincenti. In un altro caso, addirittura, questo principio è stato espresso dalla Corte in maniera più esplicita, sebbene forse non adeguatamente motivata. Nella decisione del caso *Isola di Kasikili/Sedudu*, riguardante una delimitazione di confini tra Botswana e Namibia, i giudici hanno sostenuto che:

In order to illuminate the meaning of words agreed upon in 1890, there is nothing that prevents the Court from taking into account the present-day state of scientific knowledge, as reflected in the documentary material submitted to it by the Parties³⁶.

Nonostante la Corte sia chiamata a lavorare su un trattato statuente confini, e quindi, in ipotesi, resistente al cambiamento, essa non rinuncia a considerare la situazione con gli occhiali delle conoscenze scientifiche odierne, naturalmente più avanzate rispetto a quelle in possesso degli uomini del 1890. Ciò dimostra la percorribilità di strade alternative rispetto a quella che sembra stia diventando il modello di riferimento della giurisprudenza internazionale. Peccato solamente che i giudici non esplicitino le basi della loro scelta. Si può ipotizzare che sia stata l'oggettiva autorevolezza della scienza a imporsi, oppure il fatto che le stesse parti, supportando le proprie pretese per mezzo di studi tecnici e con l'ausilio di esperti, abbiano implicitamente legittimato, agli occhi della Corte, il ricorso al metodo scientifico. In qualche modo queste due opzioni richiamano quella dicotomia oggettivo/soggettivo di cui vado a occuparmi ora.

d) Oggettività e soggettività dei parametri di giudizio

Si è già notato sopra che tanto il primo elemento della formula quanto il secondo si caratterizzano per la loro natura oggettiva. Che un termine sia generico è (dal punto di vista del giudice) un dato di fatto. Lo stesso si può dire della durata illimitata del trattato. Da questi due fattori l'interprete fa discendere una conseguenza soggettiva, ovvero l'intenzione delle

³⁶ *Isola di Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibia)*, Sentenza, I.C.J. Reports 1999, par. 20.

parti, attraverso una presunzione³⁷: di qui espressioni quali «[t]he parties [...] must consequently be deemed to have accepted...» e «the parties must be presumed [...] to have intended...». La questione teorica legata a un tal modo di procedere è a mio avviso molto importante, e vale la pena di prenderla in considerazione. Ritengo tuttavia che il miglior modo di farlo sia quello di calare l'opposizione tra oggettività e soggettività in contesti concreti, e cioè in relazione alle varie pratiche argomentative messe in atto dalla giurisprudenza³⁸. I due approcci affioreranno dunque più volte nel prosieguo del capitolo, a cominciare dal prossimo paragrafo. All'interno del quale, traendo spunto dalle sentenze citate per tentare di costruire anziché decostruire, darò una personale definizione di interpretazione evolutiva.

4. Cos'è l'interpretazione evolutiva

La letteratura sull'interpretazione evolutiva non è troppo vasta. Sono poi davvero pochi gli studi che non si limitano a tenerla al margine ma ne fanno l'oggetto prioritario di analisi. Perlopiù, la nozione di interpretazione dinamica è data per acquisita, e pur essendo di frequente citata dalla pubblicistica e dalla giurisprudenza internazionale, un gran numero di autori si attiene all'idea – niente affatto scorretta ma forse un po' semplicistica – secondo cui essa non sarebbe altro che un'interpretazione aggiornata ai tempi che corrono³⁹. Tuttavia quest'idea si è dimostrata tanto accattivante e lineare che ormai ha fatto la sua comparsa

³⁷ La stessa critica è mossa anche da D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, in «International and Comparative Law Quarterly», 2006, LV, pp. 296-297, il quale cita, sulle stesse posizioni, H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part One*, in «British Yearbook of International Law», LX, 1989, pp. 142.

³⁸ Di ciò si parlerà analizzando i canali dell'interpretazione evolutiva. Noto però – quasi come curiosità e perché il tema non emergerà nuovamente più avanti – che addirittura il fattore temporale, di cui si è discusso poco sopra, è stato «compresso» da tensioni oggettivanti. Nel lodo arbitrale della *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention* (Irlanda c. Regno Unito, 2003), infatti, si mette in dubbio «the need for actualization for a treaty made scarcely ten years earlier» (par. 103): come se tale esigenza dipendesse dal numero di anni trascorsi e non dagli avvenimenti occorsi in quel lasso di tempo.

³⁹ Rendere conto di questa proliferazione è impossibile, dal momento che ciò a cui faccio riferimento è il gran numero di casi in cui l'idea di interpretazione evolutiva è citata anche solo *en passant*, oppure senza pretese, da parte dell'autore, di farne il perno di una seria riflessione. Se questo non è un problema, può diventarlo nei casi in cui la stessa mancanza di approfondimento caratterizza scritti incentrati proprio su quel concetto (v., per es., K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in «German Law Review», XII, 2011, p. 1731).

persino sui manuali di diritto internazionale⁴⁰, e ciò a riconoscimento della sua accresciuta importanza tra le tecniche interpretative e della parallela impossibilità di disconoscerne la legittimità. La situazione è dunque piuttosto singolare, con relativamente pochi autori che si sono impegnati ad analizzare approfonditamente il concetto di interpretazione dinamica e, al contrario, molti che ne fanno uso corrente anche a livello non specialistico, senza interrogarsi sulla sua natura (anche se non manca chi, tra questi ultimi, ha provato a spingersi un po' più in là avanzando qualche considerazione teorica, magari non troppo solida⁴¹). In questa sede proverò dunque a dare il mio contributo, nel tentativo di capire cos'è e anche cosa non è l'interpretazione evolutiva.

La strategia migliore è quella di prendere le mosse dalla «formula» più sopra individuata, quando si sono analizzati brani tratti da alcune decisioni e si è scoperto che i giudici – nella versione più avanzata, cioè quella di *Diritti di navigazione* – incardinavano l'evoluzione dei termini generici sulla natura durevole del trattato al fine di inferire il consenso delle parti rispetto all'esito interpretativo. Provando a codificare in termini analitici questa struttura argomentativa, possiamo inferire una (bozza di) definizione, secondo cui l'interpretazione evolutiva può essere vista come costituita da tre elementi tra loro connessi: un referente interno, un agente esterno e una giustificazione che permette di legittimare l'influsso del secondo sul primo. È bene notare che negli esempi citati il primo fattore è costituito dall'appiglio testuale, il terzo dal carattere permanente dello strumento giuridico interpretato e

⁴⁰ Tra quelli italiani, v. E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 170-173, oppure A. Tanzi, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Padova 2010³, pp. 381-386 (il quale però, pur non discutendo la nozione di interpretazione evolutiva, argomenta in maniera nient'affatto scontata sul suo rapporto con l'interpretazione delle consuetudini).

⁴¹ Per esempio – per rimanere in campo manualistico – Dupuy ritiene che l'interpretazione evolutiva debba rispettare la volontà delle parti, la quale, per definizione, «n'a pu se former qu'en fonction de l'état du droit tel qu'il existait au moment de la conclusion de l'accord soumis à l'interprétation». Da questo l'autore fa discendere che «[l']interprétation dynamique ne peut donc être pratiquée dans le respect de la volonté initiale des co-contractants que lorsque les évolutions [sic] normatives générales en fonction desquelles est effectuée la réinterprétation obligent les parties elle-mêmes» (P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Paris 2008, p. 287). Il fatto che l'evoluzione dipenda da strumenti normativi che vincolano (al presente) le parti non deriva e non può derivare dal fatto che, nel passato, la loro volontà di accordarsi nascesse alla luce del diritto allora vigente: semplicemente manca un filo logico che leghi le due proposizioni. La prima frase citata, infatti, è in teoria compatibile tanto con il rifiuto di interpretare evolutivamente le norme (qualora gli Stati avessero espresso la ferma intenzione di stipulare un trattato statico), quanto – all'opposto – con l'accettazione di leggerle dinamicamente alla luce di un diritto che non vincola le parti (se queste avevano a suo tempo creduto che i termini da loro utilizzati avrebbero dovuto essere successivamente riempiti anche con significati tratti da convenzioni da loro non ratificate o da strumenti di *soft law*).

il secondo dai cambiamenti sopraggiunti, seppur non sempre correttamente considerati⁴².

Possediamo ora l'ossatura teorica su cui costruire la nozione di interpretazione dinamica. Possiamo servircene subito per sgombrare il campo da un grossolano, ma pur sempre possibile, fraintendimento. L'interpretazione evolutiva non è infatti necessariamente un'evoluzione delle interpretazioni giudiziali. Detto altrimenti e con parole che sarà difficile non sottoscrivere, quando due diverse interpretazioni di una stessa norma si susseguono, anche a distanza di molto tempo e in contesti giuridici e sociali differenti, non è detto che la seconda costituisca l'evoluzione della prima. Più semplicemente, può darsi il caso che la lettura successiva sia la correzione di quella precedente, considerata, a torto o a ragione, erronea. È bene tenerlo presente, perché ciò che differenzia i due casi – ovvero la *ratio juris* – potrebbe non essere esplicitato con sufficiente chiarezza. Occorre dunque prestare attenzione affinché le eventuali conseguenze giuridiche di ciascuna situazione (per esempio, il diritto di richiedere il risarcimento dei danni e la preclusione di ogni effetto giusgenerativo – in senso lato – della sentenza qualora una norma sia scorrettamente interpretata) non vengano applicate impropriamente.

Ne consegue che la sentenza che adotta l'interpretazione evolutiva di una certa disposizione può essere anche la prima a occuparsi di quella norma. Le regole giuridiche hanno infatti un significato a prescindere dal fatto che esso sia oppure no precisato in una decisione giudiziale, e in ultima analisi l'unica cosa che risulta necessaria è l'evoluzione effettiva – quindi anche non riconosciuta – dell'agente esterno⁴³. La presenza di un qualche tipo di cambiamento, fondamento ovvio per un'interpretazione che si definisce «evolutiva», è ciò che del resto contraddistingue, in larga parte, questo processo ermeneutico da quello che va sotto il nome di interpretazione estensiva. Le due nozioni sono infatti diverse, e c'è chi, per esempio,

⁴² Agli sviluppi tecnologici citati in *Iron Rhine* (cfr. *Iron Rhine*, par. 79) si è già accennato quando si è messa in dubbio l'appartenenza del lodo alle decisioni facenti ricorso all'interpretazione evolutiva (v. *supra*, nota 28). Del «subsequent development of law» di cui si parla nel caso sudafricano (cfr. *Conseguenze giuridiche*, parr. 52-53) si dirà a breve. In merito alla sentenza di *Costa Rica c. Nicaragua*, invece, il ragionamento è a mio avviso corretto (sui mutamenti sociali – e, di riflesso, linguistici – che modificano la nozione di commercio, cfr. *Controversia riguardante diritti di navigazione*, parr. 58-59).

⁴³ Per essere del tutto consequenziali: per esistere, l'interpretazione dinamica non ha bisogno, al pari delle interpretazioni di ogni tipo, di sentenze. Le norme evolvono di continuo a prescindere dalla convalida dei giudici. Se ciò magari è fonte di un certo «disagio», probabilmente è perché in molti casi non è facile valutare oggettivamente sia la realtà dell'agente esterno che la veridicità della giustificazione (il secondo e il terzo elemento della definizione): se si nega la prima accettando l'altra, l'ora dell'evoluzione non è ancora scoccata; viceversa, i difensori dello status quo affermano la necessità di un cambiamento per via legislativa. In questo scenario le sentenze (o la loro assenza) hanno un peso forse dirimente se poste sui piatti della bilancia.

considera illegittima la seconda e non la prima⁴⁴. Io non la vedo esattamente così. Proviamo a confrontare schematicamente i due concetti:

1) nonostante l'esistenza di due categorie denoti la diversità dei due tipi di interpretazione, non è detto che l'uno non possa condurre a esiti del tutto analoghi a quelli dell'altro. Si prenda ancora una volta come esempio la parola «commercio». Abbiamo già visto in precedenza come nella controversia tra Costa Rica e Nicaragua il termine abbia assunto col tempo nuovi significati, «ratificati» dalla pronuncia della Corte internazionale (interpretazione evolutiva). In pratica, il senso della parola in questione si è espanso. Curiosamente, quella stessa parola è stata presa in considerazione dalla Corte anche in un caso di alcuni anni prima (*Piattaforme petrolifere*, del 1996), in cui i giudici arrivano alla conclusione che per commercio deve intendersi «not merely the immediate act of purchase and sale, but also the ancillary activities integrally related to commerce»⁴⁵. Insomma, tra due possibili versioni, la Corte sceglie quella più allargata e più comprensiva (interpretazione estensiva). Gli effetti dei processi ermeneutici descritti si assomigliano, almeno nel senso di andare verso una definizione ampia del termine in oggetto. Tuttavia, solo con l'interpretazione evolutiva tale fenomeno ha carattere dinamico, dal momento che il significato si espande grazie all'influsso di un cambiamento esterno. L'interpretazione estensiva, invece, legge l'idea di commercio in maniera statica, non facendo intervenire alcun mutamento e limitandosi a rintracciare il significato (originario) voluto dalle parti. In questa luce, l'interpretazione estensiva (nell'unica accezione opponibile a quella di interpretazione restrittiva) è, in realtà, null'altro che una categoria usata in modo retorico per dire che, tra le proposte avanzate dalle parti di una controversia, si è scelta quella più inclusiva. L'interpretazione corretta di una norma può essere una sola, e quando quella che chiamiamo estensiva è giusta non può esserlo quella restrittiva, e viceversa.

2) C'è naturalmente un caso in cui interpretazione estensiva (nel senso «debole» appena definito) ed evolutiva si sovrappongono. Ciò avviene, molto banalmente, quando il giudice

⁴⁴ Mosler considera l'interpretazione evolutiva («interpretation adapted to present circumstances, and to actually existing Western European thought») «a permitted and even necessary method», mentre pensa che con quella estensiva «[t]he border line of legislation would be transgressed» (H. Mosler, *Problems of Interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in F. Kalshoven, P. Kuyper e J.G. Lammers (a cura di), *Essays on the Development of the International Legal Order: In Memory of Haro F. Van Panhuys*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn 1980, p. 160).

⁴⁵ *Piattaforme petrolifere (Repubblica islamica dell'Iran c. Stati Uniti d'America)*, Eccezione preliminare, Sentenza, I.C.J. Reports 1996, par. 49.

passa da un'interpretazione restrittiva a una estensiva (o il contrario) in base a una sollecitazione esterna, che può essere il mutamento del contesto fattuale o giuridico o, perché no, delle norme interpretative stesse. In tali circostanze torna ad affiorare l'idea di cambiamento, senza il quale l'interpretazione evolutiva non può darsi. Va altresì precisato, di converso, che il mutamento esterno è condizione necessaria ma non sufficiente. Qualora esso possa, anche se non previsto, essere fatto rientrare nel perimetro originario della norma di riferimento, quest'ultima lo racchiude senza bisogno di evolvere. Si pensi all'elezione diretta dei membri del Parlamento europeo, stabilita nel 1976 e dunque molto dopo l'estensione dell'articolo 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (diritto a libere elezioni). Per quanto nel 1952 nessuno potesse pensare all'istituzione europea come a un possibile bersaglio della norma, il testo dell'articolo 3 è evidentemente riferibile, senza bisogno di distorsioni, alla questione del Parlamento: il caso *Matthews* che è giunto a queste conclusioni, perciò, non è un esempio di interpretazione evolutiva⁴⁶.

3) Coloro che considerano inaccettabile l'idea di interpretazione estensiva attribuiscono a essa un senso «forte», in cui lettura e scrittura di una regola giuridica sono indissolubilmente intrecciate. È interessante notare che qualche studioso attribuisce un significato comparabile alla nozione di interpretazione dinamica, attribuendole effetti esplicitamente modificativi nelle situazioni in cui i valori fondamentali dell'ordinamento entrano in conflitto con la norma interpretanda⁴⁷. A ben vedere, è ciò che accade nel caso *Conseguenze giuridiche* citato. In quel frangente, infatti, la Corte fa evolvere i concetti di «sacred trust» e di «well-being and development» – invocati in apertura dell'articolo 22 del Patto della Società delle Nazioni – chiamando in causa la Carta delle Nazioni Unite così come interpretabile alla luce della Risoluzione 1514 (1960) e della prassi in materia⁴⁸. Tuttavia lo fa opponendo principi vaghi a un testo oltremodo limpido, che senza dubbio concede allo Stato mandatario il diritto di trattare il territorio sotto tutela come fosse parte del suolo nazionale, imponendogli le proprie leggi: ciò che il Sudafrica rivendicava nei confronti della Namibia. Sembra di trovarsi di

⁴⁶ *Matthews c. Regno Unito*, sentenza del 18 febbraio 1999, ricorso n. 24833/94.

⁴⁷ Eskridge, per esempio, sostiene che nel caso in cui i mutamenti avvengano nell'ambito dei valori pubblici – questo effetto si mitiga molto, ma non si annulla, qualora a cambiare sia il contesto sociale e politico – e i beni giuridici tutelati dalla costituzione siano a rischio, le nuove circostanze possano richiedere all'interprete di adottare un approccio evolutivo anche a scapito di un chiaro testo, e anche se questo è di recente approvazione: W.N. Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, in «University of Pennsylvania Law Review», 1987, CXXXV, p. 1497 (v. tabella).

⁴⁸ *Conseguenze giuridiche*, par. 52.

fronte a un caso – *ante legem!* – di applicazione dell’articolo 64 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴⁹. Invece è generalmente considerato un esempio archetipico di interpretazione evolutiva: lettura che è possibile accogliere solamente se si ammette che questo tipo di interpretazione è in grado di sovrascrivere il significato letterale di una disposizione. Nel caso di specie la presenza di una norma di *jus cogens* (il principio di autodeterminazione dei popoli) rende più accettabile questa posizione, riconducendola alla situazione summenzionata in cui l’interpretazione di una norma è «trascinata» dal mutare dei valori posti alla base del sistema giuridico. Ci si può comunque chiedere se lo stesso processo possa innescarsi qualora siano in gioco norme di minore importanza: domanda per cui è lecito ipotizzare una risposta affermativa⁵⁰.

4.1. Questioni di oggettività e soggettività

Finora ho ribadito l’indispensabilità dell’agente esterno, ovvero di un cambiamento effettivo della realtà cui il trattato si riferisce, o del modo in cui questa viene percepita. Quest’ultimo esempio ci induce però a posare lo sguardo sul terzo elemento della definizione, quello che rappresenta il motivo per cui l’evoluzione del dato fattuale (secondo elemento) incide sul dato normativo (primo elemento). Nel caso concernente la presenza sudafricana in Namibia la Corte presume, in base all’utilizzo di espressioni generiche, un’intenzione evolutiva che le parti difficilmente potevano avere al momento della stipula, data la formulazione del tutto incontrovertibile del testo. In altre parole i giudici fanno prevalere sulla cristallina disposizione che enuncia le facoltà degli Stati mandatarî quella parte di articolo in cui si evidenzia il fine della norma (ovvero il progresso dei popoli amministrati). Di fronte a due espressioni della volontà delle parti, essi scelgono dunque quella formulata in modo meno puntuale. Mi pare di poter dire che ciò è un atto di affermazione dell’oggettivo sul soggettivo.

⁴⁹ L’articolo (che recita «If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates») fa parte di una convenzione entrata in vigore soltanto nel 1980, mentre la sentenza è del 1971.

⁵⁰ Penso al famoso *dictum* col quale il giudice Huber ha formalizzato il principio del diritto intertemporale (*Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*, 4 aprile 1928, RIAA, II, p. 845) stabilendo che un fatto sorto in un particolare contesto giuridico deve dimostrare la sua perdurante validità conformandosi alle nuove circostanze di diritto. Non si tratta di un caso di interpretazione evolutiva, ma dimostra che è possibile aprire forzatamente al presente un dato del passato (che avrebbe anche potuto essere considerato – e che le parti probabilmente credevano – intangibile).

Quando si fa ricorso a questa dicotomia è bene essere accorti: si possono intendere infatti cose diverse. Nella frase che ho appena scritto, per esempio, dal momento che è naturale che anche lo scopo e l'oggetto della norma sono espressione del volere dei contraenti né più né meno del testo della disposizione, nel dire che quest'ultimo incarna il soggettivo intendo che la chiarezza linguistica della regola richiederebbe, a mio avviso, prove più solide del semplice scopo al fine di dimostrare l'intenzione evolutiva delle parti⁵¹ (magari la partecipazione di queste alla prassi successiva favorevole all'evoluzione). E se anche sono del tutto in sintonia con l'esito del caso – davvero non potrebbe essere diversamente – non si può negare che i giudici abbiano preferito un approccio oggettivo basato sui valori piuttosto che uno soggettivo basato sulle intenzioni.

Questa accezione della dicotomia si adatta bene anche al caso dei trattati duraturi. Questa è senza dubbio una categoria di tipo oggettivo, in quanto la volontà delle parti di far evolvere il testo discende da una presunzione anziché da un'indagine sulle reali intenzioni delle parti. Ora, lo stesso si può dire dell'idea secondo cui i trattati sui diritti umani sono naturalmente portati all'evoluzione. Tuttavia, questa seconda inferenza risulta più «soggettiva» dell'altra, poiché riferita a una classe di trattati meno inclusiva e operata in base a una presunzione più verosimile. In un immaginario spettro tra oggettività e soggettività, dunque, le due categorie si trovano vicine alla prima, ma a due distanze diverse dall'estremo.

Esiste poi un secondo modo di intendere la coppia oggettivo/soggettivo, anche se ho l'impressione che si differenzi dall'altro in quantità più che in qualità. Qui la distinzione pare più netta, dato che si tratta di capire se andare a cercare la volontà degli Stati nel testo del trattato, considerato congiuntamente al suo contesto e al suo scopo, oppure se interrogare direttamente gli autori tramite le loro spiegazioni passate (lavori preparatori) e future (prassi successiva). Grosso modo, è il luogo comune secondo cui l'articolo 31 della Convenzione di Vienna del 1969 condensa il metodo oggettivo mentre l'articolo 32 si ispira a quello soggettivo⁵². Ciò che è interessante notare è che in quegli ordinamenti in cui strumenti d'indagine oggettivi e soggettivi sono messi – come fa il diritto internazionale – in ordine gerarchico, magari prevedendo liste dettagliate per l'una e per l'altra categoria (com'è il caso

⁵¹ Si potrebbe ribattere questo: che un testo è chiaro solo dopo – e non prima – l'analisi del suo fine. Tuttavia, se si rilegge la norma in esame (l'articolo 22 del Patto della Società delle Nazioni), ci si rende conto che forse si è proceduto in senso contrario: non erano i diritti degli Stati a dover essere letti alla luce del concetto (evolutivo) di missione civilizzatrice (che infatti li spazza via), bensì la nozione di «sacred trust» ad acquisire significato (statico) alla luce degli incontrovertibili diritti statali.

⁵² Anche se, come nota Cannizzaro, nell'articolo 31 la volontà delle parti assume un grande rilievo tramite il paragrafo (3)(b): Cannizzaro, *Diritto internazionale* cit., p. 169.

della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), ci sono conseguenze palesi per l'accertamento del potenziale evolutivo di un trattato. Può infatti darsi, come si è già capito, che l'oggettività (presunta) della natura dei termini e della tipologia di convenzione induca a far evolvere una disposizione il cui aggiornamento le parti avevano esplicitamente escluso nei lavori preparatori, resi inattuabili dalla chiarezza (di nuovo, presunta) del testo. Viceversa, le negoziazioni possono conservare traccia dell'intenzione evolutiva delle parti, ancora una volta irraggiungibile perché l'interprete, in base all'articolo 31, si sente vincolato a un testo che sembra decisamente rifiutare il cambio di interpretazione.

Le categorie di oggettivo e soggettivo possono però avere effetti non solo sui termini procedurali, ma anche sulla definizione stessa di interpretazione evolutiva. Si è fatto prima cenno al caso *Matthews*, presentato come apparentemente privo di difficoltà. In una simile situazione si è esclusa la presenza di interpretazione dinamica, dal momento che l'area della norma (diritto a libere elezioni) non si è mai ampliata, ed essendo del tutto irrilevante che su di essa si siano posizionati «oggetti» inesistenti al momento della stipula. Questo noi vediamo se il nostro obiettivo è l'oggetto, ovvero la regola. Se invece guardiamo al soggetto, cioè all'autore della norma e alla sua volontà interpretativa, ci rendiamo conto che l'idea di interpretazione evolutiva si restringe fin quasi ad annullarsi. Si prendano, per esempio, le nozioni di benessere e sviluppo («well-being and development»), e si supponga che le parti, nel trovare un accordo su quei termini, abbiano deciso di non ancorarli a una concezione fissa nel tempo. Ciò vuol dire che quegli Stati avevano *ab origine* la consapevolezza che benessere e sviluppo avrebbero avuto un significato in un dato momento e un altro in un periodo successivo. Da questa prospettiva, che è quella delle parti, queste non hanno mai mutato la propria visione della norma, ed è dunque difficile parlare di interpretazione evolutiva. L'interpretazione, di fatto, è rimasta identica.

Un analogo rilievo è mosso da Gaja⁵³. Si tratta di un'obiezione molto acuta, e allo stesso tempo potenzialmente devastante (almeno in apparenza): accettandola, si rischia di svuotare la nozione di interpretazione dinamica. Se quest'ultima si dà solamente quando l'evoluzione non compare fin dall'inizio nei piani delle parti di un trattato, allora non rimane da fare altro che sganciare l'interpretazione dalla volontà statale. Ne consegue che l'unico processo interpretativo dinamico definibile come tale è – se si esclude forse il caso del ricambio delle

⁵³ Per il quale espressioni come «morals» o «family life», iscritte nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non possono rimanere congelate nel loro significato del 1950: ragion per cui la loro evoluzione non può che considerarsi frutto di una lettura ordinaria (G. Gaja, *Does the European Court of Human Rights Use its Stated Methods of Interpretation?*, in F. Capotorti (a cura di), *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, Giuffrè, Milano 1999, vol. I, p. 220.

norme che sovrintendono all'interpretazione⁵⁴ – quello che va espressamente contro l'intenzione delle parti⁵⁵. Come già detto discutendo dell'opinione consultiva concernente il Sudafrica, questo approccio super-oggettivistico non deve essere un tabù. Ciononostante, limitare l'idea di interpretazione evolutiva agli episodi di creatività giudiziale è forse un poco limitante.

La possibilità – niente affatto scandalosa – di imporre agli Stati, contro la loro volontà, una interpretazione evolutiva dei trattati di cui sono parti può presentarsi anche in una forma «mitigata», in cui cioè l'impostazione oggettivista di base viene contaminata da elementi blandamente soggettivi. È il caso in cui i mutamenti esterni vengono fatti valere nei confronti delle parti qualora avessero potuto essere previsti, *in abstracto*, o fossero stati effettivamente previsti (quest'ultima opzione contempla naturalmente un maggior grado di soggettività). Sono convinto che sia questo l'approccio adottato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, in cui il trattato bilaterale stipulato da Ungheria e Slovacchia viene costretto ad aprirsi alle recenti considerazioni ambientali poiché i giudici non pensano che i «new developments in the state of environmental knowledge and of environmental law can be said to have been completely unforeseen»⁵⁶. Come si può vedere, ciò che rileva non è l'intenzione dei due Stati, bensì il fatto che i cambiamenti avvenuti all'esterno del patto si erano annunciati già al momento del raggiungimento dell'accordo.

Esiste però una soluzione alternativa al problema citato. La dichiarazione d'irrelevanza della volontà può essere evitata vedendo l'interpretazione evolutiva come evoluzione della volontà stessa. Perché è vero che oltre una certa soglia un mutamento dell'intenzione degli Stati contraenti corrisponde a un ricambio normativo (anche se non esplicitato). Entro quel limite, tuttavia, è possibile immaginare che a una volontà non evolutiva ne subentri un'altra, che potrà essere di due tipi: o una volontà statica, quando le parti vorranno attribuire a una parola un significato aggiornato al tempo presente ma a esso legato, e dunque immutabile (fino a

⁵⁴ Sull'avvicinarsi delle regole e dei principi interpretativi, v. *infra*, par.

⁵⁵ In questo senso la mia posizione si differenzia – seppur molto lievemente – da quella di D. French, *Treaty Interpretation* cit., pp. 295-300, secondo il quale la distinzione tra ciò che egli chiama «intertemporal *renvoi*» e «objective revision in meaning» consiste nel disinteresse della seconda verso la volontà delle parti: siccome però una volontà esiste sempre (per quanto difficilmente determinabile), credo che l'interpretazione dinamica intesa in questo senso non potrebbe darsi nel caso in cui un'intenzione evolutiva delle parti venisse semplicemente trascurata sulla spinta di considerazione oggettive. In ogni caso, queste due categorie sono le stesse che, con linguaggio ben più poetico, Dupuy riconduce alla «memoria» e alla «profezia» (P.-M. Dupuy, *Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy*, in Cannizzaro (a cura di), *The Law of Treaties* cit.).

⁵⁶ *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros (Ungheria c. Slovacchia)*, Sentenza, I.C.J. Reports 1997, par. 104.

nuovo ordine, almeno), oppure una volontà dinamica, nel caso in cui il desiderio degli Stati sarà quello di sostituire a un'espressione con significato fisso un'altra, uguale, ma con significato mobile⁵⁷. Quest'ipotesi pare praticabile attraverso il canale della prassi successiva, elemento interpretativo per definizione posteriore alla stipula del trattato. In base a tale prassi – o a qualsiasi altro indizio disponibile – l'interprete avrebbe il compito di capire a quale dei due casi si trova innanzi.

Il volere delle parti di una convenzione è dunque, di norma, elemento fondante dell'evoluzione del significato di una disposizione. È anzi possibile immaginare una situazione opposta a quella appena descritta, in cui al posto dell'intenzione degli Stati troviamo una sorta di volontà «preveggenze». In breve, l'approccio super-soggettivistico riterrebbe insufficiente il generico impegno delle parti nel senso di un'evoluzione del trattato, considerando imprescindibile la loro previsione (soggettiva), o la semplice prevedibilità (oggettiva), del cambiamento. Va inoltre specificato che si tratta di previsione o prevedibilità di un mutamento specifico, non di uno qualsiasi, dato che quest'ultimo è già incluso implicitamente in quella che ho chiamato volontà evolutiva: impossibile professarsi potenzialmente evolutivi senza ipotizzare la possibilità di un qualche cambiamento. Difficile però accettare questa tesi. Non solo essa pare smentita dalla prassi giurisprudenziale⁵⁸, ma l'accertamento della prevedibilità di un fatto, o della sua effettiva previsione a opera di uno Stato o un privato, risulterebbe assai problematica dal punto di vista procedurale. In ogni caso, laddove ciò è possibile non è da escludere qualche conseguenza di tipo giuridico, come la possibilità di estendere retroattivamente la responsabilità per un atto illecito, nella misura (e a partire dal momento) in cui esso è prevedibile⁵⁹.

⁵⁷ Per chiarire il punto con un esempio numerico: nel primo caso a un significato che le parti volevano legato al 1950 si sostituisce, causa mutamento della loro volontà, un significato del 2012, essendo però il desiderio delle parti quello di non permettere che esso evolva ulteriormente (dopo averlo «fissato» al 1950, cambiano idea e lo «fissano» al 2012). Nel secondo caso, invece, esse si pentono di averlo inchiodato al Novecento, e lo aggiornano al 2012 col proposito di lasciarlo libero di mutare ancora secondo le circostanze. Va da sé che questa «seconda» volontà potrà essere sovrascritta da una terza, e così via.

⁵⁸ Se tutte le pronunce citate sembrano poter fare a meno di questo fattore «psicologico», in *Iron Rhine* addirittura i mutamenti vengono in rilievo a dispetto della loro imprevedibilità: «[t]he great advances that were later to be made [...] could not have been foreseen by the Parties» (*Iron Rhine*, par. 79).

⁵⁹ *S.W. c. Regno Unito*, sentenza del 22 novembre 1995, ricorso n. 20166/92, dove non si riviene illecito nella condanna del ricorrente dato che il cambiamento «could reasonably be foreseen» (par. 36). Mi sento in obbligo di precisare che quella esposta è un'idea basata sull'analogia col diritto della responsabilità così come concepito per i privati cittadini (anche a livello di giustizia sovranazionale). La responsabilità internazionale degli Stati non

Concludo qui questa veloce panoramica sui differenti modi in cui il binomio oggettivo/soggettivo si intreccia col nostro tema. Altri punti di contatto emergeranno comunque più avanti: li si prenderà in considerazione mano a mano che si illustreranno i canali dell'interpretazione evolutiva. Proprio questi sono l'oggetto del prossimo paragrafo.

5. I materiali dell'interpretazione evolutiva

Nonostante le sue peculiarità, l'interpretazione evolutiva è parte integrante del più generale fenomeno interpretativo, e di conseguenza non si sottrae alle sue regole. Nel caso del diritto internazionale, ciò vuol dire che gli strumenti con cui l'interprete va alla ricerca del significato «evolutivo» di un testo giuridico sono quelli, convenzionali, prescritti dal trattato sul diritto dei trattati. Gli articoli 31 e 32 della Convenzione del 1969, nel passare in rassegna i luoghi dove si rinvencono le tracce di senso lasciate dagli estensori (o dagli attori) di una norma, elencano gli elementi cui possiamo attribuire un ruolo all'interno della definizione che ho dato di interpretazione dinamica: un referente interno che evolve col mutare di un agente esterno, in base a una giustificazione che legittima il processo chiamando in causa la volontà delle parti. L'obiettivo che mi prefiggo, ora, è quello di capire come i fattori interpretativi citati dagli articoli 31 e 32 si relazionano con la nostra definizione. I fili si intrecceranno più volte tra loro, a dimostrazione del fatto che l'interpretazione è un mosaico complesso composto da tasselli la cui corretta collocazione sta a metà strada tra l'arte e la scienza⁶⁰.

5.1. Considerazioni linguistiche

Si è visto in precedenza come la lingua giochi un ruolo molto importante nella ricerca della natura dinamica di una disposizione: non sorprendentemente, dal momento che l'approccio testuale è quello più immediato e diretto per la lettura di una norma. Il significato ordinario ex art. 31(1) colpisce immediatamente l'interprete, al di là della sua consapevolezza di dover

prevede attualmente nulla di simile. Ciononostante, non è da escludere *a priori* che essa possa prendere in futuro una direzione analoga.

⁶⁰ V. P. Merkouris, *Introduction: Interpretation is a Science, is an Art, is a Science*, in Fitzmaurice, Elias e Merkouris, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention* cit., così come l'idea che la complessità del fenomeno interpretativo richiede una lettura «olistica» degli articoli che a esso dedica la Convenzione di Vienna, Gardiner, *Treaty Interpretation* cit., p. 8.

sottoporre questa impressione *prima facie* al vaglio, tra le altre cose, di contesto e scopo. Dietro questo *trompe-l'œil* si cela il rischio di concedere eccessiva importanza all'aspetto meramente linguistico di un testo giuridico, magari andando contro indizi di altra natura ma ugualmente espressione della volontà delle parti oppure, in assenza di questi, facendo discendere dal significato ordinario delle parole conseguenze più impegnative di quelle che sono in grado di reggere. È questo, a mio giudizio, il caso della *Controversia riguardante diritti di navigazione* e, ancor più, di *Conseguenze giuridiche della continua presenza del Sudafrica in Namibia*. Come si è detto, nella controversia tra Costa Rica e Nicaragua la Corte internazionale di giustizia ha estrapolato dalla nozione di «termine generico» la presunzione che dall'inserimento di quest'ultimo all'interno di un trattato possa trasparire la volontà degli Stati parti di farne evolvere il significato. In quella pronuncia, però, i giudici hanno preferito testare l'inferenza in base all'analisi dello scopo del patto, «scoprendo» che esso la convalidava. Nella definizione cui ho fatto più volte riferimento, le espressioni generiche sono il referente interno, mentre il fine del trattato rende conto della giustificazione che legittima l'influenza dei fattori esterni. Nell'opinione consultiva sull'operato del Sudafrica, invece, la Corte aveva considerato fondamento sufficiente per la presunta intenzione evolutiva delle parti gli stessi termini generici, che in questo modo si trovano a occupare contemporaneamente il primo (referente) e il terzo posto (giustificazione) della citata definizione. Il linguaggio conquista dunque piena autonomia interpretativa.

Le pronunce appena ricordate non sono però l'unico esempio che si può fare per illustrare questo approccio orientato al linguaggio, né si può dire che a supportarlo sia stata solo la giurisprudenza internazionale. Esistono anzi casi dove la tendenza è anche più marcata. Basti pensare alla posizione espressa da Israele davanti alla Commissione di diritto internazionale, per cui in quella che sarebbe diventata la Convenzione di Vienna (allora in preparazione), tra gli articoli dedicati all'interpretazione, avrebbe dovuto essere codificato anche un principio di «contemporaneità linguistica»: un principio, cioè, secondo il quale si sarebbe dovuto interpretare le parole di un trattato secondo il senso che esse possedevano al momento della stipula⁶¹. Un canone ancora più dogmatico rispetto a quello espresso dalla Corte in merito al Sudafrica, dato che quest'ultimo, almeno, aveva il merito di dividere in due parti il dizionario,

⁶¹ *Report of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session, 4 May - 19 July 1966 (A/6309/Rev.1)*, p. 300, ove si cita – al punto 16(e) – un'altra delle sentenze celebri in materia intertemporale, il *Caso riguardante diritti di cittadini statunitensi in Marocco (Francia c. Stati Uniti d'America)*, Sentenza, I.C.J. Reports 1952, p. 189.

una contenente i termini generici e l'altra quelli definiti, con la possibilità di discutere l'appartenenza di una parola a questa o quella classe linguistica.

La posizione israeliana è una posizione categorica e normativa, nel senso che manca l'interesse a individuare la reale intenzione dei contraenti: ciò che importa, infatti, è unicamente la statuizione di una regola interpretativa che risolva nello stesso modo, indiscriminatamente, qualsiasi dilemma riguardante la questione intertemporale. Esistono però modi più sfumati e sottili di attribuire importanza all'aspetto linguistico dell'interpretazione. All'estremo opposto troviamo le teorie di chi, come Linderfalk, ha elaborato un sistema sofisticato per individuare l'intenzione delle parti in merito all'evoluzione di uno strumento pattizio. L'autore moltiplica le categorie (espressioni generiche e no) individuate dalla Corte internazionale dapprima differenziando i referenti testuali in «generici» da un lato e «singolari» e «generalisti» dall'altro, e poi dividendo questi ultimi due in «definiti» e «indefiniti». I sostantivi singolari e generali, di qualsiasi tipo, sarebbero «timebound», ovvero legati al momento della conclusione dell'accordo che li contiene, mentre le parole generiche costituirebbero referenti qualificabili come «timeless»: in altre parole, non sarebbe possibile stabilire, in via di principio, l'intenzione delle parti di aprirsi ai nuovi significati che lo scorrere del tempo porta con sé⁶². La volontà degli Stati dipenderebbe infatti dalla loro convinzione di trovarsi di fronte a qualcosa capace di mutare oppure no.

Lo sforzo di Linderfalk è senza dubbio apprezzabile, ma a mio avviso egli fallisce parzialmente nel suo tentativo di consigliare l'interprete «to use a means of interpretation such as conventional language to determine the contents of that same means for the purpose of understanding a particular treaty provision»⁶³. Questo per due motivi. In primo luogo perché, pur attingendo da una raffinata teoria linguistica, la sua proposta non è in grado di predire con esattezza l'intento delle parti. Sono convinto che questo sia in effetti chiedere troppo a un approccio meramente linguistico; tuttavia, non si può fare a meno di riscontrare che lo studio di Linderfalk si limita a sostituire, anche se su basi decisamente più solide, la teoria secondo cui esistono dei termini intrinsecamente evolutivi con un'altra che contempla la presenza di referenti intrinsecamente non evolutivi. Le parole che non appartengono a questa classe rimangono ambigue, e non rimane da fare altro che consultare altri strumenti

⁶² Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* cit., pp. 75-59; Id., *Doing the Right Thing for the Right Reason – Why Dynamic or Static Approaches Should Be Taken in the Interpretation of Treaties*, in «International Community Law Review», 2008, X, pp. 128-135.

⁶³ Linderfalk, *Doing the Right Thing* cit., pp. 131-132.

interpretativi (come il contesto o il fine del trattato) per verificare la potenziale evolutività dei concetti analizzati⁶⁴. In questo modo si ritorna sul modello ermeneutico espresso dalla Corte in *Costa Rica c. Nicaragua*. Va aggiunto poi – ed è questa la seconda ragione, ben più seria – che all’alto grado di sofisticatezza del processo investigativo corrisponde un alto livello di rischio, per l’interprete, di non essere in grado di utilizzare in modo appropriato le categorie linguistiche che si sono espone: problema che l’autore tenta di risolvere dicendo che, in caso di dubbio tra termini generici oppure generali, è utile ricordarsi che... i primi sono «timeless» e gli altri «timebound»!⁶⁵ In pratica, la risposta viene fatta discendere da quella che dovrebbe essere la meta della ricerca: la comprensione del potenziale evolutivo delle parole.

Nonostante ciò, la proposta di Linderfalk rimane assolutamente ragionevole, dal momento che non fa che riconoscere (consapevolmente oppure no non ha importanza) che la risposta definitiva alla questione intertemporale del significato non può venire dalla semantica. Ed è questo il problema principale: l’approccio giurisprudenziale che pare dominante, e anche una porzione non irrilevante della pubblicistica, avalla o comunque prende per buona l’idea che la lingua possa determinare con un certo grado di precisione l’intenzione delle parti, identificandola come evolutiva oppure statica. La realtà però è diversa. Le considerazioni linguistiche, certamente, sono assai utili, ma nient’affatto risolutive, come del resto parte della dottrina (anche quella che non sposa la tesi dell’indeterminatezza) afferma da tempo⁶⁶. Questa prospettiva serve a combattere qualsiasi tentativo di creare «contenitori» di parole rigidi, che non tengono conto del fatto, cioè, che le classificazioni linguistiche non possono mai prescindere dal contesto. Si pensi per esempio alla nozione di concetto giuridico utilizzata da alcuni studiosi per indicare quei concetti che fanno riferimento a fattispecie e istituti del diritto⁶⁷. La nozione è a mio giudizio solo apparentemente sensata, poiché, a ben vedere, ogni termine o espressione diviene giuridica nel momento in cui è inserita in uno strumento convenzionale. Che poi tale termine o espressione abbia, dal punto di vista delle parti, identico contenuto rispetto allo stesso termine o alla stessa espressione di senso comune, ciò è trascurabile: questo non li rende infatti nozioni di senso comune *tout court*.

⁶⁴ Ivi, p. 131.

⁶⁵ Ivi, p. 132.

⁶⁶ V., per es., A. Bianchi, *Textual Interpretation and (International) Law Reading: The Myth of (In)Determinacy and the Genealogy of Meaning*, in P.H.F. Bekker, R. Dolzer e M. Waibel (a cura di), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.

⁶⁷ V. P. Palchetti, *Interpreting «Generic Terms»: Between Respect of the Parties’ Original Intention and Identification of the Ordinary Meaning* (non ancora pubblicato, copia in possesso dell’autore), p. 3 del documento in mio possesso.

Siamo davanti a un'altra manifestazione del dualismo oggettivo/soggettivo. Considerare come significato ordinario di una parola il senso che a essa attribuisce una determinata comunità interpretativa, supponendo che questa sia una scelta obbligata, è un chiaro segno di oggettivismo⁶⁸. Tra l'altro, dal momento che molte espressioni possono afferire a domini linguistici differenti ma tutti ugualmente plausibili, racchiuderle di default nella classe delle nozioni giuridiche o di quelle di senso comune equivale ad aggirare l'articolo 31(4) della Convenzione di Vienna, che prevede che chiunque voglia attribuire a una parola un significato speciale dovrà assumere su di sé l'onere della prova⁶⁹: e in simili circostanze, si può forse sostenere che ogni significato è speciale, e che ogni scelta va motivata. L'inserimento a priori di una parola all'interno di una determinata comunità interpretativa può basarsi su prime impressioni più o meno giustificate, ma che non possono essere considerate in alcun modo definitive. Si pensi per esempio alla nozione di «status territoriale», in cui la Corte internazionale di giustizia si imbatte nel caso della *Piattaforma continentale del Mar Egeo* (di cui si darà meglio tra poco): nonostante sembri riferirsi chiaramente a un concetto tecnico tratto dal gergo giuridico, non si può affatto escludere che un'espressione così... generica non denoti in realtà alcuna volontà delle parti di vincolarsi alle norme che afferiscono a quell'ambito del diritto. Oppure si prenda in considerazione il termine «investimento»: difficile pensare che un concetto così dibattuto debba per forza rimandare a una consapevolezza giuridica che, a ben vedere, è del tutto assente nella comunità degli internazionalisti⁷⁰. O ancora, si pensi a espressioni come «piattaforma continentale», a cavallo

⁶⁸ Sull'idea di comunità interpretativa in ambito giuridico cfr. E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000.

⁶⁹ Questa è da considerarsi la diretta conseguenza della formulazione del paragrafo («A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended») e del suo rapporto col paragrafo (1) dello stesso articolo, sul significato ordinario. Naturalmente, l'onere della prova può spettare a una delle parti di una controversia ma anche al giudice della stessa. Per una convalida giurisprudenziale di questa posizione, *Controversia sul confine terrestre, insulare e marittimo (El Salvador c. Honduras, Nicaragua interveniente)*, Sentenza, I.C.J. Reports 1992, par. 377.

⁷⁰ La letteratura sul tema è in continuo aumento: Y.G.L. Wolters, *The Meaning of «Investment» in Treaty Dispute: Substantive or Jurisdictional? Lessons from Nagel v. Czech Republic and S.D. Myers v. Canada*, in «The Journal of World Investment & Trade», 2007, VIII; J.D. Mortenson, *The Meaning of «Investment»: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, in «Harvard International Law Journal», 2010, LI; B. Legum, C. Mouawad, *The Meaning of «Investment» in the ICSID Convention*, in Bekker, Dolzer e Waibel (a cura di), *Making Transnational Law Work* cit.; M. Sattorova, *Defining Investment Under the ICSID Convention and BITs: Of Ordinary Meaning, Telos and Beyond*, in «The Asian Journal of International Law», 2012, II.

tra il campo semantico giuridico e quello scientifico. Anche in questo caso, non è possibile attribuire sulla sola base dell'idea di significato ordinario un senso alla nozione in esame, data l'esistenza di due comunità interpretative, nessuna delle quali escludibile a priori.

Tutto questo ha delle conseguenze evidenti in una prospettiva intertemporale, dal momento che il bagaglio culturale di comunità interpretative differenti evolve con modalità e tempi differenti. Per meglio comprendere il punto, si immagini il seguente caso. Due Stati trovano l'accordo su uno strumento (bilaterale) contenente l'espressione «piattaforma continentale». Dopo molti anni una conferenza internazionale conduce alla conclusione di un trattato multilaterale in cui la nozione di piattaforma trova definizione: il patto viene estesamente ratificato, ma i due Stati del nostro esempio decidono di non accedere. Passano altri lustri, e il trattato bilaterale diventa oggetto di controversia tra le parti, che affidano l'esito della diatriba a un arbitro. Questi potrebbe essere tentato di leggere lo strumento in esame alla luce del diritto esistente al momento dell'applicazione, leggendo quindi il significato del concetto di piattaforma alla definizione fornita dalla convenzione multilaterale, pur nata molto tempo dopo la stipula del trattato bilaterale. Ciò in base all'idea che i concetti giuridici devono seguire l'evoluzione del diritto. Questa potrebbe però essere una mossa sbagliata. Il fatto che i due Stati parti del trattato controverso abbiano deciso di non ratificare lo strumento multilaterale potrebbe infatti indicare che esse non intendevano accettare la definizione ivi contenuta, preferendo rimanere vincolate a una precedente versione giuridica oppure a una scientifica; le sorti delle due convenzioni sarebbero così scisse. Ipotizziamo però che ambedue i trattati si siano rifatti a una concezione scientifica di piattaforma continentale: anche in questo caso non è scontato che il progredire delle conoscenze geologiche corrisponda in entrambe le situazioni a un'evoluzione del diritto. Quest'ultima può avvenire qualora le parti si siano affidate alla scienza per il suo valore di garanzia e neutralità rispetto agli interessi, affidandosi così a un'autorità esterna incontestabile. Ma è possibile anche che la nozione scientifica di piattaforma combaciasse con gli interessi immediati della maggioranza degli Stati contraenti (o di quelli, tra loro, più influenti), e che dunque l'iniziale identità tra nozione scientifica e giuridica di piattaforma non corrisponda all'intenzione delle parti di mantenere il legame tra le due.

L'esempio potrebbe essere molto più arzigogolato, e molte altre opzioni investigate. Ma già quanto detto è sufficiente per capire come siano tante le variabili da tenere in considerazione per giungere a un esito ermeneutico credibile. La prevedibilità di una sentenza è un valore imprescindibile, ma lo è di certo anche l'aderenza alla volontà delle parti. Per questo motivo, se è importante disporre di alcune categorie concettuali da utilizzare per inquadrare il

potenziale dinamico dei referenti interni e l'intenzione evolutiva delle parti di un trattato (primo e terzo elemento della definizione), soprattutto nei tanti casi in cui le tracce della reale volontà degli Stati sono scarsamente visibili, è altrettanto importante che queste categorie non si riducano all'individuazione di un paio di banali opposizioni (termini evolutivi e no, trattati duraturi e no) cui affidare la soluzione della controversia. È fondamentale che il quadro entro cui si muove l'interpretazione evolutiva ritragga in modo più fedele e realistico la volontà delle parti. In altre parole, il testo deve per forza tenere conto del contesto, di cui lo scopo del trattato fa parte.

5.2. Oggetto e scopo

Prestare attenzione agli altri fattori interpretativi elencati nell'articolo 31 della Convenzione del 1969 serve ad abbattere quell'imperialismo linguistico che, per esempio, crede che a parole uguali contenute in trattati diversi debbano corrispondere significati uguali⁷¹. Naturalmente, il discorso vale anche al contrario: bisogna rigettare la posizione di chi pensa che l'utilizzo di termini diversi, anche nello stesso trattato, implichi necessariamente la volontà di differenziarne il significato⁷². Questa rimane una possibilità (anche probabile), ma non può essere considerata una verità insindacabile. Ogni inferenza basata su considerazioni di natura semantica deve essere vagliata alla luce di altri parametri, capaci di contestualizzare la scelta dei termini utilizzati.

Dallo stesso principio discende che oltre a poter trattare, se le circostanze lo richiedono, le cose uguali in modo diverso e le cose diverse in modo uguale, è possibile che le stesse cose subiscano identico trattamento ma per motivi differenti. Mi spiego meglio attraverso un esempio. Si è già citato più volte il caso che ha visto contrapposti Costa Rica e Nicaragua in merito al significato della parola «commercio». In quel frangente i giudici della Corte hanno

⁷¹ È la posizione dell'Organo d'appello dell'OMC nel citato caso *China – Audiovisual Services*. Ed è interessante notare che il ragionamento su cui essa poggia assume una prospettiva intertemporale: «interpreting the terms of GATS specific commitments base on the notion that the ordinary meaning to be attributed to those terms can only be the meaning that they had at the time the Schedule was concluded would mean that very similar or identically worded commitments could be given different meanings, content and coverage depending on the date of their adoption or the date of a Member's accession to the treaty» (par. 397).

⁷² Per esempio, un collegio arbitrale ha sostenuto che «en matière de traités l'emploi de termes juridiques différents doit se justifier par plus que le souci purement littéraire d'éviter des répétitions» (*Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, in RIAA, 1985, XIX, p. 170).

fatto evolvere il termine sulla base del presupposto che, essendo il trattato stipulato per durare, un termine generico non avrebbe potuto ritenersi immune dal mutare degli eventi esterni. In questo modo nell'idea di commercio viene fatta rientrare anche la fornitura di servizi. A un identico risultato perviene la (allora) Corte di giustizia delle Comunità europee, in un parere che apre la nozione di politica commerciale allo scambio di certi servizi. Le motivazioni addotte dai giudici europei, seppur piuttosto concise, sono però più sottili di quelle avanzate dai loro pari della Corte internazionale. Il punto di partenza non è più la vaga nozione di termini generici, ma «the open nature of the common commercial policy»: a prima vista sembrano concetti analoghi, ma guardando più attentamente si scopre che la nozione di commercio è aperta nel senso che l'articolo 133 del Trattato della Comunità europea è da considerarsi «as a non-exhaustive enumeration»⁷³. E lo è perché – come riconosciuto dalla Corte in un precedente parere – una diversa interpretazione dell'accordo avrebbe causato problemi interni alla Comunità⁷⁴. Qui dunque l'idea di commercio non è generica «by definition», ma lo diventa in seguito a un'analisi teleologica della disposizione che la contiene. Come si vede, lo schema argomentativo delle due pronunce è diverso, pur conducendo a esiti identici.

Come accennato, il secondo tipo di ragionamento pare lievemente più credibile del primo. Questo perché la *Controversia riguardante diritti di navigazione* si basa su un modello assai semplicistico che, apparentemente, è poco interessato ad analizzare le peculiarità delle norme oggetto di contestazione. I giudici di Lussemburgo modellano lo scopo al fine di evitare l'insorgere di incoerenze o effetti spiacevoli; i loro colleghi de L'Aja ne usano uno standardizzato, valido per migliaia di altri trattati. Il primo approccio è dunque senz'altro da preferire. D'altro canto, va sottolineato che non è sempre facile giudicare il grado di raffinatezza ermeneutica di una pronuncia. Ne è un esempio il caso *Piattaforma continentale del Mar Egeo*, ove la Corte internazionale ha dovuto valutare l'ampiezza della propria giurisdizione interpretando l'espressione «territorial status», che la Grecia aveva inserito nello strumento di adesione al General Act for the Pacific Settlement of International Disputes del 1928 al fine di escludere le controversie di natura territoriale dalle possibilità di ricorso alla Corte. La quale sostiene che:

⁷³ Parere 1/94 *Parere della Corte del 15 novembre 1994. Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale – Procedimento ex Art. 228, n. 6, del Trattato CE* [1994] ECR 5267, parr. 39-41.

⁷⁴ Parere 1/78 *Parere della Corte del 4 ottobre 1979 emesso in forza dell'Art. 228, n. 1, 2) comma, del Trattato CEE. Accordo internazionale sulla gomma naturale* [1979] ECR 2871, par. 45.

While there may well be a presumption that a person transferring valuable property rights to another intends only to transfer the rights which he possesses at that time, the case appears to the Court to be quite otherwise when a State, in agreeing to subject itself to compulsory procedures of pacific settlement, excepts from that agreement a category of disputes which, though covering clearly specified subject-matters, is of a generic kind⁷⁵.

Il solito riferimento alle nozioni generiche si innesta qui sul raffronto tra gli scopi di due diversi trattati. Se in una vicenda precedente un collegio arbitrale aveva rigettato l'idea per cui quando «exclusive rights are granted to a Company in respect of the whole of a State including its territorial waters then the Company is entitled to the same rights in respect of the subsoil of the Continental Shelf appertaining to that State»⁷⁶, nel caso in esame la Corte sostiene che l'idea di territorio deve necessariamente includere anche la nozione di piattaforma continentale: trattandosi di un patto sulla risoluzione di controversie future e non di una concessione di beni posseduti nel presente, la riserva della Grecia non è vincolata al momento storico della sua presentazione. Nonostante questa sia una distinzione ben più raffinata di quella che vede chiamare in causa i trattati duraturi, siamo comunque in presenza di una «presumption», ovvero di un'oggettivizzazione della volontà delle parti. Il fine di questa operazione è già stato espresso: rendere prevedibile (ma anche facilitare) il processo interpretativo, esattamente ciò che si fa tramite la creazione di scopi idealtipici. Questi scopi possono essere raggruppati in classi, basate sulle caratteristiche prese in considerazione; tra le categorie che possono essere proposte (o che sono state effettivamente proposte) troviamo:

a) durata del trattato: questa si è già ripetutamente affacciata nel presente scritto. Si tratta, come si è detto, di dividere i trattati tra quelli che durano a lungo (e dunque potenzialmente evolutivi) e quelli che esauriscono i propri effetti nel momento della conclusione dell'accordo (come gli strumenti che stabiliscono confini)⁷⁷;

⁷⁵ *Piattaforma continentale del Mar Egeo*, par. 77. Il riferimento della Corte al trasferimento di diritti di proprietà richiama l'interpretazione che alcuni decenni prima era stata data a un contratto di sfruttamento petrolifero nel caso *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* (International Law Reports 1951, p. 152).

