

tato sulla prassi successiva. In altri termini, secondo la tesi danese e olandese, l'art. 6 sarebbe «servito da base o da punto di partenza per una regola che, puramente convenzionale o contrattuale all'origine, si sarebbe poi integrata nell'insieme del diritto internazionale generale e sarebbe ora accettata a questo titolo dall'*opinio juris*, in modo che essa si imporrebbe ormai anche ai Paesi che non sono e non sono mai stati pari della Convenzione». La Corte ha riconosciuto che si trattava «certamente di una situazione appartenente al novero delle cose possibili, una situazione che si presenta di tanto in tanto: essa costituisce persino uno dei metodi riconosciuti attraverso i quali possono formarsi nuove regole di diritto internazionale consuetudinario» (§ 71). Tuttavia, affinché fosse dimostrata, occorreva anzitutto che «la disposizione in questione [avvel], quanto meno potenzialmente, un carattere fondamentalmente normativo e [potessel] così costituire la base di una regola generale di diritto», ciò che la Corte ha escluso per diverse ragioni, tra l'altro ribadendo, senza tuttavia voler prendere posizione sulla questione dello *ius cogens*, il principio secondo cui «è possibile derogare con un accordo alle regole di diritto internazionale in casi particolari o tra certe parti» (§ 72).

La Corte ha quindi stabilito che ai fini della formazione di una norma consuetudinaria a partire da una norma pattizia occorre il decorso di un certo periodo di tempo, pur riconoscendo la possibilità che «anche senza il decorso di un lungo periodo di tempo, una partecipazione molto ampia e rappresentativa alla convenzione sia sufficiente, a condizione comunque che essa comprenda gli Stati particolarmente interessati». Nel caso di specie, peraltro, secondo la Corte «anche se si tiene conto del fatto che alcuni Stati non possono partecipare alla Convenzione di Ginevra, o che, ad esempio per mancanza di littorale, non hanno interesse a divenirne parti, il numero delle ratifiche e adesioni finora ottenute è importante ma non sufficiente» e in generale non si può «far leva sul fatto che la mancata ratifica possa essere dovuta talvolta a fattori diversi dall'attiva disapprovazione della convenzione in questione per dedurre l'accettazione positiva di tali principi: le ragioni sono congettrabili, ma i fatti rimangono» (§ 73).

Quanto al tempo necessario, secondo la Corte, «benché il fatto del decorso di un breve lasso di tempo non costituisca di per sé necessariamente un impedimento alla formazione di una nuova regola di diritto internazionale consuetudinario a partire da una regola puramente convenzionale all'origine, resta indispensabile che in questo lasso di tempo, per quanto breve sia stato, la prassi degli Stati, compresi quelli particolarmente interessati, sia stata frequente e praticamente uniforme nel senso della disposizione invocata e si sia manifestata in modo da stabilire un generale riconoscimento del fatto che sia in gioco una regola di diritto o un obbligo giuridico» (§ 74). Procedendo nella verifica se tale condizione fosse soddisfatta nel caso di specie ed a parte una quindicina di precedenti sottoposti alla sua attenzione, di cui soltanto quattro riconosciuti pertinenti, la Corte ha osservato che «più della metà degli Stati interessati, a prescindere se abbiano agito congiuntamente o unilateralmente, erano, o sono presto divenuti, parti della Convenzione di Ginevra ed è lecito quindi supporre che la loro azione si inscrivesse di fatto o potenzialmente nel quadro dell'applicazione della Convenzione», con la conseguenza che non era possibile «legittimamente dedurre che esista una regola di diritto internazionale consuetudinario che sancisca il principio dell'equidistanza». Del resto, «per gli Stati che non erano pari e che non sono divenuti successivamente parti della Convenzione, le ragioni della loro azione non potevano essere che problematiche e rimangono interamente nel campo delle congetture, essendo chiaro che questi Stati non applicavano la

Convenzione, ma sarebbe eccessivo concludere che essi credevano di applicare una regola di diritto internazionale consuetudinario di carattere obbligatorio». Di conseguenza, in mancanza di indizi e sussistendo anche altre ragioni per far ricorso al metodo dell'equidistanza «il fatto di aver agito o di essersi impegnati ad agire in un certo modo non prova nulla sul piano giuridico» (§ 76).