⁷⁶ Traggio la citazione da E.J. Cosford Jr., *The Continental Shelf and the Abu Dhabi Award*, in «McGill Law Journal», 1953, I, p. 110.

⁷⁷ Che la durata del trattato sia una caratteristica manifestante lo scopo dello stesso è quanto si afferma anche in *Iron Rhine*, par. 82.

b) numero delle parti: sostanzialmente, la distinzione è tra convenzioni bilaterali e multilaterali. In genere si pensa che l'approccio evolutivo sia più indicato per i secondi, in cui è più facile che si instauri un processo continuo di comunicazione e collaborazione tra le parti con l'obiettivo di mantenere vitale (e al passo coi tempi) il trattato⁷⁸. A questo proposito è stato pure sostenuto che nel caso di patti multilaterali l'interpretazione dinamica sia ammessa anche qualora i lavori preparatori diano indicazioni contrarie rispetto alla volontà delle parti in tal senso, dal momento che il libero accesso al trattato porterebbe probabilmente ad avere, molti anni dopo la stipula e quindi in una fase in cui l'evoluzione si renderebbe necessaria, una *membership* molto diversa da quella originale⁷⁹: secondo questo punto di vista la volontà da preferire sarebbe quella dei membri attuali, non quella delle parti «storiche».

c) natura del trattato (o dei suoi obblighi): questa categoria si sovrappone in buona parte a quella precedente. La differenza tra strumenti bilaterali e multilaterali può infatti essere vista, in una certa misura e secondo definizioni ormai classiche, come la differenza tra trattati-contratto e trattati-legge: gli uni tendenzialmente statici, gli altri generalmente dinamici⁸⁰. A questa divisione ne fa poi eco un'altra, non troppo dissimile: quella tra tipologie di obblighi. Alle norme di tipo reciproco, che cristallizzano un equilibrio tra interessi e dunque non sono propense ad aggiornarsi, fanno da contraltare le norme di tipo assoluto (o integrale), che aggiungono qualcosa al semplice scambio di promesse tra le parti: queste ultime non ne dispongono a piacimento, a differenza del tempo che, coi cambiamenti che porta, ne può mutare il significato⁸¹. Questa seconda tipologia di norme richiama l'idea – più volte avanzata in dottrina – di costituzionalismo. In pratica, il trattato costituente andrebbe letto non tanto alla luce dell'intenzione originale delle parti (con l'esclusione della loro volontà di renderlo costituente, *ça-va-sans-dire*), quanto piuttosto secondo i valori in esso iscritti, così come

⁷⁸ V. Gardiner, *Treaty Interpretation* cit., p. 71 (l'autore prende comunque una posizione molto critica sul punto). L'idea di un «continuous process of communication and collaboration» costituisce il presupposto teorico che guida l'interpretazione così come concepita dalla New Haven School (cfr. M.S. McDougal, H.D. Laswell, C.J. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, Yale University Press, New Haven 1967).

⁷⁹ P. Palchetti, *Interpreting «Generic Terms»* cit., p. 10 del documento in mio possesso.

⁸⁰ V. E. McWhinney, *The Time Dimension in International Law, Historical Relativism and Intertemporal Law*, in J. Makarczyk (a cura di), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff, The Hague 1984, pp. 198-199.

⁸¹ Per un punto di vista critico sui reali effetti della distinzione reciproco/assoluto sull'interpretazione evolutiva v. M. Fitzmaurice, *Dynamic (Evolutionary) Interpretation of Treaties, Part II*, in «The Hague Yearbook of International Law», 2009, XXII, pp. 17-19.

calati nella contemporaneità⁸². Si tratta comunque di tesi più presenti nella letteratura specialistica che nella prassi.

d) argomento del trattato: verosimilmente la categoria, tra quelle enunciate, meno definita. Essa si intreccia in modo indissolubile all'idea di natura dello strumento giuridico, oltre che a quella – di cui si dirà a breve – di contesto⁸³. Classificare un trattato entro un ambito preconfezionato è un modo per oggettivarne lo scopo e dare vita a un contesto tematico che racchiude in sé tutte le convenzioni stipulate su un particolare argomento. Di conseguenza, è un modo per forzare la rassomiglianza fra trattati che pur essendo accomunati da molte caratteristiche, non è detto che non si distinguano sulla base di altre, magari rilevanti. Per mezzo di tale strategia l'interprete ha buon gioco ad attribuire significati identici a singole parole o intere disposizioni che compaiono all'interno di trattati conclusi in pari materia⁸⁴.

Per quanto la funzione di questi scopi convenzionali – in tutti i sensi della parola – sia quella di agevolare il processo ermeneutico, va notato che il loro utilizzo non è sempre lineare. Giusto a titolo esemplificativo, si consideri l'ultima categoria esposta. Il suo obiettivo è quello di rendere possibili confronti e trasposizioni tra strumenti elaborati in materie affini. Ma qual è, di preciso, il «materiale» che l'interprete di un trattato può prendere a prestito da sentenze pronunciate a riguardo di altri trattati, anche se della stessa famiglia? Se pensiamo al lodevole operato della Corte Inter-americana dei diritti dell'uomo ci accorgiamo che i suoi giudici hanno talvolta tratto ispirazione dalle pronunce dei loro colleghi europei per dare sostanza alle norme della Convenzione che sono chiamati ad applicare. In un'ottica intertemporale, essi hanno a disposizione i casi di interpretazione evolutiva risolti dalla Corte europea, e possono attingerne. Questo, tuttavia, non è l'unico parallelismo che è possibile tracciare tra le due corti in campo interpretativo. Solitamente infatti, i giudici europei fanno evolvere una disposizione soltanto dopo aver analizzato la posizione che in materia hanno gli Stati membri del Consiglio d'Europa, per non rischiare di prendere decisioni troppo audaci (ciò che costerebbe alla Corte una perdita di legittimità)⁸⁵. I giudici americani si comportano invece diversamente,

⁸² Sull'argomento cfr. Capitolo II, par. 3.3 (sulla presunta natura costituzionale dell'OMC).

⁸³ La relazione è espressa chiaramente dalla giudice Higgins nella sua opinione concorrente alla sentenza nel caso *Piattaforme petrolifere*: «'the context' is clearly that of an economic and commercial treaty» (*Piattaforme petrolifere, Opinione separata del Giudice Higgins*, par. 46).

⁸⁴ Gardiner, *Treaty Interpretation* cit., pp. 281-283.

⁸⁵ Sul punto si veda il Capitolo III, parr. 4 e 5.

snobbando in larga misura l'opinione delle parti⁸⁶. Sentendosi parte del mondo dei diritti umani, essi scelgono di importare nel proprio sistema gli esiti interpretativi (tra cui quelli evolutivi) raggiunti in un altro sistema, come se fosse una strada obbligata: in realtà, anche a voler mantenere il legame tra i rispettivi precedenti giurisprudenziali si può pensare che a trasmigrare non siano i risultati dell'interpretazione, ma il metodo che porta a essi.

C'è da chiedersi se la scelta tra le due opzioni abbia natura politica o sia essa stessa da compiersi sulla base dello scopo del (tema del) trattato. In questo secondo caso, l'interprete dovrebbe domandarsi se quello scopo è meglio servito dal trasferimento nel sistema d'arrivo del metodo oppure degli esiti dell'interpretazione. In altre parole, si troverebbe più o meno a confrontare due scopi. La cosa non è sorprendente, dal momento che sono molti i trattati che hanno più di un fine. Ciò che più interessa, però, è che tale situazione può a mio avviso presentarsi in due distinte forme, che potremmo chiamare «orizzontale» e «verticale». Un conto è infatti il caso in cui la convenzione esaminata si ispiri a due valori differenti⁸⁷: essi sono – fino a prova contraria – posti sullo stesso piano (orizzontalmente), e la soluzione consiste nel contemperarli, come si fa con i principi. Un altro è invece quando i due scopi si escludono mutualmente, ed è come se fossero collocati uno sopra all'altro: in questa circostanza si tratta di applicarne uno solo, dal momento che, come per le regole, non è permesso un bilanciamento. Poiché solo uno è quello giusto, è improprio dire che il trattato ha due scopi; se mi sono espresso così è per sottolineare come entrambi siano plausibili, e come la scelta tra i due si risolva spesso con considerazioni estranee al trattato (e plausibilmente legate alla scienza ermeneutica).

Degli esempi aiuteranno a chiarire il concetto, che calerà in un'ottica intertemporale. Una norma che sancisce il divieto di discriminazione viene promulgata in un contesto etnicamente omogeneo, in cui le uniche differenze sono quelle basate sul credo religioso. Decenni dopo, un consistente fenomeno migratorio fa sì che quella società sperimenti la discriminazione razziale: si deve supporre che la disposizione di cui si è detto debba includere nel suo raggio d'azione anche questi episodi inizialmente non previsti? Oppure: una norma a tutela della famiglia viene emanata in un periodo in cui l'unico nucleo affettivo considerato legittimo è quello composto da un uomo e una donna. Più in là nel tempo, la maggiore visibilità delle

⁸⁶ In questo qualcuno vede un problema per l'effettività dei giudizi della Corte: G.L. Neuman, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, in «European Journal of International Law», 2008, XIX.

⁸⁷ Per esempio, l'accordo che ha istituito l'Organizzazione mondiale del commercio vede nella promozione del libero scambio solo uno dei suoi fini, essendo l'altro (o uno tra gli altri) lo sviluppo sostenibile: WTO Appellate Body, *US – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, 1998, par. 17.

coppie omosessuali riscrive il concetto di normalità: si può dire che la suddetta disposizione ricomprenda anche gli affetti tra persone dello stesso sesso nel concetto di famiglia? In ambedue le circostanze ci troviamo di fronte al conflitto tra un'intenzione normativa specifica e uno scopo normativo generale⁸⁸. Difficile sapere se gli autori del diritto intendessero vincolarsi a una visione delle cose a loro contemporanea oppure se fossero disposti a lasciar evolvere le norme.

Si ripresenta in questa sede la dicotomia oggettivo/soggettivo. Secondo un approccio basato sulla soggettività ciò che conta è l'intenzione degli autori del diritto: l'obiettivo sarà qui quello di studiare i lavori preparatori per vedere se è possibile rinvenire indizi su quale sia il vero fine della norma. Se al contrario si sposa un punto di vista oggettivo, lo scopo della norma si configura come elemento interpretativo primario cui gli altri sono subordinati: la disposizione evolve a prescindere dall'intenzione di chi l'ha ideata, perlomeno se certi requisiti vengono soddisfatti (per esempio l'inadeguatezza morale della vecchia interpretazione rispetto alla nuova realtà fattuale)⁸⁹. Con la prospettiva oggettiva – e in linea con quanto sopra accennato – la scelta tra due fini divergenti si fonda su fattori esterni al trattato, e in ultima analisi riconducibili a una certa idea di interpretazione. La scelta è innanzitutto ermeneutica, ed essa si trascina quella dello scopo (evolutivo o meno). In entrambi i casi, comunque, la lezione che ne traiamo è che scopo e oggetto di un trattato, per quanto utili, non riescono da soli a rendere conto dell'intenzione evolutiva delle parti. Il contesto, inteso in senso lato, non può essere ignorato.

5.3. Contesto

L'idea di contesto è forse lo strumento più duttile nelle mani dell'interprete. I suoi numerosi significati permettono a quest'ultimo di prendere in considerazione una panoplia di elementi interpretativi che ricomprende, potenzialmente, qualsiasi spunto argomentativo che non sia già incluso nelle altre categorie ermeneutiche. Uno schema esplicativo che volesse elencare le

⁸⁸ J. McKenna, *The Law Court's Philosophy of Statutory Interpretation: The Legislature as Architect, the Court as Builder*, in «Maine Bar Journal», 2004, XIX, 166-167.

⁸⁹ Cfr. W.N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge 1994, pp. 125-126. Il concetto è quello espresso prima parlando di trattati multilaterali (v. nota 79 e relativo testo), e si collega all'idea – di cui ho dato conto *supra*, par. 4 – di evoluzione anche contro la volontà delle parti. In questo caso, ciò avverrebbe con un caso un po' *sui generis* di sostituzione di uno scopo a un altro: v. *infra*, par. 5.5.

varie «famiglie» in cui la nozione di contesto può essere divisa, tenendo conto delle specificità del diritto internazionale, ne riporterebbe almeno quattro:

1) contesto interno al trattato: è il senso più classico della parola «contesto», inteso come ciò che sta intorno al testo. Ci si riferisce naturalmente alle parole che circondano i termini cui si vuole dare il giusto significato (contesto grammaticale), così come a quelle che compongono il trattato nella sua interezza, e con le quali potrebbe essere opportuno tracciare un confronto (contesto sintattico), ma anche alle disposizioni del patto, da cui è possibile ricavare il senso complessivo dello strumento in esame. È in quest'ultima accezione che, per esempio, più sopra si è voluto avvicinare le nozioni di scopo e di contesto: l'argomento del trattato fornisce infatti validi indizi a proposito dell'ambito linguistico e della comunità interpretativa di riferimento, e dunque dell'ipotetico fine che il trattato si prefigge. In questo senso, il concetto di contesto è da ritenersi un fattore interpretativo oggettivo, come tale codificato dall'articolo 31(1) della Convenzione di Vienna.

2) contesto attorno al trattato: si tratta del quadro normativo, politico, e sociale che ha visto la nascita della convenzione oggetto di interpretazione. In altre parole, quello che la Convenzione del 1969 sul diritto dei trattati definisce, all'articolo 32, circostanze della conclusione del trattato (di cui i lavori preparatori possono essere parziale riflesso). Come si può notare, il panorama si amplia notevolmente: l'interprete può fuggire dai confini del trattato e andare altrove in cerca delle prove a supporto della propria decisione. Nonostante il ricorso a un simile materiale richieda per forza ai giudici di supportare le proprie decisioni con una solida argomentazione, non stupisce che gli estensori della Convenzione di Vienna abbiano preferito condizionare l'accesso a questo canale interpretativo al previo esperimento (infruttuoso) degli strumenti previsti dall'articolo 31. Tuttavia, questa strategia non si è rivelata efficace, dal momento che l'articolo che cristallizza la «general rule of interpretation» dispone l'utilizzo di mezzi la cui portata è assai vasta e non sempre ben definita. Per limitarsi a un esempio avente ripercussioni intertemporali, basti pensare che il contesto normativo che viene in rilievo tramite l'articolo 32 è indubabilmente quello esistente al momento in cui il testo del trattato prende forma definitiva (adozione), mentre è legittimo credere che l'articolo 31(3)(c) possa chiamare in causa anche il diritto in vigore al momento dell'applicazione⁹⁰.

⁹⁰ V. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* cit., p. 179 e i molti autori citati in nota 86.

3) contesto esterno giuridico-formale: è appunto quello cui fa riferimento l'articolo 31(3)(c). È probabilmente il canale sfruttato dalla Corte internazionale di Giustizia nel più volte citato caso *Conseguenze giuridiche*, laddove afferma che l'interpretazione dello Statuto della Società delle Nazioni «cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by way of customary law»⁹¹. Dico «probabilmente» perché i giudici non esplicitano la base giuridica del loro ragionamento, e anche perché il parere consultivo è stato reso in un periodo in cui le istanze giurisprudenziali internazionali non avevano ancora scoperto il grande potenziale di quella disposizione⁹². Si può però notare la presenza di un identico orizzonte interpretativo nel brano citato e nella *ratio* dell'articolo 31(3)(c), che appunto non solo permette ma addirittura richiede che l'interprete tenga conto delle rilevanti norme di diritto internazionale in vigore tra le parti. Su quali siano le coordinate spazio-temporali di quel contesto, però, ci sono opinioni divergenti, che saranno oggetto di qualche breve riflessione tra poco.

4) contesto esterno giuridico-fattuale: se ci si svincola dalle costrizioni dell'articolo 31(3)(c) si può assistere alla trasformazione del contesto formale in contesto fattuale. In altre parole, ciò che rileva non è più solamente l'insieme degli strumenti giuridici che entrano nel campo d'azione del citato articolo, ma tutte quelle norme e quei fatti che sono in qualche modo riconducibili alla disposizione da interpretare, e che possono facilitare tale compito. In questo caso la nozione di «rilevanza» non richiama quella di «applicabilità», bensì quella di «valore» (nel senso di ciò che vale la pena di prendere in considerazione, a dispetto dell'assenza di legami formali con la disposizione). Nel parere sulla vicenda sudafricana la Corte ha pronunciato parole prive di ambiguità: «an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation»⁹³. Il che ricorda da vicino le parole con cui il giudice Huber definisce il secondo elemento – quello della contemporaneità – del suo celebre *dictum* sulla logica del diritto intertemporale: «the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law», un principio da cui consegue che «[a] juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it»⁹⁴. In

⁹¹ *Conseguenze giuridiche*, par. 53.

⁹² C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in «International & Comparative Law Quarterly», 2005, LIV.

⁹³ *Conseguenze giuridiche*, par. 53.

⁹⁴ *Island of Palmas*, p. 845.

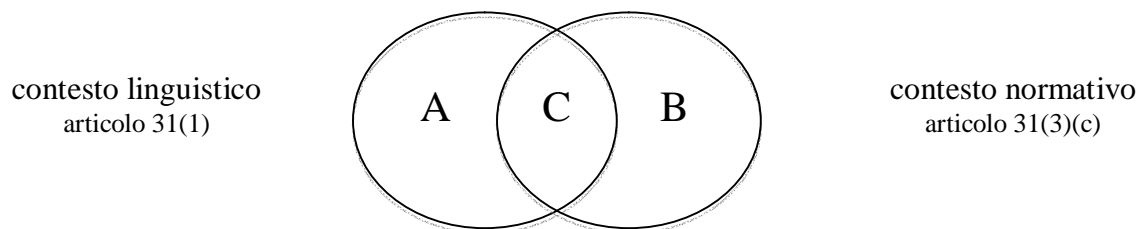
nessuno dei due casi viene fatto cenno alla necessità di rinvenire un nesso formale tra la norma interpretata e il diritto che la circonda.

Va da sé che non è facile tracciare linee divisorie nette tra le categorie appena esposte. E questo costituisce un notevole problema dal punto di vista del rispetto dei vincoli posti all'accesso a ciascuno di questi domini del contesto. Si sono infatti già tratteggiate le condizioni procedurali cui è sottoposto il ricorso a ognuna di quelle accezioni, e si vede bene come tali requisiti non lascino un grande margine di discrezionalità. Il contesto inteso nel senso (1) ha, in potenza, un raggio d'azione vastissimo, essendo fondato sull'utilizzo del linguaggio naturale; e la potenza ha ottime probabilità di trasformarsi in atto se si considera che l'utilizzo di questa nozione di consenso è prescritto dalla regola generale d'interpretazione – l'articolo 31 della Convenzione del 1969 – nel suo primo paragrafo. In pratica, si tratta dello strumento che, dal punto di vista logico, precede tutti gli altri durante il processo interpretativo. Il contesto avente il significato (2), invece, è relegato ai margini di tale processo, trovando spazio solamente nell'articolo 32 e quindi tra i mezzi supplementari di interpretazione. Il punto (3) ci porta nuovamente all'articolo 31. Siamo cioè davanti a un altro elemento interpretativo primario; tuttavia, se raffrontato con quello che garantisce l'accesso al contesto (1), il canale che porta al contesto esterno giuridico-formale appare in realtà come una strettoia. Le limitazioni al bacino di materiali che è possibile prendere in considerazione grazie all'articolo 31(3)(c) sono infatti notevoli ma, anche se la vera portata di questo strumento è oggetto di dibattito in dottrina, non c'è dubbio che una parte dei supporti interpretativi accessibili tramite il 31(1) non sono riconducibili alle norme rilevanti in vigore tra le parti. Infine, il contesto inteso nell'accezione (4) è – a mio avviso – un esempio di quell'oggettivismo che, come si è visto prima⁹⁵, porta l'interpretazione evolutiva a entrare potenzialmente in conflitto con la volontà delle parti: se una convenzione deve rimanere in sintonia con lo spirito (e il diritto) dei tempi, allora gli Stati che avevano raggiunto un accordo «statico» vedono snaturata la propria intenzione. Ne consegue che la prassi interpretativa legata a quest'ultima idea di contesto richiede le giuste condizioni per essere attuata, tanto ambientali quanto giuridiche: si potrebbe quasi dire che il ricorso a questa idea di contesto richiede il giusto... contesto per essere considerato ammissibile⁹⁶.

⁹⁵ V. *supra*, par. 4.1.

⁹⁶ L'affermazione non deve sembrare un semplice gioco di parole. L'evoluzione oggettiva di una norma è un atto che, se vuole essere socialmente accettato, non può incontrare l'opposizione degli attori della comunità internazionale. Ci sono senz'altro fasi storiche e ambiti materiali più propensi di altri al cambiamento. Da un

Come dicevo, però, se le vie d'accesso a ognuna di queste tipologie di contesto sono ben delineate, non si può dire la stessa cosa dei confini che separano materialmente – e non proceduralmente – le categorie summenzionate. È questo un problema grave ma quasi del tutto trascurato dalla letteratura internazionalistica. Comprendere, per esempio, quali sono i criteri di utilizzo dell'articolo 31(3)(c) o in quali circostanze, di preciso, è consentito abbandonare l'articolo 31 a vantaggio di quello che lo segue risulta di dubbia utilità se è vero che si può passare – talvolta con una certa disinvoltura – da una caratterizzazione a un'altra di uno stesso supporto interpretativo. Chiarisco il concetto con un esempio. Si è detto in precedenza che le parole contenute in un trattato non possono essere classificate a priori come termini giuridici o termini di linguaggio comune o, ancora, come termini scientifici. La collocazione in una di queste categorie può avvenire solo sulla scorta di considerazioni esterne che nulla hanno a che fare con la natura intrinseca della parola. Ora, si vede bene come l'utilizzo di uno stesso termine nella sua valenza giuridica oppure di senso comune sia suscettibile di chiamare in causa canali interpretativi differenti. Come si vede in questa rappresentazione



c'è una intersezione (C) tra gli insiemi (A e B) che rappresentano i due tipi di contesto. Se, per ipotesi, all'espressione «piattaforma continentale» si attribuisce un significato prettamente giuridico, è facile – anche se non necessario – che l'interprete si avvalga dell'articolo 31(3)(c) per comprenderla nel suo senso più pieno, grazie alle norme rilevanti di diritto internazionale⁹⁷. In questo caso B rappresenta la totalità dei materiali attingibili grazie a

punto di vista meno sociologico, però, vale la pena di ricordare che l'idea di contesto (1) può influenzare notevolmente la possibilità di contrastare la volontà delle parti: come si vedrà nel prosieguo della tesi, i diversi scenari forniti dall'Accordo OMC e dalla CEDU vincolano in modo differente l'interprete, e ciò che è considerato legittimo in uno non lo è per forza di cose anche nell'altro.

⁹⁷ Ho detto che questa mossa non è necessaria perché è sempre possibile muoversi sul piano linguistico (anziché giuridico-formale) anche facendo ricorso a concetti giuridici. Se la nozione di piattaforma è da intendersi nella sua accezione giuridica, nulla toglie che si possa condurre un «sondaggio» per capire quale significato vi

quella disposizione, mentre lo spazio dato da B - C racchiude quelli che non possono essere richiamati su basi meramente linguistiche⁹⁸. Se, invece, si considera quella locuzione come un'espressione di senso comune, sarà possibile utilizzare materiale linguistico proveniente da convenzioni al di fuori della portata dell'articolo 31(3)(c): quelli, in sostanza, contenuti nell'insieme A - C.

Guardiamo ora alla stessa questione da una prospettiva intertemporale. Se ci troviamo di fronte a un caso rientrante nell'intersezione C, possiamo attribuire al nostro referente interno un significato linguistico S_L oppure un significato normativo S_N . Poniamo che col tempo quest'ultimo subisca una scissione, passando da S_{N1} a S_{N2} in una convenzione che vincola anche le parti del trattato da interpretare, e da S_{N1} a S_{N3} in uno strumento giuridico che quelle stesse parti non hanno ratificato. Come sappiamo, l'articolo 31(3)(c) permette di tenere conto solo del primo mutamento. Ipotizziamo ora che il significato ordinario del referente passi da S_{L1} a S_{N3} , per il semplice motivo che quest'ultimo si è dimostrato capace di imporsi anche nel linguaggio di senso comune. Bene, si vede chiaramente come il processo di classificazione di un'espressione possa facilmente trasformarsi in un modo per aggirare i vincoli di uno strumento giuridico (per esempio, l'articolo 31(3)(c), che permette di prendere in considerazione solo le norme che vincolano le parti) appoggiandosi a un altro (il contesto linguistico ex articolo 31(1), che può raggiungere qualsiasi trattato).

Linderfalk è (a mia conoscenza) uno dei pochi ad aver intravisto il problema, e, per quanto non lo approcci direttamente, nella sua ricerca si trovano ragionamenti che possono rappresentare un tentativo di soluzione. Un approccio – che non è rimasto isolato⁹⁹ – consiste

attribuisce il diritto, incluso quello che non vincola le parti. Ho detto però che questa mossa non è facile perché si presta – più dell'altra, almeno – a critiche come quella che la giudice Higgins muove alla Corte nel caso *Piattaforme petrolifere*: «The Court has [...] invoked the concept of treaty interpretation to displace the applicable law» (*Piattaforme petrolifere, Opinione separata del Giudice Higgins*, par. 49; essendo il contesto un po' diverso, la citazione è da prendere *mutatis mutandis*).

⁹⁸ Per esempio, nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, alcune considerazioni ambientali fondate su un emergente diritto consuetudinario (e dunque rientrante nel campo di applicazione del 31(3)(c)) sono state fatte valere nonostante l'assenza di un appiglio linguistico nel testo. Siamo comunque su un terreno sdruciolevole, dato che non è facile trovare il confine tra l'esistenza e l'assenza di un simile appiglio: cfr. per es. il caso *Piattaforme petrolifere*, ove il rimando alle consuetudini sull'uso della forza avviene con riferimento all'espressione «maintenance or restoration of international peace and security».

⁹⁹ V. J. Cazala, *Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de toute autre «règle pertinente de droit international applicable entre les parties» en tant que «passerelle» jétée entre systèmes juridiques différents*, in H. Ruiz Fabri e L. Gradoni (a cura di), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, Paris 2009, pp. 124-125.

nel sostenere una qualche incompatibilità tra testo e contesto, e di conseguenza tra contesto linguistico e contesto normativo esterno. Per Linderfalk questa incompatibilità è totale: poiché ogni tipo di contesto riconducibile a ciascuno dei tre paragrafi dell'articolo 31(3) può assumere forma non scritta, ogni legame con l'idea di contesto linguistico è reciso, col risultato che «[i]f a treaty is to be considered part of two systems, of which the one is linguistic and the other logical, [...] [sfruttando l'articolo 31(3)] appliers are not to assume that the interpreted treaty provision and the context form a system in the linguistic sense»¹⁰⁰. L'esito sembra comunque abbastanza discutibile, se si pensa a come si regge su premesse assai deboli per colpire un bersaglio sbagliato. Anche a voler accantonare la facile obiezione per cui pure un contesto normativo non scritto ottiene, nella mente dell'interprete, una sua versione scritta di cui è possibile un'analisi testuale, rimane il fatto che qui il problema non è quello di eliminare la componente linguistica del 31(3) per renderlo una disposizione che opera su basi puramente normative, ma di capire in che modo si relazionano il «linguistic system» del 31(1) e il «logical system» del 31(3): e l'unica risposta, a mio avviso, viene dall'interrogare gli altri strumenti interpretativi per capire a quale tipo di dominio – normativo o linguistico – le parti facevano riferimento.

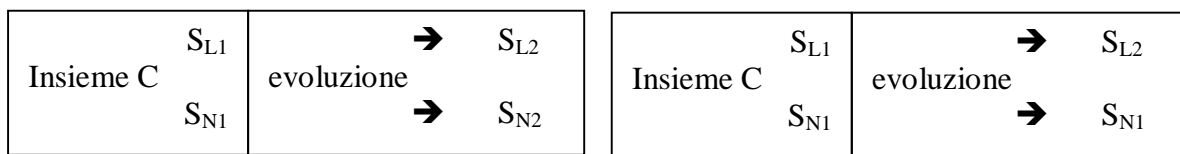
La stessa, difficile soluzione va data nel caso in cui il problema sia letto in una prospettiva intertemporale. Se la parziale sovrapposizione tra contesto linguistico e contesto normativo fa sì che si possa ricorrere al primo per allargare la base di dati cui è possibile accedere tramite un referente interno, è altresì possibile «scambiare» due interpretazioni evolutive (nel caso in cui i significati linguistico e normativo mutino entrambi) oppure trovarsi a decidere tra evoluzione e conservazione (se uno di essi evolve mentre l'altro rimane immutato). Per esempio, è possibile pensare che la parola «pollo»¹⁰¹, contenuta in un trattato, sia riconducibile a un significato di senso comune e a un altro, tecnico, contenuto in una convenzione in vigore anche per le parti del primo trattato (dunque utilizzabile *ex* articolo 31(3)(c)). Poniamo che il primo evolva e non il secondo, o viceversa, oppure che ambedue

L'autore ritiene che l'articolo 31(1), a differenza del 31(3)(c), non abbia bisogno di un «point d'accès» incardinato nella norma da interpretare, potendo venire in rilievo su basi extra-linguistiche. In questo modo egli dà conto della diversa apertura delle due disposizioni, evidenziandone l'equilibrio complessivo: al maggior raggio d'azione del 31(1) corrisponde uno stringente criterio d'utilizzo che il 31(3)(c) non è tenuto a soddisfare. Ciò è vero, ma l'autore non tiene in considerazione che il contesto normativo può, anche se non deve necessariamente, fondarsi su un dato linguistico, ed è in queste circostanze che il problema rischia di emergere.

¹⁰⁰ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* cit., pp. 190-191.

¹⁰¹ Sul significato di questa parola ci si è realmente interrogati in un caso (statunitense) di diritto interno: v. Bianchi, *Textual Interpretation* cit., pp. 38-39.

mutino ma in direzioni diverse. Quale scegliere? Linderfalk crede opportuno allineare gli esiti dell'utilizzo di ambedue gli strumenti interpretativi a un criterio esterno, sostenendo che tanto il linguaggio quanto le norme esterne sono quelli del momento della stipula se le parti hanno usato termini generici riferentisi a un oggetto che pensavano statico, mentre sono quelli del momento dell'interpretazione se le parti hanno fatto ricorso a parole generiche riferentisi a un oggetto che ritenevano dinamico¹⁰². In questo modo, qualsiasi sia la strada che si intende percorrere, non si potrà che scegliere tra l'evoluzione o l'immobilità. Ma questa non è una soluzione, come si può intuire dal seguente schema:



Come prima, il significato linguistico e quello normativo di partenza appartengono al medesimo insieme C, che rappresenta l'intersezione tra i contesti *ex* articolo 31(1) ed *ex* articolo 31(3)(c). La tesi di Linderfalk non funziona tanto nel caso in cui S_{L1} e S_{N1} evolvano, tanto in quello in cui essi rimangano fermi, perché non elimina il problema di fondo della scelta tra contesto testuale e contesto formale, una scelta che non può essere evitata (indipendentemente dal momento in cui viene compiuta, prima o dopo la decisione sull'eventuale evolutività della norma). E questa decisione non dipende dalla nozione di termini generici (nell'accezione peculiare in cui l'intende l'autore).

Termino il paragrafo con un'ultima considerazione su questo punto. Spesso in dottrina ci si è interrogati sul significato della parola «parti» nell'articolo 31(3)(c) («any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties»). Ed è anche stato notato che, a seconda che si consideri corretta l'idea secondo cui il termine va inteso come «parti della controversia»¹⁰³ oppure l'ipotesi che esso significhi «(tutte le) parti del trattato»¹⁰⁴, diversa è l'ampiezza del materiale raccolto dall'articolo. Se infatti diamo credito alla prima versione, possiamo usare in via interpretativa tutte quelle convenzioni che vincolano le parti – solitamente solo due – di una controversia: ed è facile che vi sia un gran numero di trattati che

¹⁰² Linderfalk, *Modern Interpretation of Treaties* cit., p. 78 e p. 179.

¹⁰³ V. French, *Treaty Interpretation* cit., pp. 306-307.

¹⁰⁴ V. per es. U. Linderfalk, *Who Are the Parties? Article 31, Paragraph 3(c) of the 1969 Vienna Convention and the «Principle of Systemic Integration» Revisited*, in «Netherlands International Law Review», 2008, LV.

soddisfano questo requisito. Al contrario, se tutte le parti del trattato da interpretare devono essere anche parti di quello che si vuole usare come supporto interpretativo, allora il raggio d'azione del 31(3)(c) rischia di restringersi molto: perlomeno, è ciò che avviene se il primo degli strumenti citati non è bilaterale ma multilaterale (con un effetto che si moltiplica maggiore è il numero delle parti). In questa prospettiva, l'interprete di un trattato ratificato quasi universalmente farà molta fatica a trovare altre convenzioni con una *membership* almeno coestensiva.

Anche in questo caso possiamo guardare alla questione con una lente intertemporale. Si è più volte notato che il fatto che le «relevant rules» siano quelle in vigore al momento della stipula oppure nel momento in cui una disposizione viene interpretata determina il numero di convenzioni che rientrano nel perimetro del 31(3)(c). Questo soprattutto perché il tempo porta con sé nuovo diritto e – in misura minore – ne fa andare altro in desuetudine. Ciò che vale la pena di notare è che non è detto che i trattati «esterni» in vigore tanto al momento della stipula quanto al momento dell'interpretazione rilevino, ai sensi dell'articolo 31(3)(c), in entrambe le fasi. È infatti possibile che le parti sia dello strumento da interpretare¹⁰⁵ che di quelli costituenti il contesto giuridico-fattuale cambino nel tempo, modificando la rete di relazioni tra i membri dei due insiemi. Questo assume rilevanza anche alla luce di quanto è stato detto sull'intercambiabilità (parziale) tra contesto linguistico e contesto normativo. Il primo autorizza a considerare i trattati esterni che vengono in rilievo tramite il 31(1) come una sorta di diritto consuetudinario, poiché se un certo termine contenuto in una convenzione subisce l'influenza di termini identici utilizzati da altre convenzioni sulla base di considerazioni puramente linguistiche, allora non rileva né quante né quali siano le parti di questi trattati «contestuali»: né, in definitiva, se tali parti aumentano o diminuiscono col passare del tempo. Non così nel caso in cui i trattati esterni entrino in gioco *ex* articolo 31(3)(c). Qui il legame tra essi e la disposizione da interpretare ha natura formale, e vale quanto detto sopra: ogni modifica nella *membership* della convenzione da interpretare o di quelle usate per farlo è suscettibile di influire sull'ampiezza del contesto normativo.

5.4. Prassi successiva

La prassi successiva è uno strumento interpretativo estremamente interessante, forse non solo a causa del suo grande potenziale applicativo ma anche della sua problematicità. Non stupisce

¹⁰⁵ V. Linderfalk, *Doing the Right Thing* cit., p. 112.

dunque che l'articolo 31(3)(b) della Convenzione di Vienna, che indica la prassi come uno degli elementi di cui l'interprete deve tenere conto assieme al contesto nel ricostruire il corretto significato di una disposizione, sia oggi al centro dell'attenzione degli studiosi¹⁰⁶. Per esempio, la Commissione di diritto internazionale nel 2008 ha deciso di includere il tema nel suo programma di lavoro (sotto il nome di «Treaties over Time»), e l'anno successivo ha istituito un Gruppo di studio presieduto da Georg Nolte. Quest'ultimo ha finora prodotto due rapporti, il secondo dei quali – che vaglia la condotta delle più importanti istanze giurisdizionali internazionali, tentando di coglierne analogie e differenze – è ancora sotto esame da parte del Gruppo.

Nella misura in cui la prassi successiva è presa in considerazione al fine di stabilire l'esistenza di un accordo tra le parti riguardanti l'interpretazione di un trattato – queste le esatte parole dell'articolo 31(3)(b) – essa rileva in tema di interpretazione dinamica. Si tratta in effetti di vedere come le parti, congiuntamente, hanno applicato una disposizione per comprendere cosa esse leggono nel testo della norma. Se questa è la definizione, si possono sottolineare due punti degni di nota. Il primo, che non è un vero e proprio punto critico, riguarda la questione dell'esistenza di un accordo tra gli Stati in merito al significato dei trattati che li vincolano. Infatti, la prassi applicativa – e, dunque, interpretativa – di una norma non è quasi mai concordata (ciò che farebbe rientrare il documento d'intesa nel campo d'azione dell'articolo 31(3)(a), concernente i «subsequent agreements»), ma lasciata alla discrezione delle singole parti. O, in parecchi casi, di alcune di esse, dal momento che non è affatto da escludere che alcune disposizioni siano effettivamente applicate solo da una percentuale, magari piccola, degli Stati che hanno ratificato il trattato. In quel caso il massimo che si può ottenere è il silenzio-assenso di coloro che non hanno contribuito alla prassi. E, al minimo, troviamo la situazione in cui un'interpretazione maggioritaria viene fatta valere contro una minoranza apertamente dissenziente. In questo senso vanno intese le parole della Commissione di diritto internazionale che, riassumendo le conclusioni provvisorie del Gruppo di studio, ha affermato che «[e]volutionary interpretation may be guided by subsequent practice in a narrow and in a broad sense», intendendo con quest'ultimo il caso in cui la prassi viene utilizzata «without referring to and requiring a discernable agreement between the parties»¹⁰⁷.

¹⁰⁶ V. G. Nolte (a cura di), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford 2013 (in corso di pubblicazione); H. Fox, *Article 31(3)(a) and (b) of the Vienna Convention and the «Kasikili/Sedudu Island» Case*, in Fitzmaurice, Elias e Merkouris (a cura di), *Treaty Interpretation* cit.

¹⁰⁷ ILC, *Report of the Sixty-third Session* (2011), A/66/10, p. 283 (rispettivamente, parr. 7 e 5).

Il secondo fattore degno di considerazione è incentrato sull'importanza del testo. Se si attribuisce importanza al modo in cui le parti, soggettivamente, vedono i propri obblighi, diventa assai arduo stabilire un confine tra un'ammissibile interpretazione di ciò che il testo oggettivamente dice e un illecito cambiamento della norma. Si rischia cioè che la volontà delle parti prenda il posto, poiché successiva, della disposizione scritta. Il problema maggiore, a livello teorico, è decretare qual è l'esatto punto in cui l'interpretazione si fa modifica: ciò che si configura come un potenziale circolo vizioso, dal momento che il significato di un testo si dà solo attraverso la sua interpretazione, alla quale contribuisce anche la prassi successiva (con la conseguenza che laddove quest'ultima è l'unico indizio – o il solo realmente affidabile – dell'intenzione delle parti, non v'è modo di sapere su quale versante della dicotomia ci si colloca). La cosa diventa tanto più problematica nella misura in cui, in una circostanza a cavallo tra interpretazione e modifica, il giudice si affida a una prassi successiva non limpida, in cui all'accordo tra alcune parti si mescola il silenzio di altre o addirittura la loro opposizione dichiarata.

L'ipotesi appena descritta può apparire estrema, ma non si può escludere che, occasionalmente, si concretizzi¹⁰⁸. In ogni caso, poi, credo che il pericolo maggiore non stia nell'uso manifestamente disinvolto della prassi da parte di un qualche tribunale internazionale – uso che, va da sé, sarebbe subito contestato dagli Stati dissenzienti e da una porzione più o meno grande della dottrina – bensì nel modo in cui la prassi riesce a «nascondersi» tra le pieghe del significato ordinario delle parole. Perché quel significato è in diretta dipendenza dell'uso che i parlanti ne fanno: il senso è infatti null'altro che un costrutto sociale, rispecchiato da significanti di cui si fa un utilizzo talmente irriflesso che si perde la percezione della loro origine. Ed è così che la prassi successiva riscrive i significati delle parole, come dimostra un'attenta lettura delle parole della Corte permanente di giustizia internazionale:

This is a point as to which the burden of proof lies on Norway. The geographical meaning of the word «Greenland», i.e. the name which is habitually used in the maps to denominate the whole island, must be regarded as the ordinary meaning of the word. If

¹⁰⁸ Nel caso *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, per esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo «modificò» dichiaratamente il significato della norma da interpretare, e questo nonostante alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa persistessero nell'adottare comportamenti in senso contrario. V. Capitolo II, par. 2.2.

it is alleged by one of the Parties that some unusual or exceptional meaning is to be attributed to it, it lies on that Party to establish its contention.¹⁰⁹

Nel caso di fronte alla corte si trattava di stabilire i limiti della sovranità danese sulla Groenlandia, la cui parte orientale era rivendicata anche dalla Norvegia. Quest'ultima sostiene che al nome del territorio si sarebbe dovuto attribuire il significato che, all'epoca, esso assumeva quando inserito nei documenti ufficiali e nelle ordinanze emanati dalla Danimarca, e dunque quello riferentesi alla sola parte allora colonizzata, quella occidentale. La Corte non contesta tale richiesta di applicare il primo principio di diritto intertemporale (il principio di contemporaneità), e anzi neppure la discute. I giudici cioè non si pongono il problema se dare per buono il significato valido all'epoca dei fatti oppure quello considerato normale al momento della decisione, ma si limitano ad associare alla parola «Groenlandia», in maniera del tutto automatica, la rappresentazione dell'intera isola. Quel significato, pur carico di una storia successiva all'insediamento danese sulla costa occidentale, viene considerato come neutrale, e si pone in capo alla Norvegia il compito di dimostrare che esso è, al contrario, un significato storicamente connotato. Se la Corte non avesse di fatto inglobato la prassi successiva (e il suo portato linguistico) nel significato comune di «Groenlandia», avrebbe di sua spontanea volontà condotto una ricerca sul senso che all'epoca quel termine possedeva, senza attribuire a una delle parti l'onere della prova¹¹⁰.

Nel caso appena illustrato la costruzione sociale del termine «Groenlandia» avviene per mezzo di una prassi i cui autori non sono facilmente identificabili. La Corte permanente parla infatti di una denominazione geografica tipica delle mappe, ma non è dato sapere se la pratica di definire così l'isola nel suo complesso non si sia per caso imposta grazie a cartografi commissionati da uno Stato interessato (la Danimarca). In tal caso, la prassi successiva sarebbe stata diretta da un governo a sostegno di una propria rivendicazione e contro quella di un altro, col risultato che nasconderla dietro la nozione di significato ordinario comporterebbe al contempo una cattiva interpretazione e un'ingiustizia. Bisogna dunque stare attenti a fare in

¹⁰⁹ *Status giuridico della Groenlandia orientale (Danimarca c. Norvegia)*, Sentenza (1933), PCIJ (Series A/B) No. 53, p. 49.

¹¹⁰ A dire il vero i giudici prendono in considerazione le obiezioni avanzate dalla Norvegia (e le liquidano con argomentazioni piuttosto discutibili e, a mio avviso, circolari: *ivi*, pp. 49-51), ma resta il fatto che essi non hanno agito di propria iniziativa ma solo per controbattere le prove dei norvegesi, dimostrando di considerare la loro posizione come quella di chi afferma l'esistenza di un significato speciale (su significato speciale e onere della prova, v. *supra*, nota 69).

modo che l'intraprendenza di alcuni Stati non celi in realtà una lotta per (ri)nominare le cose¹¹¹.

Alla fin fine, comunque, non si può negare il servizio che la nozione di prassi successiva rende all'interpretazione evolutiva. Questo è riconosciuto anche da chi, come Arato, separa formalmente i due concetti. Per questo autore la prassi non è un mezzo di interpretazione evolutiva, ma uno strumento d'evoluzione che si affianca all'interpretazione dinamica. La faccenda appare più che altro come una questione terminologica, ma a ben guardare essa non è priva di sostanza¹¹². E questo non tanto perché Arato sostiene che i due metodi funzionino seguendo meccanismi diversi – in fin dei conti l'idea è che l'interpretazione evolutiva, basandosi su termini «by definition evolutionary», comporti effetti orizzontali e verticali per cui la stessa espressione analizzata da un'altra corte oppure dallo stesso giudice ma in un altro caso richiede che si raggiungano i medesimi esiti interpretativi: una tesi che ho già provato a smentire sopra – ma piuttosto per l'interessante definizione che egli dà della prassi successiva. Per l'autore, infatti, interpretazione evolutiva e prassi successiva si distinguono in quanto «one [is] based on interpreting the original intent of the parties, the other based on their subsequent intent»¹¹³. Più in dettaglio (e invertendo le posizioni):

The former is warranted only where there is a certain kind and degree of practice on the part of the parties evidencing their subsequent intention to interpret the treaty in a certain way. The latter is warranted only where there are signs, in the text or elsewhere, that the parties intended the treaty to have an evolutive character linked to subsequent developments in law or facts.¹¹⁴

L'interpretazione evolutiva, dunque, si basa sulla volontà storica delle parti, e cioè quella espressa dal trattato e deducibile grazie al suo testo (per esempio se fornito di termini

¹¹¹ Che sarebbe poi una delle forme che assume il «wordfare»: cfr. J. D'Aspremont, *Wording in International Law*, in «Leiden Journal of International Law», 2012, XXV.

¹¹² Anche se l'aspetto terminologico rimane. Distefano, per esempio, condivide con Arato l'idea che la prassi successiva muti il significato di una norma facendo evolvere la volontà delle parti, ma non ha problemi a definire questo processo come interpretazione evolutiva, anziché come strumento a essa alternativo (G. Distefano, *L'interprétation évolutive de la norme internationale*, in «Revue générale de droit international public», CXV, 2011, pp. 378-383).

¹¹³ J. Arato, *Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences*, in «The Law and Practice of International Courts and Tribunals», 2010, IX, p. 447.

¹¹⁴ Ivi, p. 452.

generici) o al suo scopo e oggetto¹¹⁵. La stessa volontà che viene sovrascritta da una più recente nel caso della prassi successiva. La tesi di Arato è espressa con lodevole chiarezza, ma a mio giudizio non fa che replicare l'errore di chi si trova a disagio con l'idea che la prassi successiva possa essere elemento interno all'interpretazione evolutiva, e non parallelo. Se per esempio chiamiamo in causa i termini «generici», nessuno pensa che il nuovo significato che essi assumono a seguito di un cambiamento esterno sia da mettere in relazione con una modifica dell'intenzione delle parti. Similmente, se pensiamo a un mutamento di contesto, nessuno penserà che la possibilità di prenderlo in considerazione a fini evolutivi dipenderà da un rivolgimento della volontà: anzi ci si affretterà a dire che, proprio perché il contesto è mutato, la volontà (storica) delle parti è meglio servita se il significato del testo viene fatto evolvere. Non capisco dunque perché si sia restii ad affermare che la prassi successiva possa operare pur nell'immobilità dell'intenzione degli Stati contraenti¹¹⁶.

Con questo non intendo dire che una simile lettura sia da escludere in ogni caso. Solamente, credo che essa non sia necessaria, essendo convinto che l'idea di prassi successiva possa essere ricondotta senza alcun problema allo schema classico dell'interpretazione evolutiva. Riprendiamo allora la definizione che di quest'ultima ho dato in un precedente paragrafo. Se essa è data dall'esistenza di un referente interno che muta grazie alle sollecitazioni di un agente esterno la cui azione può essere legittimamente presa in considerazione sulla base di una giustificazione legata alla volontà delle parti, si può dire che la prassi successiva occupa il secondo e il terzo posto della formula. In pratica, essa fornisce al contempo tanto il materiale del mutamento (ovvero quelle azioni statali che vanno contro una precedente interpretazione), quanto il movente (poiché la prassi «which establishes agreement» è per definizione

¹¹⁵ Ivi, p. 467, nota 82 (ove si cita – non a caso – Linderfalk).

¹¹⁶ Anche se posso ipotizzarlo. Essendo la prassi, per definizione o quasi, espressione della volontà delle parti (e cioè di un fattore soggettivo), si tende a vedere in ogni esercizio di prassi una sorta di ribadimento di questa volontà. Ed essendo difficile stabilire il confine tra volontà che modifica e volontà che interpreta, si è tentati di considerare ciascuno di questi ribadimenti come espressione di una nuova volontà, con effetti comparabili a quelli dell'interpretazione evolutiva. Quest'ultima, d'altronde, non pone problemi analoghi dato che la si considera di solito legata a elementi oggettivi come il testo del trattato (v. per es. Gardiner, *Treaty Interpretation* cit., p. 243). Ciò vale perché si pensa che l'oggettività del testo costituisca un argine contro interpretazioni che in realtà occultano modifiche. Se invece l'elemento oggettivo è tale perché si disinteressa della volontà delle parti, ponendosi potenzialmente in conflitto con essa – è il caso dello scopo secondo Distefano – allora il fatto che la prassi sia rappresentativa della volontà delle parti fa sì che su tale strumento si fondi «[une] méthode [...] moins 'dangereuse'» (Distefano, *L'interprétation évolutive* cit., p. 379). Come spesso capita è questione di punti di vista.

rappresentativa dell'intenzione delle parti). Nonostante ciò, Arato solleva un problema molto interessante, che vale la pena di esporre brevemente prima di concludere il capitolo.

5.5. Modifica della volontà delle parti

Fino ad ora si è dato per scontato che l'interpretazione evolutiva non sia altro che una forma assai peculiare di interpretazione. Peculiare per gli effetti e le circostanze in cui viene chiamata in causa, non però per i limiti cui sarebbe sottoposta. In questa prospettiva il confine dell'interpretazione dinamica è lo stesso che delimita ogni processo interpretativo: il rispetto della volontà delle parti. Oltrepassandola si finirebbe inevitabilmente sul terreno della modifica del diritto. E tuttavia verso l'inizio del capitolo si è ipotizzato che le cose potrebbero stare diversamente. Parlando di approccio oggettivistico estremo all'interpretazione, per esempio, si è inteso puntare l'attenzione sulla possibilità di ottenere un'evoluzione del significato di una norma a prescindere dall'intenzione delle parti, e quindi anche contro la loro volontà. Questa posizione può risultare problematica da un punto di vista teorico, ma è verosimile che le esigenze sociali e politiche che costituiscono l'habitat dell'interpretazione evolutiva rendano l'intera questione molto più accettabile sul piano pratico. Detto altrimenti, quando il cambiamento è sentito come necessario la vera ingiustizia potrebbe essere l'attenersi stolidamente a una volontà non più in linea con i tempi.

Esistono comunque altri casi in cui l'intenzione originaria delle parti può perdere centralità ed essere aggirata da considerazioni di diverso tipo. Si pensi alla definizione di prassi successiva proposta da Arato, che crea uno scenario in cui la volontà storica viene rimpiazzata da una volontà «nuova», espressa dalle parti per mezzo del loro agire. Questa ipotesi ha del resto trovato accoglimento nella giurisprudenza internazionale, allorquando la Corte internazionale di giustizia ha sostenuto che «the subsequent practice of the parties, within the meaning of Article 31(3)(b) of the Vienna Convention, can result in a departure from the original intent on the basis of a tacit agreement between the parties»¹¹⁷. Come si vede, diversamente che per l'approccio oggettivista qui l'intenzione rimane un fattore dirimente, senza il quale non è possibile far evolvere la norma. Tuttavia, è difficile definire questo metodo come soggettivista *tout court*, dal momento che – logicamente – non ci si interroga sul fatto che le parti avessero oppure no preso in considerazione la possibilità che la loro volontà iniziale cambiasse. Insomma, pare di trovarsi di fronte a un processo di formazione di una consuetudine, in cui la

¹¹⁷ *Controversia riguardante diritti di navigazione*, par. 64.

prassi (successiva) e l'*opinio juris* (l'accordo tra le parti ex articolo 31(3)(b) sulla correttezza del comportamento) si incontrano nella cornice di un trattato, facendo finta di rispettarlo.

Un terzo modo che permette di ignorare l'intenzione degli Stati contraenti ha anch'esso – com'è ovvio – una tendenza spiccatamente oggettivista, ma si differenzia dalla prima opzione per la natura davvero particolare della fonte di cambiamento. Se nel caso iniziale la nuova interpretazione si impone contro la vecchia volontà sulla base di un mutamento fattuale (o di un mutamento normativo che si fonda su un'evoluzione dei fatti), come può essere per esempio nella lettura del Patto della Società delle Nazioni nel senso di proibire l'odiosa pratica dell'apartheid, in questa terza ipotesi ciò che muta sono le norme interpretative. Possiamo infatti immaginare che siano tali regole e principi a cambiare, portando conseguenze per tutte le altre norme – poco importa se sorte prima di questo passaggio – che alla loro luce devono essere lette. I principi d'interpretazione, va detto, hanno caratteristiche *sui generis*. Da un lato essi sono disposizioni normative a tutti gli effetti, tanto che le corti si sono spesso interrogate sull'applicabilità della Convenzione di Vienna (che non è retroattiva) all'interpretazione di trattati conclusi prima della sua entrata in vigore, o nei confronti di Stati che non l'hanno ratificata¹¹⁸. Dall'altro, a tali quesiti si risponde sempre ribadendo il carattere consuetudinario degli articoli 31 e 32, e il loro essere una mera codificazione di norme da lungo tempo preesistenti: a mia conoscenza, un giudice internazionale non ha mai trovato opportuno o necessario sancire l'inapplicabilità di quelle regole al caso in esame. Questo si spiega, a mio avviso, con l'idea stessa di interpretazione: essendo il suo fine quello di restituire il significato corretto di una disposizione, è un po' «straniante» immaginare che esso possa variare in base alla ipotesi ermeneutiche considerate giuste in un dato periodo. Ragion per cui si preferisce far finta che le norme interpretative, anche se effettivamente rinnovate, si estendano per tutto l'orizzonte, passato e futuro.

Mi pare di poter dire che a queste tre categorie sia riconducibile qualsiasi altro elemento che modifica l'intenzione delle parti. Per esempio, può essere che muti lo scopo del trattato¹¹⁹. Ma è facile che esso cambi seguendo la prassi (successiva) delle parti. Oppure che le condizioni fattuali esterne rendano non più ammissibile una finalità un tempo considerata legittima. O,

¹¹⁸ Noto in questa sede che in *Iron Rhine*, addirittura, il collegio arbitrale considera norma rilevante ai sensi dell'articolo 31(3)(c) – e quindi norma in senso stretto – il principio di diritto intertemporale! V. *Iron Rhine* par. 79.

¹¹⁹ L'eventualità è stata da più parti riconosciuta, per es. Linderfalk, *Doing the Right Thing* cit., p. 138. Per Malgosia Fitzmaurice, poi, questo è lo spirito dell'interpretazione evolutiva (cosiddetto «emergent purpose»): M. Fitzmaurice, *Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I*, in «The Hague Yearbook of International Law», 2008, XXI, p. 117.

ancora, le norme interpretative possono evolvere modificando le inferenze «oggettive» legate alla natura del trattato, cosicché una convenzione sui diritti umani, solitamente letta alla luce dell'esigenza – favorevole all'evoluzione – di salvaguardare il più estesamente possibile la dignità umana, venga ora interpretata come un mero scambio di concessioni. Quale che sia la strada presa, in tutti e tre i casi lo stesso testo assume col tempo un significato differente sul quale le parti non si erano inizialmente accordati.

6. Conclusioni

In questo capitolo ho tentato di dare le coordinate di base del concetto di interpretazione evolutiva, fornendone se non una definizione precisa, almeno un modello che possa rendere conto del suo funzionamento, o meglio, di come a mio avviso dovrebbe funzionare, dal momento che, come si è intravisto nelle pagine precedenti e come si vedrà in maggior dettaglio in quelle che seguono, la giurisprudenza internazionale non ha applicato in maniera sempre coerente il principio di interpretazione evolutiva. Si tratta in effetti di un'idea complessa e di non immediata comprensione, e allo stesso tempo tanto necessaria per mantenere il diritto vitale e al passo coi tempi che non ci si può esimere dal darle concreta attuazione. Si è quindi assistito al moltiplicarsi degli episodi in cui i giudici internazionali hanno ritenuto opportuno (o essenziale) optare per un'evoluzione del significato delle norme portate alla loro attenzione, senza purtroppo che a quest'azione corrispondesse un'analisi adeguata dei presupposti teorici di tale mutamento. Come si è visto, lo stesso si può dire della dottrina, che si avvale molto spesso di una nozione non meditata di interpretazione evolutiva, un'idea che, a livello superficiale, è oggetto di consenso tanto da risultare stereotipata (e, va aggiunto, di scarsa utilità ai fini pratici), mentre nella letteratura specialistica è spesso trattata in modo non esaustivo e talvolta insoddisfacente. In altre parole, l'accettazione pressoché universale del metodo interpretativo dinamico non è accompagnata dalla condivisione (o forse dalla comprensione) dei suoi fondamenti teorici, che restano ancora piuttosto nebulosi.

Perciò in questo primo capitolo ho provato a delineare le caratteristiche dell'interpretazione evolutiva, cominciando da quelle che ritengo i suoi possibili effetti giuridici al fine di giustificare l'esistenza di una categoria intermedia tra interpretazione e modifica del diritto. Mi sono poi cimentato nel compito di fornire una formula il più possibile coerente e sensata di interpretazione dinamica, prendendo spunto dalla giurisprudenza internazionale (alla quale, peraltro, ho rivolto un certo numero di critiche) e individuando i tre elementi di base di cui la

nostra idea è costituita: il referente interno il cui significato verrà fatto evolvere, il mutamento esterno che indica la direzione di tale evoluzione, e il fattore giustificativo che ci dice perché è giusto tenere in considerazione il mutamento. Ho infine «riempito» quella formula con i materiali interpretativi che stanno alla base di ogni attività ermeneutica – e quindi anche quella evolutiva – a livello internazionale, e che sono così ben riassunti dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: testo (cioè linguaggio), contesto (nelle sue varie accezioni), scopo e prassi successiva.

Ho cercato nella misura del possibile di restituire un'immagine articolata e verosimile del fenomeno che mi sono proposto di studiare, talvolta avanzando sottili distinzioni¹²⁰ che non sempre trovano riscontro – non palese, almeno – nella prassi giurisprudenziale o anche nella letteratura. Questo comporta che non tutti gli elementi di questa costruzione teorica saranno presenti nei prossimi due capitoli, dedicati rispettivamente al sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio e a quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Infatti, se il mio obiettivo, in questa sede, è stato quello di elaborare (anche indicando i canoni che ritengo opportuno seguire) le basi dell'interpretazione evolutiva, nel prosieguo dell'elaborato si osserverà (con un approccio tendenzialmente descrittivo) come essa funziona all'interno di due contesti molto particolari e dalla natura assai diversa. Per esempio, si noterà che uno dei fattori di cui si è tenuto maggiormente conto in questo capitolo – la volontà degli Stati vincolati dalla norma da interpretare – sarà, forse sorprendentemente, più presente all'interno del sistema della CEDU rispetto a quello dell'OMC¹²¹, se non altro per l'uso estensivo che i

¹²⁰ Mi riferisco, per esempio, ai discorsi fatti sui concetti di volontà e prevedibilità e sul loro rapporto con la dicotomia oggettivo/soggettivo (v. *supra*, par. 4.1), a proposito delle varie accezioni della parola «contesto» (par. 5.3) oppure sull'elusività dell'idea di prassi successiva (par. 5.4).

¹²¹ Anche se in maniera del tutto peculiare, dato che ciò che rileva, per la Corte europea, non è la volontà storica ma quella successiva (la volontà, insomma, che abbiamo incontrato *supra*, par. 5.5), testimoniata dall'esistenza di un consenso. L'impostazione sembra confermata dalla letteratura. Prebensen, per esempio, non si concentra sull'idea di volontà delle parti – su cui di solito si focalizza l'attenzione, indagandone la compatibilità con l'interpretazione evolutiva – ma su quella di prevedibilità, definendo l'interpretazione dinamica come «an interpretation capable of broadening the Convention guarantees beyond what one may assume the Contracting States foresaw when they acceded to the Convention» (S.C. Prebensen, *Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold e L. Wildhaber, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Heysmanns, Köln-Berlin-Bonn-München 2000, p. 1124). Anche Brems tira in ballo questo concetto relativamente poco usato («the contracting parties could not foresee these evolutions in their obligations»), notando giustamente come la Corte europea dei diritti dell'uomo si curi poco della volontà originaria delle parti, preferendo accantonare l'approccio storico

giudici di Strasburgo fanno dell'interpretazione evolutiva (e, di conseguenza, per la maggior esigenza di darvi un fondamento).

Naturalmente, ciò non significa che non tenterò, occasionalmente, di sottolineare quelli che ritengo i punti deboli di questa prassi e della teoria che la commenta, o di porre l'accento sui problemi ancora aperti, provando a fornirne una soluzione. In altre parole, ciò non significa che mi asterrò dall'adottare, anche in seguito, un approccio almeno in parte prescrittivo. Come affermato nell'introduzione, infatti, lo scopo del presente elaborato è anche quello di sviluppare uno schema interpretativo coerente che dia conto delle specificità dei *self-contained regime* senza per questo abbandonare la critica delle posizioni – assunte da giudici o commentatori – che mi sembrano meno fondate. Del resto lo stesso spirito ha pervaso le pagine fin qui scritte.

all'interpretazione (E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, The Hague 2001, p. 396).

Capitolo II

L'interpretazione evolutiva nell'Organizzazione mondiale del commercio

1. Introduzione

L'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) rappresenta uno degli esperimenti giuridici di maggior successo nell'ambito del diritto internazionale. A meno di un ventennio dalla sua creazione, risalente al 1994, essa può vantare una partecipazione tra le più estese nel panorama delle organizzazioni internazionali, con una *membership* che si avvicina progressivamente alla totalità della comunità degli Stati¹. La lettura congiunta di questi due dati – un così alto numero di membri raggiunto in un così breve lasso di tempo – è ancora più significativa se, contestualmente, si considera l'antitetica storia del sistema di commercio che ha preceduto, fin dal 1947, quello istituito dall'OMC, ovvero il General agreement on tariffs and trade (GATT 1947). Nato nell'immediato secondo dopoguerra, esso soccombette subito al fallimento delle trattative che avrebbero dovuto portare alla nascita di un'Organizzazione internazionale del commercio, tanto che la sua entrata in vigore fu stabilita da un protocollo di applicazione provvisoria: per quasi mezzo secolo la sua esistenza fu, almeno formalmente, precaria². Tutto ciò può a prima vista sorprendere, dal momento che l'Organizzazione mondiale del commercio ha comportato non un rilassamento, bensì un irrigidimento dei vincoli pattizi in un settore – quello delle politiche commerciali – in cui da sempre gli Stati avevano dimostrato di preferire una completa libertà di manovra. A un sistema in cui la risoluzione delle controversie si basava sull'accordo raggiunto per via diplomatica i membri dell'OMC hanno sostituito un modello in apparenza molto meno flessibile, il quale affianca alla possibilità di negoziare amichevolmente un compromesso quella di affidarsi a un meccanismo di natura quasi giudiziale, al cui intervento – previsto dal trattato istitutivo

¹ Attualmente l'Organizzazione mondiale del commercio conta 153 membri, l'unica assenza davvero rilevante essendo – in termini politici ed economici – quella della Federazione russa.

² Per una succinta ricostruzione della storia del GATT e un resoconto, altrettanto sintetico, dei passaggi che portarono alla nascita dell'OMC, cfr. M. Matsushita, T.J. Schoenbaum, P.C. Mavroidis, *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, Oxford 2006², pp. 1-9.

dell'organizzazione – nessuno degli Stati parti può sottrarsi. La giurisdizione obbligatoria degli organi giudicanti prevede due gradi di giudizio, esercitati rispettivamente da un Panel e dall'Organo d'appello, e dalle pronunce di questi (nonché dall'approvazione da parte del DSB, il Dispute settlement body) dipende la possibilità, per uno Stato che si consideri leso in uno dei diritti riconosciutigli dagli accordi di cui si compone il sistema dell'OMC³, di adottare sanzioni finalizzate alla cessazione della violazione. Siamo, in altre parole, di fronte a un ordinamento di diritto speciale (*lex specialis*), che sostituisce alla disciplina delle reazioni agli illeciti valevole in generale sul piano internazionale un insieme di norme che restringono il campo d'azione delle parti. A prescindere dalla posizione che si voglia assumere circa la reale natura di questo *self-contained regime*, e cioè in merito alla sua chiusura (definitiva o solamente temporanea) rispetto al diritto consuetudinario della responsabilità⁴, non si può negare la rilevanza dell'incarico di cui il giudice dell'organizzazione è stato investito, dipendendo da lui il legittimo ricorso alle contromisure, emblema del carattere privato della giustizia internazionale. È facile comprendere come questo abbandono del principio dell'autoaccertamento del diritto – principio che resta preminente a livello internazionale – abbia appuntato l'attenzione degli studiosi sulla prassi dello svolgimento della funzione giudiziale in seno all'organizzazione, per analizzarne tanto i presupposti quanto la coerenza interna.

In questo capitolo mi propongo di sfruttare sia la giurisprudenza dei Panel e dell'Organo d'appello, sia l'abbondante letteratura che l'ha presa a oggetto, al fine di comprendere meglio le dinamiche interpretative secondo cui il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio evolve. È vero che il sistema di concessioni reciproche su cui si basa il processo di liberalizzazione di sempre più ampi settori dell'economia è implementato, di preferenza, attraverso negoziati miranti a emendare, o accrescere, l'apparato giuridico esistente. Tuttavia, la storia ormai decennale del Doha Round – l'inconcludente ciclo di trattative che si protrae dal 2001 – dimostra come non sempre la diplomazia sia in grado di fornire una risposta

³ Si tratta, per la precisione, dei c.d. *covered agreements*, ovvero di strumenti allegati all'Accordo di Marrakech (che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio), la cui lista esaustiva compare nell'Annesso 1 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie (DSU, dall'acronimo inglese), essa stessa un allegato dell'Accordo dell'OMC.

⁴ Per la tesi secondo cui, in seguito a fallimento del sistema, la ricaduta sul diritto generale sarebbe possibile, G. Arangio-Ruiz, *Fourth Report on State Responsibility*, in «Yearbook of the International Law Commission», 1992, II/1; B. Simma, D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, in «European Journal of International Law». Per la tesi contraria, invece, v. L. Gradoni, *'Regime failure' nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova 2009.

efficace alle nuove richieste ed esigenze che il passare del tempo fa emergere. In simili casi la soluzione deve essere rinvenuta all'interno del sistema stesso, e spetta al diritto supplire al fallimento dell'iniziativa politica. Ciò può essere fatto, al meglio, tramite l'attività interpretativa. Ma in che modo? Il mio obiettivo è quello di scoprirlo, analizzando il sistema dell'OMC per individuare come l'interpretazione può essere usata – e, soprattutto, è stata usata – al fine di adattare il sistema alle mutate circostanze. Ciò comporta innanzitutto uno studio degli strumenti interpretativi di cui l'Organizzazione si è dotata, per vedere se e in che misura essi differiscono da quelli previsti dal diritto internazionale generale. Perché è senz'altro vero che l'art. 3.2 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie importa nel sistema le norme interpretative consuetudinarie, ma non è affatto detto che il loro utilizzo da parte dei giudici del commercio sia esattamente lo stesso rispetto a quello delle altre giurisdizioni internazionali. Questo il senso del titolo del secondo paragrafo: l'interpretazione che opera nel sistema dipende forse dal modo in cui viene interpretato il sistema stesso. Per esempio, non mi sento di escludere che la scelta tra un rinvio fisso e un rinvio mobile agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna del 1969 (la scelta, cioè, tra le disposizioni così com'erano al momento della stipula dell'Accordo di Marrakech e quelle in vigore quando si esercita l'azione giudiziale) possa dipendere da come intendiamo l'OMC e il suo ruolo. Per questo il terzo paragrafo (con le sue articolazioni) è dedicato all'analisi del sistema, preso prima in isolamento e considerato poi nei suoi rapporti con l'esterno. Com'è facile capire, si tratta di due cose tra loro legate: lo scopo di un *regime*, le sue caratteristiche e, da ultimo, la sua natura possono, da un lato, essere comprese indagandone gli aspetti istituzionali e, dall'altro, gettare luce sul problema del grado di autonomia di cui esso gode rispetto al diritto internazionale generale. Si parte dunque con un'analisi dell'allocazione del potere all'interno dell'Organizzazione, identificando chi ha ricevuto il mandato di interpretare i trattati e i limiti cui tale potere è soggetto. Si scopre così che l'idea convenzionale (ricondata all'art. 3.2 del DSU) secondo cui nulla può essere aggiunto e nulla tolto al diritto dell'OMC è solo parzialmente veritiera. C'è infatti una differenza – i cui contorni non sono però ben chiari – tra la modifica degli accordi dell'OMC e lo sbilanciamento dei diritti e degli obblighi in essi iscritti: solo il secondo, categoria più ristretta della prima, sarebbe vietato. Il sistema non è perciò sclerotizzato quanto qualcuno vorrebbe. Resta comunque da capire quale sia lo spazio offerto all'interpretazione evolutiva. Spazio che risulterebbe tanto più grande quanto più «costituzionale» fosse l'ordinamento dell'Organizzazione. Chi non si limita a considerare il trattato istitutivo dell'OMC un mero scambio di concessioni commerciali, infatti, tende a vedere in esso un sistema complesso capace di svincolarsi dalla lettera del testo per prendere

in considerazione le esigenze della società contemporanea: a dimostrazione di ciò verrà esaminata una celebre pronuncia dell'Organo d'appello (non a caso, molto controversa). Va però sottolineato come gli slanci evolutivi del giudice siano legati alla volontà dei membri di convalidare o di stimolare, materialmente, il mutamento delle norme: volontà che da un lato funge da fattore di legittimazione politica, e dall'altro fonda il dato normativo cui è necessario fare riferimento. Il capitolo si conclude quindi con un paragrafo dedicato a un interessante strumento di evoluzione del diritto, quello legato alla prassi successiva degli Stati parti di un trattato. Sul tema la giurisprudenza si è espressa numerose volte, seppure in maniera piuttosto restrittiva. È opportuno quindi capire come si concilia questo approccio con le aperture che si sono avute su altri fronti.

2. OMC: interpretazione del sistema e interpretazione nel sistema

Dalla fine dello scorso decennio, dicevo, si è assistito a una vera e propria proliferazione di ricerche che hanno avuto a oggetto l'attività interpretativa di Panel e Organo d'appello, con un'accelerazione che sembra giustificarsi sulla base dell'importanza del ruolo che i giudici dell'OMC hanno saputo ritagliarsi nella determinazione degli obblighi previsti dal trattato istitutivo⁵. Con ciò non si vuole dare a intendere che l'atteggiamento dei «custodi» dell'integrità degli strumenti giuridici facenti capo all'Accordo dell'OMC sia stato improntato a una coraggiosa rivendicazione di autonomia analoga a quella di cui si è fatta portavoce, ormai da lungo tempo, la Corte di giustizia dell'Unione europea. Al contrario, secondo molti l'habitat naturale del giudice dell'Organizzazione è rappresentato da quell'interpretazione testuale che alcuni studiosi vedono come l'unico orizzonte possibile per un trattato che, come quello dell'OMC, altro non sarebbe se non la cornice normativa entro cui racchiudere concessioni reciproche: va da sé che in quest'ottica ogni presa di distanze dalla lettera del trattato comporterebbe una violazione dei diritti delle parti⁶. A prescindere dalla correttezza di questa tesi, non si può negare che nella giurisprudenza del giudice del commercio internazionale siano presenti indizi che inducono a pensare che ciò che rileva sia solamente il nudo testo, come sembra *prima facie* asserire questo estratto:

⁵ Si veda., *ex multis*, il recente testo di I. Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford 2009.

⁶ La pensa in maniera simile J.P. Kelly, *Judicial Activism at the World Trade Organization: Developing Principles of Self-Restraint*, in «Northwestern Journal of International Law & Business», XXII, 2002.

The duty of a treaty interpreter is to examine the words of the treaty to determine the intentions of the parties. This should be done in accordance with the principles of treaty interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention. But these principles of interpretation neither require nor condone the imputation into a treaty of words that are not there or the importation into a treaty of concepts that were not intended⁷.

L'Organo d'appello rispose in questo modo all'affermazione del Panel secondo cui «[t]he protection of legitimate expectations of Members regarding the conditions of competition is a well-established GATT principle»⁸, ribadendo così l'ortodossia interpretativa che vede nelle parole del trattato l'unica testimonianza affidabile delle intenzioni degli Stati che l'hanno redatto. A ben vedere, tuttavia, risulta evidente come l'Organo d'appello desiderasse solo convalidare l'idea – ormai da tutti, o quasi, accettata⁹ – per cui tutti gli strumenti interpretativi, e non soltanto quelli testuali, devono avere nella lettera del trattato il proprio punto di riferimento. Si tratta di una mera applicazione delle norme sull'interpretazione previste dalla Convenzione di Vienna – e dall'Organo d'appello richiamate – tale per cui anche l'importazione nel trattato di concetti esterni, se compiuta in accordo a tali norme, comporta solo il richiamo di ciò che era «intended». Nulla di strano: è il postulato fondamentale (e irrinunciabile) dell'interpretazione l'idea secondo cui il testo riflette sempre e comunque il significato che le parti hanno voluto conferirgli.

A questo proposito, non possono sorgere dubbi sulla volontà degli Stati membri di importare nel sistema dell'OMC le citate norme della Convenzione di Vienna, stante l'esplicito

⁷ Appellate Body report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (India-Patents)*, par. 45.

⁸ Panel report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (US) (India-Patents (US))*, par. 7.20.

⁹ Sull'approccio maggioritario e sulle motivazioni (di legittimazione politica) che lo sostengono, C.-D. Ehlermann, *Reflections on the Appellate Body of the World Trade Organization (WTO)*, in «ASIL Proceedings», 2003, pp. 79-81. Tra le eccezioni si segnala C.-F. Lo, *Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding*, in «Journal of International Dispute Settlement», I, 2010, secondo il quale l'approccio testuale è un metodo interpretativo autonomo, distinto da quelli fondati, per esempio, sul contesto o sullo scopo. All'autore risponde I. Van Damme, *On 'Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding' – A Reply to Professor Chang-Fa Lo*, in «Journal of International Dispute Settlement», II, 2011, che sottolinea, tra le altre cose, l'adesione di Panel e Organo d'appello all'interpretazione «olistica» degli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna (p. 234).

richiamo operato dall'art. 3.2 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie. Per la precisione, anzi, tale articolo prevede che ogni contesa che dovesse sorgere tra le parti sarà risolta dal giudice con l'ausilio delle norme consuetudinarie d'interpretazione, che per l'appunto corrisponderebbero, in massima parte, a quelle codificate nella convenzione sul diritto dei trattati. È questa, come noto, l'opinione di molti tribunali internazionali, a iniziare dalla Corte internazionale di giustizia, e il giudice del commercio ha più volte avallato questo convincimento¹⁰. In effetti, tanto i Panel quanto l'Organo d'appello hanno fatto un uso estensivo degli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna nel determinare il significato delle disposizioni contenute nei *covered agreements*, contribuendo a rafforzare l'idea dell'universale applicabilità di quelle regole interpretative. È però legittimo domandarsi se, in realtà, il sistema dell'OMC non abbia sviluppato una propria metodologia interpretativa, oppure se, com'è forse più corretto dire, le parti non abbiano inteso, negoziando il trattato, attribuire alla nascente organizzazione una propria specificità, rendendola suscettibile di deflettere parzialmente il diritto consuetudinario a vantaggio di un approccio peculiare all'interpretazione. Dicendo ciò non mi riferisco, naturalmente, ai casi di applicazione erronea di un principio interpretativo che, nelle intenzioni del giudice dell'OMC, doveva (presumibilmente) rispecchiare il dettato della Convenzione del 1969¹¹. Intendo invece la possibilità – sulla quale a mio avviso si può argomentare – che un sistema complesso come quello dell'Organizzazione mondiale del commercio sviluppi delle prassi giudiziali idonee a soddisfare le sue esigenze istituzionali e a raggiungere gli obiettivi che si prefigge, prassi che magari si sovrappongono solo in misura limitata a quelle messe in atto al di fuori del sistema. Si tratta certo di un problema di difficile soluzione. La sua rilevanza, però, impone di cimentarsi prendendo parte a un dibattito che, da tempo, ha diviso gli internazionalisti tra chi è propenso ad attribuire un ruolo centrale agli organi che, all'interno dell'organizzazione, sono deputati alla salvaguardia del trattato, e chi invece è convinto che la loro giusta

¹⁰ Appellate Body report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US-Gasolin)*, par. 16-17 (sull'articolo 31 CVDT); Appellate Body report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan-Alcohol)*, par. 104 (sull'articolo 32 CVDT).

¹¹ Per esempio, dice l'Organo d'appello: «[w]here the meaning imparted by the text itself is equivocal or inconclusive, or where confirmation of the correctness of the reading of the text itself is desired, light from the object and purpose of the treaty as a whole may usefully be sought» (Appellate Body report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US-Shrimp)*, par. 114). La formulazione della frase sembra ricalcare in modo evidente le condizioni che l'art. 32 CVDT pone al ricorso non già allo scopo del trattato, bensì ai mezzi supplementari di interpretazione. Quanto sostenuto dall'Organo sembra supportare la tesi di Lo cui si è accennato sopra (nota 8), ma, a mia conoscenza, non trova conferma nel resto della giurisprudenza dell'Organizzazione.

dimensione non possa travalicare i confini stabiliti dalle parti di un *traité-contrat*. La controversa distinzione tra trattati-legge e trattati-contratto, del resto, è stata più volte portata all'attenzione da chi crede che da essa possano discendere conseguenze per l'interpretazione di uno strumento appartenente all'una o all'altra delle categorie¹². Preciso subito che non è mia intenzione condurre qui un'indagine teorica, in astratto, sulla validità di questa posizione. D'altro canto, non è nemmeno mio intento limitarmi a riflettere acriticamente l'immagine – non sempre nitida, peraltro – che Panel e Organo d'appello hanno più o meno consapevolmente proiettato elaborando la loro giurisprudenza. Con ciò non voglio sminuire né l'approccio pragmatico (che già altri hanno abbracciato¹³) né quello meramente ideale. Ciò che ritengo opportuno fare è concludere questo paragrafo inquadrando meglio i termini della questione e fornendo qualche spunto su cui riflettere, per poi tentare, nel prosieguo del capitolo, di approfondire un po' il tema della costituzionalizzazione del diritto del commercio. Solo affrontando questi problemi si potrà comprendere se essi rivestono importanza – e, in tal caso, in quale misura – per la comprensione delle dinamiche che il diritto dell'OMC segue nella sua evoluzione.

Dicevo poc'anzi che gli Stati membri dell'organizzazione sono vincolati al diritto consuetudinario che disciplina l'interpretazione, e sottolineavo come questo sia spesso inteso, anche dagli organi giudiziali dell'OMC, come equivalente a un rimando agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna. Questa identità è stata ripetuta così frequentemente, e da ogni istanza giurisdizionale internazionale, che è difficile metterne in dubbio la veridicità. D'altronde, non avrebbe neppure troppo senso farlo: forse che i tribunali non contribuiscono, con ogni pronuncia in linea con questa tesi, a rafforzare non solo il convincimento, ma direttamente la

¹² A titolo di esempio, e con specifico riferimento al diritto dell'OMC, si veda quanto sostenuto da Jackson, il quale ritiene che l'assetto multilaterale dell'Organizzazione internazionale del commercio possa in linea di principio comportare un mutamento delle regole interpretative della Convenzione di Vienna, disegnate sulla base del trattato-contratto: J.H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, pp. 184-185. C'è però chi, pur riconoscendo questa distinzione tra tipi di accordi – o meglio, quella analoga tra tipi di obblighi, integrali oppure reciproci – vi attribuisce una portata minore e, per così dire, più convenzionale, riconducibile a quanto previsto dalla Convenzione del 1969 e dal Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati: J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, pp. 52 ss.

¹³ A titolo di esempio, c'è chi ha provato a comprendere in che modo le differenti finalità che Organizzazione mondiale del commercio e Unione europea si pongono hanno influito sull'interpretazione di alcune nozioni scelte come casi di studio. Cfr. M. Slotboom, *A Comparison of WTO and EC Law. Do Different Objects and Purposes Matter for Treaty Interpretation?*, Cameron May, London 2006.

realtà che ne è l'oggetto? Ciò non toglie, però, che i citati articoli della Convenzione siano aperti all'attribuzione di più significati, e che in merito alla loro interpretazione gli internazionalisti non siano concordi. Anche questo è un aspetto della realtà delle regole di Vienna sull'interpretazione: se la loro forma è consuetudinaria, il loro contenuto sembra non esserlo. O meglio, si tratta senz'altro di norme consuetudinarie, ma si può ipotizzare che il loro significato muti senza seguire lo schema della successione delle norme nel tempo e, quindi, senza assecondare l'esigenza di identificare una prassi e un'*opinio juris* degli Stati. Cosa che renderebbe ben difficile determinarle, dal momento che, a mio avviso qui più che altrove, gli Stati sono disposti ad appoggiarsi spregiudicatamente all'interpretazione più conveniente nel gioco che richiede loro di giustificare le proprie posizioni. Se una prassi rileva, dunque, è quella dei tribunali, ed è una prassi tanto normativa quanto (una volta che gli Stati se ne appropriano) argomentativa e retorica. Desidero precisare una cosa: ciò che ho detto non mira affatto a sostenere l'idea che gli articoli in oggetto siano indeterminati o vuoti di significato. Non sarebbe una tesi plausibile. Al contrario, mi sento di sostenere che tempi diversi e luoghi (giuridici) diversi possano vestire le norme interpretative della Convenzione di significati diversi. A questo punto è opportuno chiedersi: quali sono il luogo e il tempo del trattato di Marrakech e dei suoi allegati?

Iniziamo dal tempo. Ammettendo che, come sostengo, gli artt. 31-33 possano ricevere, nel corso del tempo, interpretazioni diverse ma ugualmente valide – valide, non corrette – e ricordando che le norme consuetudinarie sull'interpretazione cui fa riferimento l'art. 3.2 del DSU sono probabilmente un insieme più ampio di quello costituito dalle regole di Vienna, si può ipotizzare che, dal 1994 a oggi, da un lato il significato attribuito a queste ultime possa essere mutato, e dall'altro che a esse si siano aggiunti dei principi interpretativi (sussumibili tra le «norme consuetudinarie» ex art. 3.2) inesistenti al momento della stipula dell'Accordo dell'OMC. Per il momento non mi chiedo se questo sia avvenuto oppure no: ciò che rileva è la mera possibilità che ciò sia avvenuto, o possa avvenire in futuro. La domanda che occorre porsi allora è questa: col loro richiamo alle norme consuetudinarie sull'interpretazione i redattori del trattato istitutivo dell'Organizzazione hanno inteso vincolarsi alle norme esistenti al momento del negoziato (ciò che è conosciuto in dottrina come rinvio fisso), oppure a quelle in vigore nel momento in cui il giudice del commercio è chiamato a interpretare una norma (rinvio mobile)? A mia conoscenza, nessun Panel né l'Organo d'appello hanno mai affrontato direttamente la questione, tentando di risolverla in via di principio. Tuttavia, nella loro giurisprudenza è possibile rinvenire certe affermazioni di cui ci si può avvalere per provare ad abbozzare una risposta.

Il tema è stato sollevato di fronte al giudice dell'OMC – il quale l'ha però prudentemente aggirato – nel caso *EC-Hormones*. La controversia vedeva contrapposti la Comunità europea, da una parte, e Canada e Stati Uniti, dall'altra. Durante gli anni '90 il crescere dei timori provocati dalla diffusione del morbo della mucca pazza aveva indotto la comunità ad adottare un divieto di importazione di carne di animali allevati con ormoni bovini, nel timore che i capi potessero contrarre il morbo. Le altre due parti della disputa – due esportatori di tali prodotti – avevano eccepito la liceità delle misure comunitarie, chiedendo che un Panel si pronunciasse sulla conformità della normativa europea alle disposizioni dell'Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie (l'Accordo SPS, uno dei trattati «coperti» dalla giurisdizione dell'OMC). Quest'ultimo mira a contemperare l'obiettivo della liberalizzazione dei mercati con le esigenze di salvaguardia della salute, e prevede, agli artt. 5.1 e 5.2, le condizioni in base alle quali gli Stati membri sono legittimati a prendere misure restrittive del commercio fondate su giustificazioni sanitarie. La Comunità europea, convinta forse essa stessa di non aver adempiuto ai propri doveri pattizi, invoca il principio di precauzione (secondo il quale in assenza di prove scientifiche certe sulla dannosità di un bene l'onere della prova volto a dimostrarne la non pericolosità spetta a chi vuole contestare le politiche messe in atto per proibire quel bene) come principio alla cui luce interpretare gli oneri derivanti dagli artt. 5.1 e 5.2. Il Panel così si esprime:

The European Communities also invokes the precautionary principle in support of its claim that its measures in dispute are based on a risk assessment. To the extent that this principle could be considered as part of customary international law *and* be used to interpret Articles 5.1 and 5.2 on the assessment of risks as a customary rule of interpretation of public international law (as that phrase is used in Article 3.2 of the DSU), we consider that this principle would not override the explicit wording of Articles 5.1 and 5.2 [...] ¹⁴.

Dunque, il Panel ritiene che il principio di precauzione – di cui non analizza la genesi ma che si può facilmente supporre essere successivo alla nascita dell'Organizzazione mondiale del commercio – non possa essere utilizzato come chiave di lettura delle disposizioni rilevanti. È però difficile estrapolare un postulato di portata generale dalle parole dei giudici, dal momento che essi prendono in considerazione il principio di precauzione non come regola di

¹⁴ Panel report, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (EC-Hormones (US))*, par. 8.157 (corsivo nell'originale).

diritto internazionale generale, bensì come norma di *lex specialis*. Proseguendo il ragionamento, infatti, il Panel chiarisce che il principio non può servire all'interpretazione degli art. 5.1 e 5.2 perché esso «has been incorporated and given a specific meaning in Article 5.7 of the SPS Agreement»¹⁵. In pratica, sembra di capire, il principio consuetudinario di precauzione non può venire in rilievo, dal momento che una sua versione «locale» – e più restrittiva, si presume – è già stata incorporata all'interno dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie, derogando implicitamente il diritto generale. Dunque, la norma è interna e non si può parlare di recepimento.

Il Panel giunge alla conclusione che la Comunità europea non ha proceduto ad attuare una corretta valutazione del rischio inerente all'importazione della carne agli ormoni. Intenzionata a mantenere in vigore il divieto, la Comunità chiede allora che l'Organo d'appello riveda la pronuncia di primo grado. Rispetto all'argomentazione del Panel, l'Organo adotta una differente strategia, sostenendo che è necessaria cautela nell'affermare il carattere consuetudinario del principio di precauzione: se anche esso esiste nell'ambito del diritto internazionale dell'ambiente, non si può dire con certezza se si sia esteso oppure no agli altri settori del diritto internazionale. Non so dire se l'Organo fosse consapevole di ciò, ma è interessante notare come questa affermazione abbia reso efficace una frase che esso pronuncia e che, in sé, non precluderebbe di certo l'ingresso del principio di precauzione all'interno del sistema dell'OMC (cosa che l'Organo dà l'impressione di credere). I giudici d'appello infatti proseguono dicendo che «the precautionary principle does not, by itself, and without a clear textual directive to that effect, relieve a panel from the duty of applying the normal (i.e. customary international law) principles of treaty interpretation»¹⁶. Tuttavia, se consideriamo il principio di precauzione alla stregua di una norma consuetudinaria di interpretazione, il chiaro riferimento testuale che l'Organo pretende non manca, essendo questo nient'altro che il già citato art. 3.2 del DSU. In realtà, si potrebbe sostenere che tale principio non possa essere fatto rientrare nel novero delle regole interpretative, e che invece esso debba essere ritenuto una norma che, pur autonoma e mirante ad altri fini, viene utilizzata in via interpretativa. Ciò è, a mio avviso, più che plausibile. In tal caso, però, perderebbe (apparentemente) di senso la netta contrapposizione che i giudici operano tra il principio di precauzione e le consuetudini interpretative: dal momento che è ovvio che l'applicazione delle seconde non precluderebbe,

¹⁵ *Ibidem*. Subito dopo, comunque, i giudici notano che «the European Communities has explicitly stated in this case that it is not invoking Article 5.7», sebbene non traggano conseguenze da questa considerazione.

¹⁶ Appellate Body report, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (EC-Hormones)*, par. 124.

in linea di massima, quella del primo. E all'obiezione secondo cui il conflitto può essere ricomposto ricorrendo nuovamente all'idea di *lex specialis* – affermando cioè che l'analisi dell'Accordo SPS tramite gli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna mette in luce la volontà delle parti di escludere, tramite l'art. 5.7 dell'Accordo, una nozione più ampia del principio di precauzione – si può rispondere ricordando un altro passaggio della decisione, in cui i giudici «agree, at the same time, with the European Communities, that there is no need to assume that Article 5.7 exhausts the relevance of a precautionary principle»¹⁷. Un ragionamento che mi pare un po' tortuoso, quello dell'Organo d'appello.

Provo allora a cercare spunti più proficui, che permettano di capire se l'interpretazione del trattato istitutivo dell'OMC, allegati compresi, vada affidata alle norme contemporanee alla stipula oppure a quelle esistenti nel momento in cui l'attività giudiziale viene esercitata. Un passo tratto dalla pronuncia di un Panel, per quanto a prima vista poco significativo, potrebbe fornire un indizio sulla soluzione che il giudice del commercio ritiene corretta. Nel caso *US-Copyright* la Comunità europea contesta la legittimità di quella disposizione del Copyright Act statunitense che permette la riproduzione, in locali pubblici, di musica trasmessa da radio e televisione, posto il soddisfacimento di certi requisiti. Gli europei, nello specifico, considerano la norma in contrasto con talune disposizioni della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, espressamente recepite dall'art. 9.1 dell'Accordo sui diritti di proprietà intellettuale relativi al commercio (l'Accordo TRIPS, un altro dei trattati «coperti»)¹⁸. È evidente il parallelo tra le regole della Convenzione di Berna e le norme consuetudinarie sull'interpretazione: entrambe le specie vengono esplicitamente richiamate dall'Accordo dell'OMC attraverso uno dei suoi allegati. Nell'illustrare il rapporto sussistente tra la Convenzione e l'Accordo, il Panel afferma che «through their incorporation, the substantive rules of the Berne Convention (1971) ... have become part of the TRIPS Agreement and as provisions of that Agreement have to be read as applying to WTO Members»¹⁹. Il termine «incorporazione», l'idea che le norme della Convenzione siano divenute parte integrante dell'Accordo e che anzi esse possano essere ritenute *tout court* disposizioni dell'Accordo sono elementi che fanno pensare a una loro probabile

¹⁷ *Ibidem*. La confusione aumenta se si prosegue la citazione, poiché si scopre che l'Organo – giustamente, dato che non considera ancora formato un principio consuetudinario di precauzione – fa riferimento all'art. 3.3 del DSB, che esplicita la legittimità di un livello di protezione più alto di quello raggiungibile attraverso misure basate su standard internazionali ma... tra le altre cose rimanda all'art. 5 dell'Accordo.

¹⁸ Dice l'articolo: «Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto».

¹⁹ Panel report, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act (US-Copyright)*, par. 6.18.

cristallizzazione al momento della stipula. Questa tesi è avallata dall'opinione di Mavroidis, il quale si serve del brano citato per suggerire che un'eventuale modifica della Convenzione di Berna non sortirebbe effetto alcuno sulle norme entrate nell'Accordo TRIPS, essendo, a questo fine, necessario emendare l'Accordo stesso²⁰.

Il ragionamento sembra un po' forzato. Anche lasciando da parte la facile obiezione riguardante il caso in cui l'emendamento apportato al trattato esterno è opera di un gruppo di Stati che comprende tutti quelli che sono parti dell'accordo che lo richiama – problema la cui soluzione, a mio avviso, è facile solo in apparenza – la deduzione non convince. Infatti l'implicazione, pur assolutamente logica in astratto, attribuisce al giudice dell'OMC un punto di vista mai chiaramente espresso, e sul quale, credo, egli non aveva affatto intenzione di esprimersi. Se si vuole far valere l'idea che l'inglobamento all'interno del sistema dell'OMC di norme a esso esterne comporta la pietrificazione di queste, sarà opportuno trovare altri argomenti. Tanto più che, per quanto concerne l'art. 3.2 del DSU, non è detto che sia possibile equiparare meccanicamente il recepimento di specifiche norme pattizie a quello di più generali norme consuetudinarie; a maggior ragione se si tratta di consuetudini *sui generis* come quelle sull'interpretazione, le quali, secondo la mia tesi, mutano seguendo un cammino diverso da quello percorso dalle altre norme (nel senso che si ha l'impressione che il contenuto possa mutare pur in permanenza della medesima «forma» consuetudinaria).

In effetti nella giurisprudenza dell'Organizzazione questo tema non è mai affrontato apertamente. Ogniqualvolta un Panel o l'Organo d'appello hanno ribadito l'applicabilità del diritto consuetudinario alle relazioni tra gli Stati membri, non hanno mai precisato a quale diritto stessero facendo riferimento²¹. Quello che i negoziatori potevano osservare all'epoca delle trattative? Oppure quello che i giudici si trovano davanti quando una controversia viene

²⁰ P.C. Mavroidis, *No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts*, in «American Journal of International Law», CII, 2008, p. 428.

²¹ Per quanto ne so, naturalmente. La maggior parte delle volte in cui questo è avvenuto, comunque, l'istanza giurisdizionale ha fatto riferimento alle regole interpretative della Convenzione di Vienna che, come noto, sono di gran lunga precedenti rispetto all'Accordo di Marrakech. Un discorso analogo vale per quel caso in cui un arbitro, nominato in seguito a un ricorso da parte degli Stati Uniti in base all'art. 22.6 del DSU, si è avvalso del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati elaborato dalla Commissione di diritto internazionale: pur approvato nel 2001, il documento intende riflettere un diritto consuetudinario la cui genesi si colloca in un punto – rispetto alla nascita dell'OMC – non facilmente identificabile (la sua stesura ha infatti richiesto numerosi decenni). V. Arbitration report, *US – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (US-FSC)*, par. 5.58. Non prendo in considerazione il già citato rapporto del Panel nel caso *Hormones*, dal momento che l'Organo d'appello si è successivamente rifiutato di precisare la natura (consuetudinaria o meno) del principio di precauzione. Si veda anche la nota successiva.

sottoposta alla loro attenzione? È altamente probabile, comunque, che la risposta giusta sia la seconda: almeno, questo è ciò che emerge da alcuni indizi di cui parlerò più avanti. In ogni caso, è necessario sottolineare come il fatto che, in generale e per ipotesi, il diritto consuetudinario applicabile sia quello in vigore al momento dell'interpretazione, non significhi che esso possa essere necessariamente utilizzato dal giudice a fini ermeneutici. Siamo qui al punto di incontro tra il fattore tempo e il fattore spazio, punto in cui diviene necessario capire se l'OMC, inteso come sistema di diritto, non sia un «luogo» per sua natura indisponibile a riflettere l'evoluzione del diritto esterno, o almeno parte di esso. Per quanto l'identificazione della natura giuridica di un trattato sia un'impresa non facile, è questo che mi propongo di fare tra poco, analizzando la «costituzione» dell'Organizzazione. Può essa prevedere l'esclusione di certe norme, in particolar modo alcune di carattere interpretativo? Ho ricordato più volte come tali regole abbiano ormai raggiunto uno status consuetudinario, e come proprio in tale veste esse siano accolte dall'OMC. Tuttavia, il giudice del commercio ha precisato che, pur in presenza di un obbligo di interpretare gli accordi «coperti» alla luce del diritto internazionale generale, è possibile che gli Stati membri abbiano precluso l'accesso ad alcune norme consuetudinarie. Nel caso *Korea-Government Procurement*, difatti, dovendo stabilire l'applicabilità del principio di non violazione – un'estensione del principio di buona fede in base al quale le parti devono preservare l'integrità dell'oggetto e dello scopo del trattato, al di là del rispetto puntuale delle sue disposizioni – il Panel così si è espresso:

Customary international law applies generally to the economic relations between WTO Members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not «contract out» from it. To put it another way, to the extent there is no conflict or inconsistency, or an expression in a covered WTO agreement that implies differently, we are of the view that the customary rules of international law apply to the WTO treaties and to the process of treaty formation under the WTO²².

Le parole dei giudici di primo grado lasciano molti margini di manovra a chi è intenzionato a utilizzarle per interpretare l'assetto del sistema costruito a Marrakech. Nel brano infatti si dice che è da considerarsi espunta dall'Organizzazione mondiale del commercio ogni norma consuetudinaria che non solo si pone in conflitto con le regole del sistema, ma che è anche più

²² Panel report, *Korea – Measures Affecting Government Procurement (Korea-Government Procurement)*, par. 7.96. I giudici citano la precedente pronuncia di un Panel per ricordare che il principio di non violazione ha una storia cinquantennale: anch'esso dunque è sicuramente precedente rispetto al trattato istitutivo dell'OMC.

semplicemente incoerente rispetto a esse, o, ancora, che si scontra con ciò che esse implicano. Si può leggere cioè un progressivo allentamento nella cogenza della deduzione: per definizione, una norma che implica è una norma che non esplica, che non parla espressamente. E, poiché ogni disposizione assume un significato solo all'interno dello strumento che la ospita²³, il compito dell'interprete è di comprendere le implicazioni del sistema dell'OMC nel suo complesso. In fin dei conti è «solo» questo l'obiettivo di chi intende capire se (e in che misura) l'Organizzazione è un *self-contained regime* anche rispetto al diritto dell'interpretazione.

3. L'autonomia del diritto dell'OMC rispetto al diritto esterno

L'interpretazione nel sistema dipende dunque dall'interpretazione del sistema, ovvero dalla convinzione che ci si fa in merito alla liceità di un certo utilizzo degli strumenti interpretativi nel contesto di un dato ordinamento giuridico. Stante un identico riferimento alle regole codificate negli artt. 31-33 della Convenzione del 1969, non è da escludere che gli organi giudicanti di due diverse organizzazioni internazionali, composte secondo assetti istituzionali differenti e miranti a differenti scopi, siano tenuti a utilizzare quelle regole interpretative in maniera difforme. Se ciò è vero, diventa a questo punto opportuno interrogarsi sui vincoli al processo d'interpretazione posti dal sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio. In questa ricerca non occorre neppure partire da lontano, dal momento che lo stesso articolo che recepisce nell'OMC le consuetudini sull'interpretazione mette anche in guardia il giudice sul loro legittimo utilizzo.

²³ È la stessa giurisprudenza del giudice del commercio a riconoscerlo, quando dice che «[t]o the extent that one can speak of the 'object and purpose of a treaty provision', it will be informed by, and will be in consonance with, the object and purpose of the entire treaty of which it is but a component»: Appellate Body report, *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts (EC-Chicken Classification)*, par. 238.

3.1. Il divieto di modifica degli obblighi posto dall'articolo 3.2 del DSU

L'art. 3.2 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie chiarisce qual è lo scopo della funzione giudiziale esercitata dai Panel e dall'Organo d'appello, e pone un preciso limite a tale attività. Cito l'articolo per esteso:

The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of customary international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.

Il ruolo degli interpreti si giustifica con l'esigenza di mantenere inalterato l'equilibrio tra diritti e doveri fissato dal trattato istitutivo dell'organizzazione e dai suoi allegati (i «covered agreements»). A questo fine l'Accordo DSU sancisce l'impossibilità di usare il diritto internazionale generale sull'interpretazione in modo da alterare tale bilanciamento. È, questa, una delle norme più importanti dell'intero sistema, poiché parlando dell'obiettivo della funzione giudiziale essa parla, al contempo, anche dello scopo dell'organizzazione nel suo complesso. Quest'ultima è infatti vista come un fascio di diritti e doveri che gli Stati membri hanno riconosciuto gli uni agli altri su basi di reciprocità, e che gli organi deputati all'interpretazione hanno il compito di preservare. Tuttavia limitarsi ad affermare ciò può non essere di grande aiuto in assenza di una precisazione della natura di tali diritti e doveri. Certo, è legittimo – sulla correttezza per ora evito di esprimermi – dare una lettura restrittiva degli obblighi iscritti negli accordi, secondo l'idea (magari implicita) per cui l'OMC altro non sarebbe se non una cornice entro la quale gli Stati negoziano concessioni di tipo commerciale²⁴. Ma questo non può essere dato per scontato, e deve rappresentare l'esito, non

²⁴ Questa è l'impressione che lascia la lettura (forse anch'essa a suo modo restrittiva!) dell'articolo di Kelly, *Judicial Activism* cit. Le stesse idee tornano in Id., *The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance*, in «Cornell International Law Journal», XXXVIII, 2005, in cui l'autore intende dimostrare come un'attività giudiziale non morigerata vada a detrimento degli Stati più deboli.

il punto di partenza di un'indagine. La quale, a mio avviso, deve per forza prendere le mosse dalla nozione di modifica di diritti e doveri.

È bene partire dal significato letterale dell'espressione. A prima vista, il fatto che l'art. 3.2 utilizzi (per due volte) la formula «rights and obligations» al posto di un più comune «provisions» depone a favore della tesi che vede nell'Accordo di Marrakech un trattato costruito sulla sinallagmaticità delle posizioni giuridiche dei contraenti. Detto diversamente, sembra che il patto sia uno di quelli che possono facilmente essere decostruiti in numerosi rapporti bilaterali tra le varie parti, i quali dal canto loro esauriscono il contenuto dello strumento: di obblighi assoluti non vi sarebbe traccia, e di obblighi integrali si potrebbe parlare, tutt'al più, a riguardo delle norme di carattere istituzionale (tra le quali quelle sul meccanismo di risoluzione delle controversie)²⁵. Tuttavia questa è semplicemente una supposizione. In assenza di una disposizione che chiarisca il significato della terminologia usata nell'Accordo è inevitabile dover rivolgere l'attenzione verso la giurisprudenza, e più precisamente verso il modo in cui questa ha interpretato l'idea di «modifica». Forse, infatti, tentando di discernere tra ciò che è modificativo e ciò che non lo è risulterà più facile capire cosa si intenda per diritti e doveri. Una prima citazione tratta da una pronuncia dell'Organo d'appello non è comunque di grande aiuto. Alla richiesta avanzata dal Cile di riconsiderare certe argomentazioni su cui si era basato il giudizio di primo grado, i giudici replicano che la domanda non può essere accolta, dato che il rovesciamento di alcune delle tesi su cui il Panel si era basato non arriva a corrompere la validità delle sue conclusioni: «we have difficulty», essi dicono, «in envisaging circumstances in which a panel could add to the rights and obligations of a Member of the WTO if its conclusions reflected a correct interpretation and application of provisions of the covered agreements»²⁶. Ho l'impressione che l'Organo d'appello non faccia qui molto altro che confermare l'ovvio: se il trattato viene interpretato in maniera ineccepibile, l'equilibrio tra i diritti e i doveri delle parti non risulta compromesso. Ma forse tanto ovvio non è, poiché in un altro caso (già citato) gli arbitri chiamati a risolvere la contesa così si esprimono:

²⁵ Sto utilizzando la nota terminologia introdotta da Fitzmaurice nel suo ruolo di Relatore speciale della Commissione di diritto internazionale sul diritto dei trattati: v. G. Fitzmaurice, *Second Report on the Law of Treaties*, in «Yearbook of the International Law Commission», 1957, II, pp. 53-54. Si noti che, in linea col mio commento, «it is impossible to define a treaty in its entirety as reciprocal or integral in nature. One must look at every provision and every obligation individually» (Pauwelyn, *Conflict of Norms* cit., p. 65).

²⁶ Appellate Body report, *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages (Chile-Alcohol)*, par. 79.

An interpretation which was legally binding on all contracting parties would in our view by its very binding nature “affect” rights and obligations of contracting parties under the General Agreement, even if that interpretation simply served to “clarify” the precise scope of those rights and obligations²⁷.

Nonostante il Panel affermi di poter stabilire lo status giuridico di uno strumento d'intesa approvato dalle PARTI CONTRAENTI²⁸ solamente in via indiziale, dato che queste non hanno precisato la base di diritto sulla quale hanno compiuto l'atto, si può tracciare un parallelo tra il supposto valore vincolante dell'intesa e quello della dichiarazione interpretativa che la Conferenza ministeriale (la riunione dei ministri di tutti gli Stati membri che si tiene su base biennale) e il Consiglio generale (l'organo decisionale, composto dai rappresentanti di tutte le parti, che fa le veci della Conferenza) possono dare ex art. IX:2 dell'Accordo di Marrakech. Il Panel predilige la parola «affect» alla più consueta espressione «add to or diminish», ma è difficile individuare una differenza rilevante in presenza di una concessiva («even if») che pare contrapporre l'idea di chiarificazione a quella di ripercussione. Non che, in realtà, sia impossibile tentare di riconciliare queste due nozioni: il carattere meramente illustrativo dell'interpretazione può, *lato sensu*, coesistere assieme al fatto che essa influisce in qualche modo sulla percezione che le parti hanno dei loro obblighi, cancellando i dubbi e ponendo fine ai disaccordi. Tuttavia, l'incertezza sul significato da attribuire alla frase del Panel permane, dal momento che gli organi giudicanti dell'OMC non sono nuovi ad affermazioni sibilline o, quanto meno, ambigue. Nel caso *US-Shirts and Blouses* l'Organo d'appello, dovendo decidere in merito alla possibilità per un Panel di esercitare un certo grado di economia giudiziale nell'emissione del suo lodo, ha sostenuto che il giudice di primo grado è tenuto solamente a prendere in esame quei punti di diritto necessari alla risoluzione del caso, e non altri. E lo ha fatto dicendo che:

Given the explicit aim of dispute settlement that permeates the *DSU*, we do not consider that Article 3.2 of the *DSU* is meant to encourage either panels or the Appellate Body to

²⁷ Panel report, *US – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (US-FSC)*, par. 7.68.

²⁸ Per la precisione, l'intesa (*understanding*) era stata adottata dal Consiglio e inclusa in un Rapporto sottoposto all'approvazione delle PARTI CONTRAENTI (con quest'ultima espressione – scritta con lettere tutte maiuscole – si intende descrivere l'insieme degli Stati membri quando questi agiscono congiuntamente).

“make law” by clarifying existing provisions of the *WTO Agreement* outside the context of resolving a particular dispute²⁹.

Di nuovo si intrecciano i concetti di modifica e di spiegazione del diritto, e di nuovo si ha la sensazione che ciò derivi da un uso improprio e leggero che il giudice del commercio fa di tali idee. Nel caso specifico, l’Organo d’appello ha ritenuto che fare chiarezza sul significato di norme del trattato dell’Organizzazione diverse da quelle attinenti al contesto della controversia equivale a «legiferare», ossia a produrre nuovo diritto. L’equazione è chiaramente insensata, e si può spiegare solo conferendo ai termini scelti dal giudice di secondo grado un senso più impressionistico che rigoroso (come dimostra forse il ricorso alle virgolette attorno all’espressione «make law»). Ma l’idea di una sovrapposizione (anche solo parziale) tra l’attività interpretativa e quella modificativa del diritto, presente in più luoghi nella giurisprudenza, sembra trovare conferma nello stesso trattato istitutivo dell’Organizzazione. L’art. X:3 dell’Accordo di Marrakech, infatti, descrive le modalità secondo cui devono essere apportati quegli emendamenti all’accordo stesso (o a certi dei suoi allegati) che non alterano i diritti e i doveri degli Stati membri. Analogamente, l’art. X:4 illustra la procedura di emendamento nei casi in cui le modifiche che si desidera approvare hanno natura tale da non alterare diritti e doveri delle parti. Dunque, gli stessi testi giuridici che stanno alla base del sistema dell’OMC convalidano l’ipotesi dell’esistenza di emendamenti che, pur modificando la lettera del testo, non compromettono il bilanciamento tra obblighi così come definito al momento dell’adozione dell’Accordo.

A mio avviso, dalla lettura dell’art. X si può trarre un’importante conseguenza, e cioè che non tutte le disposizioni dell’Accordo e dei trattati «coperti» sono da mettere sullo stesso piano. L’esistenza di emendamenti capaci di mutare i diritti e i doveri delle parti e, allo stesso tempo, di emendamenti che lasciano inalterati tali diritti e doveri rivela chiaramente come non tutto quanto è scritto nel trattato debba avere, agli occhi dell’interprete, la stessa rilevanza. Poiché infatti questi, come si è visto, è vincolato dall’art. 3.2 del DSU a non modificare l’equilibrio tra diritti e doveri di cui l’Accordo è espressione, diviene suo compito e sua facoltà stabilire cosa è ammissibile e cosa no durante l’attività ermeneutica. In altre parole, il giudice può anche distaccarsi dal nudo vincolo testuale nel rendere il proprio giudizio: l’importante è che questo scollamento non corrisponda a un’alterazione dei diritti e degli obblighi degli Stati membri (cioè, è necessario che la modifica operata per via giudiziale possa essere fatta

²⁹ Appellate Body report, *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India (US-Shirts and Blouses)*, p. 19 (corsivi nell’originale).

rientrare tra i casi previsti dall'art. X:4). I Panel e l'Organo d'appello di rado hanno speso qualche parola per gettare luce su questa sottile distinzione, e quindi per chiarire i contorni delle due categorie – modificativa o solo interpretativa – di emendamento: a mia conoscenza, ciò è stato fatto, *en passant*, solo una volta. Nel caso *Argentina-Textiles* all'Organo d'appello è stato chiesto di valutare la compatibilità col diritto dell'OMC di un provvedimento che l'Argentina sosteneva di aver attuato in ottemperanza a un obbligo previsto da un Memorandum stipulato con il Fondo monetario internazionale. Negando (come già aveva fatto il Panel) tanto il valore vincolante di quest'ultimo quanto la supremazia delle sue disposizioni rispetto agli obblighi dell'Organizzazione mondiale del commercio, il giudice di secondo grado spiega che nessuna regola di conflitto è rintracciabile negli strumenti giuridici che legano l'Organizzazione al Fondo. Tra questi compare l'Accordo tra il FMI e l'OMC, che, secondo l'Organo, «does not modify, add to or diminish the rights and obligations of Members under the *WTO Agreement*, nor does it modify individual States' commitments to the IMF»³⁰. L'Accordo, infatti, non sancisce il primato di uno dei due ordinamenti sull'altro, ma si limita a stabilire un dovere di consultazione – posto in capo a entrambe le organizzazioni – ogni volta che emerga un possibile contrasto tra le misure in discussione entro uno di essi e gli obblighi imposti dall'altro. Evidentemente, è opinione dei giudici che un dovere di trattare preventivamente per evitare che l'adozione di misure da parte di un sistema confligga con il rispetto delle regole di un altro non sia tanto intrusivo quanto la previsione di una norma di prevalenza che risolve il conflitto *ex post*, e che dunque il primo caso, a differenza del secondo, non si configuri come modifica del diritto esistente.

È però estremamente difficile capire quali emendamenti rappresentino un illegittimo riequilibrio dei diritti e dei doveri iscritti nell'Accordo, e quali, al contrario, siano da considerarsi come modifiche testuali prive di effetti sulla struttura delle disposizioni. Istintivamente, verrebbe da includere nella prima di queste due categorie sia le variazioni apportate all'art. X del trattato istitutivo dell'OMC (in quanto norma fondante la distinzione), sia quelle concernenti l'art. 3.2 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie (in quanto vincolo all'azione para-giudiziale di Panel e Organo d'appello: se a questi fosse permesso modificare il bilanciamento diritti/doveri in via interpretativa perderebbe di senso l'idea – accolta nell'art. X – per cui gli emendamenti implicanti una simile modifica entrano in vigore solo per chi li accetta). Verrebbe da aggiungere, anche, che molto probabilmente sono numerosissime (e di certo la maggior parte) le disposizioni che non ammettono

³⁰ Appellate Body report, *Argentina – Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items (Argentina-Textiles)*, par. 72 (corsivi nell'originale).