Ma anche ad ammettere che gli Stati terzi alla Convenzione fossero ricorsi al criterio dell'equidistanza più frequentemente, secondo la Corte, «tali atti, anche considerati nella loro globalità, non basterebbero di per sé a formare l'*opinio juris* dal momento che, per arrivare a questo risultato, devono essere soddisfatte due condizioni», e cioè «non solamente gli atti considerati devono rappresentare una prassi costante, ma inoltre essi devono testimoniare, per la loro natura o per il modo in cui sono compiuti, la convinzione che tale prassi sia resa obbligatoria dall'esistenza di una regola di diritto», convinzione che secondo la Corte «è implicita nella nozione stessa di *opinio juris sive necessitatis*». In altre parole, «gli Stati interessati devono... avere la percezione di conformarsi a qualcosa che equivale a un obbligo giuridico. Né la frequenza né il carattere abituale degli atti sono sufficienti». Come la Corte ha precisato infatti «esiste un gran numero di atti internazionali, ad esempio nel campo del cerimoniale e del protocollo, che vengono compiuti quasi invariabilmente, ma sono motivati da semplici considerazioni di cortesia, opportunità o di tradizione e non dal senso di un obbligo giuridico» (§ 77).

Di fronte alla scarsità di una prassi positiva degli Stati la Corte ha quindi confermato quanto già sostenuto dalla Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza del 7 settembre 1927 nel caso *Lotus*, e cioè che «è solo se l'astensione [è] stata motivata dalla consapevolezza di un dovere di astenersi che si [può] parlare di consuetudine internazionale»<sup>2</sup>. Constatando che «in certi casi poco numerosi alcuni Stati hanno convenuto di tracciare, o hanno tracciato, i limiti che li riguardano seguendo il principio dell'equidistanza», secondo la Corte «nulla prova che essi abbiano così agito poiché si sentivano giuridicamente vincolati da una regola obbligatoria di diritto consuetudinario, soprattutto se si considera che altri fattori abbiano potuto motivare la loro azione» (§ 78). La Corte ha così concluso che «se la Convenzione di Ginevra non era né alle sue origini né nelle sue premesse dichiarativa di una regola di diritto internazionale consuetudinario che impone l'impiego del principio dell'equidistanza per la delimitazione della piattaforma continentale tra Stati limitrofi, essa non è neanche arrivata, attraverso i suoi effetti successivi, alla formazione di una tale regola; e che anche la prassi degli Stati fino ad oggi è stata insufficiente al riguardo» (§ 81).

53. Sentenza della Corte internazionale di giustizia del 27 giugno 1986 nel caso delle *Attività militari e paramilitari degli Stati Uniti in Nicaragua e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti) (merito)*.

Nei primi anni '80 gli Stati Uniti iniziarono ad appoggiare mediante finanziamenti e assistenza logistica e militare, gli oppositori al governo di coalizione che si era formato in Nicaragua dopo la caduta di Somoza, nel 1979 (c.d. «contras»), governo nel quale

<sup>2</sup> *Ibidem*, § 162.

occupava una posizione di spicco il *Frente Sandinista de Liberacion Nacional*. Il Nicaragua ricorse alla Corte internazionale di giustizia accusando gli Stati Uniti della violazione delle norme internazionali che vietano l'uso della forza militare e l'ingerenza negli affari interni di Stati stranieri. Secondo il Nicaragua infatti i *contras* dovevano qualificarsi come bande di mercenari al servizio, cioè operanti sotto la direzione e il controllo, degli Stati Uniti, con la conseguenza che i loro atti dovevano imputarsi agli Stati Uniti e che il conflitto in corso con il governo in carica fosse in realtà un conflitto internazionale iniziato e condotto dagli Stati Uniti all'interno e contro il Nicaragua. Al contrario, gli Stati Uniti ritenevano che gli atti dei *contras* fossero imputabili al Governo del Nicaragua e, trattandosi di violazioni del diritto internazionale umanitario commesse a danno sia dello stesso popolo nicaraguense che di altri Stati dell'America centrale, consentissero l'intervento di altri Stati in legittima difesa collettiva e/o a titolo di intervento umanitario. Gli Stati Uniti avevano comunque contestato la competenza della Corte a pronunciarsi nel merito ritenendo che le norme internazionali invocate dal Nicaragua fossero contenute in trattati multilaterali (Carta delle Nazioni Unite e Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani) e ricadessero così in una riserva apposta alla loro dichiarazione unilaterale di accettazione della competenza della Corte effettuata ex art. 36, par. 2, del suo Statuto, riserva che faceva salve le controversie relative all'interpretazione dei trattati multilaterali di cui gli Stati Uniti fossero parti. La Corte era così chiamata a stabilire se le norme internazionali invocate dal Nicaragua fossero contenute esclusivamente in trattati multilaterali, nel qual caso avrebbe dovuto dichiararsi incompetente, o fossero anche oggetto di corrispondenti norme internazionali generali, estranee in quanto tali alla riserva statunitense.<sup>3</sup>