«emendamenti» attuati dagli organi giudicanti in via interpretativa, pena uno slittamento dei diritti e dei doveri dei Membri. È comunque possibile che il giudice del commercio non si sia interrogato, su questo tema, in modo adeguato. Si prenda in considerazione il seguente esempio, che come quello precedente indaga sul ruolo del Fondo monetario internazionale nel sistema dell'OMC. L'art. XV:2 del GATT 1994 prevede che ogniqualvolta le PARTI CONTRAENTI si trovino ad affrontare problemi riguardanti le riserve monetarie, le bilance dei pagamenti o accordi sulla valuta, esse devono consultare il FMI e accettare ogni considerazione statistica o altrimenti fattuale che questo avanza. Nel caso *India-Quantitative Restrictions* l'Organo d'appello è stato chiamato a valutare la correttezza del comportamento del Panel, il quale si era limitato a tenere conto delle analisi del Fondo senza attribuire loro un valore decisivo nella risoluzione del caso. Il giudice di secondo grado avalla il *modus operandi* del Panel, affermando che non considerando determinanti le osservazioni del FMI esso aveva posto in essere una valutazione scrupolosa e oggettiva della questione sottopostagli, com'è suo dovere ex art. 11 del DSU³¹. Ora, è lecito domandarsi se questa soluzione sia corretta. Non lo è secondo Siegel, che vede nell'art. 3.2 dell'Intesa – e dunque nell'obbligo, per l'organo giudiziale, di nulla aggiungere e nulla sottrarre all'insieme dei diritti e dei doveri degli Stati membri – lo strumento con cui far valere la superiorità del vincolo dell'art. XV:2 del GATT su quanto richiesto dall'art. 11 del DSU. Così si snoda il sillogismo dell'autrice:

Article 3.2 of the Dispute Settlement Understanding constrains the role of the dispute settlement process such that «[r]ecommendations and rulings of the Dispute Settlement Body cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements». The GATT is one of the covered agreements and its Article XV:2 requires the WTO to consult the Fund and accept certain of its determinations. Excluding the panel from the consultation requirement would change the substantive effect of the instruction in the GATT precisely in the circumstances where these substantive rules are being applied to determine compliance with the agreements³².

³¹ Appellate Body report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products (India-Quantitative Restrictions)*, par. 149-151.

³² D.E. Siegel, *Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreements*, in «American Journal of International Law», XCVI, 2002, p. 582 (nota omessa).

In altre parole, se il GATT impegna le PARTI CONTRAENTI ad accogliere come valida ogni valutazione di tipo fattuale operata dal Fondo monetario internazionale, gli organi giudicanti hanno il dovere di agire in un modo che non comporti la violazione degli obblighi esterni degli Stati membri: «the inclusion of the Dispute Settlement Understanding in the WTO Agreements should not be interpreted in a way that changes the relationship between the Fund and the WTO»³³. Questa frase è davvero illuminante, poiché chiarisce quella che mi pare essere la vera natura del problema, ovvero l’allocazione dei poteri in ambito interpretativo. L’art. 11 del DSU autorizza i Panel a dare una lettura dei fatti irrispettosa dei vincoli cui gli Stati parti dell’Organizzazione hanno deciso di sottostare? O invece l’autonomia interpretativa assicurata ai giudici di primo grado può arrivare a compromettere i rapporti che legano il sistema a tutto ciò che è esterno a esso? Nel paragrafo che segue tenterò di illustrare meglio la questione.

3.2. Interpretazione del sistema e allocazione dei poteri

I discorsi sui *self-contained regimes*, sui processi sovranazionali di costituzionalizzazione e sullo sviluppo di un diritto amministrativo globale che stanno attraversando il diritto internazionale non possono trascurare – e, in effetti, non hanno trascurato – il sistema dell’Organizzazione mondiale del commercio. È in questo contesto che, a mio giudizio, va letta ogni domanda riguardante la reale allocazione dei poteri in materia interpretativa nell’ambito dell’OMC. Domanda che, nella sua forma più semplificata, si può riassumere così: chi ha il diritto di fare cosa? E cioè, più in esteso: a chi l’Organizzazione ha riconosciuto il potere di interpretare, ed entro quali limiti? Va da sé che si tratta di un interrogativo molto significativo per chi voglia capire, come mi propongo di fare, quale sia il grado di elasticità del sistema, ovvero la misura in cui questo ammette un’evoluzione nell’interpretazione delle proprie norme. A tal fine è necessario che l’Organizzazione nel suo complesso sia studiata come un’unità – un ordinamento costituzionale, per l’appunto – per venire a conoscenza del

³³ *Ibidem*. La formulazione della frase citata suggerisce un interessante quesito di interpretazione intertemporale: l’inserimento di un complesso meccanismo di risoluzione delle controversie all’interno di un sistema preesistente (ciò che avviene con l’inclusione dell’Intesa nel GATT) cambia l’interpretazione di quest’ultimo? Oppure è il sistema ad avere la meglio, e a limitare l’interpretazione dell’*addendum*? A mio modesto parere non ci sono dubbi: l’accettazione dell’aggiunta costituisce un nuovo accordo, ed è da ritenere che il nuovo sistema vada letto, nel suo complesso, come se non fosse scomponibile (dimenticando, cioè, l’interpretazione che era stata data alle sue «vecchie» componenti).

modo in cui l'Accordo e i suoi allegati distribuiscono il potere. Fin da subito, però, giova sottolineare che una simile allocazione delle facoltà interpretative è, essa stessa, oggetto di interpretazione, e che di conseguenza non si può escludere, in un'ottica intertemporale, una sua eventuale evoluzione. Questo il messaggio che implicitamente emerge dallo studio di Mavroidis, il quale, dopo aver analizzato una copiosa giurisprudenza, fa notare che, «[o]ver the years, WTO adjudicating bodies have taken a friendlier attitude toward decisions and recommendations adopted by various WTO organs (for example, committees)»³⁴. Tuttavia, a prescindere dalla veridicità di questa osservazione sul piano generale, i casi citati dall'autore poco si prestano a configurare una rigida ripartizione dei poteri, essendo tutti, bene o male, riconducibili allo schema di *India-Quantitative Restrictions* di cui si è parlato sopra: le decisioni dei vari comitati e organi afferenti all'Organizzazione sono solo presi adeguatamente in considerazione, ma mai visti come limiti invalicabili all'azione decisionale degli organi giudicanti³⁵. A meno che, come si dice infatti nella pronuncia di primo grado relativa al caso appena citato, tali raccomandazioni non siano vincolanti. In tal caso Panel e Organo d'appello sono tenuti a rispettare l'atto³⁶.

Questo sembra abbastanza ovvio, ma vale la pena di ricordarlo, dato che in fin dei conti cosa è obbligatorio e cosa no può essere oggetto di contestazione. Lo stesso art. IX:2 dell'Accordo di Marrakech (che, come già detto, attribuisce al Consiglio generale e alla Conferenza ministeriale l'autorità di interpretare gli strumenti giuridici dell'OMC), per esempio, non specifica se tali atti debbano essere considerati vincolanti dal giudice dell'Organizzazione: ciononostante, la dottrina è sostanzialmente concorde nell'attribuire a essi un valore obbligatorio, e in tal senso si è espressa anche la giurisprudenza³⁷. Detto ciò, non è da escludere che tale lettura della ripartizione delle competenze possa essere sbagliata, oppure che, pur se giusta, possa nel futuro venire ribaltata. Non si può dare per scontato, infatti, che il sistema dell'OMC sia o debba essere privo di una corte di legittimità, di un tribunale, cioè, capace di vagliare la correttezza degli atti adottati dagli altri organi dell'Organizzazione. Qualora la Conferenza o il Consiglio adottassero un'interpretazione palesemente scorretta –

³⁴ Mavroidis, *No Outsourcing of Law* cit., p. 432.

³⁵ Talvolta ciò viene fatto con una discreta dose di ambiguità. In uno dei casi più «promettenti» citati da Mavroidis – laddove egli afferma che una raccomandazione è usata dal giudice come «source of law» – il Panel utilizza l'atto su una base di... desiderabilità. Panel report, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea (US-Line Pipes Safeguards)*, par. 7.321.

³⁶ Panel report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products (India-Quantitative Restrictions)*, par. 5.94.

³⁷ Appellate Body report, *US – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (US-FSC)*, par. 113.

quindi, se agissero *ultra vires* – non potrebbe forse il giudice del commercio cassare la decisione?³⁸ Allo stato dei fatti questo appare improbabile. A ogni modo, la domanda necessita una precisazione. Infatti non è ben chiaro cosa significa, per la Conferenza o il Consiglio, agire oltre le competenze loro assegnate.

Si tratta di un problema cui sono state date due soluzioni diverse. Da un lato c'è chi pensa che l'interpretazione autorevole data ex art. IX:2 possa, in una certa misura, «scavalcare» il testo dei trattati e conferire alle loro disposizioni un significato parzialmente modificato³⁹; dall'altro, c'è chi ritiene che Conferenza e Consiglio debbano sottostare agli stessi limiti imposti all'attività degli organi giudiziari, e che non possano perciò «add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements»⁴⁰. Poco importa che l'Organo d'appello sembri essersi schierato a favore della prima tesi: lo ha fatto in modo talmente defilato che è forse improprio attribuire un grande peso alle sue parole⁴¹. Dunque occorre ragionare in astratto. Ciò porta a una prima, ovvia obiezione: quale il senso di una norma sull'emendamento degli accordi (il già ricordato art. X del trattato istitutivo dell'OMC) in presenza di una disposizione sull'interpretazione che consente di apportare modifiche «informali» al loro significato? La risposta si trova nello stesso art. IX:2, laddove si dice che «[t]his paragraph shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X». Viene operata una ripartizione delle competenze: l'art. X serve a modificare l'Accordo di Marrakech e i suoi allegati, mentre quello che lo precede autorizza a fornire interpretazioni che non privino di senso l'articolo sugli emendamenti. Resta tuttavia da

³⁸ Credo che, alla fin fine, sia questa la domanda rilevante, indipendentemente dal mio uso poco rigoroso della logica e delle categorie. Infatti non si dà alcuna contrapposizione di principio tra l'obbligatorietà di un atto e l'esistenza di un giudice capace di sindacarlo. Si ripresenta qui lo stesso problema comparso al termine del precedente paragrafo, ovvero quello concernente il ruolo del giudice nei meccanismi decisionali dell'OMC. L'interpretazione autorevole è infatti formalmente obbligatoria solo per gli Stati membri o anche per gli organi giudiziari dell'organizzazione? Sebbene la prima opzione sembri, a prima vista, rendere insensata la funzione dell'art. IX:2, essa produce in realtà un effetto concreto evidente: l'uniformazione del comportamento delle parti senza dover ricorrere a un accertamento da parte del giudice (mossa che può risultare diplomaticamente sconveniente).

³⁹ C.-D. Ehlermann, L. Ehring, *The Authoritative Interpretation Under Article IX:2 of the Agreement Establishing the World Trade Organization: Current Law, Practice and Possible Improvements*, in «Journal of International Economic Law», VIII, 2005.

⁴⁰ T. Gazzini, *Can the Authoritative Interpretation Under Article IX:2 of the Agreement Establishing the WTO Modify the Rights and Obligations of Members?*, in «International and Comparative Law Quarterly», LVII, 2008.

⁴¹ Appellate Body report, *US-FSC*, n. 127. Il fatto che il giudizio dell'Organo sia stato relegato in una nota si spiega anche col suo essere superfluo ai fini della risoluzione del caso.

comprendere cosa si intenda con l'espressione «undermine the amendment provisions». Secondo Ehlermann ed Ehring l'assenza, all'interno dell'art. IX:2, di un divieto di modifica analogo a quello espresso nell'art. 3.2 del DSU può essere letto come un'accettazione implicita della possibilità di mutare il significato letterale dei trattati: in quest'ottica il termine «undermine» assumerebbe una connotazione forte, tale per cui solo il completo svuotamento dell'art. X sarebbe proibito. I piccoli cambiamenti, al contrario, non comprometterebbero la norma sull'emendamento: «[t]he last sentence of Article IX:2, therefore, does not stand in the way of permitting authoritative interpretations to modify the law, it only limits the extent to which this may occur»⁴². Si scopre così che i due autori vedono nella facoltà di emendare il diritto in via interpretativa non molto di più che un esercizio di *gap-filling*⁴³. Mi è difficile capire in cosa questo si discosti da ciò che è lecito anche per i Panel e per l'Organo d'appello⁴⁴: tanto più che, richiamando la distinzione sopra riportata tra emendamenti che modificano gli obblighi ed emendamenti che lasciano intatto il loro equilibrio (e dunque permessi al giudice), è poco plausibile pensare che il riempimento delle lacune finisca *in toto* nella prima delle due categorie! È invece più facile credere che esso rappresenti buona parte di quello cui i negoziatori dell'Accordo di Marrakech si riferivano parlando di emendamenti privi di effetti sui diritti/doveri delle parti.

A questo proposito si può forse dire di più. L'art. X:2 stabilisce, come si è visto, che l'adozione di un'interpretazione autorevole non deve pregiudicare il senso dell'esistenza di una specifica norma – l'art. X – riguardante le procedure di emendamento. Quest'ultima, però, parla espressamente anche di modifiche non implicanti l'alterazione del rapporto tra diritti e doveri: si sarebbe perciò tentati di concludere non solo che Consiglio generale e

⁴² Ehlermann, Ehring, *The Authoritative Interpretation* cit., p. 811, e, più in generale, pp. 808-811.

⁴³ Credo che ciò sia vero a prescindere dal fatto che i due autori considerano l'interpretazione autorevole capace di novellare veramente una norma. Di questo sono tanto convinti che, in un altro scritto, sostengono l'irretroattività dell'interpretazione fornita dagli organi politici: e sappiamo bene quanto la validità *ex nunc* di un effetto sia ciò che distingue l'interpretazione del diritto (che agisce *ex tunc*) dalla sua modifica. C.-D. Ehlermann, L. Ehring, *Are WTO Decision-Making Procedures Adequate for Making, Revising, And Implementing Worldwide and "Plurilateral" Rules?*, in *Reforming the World Trading System. Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance*, a cura di E.-U. Petersmann, Oxford University Press, Oxford 2005, p. 506.

⁴⁴ Van Damme, *Treaty Interpretation* cit., pp. 112 ss.; Jackson, *Sovereignty* cit., pp. 187-188 (che riconduce la possibilità del *gap-filling* alla natura costituzionale del sistema del commercio mondiale). Più in generale (sul rapporto costi/benefici di un sistema basato su norme – più suscettibile di essere lacunoso – e uno basato su standard), cfr. J.P. Trachtman, *The Domain of WTO Dispute Resolution*, in «Harvard International Law Journal», XL, 1999.

Conferenza ministeriale non possono «emendare» il testo dei trattati in un modo che comporta un riequilibrio degli obblighi, ma anche che essi non possono farlo neppure se la loro interpretazione autorevole lascia inalterato il bilanciamento dei diritti e dei doveri. L'inferenza sarebbe tuttavia errata. I due articoli in esame, infatti, prevedono due differenti soglie decisionali: i tre quarti dell'assemblea per adottare un atto interpretativo, i due terzi per approvare un emendamento. La lettura congiunta delle due disposizioni, dunque, ci insegna che la modifica priva di ripercussioni sull'assetto degli obblighi può fermarsi ai due terzi dei voti. Il raggiungimento dell'approvazione dei tre quarti dell'assemblea è *ad abundantiam*, e ciò fa sì che l'art. IX:2 non rappresenti, per l'art. X, una reale minaccia (non è cioè possibile ricorrere al primo per aggirare la soglia del secondo, essendo questa maggiore di quella prevista dall'articolo sull'interpretazione). Discorso diverso ma con esito uguale per quanto riguarda l'atto finalizzato ad alterare il rapporto tra diritti e doveri: ammesso e non concesso che esso possa essere preso, oltre che sulla base dell'art. X, anche attraverso il canale interpretativo dell'art. IX:2, si possono immaginare due casi. Il primo è identico a quello precedente: l'art. IX:2 non mina l'art. X perché quest'ultimo prevede una soglia decisionale inferiore (ancora, tre quarti contro due terzi). Il secondo caso invece si presenta qualora la Conferenza ritenga, con una maggioranza dei tre quarti, che l'emendamento incida così pesantemente sulla natura degli obblighi da implicare la possibilità, per coloro che non hanno votato a favore, di abbandonare l'Organizzazione: in simili circostanze la Conferenza stessa può approvare, caso per caso, la permanenza nell'OMC di uno Stato contrario alla modifica. In assenza di «deroghe» – cioè nel caso in cui a nessuno Stato obiettore venisse concessa l'opportunità di rimanere – questo equivarrebbe a mutare il trattato col voto favorevole dei tre quarti dei membri, e con validità *erga omnes* (come per l'art. IX:2).

Se questo quadro è corretto, allora, tanto gli organi politici (Consiglio e Conferenza) quanto gli organi giudiziari (Panel e Organo d'appello) sono legittimati a modificare il diritto dell'OMC nella misura in cui ciò non comporta un aumento o una diminuzione dei diritti e dei doveri degli Stati membri. Inoltre, tanto il giudice quanto il diplomatico sono protagonisti di un complesso sistema di pesi e contrappesi tale per cui il primo ha la facoltà (e anzi, il dovere) di rigettare le interpretazioni autorevoli che il secondo dovesse prendere agendo *ultra vires*, e il secondo quella di rettificare un'interpretazione «sgradita» presa dal primo, vincolandolo altresì a seguire la nuova rotta nelle successive pronunce⁴⁵. L'architettura dell'Organizzazione, basata sul modello del «checks and balances», assomiglia proprio a

⁴⁵ In merito a questo secondo punto, v. Gazzini, *Can the Authoritative Interpretation* cit., p. 177 (l'autore parla appunto di «checks and balances»).

quella di un ordinamento costituzionale. In questo contesto l'interrogativo rilevante per il presente elaborato – come e in che direzione evolva (eventualmente) il diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio – acquista un ulteriore elemento di complessità. Non solo non è ben chiaro in che misura un'interpretazione che si distanzi dalla lettera del testo possa (per analogia con l'art. X:4 del trattato istitutivo) preservare l'equilibrio tra diritti e obblighi voluto dai negoziatori. La nozione di costituzione richiama infatti anche l'idea di un sistema capace (e desideroso) di tutelare i diritti fondamentali, e in grado di rivendicare un certo livello di autonomia rispetto alla volontà dei singoli che lo compongono. In effetti, tesi simili sono state avanzate. Proverò ora ad analizzarle in breve.

3.3 La «costituzione» dell'OMC e l'interpretazione

Da alcuni anni ormai gli studiosi dell'Organizzazione mondiale del commercio discutono del carattere (costituzionale o meno) del sistema, tanto che la bibliografia in materia è oggi piuttosto estesa e inizia a essere essa stessa l'oggetto di una letteratura secondaria⁴⁶. Com'è ovvio, non si ha unanimità nelle posizioni: c'è chi vede questo processo favorevolmente e chi, invece, trova auspicabile che l'OMC rimanga un accordo che assomma tra loro le concessioni che gli Stati si fanno reciprocamente, e queste alla struttura istituzionale che mira a proteggerle⁴⁷. Già da questo si evince come per qualcuno la (presunta) costituzionalizzazione dell'OMC sia solo l'espressione di un proposito politico, e non l'esito scientificamente corretto dell'interpretazione del sistema. Il tema su cui questa considerazione insiste è decisamente complesso e non intendo affrontarlo in modo esaustivo. Desidero però notare, con Lang, che le pratiche sociali che rivelano il fenomeno costituzionale sono parte integrante, attraverso la percezione che si ha di esse, della costituzione medesima: «[a]

⁴⁶ D.Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, Oxford 2005. L'autrice non evita di prendere posizione: «the WTO is not constitutionalized, and nor, according to any current meanings of the term, should it be» (p. x). I «current meanings» di cui parla, tuttavia, sono di natura più procedurale che sostanziale.

⁴⁷ Tra i sostenitori, si veda la contestualizzazione del diritto del commercio internazionale all'interno dell'ordinamento internazionale generale operata da Jackson, il quale è convinto che l'erosione del principio di sovranità che caratterizza il secondo non possa non riverberarsi sul primo: Jackson, *Sovereignty* cit. Tra i critici, lucida è l'analisi di Kelly, citato alle note 8 e 23. Per una moltitudine di punti di vista, anche da prospettive tematiche, cfr. W. Shan, P. Simons, D. Singh (a cura di), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008.

common consciousness about constitutionalization – what it means, whether it exists – is a significant part of what shapes the process of constitutionalization itself»⁴⁸. Sono della stessa opinione. In ogni caso, la nozione di «coscienza comune» non è banale, perché costringe a identificare il suo possessore. Sono gli Stati? Oppure siamo tutti noi, o meglio: i più qualificati di noi, coloro che possono, attraverso la loro dottrina, influenzare la lettura di quel complesso di norme che chiamiamo sistema? L'affermazione di Lang lascia quindi aperta la questione sull'«autore» della coscienza, questione che in fin dei conti non fa altro che riprodurre quella sull'autore dell'interpretazione, quella cioè che si chiede se debba essere la volontà delle parti a guidare l'interpretazione di uno strumento giuridico, oppure l'interpretazione di quest'ultimo a rappresentare oggettivamente la volontà delle parti. Il problema non è di facile soluzione. Per questo motivo la mia intenzione è semplicemente quella di presentare alcuni elementi (sia teorici che giurisprudenziali) utili per gettar luce sull'argomento.

Il punto di partenza può essere, in ossequio alla teoria oggettiva dell'interpretazione, l'Accordo di Marrakesh comprensivo dei trattati allegati. Come dicevo più sopra, si tratta di uno strumento che offre spunti di lettura «costituzionali». Il modello è la costituzione rigida: l'art. X prevede, lo si è visto, maggioranze qualificate di almeno i due terzi dei membri per poter apportare modifiche ai trattati, ed esso stesso è protetto dal suo secondo comma, che impone che gli emendamenti ad alcune disposizioni (tra cui, appunto, l'art. X) siano approvati solo se accettati da tutti gli Stati parti. Queste garanzie procedurali, che negli ordinamenti interni servono a rendere il più possibile consensuale il ricambio normativo, sono qui studiate per raggiungere l'effetto opposto, e cioè per privare il singolo membro del diritto di veto sulla scelta di emendare l'Accordo o i suoi allegati: ciò che, al contrario, avverrebbe qualora fosse applicata la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴⁹. Del resto, la stessa introduzione nel sistema dell'OMC di un meccanismo accentrato per la risoluzione delle controversie risponde a questa logica: il depotenziamento dell'autonomia decisionale del singolo a vantaggio della collegialità dell'azione politica, da un lato, e dell'indipendenza dell'attività giudiziale, dall'altro. Ciò ha portato un autore ad affermare che «the rule-based system of the

⁴⁸ A. Lang, *Book Review: Deborah Cass, The Constitutionalization of the World Trade Organization*, in «European Journal of International Law», XVII, 2006, p. 309.

⁴⁹ Il cui art. 40 stabilisce che gli emendamenti possono sì essere apportati, ma vincolano solo le parti che li accettano: in pratica, si tratta della creazione di un nuovo trattato. L'art. X del GATT 1994, invece, dispone che questo valga solo nel caso in cui la modifica alteri l'equilibrio tra diritti e doveri, e solo qualora la Conferenza ministeriale non sancisca la fuoriuscita degli Stati che non accettano il cambiamento. Nell'OMC, dunque, una maggioranza qualificata può estinguere d'imperio il vincolo pattizio della minoranza!

WTO has left his consensus-based approach behind»⁵⁰. Più che «dietro», direi «a monte». Vale a dire: le regole che stanno alla base dell'Organizzazione sono di certo una manifestazione della volontà (consensuale) delle parti, ma il sistema gode di un margine di manovra sufficientemente ampio da permettere, in caso di conflitto, che sia il dato normativo – così come interpretato da Panel e Organo d'appello – a prevalere. Naturalmente, ciò che rileva qui è capire fino a che punto può spingersi tale interpretazione. Può essa spingersi *extra legem*, o addirittura *contra legem*? In altri termini: può l'Organizzazione mondiale del commercio funzionare come l'Unione europea?

Il paragone può sembrare improprio, ma non è affatto assente dalla dottrina. Infatti, le finalità economiche e di promozione del modello liberoscambista comuni a entrambe le organizzazioni – e i problemi a esse legati – fanno sì che il percorso seguito, fin dagli anni '50, dalle Comunità europee sembri particolarmente adatto anche allo sviluppo dell'OMC. L'Organizzazione sarebbe cioè oggi là dove le Comunità si trovavano pochi anni dopo la loro nascita, e nel prossimo futuro dovrebbe avanzare verso il punto in cui si trova l'Unione attualmente. Cosa questo significhi in concreto, comunque, dipende dal tipo di costituzionalismo proposto. C'è chi lo intende come uno strumento per individuare il luogo (o i luoghi) del sistema in cui risiede l'autorità; c'è chi lo legge come una prescrizione indicante la gerarchia delle fonti e il campo di applicazione delle norme; c'è chi lo interpreta come un modo per assicurare l'ottemperanza a valori e principi di più alto livello (come i diritti umani); e c'è chi coniuga due o più di questi approcci, ridefinendone i confini⁵¹. Insomma, sono molti e molto diversi tra loro i modi di concepire la «costituzione» dell'OMC. E l'unica cosa che sembra accomunarli è la risoluta volontà di mantenere un basso profilo dimostrata dagli organi giudiziari dell'Organizzazione, i quali, sensibili alle ripercussioni politiche delle loro pronunce e desiderosi di preservare la loro legittimità, hanno nei fatti negato ogni concessione al costituzionalismo⁵². Si spiega in questo modo la differenza che separa

⁵⁰ M. Hilf, *Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?*, in «Journal of International Economic Law», IV, 2001, p. 116. Sull'approccio cosiddetto «rule-based» si veda anche D. Zang, *Textualism in GATT/WTO Jurisprudence: Lessons for the Constitutionalization Debate*, in «Syracuse Journal of International Law and Commerce», XXXIII, 2006, pp. 396 ss.

⁵¹ Per un articolato studio dei vari modi di intendere la costituzione, v. J.L. Dunoff, *Constitutional Conceits: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law*, in «European Journal of International Law», XVII, 2006., e J.P. Trachtman, *The Constitutions of the WTO*, in «European Journal of International Law», XVII, 2006.

⁵² R.H. Steinberg, *Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints*, in «American Journal of International Law», XCVIII, 2004. L'autore si dice convinto che ben difficilmente verrà

l'ordinamento comunitario e quello del commercio internazionale su alcuni di quei temi che hanno caratterizzato la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e la conquista da parte sua di una libertà di manovra sempre maggiore. Ecco dunque che se la Corte ha sostenuto e più volte ribadito l'applicabilità dei diritti umani in qualità di parametro del diritto comunitario, l'Organo d'appello non li ha mai utilizzati per vagliare i fatti sottoposti alla sua attenzione⁵³; e se il giudice di Bruxelles ha «aperto» la norma sulle eccezioni a fattispecie in essa non ricomprese, il giudice dell'OMC la considera tassativa e limitata a ciò che è in essa esplicitato⁵⁴. Inoltre, su almeno una questione possiamo registrare non solo una distanza oggettiva, ma una consapevole presa di distanze da parte di un Panel rispetto a uno dei postulati del diritto dell'Unione europea. Slotboom rileva infatti la (forse non accidentale) somiglianza espressiva di due passaggi tratti da due diverse sentenze⁵⁵, una delle quali firmata dal giudice europeo e origine dell'effetto diretto delle norme di diritto comunitario. Dice la Corte di giustizia nel celebre caso *Van Gend en Loos*:

the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals. Independently of the legislation of Member States, Community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage⁵⁶.

meno, nei prossimi anni, l'atteggiamento compiacente che i Panel e l'Organo d'appello hanno assunto nei confronti dei membri più potenti (pp. 274-275): una convinzione piuttosto diffusa, peraltro (v. per es. H.L. Schloemann, S. Ohlhoff, "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence, in «American Journal of International Law», XCIII, 1999, p. 451). Tuttavia, è bene sottolineare che se anche i presupposti dell'azione del giudice del commercio sono politicamente connotati, ciò non comporta necessariamente che ci si attenga a un regime di *judicial restraint*: talvolta è l'evoluzione del diritto ad andare incontro agli interessi degli Stati forti. Sul punto, v. Kelly, *The Seduction* cit.

⁵³ Dal caso *Stauder* (1969) al caso *Kadi* (2010) sono molte le circostanze in cui il giudice comunitario ha deciso di prendere in considerazione, anche in posizione di prevalenza, i diritti individuali. Nulla di tutto ciò può essere rintracciato nella storia dell'Organizzazione mondiale del commercio.

⁵⁴ Sul punto v. S. Zleptnig, *Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston 2010, pp. 104-105.

⁵⁵ Slotboom, *A Comparison* cit., pp.

⁵⁶ Causa 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos e l'Amministrazione olandese delle imposte* [1963] ECR 1.

E, in quello che pare un esplicito richiamo testuale, il Panel «controbatte»:

[n]either the GATT nor the WTO has so far being interpreted as creating legally enforceable rights and obligations for individuals. Following this approach, the GATT/WTO did not create a new legal order the subjects of which comprise both contracting parties or Members and their nationals⁵⁷.

Il giudice dell'OMC respinge l'idea secondo cui l'Organizzazione costituirebbe un ordinamento giuridico nuovo paragonabile a quello rappresentato dall'Unione europea. Egli, in altri termini, non considera legittimo staccarsi dal testo dei trattati la cui interpretazione presiede e aggiungere, come fatto dalla corte comunitaria, elementi non stabiliti in via pattizia. Infatti, i Trattati di Roma del 1957, con i quali inizia la storia delle Comunità europee, non contenevano alcun riferimento ai diritti umani, includevano una lista chiusa di eccezioni e nulla dicevano in merito all'effetto diretto delle disposizioni comunitarie: ciascuno di questi elementi è un'addizione della Corte rispetto a quanto è possibile leggere negli accordi istitutivi delle Comunità. Ciò è tanto più significativo se si considera che in un altro noto caso il giudice comunitario aveva fatto ricorso alla stessa idea di «nuovo ordinamento giuridico» per bandire la contromisura dall'ordinamento giuridico europeo, sostenendo che al di là dei casi previsti dai trattati la giustizia privata era da escludersi⁵⁸. Il che, tradotto, significa che il silenzio del testo è da intendersi come divieto di ciò su cui si tace. La motivazione è *prima facie* incongruente con gli esempi summenzionati, e la giurisprudenza della Corte sembra ridivenire coerente solo se l'esito raggiunto in quest'ultimo caso viene concepito come... l'aggiunta di un divieto inizialmente non previsto⁵⁹. È possibile

⁵⁷ Panel report, *United States – Section 301-310 of the Trade Act of 1974 (US-Section 301)*, par. 7.72 (nota omessa).

⁵⁸ Cause riunite 90/63 e 91/63 *La Commissione della CEE contro il Granducato del Lussemburgo e il Regno del Belgio* [1964] ECR 625.

⁵⁹ In realtà sul punto si può addivenire a una diversa soluzione, anzi due. Prima opzione: partiamo dal presupposto che il giudice sia tenuto a interpretare il silenzio del trattato in un modo non contraddittorio, senza, cioè, talvolta permettere e talaltra precludere l'ingresso nel sistema di norme che non scaturiscono dal testo che è chiamato a interpretare. Si può però ipotizzare che la regola sull'interpretazione del silenzio sia nel frattempo mutata, trasformandosi da norma di inclusione a norma di esclusione, o viceversa. È un caso di interpretazione evolutiva delle regole interpretative. Seconda opzione: non è detto che l'applicazione differenziata (inclusiva/esclusiva) della regola sull'interpretazione del silenzio sia per forza incoerente. In linea teorica è possibile sostenere che al silenzio sull'effetto diretto le parti intendessero attribuire carattere «aperto», e al silenzio sull'autotutela intendessero attribuire una natura «chiusa». In tal caso il giudice si attiene alla volontà

chiedersi se il giudice dell'Organizzazione mondiale del commercio non possa agire come il suo collega di Bruxelles e aggiungere (o sottrarre) al «suo» diritto le norme che ritenesse opportune. La risposta comune è: no, a causa di quanto sancito dall'art. 3.2 del DSU. Tuttavia, anche l'art. 3.2 è parte del diritto dell'OMC, ed è quindi suscettibile di essere «sottratto» ai trattati, permettendo una lettura più liberale degli stessi. Si può ribattere che un conto è riempire un vuoto (con una prescrizione o un divieto), un altro cancellare una disposizione scritta e relativamente chiara (e molto citata). Ciò è senz'altro vero. Avanzo però un'obiezione. Riempire una lacuna non significa necessariamente riempirla bene. Detto altrimenti, se siamo certi che ignorare una disposizione scritta costituisce una modifica del trattato in oggetto, non possiamo dirci altrettanto certi che colmare una lacuna non costituisca una modifica del patto così come lo intendevano le parti al momento della stipula. Semplicemente, in questo secondo caso non è dato sapere – perlomeno, non agevolmente – se il giudice stia emendando (o interpretando evolutivamente) oppure solo interpretando. In una situazione simile si può rispondere solamente in via indiziale. E la presunzione che la Corte di giustizia non si sia limitata, dall'inizio della sua attività fino a oggi, a rispecchiare fedelmente il pensiero dei redattori dei Trattati di Roma è forte. Del resto, le resistenze che questa dinamica ha alle volte incontrato possono, con una certa ragionevolezza, essere prese a testimonianza del carattere evolutivo dell'interpretazione operata dal giudice comunitario, pur se questi non l'ha mai presentata come tale.

Questo breve *excursus* nel diritto dell'Unione europea getta una luce nuova sul problema in esame. Esso fornisce una risposta di stampo pragmatico a chi si interroga se sia più corretto interpretare uno strumento giuridico sì da capire se esso è o no costituzionale, oppure partire dall'idea di costituzione e interpretare lo strumento di conseguenza. L'esperienza comunitaria insegna che questa seconda strada può essere quella giusta in presenza di un gruppo coeso di Stati che condividono gli stessi obiettivi e che per essi sono disposti a sacrificare parte della loro autonomia. La comunità dei membri dell'OMC, palesemente, non corrisponde a tale descrizione. Lungi dal garantire il fondamento sociale della costituzionalizzazione dell'OMC, come qualcuno sostiene, la quasi universalità della sua *membership* è in realtà un ostacolo all'accettazione, sul piano fattuale, di un ruolo forte di Panel e Organo d'appello. Se questi non hanno mai trovato il coraggio di leggere «fantasiosamente» le disposizioni dell'Accordo di Marrakech non è perché l'art. 3.2 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie impone di lasciare inalterato l'equilibrio tra i diritti e i doveri, ma perché sono consapevoli che il

delle parti quale essa era – o meglio, quale egli presume che fosse – all'epoca della stipula: non c'è evoluzione. Come dico subito dopo, questa mi pare una soluzione poco plausibile.

tentativo di allargare le maglie dei vincoli cui sono sottoposti avrebbe suscitato la disapprovazione degli Stati e si sarebbe quindi risolto in un fallimento. La ratifica di un'interpretazione evolutiva da parte dei membri di un'organizzazione internazionale è, per questo motivo, di fondamentale importanza, e non è certo un caso che la sentenza europea che ha messo al bando le contromisure sia stata letta come l'elemento che ha coagulato attorno a sé l'azione confermativa degli Stati. Secondo questo punto di vista, la scintilla della rivoluzione è partita dalla Corte di giustizia, ma i membri delle Comunità hanno permesso che la novità attecchisse grazie a una prassi successiva che, in virtù dell'art. 31(3)(b) della Convenzione di Vienna, ha convalidato l'interpretazione del giudice⁶⁰. In altre parole, in assenza di una puntuale spiegazione della *ratio* interpretativa che ha guidato la redazione di alcune delle sentenze della Corte, si è reso necessario l'intervento degli Stati, la cui ripetuta conferma della nuova interpretazione ha permesso che questa potesse essere sempre più facilmente riproposta dalla suprema istanza giurisdizionale europea. È ora giunto il momento di dare uno sguardo al modo in cui la prassi degli Stati viene in rilievo nell'OMC.

4. Interpretazione evolutiva e prassi degli Stati parti

Nel corso di un'attività ormai quindicennale, i giudici dell'Organizzazione mondiale del commercio hanno avuto modo di affrontare il tema dell'interpretazione evolutiva in un paio di occasioni. Ciò, a ben vedere, non è poco, dal momento che la giurisprudenza internazionale sul tema è tutto fuorché copiosa (con la significativa eccezione delle pronunce riguardanti il settore dei diritti umani), e che il sistema dell'OMC, per le motivazioni che ho tentato di illustrare più sopra, è stato spesso considerato come un territorio precluso all'applicazione di tecniche interpretative improntate al dinamismo. Non stupisce quindi che le sentenze in materia – entrambe emesse dall'Organo d'appello – siano state oggetto di un gran numero di articoli, non tutti benevoli nei confronti delle conclusioni raggiunte dal giudice dell'Organizzazione. Questo vale in particolar modo per la più risalente delle due; quella più recente, della fine del 2009, è stata meno dibattuta. Se da un lato questo è comprensibile, in

⁶⁰ Gradoni, *'Regime failure'* cit., pp. 253-254. Qualcosa di simile è sostenuto, ma a proposito dell'OMC, da Pauwelyn, il quale vede nel fatto che i membri dell'Organizzazione «“continuously” re-confirm their consent to the WTO treaty» un elemento a favore dell'interpretazione evolutiva: J. Pauwelyn, *The Nature of WTO Obligations*, Jean Monnet Working Paper 1/02, p. 35. Il problema è questo: gli Stati parti continuano a prestare fedeltà a un sistema che evolve molto poco, e ciò potrebbe indicare – contrariamente a quanto sostiene l'autore – il loro desiderio di confermare l'atteggiamento prudente degli organi giudiziali.

considerazione del minor tempo trascorso dalla data della sua emissione, dall'altro ciò è a mio avviso dovuto al suo minor interesse ai fini dello studio dei meccanismi che muovono l'interpretazione evolutiva. Nonostante ciò comincerò la mia analisi proprio da quest'ultimo caso, al fine di illustrare come la scarsa «fantasia» giudiziale dell'Organo d'Appello abbia condotto a un esito a mio avviso sbagliato e, di certo, non inevitabile (come la precedente pronuncia dimostra).

Il caso *China–Audiovisual Services*⁶¹ scaturisce da una controversia che ha visto contrapporsi Stati Uniti e Cina, quest'ultima chiamata a rispondere di presunte violazioni degli impegni presi nell'ambito dell'OMC. Nello specifico, gli Stati Uniti lamentano l'adozione, da parte del legislatore cinese, di misure atte a restringere l'accesso degli attori economici stranieri al mercato interno, in modo non conforme a quanto previsto dalla Schedule of Commitments del Paese asiatico. I diritti commerciali per i beni audiovisivi, afferma il Governo statunitense, sono limitati dall'esistenza di società cinesi in parte o completamente controllate dallo Stato e operanti in una posizione di monopolio, e l'esercizio dei servizi di distribuzione delle stesse merci va incontro ad analoghe difficoltà a causa del trattamento discriminatorio cui sono soggette le compagnie straniere rispetto a quelle nazionali. In seguito all'emissione di un rapporto del Panel che recepisce in buona parte le istanze degli Stati Uniti, la Cina decide di ricorrere in appello, convinta della scorrettezza di alcune prese di posizione del giudice di primo grado in merito a questioni interpretative. Ciò che qui rileva è l'estensione, da parte dei membri del Panel, della nozione di «sound recordings» (registrazioni audio) alle registrazioni intangibili – quali sono per esempio le informazioni digitalizzate – e cioè a una categoria di riproduzione dei dati praticamente sconosciuta al momento dell'adesione della Cina al sistema pattizio dell'Organizzazione (avvenuta nel 2001). Ed è proprio questo uno dei motivi su cui poggia il ricorso: la Cina difende infatti il suo comportamento sostenendo la scorrettezza di un'interpretazione che le attribuisce un onere maggiore di quello che reputava di avere assunto durante i negoziati. In altre parole, gli impegni contenuti nella Schedule devono essere interpretati staticamente, riconducendovi solo quei beni e servizi che avrebbero potuto essere presi in considerazione al momento della sua sottoscrizione, e nulla di più (e di successivo). Ma quest'affermazione di principio non convince il giudice di secondo grado, che ribadisce quanto già stabilito in prima battuta dal Panel.

Non ho intenzione di prendere posizione, qui, a favore o contro l'esito giurisprudenziale cui è giunto l'Organo d'appello. A mio avviso, ciò che è più importante analizzare criticamente è il

⁶¹ Panel report e Appellate Body report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China–Audiovisual Services)*.

percorso argomentativo seguito dai giudici per giungere a quelle conclusioni. Percorso che sarebbe difficile considerare ben tracciato, data la povertà delle motivazioni cui l'Organo fa dipendere il suo giudizio. Nel leggere quella parte della pronuncia dedicata alla discussione sul corretto significato dell'espressione «sound recordings» si ha la netta impressione che i giudici si limitino a giocare sulla difensiva (per esempio, sottoponendo a un blando esame i presunti errori in diritto commessi dai loro colleghi del Panel⁶²), e che si muovano in attacco solamente per fare asserzioni in via presuntiva⁶³. Ed è una di queste presunzioni che merita il nostro interesse, in virtù del suo essere diventata, ormai, un *topos* dell'interpretazione evolutiva dei trattati. Comprensibilmente incerto riguardo al fondamento originalista del proprio esercizio interpretativo (col quale aveva inteso dimostrare che il GATS ha fin da subito fatto espressa menzione della possibilità di distribuire un servizio, e cioè qualcosa di non tangibile), e desideroso di cautelarsi contro possibili critiche, l'Organo d'appello ripiega su un argomento che sempre più si sta affermando nella giurisprudenza internazionale, e che fa leva sulla combinazione delle nozioni di «concetti generici» e di «durata indefinita dei trattati»:

⁶² Gli esempi sarebbero più d'uno. Per limitarci a quello che ritengo più sorprendente, è possibile riportare la risposta dei membri dell'Organo d'appello alla pretesa cinese di una seria rivalutazione del significato ordinario dei termini in esame: «we do not believe that the absence of a clear explanation amounts to an error in the Panel's analysis of dictionary definitions, because its analysis makes clear that it took into consideration the meaning advocated by China, regardless of the dictionary sources of the various definitions before it» (Appellate Body report, *China–Audiovisual Services*, par. 356). In pratica, il comportamento del Panel non sarebbe censurabile perché, a dispetto della sua incapacità di fornire solide motivazioni che giustifichino la scelta di un significato a scapito di un altro, esso dimostra di averli passati in rassegna entrambi! Se questi sono i presupposti – e in considerazione del tenore complessivo di questa parte della sentenza – trovo poco rilevante che l'interprete poco dopo aggiunga che «[n]either are we persuaded that the Panel prematurely reached conclusions [...] before analyzing the relevant context and the object and purpose of the GATS» (ivi, par. 357). Infatti, anche l'analisi di contesto e scopo è, a mio parere, parimenti inadeguata.

⁶³ I giudici fanno discendere l'inclusione di beni intangibili nella categoria dei «sound recordings» dalla possibilità, prevista ex art. XXVIII(b) del GATS, di distribuire un servizio, ovvero qualcosa di immateriale. Ammesso che questa inferenza sia giusta (cosa sulla quale nutro delle riserve), dubito che la si possa usare per fondare la convinzione che «if the Panel had based its analysis on the meanings of the terms “sound recording” and “distribution” at the time of China's accession to the WTO – that is, 2001 – it would [not] have reached a different conclusion on the interpretation of the entry “Sound recording distribution services” in China's GATS Schedule» (ivi, par. 395). Perché se anche la nozione di intangibilità era in via generale presente fin dal 1995, anno dell'entrata in vigore del GATS, non per questo si può attribuire alla Cina un impegno riguardante un bene che è divenuto intangibile (in modo significativo) solo dopo il 2001: tale bene potrebbe infatti possedere caratteristiche che lo distinguono da quelli per i quali l'impegno è stato assunto. Un'altra affermazione apodittica, concernente il «dictionary meaning», è stata fortunatamente relegata in una nota (ivi, nota 681).

we consider that the terms used in China's GATS Schedule («sound recording» and «distribution») are sufficiently generic that what they apply to may change over time. In this respect, we note that GATS Schedules, like the GATS itself and all WTO agreements, constitute multilateral treaties with continuing obligations that WTO Members entered into for an indefinite period of time, regardless of whether they were original Members or acceded after 1995⁶⁴.

In breve, il ragionamento funziona così: nell'accordo compaiono termini generici, per definizione capaci di assumere significati differenti, e la prova che le parti hanno inteso permettere l'avvicendamento di tali significati nel corso del tempo sta nel fatto che il trattato è stato stipulato per durare indefinitamente. Se il vincolo pattizio prescinde dalle contingenze della storia, perché non dovrebbero farlo anche i termini di cui è composto? Come già detto, non è la prima volta che questo argomento viene formulato da un giudice internazionale. Lo stesso Organo d'appello si affida all'autorità di un precedente della Corte internazionale di giustizia (caso *Costa Rica c. Nicaragua*⁶⁵) per avallare la propria affermazione. E, seppur non citato dal giudice del commercio, si può ricordare anche il recente lodo arbitrale emesso nel caso *Iron Rhine*, in cui ancora una volta l'evoluzione di espressioni capaci di supportare più di un significato viene fatta dipendere dalla natura «permanente» del trattato su cui verte la controversia⁶⁶. Tre casi potranno non sembrare molti, ma la loro collocazione temporale (2005 per l'arbitrato, 2008 per il caso davanti alla Corte internazionale e 2009 per quello – che stiamo qui analizzando – risolto dall'Organo d'appello dell'OMC) e il fatto che la giurisprudenza in materia di interpretazione evolutiva non sia troppo abbondante testimoniano un'interessante tendenza sul fronte dell'argomentazione giuridica. Una tendenza che dovrebbe, credo, suscitare qualche perplessità.

Infatti, non pare corretto dedurre il consenso che le parti presterebbero al libero mutamento di significato dei loro vincoli pattizi da una circostanza che, anche in virtù del suo essere comunissima – è piuttosto arduo trovare un trattato che non sia stipulato «a tempo indeterminato» – ben poco rivela a proposito della loro volontà di accettare un'interpretazione evolutiva. Una valida inferenza circa l'esistenza di tale volontà richiede, di norma, che si faccia affidamento su materiale probatorio più esplicito, capace cioè di dimostrare con un

⁶⁴ Ivi, par. 396.

⁶⁵ *Controversia riguardante diritti di navigazione e correlati (Costa Rica c. Nicaragua)*, Sentenza, I.C.J Reports 2009, par. 66.

⁶⁶ *In the arbitration regarding the Iron Rhine («IJzeren Rijn») Railway, Belgium v. Netherlands*, par. 82.

maggior grado di realismo la (presunta) intenzione degli Stati. È quello che il giudice d'appello aveva fatto, qualche anno prima, nel caso *US-Shrimp*, l'altro esempio di interpretazione evolutiva riconducibile al sistema dell'OMC. O meglio: è come io ricostruisco la *ratio decidendi* di quella pronuncia, dal momento che i membri dell'Organo non sono poi troppo espliciti in merito alle basi giuridiche del loro ragionamento. Il caso, forse la vera *cause célèbre* in tema di interpretazione dinamica (se si esclude la ben più risalente giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia), vede ancora una volta gli Stati Uniti nella parte di attore in giudizio, ma in un inedito ruolo di «difensori della natura». Per mezzo di una legislazione promulgata in un periodo che va dalla fine degli anni Ottanta alla metà degli anni Novanta il Paese nordamericano aveva deciso di far valere *erga omnes* certi standard che si era imposto in tema di protezione ambientale, stabilendo un bando alle importazioni di gamberetti provenienti da Stati che ne consentissero la pesca con metodi che aumentavano la mortalità delle tartarughe di mare. Sarebbe stato ammesso il commercio solo con quegli Stati che, adottando una normativa simile a quella statunitense, si fossero in questo modo impegnati a tutelare la popolazione delle tartarughe da un esercizio sconsiderato delle attività di pesca. Come prevedibile, ciò suscita la protesta di quei Paesi che, per minore sensibilità ambientale o a causa di una reale difficoltà materiale (economica e tecnologica), si considerano impossibilitati a mettere in campo le misure richieste e ingiustamente discriminati nei loro diritti di libero scambio. L'entrata in vigore degli Accordi di Marrakech permette a questi Stati di esperire la via giudiziale con riferimento alle rilevanti disposizioni dell'OMC. In questo modo, India, Malesia, Pakistan e Thailandia richiedono l'istituzione di un Panel che sancisca l'illegittimità delle misure statunitensi, mirando queste a limitare indebitamente il commercio tra le parti sulla base di una scorretta interpretazione delle eccezioni previste dall'art. XX del GATT. Poiché il Panel accoglie la domanda dei Paesi medio- ed estremo-orientali, gli Stati Uniti fanno ricorso. Ed è a questo punto che si colloca l'analisi che l'Organo d'appello fa dell'art. XX(g), che secondo il ricorrente può giustificare l'imposizione unilaterale di restrizioni intese come provvedimenti «relating to the conservation of exhaustible natural resources»⁶⁷. Cosa rientra in questa categoria, apparentemente poco problematica?

Gli Stati asiatici asseriscono che l'espressione «risorse naturali esauribili» vada intesa nel suo significato di uso corrente, col quale si vuole indicare l'insieme delle risorse minerarie

⁶⁷ L'articolo continua precisando: «if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption». Ciò assume un rilievo molto marginale nella sentenza, e non è punto significativo per quanto riguarda l'interpretazione evolutiva.

presenti sul pianeta in quantità limitata e non soggetta a rinnovamento. A quest'ordine di beni finiti non appartenerebbero dunque le tartarughe, «risorse» biologiche e in quanto tali capaci di riprodursi. Non così la pensano gli Stati Uniti, che rimarcano al contrario la possibilità, riguardante anche gli esseri viventi, di estinguersi: in quest'ottica non c'è alcun dubbio che le tartarughe sono virtualmente «esauribili». Il carattere intertemporale del fulcro della controversia discende dal fatto che, come dato per acquisito dalle parti in causa, la consapevolezza della natura finita delle risorse biologiche è il portato di una sensibilità ambientalista moderna, e cioè di una coscienza che non può essere rintracciata nel periodo storico – quello dell'immediato secondo dopoguerra – in cui venne redatto il GATT. Per questo motivo la logica vorrebbe che l'art. XX di quel patto, rimasto immutato nel cinquantennio successivo, non possa sopportare il peso di considerazioni estranee alla mentalità dei suoi negoziatori. Ciò non è messo in discussione dall'Organo d'appello, il quale però compie un'osservazione risolutiva, che le permette di motivare l'esigenza di leggere l'art. XX(g)

in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment. While Article XX was not modified in the Uruguay Round, the preamble attached to the *WTO Agreement* shows that the signatories to that Agreement were, in 1994, fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy. The preamble of the *WTO Agreement* – which informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreements – explicitly acknowledges «the objective of *sustainable development*»⁶⁸.

Perché se è vero che l'art. XX non può, in sé e per sé, farsi carico di qualsivoglia istanza a tutela della natura, è altrettanto vero che tali istanze – o perlomeno quelle, di certo non marginali, legate all'ampia nozione di sviluppo sostenibile – sono state inglobate nel trattato dell'Organizzazione mondiale del commercio grazie all'aggiunta, nel 1994, di un preambolo che se ne fa portavoce. Detto diversamente, l'inclusione di un riferimento all'«objective of sustainable development» testimonia dell'impegno delle parti a tenere conto del mutamento nell'interpretazione dei fenomeni occorso durante tutta la vita del trattato, e a farlo proprio. In questo modo il giudice d'appello può legittimamente prendere in considerazione strumenti giuridici esterni al sistema dell'OMC, quali la Convenzione dell'ONU sul diritto del mare del

⁶⁸ Appellate Body report, *US-Shrimp*, par. 129 (corsivi nell'originale).

1982, la Convenzione sulla diversità biologica del 1992, la cosiddetta Agenda 21 dello stesso anno, o una risoluzione adottata insieme alla Convenzione sulla conservazione delle specie migratrici della fauna selvatica del 1979. Trattati, questi, che riconoscono tutti come le risorse naturali possano essere tanto non viventi quanto viventi⁶⁹.

Proviamo a tradurre questa argomentazione in termini giuridici riconducibili alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, o comunque afferenti all'ambito interpretativo. L'espressione «risorse naturali» è, secondo l'Organo d'appello, una coppia di termini generici e cioè, «by definition, evolutionary»⁷⁰. In questo caso, però, a differenza di ciò che avviene in quello summenzionato degli *Audiovisual Services*, il carattere perpetuo del trattato non è avanzato come prova dell'intenzione delle parti di permettere che parole «per definizione evolutive» mutino di senso. I giudici di *US-Shrimp*, diversamente, rinvennero questa volontà nell'espresso interesse dimostrato dai membri dell'OMC nella promozione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile, e cioè nel preambolo che è stato aggiunto al termine dei negoziati da cui è scaturito l'Accordo di Marrakech. Per questo motivo ritengo sbagliato concentrare l'attenzione, come qualcuno ha fatto⁷¹, sulla giustificazione giuridica del solo ricorso in funzione interpretativa a convenzioni estranee al sistema dell'Organizzazione. L'utilizzo di quegli strumenti, mi pare, trova infatti nella Convenzione di Vienna un duplice fondamento, il primo dei quali è solamente indiretto, nel senso che opera grazie alla mediazione del preambolo dell'accordo istitutivo dell'OMC: quest'ultimo parla di sviluppo sostenibile (e di altri valori potenzialmente in contrasto con le finalità commerciali dell'organizzazione), e

⁶⁹ È opportuno notare, almeno per inciso (e nonostante la rilevanza della precisazione), che nessuno dei patti citati qualifica le risorse viventi come esauribili. In linea di massima, si può sostenere che sì, le risorse naturali contengono la sottocategoria delle risorse viventi, ma che tuttavia quest'ultima non interseca quella delle risorse esauribili.

⁷⁰ Appellate Body report, *US-Shrimp*, par. 130. I giudici citano la famosa formula adoperata dalla Corte internazionale di giustizia nell'opinione consultiva resa nel caso della Namibia: *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza del Sudafrica in Namibia (Africa sudoccidentale) nonostante la Risoluzione del consiglio di Sicurezza 276 (1970)*, Parere consultivo, I.C.J. Reports 1971, par. 53.

⁷¹ La lettura più immediata è quella che vede nelle numerose convenzioni citate delle «relevant rules of international law applicable in the relations between the parties» ex art. 31(3)(c) della Convenzione di Vienna del 1969: v. Kelly, *The Seduction* cit., p. 470 (l'autore cita, a supporto, l'opinione di G. Marceau, *A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against «Clinical Isolation» in WTO Dispute Settlement*, in «Journal of World Trade», XXXIII, 1999). L'ipotesi è presa in considerazione anche da Pauwelyn, il quale però non si sente – a causa del silenzio del giudice del commercio in proposito – di avallarla a scapito dell'idea che il ricorso a strumenti esterni avvenga invece in virtù dell'art. 31(1) della Convenzione, e cioè sulla base del semplice significato ordinario delle parole: v. Pauwelyn, *Conflict of Norms* cit., p. 285.

diventa quindi suscettibile di attrarre nella sua orbita tutto ciò che può contribuire a rendere chiaro il significato di quel concetto, compresi tutti gli atti rilevanti di diritto internazionale. Si tratta di un passaggio obbligato, perché le convenzioni cui si ricorre per gettare luce sull'ampia nozione di sostenibilità diventano «visibili» solo grazie allo strumento che la chiama in causa. È dunque la base giuridica di quel preambolo che deve essere individuata.

Scorrendo le possibilità offerte dalla Convenzione sul diritto dei trattati solo tre sembrano le possibili alternative. La prima soluzione consiste nel vedere nel preambolo il contesto dell'art. XX, un contesto nel quale è possibile rinvenire l'espressione dello scopo e dell'oggetto di quella disposizione: siamo evidentemente nell'ambito dell'art. 31(1). Va aggiunto che questa ipotesi richiede che il GATT 1994 sia considerato come un accordo del tutto nuovo rispetto al suo predecessore del 1947, dal momento che il contesto dev'essere stipulato... contestualmente al patto cui si riferisce, e non dopo. Le altre due strade giuridiche sono quelle rese praticabili dalle prime due lettere dell'art. 31(3), riguardanti gli accordi successivi conclusi in relazione al trattato in esame e la prassi successiva anch'essa legata al trattato. La mia tesi è che, nonostante le tre opzioni siano ugualmente plausibili e formalmente corrette, l'ultima tra loro apra gli scenari più interessanti in merito a ciò che qui interessa, e cioè la rilevazione dell'intenzione delle parti di far progredire il significato delle norme che le vincolano. Interpretare il preambolo come elemento di una prassi successiva all'entrata in vigore del trattato e dato rappresentativo della comune volontà delle parti sul senso da attribuire al testo ci ricorda come il proposito di far evolvere il significato di termini generici non deve per forza essere legato a elementi sostanzialmente statici come il carattere permanente di un patto (ciò che suggerisce il caso *Audiovisual Services*) o il suo contesto originario (ciò che discenderebbe dalla scelta dell'art. 31(1) come base giuridica), ma può benissimo darsi attraverso il comportamento che gli Stati parti adottano in seguito alla stipula del trattato. La preferenza, poi, per l'art. 31(3)(b) (sulla prassi successiva) rispetto all'art. 31(3)(a) (sugli accordi successivi) è conseguenza della maggiore flessibilità del primo. Si immagini per esempio che tutti gli Stati membri dell'Organizzazione mondiale del commercio negozino oggi un trattato in materia di protezione ambientale, impegnandosi in maniera esplicita, con esso, a promuovere lo sviluppo sostenibile in tutte le sedi e i fori a livello internazionale. Tale ipotetica convenzione non rilevarebbe ai fini dell'art. 31(3)(a), in quanto sarebbe assai arduo – per non dire impossibile – farla passare per un accordo stipulato in relazione al patto istitutivo dell'OMC. Resterebbe invece percorribile la via dell'art. 31(3)(b), dato che la presa di posizione compiuta tramite il patto a tutela dell'ambiente si configurerebbe di fatto come un impegno ad adottare pratiche commerciali compatibili con il

principio della sostenibilità (cioè non mancherebbe il necessario legame tra prassi e trattato al cui ambito essa è riconducibile)⁷².

Mi sento in dovere di ribadire che quella appena illustrata è solamente una mia personale lettura delle motivazioni che hanno guidato l'Organo d'appello nella stesura della sua coraggiosa pronuncia: una «razionalizzazione», quindi, non necessariamente aderente al pensiero dei giudici o coerente con il più ampio quadro giurisprudenziale dell'Organizzazione. Anche qualora lo fosse, poi, rimane da vedere in che modo la prassi successiva dei membri dell'OMC è stata definita dagli organi giudiziari di quest'ultima. Passerò ora in rassegna alcuni di questi temi.

4.1. Prassi successiva e modifica dei trattati

Un indizio che dovrebbe farci capire come l'audacia dimostrata dal giudice del commercio nel caso *US-Shrimp* potrebbe essere considerata piuttosto come l'esito – indubbiamente poco convenzionale – di un'argomentazione in sé per nulla rivoluzionaria ci si presenta nel momento in cui proviamo a riepilogare la pronuncia di *China-Audiovisual Services* in questi termini: l'Organo d'appello ha dapprima riempito molte pagine per dimostrare che un'interpretazione strettamente originalista del testo avrebbe potuto sorreggere le pretese degli Stati Uniti, e poi ha fatto ricorso all'argomento evolutivo per dimostrare che, in ogni caso, quelle richieste avrebbero potuto essere soddisfatte in considerazione di due elementi «costitutivi» (nel senso di contemporanei) dell'accordo: la sua natura permanente e la presenza, in esso, di parole generiche. Alla luce di questo caso successivo, dunque, il precedente giurisprudenziale di *US-Shrimp* si configurerebbe forse meglio come esempio di utilizzo del contesto in via interpretativa (sia che con «contesto» si identifichi il più volte citato preambolo, sia che a esso siano ricondotte le convenzioni sulla tutela delle risorse naturali). Insomma, si è tentati di dire che le decisioni dei giudici, qualora siano reticenti sulle basi giuridiche su cui poggiano, devono essere lette come improntate alla prudenza interpretativa: il ricorso all'art. 31(3)(b) dovrebbe in altre parole essere escluso poiché foriero

⁷² Qualcuno potrebbe spingersi oltre e sostenere che la presunzione di conformità tra i differenti obblighi di uno Stato rende inutile l'assunzione di un impegno esplicitamente «ubiquo», cioè valido in ogni spazio del diritto internazionale. Se un Paese si vincola a un dato comportamento per via pattizia – è questo il ragionamento – bisogna presumere che esso sia consapevole che tale atto avrà ripercussioni su tutti i suoi precedenti impegni. È superfluo sottolineare come questo amplierebbe a dismisura la possibilità di ricorrere all'art. 31(3)(b) in funzione evolutiva. Il tema è comunque altamente teorico, e non è mia intenzione discuterlo in questo capitolo.

– in potenza – di modifiche al patto, attraverso l’inclusione di prassi che poco o nulla hanno a che fare con l’originaria volontà delle parti. Non c’è quasi bisogno di ricordare che quell’articolo non può – o almeno, non potrebbe, secondo l’originaria intenzione degli estensori della Convenzione di Vienna⁷³ – fungere da ingresso per materiale estraneo all’intenzione dei negoziatori: la prassi successiva deve essere un supporto all’interpretazione di un testo «chiuso». Ciononostante, la cautela dimostrata dagli organi giudiziari è comprensibile, dal momento che c’è chi ritiene che la prassi successiva sia effettivamente in grado di apportare modifiche a un trattato. Alexander Feldman, l’autore dell’articolo che, a oggi, ripercorre con maggior dettaglio la storia dell’art. 31(3)(b) nel contesto dell’OMC, ha infatti asserito che l’interpretazione «through subsequent practice of the parties arguably may have the effect of modifying a treaty outside of formal procedures laid down in the VCLT or special procedures within the treaty»⁷⁴. Stante il dubbio nella teoria, è bene andare a vedere cosa è stato detto in pratica.

Anche questa volta prendo le mosse da un’affermazione degli Stati Uniti, pronunciata però in un caso che li vede come parte terza interveniente. In *Guatemala-Cement II* il governo statunitense si fa avanti per rammentare al Panel il contenuto di un rapporto precedentemente emesso nell’ambito del GATT 1947, al fine di dimostrare che la prassi successiva non può, al pari di acquiescenza ed *estoppel*, essere fonte di un mutamento dei diritti e dei doveri negoziati:

The 1993 *Bananas I* panel report [...] also rejected an EC argument that subsequent practice with respect to the banana import regimes at issue had modified GATT rights and obligations or resulted in the complaining parties being estopped from raising such rights⁷⁵.

Nel caso citato dal rappresentante degli Stati Uniti il Panel aveva escluso che – come sosteneva la Comunità europea – la notorietà dei fatti in oggetto e la tolleranza nei loro

⁷³ Nell’ambito del sistema dell’OMC ciò è stato rammentato dalla Nuova Zelanda, che davanti al Panel del caso *United States – Safeguard measures on import of fresh, chilled or frozen lamb meat from New Zealand and Australia (US-Lamb Safeguards)* ha sostenuto che «the further discussion of the ILC [...] pointed to the use of subsequent practice to resolve ambiguities or to confirm a meaning» (par. 8.17).

⁷⁴ A.M. Feldman, *Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analyzing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement*, in «Journal of International Law and Politics», XLI, 2009, p. 665.

⁷⁵ Panel report, *Guatemala – Definitive Anti-Dumping Measures on Grey Portland Cement from Mexico (Guatemala-Cement II)*, par. 5.147.

confronti dimostrata per un lungo periodo di tempo dalle parti coinvolte (e in particolar modo da quelle maggiormente interessate al fenomeno) potessero fungere da base per un cambiamento dei diritti iscritti nell'Accordo. È interessante notare che, nel confermare il precedente di *Bananas I* avallando la tesi degli Stati Uniti, il Panel ha citato solo due dei tre fondamenti giuridici da questi avanzati come potenziali (ma erronee) giustificazioni per il mancato riconoscimento del diritto del Messico a una tempestiva notifica: dalla terna composta da prassi successiva, acquiescenza ed *estoppel* viene espunto il primo elemento⁷⁶. Bisogna forse dedurre che i giudici, sette anni dopo *Bananas I*, hanno cambiato idea riguardo al potere della prassi di mutare il trattato di cui sono custodi? Mi pare che queste conclusioni siano poco plausibili. Piuttosto, è più probabile che essi abbiano ritenuto, senza esplicitarlo, che il precedente riguardante il valore della prassi successiva non potesse essere preso in seria considerazione, essendo molto diverse le circostanze fattuali: nel primo caso, si era in presenza di un comportamento (omissivo) esteso a un gran numero di soggetti, nel secondo, invece, ciò che veniva in rilievo era l'atteggiamento di un singolo Stato parte. Difficile parlare di prassi successiva date queste premesse, e di certo non lo farebbe nemmeno Feldman, il quale infatti ritiene che tale prassi possa essere modificativa soltanto se espressione di una interpretazione autentica, e cioè assimilabile alla volontà di tutti i membri dell'OMC.

Quest'ultima osservazione ci permette di delineare le possibilità in campo in merito agli effetti che potrebbero scaturire dalla messa in atto di una prassi successiva, e alla dinamica di questa. La prima ipotesi è che le parti dell'Accordo di Marrakech non possano, *tout court*, modificare il patto, nemmeno invocando la maggior forza di una consuetudine nata grazie a una prassi e un'*opinio juris* successive. Essendo difficile distinguere tra prassi successiva «semplice» – ex art. 31(3)(b) – e prassi «consuetudinaria» - congiunta cioè al solito convincimento della doverosità di un certo comportamento – il giudice del commercio potrebbe decidere di assimilare i due fenomeni, appiattendo il secondo sul primo e negando che qualsivoglia atteggiamento possa influire sulla natura degli obblighi: il trattato è immutabile se non con gli strumenti previsti dallo stesso, e ogni interpretazione che si ponga oggettivamente in contrasto col significato del suo testo è da rigettare. Si tratta, come è facile comprendere, di una lettura formalista e costituzionale dell'accordo istitutivo dell'OMC⁷⁷. La seconda opzione è quella prevista da Feldman, secondo il quale, come si è detto, la volontà

⁷⁶ Ivi, par. 8.24.

⁷⁷ Questa posizione non avrebbe invece nulla a che vedere con quella, apparentemente simile, espressa da Gradoni in '*Regime failure*' cit. Se lì la persistente refrattarietà alla *lex generalis* si motiva in base a considerazioni pragmatiche, qui la sospensione delle consuete regole sulla successione tra norme ha carattere dogmatico.

congiunta di tutti i membri dell'Organizzazione – manifestata per mezzo di una miscela di prassi successiva ed, eventualmente, acquiescenza – può portare alla modifica del contenuto delle norme del sistema. Vi è poi una terza ipotesi, che si differenzia dalla seconda in quanto la mera prassi non può essere usata come un grimaldello per scardinare le regole divenute sgradite, e dalla prima poiché l'interpretazione rispettosa della lettera del testo (cioè l'interpretazione autentica) non deve necessariamente passare attraverso i canali formali messi a disposizione dal patto, ma può anche, più semplicemente, esprimersi grazie al comportamento delle parti. Unico *caveat*, le soglie numeriche che l'accordo impone ai fini dell'interpretazione autentica devono essere rispettate. Di queste possibili soluzioni, qual è quella che descrive il sistema dell'OMC?

4.2. Prassi successiva e ruolo delle istituzioni

A questa domanda è possibile rispondere solamente con una supposizione. Se l'ipotesi di Feldman è l'unica che la giurisprudenza degli organi giudiziari dell'Organizzazione sembra scartare con sicurezza, le due rimanenti sono – credo – ugualmente verosimili. Ma la congettura che avanzo non solo permette di soddisfare le esigenze di flessibilità di un sistema giuridico complesso come quello dell'OMC. Essa pare anche la soluzione più razionale del problema, e seppure in contrasto con una nota pronuncia dell'Organo d'appello, consente di dar senso ad altre considerazioni espresse dai suoi membri. Mi riferisco in particolare alle parole proferite dallo stesso Organo in una recente sentenza, anch'essa riguardante il commercio di banane. Nel caso *EC-Bananas, Article 21.5 II*, del 2008, il giudice di seconda istanza ha infatti detto di credere che:

a multilateral interpretation pursuant to Article IX:2 of the WTO Agreement can be likened to a subsequent agreement regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions pursuant to Article 31(3)(a) of the Vienna Convention, as far as the interpretation of the WTO agreements is concerned⁷⁸,

⁷⁸ Appellate Body report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. Second Recourse of Article 21.5 of the DSU by Ecuador (EC-Bananas, Article 21.5 II)*, par. 383.

ricordando allo stesso tempo che l'art. IX:2 «emphasizes that such interpretations 'shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X'»⁷⁹. Ora, quest'ultima annotazione pare giustificare, almeno *prima facie*, l'esclusione dell'ipotesi di Feldman. Ciò che preme sottolineare, però, è il possibile significato della prima delle due citazioni, quella in cui si fa riferimento all'art. 31(3)(a). In effetti, sono convinto che quanto detto dall'Organo d'appello a proposito dell'articolo sugli accordi successivi potrebbe essere correttamente ripetuto anche per quanto riguarda la prassi successiva. In fin dei conti, tanto il 31(3)(a) quanto il 31(3)(b) si rivolgono al medesimo fine, che è quello di coadiuvare l'interprete nell'identificazione del giusto significato di una disposizione. Se l'interpretazione autentica *ex art. IX:2* dell'Accordo dell'OMC assomiglia a quella cui si giunge andando in cerca degli accordi successivi, non vedo davvero perché questa rassomiglianza dovrebbe venire meno nel caso della prassi successiva, che punta nella stessa direzione. E aggiungo che, stante questo accostamento tra art. IX:2 dell'Accordo e art. 31(3)(b) della Convenzione di Vienna, pare logico pensare che se il primo necessita dell'approvazione dei tre quarti dei membri dell'Organizzazione – con l'eventualità, quindi, che il restante quarto dissenta – al fine di adottare un'interpretazione valida e vincolante per tutti, lo stesso obiettivo potrà essere raggiunto aggregando la prassi successiva di una percentuale identica della *membership*.

Questo modo di vedere le cose, che avalla la terza delle opzioni sopra delineate, ha lo svantaggio di confliggere con un'altra, celebre, pronuncia dell'Organo d'appello, in cui questo rintraccia nella letteratura internazionalistica una definizione di prassi successiva destinata a diventare linguaggio comune nelle successive sentenze degli organi giudicanti. Nel caso *Japan-Alcohol* si afferma infatti che il comportamento successivo delle parti deve essere riconosciuto come una sequenza «concordant, common and consistent» di atti e dichiarazioni, capace perciò di stabilire uno schema implicante l'accordo degli Stati⁸⁰. E chi si sentisse di sostenere che il raggiungimento della soglia dei tre quarti dei membri possa soddisfare la necessità di avere una serie di azioni concordi, comuni e coerenti, dovrebbe trovare gli argomenti per sostenere una tesi opposta a quella espressa dal Panel del caso *US-Zeroing*: il quale ha visto nell'espressa resistenza di una parte terza al comportamento messo in atto dalla Comunità europea e da altri 76 membri dell'OMC un motivo per disconoscere l'esistenza di un accordo tra le parti: «we conclude that even if the documentation provided by the European Communities were relevant as evidence of 'practice' within the meaning of Article

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Appellate Body report, *Japan-Alcohol*, pp. 12-13.

31(3)(b) of the Vienna Convention, that practice is not a practice ‘which establishes the agreement between the parties regarding the interpretation’ of Article 2.4.2»⁸¹.

Tuttavia, mi pare davvero poco sensato affermare che la manifestazione, da parte di anche un solo Stato, di una convinta contrarietà a un atteggiamento condiviso da una larga maggioranza nei confronti di una norma sia, in sé, sufficiente a privare questa prassi del valore di accordo. Vale l’analogia con il processo di formazione del diritto consuetudinario: è ormai dato per acquisito che il comportamento difforme di un piccolo numero di Stati non è in grado di impedire a lungo la creazione di una consuetudine supportata dall’agire conforme dell’ampia maggioranza. Replicare che il sistema dell’Organizzazione mondiale del commercio può aver derogato a questo principio, poi, non è convincente, dal momento che se deroga vi è stata, la sua direzione è quella della facilitazione del processo decisionale. Mentre a livello generale, infatti, vige il postulato secondo cui l’interpretazione di uno strumento giuridico deve raccogliere l’assenso di tutte le parti coinvolte, il fatto che l’art. IX:2 imponga una soglia ben inferiore testimonia della volontà dei negoziatori di non permettere che minoranze di «obiettori persistenti» sbarrino la strada all’assunzione di decisioni in materia interpretativa.

Ma non è tutto, perché i giudici di *Japan-Alcohol* si spingono oltre e, nel negare che l’adozione del rapporto di un Panel possa essere considerata come l’espressione di una prassi successiva, aggiungono che «[t]he fact that such an «exclusive authority» in interpreting the treaty [cioè quella discendente dall’art. IX:2 dell’Accordo istitutivo dell’OMC] has been established so specifically in the WTO Agreement is reason enough to conclude that such authority does not exist by implication or by inadvertence elsewhere»⁸². Il potere di interpretazione autentica, dunque, è per il giudice d’appello una facoltà esclusiva degli organi a ciò preposti dall’Accordo di Marrakech, ovvero la Conferenza ministeriale e il Consiglio generale. Naturalmente, ciò che la lettera dell’art. IX:2 attribuisce esclusivamente a Conferenza e Consiglio è la possibilità di far valere *erga omnes*, e in via di principio, l’atto interpretativo cui si è giunti nel rispetto delle procedure previste dall’articolo stesso. Ciò, del resto, è chiarito in una successiva pronuncia dal medesimo Organo, che nel citare le parole di *Japan-Alcohol* così ne riassume il significato:

we are mindful that the Appellate Body [...] cautioned that relying on ‘subsequent practice’ for purposes of interpretation must not lead to interference with the ‘exclusive

⁸¹ Panel report, *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins («Zeroing»)* (US-Zeroing), par. 7.218.

⁸² Appellate Body report, *Japan-Alcohol*, p. 13.

authority' of the Ministerial Conference and the General Council to adopt interpretations of WTO agreements that are binding on all Members⁸³.

Di conseguenza, il «dominio riservato» della Conferenza e del Consiglio può essere interpretato così: nel senso che laddove gli organi politici individuati dall'art. IX:2 si sono pronunciati adottando un'interpretazione autentica, gli organi giudicanti devono fare un passo indietro e astenersi dal prendere decisioni in contrasto con quell'atto. In altre parole, una gerarchia che vede l'interpretazione ufficiale *ex art. IX:2* prevalere su quella di Panel e Organo d'appello, anche qualora la seconda sia basata su elementi successivi all'atto d'interpretazione autentica. Per questo motivo, il divieto d'interferenza cui si riferiscono i giudici del commercio non può essere interpretato come un divieto d'azione, ma al massimo come una limitazione del campo di questa. L'interprete potrà operare liberamente in tutti quei casi – a ben vedere, la quasi totalità – in cui non è disponibile un'interpretazione ufficiale. In base a queste semplici considerazioni mi sento di inferire in maggior dettaglio l'ipotetico funzionamento dell'art. 31(3)(b) nel quadro dell'attività giudiziale di Panel e Organo d'appello. A mio avviso è infatti possibile sostenere che, in assenza di interpretazione autentica validata dagli organi politici, la prassi successiva necessaria per risolvere un caso portato dinnanzi al giudice possa anche essere imputabile a un numero di membri inferiore ai tre quarti, posto che non ci sia chi si oppone (vocalmente o fattualmente). In questo modo, assisteremmo a un riallineamento al diritto internazionale generale, che non pone soglie fisse per il rinvenimento di un accordo: una prassi di un certo peso e accolta nell'indifferenza di chi non ne è autore si presta – in linea di massima – a dimostrare l'esistenza di volontà convergenti. La soglia percentuale tornerebbe invece pienamente operativa nel caso in cui la Conferenza o il Consiglio si fossero espressi su un'interpretazione autentica: in simili circostanze solo l'aggregazione della prassi dei tre quarti degli Stati parti permetterebbe – questa volta, però, anche in presenza di aperto dissenso – di ignorare l'atto ufficiale adottato *ex art. IX:2*. L'ipotesi che ho qui formulato ha lo svantaggio di essere in apparente conflitto con una pronuncia dell'Organo d'appello. Ciò fornisce lo spunto per una breve disamina della questione.

⁸³ Appellate Body report, *EC-Chicken Classification*, par. 273.

4.2.1. Prassi successiva e silenzio

In *Chile-Price Band System* il giudice d'appello afferma che il fatto che nessuno Stato parte abbia preteso la conversione delle misure adottate da un altro membro in dazi doganali ordinari non comporta per tali misure l'immunità dal sindacato degli organi giudiziari⁸⁴. Questo, secondo i commentatori della sentenza, ha sancito l'impossibilità di considerare il silenzio nei confronti di un determinato comportamento come espressione di prassi successiva (in quanto convalida di quel comportamento). Se ciò è vero, la mia teoria sulla possibilità di prendere decisioni basate sull'art. 31(3)(b) implicanti l'azione di meno dei tre quarti della *membership* appare a prima vista compromessa: non si può infatti ricorrere al silenzio di chi non partecipa alla prassi successiva per corroborare quest'ultima. Le cose però non stanno così. Nella mia tesi, non si tratta di raggiungere virtualmente la soglia del 75 per cento dei membri: i fautori della prassi possono realmente essere in numero inferiore senza che questo ne infici la validità. L'interpretazione per prassi successiva *ex art. 31(3)(b)* della Convenzione di Vienna e l'interpretazione autentica *ex art. IX:2* dell'Accordo di Marrakesh operano infatti con fini differenti. Se la prima dà alle norme un senso limitato al caso concreto in esame, la seconda impone un significato che può essere opposto in qualunque occasione contro qualunque Stato parte; la prima cede cioè nel momento in cui viene in essere la seconda. Si giustifica così pienamente l'esistenza di vincoli più stretti all'adozione di un'interpretazione autentica, e cioè il (potenziale) coinvolgimento di un maggior numero di membri e il rispetto di procedure tese a garantire la pubblicità del processo decisionale.

A questo punto emerge un problema strettamente collegato all'interpretazione del silenzio. E lo si può illustrare partendo da questa domanda: il voto espresso dagli Stati in seno all'Organo per la risoluzione delle controversie – quello cui spetta la facoltà di adottare o respingere i rapporti dei Panel e dell'Organo d'appello – può contare come prassi ai fini dell'art. 31(3)(b)? Come detto più sopra, seppure *en passant*, nel caso *Japan-Alcohol* è stata rigettata l'ipotesi che l'adozione del rapporto di un Panel (ma non c'è dubbio che il discorso valga anche per l'Organo d'appello) possa fungere da elemento di prassi successiva. Va da sé però che l'accettazione di queste conclusioni comporta un circolo vizioso: se ciò che è statuito da uno degli organi giudiziari del sistema non può fungere da precedente, perché pensare che una decisione in tal senso sia d'ostacolo all'asserzione di una tesi contraria? Infatti, questo non significherebbe altro che darle valore di precedente. Cosa che, del resto, i giudici dell'OMC

⁸⁴ Appellate Body report, *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products (Chile-Price Band System)*, par. 212.

hanno sempre teso a fare, ed estesamente anche: lo dimostra un attento studio del loro comportamento, che rivela come nell'Organizzazione viga uno *stare decisis* di fatto⁸⁵. Ciò dipende, come ben si capisce, dall'esigenza propria di ogni sistema giuridico di garantire almeno un livello minimo di uniformità giudiziale, impedendo che la giurisprudenza sia ribaltata di frequente e senza fondati motivi. A questo motivo di stampo pragmatico fa da supporto una considerazione teorica: il rinvenimento di tracce di prassi successiva nei rapporti adottati dal DSB fa sì che l'interpretazione ivi contenuta acquisti importanza anche in assenza di un sistema che riconosca il valore di precedente alle decisioni di Panel e Organo d'appello. Appunto per questo, però, bisogna fare attenzione all'errore che spinge Isabelle Van Damme a dire:

Leaving aside the political imprimatur needed to adopt panel and Appellate Body decisions, the propositions that decisions of international courts and tribunals can qualify as subsequent practice does not sit comfortably. The underlying reasoning is self-referential because it accepts that a court or tribunal uses subsequent practice generated by its own decisions to interpret another treaty provision or confirm its own interpretations⁸⁶.

L'«imprimatur politico» non può essere accantonato, perché è proprio quello che, a mio avviso, costituisce la prassi successiva! In linea di principio, non è l'emissione del rapporto che dà vita a una prassi *ex art.* 31(3)(b), ma i singoli voti espressi all'interno dell'Organo per la risoluzione delle controversie. È questo il punto di congiunzione con la questione dell'interpretazione del silenzio. In un'assemblea in cui la decisione in merito all'adozione di un rapporto è presa tramite il *consensus* negativo (quindi, grazie a un meccanismo per il quale l'approvazione necessita di un solo voto), viene spontaneo chiedersi quale valore può essere attribuito all'astensione di una larga maggioranza. Credo che la risposta non possa che essere: nessun valore. Il voto favorevole del solo beneficiario del rapporto, avvolto nell'indifferenza di tutti gli altri, non può coagulare attorno al documento la prassi successiva necessaria a far

⁸⁵ Si veda la «trilogia» di R. Bhala, *The Myth About 'Stare Decisis' and International Trade Law (Part One of a Trilogy)*, in «American University Trade Law Review», XIV, 1999 (ove l'autore rimarca, come anch'io faccio, la circolarità del ragionamento dell'Organo d'appello: p. 878); Id., *The Precedent Setters: 'De Facto' 'Stare Decisis' in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy)*, in «Journal of Transnational Law and Policy», IX, 1999; Id., *The Power of the Past: Towards 'De Jure' 'Stare Decisis' in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)*, in «George Washington International Law Review», XXXIII, 2001.

⁸⁶ Van Damme, *Treaty Interpretation* cit., p. 340.

valere il suo contenuto in futuri casi presentati ai giudici del commercio⁸⁷. Tuttavia, mi preme sottolineare che questa conclusione è legata a un fattore del tutto contingente, qual è l'atteggiamento dei membri nei confronti della procedura di voto vigente in seno al DSB. Qualora dovesse prendere piede uno «spirito» diverso da quello attuale, e i rappresentanti degli Stati presso l'Organo iniziassero a votare esplicitamente a favore o contro l'adozione di un rapporto (anziché astenersi nella convinzione dell'irrilevanza del proprio intervento), diventerebbe possibile attribuire al voto un peso nel calcolo della prassi successiva. In tal modo, il raggiungimento del sostegno dei tre quarti dell'assemblea addirittura permetterebbe a un rapporto di fregiarsi della qualifica di interpretazione autentica.

4.3. Prassi successiva e comunità rilevante

Si è visto finora un tentativo di risolvere il problema della quantità di membri indispensabili al fine di attivare l'art. 31(3)(b) della Convenzione di Vienna. Interessante è però anche il tema della «qualità» di quei membri. Capita talvolta, infatti, che la disposizione da interpretare sia rilevante solo per una cerchia ristretta di Stati parti, e che dunque solo un sottoinsieme dell'intera *membership* sia suscettibile di essere coinvolto nella messa in atto di una certa prassi. In un caso di questo tipo, utilizzare come parametro tutta la comunità dell'Organizzazione mondiale del commercio può essere facilmente percepito come ingiusto. Ma è lecito restringere il campo d'analisi e prendere in considerazione solamente gli Stati portatori di interessi? La risposta non è facile, perché i giudici dell'OMC si sono espressi in merito (a mia conoscenza) solo una volta – e in maniera per nulla risolutiva – ed è di conseguenza necessario sposare un approccio induttivo. Partiamo dunque dalla sentenza di cui ho fatto cenno. In *Canada-Patent* gli Stati Uniti, dopo aver letto il rapporto provvisorio (*interim report*) fatto circolare tra le parti in causa, chiedono al Panel di rettificare il contenuto di una nota in cui i giudici sostenevano che le misure adottate da sei membri dell'Organizzazione non potevano configurarsi come prassi successiva. Quei sei Paesi – affermano gli Stati Uniti – sono la quasi totalità di quelli (sette, l'unica eccezione essendo lo Stato convenuto in giudizio) la cui legislazione non era conforme ai dettami dell'Accordo TRIPS al momento della sua stipula: quindi, la prassi dei membri è praticamente unanime. In una replica che sembra vagamente imbarazzata, il Panel cerca di accomodare così la faccenda:

⁸⁷ La solita limitazione si applica: la prassi successiva orienta i casi futuri fino al momento in cui gli organi politici non provvedono a dare un'interpretazione autentica.

We wish first to emphasize that we did not make a finding that there is no «subsequent practice». Rather, we stated in footnote 48 that there is insufficient evidence before us to make a determination as to whether there is a «concordant, common and consistent» sequence of acts to sufficiently establish a «discernable pattern implying the agreement of the parties» in respect of making available a term of protection as required by Article 33 of the *TRIPS Agreement* on the basis of the practice of only six Members. However, upon further consideration of this matter, we do not consider it necessary to make a finding as to whether there is «subsequent practice» to determine the requirement under Article 33 of the *TRIPS Agreement*⁸⁸.

I giudici preferiscono evitare di esprimersi in proposito. Tuttavia, l'accoglimento della richiesta statunitense fa pensare che l'idea di un diverso peso della prassi a seconda del suo autore non sia affatto implausibile. E l'ipotesi si avvalora in considerazione di un altro indizio rintracciabile nella giurisprudenza dell'OMC. Nel caso *EC-Computers* l'Organo d'appello si trova a commentare l'operato del Panel che l'ha preceduto, il quale aveva attribuito un certo rilievo al fatto che Irlanda e Regno Unito fossero i due mercati più vasti per la strumentazione LAN di provenienza statunitense. Nel respingere questa osservazione il giudice d'appello sostiene che la Comunità europea, in quanto unione doganale, non può presentare il proprio mercato come somma di entità distinte⁸⁹. Si è dunque presi dal sospetto che, non si fosse trattato della Comunità, la posizione commerciale dei membri dell'OMC avrebbe potuto essere tenuta in debito conto come criterio per la valutazione della prassi successiva.

Quelle appena esposte sono mere inferenze; e tuttavia, non credo che si tratti di supposizioni infondate. In fin dei conti, l'Organizzazione mondiale del commercio ha più volte dato voce alle esigenze di una giustizia non solo procedurale, bensì sostanziale. Nel caso *EC-Tariff Preferences*, per esempio, l'Organo d'appello ha asserito la necessità di interpretare la *enabling clause* (la norma che garantisce un trattamento speciale ai Paesi in via di sviluppo) ricordando che i bisogni degli Stati del Terzo mondo non sono ovunque identici: leggere la disposizione, cioè, in modi che «entail treating different developing-country beneficiaries differently»⁹⁰. Parole molto simili a quelle pronunciate sempre dall'Organo nel più volte citato caso *US-Shrimp*, laddove i giudici censurano il comportamento degli Stati Uniti

⁸⁸ Panel report, *Canada – Term of Patent Protection (Canada-Patent)*, par. 5.5.

⁸⁹ Appellate Body report, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment (EC-Computers)*, par. 96.

⁹⁰ Appellate Body report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries (EC-Tariff Preferences)*, par. 162.

tacciandoli di adottare misure che non fanno distinzioni tra le diverse condizioni degli Stati colpiti:

We believe that discrimination results not only when countries in which the same conditions prevail are differently treated, but also when the application of the measure at issue does not allow for any inquiry into the appropriateness of the regulatory program for the conditions prevailing in those exporting countries⁹¹.

Detto altrimenti, trattare gli uguali in modo uguale e, anche, i diversi in modo diverso. Ma rinvenire una prassi successiva che attesti l'esistenza di un accordo coinvolgendo anche quegli Stati che, per la situazione in cui di fatto si trovano, sono del tutto estranei alla disposizione considerata non significa forse trattare i diversi in modo uguale? Se in ciò c'è del vero, è opportuno che gli organi giudiziali dell'organizzazione valutino attentamente la questione, per non calpestare i principi che essi stessi hanno espresso.

5. Conclusioni

È difficile fare un bilancio complessivo del modo in cui l'Organizzazione mondiale del commercio usa l'interpretazione evolutiva. Ciò innanzitutto per la scarsità del materiale: sono infatti solo un paio le sentenze che affrontano direttamente la questione. E anche se le conclusioni teoriche cui si è pervenuti nel primo capitolo si sono fondate su una casistica non molto più ampia, l'adesione dell'Organo d'appello a criteri interpretativi nati altrove – dove verosimilmente sono presenti esigenze differenti – e a mio avviso per nulla soddisfacenti (mi riferisco all'automatico mutamento di significato dei termini «by definition evolutionary») non rende particolarmente pregnanti le pronunce dei giudici dell'OMC. Tutto ciò è reso ancor più complicato dall'ambigua natura dell'Organizzazione, il cui carattere costituzionale è stato più volte affermato ma mai precisamente chiarito, né dalla dottrina né, tantomeno, dalla giurisprudenza degli organi competenti.

Di primo acchito la tentazione è quella di affermare che l'OMC ha una «costituzione rigida» nel senso che le sue norme non possono essere modificate se non secondo le modalità previste dalla costituzione stessa: tra questi modi non compaiono le decisioni prese dall'Organo per la risoluzione delle controversie. Nulla di strano, verrebbe da dire, dal momento che l'art. 3.2

⁹¹ Appellate Body report, *US-Shrimp*, par. 165.

del DSU non fa altro che stabilire l'impossibilità di emendare le regole del sistema in via interpretativa. Tuttavia, si è visto che l'idea stessa di mutamento delle regole è problematica, e i testi giuridici su cui si basa il sistema contribuiscono a ingenerare confusione con la loro distinzione tra emendamenti implicanti oppure no una modifica dei diritti e doveri delle parti. E dunque, se il divieto imposto dall'art. 3.2 mira a impedire che l'equilibrio tra questi diritti e doveri sia compromesso, ne consegue che le interpretazioni che lo rispettano sono da considerarsi autorizzate. Il regime dell'OMC è forse più aperto di quanto possa a prima vista sembrare, e i suoi confini devono essere tracciati lungo quelli che definiscono, appunto, i diritti e gli obblighi degli Stati parti. L'espressione è talmente vaga che è impossibile – in assenza di un'esplicita presa di posizione da parte degli organi giudicanti o dei membri dell'Organizzazione – risolvere la questione, perlomeno senza stabilire *a priori* ciò che dovrebbe essere l'esito dell'indagine. L'individuazione di diritti e doveri degli Stati richiede infatti una precomprensione di tali diritti e doveri, giacché questi corrispondono ad azioni legittime capaci, virtualmente, di influire sul significato delle norme.

Il problema è lo stesso circolo vizioso di cui si è detto a proposito della costituzione dell'OMC, nel momento in cui ci si è chiesto se si deve interpretare il comportamento delle parti per verificare se lo strumento che ci si trova davanti è costituzionale (e il modo in cui lo è), oppure se è lecito partire dall'idea di costituzione per giudicare – cioè, per «interpretare» – gli atti degli Stati come legittimi oppure no. Questo discorso si ripercuote direttamente sulla nozione di prassi successiva così come intesa dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, e cioè sull'ammissibilità dei comportamenti statali a fini interpretativi. I paragrafi che ho speso a tal riguardo si sono fondati su pronunce che hanno mero valore indiziale, dal momento che panel e Organo d'appello hanno lasciato in ombra molti aspetti meritevoli di attenzione. Sarà di certo interessante vedere come i giudici dell'Organizzazione mondiale del commercio faranno interagire la prassi successiva delle parti con le regole del sistema, e fino a che punto queste faranno da muro alle innovazioni portate dal tempo.

La giurisprudenza ha ancora tanto da dire. Non mancano però certe avvisaglie, di cui è comunque difficile capire la reale portata. I casi di interpretazione evolutiva delle norme dell'OMC dimostrano che i giudici sono disposti a far prevalere, in certe circostanze, valori e interessi estranei al fascio di diritti e obblighi degli Stati, o almeno – il che è lo stesso da un punto di vista fattuale – a integrarli in essi. Per il momento tali interessi (lo sviluppo sostenibile) hanno trovato un chiaro appiglio nel testo dei trattati: si vedrà in futuro se quest'approccio sarà confermato o magari addirittura potenziato, con l'apertura del sistema a

diritti e doveri di natura non commerciale e non riconducibili alle eccezioni previste dall'art. XX.

Capitolo III

L'interpretazione evolutiva nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

1. Introduzione

A partire dal secondo dopoguerra il settore dei diritti umani è progressivamente diventato uno dei principali campi di studio (e, più in generale, di attività) degli internazionalisti. Dal nucleo di diritti relativamente ridotto costituito dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 è sbocciato un numero sempre maggiore di nuove garanzie, ciò che giustifica pienamente l'idea di vivere in una vera e propria «età dei diritti»¹, il cui tempo è scandito dal succedersi delle loro generazioni². Uno degli aspetti più interessanti di questa proliferazione, e di certo il più interessante da una prospettiva interpretativa, ci si presenta nel momento in cui ci fermiamo a considerarne il motore: basta infatti una ricerca anche solo cursoria negli archivi che tengono traccia dei trattati stipulati dopo la Seconda Guerra Mondiale per scoprire che non sono poi molti i patti negoziati al fine di tutelare la dignità umana. Tra essi si contano alcune importanti convenzioni a carattere tematico elaborate sotto l'egida delle Nazioni Unite (contro il genocidio e la tortura, la discriminazione razziale e di genere, o a tutela dell'infanzia³) o di altre organizzazioni internazionali (come le Convenzioni

¹ Il riferimento è, naturalmente, al celebre libro di N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 2008.

² La suddivisione fa ormai parte della vulgata – un espediente didattico più che una descrizione realistica – sui diritti umani. La tradizionale ripartizione in diritti di prima (libertà negative e positive, partecipazione alla vita pubblica), seconda (diritti afferenti all'ambito economico e sociale) e terza generazione (tra gli altri, diritto all'ambiente, alle risorse e alla cultura) non esaurisce la panoramica, dal momento che oggi c'è anche chi parla di una quarta generazione, analoga ma non identica a quella che la precede (diritti legati a internet e alle biotecnologie).

³ Nell'ordine, Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (1948), Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1984), Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (1965), internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (1979) e Convenzione sui diritti del fanciullo (1989).

dell'Organizzazione internazionale del lavoro a difesa delle popolazioni indigene⁴), due trattati quasi-generalisti e a portata universale stilati, ancora una volta, in seno all'ONU (e cioè il Patto sui diritti civili e politici e quello sui diritti economici, sociali e culturali, entrambi del 1966), e le carte regionali che coprono una buona parte del globo: una per l'Europa, una per le Americhe, un'altra per l'Africa e un'ultima per i paesi arabi⁵. Alcune di queste convenzioni sono poi corredate da protocolli aggiuntivi, che possono contenere disposizioni procedurali facoltative⁶ oppure aumentare il ventaglio dei diritti previsti dagli strumenti cui sono allegati⁷. Lasciando da parte i pochi trattati incentrati su specifiche e ben circoscritte problematiche, tuttavia, è possibile ravvisare una discreta somiglianza quanto al contenuto di queste carte, composte generalmente di un limitato numero di articoli esprimenti principi di carattere più o meno generale. È per questo che la vastissima (e sempre crescente) letteratura in materia appunta la sua attenzione in particolare sulla giurisprudenza degli organi deputati all'interpretazione di questa o quella convenzione sui diritti umani. Questi ultimi, infatti, al pari dei principi rintracciabili in praticamente tutte le costituzioni moderne, sono spesso formulati in termini vaghi e suscettibili di accogliere diverse letture, conservatrici o progressiste.

Dicendo ciò non voglio sottostimare la possibilità di manipolazione (più o meno legittima) insita in ogni atto giuridico. Va da sé che sono molte le disposizioni, di qualsiasi materia, che si prestano a interpretazioni plurime. Il settore dei diritti umani, però, sembra accentuare questa tendenza, sottolineata da un ricorso frequente ed esplicito all'interpretazione evolutiva, e quindi al chiaro riconoscimento dell'esistenza di più letture di uno stesso diritto, ciascuna ugualmente corretta nel contesto di riferimento. Ciò ha sovente indotto non solo gli Stati – cosa piuttosto comprensibile – bensì pure alcuni accademici a biasimare le tecniche interpretative cui i «giudici dei diritti umani» ricorrono nello svolgimento del loro incarico: troppo poco aderenti ai canoni fissati dal diritto internazionale generale, si dice, talvolta

⁴ Convenzione 107 sulle popolazioni indigene e tribali (1957) e Convenzione 169 sui popoli indigeni e tribali (1989).

⁵ Rispettivamente, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), Convenzione americana dai diritti dell'uomo (1969), Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981) e Carta araba dei diritti dell'uomo (2004).

⁶ Un esempio può essere il Primo protocollo opzionale del Patto sui diritti civili e politici, che istituisce un meccanismo di ricorsi individuali azionabile dai cittadini degli Stati ratificanti.

⁷ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede diversi di questi strumenti addizionali, riguardanti temi come la proprietà (Protocollo 1), la pena di morte (Protocolli 6 e 13) e il divieto di discriminazione (Protocollo 12).

reticenti o addirittura confuse, e quindi, in definitiva, poco rispettose della vera intenzione delle parti del trattato⁸. Se ci si vuole porre seriamente il problema del rispetto dei diritti umani, continuano i critici, è inopportuno forzare l'interpretazione in un senso sgradito agli Stati contraenti, perché nelle mani di questi resta, da ultimo, il compito di dar seguito alle indicazioni delle corti. Dall'altra parte vi è chi ritiene questi timori del tutto infondati, e di conseguenza considera l'attivismo giudiziale come un giusto sprone per gli Stati a espandere sempre più la tutela dei diritti. Comunque sia, non di rado sostenitori e detrattori di questo fenomeno assumono posizioni sfumate, corrispondenti a punti di osservazione diversi che tuttavia li portano a conclusioni comparabili⁹. Inoltre – ed è la cosa più importante ai fini di questa introduzione – c'è quasi unanimità nel ritenere quello dei diritti umani un sistema governato da norme interpretative *sui generis*, e cioè più o meno lontane dalle regole riconosciute come valide in ambito universale¹⁰. Questa specialità deriverebbe dalla natura peculiare dei trattati sui diritti umani, che non dovrebbero essere annoverati tra le convenzioni-contratto incentrate sulla volontà delle parti (*traités-contrat*) ma tra quelle «legislative» dotate di una certa autonomia rispetto a essa (*traités-loi*). Nella cornice fin qui delineata, qual è il ruolo che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha voluto ritagliarsi?

Nel corso del presente capitolo cercherò di calare questa domanda nel contesto dell'interpretazione evolutiva e, più nello specifico, in quello che prende in considerazione la prassi successiva degli Stati come propulsore di tale tecnica. Inizierò col descrivere brevemente il modo in cui la Corte europea s'approccia al tema dell'interpretazione, al fine di notare eventuali somiglianze rispetto al comportamento di altri tribunali internazionali. Tratterò poi alcune nozioni elaborate per via giurisprudenziale dalla Corte e da essa utilizzate

⁸ Tra i più recenti contributi che vanno in questa direzione, si veda K. Mechlem, *Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights*, in «Vanderbilt Journal of Transnational Law», 2009, XLII.

⁹ Per esempio, L. Lixinski, *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, in «European Journal of International Law», 2010, XXI, è favorevole a un'interpretazione estensiva della Convenzione interamericana in quanto difficilmente essa, nell'opera di uniformazione del diritto internazionale, porta alla creazione di nuovi diritti, mentre F. Vanneste, *General International Law Before Human Rights Courts. Assessing the Specialty Claims of Human Rights Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2010, è disposto ad accettare la dichiarata specialità dei diritti umani *a patto che* il diritto generale non venga trasformato (in assenza dell'esplicita previsione di una *lex specialis*).

¹⁰ Com'è naturale, c'è anche chi dissente, convinto che l'orientamento interpretativo della Corte sia riconducibile a un'applicazione particolare (cioè nell'ambito dei diritti umani) degli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna: per es., D. Rieteker, *The Principle of «Effectiveness» in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law – No Need for the Concept of Treaty Sui Generis*, in «Nordic Journal of International Law», 2010, LXXIX.

in funzione interpretativa, quali quelle di «concetto autonomo» e, soprattutto, di «margine di apprezzamento». L'obiettivo è quello di mettere in luce in che misura tali nozioni, molto ricorrenti nelle sentenze del giudice europeo, sono legate all'idea di prassi successiva. Infine abbozzerò una mappa dei materiali (giuridici e non solo) che la Corte utilizza quando fa riferimento alla prassi in funzione interpretativa. Già da ora si può anticipare che ne emergerà un quadro piuttosto diverso da quello dipinto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

2. L'interpretazione, anche evolutiva, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Essendo forse il più vivace sistema posto a tutela dei diritti umani, e quasi sicuramente quello di maggior successo, la Convenzione europea di diritti dell'uomo è diventata oggetto di numerosi studi, sia di carattere generale¹¹, sia riguardanti singoli casi. Non è mia intenzione riassumere qui le numerose e talvolta brillanti conclusioni cui è giunta una letteratura tanto vasta, né del resto avrebbe senso farlo. Ciò che è mio interesse sottolineare è, soprattutto, l'atteggiamento ambivalente che la Corte ha spesso dimostrato nei confronti dei canoni interpretativi stabiliti dalla Convenzione di Vienna. Infatti, se da un lato il giudice europeo ha dichiarato ripetutamente di essere guidato, nell'esercizio delle proprie mansioni, dagli articoli 31-33 della Convenzione sul diritto dei trattati¹², dall'altro è davvero infrequente che esso richiami esplicitamente la disposizione su cui fonda il proprio ragionamento. Il più delle volte è il lettore che deve farsi carico di rinvenire una corrispondenza tra gli argomenti avanzati dalla Corte e gli strumenti interpretativi offerti dalla Convenzione di Vienna. Come si vedrà meglio in seguito, questa operazione può risultare un po' difficoltosa, dato che non di rado il giudice adotta dei parametri deformati rispetto a quelli previsti dagli articoli 31-33. Un esempio di ciò lo si può trovare nel peso attribuito dalla Corte europea ai vari elementi che vanno a formare le regole d'interpretazione di Vienna. È noto che la dottrina maggioritaria

¹¹ In lingua italiana, e fortemente incentrata sull'azione di Corte e Commissione, la monografia di P. Pustorino, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale scientifica, Napoli 1998.

¹² *Golder c. Regno Unito*, sentenza del 21 febbraio 1975, Serie A n. 18, par. 29. Ivi la Corte riconosce per la prima volta il carattere consuetudinario degli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna, ciò che le permette di applicarli a dispetto della loro irretroattività e nonostante la Convenzione del 1969 non fosse ancora, a quel tempo, entrata in vigore.

mette i fattori interpretativi contenuti nell'articolo 31 tutti sullo stesso piano, favorendo così una lettura «olistica» del processo interpretativo: bisogna prendere in considerazione ogni singola norma, valutando l'esito della sua applicazione assieme agli altri¹³. A differenza di altri tribunali internazionali – quale, per esempio, la Corte internazionale di giustizia – quasi mai la Corte europea segue questo percorso, e il più delle volte l'analisi sistematica cede il posto all'applicazione di quel singolo canone esegetico che pare maggiormente in sintonia con l'idea che i giudici hanno della Convenzione. Molto spesso quel canone è rappresentato dallo scopo del trattato. In *Wemhoff c. Germania*, per esempio, la Corte ha affermato che:

[g]iven that it is a law-making treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties¹⁴.

Come si può notare, la Corte si dice persuasa che l'oggetto e lo scopo della Convenzione europea siano quelli di massimizzare la portata degli obblighi che questa impone agli Stati contraenti. Questa convinzione non si pone al di fuori del perimetro tracciato dalla Convenzione di Vienna, dal momento che essa non solo ammette, ma addirittura impone di tenere in considerazione il fine del trattato che si vuole interpretare¹⁵. Tuttavia, il riferimento alla nozione di «law-making treaty» – categoria deliberatamente non codificata dalla Convenzione sul diritto dei trattati – lascia spazio all'idea che il giudice europeo sia meno propenso di molti suoi colleghi alla deferenza nei confronti della volontà delle parti. Una carta dei diritti ha l'obiettivo di proteggere gli individui e la loro dignità, non gli interessi degli Stati che l'hanno sottoscritta, e dunque sulla bilancia del giudizio della Corte il primo piatto dovrà pesare di più del secondo, a parità di condizioni. Si tratta quasi di una dichiarazione (politica) d'intenti, con la quale il giudice di Strasburgo afferma di voler difendere i diritti umani con la necessaria fermezza, e cioè con un'energia sempre maggiore col passare del tempo¹⁶.

Non può sorprendere dunque che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo costituisca terreno fertile per l'interpretazione evolutiva. È tuttavia opportuno intendersi sul significato di

¹³ R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford 2008, p. 8.

¹⁴ *Wemhoff c. Germania*, sentenza del 27 giugno 1968, Serie A n. 7, par. 8.

¹⁵ Art. 31(1) CVDT.

¹⁶ Non a caso questo è proprio ciò che la Corte asserisce nel caso *Selmouni c. Francia*, sentenza del 28 luglio 1999, ricorso n. 25803/94, par. 101.

questa espressione. Come si è già detto, le carte dei diritti – e la Convenzione europea non fa eccezione – tendono a descrivere le garanzie in esse contenute in termini generali che difficilmente potrebbero essere detti tassativi. Cosa significa «equo processo» (art. 6)? Cos'è un «trattamento inumano o degradante» (art. 3)? E cosa rientra nell'espressione «vita privata e familiare» (art.8)? Non è sempre facile tracciare i confini dell'originale ambito di applicazione di questi e altri articoli, al fine di capire, per converso, quando l'interpretazione della Corte diventa evolutiva. In molti casi, per esempio, quella che a prima vista può sembrare una lettura dinamica del dettato della Convenzione altro non è che una semplice interpretazione estensiva agente entro i limiti dell'intenzione originaria delle parti¹⁷. D'altro canto, non ravviso necessariamente un'evoluzione nemmeno nel caso in cui un articolo della Convenzione viene applicato a circostanze non previste al momento della stipula del trattato: anche qui, magari, l'idea di interpretazione estensiva è sufficiente per rendere conto dell'ampliamento del campo d'azione di quella disposizione¹⁸. Il concetto di interpretazione evolutiva, almeno nell'ambito dei diritti umani, sembra richiedere una maggior consapevolezza del cambiamento in atto, da parte tanto della Corte europea quanto (presuntivamente) degli Stati contraenti.

Nella concezione della Corte, come si è visto, l'oggetto e lo scopo del trattato prescrivono che il significato di quest'ultimo sia costruito in ossequio al principio di effettività, e cioè «in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory»¹⁹. E se col passare degli anni passano anche i vecchi modi di concepire i diritti degli individui, sostituiti da rappresentazioni più moderne dell'idea di dignità umana, nessun problema: il giudice europeo considera la Convenzione uno «strumento vivente» capace di adattarsi alle mutate circostanze e al nuovo senso comune. È questa una teoria ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte e risalente al caso *Tyrrer c. Regno Unito* del 1978, in cui lo Stato convenuto era accusato di violare l'articolo 3 a causa delle punizioni corporali inflitte agli

¹⁷ *Rectius*: di quella che il giudice ritiene essere l'intenzione originaria. A dispetto delle apparenze, per esempio, il caso *Tyrrer* viene risolto facendo riferimento non all'evoluzione dei costumi, bensì alla natura (intrinsecamente degradante) della punizione: *Tyrrer c. Regno Unito*, sentenza del 25 aprile 1978, Serie A n. 26, par. 31. Sulla stessa linea si inserisce il già citato caso *Golder*, in cui si afferma che «the right of access constitutes an element which is *inherent* in the right stated by Article 6 para. 1» (par. 36; corsivo mio).

¹⁸ Si veda il caso *Matthews c. Regno Unito*, sentenza del 18 febbraio 1999, ricorso n. 24833/94, in cui la Corte trova che l'espressione «legislature» contenuta nell'art. 3 del Protocollo n. 1 della Convenzione (sul diritto di scelta dei propri rappresentanti) possa riferirsi anche al Parlamento europeo, istituzione a elezione diretta solamente dal 1979.

¹⁹ *Stafford c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 2002, ricorso n. 46295/99, par. 68. Sui vari significati che la nozione di effettività può assumere, v. Rieteker, *The Principle of «Effectiveness»* cit., pp. 256 ss.

studenti secondo la legislazione in vigore sull'Isola di Man (un territorio britannico dotato di una certa autonomia legislativa):

The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field²⁰.

Le condizioni odierne di cui parla la Corte assumono quindi un ruolo preminente, nell'economia del giudizio, rispetto alla valutazione oggettiva dell'estensione degli obblighi cui gli Stati parti si sono vincolati ratificando la Convenzione. In altre parole, se anche nel 1950 la nozione di trattamento degradante di cui parla l'articolo 3 non includeva le sanzioni corporali – di modo che la loro somministrazione non avrebbe comportato la violazione del trattato – nel 1978 le numerose tracce di un'opinione contraria si erano ormai coagulate fino a cambiare il significato della disposizione. È perciò importante capire dove il giudice di Strasburgo cerca queste tracce.

2.1. I termini e le nozioni «evolutivi»

Come si è visto nei precedenti capitoli, l'interpretazione evolutiva agisce spesso attraverso la natura aperta di parole e concetti²¹. In presenza di termini che si prestano a riempirsi di diversi contenuti, il giudice potrebbe non limitarsi a prendere in considerazione il significato riconducibile al momento della stipula del trattato, optando invece per quello che rispecchia il mutamento dei tempi. La Corte europea ha adottato questo approccio, e ha talvolta riferito le parole della Convenzione a cose che ancora non esistevano quando le parti negoziarono il patto. È così che, per esempio, si è affermato che il termine «corrispondenza» ricomprende anche forme di comunicazione molto recenti quali quelle rese possibili dallo sviluppo della tecnica e dell'informatica: «[i]t is not disputed that mail, telephone and email communications, including those made in the context of business dealings, are

²⁰ *Tyrrer c. Regno Unito*, par. 32.

²¹ V., per una trattazione generale, Capitolo I, par. 3 e 5.1 e, per un'applicazione al caso dell'Organizzazione mondiale del commercio, Capitolo II, par. 4.

covered by the notions of 'private life' and 'correspondence' in Article 8 § 1»²². Sulla stessa linea si colloca la pronuncia *O.H. c. Germania*, in cui si stabilisce che «the term 'persons of unsound mind' in sub-paragraph (e) of Article 5 § 1 does not lend itself to precise definition since its meaning is continually evolving»²³. In questo senso, la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo non si distanzia dalle pronunce – già viste – emesse da altri organi giurisdizionali, quali la Corte internazionale di giustizia o l'Organo d'appello dell'OMC.

Un caso più propriamente evolutivo – nel quale, cioè, i diritti mutano effettivamente e a prescindere dalle circostanze fattuali – è rappresentato da *Gorraiz c. Spagna*. I ricorrenti (cinque cittadini spagnoli) pongono all'attenzione della Corte europea il progetto di costruzione di una diga che avrebbe sommerso tre riserve naturali e alcuni paesi. Il piano edilizio era stato oggetto di una serie di procedimenti giudiziari davanti ai tribunali del Paese, che si erano conclusi con una pronuncia della Corte costituzionale spagnola a favore della realizzazione dell'opera. I ricorrenti si presentano a Strasburgo lamentando da un lato la violazione dell'art. 6 della Convenzione (diritto all'equo processo), sulla base della loro esclusione dalla fase riguardante le questioni preliminari, e dall'altro quella dell'art. 8 (rispetto della vita privata), dacché il progetto avrebbe avuto gravi ripercussioni sul godimento dei propri beni. Nel rigettare la domanda dei ricorrenti, la Corte afferma che

the dispute between the applicants and the Autonomous Community of Navarre concerned regional development plans, a sphere in which an amendment or change to legislation following a judicial decision is generally accepted and practised. Whilst creditors may, in general, avail themselves of firm and intangible rights, this is not the case with regard to issues of urban or regional planning, a sphere concerning rights of a different nature which are essentially evolutive. Urban and regional planning policies are, *par excellence*, spheres in which the State intervenes, particularly through control of property in the general or public interest. In such circumstances, where the community's general interest is pre-eminent, the Court takes the view that the State's margin of appreciation is greater than when exclusively civil rights are at stake²⁴.

²² *Kennedy c. Regno Unito*, sentenza del 18 maggio 2010, ricorso n. 26839/05, par. 118. A mio avviso è poco rilevante che l'interpretazione dei due concetti non venga contestata dalle parti in causa.

²³ *O.H. c. Germania*, sentenza del 24 novembre 2011, ricorso n. 4646/08, par. 77.

²⁴ *Gorraiz c. Spagna*, sentenza del 27 aprile 2004, ricorso n. 62543/00, par. 70.

È, *prima facie*, significativo che i giudici abbiano definito i diritti dei ricorrenti «essentially evolutive», e cioè abbiano utilizzato un'espressione quasi identica a quella che altri tribunali internazionali hanno riservato ai termini che comportano la presunzione di interpretazione dinamica: «by definition evolutive». Forse non per caso, qualche anno dopo la Corte utilizzerà proprio quelle stesse parole, e in una situazione dalla fisionomia del tutto analoga: «urban and regional planning policies [...] are, by definition, evolutive»²⁵. Spicca tuttavia una differenza rispetto all'affermazione precedente: in questo caso ciò che ha natura evolutiva non sono più i diritti legati alle politiche di pianificazione urbana, come prima, bensì le politiche stesse. Naturalmente le cose stanno insieme, dato che i primi mutano in conseguenza della mutabilità delle seconde. Il nesso causale sta nell'esigenza di garantire agli Stati contraenti il giusto campo d'azione nell'ambito, fondamentale, della regolamentazione dello sviluppo urbano. Il punto di partenza non è quindi la capacità che i diritti hanno di evolvere – la quale è piuttosto il punto d'approdo: acquisita, dunque, non intrinseca – ma la garanzia di un ampio margine di apprezzamento per le parti del trattato.

Questo non stupisce. Per quanto ho potuto appurare, l'interpretazione evolutiva della Convenzione passa in buona misura attraverso la lente della dottrina del margine di apprezzamento. Gli episodi in cui il cambiamento delle norme è agganciato al carattere essenzialmente evolutivo dei termini delle disposizioni sono, mi pare, nettamente minoritari, e comunque sicuramente di minor interesse da un punto di vista giuridico. In linea con la tesi di questo scritto²⁶, ogni espressione è in potenza evolutiva, ragion per cui ciò che vale la pena di indagare sono le tecniche cui i giudici ricorrono per giustificare il mutamento del suo significato: operazione da esaminare tanto più attentamente quando sono in gioco i diritti dei singoli e le loro aspettative. Essendo in presenza di un trattato sui diritti dell'uomo, l'idea che «les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante»²⁷ è poco problematica se il legittimo affidamento si infrange contro un'estensione dei diritti individuali. Nei due casi citati sopra, però, la Corte ha respinto l'idea che i diritti «acquisiti» dei ricorrenti potessero essere fatti valere di fronte a un mutamento della legislazione interna. Prescindendo dalla difficoltà di ipotizzare un esito differente, si può comunque sostenere, in via generale, l'opportunità di uno «strict scrutiny» dei ragionamenti dei giudici di Strasburgo, tanto più che essi stessi hanno asserito l'importanza, in un'ottica di diritto interno, di un serio

²⁵ *Depalle c. Francia*, sentenza del 29 marzo 2010, ricorso n. 34044/02, par. 87.

²⁶ V. Capitolo I, parr. 3 e 5.1.

²⁷ *Unédic c. Francia*, sentenza del 18 dicembre 2008, ricorso n. 20153/04, par. 74.

apparato argomentativo nei casi di abbandono di una linea giurisprudenziale consolidata²⁸. Le aspettative non precludono cambi di orientamento; tuttavia, questi ultimi devono essere giustificati²⁹. Se, come ho detto, il margine di apprezzamento sta alla base della sentenza nel caso *Gorraiz c. Spagna*, è bene studiare le dinamiche di questo principio, in cui la prassi degli Stati gioca un ruolo importante.

2.2. L'importanza della prassi successiva per la Corte europea

Tenendo a mente ciò che è stato detto in precedenza, e cioè la maggiore importanza dell'efficace tutela dell'individuo rispetto ai limiti per essa previsti dalla volontà statale – con un linguaggio convenzionale diremmo: dell'interpretazione oggettiva ed estensiva rispetto a quella soggettiva e restrittiva – può sembrare a prima vista contraddittorio che un rilevante elemento costitutivo delle «present-day conditions» sia rappresentato dalla prassi successiva degli Stati. Se da un lato la Corte tenta di emanciparsi dalle restrizioni implicite ed esplicite che le parti hanno inserito nel testo della Convenzione, sembra un paradosso che tale operazione possa essere condotta con l'ausilio degli Stati: i quali, a questo punto, agirebbero nella duplice veste di ostacoli e al tempo stesso facilitatori dell'evoluzione del patto. Naturalmente la realtà è più sfumata, come dimostra una serie di sentenze della Corte in tema di pena di morte.

Nel caso *Soering c. Regno Unito* per lo Stato convenuto si prospetta una possibile violazione dell'articolo 2 della Convenzione europea (diritto alla vita) qualora esso dia corso alla richiesta di estradizione di un detenuto verso un Paese in cui questi rischierebbe la pena capitale. Il ricorrente sostiene che, nonostante l'articolo 2 preveda espressamente la pena di

²⁸ Precisando e limitando il «principio Unédic», la Corte afferma che «the existence of an established judicial practice should be taken into account in assessing the extent of the reasoning to be given in a case», e che una «well-established jurisprudence impose[s] a duty [...] to make a more substantial statement of reasons justifying the departure» (*Atanasovski c. "ex Repubblica iugoslava di Macedonia"*, sentenza del 14 gennaio 2010, ricorso n. 36815/03, par. 38). Nello stesso senso il giudizio in *Serkov c. Ucraina*, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n. 39766/05: «the Court cannot discern any justification for the shift of legal interpretation the applicant faced. In fact no reasons were given by the Supreme Court to explain the reinterpretation in question. Such a lack of transparency must have affected public confidence and trust in the law. In the circumstances of the present case the Court considers that the manner in which the domestic courts interpreted the relevant legal provisions undermined their foreseeability» (par. 40).

²⁹ Sul tema si veda, in generale, K.T. Alberni, F. Sudre (a cura di), *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

morte (se legittimamente inflitta) come eccezione al diritto alla vita, la prassi degli Stati membri del Consiglio d'Europa abbia ormai ragionevolmente dimostrato la loro volontà di abolire tale tipo di sanzione. In un noto brano della sentenza la Corte conferma il principio espresso dal ricorrente – cioè la possibilità che il chiaro testo del trattato venga modificato dal comportamento successivo delle parti – ma obietta che la presunzione che ciò sia avvenuto deve cedere il passo alla prova contraria costituita dall'esistenza del Protocollo 6 della Convenzione, il quale, contenendo il divieto esplicito di infliggere la pena di morte in tempo di pace, proverebbe *a contrario* la volontà degli Stati europei di abolirla soltanto attraverso lo strumento addizionale³⁰. Poiché un certo numero di Stati, ancorché minoritario, non aveva a quel tempo ratificato il Protocollo 6, la Corte non può far altro che dichiarare legittima la pena di morte.

Molti anni dopo la questione si ripresenta a Strasburgo nel caso *Öcalan c. Turchia*. Di nuovo viene avanzata, da parte del ricorrente, l'obiezione secondo cui l'atteggiamento dei membri del Consiglio d'Europa sarebbe indicativo della loro intenzione di chiudere definitivamente con la pena capitale, mutando il significato testuale dell'articolo 2 della Convenzione. Questa volta la Corte accoglie la tesi del ricorrente, capovolgendo l'assunto precedentemente espresso sul valore probatorio del Protocollo. L'evoluzione del modo europeo di intendere la pena di morte, testimoniata dalla ratifica pressoché unanime dello strumento addizionale, fa sì che la Convenzione possa dirsi emendata:

It may be questioned whether it is necessary to await ratification of Protocol No. 6 by the three remaining States before concluding that the death penalty exception in Article 2 § 1 has been significantly modified. Against such a consistent background, it can be said that capital punishment in peacetime has come to be regarded as an unacceptable ... form of punishment that is no longer permissible under Article 2³¹.

³⁰ *Soering c. Regno Unito*, sentenza del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, par. 103. Rende la complessità del processo esegetico l'idea che un'interpretazione soggettiva sia veicolata da un elemento che pare contestuale (lo strumento giuridico, ancorché successivo, allegato al trattato). E i percorsi argomentativi dei giudici spesso non aiutano a fare chiarezza: altrove la Corte sostiene che «[t]he domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground [that] is reflected in a number of provisions of the Convention»: un po' come se l'interpretazione di quelle disposizioni fosse un riflesso della prassi successiva degli Stati, e non viceversa! (*The Sunday Times c. Regno Unito*, sentenza del 26 aprile 1979, Serie A n. 30, par. 59).

³¹ *Öcalan c. Turchia*, sentenza del 12 maggio 2005, ricorso n. 46221/99, par. 163 (i punti di sospensione sono nell'originale, trattandosi di una citazione della Grande camera che riprende le parole della Camera).

La Corte esprime un principio molto limpido, per nulla scalfito dalla sua inapplicabilità al caso in esame (che riguardava una condanna a morte comminata in una situazione emergenziale). Del resto, il ragionamento del caso *Öcalan* è stato esteso, poco tempo dopo, nel caso *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, in cui si è sancita l'applicazione *erga omnes* del Protocollo 13 sull'abolizione della pena di morte anche in tempo di guerra: anche qui, i giudici hanno stabilito la sua opponibilità pure nei confronti di quei pochi Stati che non l'avevano ratificato³² (tra l'altro, una percentuale del totale lievemente maggiore rispetto a quella del caso precedente).

Dall'analisi di questa sequenza di pronunciamenti possiamo trarre almeno due conclusioni differenti. La prima riguarda il peso che la Corte attribuisce ai diversi fattori interpretativi contenuti nell'articolo 31 della Convenzione di Vienna. Di fronte alla richiesta del ricorrente del caso *Soering*, i giudici stabiliscono che la prassi successiva degli Stati membri, espressa per mezzo dell'abolizione *de facto* della pena di morte, viene sconfitta da un'interpretazione contestuale che conferisce significato (ostruttivo) all'esistenza di un protocollo addizionale: se le parti avessero voluto, o creduto, che il loro comportamento portasse a una modifica del testo del trattato non avrebbero di certo fatto ricorso a uno strumento ulteriore che, palesemente, si pone lo stesso obiettivo. Questa gerarchia viene ribaltata nei casi *Öcalan* e *Al-Saadoon*: l'interpretazione della Convenzione europea all'interno di un contesto che include i Protocolli non riesce più a far valere la presunzione che con questi ultimi le parti abbiano voluto procedere tramite i normali meccanismi di emendamento. La presunzione che viene imposta, ora, è quella (contrapposta) secondo cui l'abolizione *de jure* e *de facto* della pena capitale da parte di quasi tutti i membri del Consiglio d'Europa indica la loro volontà di lasciarsi alle spalle le procedure ordinarie di modifica del trattato, in virtù dell'affermarsi di un'etica ormai incompatibile con quel tipo di sanzione. In definitiva, la prassi degli Stati sarebbe diventata sempre più «pesante» rispetto a ogni altra considerazione in merito alla presunta intenzione delle parti³³.

³² *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, sentenza del 2 marzo 2010, ricorso n. 61498/08, par. 120.

³³ In realtà sarebbe legittimo chiedersi se tale cambiamento di orientamento sia dipeso, più che da un riequilibrio dei fattori interpretativi espressi dalla Convenzione, dal fatto (contingente) che al momento di decidere il caso *Öcalan* erano ormai passati molti anni dall'adozione del Protocollo n. 6 (datato 1983): in altre parole, l'intenzione delle parti desumibile dalla creazione di uno strumento addizionale poteva ormai dirsi sovrascritta da una volontà espressa – tramite la sempre più estesa abolizione *de facto* della pena di morte – più di recente. Se così fosse, nulla escluderebbe il ripresentarsi di una situazione simile a quella verificatasi con *Soering*. A mio avviso è possibile sostenere che le cose non stanno così: i riferimenti alla prassi successiva sono oggi così

Ma allora questo significa che, in apparente contrasto con quanto detto sopra a proposito del tendenziale restringimento del ruolo che gli Stati hanno nel processo di interpretazione della Convenzione europea, assistiamo a una rivalutazione del loro punto di vista attraverso la prassi successiva? La domanda ci porta alla seconda delle due conclusioni. È sicuramente vero che la Corte ha sempre ben presente l'agire degli Stati contraenti: e non potrebbe fare diversamente, dal momento che è di fondamentale importanza che la giurisprudenza europea mantenga una certa sintonia con il comune sentire degli Stati. Uno scatto in avanti da parte del giudice di Strasburgo potrebbe risultare in molti casi inutile, e addirittura deleterio in altri. Va tuttavia notato che, a dispetto di quanto prescritto dall'articolo 31(3)(b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la Corte pare poco interessata a stabilire se la prassi cui fa riferimento evidenzia un accordo tra le parti. Al contrario: alcune di queste parti sono consapevolmente e deliberatamente tagliate fuori. L'evoluzione interpretativa, cioè, può andare avanti anche in presenza dell'espresso dissenso di un numero (pur molto esiguo) di Stati. Si tratta di una presa di posizione molto significativa per una corte che ha ripetutamente affermato di voler svolgere la propria funzione in accordo con i principi consuetudinari di interpretazione: tanto più che tale riformulazione della norma sulla prassi successiva è capace, come si è visto, di superare il vincolo testuale.

Non siamo in presenza di un caso isolato. Almeno in un altro, recente pronunciamento la Corte ha affermato, in maniera molto esplicita, la possibilità che un'inferenza basata su un'interpretazione contestuale venga invalidata in seguito all'emergere di una prassi successiva coerente³⁴. Per questo motivo, in considerazione dell'importanza che quest'ultima ha assunto nella giurisprudenza di Strasburgo, diventa pressante l'esigenza di comprenderne la composizione. Tanto più che, ai fini del presente elaborato, è necessario evidenziare come la prassi abbia dimostrato di poter mutare il senso di una disposizione più di quanto riescano a fare altri strumenti interpretativi³⁵. Per questo motivo occorre innanzitutto capire come la

frequenti e così pregnanti da far pensare che effettivamente essa conti più di altri elementi interpretativi (v. *infra*).

³⁴ «In the light of the foregoing [cioè dell'analisi della prassi in materia (N.d.R.)] and in line with the “living instrument” approach, the Court therefore takes the view that it is not possible to confirm the case-law established by the Commission, and that Article 9 should no longer be read in conjunction with Article 4 § 3 (b). Consequently, the applicant's complaint is to be assessed solely under Article 9»: *Bayatyan c. Armenia*, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n. 23459/03, par. 109.

³⁵ Il cammino è inverso rispetto ad *Al-Saadoon*: «It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions [...]. However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset» (*Johnston e altri*

prassi interagisce con altre due nozioni che di frequente compaiono nelle sentenze della Corte: i concetti autonomi e il margine di apprezzamento.

3. La teoria dei concetti autonomi

Nel paragrafo precedente si è visto come, a dispetto del sempre maggior rilievo che la prassi successiva ha assunto nell'argomentazione delle sentenze della Corte europea, per quest'ultima sia importante mantenere un certo grado di indipendenza nei confronti degli Stati contraenti. L'assoluta deferenza verso l'interpretazione che le parti danno dei propri obblighi pattizi risulterebbe esiziale per una tutela rigorosa dei diritti degli individui. A questo fine la Commissione europea dei diritti dell'uomo³⁶ ha elaborato una teoria che le permette di «mettere in sicurezza» il significato delle disposizioni della Convenzione dall'opinione divergente degli Stati (opinione che, come si è visto, sarebbe suscettibile di venire in rilievo come prassi successiva). Si tratta della teoria dei concetti autonomi, secondo la quale le parole e le espressioni di cui si compone la Convenzione vivono un'esistenza autonoma rispetto ad analoghe parole ed espressioni provenienti dalle legislazioni interne degli Stati membri. Nel caso *Engel c. Germania*, riguardante la corretta definizione delle nozioni di «criminal charge» e di «civil rights and obligations» ai fini della presunta violazione del diritto a un equo processo, la Commissione sottolinea che quelle formule:

cannot be construed as a mere reference to the domestic law of the High Contracting Party concerned but relate to an autonomous concept which must be interpreted independently, even though the general principles of the High Contracting Parties must necessarily be taken into consideration in any such interpretation³⁷.

c. Irlanda, sentenza del 18 dicembre 1986, ricorso n. 9697/82, par. 53). Se non si vuole ipotizzare un ricambio delle norme che presiedono all'interpretazione della Convenzione, bisogna intendere l'espressione «evolutive interpretation» come l'insieme di pratiche interpretative non basate sulla prassi successiva: per esempio, l'utilizzo dei termini per definizione evolutivi (nel caso in esame, infatti, si parlava della « somewhat vague notion of 'respect' for family life»: *ivi*, par. 57).

³⁶ Istituita nel 1954, cinque anni prima che la Corte vedesse la luce, la Commissione ha svolto per lungo tempo un ruolo significativo nell'esigere il rispetto della Convenzione. Dall'entrata in vigore del Protocollo n. 11 (1998) la Corte è divenuta l'unico organo abilitato a ricevere i ricorsi per la violazione di una norma del trattato.

³⁷ *Ventuno detenuti c. Repubblica Federale di Germania*, sentenza del 6 aprile 1968, ricorsi congiunti nn. 3134/67, 3172/67, 3188–3206/67, par. 4.

La categorizzazione operata dallo Stato convenuto ha quindi, secondo la Commissione, un valore meramente orientativo, ma non può in alcun modo vincolarla nella sua decisione. L'infrazione degli obblighi posti dal trattato deve avere come parametro ultimo il testo della Convenzione, il cui significato non può, per ovvi motivi, essere lasciato nelle mani del potenziale violatore. Questo approccio è stato confermato a più riprese dalla Corte europea, anche in tempi molto recenti. Nel caso *Kafkaris c. Cipro*, per esempio, i giudici ribadiscono il concetto, sostenendo che «[t]o render the protection [...] effective the Court must remain free to go behind appearances», conferendo all'idea di «sanzione» («penalty») un significato indipendente da quello attribuito dalle leggi interne dello Stato convenuto³⁸. Lo stesso ragionamento è stato fatto valere per le nozioni di, tra le altre, «domicilio»³⁹, «detenzione regolare»⁴⁰, «espulsione»⁴¹ e «associazione»⁴². Tuttavia ormai i casi sono piuttosto numerosi ed è inutile, ai fini di questo elaborato, stilare un elenco esaustivo delle espressioni dichiarate autonome.

Ciò che è più interessante, invece, è stabilire quale relazione intercorre tra la teoria dei concetti autonomi e la prassi successiva degli Stati. In prima battuta si è tentati di dire che un concetto autonomo funge da limite alla possibilità di ricorso alla prassi in funzione interpretativa. In quanto portatore di un significato slegato da quello valido sul piano del diritto interno, il concetto autonomo sembra *prima facie* del tutto disinteressato al modo in cui gli Stati legiferano. A ben guardare, però, la teoria in esame si limita a dire che il contenuto di un'espressione scritta nella Convenzione non deve essere necessariamente identico a quello della corrispondente espressione di diritto interno: il che non vuol dire, *va da sé*, che esso deve essere necessariamente diverso. Nel momento in cui il legame obbligatorio tra concetto di diritto internazionale e concetto di diritto interno viene reciso, rimane aperto il problema di come attribuire significato al primo. La presa in considerazione della prassi degli Stati

³⁸ *Kafkaris c. Cipro*, sentenza del 12 febbraio 2008, ricorso n. 21906/04, par. 142.

³⁹ *Gillow c. Regno Unito*, sentenza del 24 novembre 1986, Serie A n. 109, par. 46 (per un'affermazione del principio un po' «velata»), e, più di recente e più apertamente, *Paulić c. Croazia*, sentenza del 22 novembre 2009, ricorso n. 3572/06, par. 33. Al concetto di domicilio la Corte ha affiancato quello di residenza, al quale ha esteso l'autonomia di significato: *Nolan e K. c. Russia*, sentenza del 12 febbraio 2009, ricorso n. 2512/04, par. 110.

⁴⁰ *Eriksen c. Norvegia*, sentenza del 27 maggio 1997, ricorso n. 17391/90, par. 74 (ove si definisce concetto autonomo anche il termine «alienato»).

⁴¹ *Bolat c. Russia*, sentenza del 5 ottobre 2006, ricorso n. 14139/03, par. 79.

⁴² *Chassagnou e altri c. Francia*, sentenza del 29 aprile 1999, ricorsi congiunti nn. 25088/94, 28331/95, 28443/95, par. 100.

membri del Consiglio d'Europa rimane dunque un'opzione percorribile: una tra le tante ma non per questo meno realistica⁴³.

Per quanto dotata di un effetto pratico per nulla irrilevante, possiamo dire che nell'ottica del nostro discorso la teoria dei concetti autonomi svolge una funzione sostanzialmente retorica⁴⁴. Il suo scopo è quello di arginare le pretese di conformità col proprio diritto interno avanzate dallo Stato convenuto, e di restituire l'espressione in esame al normale processo interpretativo. Come si è appena detto, quest'ultimo contempla la possibilità che la prassi successiva delle parti intervenga e contribuisca a delineare l'esito dell'interpretazione. A dispetto delle apparenze, i concetti autonomi non precludono dunque il ricorso all'articolo 31(3)(b) della Convenzione di Vienna (o meglio, alla «versione europea» di quella disposizione), cosa di cui, del resto, i giudici di Strasburgo sembrano essere consapevoli⁴⁵. Vediamo se lo stesso vale per la dottrina del margine di apprezzamento, la cui presenza è

⁴³ Per una lista (ricca ma dichiaratamente incompleta) delle possibilità interpretative in campo, si veda G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2007, p.

⁴⁴ Il che – ci tengo a sottolinearlo – non significa che l'istituzione di un regime di separazione tra la sfera del diritto interno e il sistema europeo di protezione dei diritti umani sia cosa da poco. A ciò si aggiunga un altro eventuale effetto pratico della teoria in oggetto sull'attività giudiziale della Corte: la facoltà di quest'ultima di sindacare l'interpretazione di un tribunale interno. Com'è noto la Corte europea può essere azionata solo previo esaurimento dei ricorsi interni (v. R. Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Giappichelli, Torino 2004), il che vuol dire che una violazione della Convenzione si perfeziona solamente al momento dell'emissione del giudizio di ultima istanza. Anche in funzione di questo i giudici di Strasburgo (che peraltro hanno più volte affermato la loro volontà di non fungere da tribunale di quarto grado) considerano un dato fattuale l'interpretazione che le corti interne danno delle leggi dei rispettivi Paesi: si ha violazione se la loro lettura confligge con quella che la Corte dà del proprio trattato. In un recente caso, però, il giudice europeo ha stabilito, seppure in modo abbastanza indiretto, che la natura autonoma dei «diritti di carattere civile» («civil rights») ex art. 6 della CEDU fa sì che in presenza di «strong reasons» egli sia titolato a prendere le distanze «from the conclusion reached by those courts by substituting its own views for those of the national courts on a question of interpretation of domestic law [...] and by finding, contrary to their view, that there was arguably a right recognised by domestic law» (*Roche c. Regno Unito*, sentenza del 19 ottobre 2005, ricorso n. 32555/96, par. 120).

⁴⁵ Per esempio, in un caso la Corte ha ribadito che «the rights deriving from the Convention should be interpreted not only in relation to the State's domestic law but also independently of it [...]. On numerous occasions it has also stressed the importance of an evolutive approach to the interpretation of the Convention, in the light of today's living conditions, to avoid excessive reliance on historical interpretations» (*Emonet e altri c. Svizzera*, sentenza del 13 dicembre 2007, ricorso n. 39051/03, par. 83). La dottrina dei concetti autonomi e la pratica dell'interpretazione evolutiva sembrano dunque andare nella stessa direzione.

forse ancora più ricorrente nella giurisprudenza della Corte di quella della teoria ora esaminata.

4. La dottrina del margine di apprezzamento

Come si accennava poco più sopra, l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo è improntato a un principio di onesta collaborazione con gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Questi ultimi sono infatti gli attori cui è demandato, in ultima istanza, il rispetto delle pronunce dei giudici, e un'attività giudiziale troppo audace rischierebbe di produrre effetti controproducenti. Lungi dall'espandere il dominio dei diritti, uno scollamento troppo evidente tra la *lex lata* e la *lex ferenda* potrebbe compromettere la credibilità della Corte, e di conseguenza l'efficacia delle sue sentenze. È di conseguenza imperativo, per i giudici, manifestare una certa misura di deferenza nei confronti del modo in cui gli Stati parti interpretano i propri obblighi convenzionali. Si capisce bene perché, a fronte dell'elaborazione della teoria dei concetti autonomi (pur come qualificata nel paragrafo precedente), la Corte ha ideato una dottrina apparentemente contrapposta quale quella del margine di apprezzamento.

Ormai molto presente nella giurisprudenza della Corte europea, la dottrina del margine di apprezzamento è divenuta un cardine del suo operato. Questo spiega l'attenzione che le è stata rivolta dalla letteratura specialistica, e l'esistenza di più opere di carattere monografico che la prendono come oggetto⁴⁶. Nella sua formulazione più semplice, essa stabilisce che agli Stati contraenti è concesso un certo grado di discrezionalità nell'adeguamento ai diritti previsti dalla Convenzione e dai suoi protocolli. In altre parole, in taluni casi la Corte dovrà dimostrarsi elastica nella resa del suo giudizio, tracciando un confine al di là del quale si dovrà dire impossibilitata ad andare. Per quanto sensata sia l'obiezione secondo la quale ciò rappresenterebbe un *escamotage* con cui la Corte abdica al suo ruolo di garante del trattato, è

⁴⁶ Per es., H.C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer, The Hague 1996 (per un approccio storico), e Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp 2002 (per un approccio più teorico e strutturato come commento agli articoli su cui il margine di apprezzamento ha maggiormente lavorato). Molto più sintetico e didattico, invece, S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2000 (l'autore ha svolto attività di consulenza per il Consiglio d'Europa). Si veda infine anche Vanneste, *General International Law* cit., pp. 317 ss.

altrettanto vero che quest'ultimo, nel suo preambolo e all'articolo 1, introduce implicitamente nel sistema europeo la nozione di sussidiarietà⁴⁷. In virtù di tale principio, la protezione dei diritti individuali è innanzitutto compito dei membri del Consiglio d'Europa, avendo la Corte un ruolo ausiliario e subordinato all'incapacità – o, più verosimile, alla mancanza di volontà – degli Stati di agire incisivamente. Ne consegue che, come prescrive la dottrina del margine di apprezzamento, ci sono delle circostanze in cui i giudici di Strasburgo devono prendere atto che i governi nazionali sono meglio situati per decidere la portata dei propri doveri: secondo una frase quasi rituale, «national authorities are better placed to...»⁴⁸.

Ma come funziona di preciso il margine di apprezzamento, e qual è la relazione che lo lega alla prassi successiva degli Stati? La domanda richiede una risposta complessa, perché complesso è il meccanismo che regola la dottrina: e questo in buona misura a causa dell'assenza di rigore che caratterizza l'argomentazione della Corte, generando confusione. Un esempio ispirato a una recentissima sentenza illustrerà il punto. Nel caso *S.H. c. Austria* la Prima sezione della Corte si trova a dover decidere su un ricorso per presunta violazione degli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) da parte del governo austriaco, che aveva promulgato una legge alquanto restrittiva in tema di donazione di gameti. I ricorrenti non avevano potuto avere accesso alle pratiche di fecondazione eterologa, lamentando perciò dinnanzi al giudice europeo l'impossibilità di ricorrere a quello che per loro era l'unico modo per procreare. La Prima sezione dichiara sussistente la violazione del combinato dei due articoli e lo Stato convenuto presenta ricorso. In un'articolata pronuncia che giunge a ribaltare la sentenza di primo grado la Grande camera

⁴⁷ Nel preambolo della Convenzione, i governi si dicono «resolved, as the governments of European countries which are likeminded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement» dei diritti. L'art. 1 della CEDU («Obligation to respect human rights») sottolinea il carattere cogente di questa risoluzione: «The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention». Il tema è stato studiato, con riferimento non solo alla Convenzione europea, da P. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in «American Journal of International Law», 2003, XCVII (l'autore tratta anche – non a caso – del margine di apprezzamento), e la sua rilevanza è evidenziata dal fatto che alla fine del 2010 il Consiglio d'Europa ha organizzato una conferenza dal titolo «Strengthening subsidiarity».

⁴⁸ Anche grazie al fatto che esse godono di legittimità democratica: *Valkov e altri c. Bulgaria*, sentenza del 25 ottobre 2011, ricorsi congiunti nn. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05, 2041/05, par. 92 (dove si rimarca che «the determination of the domestic policymaker should be given special weight»). In certi casi la Corte ha esteso il beneficio della «miglior collocazione» al giudice interno: *Šilih c. Slovenia*, sentenza del 9 aprile 2009, 71463/01, par. 210 (qui, tuttavia, la Corte non rinuncia a sindacare il merito delle sentenze nazionali).

torna ad avvalersi della dottrina del margine di apprezzamento, e lo fa in termini che vale la pena di citare per esteso:

Since the use of IVF treatment gave rise then and continues to give rise today to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the case touch on areas where there is not yet clear common ground amongst the member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one [...] The State's margin in principle extends both to its decision to intervene in the area and, once having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests [...] However, this does not mean that the solutions reached by the legislature are beyond the scrutiny of the Court. It falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices⁴⁹.

Proviamo a commentare questo brano della sentenza. La Corte basa la misurazione del margine di apprezzamento («a wide one») su due distinti fattori. In breve, lo Stato chiamato in giudizio gode di ampi spazi di manovra, nell'applicazione delle disposizioni pattizie, se, da un lato, il tema toccato è controverso e solleva delle questioni moralmente sensibili e, dall'altro, non è riscontrabile un punto di vista comune agli Stati europei sul modo di affrontare il problema. Già qui possiamo porci una prima domanda: queste due motivazioni devono operare congiuntamente, oppure un largo margine di discrezionalità può essere concesso alle parti in presenza di una sola di esse? E in questo secondo caso, ambo le situazioni sono suscettibili di far «scattare» la dottrina, o ciò è conseguenza di una soltanto delle due? Le parole dei giudici lasciano aperti gli interrogativi⁵⁰.

Va comunque rilevato l'ingresso, nel discorso della Corte, dell'idea di prassi successiva: la risposta che i membri del Consiglio d'Europa danno al problema in esame può infatti essere vista come l'insieme delle azioni che essi compiono nel tentativo di conformarsi alla

⁴⁹ *S.H. e altri c. Austria*, sentenza del 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/00, par. 97.

⁵⁰ Un altro potrebbe aggiungersene, dal momento che il primo elemento può essere scisso in due: il margine di apprezzamento dipende dalla sola esistenza di un problema etico spinoso oppure quest'ultimo deve iscriversi in un contesto di rapidi sviluppi in campo scientifico?

Convenzione. Se il comportamento degli Stati è tendenzialmente difforme – come nel caso analizzato – il giudice non potrà ravvisare un accordo sull'interpretazione del trattato. E qui ci si presenta un secondo dubbio: trasponendo il ragionamento fatto in merito ai concetti autonomi⁵¹, non si può forse affermare che il mancato rinvenimento di un approccio comune alla totalità (o, come si è visto più sopra, alla grande maggioranza) degli Stati parti conduce al semplice fallimento dell'interpretazione fondata sulla prassi successiva, lasciando impregiudicata la possibilità di ricorrere agli altri strumenti previsti dalla Convenzione di Vienna? In realtà il cuore della dottrina del margine di apprezzamento sta tutto qui, nel peso «aggravato» della prassi⁵²: se gli Stati europei non condividono un'idea sul giusto modo di intendere i propri obblighi, ciò garantisce loro una sorta di resistenza nei confronti di un'ulteriore azione della Corte volta ad attribuire autoritativamente significato al patto.

Naturalmente, si tratta di una resistenza, non di un'immunità. Il giudice di Strasburgo, nel passo citato, ricorda che è sua facoltà e al tempo stesso suo dovere sindacare la correttezza delle decisioni dei governi. La semplice assenza, a livello europeo, di un atteggiamento uniforme nei confronti di un certo tema non autorizza gli Stati a comportarsi come se la Convenzione non esistesse. Le parole della sentenza sopra riportate non chiariscono però i parametri secondo i quali tale scrutinio deve essere esercitato. Inoltrandoci più a fondo nella pronuncia, troviamo un brano rilevante al fine di sciogliere questo nodo:

the central question in terms of Article 8 of the Convention is not whether a different solution might have been adopted by the legislature that would arguably have struck a fairer balance, but whether, in striking the balance at the point at which it did, the Austrian legislature exceeded the margin of appreciation afforded to it under that Article [...] in determining this question, to the fact that, as noted above, there is no sufficiently established European consensus as to whether ova donation for *in vitro* fertilisation should be allowed⁵³.

Queste parole provano, a mio avviso, quanto l'intricata nozione di margine di apprezzamento possa confondere anche i giudici della Corte europea. Dopo aver espresso l'inappuntabile considerazione secondo cui compito del giudice di Strasburgo sarebbe quello di vagliare la

⁵¹ V. *supra*, par. 3.

⁵² V. *supra*, par. 2.2.

⁵³ *S.H. e altri c. Austria*, par. 106. Nel ritenere insufficiente il consenso europeo in materia, la Corte introduce per la prima volta l'idea che esso deve essere «qualificato»: nel caso di specie, deve trattarsi di un consenso duraturo (v. *infra*, nota 87 e relativo testo).

conformità dell'agire statale al dettato della Convenzione europea (e non, dunque, la possibilità che esista un più equo bilanciamento degli interessi in gioco), la Corte sostiene che tale valutazione deve essere fatta anche in considerazione... della prassi statale. Anche se, presumibilmente, si tratta di un elemento tra gli altri («the Court attaches some importance»), non si può fare a meno di notare una certa circolarità nel ragionamento, dal momento che la prassi delle parti si colloca sia a monte che a valle dell'inchiesta. Infatti, una delle basi fattuali del riconoscimento dell'esistenza di un margine di apprezzamento era proprio la mancanza di un'opinione comune in merito a ciò che è richiesto dal patto: la mancanza, cioè, di una prassi successiva concorde. Il filo logico, in sintesi, diventa questo: l'assenza di prassi garantisce un ampio margine di apprezzamento, e se il comportamento dello Stato convenuto rientra oppure no in quella zona di discrezionalità deve essere stabilito tenendo conto della (assenza di) prassi. Se questo è ciò che la Corte ha inteso dire, urge una teoria coerente del margine di apprezzamento.

4.1. Il margine di apprezzamento nella lettura di Letsas: una critica

Letsas prova a fornire una simile teoria. Nell'ambito di un lavoro monografico sull'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, egli tenta di dar conto delle presunte incongruenze che è possibile individuare nella dottrina del margine di apprezzamento⁵⁴. Di quest'ultima, secondo l'autore, bisognerebbe parlare al plurale, essendo in realtà due le versioni del margine di apprezzamento che possono essere rintracciate nella giurisprudenza della Corte. Una è quella che Letsas chiama la concezione *sostanziale*, il cui scopo è quello di operare un bilanciamento tra libertà individuali e benessere collettivo. L'altra è definita concezione *strutturale*, e si riferisce alla circostanza in cui il giudice può decidere di astenersi dal sentenziare sulla condotta di uno Stato parte. Proviamo ad analizzare meglio entrambe le varianti.

La versione sostanziale è per lo studioso greco una specie di «falso», in quanto non sarebbe altro che un artificio retorico con il quale la Corte europea sottolinea l'esistenza di un certo margine di manovra, a beneficio dello Stato, nell'applicazione della Convenzione. In questi casi, quindi, il giudice non accenna affatto alla possibilità di non pronunciarsi sul tema controverso: le parti dispongono di una certa discrezionalità nel bilanciare i diritti dei singoli con quelli della comunità, e l'esito di questa operazione sono vagliati in base al principio di

⁵⁴ Letsas, *A Theory of Interpretation* cit., pp. 80 ss.

proporzionalità. Per Letsas il migliore esempio di ciò è costituito dalle cosiddette clausole limitative contenute nel secondo comma degli articoli 8-11 della Convenzione, i quali, nell'esigere il rispetto dei relativi diritti, prevedono altresì l'esistenza di condizioni che legittimano delle restrizioni. In simili circostanze il giudice è chiamato a eseguire un test di proporzionalità che passa attraverso fasi codificate, verificando che la violazione sia prescritta da una legge nazionale, che persegua uno degli interessi considerati ammissibili dalla Convenzione⁵⁵, e infine che la misura attuata possa dirsi necessaria, in una società democratica, per raggiungere l'obiettivo prefisso. Tuttavia, come nota lo stesso Letsas sulla scia di considerazioni analoghe⁵⁶, spesso il margine di apprezzamento viene invocato soltanto nello stadio conclusivo del ragionamento, come argomento definitivo e categorico per dichiarare o negare l'avvenuta violazione del trattato. Questa mossa, piuttosto frequente, presta il fianco a critiche riguardanti l'uso strumentale della dottrina, finalizzato a nascondere la povertà (o l'inesistenza) della *ratio decidendi*.

Tutto questo è vero. Tuttavia non mancano casi in cui la Corte si profonde in una spiegazione più o meno dettagliata – anche se non necessariamente corretta! – della propria scelta. In tali circostanze il concetto di margine di apprezzamento figura già nella fase preliminare dell'argomentazione. Può darsi, quindi, che il giudice non percorra le diverse fasi di cui si compone il test di proporzionalità per il semplice fatto che la violazione dipende da un atto omissivo dello Stato convenuto⁵⁷, oppure che essa riguarda un articolo diverso da quelli corredati da una clausola limitativa⁵⁸. Sia come sia, le conclusioni cui giunge Letsas in proposito non mutano: la versione sostanziale del margine di apprezzamento richiede che la Corte elabori una propria idea di giustizia, che permetta di dare significato a concetti come

⁵⁵ Che, con qualche piccola differenza da un articolo all'altro, sono questi: la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

⁵⁶ Letsas, *A Theory of Interpretation* cit., pp. 87-88.

⁵⁷ «Whilst the boundaries between the State's positive and negative obligations under [Article 8] do not lend themselves to precise definition, the applicable principles are similar. In particular, in both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and the community as a whole, and in both contexts the State is recognised as enjoying a certain margin of appreciation»: *Hokkanen c. Finlandia*, sentenza del 23 settembre 1994, Serie A n. 299-A, par. 55.

⁵⁸ «There is a margin of appreciation for States in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment, and this margin is usually wide when it comes to general measures of economic or social strategy»: la violazione in esame riguarda l'art. 14, contenente il divieto di discriminazione (*J.M. c. Regno Unito*, sentenza del 28 settembre 2010, ricorso n. 37060/06, par. 54). La Corte aggiunge però che il margine di apprezzamento torna a restringersi nei casi di discriminazione per orientamento sessuale (ivi).

quelli di democrazia, morale e libertà. Diversamente, senza un parametro, è impossibile sapere rispetto a cosa le azioni statali dovrebbero essere «proporzionate».

Veniamo ora alla concezione strutturale del margine di apprezzamento. Il suo utilizzo può essere spiegato facendo riferimento all'idea di competenza istituzionale dell'organo giudicante. Invocando questa versione della dottrina il giudice di Strasburgo sottolinea che lo Stato è l'attore che, in virtù della sua maggiore vicinanza alle questioni in esame, meglio comprende le modalità con cui risolverle (principio di sussidiarietà). La Corte quindi si astiene – in linea di massima – dal sindacare la decisione presa dal governo. Letsas individua questo schema in due distinte situazioni: da un lato, quando il giudice va alla ricerca di un possibile consenso tra le parti su come rispondere a un problema e, non trovatolo, dichiara che la Convenzione non impone nulla di preciso in materia; dall'altro, in ogni caso in cui il giudice ritiene che le autorità nazionali siano meglio situate di quelle sovranazionali per valutare le circostanze su cui verte la causa. In questa seconda categoria rientrerebbe il ricorso all'articolo 15 della Convenzione⁵⁹, per cui la peculiarità del contesto in cui opera lo Stato contraente è tale che a questi è concesso, eccezionalmente, di derogare al trattato.

Il tentativo di Letsas di fare chiarezza su questo complesso argomento è senza dubbio apprezzabile. Nell'identificare varie tipologie di margini di apprezzamento egli introduce nel discorso delle importanti categorie che, ne sono convinto, contribuiscono a dissipare in parte quella confusione che promana da una casistica spesso poco rigorosa. In altre parole, lo studioso fa quello che la Corte non ha mai fatto: gettare uno sguardo sinottico sulla giurisprudenza europea al fine di sistematizzarla. Ciononostante, nutro dei dubbi sugli esiti della sua ricerca. Sono infatti dell'avviso che alcune pronunce del giudice di Strasburgo rendano meno netti i confini che Letsas ha tracciato, facendo nuovamente emergere un quadro sfumato. Se lo schema elaborato da quest'autore dimostra di essere di grande interesse sotto il profilo teorico, da un punto di vista pratico le distinzioni che egli compie non sembrano descrivere bene gli intricati percorsi argomentativi dei giudici.

La principale critica che muovo all'impostazione di Letsas è quella di aver separato troppo nettamente il principio di sussidiarietà (concezione strutturale) da quello di proporzionalità (concezione sostanziale), dando quasi l'impressione che il secondo non sia cosa che riguarda la «vera» dottrina del margine di apprezzamento. Credo che sia vero il contrario, e proverò a

⁵⁹ Il cui comma 1 recita: «In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale».

darne dimostrazione con alcuni esempi tratti dalla recente giurisprudenza della Corte. Per maggior chiarezza intendo ricalcare lo schema di Letsas, mettendo da una parte la proporzionalità e dall'altra il consenso, il principio di prossimità e lo stato di eccezione – ovvero i tre casi che attivano la versione strutturale del margine di apprezzamento – al fine di dimostrare la loro contiguità. Iniziamo dal consenso. Nel caso *Stoll c. Svizzera*, la Corte deve decidere sulla presunta violazione dell'articolo 10 della Convenzione (libertà di espressione) per la condanna di un giornalista che aveva rivelato a mezzo stampa informazioni riservate e politicamente sensibili. Nell'applicare il test di proporzionalità con l'intento di capire se la misura intrapresa dallo Stato chiamato in giudizio fosse o no compatibile con gli obblighi imposti dal patto, e proprio nel momento in cui si chiede se l'atto è commisurato allo scopo dichiarato legittimo, il giudice pronuncia queste parole:

the Court must be satisfied that the penalty does not amount to a form of censorship intended to discourage the press from expressing criticism. In the context of a debate on a topic of public interest, such a sanction is likely to deter journalists from contributing to public discussion of issues affecting the life of the community. By the same token, it is liable to hamper the press in performing its task as purveyor of information and public watchdog [...] On the other hand, a consensus appears to exist among the member States of the Council of Europe on the need for appropriate criminal sanctions to prevent the disclosure of certain confidential items of information⁶⁰.

Come si può vedere, la nozione di consenso non è usata dalla Corte come «scusa» per non prendere posizione (come vorrebbe la concezione strutturale del margine di apprezzamento), bensì appare come uno dei tanti elementi da tenere in considerazione nell'opera di bilanciamento degli interessi: su un piatto l'importanza della libertà di stampa per la vita democratica, sull'altro il fatto che misurate limitazioni a quella libertà sono comuni alla totalità degli Stati europei. Poiché il giudice nota che la multa comminata è di lieve entità e, in conseguenza di ciò, incapace di minare la libertà di stampa, la bilancia pende dalla parte della legittimità della sanzione. Detto diversamente, la Corte non basa la sua pronuncia sulla prassi degli Stati: semplicemente, quest'ultima va nella stessa direzione in cui sfocia la sentenza. Era legittimo aspettarsi un esito analogo anche qualora i membri del Consiglio d'Europa avessero

⁶⁰ *Stoll c. Svizzera*, sentenza del 10 dicembre 2007, ricorso n. 69698/01, parr. 154-155.

assunto posizioni differenti in merito alla questione, posto che a Strasburgo avessero considerato più «pesante» la mancanza di forza dissuasiva della sanzione⁶¹.

Aggiungo poi un altro fattore che testimonia lo stretto legame tra consenso e proporzionalità. Come detto più sopra, Letsas sostiene – giustamente, a mio avviso – che il test di proporzionalità richiede che la Corte disponga di una teoria della giustizia⁶²: infatti, è impossibile stabilire se una misura governativa viola o meno una disposizione del trattato in assenza di un parametro che spieghi cosa si intende quando si parla di democrazia, di morale o, anche, di rapporto di necessità. Tuttavia, nulla esclude che quella teoria consideri giusto appellarsi alla volontà della maggioranza degli Stati, almeno in certe situazioni: ed è proprio quello che fa la Corte europea quando analizza la condotta degli Stati per sincerarsi dell'esistenza di un approccio comune al problema in esame, per esempio in tema di morale⁶³ o di religione⁶⁴. In simili circostanze, la prassi successiva si innesta sul principio di proporzionalità condizionandone l'esito.

Veniamo ora alla seconda situazione tipica di margine di apprezzamento strutturale, ovvero quella regolata dal principio di (non) competenza. Se ne ricorrono le condizioni, la Corte afferma di non essere in grado di esprimere un giudizio più ponderato e consapevole di quello che potrebbero emettere le autorità nazionali dello Stato convenuto: la loro vicinanza al caso in oggetto le rende infatti più sensibili e più perspicaci nella corretta valutazione degli interessi in gioco. Tuttavia, anche questa presa di distanze è stata inserita dalla Corte nell'ambito di un ragionamento che prende in considerazione i tre stadi di cui si compone il test di proporzionalità. Nel caso *Leyla Şahin c. Turchia*, per esempio, il giudice europeo si è interrogato sulla «necessità in uno Stato democratico» della proibizione di indossare il velo islamico negli edifici pubblici (nello specifico, il divieto era stato imposto dal regolamento di un'università), così argomentando:

⁶¹ Questo a voler accettare i termini del problema così come posti dalla Corte (si può infatti dubitare dell'esistenza di una pena che non dissuade, e nel caso esista, della sua sensatezza: di conseguenza, della sua legittimità). Si potrebbe però ribattere che è implausibile il caso contrario: che la bilancia, cioè, potesse propendere verso il riconoscimento di una violazione anche in presenza di una prassi unanime in senso contrario. Rispondo che, a prescindere dal realismo di un simile scenario, la mia intenzione è quella di analizzare la struttura argomentativa della pronuncia.

⁶² Letsas, *A Theory of Interpretation* cit., p. 90.

⁶³ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentenza del 20 settembre 1994, Serie A n. 295-A, par. 50.

⁶⁴ *Wingrove c. Regno Unito*, sentenza del 25 novembre 1996, ricorso n. 17419/90, par. 58.

Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance [...] It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society [...] and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context [...] Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context⁶⁵.

Secondo la Corte, in pratica, ciò che è necessario in un Paese democratico non prescinde da ciò che la grande maggioranza degli Stati (democratici) ritiene sia necessario. Poiché il concetto di religione assume una varietà di significati a seconda del Paese su cui ci si sofferma, quello che la società democratica prescrive sarà un insieme il cui contenuto rispecchia le numerose prassi europee, a loro volta espressione della più spiccata capacità di un governo di trovare la soluzione più adatta per i propri cittadini. Lo stesso discorso, peraltro, risulta valido nel caso dello Stato d'eccezione, sottocategoria di quello appena esaminato. In *Refah Partisi c. Turchia* alla Corte è richiesto di valutare la legittimità della messa fuorilegge di un partito islamista turco da parte della Corte costituzionale dello Stato chiamato in giudizio. Sempre nel corso di un'analisi della necessità della misura adottata, i giudici spiegano che:

In a country like Turkey, where the great majority of the population belong to a particular religion, measures taken in universities to prevent certain fundamentalist religious movements from exerting pressure on students who do not practise that religion or on those who belong to another religion may be justified under Article 9 § 2 of the Convention. In that context, secular universities may regulate manifestation of the rites and symbols of the said religion by imposing restrictions as to the place and

⁶⁵ *Leyla Şahin c. Turchia*, sentenza del 10 novembre 2005, ricorso n. 44774/98, par. 109. Nella citazione compare anche un riferimento all'atteggiamento degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Naturalmente – e come sto cercando di dimostrare in questo paragrafo – gli approcci della Corte si sovrappongono tra loro, e i tentativi di categorizzarli sono utili rappresentazioni di una realtà più complessa. Se ho inserito il presente caso come esempio del principio di sussidiarietà è anche perché il riferimento, qui, non è tanto alla prassi normativa degli Stati quanto alle loro diverse idee sul ruolo della religione nella società. Va da sé che le due cose sono strettamente correlate.

manner of such manifestation with the aim of ensuring peaceful co-existence between students of various faiths and thus protecting public order and the beliefs of others⁶⁶.

Quello che in condizioni di normalità sarebbe permesso – e cioè formare un partito in virtù della libertà di associazione garantita dall'articolo 11 della Convenzione – può essere precluso in una situazione emergenziale. Quindi, il test di proporzionalità può e forse deve tenere conto, nello stimare ciò che è necessario in uno Stato democratico, delle circostanze peculiari in cui quello stesso Stato si trova: l'idea di necessità non fluttua nel vuoto, e deve confrontarsi tanto con le prassi seguite dagli altri Paesi, quanto con le condizioni che impediscono di farlo. In realtà la tesi che ho qui espresso non è del tutto in contrasto con quella propugnata da Letsas. Esiste infatti una possibile obiezione agli esempi che ho citato, un'obiezione che sottolinea il senso – o meglio, quello che io individuo come tale – della distinzione operata dall'internazionalista greco. Ho cercato di dimostrare come il principio di proporzionalità sia effettivamente presente anche nei casi di «apprezzamento strutturale», e come la Corte europea ricorra alle nozioni di consenso o di eccezione anche mentre applica i tre stadi di cui si compone il test. Tuttavia, il mio modello rischia di diventare solamente una variante più sofisticata, e non più corretta, di quello di Letsas se teniamo conto del peso relativo che il margine di apprezzamento assume durante la fase di bilanciamento. La differenza tra concezione sostanziale e concezione strutturale, in fin dei conti, sta proprio qua: nel fatto che nella prima il margine di apprezzamento è usato come sinonimo di proporzionalità, mentre nella seconda esso diventa un argomento che chiude definitivamente ogni tentativo di contemperare gli interessi individuali e quelli collettivi. Nella misura in cui ciò è vero, allora, ha scarsa importanza il fatto che la dottrina del margine sia invocata dai giudici di Strasburgo nell'applicazione del test di proporzionalità, dal momento che quest'ultimo si conclude nell'esatto momento di quell'invocazione: se ogni fattore messo su uno dei piatti della bilancia pesa di meno del margine di apprezzamento, il test può dirsi concluso e lo Stato ha carta bianca.

Le cose però non stanno così. Un altro elemento che Letsas non sottolinea abbastanza, infatti, è che il principio di proporzionalità emerge anche in coda al margine di apprezzamento strutturale. Lungi dall'essere l'argomento definitivo di ogni discorso – quello cioè che ne stabilisce l'esito giuridico – la teoria del margine è essa stessa soggetta al sindacato del giudice, che è tenuto a valutare la legittimità della condotta statale nelle circostanze concrete.

⁶⁶ *Refah Partisi (Partito del Benessere) e altri c. Turchia*, sentenza del 13 febbraio 2003, ricorsi congiunti nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, par. 95.

Anche ricorrendo i presupposti per la concessione di un margine di discrezionalità, Strasburgo rimane la sede del giudizio di ultima istanza sull'esistenza di una violazione. La giurisprudenza della Corte ha ormai eletto a corollario del teorema del margine di apprezzamento il fatto che «while [...] the margin of appreciation is wide, it is not all-embracing»⁶⁷. Nonostante questa formula sia recente, l'idea che essa sottintende fa la sua comparsa in tempi più risalenti. Nel 1979, nel caso *Sunday Times c. Regno Unito*, i giudici affermavano che:

The domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground in this area. [...] Accordingly, here a more extensive European supervision corresponds to a less discretionary power of appreciation⁶⁸.

L'esistenza di una concordanza di vedute tra i Paesi membri del Consiglio d'Europa non comporta, per lo Stato convenuto, l'adesione forzata alla prassi dominante. Semplicemente, il suo margine di apprezzamento si restringe, obbligandolo a fornire argomentazioni più solide a sostegno della propria tesi: solo in tal caso gli sarà concesso di agire in contrasto con l'approccio maggioritario. Va rilevato che questo ragionamento sembra valere anche in direzione opposta. L'assenza di un punto di vista condiviso su una determinata questione fa sì che gli Stati dispongano di un maggior grado di libertà nel risolverla, senza che questo faccia venire meno il diritto della Corte di sindacare le scelte compiute⁶⁹. In definitiva, la prassi successiva delle parti sembra essere uno dei fattori che il giudice europeo deve tenere in considerazione nel valutare l'estensione dei loro obblighi: un elemento certamente importante, ma non definitivo. Il test di proporzionalità, di conseguenza e contrariamente a quanto sembra dirci il saggio di Letsas, è pervasivo, nel senso che la Corte non può sottrarsi dall'operare un bilanciamento anche in presenza di una prassi coerente. Laddove ciò non è stato fatto, i giudici hanno agito contro i principi che essi stessi hanno statuito. Resta ora da scoprire la natura di questa prassi, dopo averne indagato più approfonditamente le dinamiche di relazione con il margine di apprezzamento e con il principio di intertemporalità.

⁶⁷ *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, sentenza del 6 ottobre 2005, ricorso n. 74025/01, par. 82.

⁶⁸ *The Sunday Times c. Regno Unito*, par. 59.

⁶⁹ Così, «the differences in the approaches adopted by the Contracting States do not, as such, make any solution reached by a legislature acceptable. It does not absolve the Court from carefully examining the arguments discussed in the legislative process and from examining whether the arguments advanced by the Government for justifying the difference of treatment in issue are relevant and sufficient»: *S.H. e altri c. Austria*, par. 69.

5. La prassi successiva nella giurisprudenza della Corte europea

Pur soggetta all'esame della Corte, la prassi continua a essere una considerazione rilevante nel percorso argomentativo della giurisprudenza europea. Per questo motivo risulta fondamentale chiarire il ruolo che essa gioca nei ragionamenti dei giudici. Poiché si ha talvolta l'impressione che essa sia utilizzata, come variabile del margine di apprezzamento, per evitare di decidere casi «scottanti» e di prendere decisioni politicamente sconvenienti, è bene tentare di comprenderne il meccanismo, diventando capaci di distinguerne gli usi corretti da quelli errati.

5.1. Prassi successiva e logica del margine di apprezzamento

Sulla relazione che sussiste tra margine di apprezzamento e comportamento degli Stati membri del Consiglio d'Europa alcune cose sono già state dette sopra⁷⁰. In questo paragrafo intendo soffermarmi su un tema che richiede un'ulteriore spiegazione, e cioè la logica di questo rapporto. Desidero cioè chiedermi se i due elementi devono essere obbligatoriamente compresenti, o se, al contrario, non sussiste alcuna relazione di necessità tra loro. Le conclusioni cui siamo giunti alla fine del quarto paragrafo suggeriscono una risposta solo parziale a questa domanda, e non permettono di apprezzare la complessità del tema. Se è vero, come ho detto, che il consenso tra gli Stati è uno degli elementi che possono essere messi sui piatti della bilancia durante il test di proporzionalità, si può essere tentati, in prima battuta, di inferire la sua prescindibilità all'interno della teoria del margine di apprezzamento. Infatti:

The Court concludes in the present case that the decision whether crucifixes should be present in State-school classrooms is, in principle, a matter falling within the margin of appreciation of the respondent State. Moreover, the fact that there is no European consensus on the question of the presence of religious symbols in State schools [...] speaks in favour of that approach⁷¹.

Il giudice di Strasburgo sostiene che esistono casi in cui, in linea di principio, il margine di apprezzamento emerge come diritto dello Stato convenuto. La mancanza di un consenso tra le

⁷⁰ V. *supra*, par. 4 e 4.1.

⁷¹ *Lautsi e altri c. Italia*, sentenza del 18 marzo 2011, ricorso n. 30814/06, par. 70.

parti appare solamente come una condizione supplementare («moreover») che rafforza – senza costituire il fondamento – la concessione di una certa discrezionalità. Il margine di apprezzamento può dunque apparentemente sussistere senza che la prassi degli Stati venga in rilievo. Interessante a notarsi, non sarebbe vero il contrario. Ammettendo che la teoria del margine non richieda il consenso, il consenso – più precisamente: il suo esserci e il suo non esserci – parrebbe esigere il margine di apprezzamento. Nel momento in cui la Corte decide di analizzare il comportamento delle parti, non potrà sottrarsi dal dichiarare la presenza di un più ampio (qualora non esista una prassi uniforme) o meno ampio (qualora tale prassi esista) margine di apprezzamento.

Mi chiedo però se le cose stanno veramente così, o se, al contrario, affermare in astratto e su base pregiudiziale che certi diritti sono per definizione terreno di gioco del margine di apprezzamento non sia in realtà scorretto. A mio avviso, dire che un certo ambito ricade, in linea di principio («in principle»), all'interno del margine di discrezionalità concesso allo Stato è come dire che l'esito del bilanciamento tra i diritti richiamati nel caso in esame è, in linea di principio, «proporzionato», e questo già prima di compiere il test di proporzionalità. Se una parte contraente sta agendo oppure no entro i confini del margine accordatole è, in definitiva, il punto di arrivo – e non di partenza – di un'indagine che la Corte deve condurre tenendo in considerazione tutti i fattori che possono risultare utili al fine di attribuire significato a una norma, nello stesso modo in cui un giudice è tenuto a percorrere l'intero art. 31 della Convenzione di Vienna prima di approdare a una soluzione ponderata del quesito interpretativo su cui è chiamato a pronunciarsi. Dall'insieme di questi elementi probatori, a mio avviso, la prassi degli Stati non può essere eliminata: essa può magari essere superata da considerazioni che la Corte individua come più pressanti, ma non può essere ignorata. La possibilità, per il giudice, di non prendere in considerazione la condotta delle parti si tradurrebbe in un'inaccettabile arbitrarietà del giudizio.

Dicendo ciò non faccio altro che ribadire il ruolo di primo piano giocato dal bilanciamento degli interessi. Il giudice di Strasburgo, infatti, non ha mai sostenuto la naturale appartenenza di questo o quel tema all'ambito del margine di apprezzamento, e anzi ha di frequente sottolineato che le decisioni degli Stati contraenti non possono da ultimo sfuggire al vaglio del test di proporzionalità. Affermare il contrario significherebbe permettere – per attenerci al caso poco sopra citato – che l'eventuale presenza di un consenso europeo non possa sfondare il muro di un margine di apprezzamento stabilito «in linea di principio». Trovo questa un'interpretazione poco plausibile delle parole della Corte europea, la quale, del resto, non ha mai risolto un caso controverso facendo valere il margine di apprezzamento in via presuntiva

e senza accennare al comportamento degli Stati contraenti. Il problema più interessante, a ben vedere, emerge a questo punto, e riguarda il peso che il giudice ha di volta in volta attribuito alla prassi statale. Secondo una lettura più convenzionale, infatti, in presenza di un consenso delle parti la Corte non dovrebbe fare altro che riconoscere la prevalenza dell'interpretazione condivisa della norma; viceversa, l'assenza di un atteggiamento comune darebbe carta bianca allo Stato convenuto. In effetti la giurisprudenza di Strasburgo ha molto spesso più o meno consapevolmente avallato questo punto di vista – che io chiamo «approccio forte» alla questione del consenso – con decisioni poco argomentate. Tuttavia, esiste un modo differente di affrontare questo tema, secondo un «approccio debole» non solo valido in teoria ma anche rintracciabile, seppur con qualche difficoltà, nella pratica della Corte. Ecco uno schema che mette a confronto i due approcci:

	Approccio debole	Approccio forte
C'è consenso	Lo Stato contraente può ancora svincolarsi dal consenso	Lo Stato contraente è obbligato a seguire la maggioranza
Non c'è consenso	Lo Stato contraente può ancora essere obbligato su altre basi	Lo Stato contraente è libero di fare ciò che ritiene più giusto

Un attento sguardo alla tabella permette di notare una cosa significativa: l'interprete non è vincolato a un approccio puramente forte o a uno esclusivamente debole, dal momento che un'assenza «forte» di consenso può coesistere con una presenza «debole» dello stesso, e viceversa. Più precisamente, non è affatto insensato e neppure incoerente pensare che l'esistenza di una prassi condivisa imponga allo Stato convenuto di adeguarvisi e che, di contro, il disaccordo interpretativo possa essere superato sulla base di considerazioni più cogenti. Nell'altro senso, si può ritenere verosimile che il consenso europeo non sia di per sé sufficiente a vincolare uno Stato a un dato comportamento e che, allo stesso tempo, il dissenso sia visto come ostacolo insormontabile all'adozione di un'interpretazione evolutiva uniforme. In altre parole, ciascuna delle possibili combinazioni (quattro) è del tutto accettabile dal punto di vista strettamente logico.

Come già affermato nel paragrafo precedente, però, l'approccio forte confligge col principio di proporzionalità secondo il quale è necessario operare un corretto bilanciamento degli elementi in campo, tra i quali il consenso assume un ruolo forse non paritario, ma di certo

nemmeno preventivamente sovraordinato. La decisione definitiva non può essere affidata al gioco mutevole delle maggioranze, sia che queste prendano una posizione conservatrice, sia che si schierino a favore di istanze progressiste. Un paio di esempi sono già stati fatti⁷², ma vale la pena di illustrarne un altro. Il recente caso *A., B. e C. c. Irlanda* tratta delle pesanti restrizioni che quello Stato prevede in materia di aborto, proibito se non in circostanze eccezionali (il rischio per la vita della gestatrice). Le tre ricorrenti sostengono che il loro Paese ha violato il diritto alla vita privata di cui godono in base all'art. 8 della Convenzione, la quale – proseguono – riconosce ormai il diritto all'aborto anche grazie a una prassi europea sempre più concorde. La Corte non smentisce il valore di questo consenso nell'interpretazione dell'art. 8. Tuttavia, essa si rifiuta di considerarlo un argomento conclusivo: «[h]owever, the Court does not consider that this consensus decisively narrows the broad margin of appreciation of the State»⁷³. Per i giudici di Strasburgo esistono altre considerazioni, di diversa natura, cui attribuire valore al fine di comprendere se l'art. 8 si è «trasformato» in una norma a protezione del diritto all'aborto. La Corte nota infatti che «there [is] no European consensus on the scientific and legal definition of life»⁷⁴: frase, questa, dichiaratamente ripresa dal precedente caso *Vo c. Francia*⁷⁵. Ciò che interessa in questa sede è il riferimento all'opinione della comunità scientifica, ovvero a un elemento che prescinde – in linea teorica, almeno⁷⁶ – dall'accettazione da parte della società o dei governi. Detto altrimenti, la nozione di verità scientifica entra nel ragionamento della Corte come elemento distinto rispetto a quello, di carattere meramente «numerico», per mezzo del quale essa contrappone maggioranza e minoranza in seno al Consiglio d'Europa. In questo caso l'analisi delle disposizioni giuridiche e quella delle convinzioni scientifiche in merito all'origine della vita puntano nella stessa direzione: quella dell'indeterminatezza, dell'impossibilità di trovare un

⁷² Si vedano le note 57 e 58 e il relativo testo.

⁷³ *A., B. e C. c. Irlanda*, sentenza del 16 dicembre 2010, ricorso n. 25579/05, par. 236. L'ampiezza delle maggioranze considerate dalla Corte dipende dalle differenti circostanze fattuali – le tre ricorrenti si trovano in situazioni diverse e lamentano il mancato adeguamento della legislazione irlandese su più fronti – ma è lo stesso giudice a notare che solo in tre Stati parti vigono norme più restrittive.

⁷⁴ Ivi, par. 237.

⁷⁵ *Vo c. Francia*, sentenza del 8 luglio 2004, ricorso n. 53924/00, par. 82.

⁷⁶ Intendo dire che la motivazione fornita dalla Corte è talmente poco dettagliata che non si comprende bene se, per i giudici, debba esserci corrispondenza tra il consenso scientifico e quello giuridico e, più precisamente, se il primo non possa essere attinto dall'interprete solamente attraverso il secondo. Tuttavia, le parole riportate supportano pienamente la mia ipotesi, senza forzature, e viene spontaneo chiedersi in che senso si sarebbe pronunciata la Corte qualora l'esistenza di un consenso scientifico si fosse dimostrata in conflitto con l'assenza di un consenso giuridico (o, anche, con la presenza di un consenso contrapposto). Su questo si veda *infra*, par.

accordo. Ma non è un esito scontato, dato che nulla impedisce che la prova scientifica porti a restringere (o annullare) un margine di apprezzamento che il semplice conteggio degli Stati «contro» e «a favore» tenderebbe ad ampliare. È possibile quindi andare oltre il consenso⁷⁷.

Naturalmente, ciò vale in ambo i sensi. Così come è possibile individuare argomenti per rigettare un consenso esistente, è possibile trovarne altri per supplire alla sua mancanza. Un indizio di questa eventualità è presente sempre nel caso *A., B. e C. c. Irlanda*, appena poche righe sopra le citazioni precedenti. Nota infatti la Corte che:

[g]iven this consensus amongst a substantial majority of the Contracting States, it is not necessary to look further to international trends and views which the first two applicants and certain of the third parties argued also leaned in favour of broader access to abortion⁷⁸.

I giudici sembrano affermare, seppure in forma non diretta, che l'assenza di un accordo europeo in tema di aborto avrebbe portato con sé la possibilità di indagare la prassi internazionale per rinvenire tracce di un consenso non circoscritto al Consiglio d'Europa. Va da sé che questa investigazione sarebbe del tutto ingiustificata se il consenso internazionale non fosse capace di ridurre il margine di apprezzamento dello Stato convenuto anche in presenza di posizioni europee discordi. Questo principio resta valido nonostante l'implausibilità delle premesse: è infatti poco verosimile che qualora gli Stati parti della

⁷⁷ Qualcuno potrebbe affermare che, lungi dal rigettare il ruolo del consenso, la Corte ne sta qui raddoppiando l'importanza, creando una sorta di doppio livello, uno riguardante lo standard di tutela, l'altro la sua obbligatorietà: «the Court's apparent reason for not finding that Ireland's margin of appreciation is narrowed by consensus is a simple reiteration of the fact that Ireland has a margin. What the Court may mean is that although there is consensus on the situations where the interests of the mother can outweigh those of the foetus (i.e risk to health, well-being), this consensus is inapplicable because the logically prior, abstract question, namely, whether the unborn is a 'life' to be protected at all, is still wholly up for debate» (S. Krishnan, *What's the Consensus? The Grand Chamber's Decision on Abortion in A, B and C v Ireland*, in «European Human Rights Law Review», 2011, XI, p. 203). Ammesso e non concesso che il primo livello (quello sul concetto di vita) sia strettamente riconducibile all'ordinaria nozione di consenso – come già detto, non credo che l'idea di (in)certezza scientifica sia sovrapponibile a quella di (non) accettazione giuridica – emerge un altro problema: la Corte non può, senza le opportune spiegazioni, affermare che la larga diffusione di una legislazione permissiva in termini di aborto corrisponde al consenso di cui gode non la convinzione che l'aborto debba essere consentito, ma solo che esso, qualora sia consentito, debba rispettare certi criteri. Solo facendo riferimento a un parametro «esterno» (quale l'accordo o il disaccordo in ambito scientifico) è possibile operare tale distinzione.

⁷⁸ *A., B. e C. c. Irlanda*, par. 235.

Convenzione non trovino un accordo, un consenso più generale possa essere riscontrato a livello globale. Del resto improbabile non significa impossibile, soprattutto se i criteri di rilevazione della prassi internazionale adottati dalla Corte di Strasburgo dovessero rivelarsi maggiormente laschi di quelli da essa riservati all'individuazione di un consenso europeo. Inoltre, è indispensabile notare che l'obiettivo dei giudici potrebbe non essere quello di verificare l'esistenza di una posizione maggioritaria sul piano internazionale, ma semplicemente quello di sopperire alla mancanza di consenso europeo con «frammenti» di consenso esterno: cioè, abbassare la soglia della maggioranza (di Stati europei) necessaria a restringere il margine di apprezzamento delle parti. Tutto ciò è ancora più interessante in una prospettiva intertemporale. Per questo motivo mi soffermerò ora brevemente ad analizzare tale aspetto sistemico della prassi successiva, prima di passare a studiarne la composizione.

5.2. Prassi successiva e intertemporalità

Si è già detto prima come l'interpretazione evolutiva della Convenzione europea dei diritti dell'uomo segua, in massima parte, il cammino indicato dalla prassi successiva delle parti. Questo perché, con la ritrosia della Corte ad affidarsi al significato naturale (e naturalmente mobile) delle parole del trattato, l'unico mezzo per far progredire i diritti in esso contenuti è quello di rinvenire prove dell'avvenuta evoluzione nel comportamento dei membri del Consiglio d'Europa. Ciò non significa che solamente la prassi statale sia utilizzata a tal fine; come vedremo nel prossimo paragrafo, infatti, altri sono i fattori che i giudici tengono in considerazione per capire se c'è stato oppure no un mutamento di significato. Quello che intendo dire, invece, è che tutti questi elementi sembrano posti dalla Corte sullo stesso piano (argomentativo) su cui si trova la prassi successiva, in un test di proporzionalità in cui ogni indizio è utile per verificare l'eventuale esistenza di un consenso, non solo europeo. In ogni caso, ciò che rileva è che l'idea stessa di prassi successiva implichi quella di intertemporalità, che com'è ovvio sta alla base dell'interpretazione evolutiva. Il concetto è semplice, ma le conseguenze sono importanti: cercherò di spiegarlo con un esempio.

Si ricorderà il summenzionato caso *Leyla Şahin c. Turchia*, dove la Corte è chiamata a chiarire se, ai sensi degli artt. 8 (rispetto della vita privata), 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione) e 10 (libertà di espressione) della Convenzione, il bando del velo islamico da parte dell'università cui è iscritta la ricorrente sia da considerarsi compatibile con i diritti garantiti dal trattato. Nel commentare l'esito del contenzioso – sfavorevole per Leyla Şahin data

l'impossibilità di trovare un consenso europeo in merito alla libertà di espressione – Vanneste afferma quanto segue:

The question was not so much whether the consensus established the existence of a new rule (*in casu* an international obligation to prohibit the prohibition of headscarves in universities), but rather whether the consensus resulted in a narrow margin for States when balancing various rights (*in casu* the right of the individual to express her religion via the headscarf at university versus the right of the State to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order)⁷⁹.

L'autore citato contrappone chiaramente la concessione di un più o meno ampio margine di apprezzamento all'atto di creazione di una nuova norma internazionale. Non credo però che le due cose siano in conflitto, tutt'altro. Poco importa che la prassi degli Stati non permetta di riconoscere l'emergere di una «proibizione di proibire» – evento, tra l'altro, difficile da stabilire sul piano giuridico, perché in casi di questo tipo generalmente le autorità si limitano a non proibire. Ciò che l'interprete deve indagare, in un'ottica intertemporale, è piuttosto se il numero delle proibizioni «di primo livello» (le leggi, cioè, che proibiscono i simboli religiosi) ha subito una qualche variazione. Se, per esempio, una grande maggioranza di Paesi contrari all'esposizione di quei simboli si fosse convertita a una visione più liberale e avesse abrogato le restrizioni, a quel punto nessuno avrebbe potuto negare una tendenza a considerare queste ultime in contrasto con il giusto modo di intendere la libertà di espressione e, quindi, con la Convenzione, che tale libertà protegge. E questo pure nella perdurante assenza di leggi che proibiscono di proibire.

In definitiva, i due momenti indicati da Vanneste possono essere sì logicamente distinti, ma non possono essere scissi sul piano della verifica giudiziale: il bilanciamento degli interessi viene deciso anche sulla base del consenso, e questo assume significato alla luce dei mutamenti delle norme nel tempo. La domanda che il giudice si pone, di conseguenza, riguarda in modo imprescindibile l'esistenza di una nuova norma – dato che l'elemento intertemporale del consenso non può essere ignorato – e semplicemente accade che tale domanda abbia spesso risposta negativa (se il cambiamento non c'è stato o la sua entità è insufficiente). Chiaramente, questo non è un motivo ragionevole perché la Corte non si interroghi in proposito.

⁷⁹ F. Vanneste, *General International Law Before Human Rights Courts* cit., p. 275.

In effetti, la giurisprudenza europea ha di frequente tenuto conto della componente evolutiva del consenso, intensificando negli ultimi anni questa propensione e finendo coll'attribuire a tale elemento, in almeno un caso, un peso davvero significativo. Se in numerose circostanze, infatti, la Corte ha ritenuto che il trend ravvisabile nel comportamento degli Stati non potesse avere la meglio sulla mancanza di una stabile posizione in seno al Consiglio d'Europa⁸⁰, altrove essa ha fatto leva sulla natura mobile delle opinioni degli Stati per «completare» il quadro del consenso⁸¹. Addirittura, nel celebre caso *Goodwin c. Regno Unito* – in cui in ballo era il diritto dell'individuo transessuale al riconoscimento giuridico degli effetti di un'operazione di riassegnazione del sesso – la Corte è giunta ad anteporre al consenso l'esistenza di un indirizzo chiaro seppur non da tutti condiviso:

The Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals⁸².

Il fatto che manchi il consenso è, agli occhi dei giudici, trascurabile rispetto all'indubitabile progresso delle legislazioni europee in direzione di una maggiore tutela nei confronti delle persone transessuali. Dunque un accordo di massima tra i membri del Consiglio non solo non

⁸⁰ Tra i numerosi esempi disponibili si veda la recente pronuncia in *Stummer c. Austria*, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n. 37452/02: «In sum, it appears that there is no sufficient consensus on the issue of the affiliation of working prisoners to the old-age pension system. While Rule 26.17 of the 2006 Rules reflects an evolving trend, it cannot be translated into an obligation under Article 4 of the Convention» (par. 132). Dunque l'aspetto intertemporale emerge come componente irrinunciabile, anche se non risolutiva, dell'argomentazione della Corte: pur tenendo conto del fatto che «at the material time there was no common ground regarding the affiliation of working prisoners to domestic social security systems» e che «[t]his lack of common ground was reflected in the 1987 European Prison Rules, which did not contain any provision in this regard», essa nota che «there is an evolving trend: in contrast to the 1987 European Prison Rules, the 2006 European Prison Rules [...]». La comparazione tra due momenti diversi è carica di significato.

⁸¹ «With regard to the situation in other member States of the Council of Europe, the Court notes, contrary to the Government's assertions [...] a distinct tendency in favour of eradicating discrimination against adulterine children. It cannot ignore such a tendency in its – necessarily dynamic – interpretation of the relevant provisions of the Convention»: l'interpretazione evolutiva si nutre di ogni aspetto dinamico (*Mazurek c. Francia*, sentenza del 1 febbraio 2000, ricorso n. 34406/97, par. 52).

⁸² *Christine Goodwin c. Regno Unito*, sentenza dell'11 luglio 2002, ricorso n. 28957/95, par. 85.

è, come si è già visto, un fattore indispensabile nel processo di evoluzione dei diritti umani garantiti dalla Convenzione: esso può addirittura essere depotenziato in qualcosa di simile a una «promessa di futuro consenso».

In questa prospettiva l'aspetto dinamico dell'interpretazione si intreccia con quello statico, dando vita al problema di quale dei due debba prevalere in caso di conflitto. Se infatti in numerose occasioni la Corte ha preteso, al fine di prendere una posizione progressista su un tema controverso, il raggiungimento di una soglia molto vicina all'unanimità (punto di vista statico), in altre circostanze ha ritenuto sufficiente che un numero di gran lunga inferiore di Stati mutasse orientamento per avallare la loro posizione (punto di vista dinamico). La giurisprudenza europea testimonia dunque di casi in cui l'interpretazione evolutiva è scattata quando ha cambiato opinione una «great majority of the member States»⁸³, e di altri in cui il giudice si è accontentato che lo facesse un «great number of member States»⁸⁴, senza meglio precisare l'entità numerica del riposizionamento. Ma non è tutto. C'è almeno un episodio in cui la soglia è stata ulteriormente abbassata, un caso in cui, però, la Corte ha basato l'interpretazione evolutiva della disposizione in esame non sul numero di parti contraenti che nel corso del tempo avevano emendato la propria legislazione, bensì su un'immagine statica della realtà al tempo della pronuncia. In tale caso, infatti, è bastata una semplice «majority of States»⁸⁵.

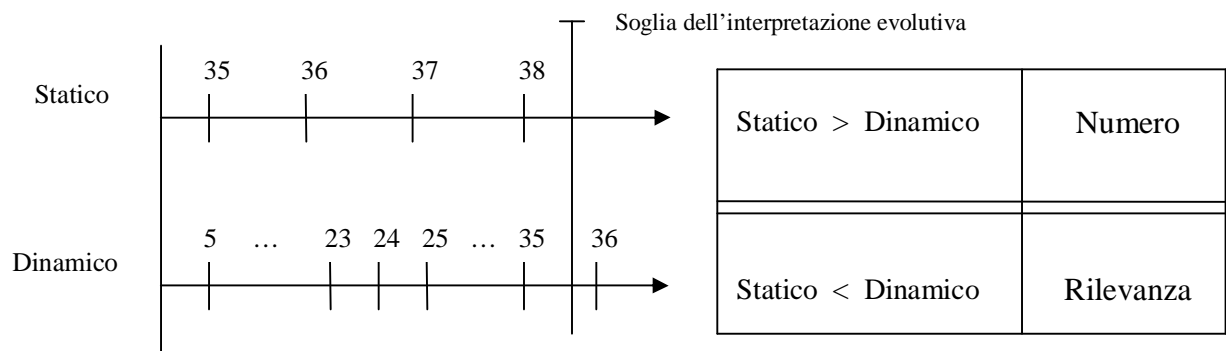
Vediamo allora quali conseguenze è possibile trarre dai dati appena illustrati. La notevole variabilità esistente tra le diverse soglie cui la Corte europea fa di volta in volta riferimento

⁸³ «[I]n the great majority of the member States of the Council of Europe it is no longer considered to be necessary or appropriate to treat homosexual practices of the kind now in question as in themselves a matter to which the sanctions of the criminal law should be applied; the Court cannot overlook [these] marked changes»: *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, ricorso n. 7525/76, par. 60.

⁸⁴ «[I]n a great number of member States of the Council of Europe efforts have been, or are being, made to improve the legal status of children born out of wedlock [...]. In its consideration of this part of the present case, the Court cannot but be influenced by these developments»: *Johnston e altri c. Irlanda* cit., par. 74. Qui la Corte si limita a citare il preambolo della Convenzione sullo statuto giuridico dei figli nati fuori matrimonio (1975), dimostrando di prendere per buona questa affermazione più retorica che rigorosa.

⁸⁵ La Corte nota, con l'obiettivo di giustificare la necessità di un cambio di giurisprudenza, che «there is widespread consensus amongst Council of Europe member States» (*Micallef c. Malta*, sentenza del 15 ottobre 2009, ricorso n. 17056/06, par. 78), ma poco più sopra, tra le considerazioni di fatto, si comprende che questo «widespread consensus» è composto da null'altro che una «majority of States» (par. 31). La quale, a ben guardare, non è nemmeno una maggioranza reale! Gli Stati che compaiono in elenco sono infatti 22 e, se non mi sbaglio, nemmeno a voler considerare l'epoca della violazione (anziché quella della pronuncia) tale numero rappresentava la maggioranza assoluta dei membri del Consiglio d'Europa.

permette di costruire modelli in cui l'aspetto statico e quello dinamico del consenso si combinano in modi interessanti e forse problematici. Uno di questi modelli è raffigurato dall'immagine sottostante, dove, con numeri non veri ma verosimili, accosto due differenti soglie cui i giudici di Strasburgo hanno fatto riferimento. La prima è rappresentata dal limite «classico», cioè quello statico: la Corte è disposta a cedere all'interpretazione evolutiva qualora la quasi totalità degli Stati aderisca all'opinione progressista. La seconda, invece, è definita dalla giurisprudenza dinamica, laddove la Corte prende in considerazione il trend in atto entro i confini europei (e, come vedremo, non solo); in tal caso il cambio di orientamento avviene qualora questa tendenza sia sufficientemente marcata. Il caso *Goodwin* però ci insegna che, per quanto significativa, la tendenza può fermarsi ben prima del punto in cui il consenso statico permette di interpretare evolutivamente: nel grafico, per esempio, ipotizzo che una soglia di 38 Stati, insufficiente per attribuire alle disposizioni un nuovo significato, sia maggiore di quella (31 Stati: 36 - 5) che, identificando un nuovo trend, consente l'interpretazione dinamica.



A un numero maggiore di Stati corrisponde quindi, potenzialmente, una minor rilevanza nell'argomentazione della Corte: cioè, l'esistenza di un – supponiamo – «great number of member States» che muta opinione conta maggiormente della presenza di un più vasto gruppo di Stati che supporta posizioni progressiste, gruppo di dimensioni tuttavia insufficienti per un'interpretazione evolutiva. Si tratta di un'applicazione particolare del «principio Goodwin», secondo il quale il trend conta più del numero di Stati favorevoli a una certa interpretazione in un dato momento, potendo però questo numero essere superiore a quello dal quale si desume l'evoluzione in atto. Per esempio, si potrebbe pensare che la presenza di 40 Stati con legislazioni particolarmente avanzate, pur costituendo una soglia inadeguata per far progredire i diritti della Convenzione, non sia da considerarsi un ostacolo di fronte all'esistenza di 30 Stati che quelle norme le hanno modificate nel corso del tempo. Tuttavia, una domanda sorge

spontanea. È vero che quando la Corte parla di consenso non fa altro che scattare una fotografia della situazione normativa contemporanea alla pronuncia, mentre l'analisi del trend può essere più correttamente assimilata a un «film» sulla storia dei diritti in Europa; ed è altrettanto vero che tale dicotomia è frutto di una distinzione che i giudici di Strasburgo hanno operato scientemente: nonostante ciò viene da chiedersi come sia possibile stabilire un confine tra i due elementi, dal momento che – data la stessa natura dell'interpretazione evolutiva nel campo dei diritti umani – ogni consenso su una lettura progressista delle disposizioni del patto deve essere il risultato di una tendenza storica. In altre parole, se 40 Stati propugnano una versione «modernista» di un certo diritto, è difficile capire come il trend su cui ragiona la Corte possa essere composto di sole 30 parti: a meno di non voler considerare le altre dieci come un'avanguardia, da sempre.

Avanzo due tentativi di risposta. La prima prende in considerazione l'ipotetico innalzamento di una barriera temporale *a quo*. Gli avvenimenti di rilevanza giuridica accaduti a partire da quel momento potrebbero, a differenza di quelli accaduti prima, essere tenuti in conto dai giudici ai fini dell'individuazione di una tendenza giuridica in corso. Naturalmente tale punto sarebbe fissato al momento dell'entrata in vigore del Convenzione europea. La logica sottostante a questo argomento è semplice: ciò che conta non è il mero mutamento di norme da parte di un certo numero di Stati, bensì il fatto che questi ultimi agiscano nella convinzione di ottemperare a un dovere imposto dal trattato. In pratica, quando si tratta di interpretare un testo si deve dare valore solamente alle azioni che, presumibilmente, sono state scatenate dalle sue disposizioni; impossibile, di conseguenza, ricercare l'esistenza di un trend interpretativo in atti precedenti il trattato stesso. Del resto, tale è la *ratio* dell'art. 31(3)(b) della Convenzione di Vienna, che prescrive il ricorso alla prassi successiva all'accordo tra le parti, e illustrativa di questo.

Ammetto che questa prima spiegazione non mi convince. Innanzitutto perché, come evidenziato anche verso l'inizio del capitolo, la Corte non sembra sentirsi troppo vincolata al dettato della Convenzione sul diritto dei trattati, e questo a prescindere dalle affermazioni di principio⁸⁶. Inoltre – e sulla stessa linea – ci sono altri indizi che spingono a pensare che ai giudici della Corte interessi non tanto il punto di vista degli Stati parti in merito ai propri obblighi pattizi, quanto piuttosto il contesto culturale che fa da sfondo alle loro convinzioni. È così – come si vedrà nel prossimo paragrafo – che tra le considerazioni della Corte spuntano anche alcune osservazioni riguardanti ciò che avviene al di fuori dell'Europa. Per questi motivi mi sento di sostenere una tesi alternativa. Credo infatti che l'eventuale presenza di un

⁸⁶ V. *supra*, par. 2.

trend più contenuto rispetto al consenso (statico) possa imputarsi al fatto che, vista da Strasburgo, non ogni prassi statale è capace di certificare una presunta evoluzione dei diritti. Si può per esempio immaginare che le azioni degli Stati in tal senso, pur numerose, siano tutte troppo ravvicinate per testimoniare l'avvicinarsi a un consenso stabile e duraturo. In questa prospettiva ciò che conta, più della quantità della prassi, è la sua qualità; non il numero bensì il peso, da attribuire secondo criteri il più possibile trasparenti. E trasparente la Corte lo è stata, di recente, nel già citato caso *S.H. e altri c. Austria*:

The Court would conclude that there is now a clear trend in the legislation of the Contracting States towards allowing gamete donation for the purpose of *in vitro* fertilisation, which reflects an emerging European consensus. That emerging consensus is not, however, based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State⁸⁷.

La logica del ragionamento è chiara: il mutamento delle norme in tema di fecondazione *in vitro* è certo e ben visibile, ma si basa su una dinamicità che è intrinseca al campo legislativo considerato, e dunque incapace di provare l'esistenza di un'opinione generalizzata sulla *lex ferenda*. A ben vedere, il messaggio contenuto nel brano qui riportato è del tutto in linea con quanto abbiamo già visto: esattamente come accade per il consenso, infatti, si può ipotizzare che anche il caso del trend verso il consenso sia regolato dal meccanismo tipico dell'approccio debole, che rende l'accordo tra le parti (o la sua prospettiva) un elemento non definitivo nell'ottica di un eventuale mutamento delle norme⁸⁸. In altre parole, per quanto

⁸⁷ *S.H. e altri c. Austria*, par. 96. Qualcuno potrebbe fare presente che, nel ricondurre questo brano alla teoria che ho appena esposto, si finirebbe col privare tutta la prassi, anche quella costitutiva del consenso, del valore di *opinio juris*. Non sarebbe facile, cioè, capire perché un atto che – se riferito al trend – è incapace di dimostrare la volontà interpretativa dello Stato che lo compie diventi – se riferito al consenso – un valido supporto all'interpretazione. La risposta dipende dai possibili scenari, che sono due. Se nemmeno il consenso è sufficiente per far evolvere la disposizione in esame, il problema non si pone: si può concedere che la svalutazione della prassi operi sia sul trend che sull'accordo attuale. Se invece quest'ultimo permette l'interpretazione evolutiva, è opportuno ricordare che il contesto in cui colloco la mia ipotesi vede un consenso «qualitativamente» maggiore rispetto alla tendenza: ragione per cui si può pensare che il trend, pur se manifestatosi in tempi molto recenti e ridottissimi, sia talmente esteso da tramutarsi in consenso.

⁸⁸ Ovviamente vale anche il contrario: attestare la stabilità delle legislazioni nazionali in una data materia non dovrebbe essere motivo sufficiente, per la Corte, per rigettare un'interpretazione evolutiva di una disposizione.

palese possa essere il trend legislativo in ambito europeo, la Corte non sarà mai vincolata a un esito giurisprudenziale progressista, potendo subentrare altri elementi di valutazione che vanno in senso contrario. Tra di essi, anche considerazioni che svalutano il ruolo del consenso o, come si è appena visto, degli indizi che promettono di condurvi. Questa è una conclusione molto importante, addirittura indispensabile se si vuole evitare di far cadere nell'incoerenza la giurisprudenza del giudice europeo, il quale si serve di soglie numeriche che variano dal consenso pressappoco unanime a un accordo di massima che coinvolge una mera «majority of States». Nonostante ciò, è innegabile che la prassi sia di gran lunga il più frequente metodo cui il giudice di Strasburgo ricorre per far progredire la Convenzione. In considerazione di ciò, diventa fondamentale capire cosa la Corte riconosce come prassi successiva.

5.3. Contenuti e parametri del bilanciamento

Sapere che la prassi degli Stati parti riveste una grande importanza nel processo argomentativo della Corte, e che tuttavia essa trova un limite nell'individuazione di altri fattori che possono rafforzarne il valore o indebolirlo, non è di grande aiuto se non si va alla ricerca del materiale che i giudici utilizzano per comporla o per opporvisi. Questo è dunque l'ultimo obiettivo che mi pongo prima di chiudere il capitolo. Valuterò dapprima l'ampiezza della nozione di prassi che emerge dalla giurisprudenza della Corte, per poi passare a considerare, seppur molto succintamente, i criteri utilizzati per stimarne l'impatto sull'esito di un caso.

Escludendo il caso citato di seguito nel corpo del testo, il giudice europeo non si è mai a mia conoscenza occupato espressamente del tema. Un breve accenno, però, può forse essere trovato nella posizione dello Stato convenuto nel caso *A., B. e C. c. Irlanda*: «The violation of Article 8 in that case [cioè *Goodwin c. Regno Unito*] was based on a continuing international trend in favour of the legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals, even in the absence of European consensus, and on the fact that that no concrete or substantial hardship or detriment to the public would be likely to flow from a change in the status of transsexuals» (par. 188). L'Irlanda sta cercando di far passare l'idea che la tendenza europea verso una maggior protezione dei diritti dei transessuali si sia appoggiata, nel tentativo di far evolvere l'art. 8, all'impossibilità di ravvisarvi un pericolo per il bene pubblico. Impossibile sapere se lo Stato intendesse attribuire un mero valore rafforzativo all'assenza di un conflitto di interessi. Neppure la replica della Corte – che si limita a ribadire il ruolo giocato da un consenso reale (par. 232) – aiuta a capirlo: a mio avviso però il caso *Goodwin* permette di escludere che i giudici intendessero negare il principio secondo cui anche il trend non ha carattere ultimativo.

5.3.1. La prassi rilevante

Si può parlare di rilevanza della prassi in almeno due sensi. Il primo corrisponde all'idea che soltanto certi materiali, e non altri, possono manifestare il (presunto) convincimento da parte degli Stati parti che il trattato deve essere interpretato in un determinato modo. In questa prospettiva, ci sono «luoghi» che producono prassi potenzialmente utile per definire il significato di una norma e altri «luoghi» che generano prassi per così dire inerte, nel senso che l'interprete del trattato decide di non poter ravvisare in essa uno strumento adatto ai fini dell'interpretazione. Come si vedrà tra breve, la Corte europea dei diritti dell'uomo possiede una concezione piuttosto estesa di prassi. In una seconda accezione, poi, la prassi è rilevante se i materiali utili in potenza si dimostrano capaci di supportare l'esistenza di un accordo, anche di massima, in merito al significato da attribuire alle disposizioni del patto. Inizierò parlando concisamente di questo secondo tipo di rilevanza, e tenterò di chiarirlo con un esempio. Nel caso *Opuz c. Turchia* i giudici di Strasburgo si sono interrogati sulle potenzialità interpretative insite nelle varie legislazioni degli Stati parti, a dispetto di una apparente difformità di vedute di questi ultimi:

The Court notes at the outset that there seems to be no general consensus among States Parties regarding the pursuance of the criminal prosecution against perpetrators of domestic violence when the victim withdraws her complaints [...]. Nevertheless, there appears to be an acknowledgement of the duty on the part of the authorities to strike a balance between a victim's Article 2, Article 3 or Article 8 rights in deciding on a course of action. In this connection, having examined the practices in the member States [...], the Court observes that there are certain factors that can be taken into account in deciding to pursue the prosecution [...]. It can be inferred from this practice that the more serious the offence or the greater the risk of further offences, the more likely that the prosecution should continue in the public interest, even if victims withdraw their complaints⁸⁹.

Dunque la Corte, pure in assenza di un comportamento condiviso da tutti o quasi i membri del Consiglio d'Europa, ravvede l'esistenza di principi comuni desumibili dalla prassi. In pratica, c'è qualcosa che va al di là della mera sovrapposibilità delle normative nazionali, dal momento che leggi difformi possono comunque essere animate dallo stesso spirito. Ed è tale

⁸⁹ *Opuz c. Turchia*, sentenza del 9 giugno 2009, ricorso n. 33401/02, par. 138.

spirito che diventa il parametro di riferimento del giudice europeo: esso diventa cioè rilevante nonostante si incarni di volta in volta, nei diversi ordinamenti nazionali, in disposizioni tra loro non omogenee. Viene subito spontaneo domandarsi se possa avvenire anche il processo contrario; se, in altri termini, sia possibile trovarsi di fronte a una prassi tanto generalizzata da esprimere consenso ma ugualmente irrilevante in un'ottica interpretativa. In teoria la risposta non può che essere affermativa: basta che le norme da tutti condivise occultino un certo grado di dissenso o, più probabilmente, non riescano a dimostrare l'esistenza di un comune convincimento di fondo⁹⁰.

Ciò che più interessa, a mio avviso, è però il rapporto che intercorre tra queste considerazioni e l'idea di poter legittimamente discriminare tra casi di prassi accettabili e altri che non contano ai fini del raggiungimento di un consenso. Ancora una volta mi spiego avvalendomi di un esempio tratto dalla giurisprudenza della Corte, e solo apparentemente lontano dal punto in oggetto:

The Court considers that a review of practice across Council of Europe member States reveals a consensus that where multiple nationalities are permitted, the holding of more than one nationality should not be a ground for ineligibility to sit as a member of Parliament, even where the population is ethnically diverse and the number of MPs with multiple nationalities may be high. However, notwithstanding this consensus, a different approach may be justified where special historical or political considerations exist which render a more restrictive practice necessary⁹¹.

L'esistenza di un consenso, ci dice la Corte, non comporta automaticamente la necessità per gli Stati recalcitranti di adattarvisi, dal momento che fattori storici, politici o di altra natura possono essere chiamati in causa per giustificare l'adozione di un comportamento differente. Desidero tuttavia notare che la stessa presenza entro i confini nazionali di una popolazione etnicamente eterogenea – circostanza che i giudici prendono in considerazione – può a buon diritto essere considerata un elemento di carattere storico o politico dotato di ripercussioni sulla «scelta» della prassi. Esistono dunque non due, bensì tre circoscrizioni. Una è quella che tiene conto di tutte le parti del trattato. Un'altra è quella che tiene conto del singolo caso in

⁹⁰ Nei casi in cui tale convincimento non si identifica in un criterio oggettivo, credo che si possa stabilire un certo grado di parentela tra questo problema e quello del ruolo dell'*opinio juris* nell'individuazione della prassi successiva: in ambo le circostanze, infatti, assume preminenza l'aspetto soggettivo dell'azione statale.

⁹¹ *Republican Party of Russia c. Russia*, sentenza del 12 aprile 2011, ricorso n. 12976/07, par. 128.

esame, considerato come episodio eccezionale e non confrontabile: nell'esempio citato, potrebbe trattarsi di uno Stato con una lunga e dolorosa storia di conflitti interetnici alle spalle. La terza provincia è quella che pone come riferimento tutti quegli Stati – ma solo quelli – con una forte incidenza di etnie diverse da quella maggioritaria.

La scelta della base per la ricerca del consenso è di natura politica, nel senso che comporta l'apprezzamento dei numerosi fattori che stanno dietro alla prassi. Ciò non costituisce una novità, poiché si è già visto come la prassi successiva sia solo uno dei parametri da tenere in considerazione in un processo di bilanciamento. Tuttavia, se il principio dell'unicità (o, comunque, della straordinarietà) del caso oggetto della decisione richiama l'idea di eccezione, vale a dire l'idea di un caso che si disinteressa dell'eventuale esistenza di un consenso, la presenza di una circoscrizione intermedia tra la totalità e l'unità permette di capire che ci sono altri criteri in base ai quali identificare la comunità rilevante. In assenza di fattori emergenziali, per esempio, o in presenza di considerazioni d'altra natura che li mettono a tacere⁹², la Corte potrebbe e forse dovrebbe sostenere che solo i Paesi etnicamente variegati valgono ai fini della verifica del consenso: potrebbe, cioè, restringere il bacino dell'indagine a un numero anche molto limitato di Stati. Va da sé che i casi che si possono presentare sono numerosissimi, dato che numerosi sono i criteri funzionali a distinguere la prassi valida da quella irrilevante⁹³.

Come detto all'inizio del paragrafo, poi, la nozione di rilevanza definisce anche l'ampiezza dello strumentario cui la Corte ricorre per stabilire la presenza di un consenso interpretativo. Il giudice europeo ha progressivamente allargato i confini di questa ricerca, affidandosi al valore probatorio non solo delle legislazioni nazionali, ma anche, per esempio, di altri

⁹² Sul punto v. *infra*, par. 5.3.2.

⁹³ Se la Corte può discriminare la prassi in base alle circostanze, lo stesso può dirsi per gli Stati membri del Consiglio d'Europa, potendo questi modulare l'applicazione della Convenzione prima dell'intervento dei giudici europei e in base alle stesse considerazioni che essi avanzerebbero. In un caso la Corte ha affermato che «[t]he Contracting State enjoys a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background» (*Graziani-Weiss c. Austria*, sentenza del 18 ottobre 2011, ricorso n. 31950/06, par. 57). Se a tale principio viene garantito un effetto extraterritoriale, con la possibilità per lo Stato di addurre motivazioni per non seguire la maggioranza delle controparti, si è indotti a pensare che, per esempio, l'ambito della controversia possa influire sulla facoltà della Corte di sindacare la scelta statale (in quanto un certo tema – es., i diritti degli omosessuali – accorderebbe un maggior margine di apprezzamento rispetto a un altro – es., diritti dei transessuali). Naturalmente, comunque, la Corte rimane giudice ultimo della liceità del comportamento dello Stato, a prescindere dall'ampiezza del margine.

strumenti giuridici internazionali. I quali, è interessante sottolineare, non devono essere per forza convenzioni vincolanti:

Rule 4 of the Beijing Rules which, although not legally binding, might provide some indication of the existence of an international consensus, does not specify the age at which criminal responsibility should be fixed but merely invites States not to fix it too low⁹⁴.

Inoltre la Corte, nel considerare trattati diversi da quello sul quale esercita la propria giurisdizione, riconosce il ruolo svolto dai tribunali e comitati dotati del potere di interpretarli:

in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, the Court can and must take into account elements of international law other than the Convention and the interpretation of such elements by competent organs. The consensus emerging from specialised international instruments may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases⁹⁵.

I giudici di Strasburgo si spingono fino al punto di sostenere che la rassegna degli strumenti internazionali e delle sentenze o commenti che ne precisano il significato è non solo una facoltà, ma addirittura un obbligo. E il fatto che essi hanno preso seriamente questo dovere è dimostrato dal gran numero di volte in cui questa o quella corte internazionale – dalla Corte internazionale di giustizia alla Corte di giustizia delle Comunità europee, al Tribunale penale per la ex-Iugoslavia – viene citate nelle loro pronunce⁹⁶. Del resto, l'importanza di cui la Corte europea investe l'altrui giurisprudenza è notevole. Essa è giunta infatti a prendere in considerazione le sentenze di tribunali di Paesi non membri del Consiglio d'Europa⁹⁷.

In molti di questi casi (le due ultime citazioni lo testimoniano) la Corte ha esteso l'ambito della ricerca al fine di rinvenire un consenso internazionale. Alla varietà dei materiali cui si fa riferimento corrisponde l'impossibilità di stabilire con certezza le basi giuridiche su cui si fonda il loro utilizzo. Se infatti l'analisi delle legislazioni nazionali degli Stati parti è sicuramente riconducibile all'art. 31(3)(b) della Convenzione di Vienna, il ricorso a strumenti

⁹⁴ *T. c. Regno Unito*, sentenza del 16 dicembre 1999, ricorso n. 24724/94, par. 71.

⁹⁵ *Bayatyan c. Armenia*, par. 102.

⁹⁶ Per una lista piuttosto corposa di questi episodi, v. Vanneste, *General International Law* cit., p. 288.

⁹⁷ «In Australia and New Zealand, it appears that the courts are moving away from the biological birth view of sex» (*I. c. Regno Unito*, sentenza dell'11 luglio 2002, ricorso n. 25680/94, par. 64).

giuridici paralleli sembra chiamare in causa l'art. 31(3)(c) o forse anche la nozione di contesto (art. 31(1) della stessa Convenzione). Quella che a prima vista sembra una tecnica interpretativa improntata alla prassi successiva viene, a ben guardare, come mitigata dal dispiegarsi di considerazioni parallele che con tale prassi devono bilanciarsi. Due tra queste considerazioni, vicine all'idea di significato ordinario (art. 31(1)) e a quella di significato speciale (art. 31(4)) di un termine, appaiono come particolarmente favorevoli all'interpretazione evolutiva.

5.3.1.1. I mutamenti sociali

Talvolta è capitato che la Corte europea abbia tenuto conto delle circostanze interne agli Stati parti ma da essi non controllate. Ai sensi del diritto internazionale, si tratterebbe di fatti non attribuibili ai Governi e dunque difficilmente utilizzabili al fine di interpretare le disposizioni della Convenzione. In effetti i giudici non hanno mai, per quanto ne so, riconosciuto una funzione decisiva ai mutamenti che occorrono in seno alle società. Ciononostante, il semplice fatto che questi siano stati presi in considerazione come elementi autonomi rispetto agli altri criteri di valutazione è di certo una cosa degna di nota:

The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate [...] and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life⁹⁸.

La Corte distingue chiaramente tra loro il dissenso che in ambito legislativo regna tra i membri del Consiglio d'Europa e quello di natura sociale che caratterizza i singoli Stati («within the Contracting States»). Da questa prospettiva pare poco importante che i giudici facciano riferimento alle spaccature interne alle società per avallare una presa di posizione conservatrice, dato che dall'autonomia del parametro sociale potrebbero, in casi futuri, discendere conseguenze rilevanti per l'interpretazione della Convenzione. E diventa spontaneo chiedersi come, in simili circostanze, verrebbe ricomposta la frattura tra diritto e realtà sociale. Cosa succederebbe, per esempio, se alla mancanza di consenso tra gli Stati si

⁹⁸ *Vo c. Francia*, par. 82.

contrapponesse un più o meno solido convincimento popolare in merito all'ampliamento di un diritto?

Per il momento pare che la Corte si sia attenuta a un principio di cautela, limitandosi a notare come i cambiamenti sociali non possano rimanere per troppo tempo disattesi dalla legge. In quest'ottica le affermazioni del giudice europeo sembrano più che altro assimilabili ad avvertimenti rivolti agli Stati, destinati però a rimanere senza effetti pratici qualora nessuno Stato decida, dopo la sentenza, di aggiornare la propria legislazione per adeguarla al nascente consenso⁹⁹. Nulla impedisce, tuttavia, che gli aspetti sociali possano giocare un ruolo meno marginale nel processo interpretativo. A titolo d'esempio, si potrebbe pensare che in presenza di un convincimento sociale progressista si abbassi la soglia del numero di Stati necessaria al cambio di giurisprudenza: in tal caso dopo l'avvertimento della Corte basterebbe un lieve aumento delle parti favorevoli all'evoluzione di una norma per far sì che essa muti, pur in assenza di un consenso pieno. Oppure la rilevazione – tramite una serie di sondaggi o, magari, un referendum popolare lasciato senza risposta – di un'opinione diffusa a favore di un ricambio normativo potrebbe fornire il fondamento per un'interpretazione evolutiva *ad hoc*, ovvero valevole per i soli Stati percorsi dal desiderio sociale di cambiamento. In questo senso le ambizioni popolari fungerebbero da criterio «eccezionalista», un criterio, cioè, che permetterebbe di porre l'opinione pubblica a giustificazione della contemporanea esistenza di interpretazioni difformi della stessa disposizione.

⁹⁹ Un esempio di messa in guardia lo si trova in *S.H. e altri c. Austria*: «The Government have given no indication that the Austrian authorities have actually followed up this aspect of the ruling of the Constitutional Court [cioè lo stato della scienza medica e il consenso sociale (N.d.R.)]. In this connection the Court reiterates that the Convention has always been interpreted and applied in the light of current circumstances. [...] Even if it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States» (par. 118). In *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, sentenza del 30 luglio 1998, ricorsi n. 22985/93 e 23390/94, la Corte afferma che « [e]ven if there have been no significant scientific developments since the date of the Cossey judgment which make it possible to reach a firm conclusion on the aetiology of transsexualism, it is nevertheless the case that there is an increased social acceptance of transsexualism and an increased recognition of the problems which post-operative transsexuals encounter. Even if it finds no breach of Article 8 in this case, the Court reiterates that this area needs to be kept under review by Contracting States» (par. 60). In questo caso l'avvertimento ha avuto seguito, essendo la sentenza del caso *Goodwin* di pochi anni successiva (v. *supra*, nota 82).

5.3.1.2. I progressi scientifici

Per certi versi all'opposto del concetto di volontà popolare, anche il parametro della scientificità è stato utilizzato dalla Corte per giudicare la legittimità del comportamento statale. E nonostante talvolta possa essere sembrato che il consenso scientifico assumesse rilevanza soltanto se veicolato attraverso la prassi degli Stati¹⁰⁰, non c'è dubbio che in tanti casi esso abbia rappresentato un criterio autonomo di valutazione. Tuttavia, il fatto che il punto di vista della scienza sia da considerarsi indipendente rispetto al parere delle parti della Convenzione (espresso, questo, per mezzo della prassi) non comporta necessariamente che, in caso di conflitto, il primo finisca col prevalere. Certo, la preminenza della conoscenza scientifica sembra un portato essenziale del suo statuto epistemico – la scienza è verità, mentre i Governi esprimono semplici opinioni – ma il problema può essere facilmente aggirato richiedendo un livello di consenso molto vicino all'unanimità¹⁰¹. Nonostante ciò, è capitato che la Corte europea si affidasse, nel far evolvere le disposizioni del «suo» trattato, all'autorevolezza della scienza, come avvenuto nel già citato caso *O.H. c. Germania*:

The Court further reiterates that the term “persons of unsound mind” in sub-paragraph (e) of Article 5 § 1 does not lend itself to precise definition since its meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses [...]. An individual cannot be deprived of his liberty as being of “unsound mind” unless the following three minimum conditions are satisfied: firstly, he must reliably be shown to be of unsound mind, that is, a true mental disorder must be established before a competent authority on the basis of objective medical expertise [...] ¹⁰².

¹⁰⁰ I progressi in campo medico possono essere considerati solo se recepiti dalla legge, se ci si attiene a un'interpretazione letterale delle parole dei giudici del recente caso *S.H. e altri c. Austria*: «it appears that since the Constitutional Court's decision in the present case many developments in medical science have taken place to which a number of Contracting States have responded in their legislation. Such changes might therefore have repercussions on the Court's assessment of the facts» (par. 84). C'è un apparente nesso di causalità («therefore») tra la rilevanza della scienza e l'accettazione, da parte degli Stati, delle sue conquiste.

¹⁰¹ Nel caso *Fretté c. Francia*, per esempio, la Corte ha ritenuto non decidibile su basi scientifiche un tema (l'adozione da parte di persone gay) che in realtà è, ed era a quel tempo, oggetto di un discreto numero di studi, in gran parte favorevoli all'ipotesi: «It must be observed that the scientific community – particularly experts on childhood, psychiatrists and psychologists – is divided over the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual parents, especially bearing in mind the limited number of scientific studies conducted on the subject to date» (*Fretté c. Francia*, sentenza del 26 febbraio 2002, ricorso n. 36515, par. 42).

¹⁰² *O.H. c. Germania*, par. 77.

Da queste parole emerge il completo affidamento dei giudici all'oggettività della diagnosi scientifica, i cui esiti – lo si ammette esplicitamente – possono mutare nel corso del tempo. Va senz'altro sottolineato come, in questo caso, la Corte non approfitti dell'instabilità della conoscenza scientifica per limitarne il valore probatorio, e anzi proprio su di essa basi la possibilità di un'interpretazione evolutiva della Convenzione. Ciò che è più interessante, però, è che i giudici di Strasburgo si avvalgono della credibilità della scienza non al fine di individuare il corretto e univoco significato della norma da interpretare, ma per devolvere agli organi nazionali il compito di certificare l'esistenza di una malattia mentale. Il presupposto implicito è che la scienza non varia in base al luogo in cui viene interpellata, ma viene da chiedersi se, qualora le autorità competenti di due diversi Stati raggiungessero conclusioni differenti, la Corte si atterrebbe a un mero principio procedurale (la necessaria attestazione, compiuta su basi scientifiche da organi competenti, dell'esistenza o meno di una malattia mentale) oppure si riapproprierebbe della facoltà di decidere, vista come scelta obbligata in presenza di un dissenso nella comunità scientifica.

Questa seconda strada, che io considero più verosimile, non è esente da problemi, dal momento che l'incertezza in ambito scientifico rende indispensabile il ricorso ad altri criteri che permettano di trovare una soluzione. Nel caso di specie, ci si può avvalere dell'idea – già espressa dalla Corte¹⁰³ – che i dibattiti tra uomini di scienza sono tanto meno importanti quanto più problematica è la situazione in cui versa l'individuo. Si tratta di una presa di posizione assai significativa per capire fino a che punto la (assenza di) prassi statale, variamente combinata coi fattori sociali e le questioni scientifiche¹⁰⁴, può frenare l'evoluzione della Convenzione.

¹⁰³ Nel caso *Goodwin*: «Nor, given the numerous and painful interventions involved in such surgery and the level of commitment and conviction required to achieve a change in social gender role, can it be suggested that there is anything arbitrary or capricious in the decision taken by a person to undergo gender reassignment. In those circumstances, the ongoing scientific and medical debate as to the exact causes of the condition is of diminished relevance» (par. 81).

¹⁰⁴ Perché si può ipotizzare che quanto è stato detto sopra a proposito delle soglie del consenso e del ruolo giocato da una lettura dinamica dello stesso (v. *supra*, parr. 5.1 e 5.2) valga anche per i mutamenti sociali e i progressi scientifici. La giurisprudenza di Strasburgo, mi pare di poter dire, non ha ancora raggiunto questo grado di sottigliezza.

5.3.2. I limiti del bilanciamento

Ciò che fin qui è emerso chiaramente è il peso che viene riconosciuto alla prassi (intesa *lato sensu*) nell'indirizzare la Corte verso un'interpretazione progressista o una conservatrice. Si tratta di un atteggiamento in qualche modo giustificabile, dato che il giudice europeo può ritenere inopportuno forzare la mano tramite la statuizione di diritti che le parti della Convenzione non sono ancora pronte ad accettare. Da queste ultime, infatti, dipende in ultima analisi sia l'applicazione concreta delle pronunce, sia l'autorevolezza della Corte (che dalla prima dipende: non c'è dubbio che uno scarso rispetto delle sentenze minerebbe la credibilità dell'istituzione). Non si può però dimenticare che lo scopo del trattato è la protezione della dignità umana e che, di conseguenza, essa deve costituire il limite supremo all'influenza che gli Stati possono esercitare sull'interpretazione della Convenzione europea. La Corte lo sa e l'ha esplicitato:

A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights [...]. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted¹⁰⁵.

Tra i molteplici fattori che i giudici individuano¹⁰⁶ spiccano senz'altro quelli relativi alla natura del diritto in gioco e all'importanza che esso ricopre per l'individuo. Quanto al primo parametro, è probabile che la Corte si riferisca a quelli che, secondo una giurisprudenza ormai consolidata, sono conosciuti come «diritti assoluti». Un catalogo di questi diritti può essere ricostruito solo attraverso le pronunce dei giudici di Strasburgo, dal momento che non siamo davanti a una categoria elaborata in via pattizia. Ciò che più importa, comunque, è che questo genere di garanzie sfugge da ogni tentativo di bilanciamento: un diritto assoluto è un diritto

¹⁰⁵ *S. e Marper c. Regno Unito*, sentenza del 4 dicembre 2008, ricorsi congiunti nn. 30562/04 e 30566/04, par. 102.

¹⁰⁶ Cui, a titolo d'esempio, la Corte ha aggiunto anche «the nature of the activities restricted» (*Dickson c. Regno Unito*, sentenza del 4 dicembre 2007, ricorso n. 44362, par. 77).

che non ammette compressioni, per nessun motivo¹⁰⁷. Non va sottovalutata la rilevanza che questo discorso assume in un'ottica dinamica. L'interpretazione evolutiva della Convenzione non è, infatti, tecnicamente parlando, sinonimo di progressismo. In considerazione di quanto spiegato nei paragrafi precedenti e in particolare del ruolo della prassi statale nei ragionamenti della Corte, si può facilmente immaginare – e la storia recente in tema di lotta al terrorismo facilita il compito – un tentativo da parte degli Stati di restringere la sfera delle libertà individuali al fine (dichiarato) di salvaguardare un bene comune d'ordine superiore. In simili circostanze, l'esistenza di un confine invalicabile impedirebbe un'interpretazione che sarebbe evolutiva solo in senso stretto: cioè involutiva in senso sociale.

Anche l'altra categoria, quella dell'importanza di un diritto agli occhi di chi lo rivendica, ha interessanti risvolti in questa prospettiva. O, almeno, li ha potenzialmente, dato che non mancano affermazioni da parte della Corte che fanno dubitare della portata di questo assunto. La citazione sopra riportata prosegue infatti in questo modo:

Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider¹⁰⁸.

Siccome l'importanza «relativa» dell'interesse in gioco è relativa rispetto a quella del diritto individuale, ne consegue che arbitro della rilevanza di questo diritto è lo Stato, cui viene restituito un ampio margine di apprezzamento. Sembra che la Corte torni così all'approccio convenzionale all'interpretazione, quello che vede nell'opinione degli Stati – oggettivata attraverso la prassi – il criterio prioritario per il conferimento di significato alle norme: un diritto è importante per l'individuo se gli Stati sono convinti che lo sia.

¹⁰⁷ Così, molto di recente, è stato sostenuto che: «While having regard to the above interests at stake in the context of Article 6, the Court cannot but take note of the fact that Article 3 of the Convention enshrines an absolute right. Being absolute, there can be no weighing of other interests against it, such as the seriousness of the offence under investigation or the public interest in effective criminal prosecution, for to do so would undermine its absolute nature» (*Gäfgen c. Germania*, sentenza del 1 giugno 2010, ricorso n. 22978/05, par. 176). Di contro, i diritti non assoluti sono suscettibili di mediazione, in quanto «[t]here is room for implied limitations and Contracting States must be allowed a margin of appreciation in this sphere» (*Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, par. 60).

¹⁰⁸ *S. e Marper c. Regno Unito*, par. 102. Si tratta di formule ormai canoniche: v., per es., *S.H. e altri c. Austria*, par. 94.

Nonostante le parole sopra riportate stiano diventando ormai rituali, la Corte ha in altre occasioni manifestato una diversa sensibilità verso la posizione dell'individuo, quasi per definizione parte debole in una controversia che vede coinvolto uno Stato. E l'ha dimostrata sottolineando come certi comportamenti, anche se (forse) leciti in determinate circostanze, smettano di esserlo non appena la situazione cambia. Per esempio, una discriminazione che, diversamente, sarebbe legittima, diventa inaccettabile nel momento in cui prende di mira un gruppo particolarmente vulnerabile e vittima di ripetute vessazioni¹⁰⁹. Oppure, una restrizione delle libertà fondamentali perde ogni possibilità di essere giustificata se condotta in modo indiscriminato, a prescindere quindi da ogni considerazione sui destinatari della misura¹¹⁰. Anche in questo caso, come sopra, ci troviamo di fronte a un limite significativo posto all'interpretazione evolutiva, poiché la prassi successiva degli Stati – cui è usualmente riservato un importante ruolo nel processo argomentativo dei giudici di Strasburgo – è impossibilitata a sfondare il muro eretto a tutela dei diritti.

6. Conclusioni

Questo breve studio sul sistema giuridico istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e difeso dalla Corte europea conduce a conclusioni interessanti. Si è infatti soliti ritenere che l'ambito dei diritti umani sia maggiormente contaminato – rispetto ad altri settori del diritto – da considerazioni di ordine morale, poiché una sorta di principio di specialità schermerebbe la tutela giurisdizionale dei diritti individuali dalla logica che permea il diritto internazionale, ossia l'idea di sovranità statale. Questa prospettiva però – come si è visto – porta a sottovalutare la misura in cui gli Stati riescono ancora a influenzare l'interpretazione

¹⁰⁹ Per i giudici, «if a restriction on fundamental rights applies to a particularly vulnerable group in society, who have suffered considerable discrimination in the past, such as the mentally disabled, then the State's margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question»: *Alajos Kiss c. Ungheria*, sentenza del 20 maggio 2010, ricorso n. 38832/06, par. 42. Vedi, ivi, i riferimenti della Corte allo stesso principio calato in diversi contesti (discriminazione di genere, razziale e di orientamento sessuale).

¹¹⁰ «The provision imposes a blanket restriction on all convicted prisoners in prison. It applies automatically to such prisoners, irrespective of the length of their sentence and irrespective of the nature or gravity of their offence and their individual circumstances. Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be, and as being incompatible with Article 3 of Protocol No. 1» (*Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, par. 82).

di diritti che, a parole, definiscono come «naturali»¹¹¹. In altri termini, gli Stati riescono ancora in qualche modo a plasmare dei diritti la cui titolarità non è loro, ma spetta ai singoli. E tuttavia è difficile ravvisare in ciò un paradosso. Come accennato all'inizio del capitolo, le corti internazionali cui è demandata la difesa dei diritti umani non agiscono in un vuoto politico e sociale. Il loro difficile compito richiede che esse cerchino quell'approvazione della comunità degli Stati che, sola, è in grado di rendere effettiva la protezione dei diritti: tanto più vero, questo, quanto più i giudici internazionali sono convinti che la legittimità dei tribunali in cui operano sia condizione necessaria per portare avanti battaglie progressiste.

Naturalmente questo discorso non giustifica qualunque bilanciamento tra i contrapposti principi di autorità (degli Stati) e dignità (degli individui). Si può convincentemente argomentare contro molte sentenze della Corte europea, tacciandole di mancanza di coraggio e di eccessiva deferenza nei confronti della volontà – talvolta forse solo presunta – delle parti della Convenzione. La dottrina del margine di apprezzamento è stata troppe volte utilizzata come alibi giuridico per giustificare atteggiamenti troppo cauti, e ciò a dispetto della seconda parte del teorema, quella che afferma che l'ultima parola spetta comunque al giudice internazionale e non al politico nazionale.

Come prova del fatto che questo contemperamento tra interessi potenzialmente divergenti – quelli degli Stati e quelli delle persone – sia almeno un po' sbilanciato a favore dei governi si può portare la constatazione di quanto poco la Corte europea si sia avvalsa di ragionamenti evolutivisti «in senso stretto», ossia quelli in cui un termine viene riempito con un nuovo significato emerso grazie al mutare delle circostanze sociali. Infatti, decisamente spesso il giudice di Strasburgo vincola il mutamento di senso di una nozione alla sua accettazione da parte degli Stati contraenti, impedendo di fatto l'evoluzione tutte le volte in cui un blocco conservatore – anche ristrettissimo – si oppone al cambiamento. Non si può tacere del rischio insito in questo approccio: concedere tanto spazio alla prassi delle parti rischia di snaturare la funzione della Convenzione, che è quella di tutelare la dignità dell'essere umano. Nulla impedisce alla Corte, infatti, di considerare lo stesso concetto di «dignità» – che senza dubbio rientra nel novero delle cosiddette parole generiche (*generic terms*) – alla stregua di uno di quei termini convenzionali il cui significato va indagato alla luce del comportamento degli Stati. Detto diversamente, se da un lato i governi sono tenuti a rispettare la dignità della persona, dall'altro essi potrebbero influenzare, con le proprie azioni, l'idea di dignità, ampliando così quella zona di penombra tra ciò che è sicuramente degno e ciò che non lo è

¹¹¹ L'articolo 1 della Convenzione afferma che «[l]e Alte Parti contraenti *riconoscono* [...] i diritti e le libertà» (corsivo aggiunto). L'espressione, è evidente, ha una chiara impronta giusnaturalistica.

all'interno della quale non si può ravvisare alcuna responsabilità dello Stato. Proprio al fine di scongiurare tale rischio è necessario che la Corte prosegua nella sua opera di individuazione di criteri puntuali miranti a restringere l'applicabilità della dottrina del margine di apprezzamento.

Il fatto che il significato di una norma possa variare a seconda che si utilizzi come riferimento principale l'insieme degli Stati o la collettività degli individui fa capire molto bene l'importanza del concetto di «comunità rilevante». Le istanze culturali – e le esigenze – che nascono in seno alla comunità degli Stati non sono le stesse che si ritrovano nella comunità delle persone. E, d'altronde, differenti comunità di Stati albergheranno istanze ed esigenze differenti. Ciò non vale solo per gruppi molto distanti tra loro sull'atlante (e, perciò, presumibilmente assai diversi). È possibile, per esempio, che la divergenza interpretativa che sussiste, per quanto riguarda i diritti della Convenzione europea, tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo (cioè la Corte di Giustizia dell'Unione europea)¹¹² sia imputabile non solo ai diversi fini che i due ordinamenti si prefiggono ma anche, almeno in piccola parte, alla loro diversa *membership*. Il dubbio si trasforma in curiosità quando si pensi alla probabile, imminente adesione dell'Unione europea alla CEDU. Ci si può chiedere, infatti, quale comunità sarà considerata rilevante dalla Corte europea dei diritti dell'uomo quando sarà il momento di valutare la conformità alla Convenzione di un atto dell'Unione: sarà quella ampia del Consiglio d'Europa (47 Stati), che raduna un gran numero di nazioni tra loro eterogenee, o quella più ristretta dell'Unione europea (27 Stati), la cui composizione è, almeno in linea di principio, meno suscettibile di frammentare l'interpretazione del trattato? Se la Corte europea dovesse tener ferma la barra del margine di apprezzamento, continuando dunque a riconoscere un grande ruolo alla prassi degli Stati, c'è da auspicare – ed è quasi un paradosso – che decida allo stesso tempo di spezzare l'unità interpretativa dei diritti umani a favore di un'attività giudiziale «a due velocità». Se gli Stati membri dell'Unione sono pronti al cambiamento esso dovrebbe essere imposto all'organizzazione, a prescindere dall'esistenza di una dissidenza esterna.

¹¹² L. Rincón-Eizaga, *Human rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and Strasbourg Courts Regarding Interpretation of Article 8 of European Convention on Human Rights*, in «International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional», 2008, XI. Più in generale, v. G. Rolla (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Giuffrè, Milano 2010.

Conclusioni

All'inizio dell'elaborato, nell'Introduzione, ho chiarito i due obiettivi che mi ponevo nello scrivere questa tesi. Il primo è quello di costruire una teoria coerente dell'idea di interpretazione evolutiva. Il compito non è facile, perché come si è visto il tema è complesso e la giurisprudenza internazionale – da cui comunque ho tratto preziosi spunti di riflessione – quasi mai affronta in maniera esplicita le questioni teoriche legate alla nozione di interpretazione dinamica. Il più delle volte, infatti, ci troviamo davanti a pronunce che fanno ricorso a quel concetto fondandolo su argomentazioni del tutto insoddisfacenti, almeno da un punto di vista quantitativo se non qualitativo. Si è visto poi come l'accrescersi, in tempi relativamente recenti, di sentenze e lodi in cui si fa dichiaratamente uso dell'interpretazione evolutiva faccia sì che tali giustificazioni «difettose» si diffondano di giudice in giudice, come è successo per esempio nel caso dei cosiddetti termini generici, nozione sorta in seno alla Corte internazionale di giustizia (e ivi ribadita) e in seguito ripresa in altre sedi (come il collegio arbitrale che s'è espresso sul caso *Iron Rhine* o l'Organo d'appello dell'Organizzazione mondiale del commercio). Il mio primo compito è stato dunque quello di sottolineare le lacune esistenti nella prassi interpretativa contemporanea.

Ma alla teoria («operativa») dei giudici si affianca anche quella degli studiosi, a mio avviso in genere altrettanto inadeguata. Anche in questo caso non mancano i suggerimenti interessanti, ma sono pochi gli autori che tentano di gettare uno sguardo d'insieme sull'articolato fenomeno dell'interpretazione evolutiva, e ancor meno quelli che lo fanno in maniera che reputo efficace. Per questo motivo ho sfruttato le critiche che ho mosso contro alcune delle idee di volta in volta presentate per evidenziare i punti dolenti della teoria attualmente esistente, nel tentativo – riuscito oppure no, non è mio compito dirlo – di superarli. Ho quindi fornito, nei suoi tratti essenziali, una personale definizione di interpretazione evolutiva (descritta dalla formula tripartita che vede un referente interno mutare a causa dell'operare di un attore esterno il cui cambiamento può essere legittimamente tenuto in considerazione sulla base di una giustificazione), che ho poi provveduto a rendere più complessa introducendo nuovi elementi. Da un lato, per esempio, ho commentato il ruolo della volontà degli Stati (o della sua assenza) nella decisione di interpretare dinamicamente una norma, interagendo al contempo con la nozione – per certi versi simile – di prevedibilità. Dall'altro, ho studiato il modo in cui in quella formula trovano posto gli strumenti interpretativi canonici previsti

dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna: testo, contesto, scopo e prassi successiva. A proposito di ciascuno di essi ho speso parole volte a problematizzare il processo d'interpretazione, al fine di gettar luce sui nodi teorici presenti sul filo dell'astrazione. Ove me ne sono sentito in grado, ho tentato di sciogliere quei nodi; negli altri casi ho preferito comunque non nascondere l'esistenza, nella convinzione che questo sia l'unico modo per stimolare approcci ermeneutici non banali.

Conclusa questa analisi, mi sono confrontato col secondo dei due obiettivi di questo scritto, ovvero quello di testare l'ipotesi secondo cui regimi giuridici differenti adottano pratiche interpretative differenti, anche per quanto riguarda l'interpretazione evolutiva. Ho iniziato coll'esaminare il sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio, che – risaputamente – non è tra gli ambienti più favorevoli all'adozione di tecniche interpretative dinamiche. In effetti sono soltanto un paio (su una giurisprudenza ormai molto abbondante) i casi in cui i giudici dell'OMC hanno deciso di far evolvere il significato delle norme del trattato che custodiscono. Aggiungo, per inciso, che la *ratio* di queste pronunce non presenta significativi elementi di originalità, limitandosi panel e Organo d'appello a replicare argomentazioni prese a prestito dall'esterno. In ogni caso, l'esiguo numero di esempi di interpretazione evolutiva non è sorprendente: in fin dei conti l'Organizzazione si fonda su obblighi di tipo sinallagmatico, la cui logica è lo scambio di promesse su basi bilaterali. Pare di conseguenza naturale che l'ottica dell'interprete sia quella di garantire le legittime aspettative dei contraenti, considerate come il bene supremo da tutelare.

La cosa però non può essere data per scontata. Nel caso *Shrimp*, per esempio, il giudice dell'OMC ha fatto valere il principio dello sviluppo sostenibile, enunciato nel trattato, per poter tenere conto di altre convenzioni, che permettessero di qualificare gli esseri viventi alla stregua di risorse naturali. Nulla di eclatante: la presenza di quel principio tra le disposizioni del GATT 1994 rende la decisione perfettamente rispettosa della volontà delle parti. Eppure, il fatto che tale volontà sia anteposta all'espressione di un'altra intenzione delle parti, quella corrispondente alle legittime aspettative commerciali (statiche per definizione), fa emergere un aspetto quasi costituzionale del trattato istitutivo dell'Organizzazione, col suo tentativo di proteggere beni comuni – l'ambiente – anche se ciò confligge con quanto i membri avevano concordato in passato. È del resto piuttosto arduo valutare in che modo si caratterizza la «costituzione» dell'OMC. Se da un lato troviamo la tutela di valori indisponibili, dall'altro rischiamo di imbatterci nella codificazione dell'idea secondo cui l'intero sistema giuridico costruito attorno al GATT non sarebbe altro che un fascio di diritti e (corrispettivi) doveri al quale non si potrebbe nulla aggiungere e nulla togliere. Portare all'estremo questa linea di

pensiero avrebbe conseguenze assai rilevanti per l'interpretazione evolutiva e l'uso degli strumenti ermeneutici che la rendono possibile: come si è visto analizzando estesamente la nozione di prassi successiva, numerosi sarebbero i vincoli nel ricorrervi discendenti da una simile lettura del sistema. Quest'ultimo è comunque ancora troppo giovane per dare una risposta definitiva alla questione, e bisognerà attendere che i giudici affrontino più direttamente certi problemi.

Se dal Capitolo II emerge che l'Organizzazione mondiale del commercio è in potenza più aperta all'interpretazione evolutiva di quanto ci si possa aspettare, il Capitolo III ci dice che il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è invece più chiuso di quanto racconta la vulgata. Si tratta certamente di un trattato composto da obblighi integrali, e cioè doveri che gli Stati riconoscono nei confronti degli individui prima ancora che verso le controparti. L'impostazione è quindi, qui, inversa rispetto a quella valida per l'OMC: le legittime aspettative che rilevano sono quelle delle persone a non veder lesa la propria dignità da parte degli Stati, e non quelle di questi ultimi. Questo lo scopo del trattato, che la Corte europea deve preservare vedendo nella Convenzione uno «strumento vivente» (secondo la definizione rituale). Ciò significa che il concetto di dignità non può essere considerato come fissato all'epoca della stipula dell'accordo, ma deve rimanere in sintonia con i tempi.

Tuttavia, la percezione di questa sintonia è mediata, nell'opera della Corte, dal filtro del comune sentire degli Stati parti. In tutti i casi più controversi – e comunque nella piena discrezionalità dei giudici di qualificare una situazione come tale – la Corte di Strasburgo ha infatti permesso l'evoluzione dei diritti garantiti dal patto solo col raggiungimento di una soglia particolarmente elevata di prassi successiva favorevole. Quest'ultima, se ne deduce, assume un ruolo preminente rispetto a quello dell'interpretazione teleologica: la volontà (soggettiva) degli Stati torna a far valere le proprie ragioni a scapito di considerazioni di natura più oggettiva. Ho comunque rinvenuto, nella giurisprudenza sulla CEDU, alcuni elementi capaci in linea di principio di restituire importanza alle seconde. In talune pronunce è infatti possibile notare come la Corte abbia attribuito autonoma rilevanza ai mutamenti sociali o scientifici, senza passare attraverso la mediazione della prassi delle parti, o abbia riconosciuto la natura in un certo senso obiettiva di alcune lesioni della dignità umana. Come già detto a proposito dell'OMC, però, siamo in presenza di spunti ancora in fase embrionale e che attendono di essere sviluppati dai giudici della Corte europea.

In definitiva, l'analisi dei due sistemi sembra confermare l'ipotesi di un diverso approccio all'interpretazione da parte di due regimi giuridici così differenti. Ciò che è più interessante, comunque, è che questo non avviene esattamente secondo le dinamiche previste all'inizio del

nostro percorso. Entrambi i sistemi esaminati sono infatti più complessi di quanto possa apparire a prima vista, a conferma forse di come l'articolata natura dell'interpretazione e le sollecitazioni a cui essa è soggetta – corrispondenti a diverse esigenze logiche e sociali – la rendano un fenomeno in bilico tra scienza e arte, i cui esiti non possono essere previsti con certezza.

Questo ci induce a riflettere sulla possibilità di generalizzare i risultati cui siamo giunti alla fine di questa tesi. L'impianto teorico acquisito nel primo capitolo è venuto in aiuto nella lettura delle pratiche interpretative evolutive dei due capitoli seguenti, dedicati a due sistemi giuridici scelti come casi esemplari tra i tanti che era possibile prendere in considerazione. Tra questi si possono citare il diritto degli investimenti¹, il diritto legato ai trattati di statuizione dei confini², il diritto dell'ambiente³, il diritto dell'uso della forza⁴ o il diritto del mare⁵ (e la lista, naturalmente, non è esaustiva). Perché allora ho deciso di studiare l'Organizzazione mondiale del commercio e il sistema che il Consiglio d'Europa pone a tutela dei diritti umani, dato che tutti gli esempi citati sono tra loro inconfondibili e dunque avrebbero costituito altrettanti scenari ideali per la nostra analisi?

¹ Vedi Capitolo I, nota 8.

² *Ibidem.*

³ Inteso tanto come campo d'indagine a sé stante quanto come insieme di regole e principi che di frequente si intersecano con altri campi (per esempio, quello del diritto internazionale del commercio).

⁴ Un settore dominato dalle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite, e che ha visto nel corso dell'ultimo ventennio numerosi sviluppi in bilico tra interpretazione e modifica (informale) del diritto. V., per es., A. Laursen, *Changing International Law to Meet New Challenges: Interpretation, Modification and the Use of Force*, DJØF Publishing, Copenhagen 2006; T. Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester University Press, Manchester 2006; M. Schmidl, *The Changing Nature of Self-Defense in International Law*, Nomos, Baden-Baden 2009.

⁵ Anche in questo caso, un ambito fortemente segnato dallo scorrere del tempo, in cui definizioni vecchie e nuove (e interessi vecchi e nuovi) si succedono tra modifica e interpretazione. Si vedano, tra i molti riferimenti, G.K. Walker (a cura di), *Definitions for the Law of the Sea. Terms Not Defined by the 1982 Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden 2011; B. Vukas, *The Vagueness of the International Rules on the Continental Shelf*, in B. Vukas e T. Šošić (a cura di), *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas*, Martinus Nijhoff, Leiden 2010; Id., *State Practice in the Aftermath of the Un Convention on the Law of the Sea: The Exclusive Economic Zone and the Mediterranean Sea*, in A. Strati, M. Gavouneli e N. Skourtos (a cura di), *Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea. Time Before and Time After*, Martinus Nijhoff, Leiden 2006; Id., *Possible Role of the International Tribunal for the Law of the Sea in Interpretation and Progressive Development of the Law of the Sea*, in Id., *The Law of the Sea. Selected Writings*, Martinus Nijhoff, Leiden 2004.

Certamente, bisogna riconoscere che il confronto tra i differenti modi in cui due contesti molto diversi interagiscono con lo stesso oggetto permette di evidenziare similitudini e discrepanze che risulterebbero meno nette se il paragone avvenisse tra due contesti analoghi (o parzialmente sovrapponibili)⁶. Tuttavia, questa esigenza convive assieme a quella di evitare di calare l'oggetto di studio all'interno di contesti di difficile inquadramento oppure dai contorni sfumati⁷. La scelta di contrapporre l'OMC alla CEDU è stata quindi motivata in base a questa finalità di bilanciare la presenza di un quadro normativo similmente strutturato con l'esistenza di specificità proprie di ciascun contesto: di qui l'affiancamento di due sistemi ben circoscritti, altamente istituzionalizzati e formalmente autonomi dagli Stati parti, ma votati alla difesa di interessi diversissimi.

Consegue da questa premessa che se si fosse optato per sistemi meno «caratteristici» le differenze nel modo in cui i giudici di riferimento trattano l'interpretazione dinamica sarebbero probabilmente rimaste più in ombra. Ciò non preclude però, in partenza, la possibile esistenza di tali differenze, dato che il discorso sin qui fatto riguarda la loro maggiore o minore visibilità. In altre parole, non è detto che altri *self-contained regime*, dai contorni più o meno riconoscibili, dalla struttura più o meno solida o articolata, non possano offrire, all'occhio dell'indagatore attento, diversi modi di relazionarsi all'interpretazione evolutiva: modi legati strettamente alla natura del sistema preso in considerazione. Il fatto che un contesto giuridico abbia un minor grado di «self-containment» rispetto ad altri – il fatto cioè che le linee divisorie che lo isolano dal resto del diritto internazionale siano meno nette e «ufficiali» – non significa che l'interpretazione delle sue norme (compresa quella evolutiva) non possa essere guidata da interessi del tutto peculiari verso una certa meta e non un'altra. Significa solo che in simili circostanze lo studio di questo processo sarà più difficoltoso sul piano pratico.

⁶ Si pensi a un ipotetico confronto tra il regime di protezione dei diritti umani offerto dal Consiglio d'Europa e quello riconducibile all'Organizzazione degli Stati americani. Pur diversi, è innegabile che entrambi siano informati agli stessi principi e miranti a obiettivi in larga parte condivisi.

⁷ È infatti possibile dubitare dell'esistenza autonoma – almeno sotto il profilo che a noi interessa, quello interpretativo – di un diritto degli investimenti o di un diritto del mare. In entrambi i casi, l'assenza di un organo giurisdizionale capace di accentrare in sé con una certa efficacia il potere di interpretare le norme di settore rappresenta un ostacolo per quel processo nomofilattico che precede il convincimento di trovarsi davanti a un regime giuridico «indipendente». Il caso del diritto dell'uso della forza è a mio avviso paradigmatico, in quanto lo scarso ricorso a istanze giurisdizionali fa sì che non sia sempre facile capire quando gli sviluppi occorsi hanno valore interpretativo e quando modificativo del diritto esistente.

Questo è un punto che merita qualche riflessione in più, dal momento che la natura di tale difficoltà pratica costituisce un importante nodo concettuale. Il punto espresso nel paragrafo precedente vale in linea di principio, ed è così riassumibile: in alcuni sistemi giuridici (es. diritto del mare, diritto dell'uso della forza, diritto degli investimenti, etc.) è assai arduo rinvenire le tracce di un peculiare modo di interpretare, anche evolutivamente, le norme interne al sistema, ma questo dato di fatto non comporta – sul piano logico – l'inesistenza di quel metodo distintivo. Il problema pratico che a questo punto si pone è che, nel contesto dell'interpretazione, è molto difficile capire qual è la linea di confine tra la scarsa «visibilità» delle regole interpretative proprie del sistema, e la loro assenza. Per esempio, uno studioso di diritto internazionale dell'ambiente farebbe sicuramente fatica a stabilire se il suo ambito è governato da regole interpretative specifiche o da quelle di diritto internazionale generale, dal momento che la vastissima prassi interpretativa degli Stati, non essendo «disciplinata» da un tribunale del sistema, dovrebbe essere indagata caso per caso, con tutte le difficoltà che ciò comporta.

Proprio in queste difficoltà risiede il dilemma principale che complica il tentativo di estendere al diritto internazionale nel suo complesso le conclusioni che ho tratto dall'analisi di due soli regimi: e più precisamente nell'assenza, negli altri regimi, di un centro dedito a un'attività nomofilattica e capace di contrapporsi alla magmatica periferia che domina i sistemi giuridici non centralizzati. E non si tratta solo di un problema che definirei pratico ma in senso deteriore, e cioè la difficoltà nella raccolta del materiale interpretativo in assenza di un'istituzione – un tribunale o un ente a questo assimilabile – che lo produce in maniera prioritaria o esclusiva: in quest'ottica la soluzione è tanto laboriosa quanto semplice, essendo sufficiente rimboccarsi le maniche e andare a compulsare tutte le pubblicazioni che rendono conto delle attività statali in una data materia. No, il problema è a mio avviso pratico in senso nobile, poiché anche una volta in possesso di quel materiale è notevolmente complicato – se non impossibile *tout court* – tirare fuori dalla prassi un'*opinio juris* che testimoni il modo in cui gli Stati ritengono doveroso interpretare le disposizioni in gioco.

Si pensi al caso emblematico dell'uso della forza. In quell'ambito gli Stati raramente si rivolgono a un qualche giudice internazionale (la Corte internazionale di giustizia si è talvolta espressa con prese di posizione importanti, ma sono molti, purtroppo, i casi in cui la forza è stata interpellata senza sentire cosa ne pensava il diritto!⁸), dal momento che essi preferiscono

⁸ Giusto per rendere l'idea: mi riferisco a casi noti come quello della legittimità della difesa preventiva, ma anche a casi che non hanno guadagnato l'onore delle cronache come i membri della famiglia delle cosiddette *measures short of war* (es. uso della forza per evitare danni ambientali, salvataggio di cittadini all'estero, repressione della

regolare la controversia con mezzi propri. La soluzione così adottata pericola dunque tra fatto e diritto, non essendo affatto facile capire fino a che punto le pretese delle parti in lite sono mere asserzioni di forza o debbano al contrario essere intese come posizioni propriamente giuridiche. Insomma, la mancanza di un'istanza giurisdizionale centrale capace di monopolizzare la funzione ermeneutica fa sì che gli Stati non siano incentivati a enunciare in ogni momento, con chiarezza e coerenza e dunque senza voltafaccia opportunistici, la loro idea del diritto. Sia ben chiaro: il problema non sta nell'impossibilità di «fidarsi» degli Stati attribuendo ai loro comportamenti e alle loro affermazioni un valore giuridico certo – per quanto anche questo rappresenti una questione teorica di un qualche peso – dato che l'invocazione del principio della buona fede può venire in soccorso e imporre allo studioso della prassi interpretativa statale di considerarla valida non meno di quella di una corte internazionale. Il problema sta piuttosto nella difficoltà di cogliere la *ratio juris* di quella prassi e di trarne conseguenze generali: perché se un giudice è tenuto a motivare le sue scelte, fornendo solide basi alla sua interpretazione (di nuovo: anche evolutiva) di una certa disposizione, molto spesso gli Stati applicano le norme (o pretendono che vengano applicate) in un dato modo senza esplicitare le fondamenta razionali della propria posizione. Diventa così un compito molto arduo individuare gli stilemi interpretativi – spesso taciti – di un settore privo di giurisdizione centralizzata⁹.

La morale del discorso, dunque, è che se nei sistemi che dispongono di una corte che detiene il monopolio dell'interpretazione del diritto – come avviene nei casi dell'OMC e della CEDU – è necessario uno studio approfondito dell'attività di quelle corti per individuare eventuali peculiarità nei rispettivi approcci all'interpretazione, in tutti gli altri sistemi nemmeno una disamina ugualmente approfondita della prassi statale (o di quella degli arbitri internazionali

pirateria e del terrorismo), in cui ciò che è lecito (legittimità) e la misura in cui lo è (proporzionalità) sono oggetto di dibattito.

⁹ Credo che ciò rimanga vero anche di fronte all'obiezione, perfettamente sensata, secondo cui, da un lato, anche nei sistemi «non centralizzati» le giustificazioni in termini giuridici delle varie posizioni interpretative emergono nella maggioranza dei casi in cui si presenta un conflitto (ogni Stato tenta infatti di far valere la propria pretesa ammantandola di razionalità) e, dall'altro, anche nei sistemi «centralizzati» si possono trovare di certo casi (conflittuali o no) in cui gli Stati applicano una norma senza richiedere l'ausilio interpretativo dell'istanza giurisdizionale centrale (e magari distanziandosi dai canoni ermeneutici da essa adottati). Ciò è senz'altro esatto. Tuttavia ritengo che, da un punto di vista meramente fattuale, i sistemi centralizzati nascano quando gli Stati si sentono pronti per affidare la risoluzione della gran parte delle controversie sorte in quell'ambito giuridico a un organo unico e superiore, attribuendo a esso un ruolo di uniformazione del diritto e, in seguito, dimostrando di accettare le sue pratiche interpretative anche nell'applicazione individuale delle norme interne al sistema. Ed è in fin dei conti proprio per questo motivo che di sistema interpretativo si può parlare.

occasionalmente interpellati) potrebbe essere sufficiente per raggiungere lo scopo. Questo perché, come già sostenuto all'inizio del nostro percorso¹⁰, l'interpretazione evolutiva non è un mero avvicinarsi di interpretazioni differenti (ciò che potrebbe indicare molto più semplicemente un riconoscimento – anche implicito – di un precedente errore), ma richiede l'esistenza di una giustificazione che renda legittima l'influenza di una modifica esterna alla norma su un referente interno. Va da sé che la nuda applicazione, da parte degli Stati, di una disposizione senza motivare il perché si è deciso di interpretarla in un certo modo renderebbe impraticabile il reperimento di quella giustificazione. E in un sistema giuridico in cui la prassi statale fosse il principale materiale da cui desumere i caratteri dell'interpretazione sarebbe di fatto impossibile riconoscere quella evolutiva (anche se, come detto più sopra, ciò non implicherebbe la sua inesistenza).

Rimane da sgomberare il campo da un'ultima obiezione. Finora ho dato per scontato che ogni contesto giuridico sia potenzialmente in grado di sviluppare un proprio specifico metodo d'interpretazione. L'ho sostenuto nel caso dell'Organizzazione mondiale del commercio e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo averne indagato la prassi interpretativa, e l'ho ipotizzato valido in tutti gli altri casi, pur avendoli studiati solo superficialmente. Il punto è però dibattuto, in quanto c'è chi afferma che in realtà esista un solo canone ermeneutico, quello stabilito dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna, e che ogni altro metodo sia riconducibile a quello. Un'attenta lettura delle sentenze delle corti afferenti a questo o quel sistema rivelerebbe dunque la comune matrice delle pratiche interpretative adottate¹¹.

Sono convinto che ciò sia vero nella misura in cui la Convenzione del 1969 prescrive delle regole talmente aperte e articolate che al loro interno v'è spazio praticamente per ogni possibile approccio. Ritengo altresì che l'esistenza di metodi diversi originati da una stessa radice sia una semplice conseguenza di un «reasonable understanding of the 'object and purpose' of the respective treaty when applying the general rule laid down in Art 31»¹². A mio giudizio, però, questo fatto non squalifica in alcun modo l'idea secondo cui i tribunali internazionali adottano realmente diversi approcci all'interpretazione. Si pensi per esempio alla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'enfasi che essa pone sul consenso è facilmente

¹⁰ V. Capitolo I, par. 4.

¹¹ È quello che sostiene, per esempio, a proposito della Corte europea dei diritti dell'uomo J. Christoffersen, *Impact on General Principles of Treaty Interpretation*, in M.T. Kamminga e M. Scheinin (a cura di), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009.

¹² O. Dörr, *Article 31. General Rule of Interpretation*, in O. Dörr e K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg-New York 2012, p. 536.

riconducibile alla nozione di prassi successiva, ma ciò non toglie che nessun'altra istanza giurisdizionale sovranazionale, incluse quelle del comune settore dei diritti umani, adotta in maniera così sistematica e coerente il principio del margine di apprezzamento (che sul consenso di basa). Ciò dimostra che le norme della Convenzione possono trovare differenti applicazioni, che a loro volta conducono a esiti interpretativi davvero differenti.

In conclusione, posso così riassumere il tentativo di estendere i risultati cui sono pervenuto ai campi del diritto che non sono stati qui analizzati: l'idea che essi permettano, o addirittura richiedano, il ricorso a strumenti interpretativi (eventualmente evolutivi) peculiari non può essere esclusa in linea di principio, dal momento che mi sembra innegabile che dalle disposizioni che la Convenzione di Vienna dedica all'interpretazione possano discendere approcci ermeneutici divergenti, riconducibili alle caratteristiche del settore da interpretare. Nonostante ciò, ostacoli di natura fattuale rendono in molti casi quantomeno difficoltoso il compito di scoprirlo.

Bibliografia

Libri e articoli

- Alberni K.T., Sudre F. (a cura di), *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008
- Arai-Takahashi Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp 2002
- Arato J., *Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences*, in «The Law and Practice of International Courts and Tribunals», 2010, IX
- Bhala R., *The Myth About 'Stare Decisis' and International Trade Law (Part One of a Trilogy)*, in «American University Trade Law Review», XIV, 1999
- Bhala R., *The Power of the Past: Towards 'De Jure' 'Stare Decisis' in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)*, in «George Washington International Law Review», XXXIII, 2001
- Bhala R., *The Precedent Setters: 'De Facto' 'Stare Decisis' in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy)*, in «Journal of Transnational Law and Policy», IX, 1999
- Bianchi A., *Textual Interpretation and (International) Law Reading: The Myth of (In)Determinacy and the Genealogy of Meaning*, in P.H.F. Bekker, R. Dolzer e M. Waibel (a cura di), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge 2010
- Bindschedler-Robert D., *De la rétroactivité en droit international public*, in *Recueil d'études de droit international en hommage de Paul Guggenheim*, Imprim. de la Tribune, Genève, 1968
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 2008
- Boorse C., *The Origins of the Indeterminacy Thesis*, in «The Journal of Philosophy», LXXII, 13, 1975
- Brems E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, The Hague 2001
- Cannizzaro E. (a cura di), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- Cannizzaro E., *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino 2012

- Carozza P., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in «American Journal of International Law», 2003, XCVII
- Cass D.Z., *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, Oxford 2005
- Cazala J., *Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de toute autre «règle pertinente de droit international applicable entre les parties» en tant que «passerelle» jétée entre systèmes juridiques différents*, in H. Ruiz Fabri e L. Gradoni (a cura di), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, Paris 2009
- Christoffersen J., *Impact on General Principles of Treaty Interpretation*, in M.T. Kamminga e M. Scheinin (a cura di), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009
- Corten O., Klein P. (a cura di), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2011
- Cosford E.J. Jr., *The Continental Shelf and the Abu Dhabi Award*, in «McGill Law Journal», 1953, I
- Crawford J., Viles T., *International Law on a Given Day*, in J. Crawford, *International Law as an Open System*, Cameron May, London, 2002
- D'Aspremont J., *Wording in International Law*, in «Leiden Journal of International Law», 2012, XXV
- de Casadevante y Romani C.F., *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2007
- Desierto D.A., *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2012
- Distefano G., *L'interprétation évolutive de la norme internationale*, in «Revue générale de droit international public», CXV, 2011
- Dörr O., *Article 31. General Rule of Interpretation*, in O. Dörr e K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg-New York 2012
- Dörr O., Schmalenbach K. (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, New York, 2012
- Dunoff J.L., *Constitutional Concepts: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law*, in «European Journal of International Law», XVII, 2006

- Dupuy P.-M., *Droit international public*, Dalloz, Paris 2008
- Dupuy P.-M., *Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy*, in Cannizzaro (a cura di), *The Law of Treaties* cit.
- Dworkin R., *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano 1990
- Ehlermann C.-D., Ehring L., *Are WTO Decision-Making Procedures Adequate for Making, Revising, And Implementing Worldwide and "Plurilateral" Rules?*, in *Reforming the World Trading System. Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance*, a cura di E.-U. Petersmann, Oxford University Press, Oxford 2005
- Ehlermann C.-D., Ehring L., *The Authoritative Interpretation Under Article IX:2 of the Agreement Establishing the World Trade Organization: Current Law, Practice and Possible Improvements*, in «Journal of International Economic Law», VIII, 2005.
- Ehlermann C.-D., *Reflections on the Appellate Body of the World Trade Organization (WTO)*, in «ASIL Proceedings», 2003
- Eskridge W.N. Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, in «University of Pennsylvania Law Review», 1987, CXXXV
- Eskridge W.N., *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge 1994
- Feldman A.M., *Evolving Treaty Obligations: A Proposal for Analyzing Subsequent Practice Derived from WTO Dispute Settlement*, in «Journal of International Law and Politics», XLI, 2009
- Fitzmaurice M., *Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part II*, in «The Hague Yearbook of International Law», 2009, XXII
- Fitzmaurice M., *Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I*, in «The Hague Yearbook of International Law», 2008, XXI
- Fitzmaurice M., Elias O., Merkouris P. (a cura di), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2010
- Fox H., *Article 31(3)(a) and (b) of the Vienna Convention and the «Kasikili/Sedudu Island» Case*, in Fitzmaurice, Elias e Merkouris (a cura di), *Treaty Interpretation* cit.
- Franck T., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, Oxford 1995
- French D., *Global Justice and the (Ir)relevance of Indeterminacy*, in «Chinese Journal of International Law», 8, 2009
- French D., *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, in «International and Comparative Law Quarterly», 2006, LV, pp. 296-297

- Gaja G., *Does the European Court of Human Rights Use its Stated Methods of Interpretation?*, in F. Capotorti (a cura di), *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, Giuffrè, Milano 1999, vol. I
- Gardiner R., *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- Garner B.A. (a cura di), *Black's Law Dictionary*, West, St. Paul, 2004⁸
- Gazzini T., *Can the Authoritative Interpretation Under Article IX:2 of the Agreement Establishing the WTO Modify the Rights and Obligations of Members?*, in «International and Comparative Law Quarterly», LVII, 2008.
- Gazzini T., *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester University Press, Manchester 2006
- Gradoni L., *'Regime failure' nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova 2009
- Greer S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2000
- Hilf M., *Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?*, in «Journal of International Economic Law», IV, 2001
- Jackson J.H., *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2006
- Kaikobad K.H., *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007
- Kamminga M.T., *State Succession in Respect of Human Rights Treaties*, in «European Journal of International Law», VII, 1996
- Kelly J.P., *Judicial Activism at the World Trade Organization: Developing Principles of Self-Restraint*, in «Northwestern Journal of International Law & Business», XXII, 2002
- Kelly J.P., *The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance*, in «Cornell International Law Journal», XXXVIII, 2005
- Kelsen H., *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino 1979
- Kolb R., *Interpretation et creation du droit international: esquisses d'une hermeneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2006
- Kress K., *Legal Indeterminacy*, in «California Law Review», LXXVII, 2, 1989
- Krishnan S., *What's the Consensus? The Grand Chamber's Decision on Abortion in A, B and C v Ireland*, in «European Human Rights Law Review», 2011, XI
- Lang A., *Book Review: Deborah Cass, The Constitutionalization of the World Trade Organization*, in «European Journal of International Law», XVII, 2006

- Laursen A., *Changing International Law to Meet New Challenges: Interpretation, Modification and the Use of Force*, DJØF Publishing, Copenhagen 2006
- Legum B., Mouawad C., *The Meaning of «Investment» in the ICSID Convention*, in Bekker, Dolzer e Waibel (a cura di), *Making Transnational Law Work* cit.
- Letsas G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2007
- Linderfalk U., *Doing the Right Thing for the Right Reason – Why Dynamic or Static Approaches Should Be Taken in the Interpretation of Treaties*, in «International Community Law Review», 2008, X
- Linderfalk U., *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007
- Linderfalk U., *Who Are the Parties? Article 31, Paragraph 3(c) of the 1969 Vienna Convention and the «Principle of Systemic Integration» Revisited*, in «Netherlands International Law Review», 2008, LV
- Lixinski L., *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, in «European Journal of International Law», 2010, XXI
- Lo C.-F., *Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding*, in «Journal of International Dispute Settlement», I, 2010
- Marceau G., *A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against «Clinical Isolation» in WTO Dispute Settlement*, in «Journal of World Trade», XXXIII, 1999
- Matsushita M., Schoenbaum T.J., Mavroidis P.C., *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, Oxford 2006²
- Mavroidis P.C., *No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts*, in «American Journal of International Law», CII, 2008
- McDougal M.S., Laswell H.D., Miller C.J., *The Interpretation of Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, Yale University Press, New Haven 1967
- McKenna J., *The Law Court's Philosophy of Statutory Interpretation: The Legislature as Architect, the Court as Builder*, in «Maine Bar Journal», 2004, XIX
- McLachlan C., *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in «International & Comparative Law Quarterly», 2005, LIV

- McWhinney E., *The Time Dimension in International Law, Historical Relativism and Intertemporal Law*, in Makarczyk J. (a cura di), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff, The Hague 1984
- Mechlem K., *Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights*, in «Vanderbilt Journal of Transnational Law», 2009, XLII
- Merkouris P., *Inroduction: Interpretation is a Science, is an Art, is a Science*, in Fitzmaurice, Elias e Merkouris, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention* cit.
- Minda G., *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna 2001
- Mortenson J.D., *The Meaning of «Investment»: ICSID's Traveaux and the Domain of International Investment Law*, in «Harvard International Law Journal», 2010, LI
- Mosler H., *Problems of Interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in Kalshoven F., Kuyper P. e Lammers J.G. (a cura di), *Essays on the Development of the International Legal Order: In Memory of Haro F. Van Panhuys*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn 1980
- Neuman G.L., *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, in «European Journal of International Law», 2008, XIX.
- Nolte G. (a cura di), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford 2013 (in corso di pubblicazione)
- Orakhelashvili A., *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- Orakhelashvili A., Williams S. (a cura di), *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2010
- Palchetti P., *Interpreting «Generic Terms»: Between Respect of the Parties' Original Intention and Identification of the Ordinary Meaning* (documento non ancora pubblicato, copia in possesso dell'autore)
- Pariotti E., *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000
- Pauwelyn J., *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2003
- Pauwelyn J., *The Nature of WTO Obligations*, Jean Monnet Working Paper 1/02
- Pisillo Mazzeschi R., *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Giappichelli, Torino 2004
- Prebensen S.C., *Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold e L. Wildhaber, *Protection des droits de l'homme: la*

- perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Heysmanns, Köln-Berlin-Bonn-München 2000
- Pustorino P., *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Editoriale scientifica, Napoli 1998
- Rieteker D., *The Principle of «Effectiveness» in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law – No Need for the Concept of Treaty Sui Generis*, in «Nordic Journal of International Law», 2010, LXXIX
- Rincón-Eizaga L., *Human rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and Strasbourg Courts Regarding Interpretation of Article 8 of European Convention on Human Rights*, in «International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional», 2008, XI
- Rolla G. (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Giuffrè, Milano 2010
- Sattorova M., *Defining Investment Under the ICSID Convention and BITs: Of Ordinary Meaning, Telos and Beyond*, in «The Asian Journal of International Law», 2012, II
- Schilcher M., Weninger P., *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*, Linde, Wien, 2008
- Schloemann H.L., Ohlhoff S., “*Constitutionalization*” and *Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence*, in «American Journal of International Law», XCIII, 1999
- Schmidl M., *The Changing Nature of Self-Defense in International Law*, Nomos, Baden-Baden 2009
- Senden H., *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, Mortselsel, 2011
- Shan W., Simons P., Singh D. (a cura di), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008.
- Siegel D.E., *Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreements*, in «American Journal of International Law», XCVI, 2002
- Simma B., Pulkowski D., *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, in «European Journal of International Law»
- Simma B., *The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an ‘Objective Regime’*, in «Cornell International Law Journal», XIX, 1986

- Slotboom M., *A Comparison of WTO and EC Law. Do Different Objects and Purposes Matter for Treaty Interpretation?*, Cameron May, London 2006
- Steinberg R.H., *Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints*, in «American Journal of International Law», XCVIII, 2004
- Tanzi A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM, Padova 2010³
- Thirlway H., *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part One*, in «British Yearbook of International Law», LX, 1989
- Trachtman J.P., *The Constitutions of the WTO*, in «European Journal of International Law», XVII, 2006
- Trachtman J.P., *The Domain of WTO Dispute Resolution*, in «Harvard International Law Journal», XL, 1999.
- Van Damme I., *On 'Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding' – A Reply to Professor Chang-Fa Lo*, in «Journal of International Dispute Settlement», II, 2011
- Van Damme I., *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford 2009
- Vanneste F., *General International Law Before Human Rights Courts. Assessing the Specialty Claims of Human Rights Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2010
- Villiger M.E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009
- Vogliotti M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torini 2007
- Vukas B., *Possible Role of the International Tribunal for the Law of the Sea in Interpretation and Progressive Development of the Law of the Sea*, in Id., *The Law of the Sea. Selected Writings*, Martinus Nijhoff, Leiden 2004
- Vukas B., *State Practice in the Aftermath of the Un Convention on the Law of the Sea: The Exclusive Economic Zone and the Mediterranean Sea*, in A. Strati, M. Gavouneli e N. Skourtos (a cura di), *Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea. Time Before and Time After*, Martinus Nijhoff, Leiden 2006
- Vukas B., *The Vagueness of the International Rules on the Continental Shelf*, in B. Vucas e T. Šošić (a cura di), *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas*, Martinus Nijhoff, Leiden 2010
- Walker G.K. (a cura di), *Definitions for the Law of the Sea. Terms Not Defined by the 1982 Convention*, Martinus Nijhoff, Leiden 2011

- Weeramantry J.R., *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- Wolters Y.G.L., *The Meaning of «Investment» in Treaty Dispute: Substantive or Jurisdictional? Lessons from Nagel v. Czech Republic and S.D. Myers v. Canada*, in «The Journal of World Investment & Trade», 2007, VIII
- Yourow H.C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer, The Hague 1996
- Zang D., *Textualism in GATT/WTO Jurisprudence: Lessons for the Constitutionalization Debate*, in «Syracuse Journal of International Law and Commerce», XXXIII, 2006
- Zleptnig S., *Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston 2010

Documenti

- Fourth Report on State Responsibility*, in «Yearbook of the International Law Commission», 1992, II/1
- Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 2006
- ILC Report of the Sixty-third Session* (2011), A/66/10
- Report of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session, 4 May - 19 July 1966* (A/6309/Rev.1)
- Second Report on the Law of Treaties*, in «Yearbook of the International Law Commission», 1957, II
- Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II

Indice dei casi

Corte permanente di giustizia internazionale

Accesso alle scuole della minoranza tedesca in Alta Slesia, Parere consultivo (1931), PCIJ (Series A/B) No. 40

Status giuridico della Groenlandia orientale (Danimarca c. Norvegia), Sentenza (1933), PCIJ (Series A/B) No. 53

Corte internazionale di giustizia

Caso riguardante diritti di cittadini statunitensi in Marocco (Francia c. Stati Uniti d'America), Sentenza, I.C.J. Reports 1952

Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza del Sudafrica in Namibia (Africa sudoccidentale) nonostante la Risoluzione del consiglio di Sicurezza 276 (1970), Parere consultivo, I.C.J. Reports 1971

Controversia riguardante diritti di navigazione e correlati (Costa Rica c. Nicaragua), Sentenza, I.C.J. Reports 2009

Controversia sul confine terrestre, insulare e marittimo (El Salvador c. Honduras, Nicaragua interveniente), Sentenza, I.C.J. Reports 1992

Isola di Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibia), Sentenza, I.C.J. Reports 1999

Piattaforma continentale del Mar Egeo (Grecia c. Turchia), Sentenza, I.C.J. Reports 1978

Piattaforma continentale del Mare del Nord (Repubblica federale di Germania c. Danimarca e Olanda), Sentenza, I.C.J. Reports 1969

Piattaforme petrolifere (Repubblica islamica dell'Iran c. Stati Uniti d'America), Sentenza, I.C.J. Reports 1996

Progetto Gabčíkovo-Nagymaros (Ungheria c. Slovacchia), Sentenza, I.C.J. Reports 1997

Corte europea dei diritti dell'uomo

A., B. e C. c. Irlanda, sentenza del 16 dicembre 2010, ricorso n. 25579/05
Alajos Kiss c. Ungheria, sentenza del 20 maggio 2010, ricorso n. 38832/06
Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito, sentenza del 2 marzo 2010, ricorso n. 61498/08
Atanasovski c. "ex Repubblica iugoslava di Macedonia", sentenza del 14 gennaio 2010, ricorso n. 36815/03
Bayatyan c. Armenia, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n. 23459/03
Bolat c. Russia, sentenza del 5 ottobre 2006, ricorso n. 14139/03
Chassagnou e altri c. Francia, sentenza del 29 aprile 1999, ricorsi congiunti nn. 25088/94, 28331/95, 28443/95
Christine Goodwin c. Regno Unito, sentenza dell'11 luglio 2002, ricorso n. 28957/95
Depalle c. Francia, sentenza del 29 marzo 2010, ricorso n. 34044/02
Dickson c. Regno Unito, sentenza del 4 dicembre 2007, ricorso n. 44362
Dudgeon c. Regno Unito, sentenza del 22 ottobre 1981, ricorso n. 7525/76
Emonet e altri c. Svizzera, sentenza del 13 dicembre 2007, ricorso n. 39051/03
Eriksen c. Norvegia, sentenza del 27 maggio 1997, ricorso n. 17391/90
Fretté c. Francia, sentenza del 26 febbraio 2002, ricorso n. 36515
Gäfgen c. Germania, sentenza del 1 giugno 2010, ricorso n. 22978/05
Gillow c. Regno Unito, sentenza del 24 novembre 1986, Serie A n. 109
Golder c. Regno Unito, sentenza del 21 febbraio 1975, Serie A n. 18
Gorraiz c. Spagna, sentenza del 27 aprile 2004, ricorso n. 62543/00
Graziani-Weiss c. Austria, sentenza del 18 ottobre 2011, ricorso n. 31950/06
Hirst c. Regno Unito (n. 2), sentenza del 6 ottobre 2005, ricorso n. 74025/01
Hokkanen c. Finlandia, sentenza del 23 settembre 1994, Serie A n. 299-A
I. c. Regno Unito, sentenza dell'11 luglio 2002, ricorso n. 25680/94
J.M. c. Regno Unito, sentenza del 28 settembre 2010, ricorso n. 37060/06
Johnston e altri c. Irlanda, sentenza del 18 dicembre 1986, ricorso n. 9697/82
Kafkaris c. Cipro, sentenza del 12 febbraio 2008, ricorso n. 21906/04
Kennedy c. Regno Unito, sentenza del 18 maggio 2010, ricorso n. 26839/05
Leyla Şahin c. Turchia, sentenza del 10 novembre 2005, ricorso n. 44774/98
Loizidou c. Turchia, sentenza del 18 dicembre 1996, ricorso n. 15318/89
Matthews c. Regno Unito, sentenza del 18 febbraio 1999, ricorso n. 24833/94
Mazurek c. Francia, sentenza del 1 febbraio 2000, ricorso n. 34406/97

Micallef c. Malta, sentenza del 15 ottobre 2009, ricorso n. 17056/06

Nolan e K. c. Russia, sentenza del 12 febbraio 2009, ricorso n. 2512/04

O.H. c. Germania, sentenza del 24 novembre 2011, ricorso n. 4646/08

Öcalan c. Turchia, sentenza del 12 maggio 2005, ricorso n. 46221/99

Opuz c. Turchia, sentenza del 9 giugno 2009, ricorso n. 33401/02

Otto-Preminger-Institut c. Austria, sentenza del 20 settembre 1994, Serie A n. 295-A

Paulić c. Croazia, sentenza del 22 novembre 2009, ricorso n. 3572/06

Refah Partisi (Partito del Benessere) e altri c. Turchia, sentenza del 13 febbraio 2003, ricorsi congiunti nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98

Republican Party of Russia c. Russia, sentenza del 12 aprile 2011, ricorso n. 12976/07

Roche c. Regno Unito, sentenza del 19 ottobre 2005, ricorso n. 32555/96

S. e Marper c. Regno Unito, sentenza del 4 dicembre 2008, ricorsi congiunti nn. 30562/04 e 30566/04

S.H. e altri c. Austria, sentenza del 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/00

S.W. c. Regno Unito, sentenza del 22 novembre 1995, ricorso n. 20166/92

Selmouni c. Francia, sentenza del 28 luglio 1999, ricorso n. 25803/94

Serkov c. Ucraina, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n. 39766/05

Sheffield e Horsham c. Regno Unito, sentenza del 30 luglio 1998, ricorsi n. 22985/93 e 23390/94

Šilih c. Slovenia, sentenza del 9 aprile 2009, 71463/01

Soering c. Regno Unito, sentenza del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88

Stafford c. Regno Unito, sentenza del 28 maggio 2002, ricorso n. 46295/99

Stoll c. Svizzera, sentenza del 10 dicembre 2007, ricorso n. 69698/01

Stummer c. Austria, sentenza del 7 luglio 2011, ricorso n. 37452/02

T. c. Regno Unito, sentenza del 16 dicembre 1999, ricorso n. 24724/94

The Sunday Times c. Regno Unito, sentenza del 26 aprile 1979, Serie A n. 30

Tyrer c. Regno Unito, sentenza del 25 aprile 1978, Serie A n. 26

Unédic c. Francia, sentenza del 18 dicembre 2008, ricorso n. 20153/04

Valkov e altri c. Bulgaria, sentenza del 25 ottobre 2011, ricorsi congiunti nn. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05, 2041/05

Ventuno detenuti c. Repubblica Federale di Germania, sentenza del 6 aprile 1968, ricorsi congiunti nn. 3134/67, 3172/67, 3188–3206/67

Vo c. Francia, sentenza del 8 luglio 2004, ricorso n. 53924/00

Wemhoff c. Germania, sentenza del 27 giugno 1968, Serie A n. 7

Wingrove c. Regno Unito, sentenza del 25 novembre 1996, ricorso n. 17419/90

Organizzazione mondiale del commercio

Panel

Panel report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*

Panel report, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products*

Panel report, *Guatemala – Definitive Anti-Dumping Measures on Grey Portland Cement from Mexico*

Panel report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (US)*

Panel report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*

Panel report, *Korea – Measures Affecting Government Procurement*

Panel report, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea*

Panel report, *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins*

Panel report, *United States – Safeguard measures on import of fresh, chilled or frozen lamb meat from New Zealand and Australia*

Panel report, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*

Panel report, *United States – Section 301-310 of the Trade Act of 1974*

Panel report, *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*

Organo d’appello

Appellate Body report, *Argentina – Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*

Appellate Body report, *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*

Appellate Body report, *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages*

Appellate Body report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*

Appellate Body report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*

Appellate Body report, *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*

Appellate Body report, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*

Appellate Body report, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products*

Appellate Body report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. Second Recourse of Article 21.5 of the DSU by Ecuador*

Appellate Body report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*

Appellate Body report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*

Appellate Body report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*

Appellate Body report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*

Appellate Body report, *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*

Appellate Body report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*

Appellate Body report, *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*

Panel arbitrale (Articolo 22.6 DSU)

Arbitration report, *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*

Corte di giustizia dell’Unione europea

Causa 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos e l’Amministrazione olandese delle imposte* [1963] ECR 1

Cause riunite 90/63 e 91/63 *La Commissione della CEE contro il Granducato del Lussemburgo e il Regno del Belgio* [1964] ECR 625

Parere 1/78 *Parere della Corte del 4 ottobre 1979 emesso in forza dell'Art. 228, n. 1, 2) comma, del Trattato CEE. Accordo internazionale sulla gomma naturale* [1979] ECR 2871

Parere 1/94 *Parere della Corte del 15 novembre 1994. Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale – Procedimento ex Art. 228, n. 6, del Trattato CE* [1994] ECR 5267

Arbitrati internazionali

Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, RIAA, XIX, 1985

Arbitration Regarding the Iron Rhine («IJzeren Rijn») Railway (Belgium v. Netherlands), RIAA, XXVII, 2005

Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. United Kingdom), RIAA, XXIII, 2003

Affaire des Grisbadarna (Norvège, Suède), RIAA, IX, 1909

Island of Palmas case (Netherlands v. USA), RIAA, II, 1928

Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi (International Law Reports 1951)