Nella sua sentenza resa nel merito della controversia la Corte internazionale di giustizia ha affermato di dover «esercitare la giurisdizione conferitale mediante la dichiarazione degli Stati Uniti di accettazione ai sensi dell'art. 36, par. 2, dello Statuto, in ordine all'esame delle pretese del Nicaragua fondate sul diritto internazionale consuetudinario indipendentemente dall'esclusione dalla sua giurisdizione delle controversie sorte ai sensi della Carta delle Nazioni Unite e dell'Organizzazione degli Stati americani» (§ 182). La Corte ha quindi precisato di dover «accertare quali siano le norme di diritto internazionale consuetudinario applicabili alla presente controversia» e, a tal fine, «rivolgere la propria attenzione alla prassi e all'opinione *juris* degli Stati» osservando, come già statuito nella sentenza del 1985 nel caso della *Piattforma continentale* in una controversia tra la Libia e Malta<sup>4</sup> che «è naturalmente assiomatoco che il materiale del diritto internazionale consuetudinario debba essere cercato anzitutto nella prassi effettiva e nell'opinione *juris* degli Stati, anche se delle convenzioni multilaterali possano avere un'importante ruolo da svolgere nel registrare e definire regole derivanti dalla consuetudine, o anche nel loro sviluppo». La Corte ha peraltro aggiunto di non dover «perdere di vista la Carta delle Nazioni Unite e quella dell'Organizzazione degli Stati Americani, indipendentemente dall'operatività della riserva relativa ai trattati multilaterali» e che «sebbene... non abbia giurisdizione per esaminare se la condotta degli Stati Uniti costituisca una violazione di tali convenzioni, essa può e deve tenerle in considerazione nell'accertamen-

to del contenuto del diritto internazionale consuetudinario che pure si asserisce che gli Stati Uniti abbiano violato» (§ 183).

Esaminando dunque se le norme invocate dal Nicaragua fossero di diritto internazionale consuetudinario, la Corte ha rimarcato «che di fatto sussistono prove... di un considerevole grado di accordo tra le Parti quanto al contenuto del diritto internazionale consuetudinario relativo al non-uso della forza e al non-intervento». Tuttavia, «tale concorso delle loro vedute non [la] dispensa... dall'accertare quali norme del diritto internazionale consuetudinario siano applicabili» nel caso di specie dal momento che «il merito fatto che gli Stati dichiarino il loro riconoscimento di alcune regole non è sufficiente... per considerare queste ultime come facenti parte del diritto internazionale consuetudinario e come applicabili in quanto tali a quegli Stati». Inoltre, la Corte, «vincolata come è dall'art. 38 del suo Statuto ad applicare, *inter alia*, la consuetudine internazionale quale "prova di una prassi generale accettata come diritto" ... non può ignorare il ruolo essenziale svolto dalla prassi generale». Se è vero infatti che «quando due Stati conven-gono di incorporare una particolare norma in un trattato, il loro accordo è sufficiente a rendere tale norma una norma giuridica, vincolante nei loro confronti», nel diritto internazionale consuetudinario accade che «l'opinione condivisa delle Parti riguardo al contenuto di ciò che esse considerano la regola non basta», e pertanto la Corte «deve convincersi che l'esistenza della norma nell'opinione *juris* degli Stati sia confermata dalla prassi» (§ 184). E anche vero peraltro che nel caso di specie la Corte, «anche se esercita la sua giurisdizione soltanto rispetto all'applicazione delle norme consuetudinarie sul non-uso della forza e sul non-intervento, non può ignorare il fatto che le Parti siano vincolate da tali norme sul piano sia del diritto pattizio che del diritto internazionale generale» tenuto conto in particolare che «a parte gli impegni pattizi vincolanti le Parti alle regole in questione, sussistono diversi elementi nel senso che le parti abbiano espresso in altri modi il riconoscimento della loro validità come diritto internazionale consuetudinario». E dunque «alla luce di tale "elemento soggettivo" — espressione usata dalla Corte nella sua sentenza del 1969 nei casi sulla *Piattforma continentale del Mare del Nord*<sup>5</sup> — che la Corte deve valutare la prassi rilevante» (§ 185).

Valutando la prassi e l'opinione *juris* generale, infine, la Corte ha osservato che per quanto «non ci si debba aspettare che nella prassi degli Stati l'applicazione delle regole in questione sia stata perfetta, nel senso che gli Stati si siano astenuti, con totale coerenza, dall'uso della forza o dall'intervento negli affari interni degli altri», resta fermo che «per stabilire una regola come consuetudinaria la prassi corrispondente deve essere assolutamente e rigorosamente conforme». In particolare, «al fine di dedurre l'esistenza di regole consuetudinarie, la Corte ritiene sufficiente che il comportamento degli Stati sia, in generale, coerente con tali norme, e che i casi di comportamento statale incoerente con una data regola siano stati generalmente trattati come violazioni di tale regola piuttosto che come manifestazioni del riconoscimento di una nuova regola». La Corte ha quindi aggiunto che «se uno Stato agisce in una maniera *prima facie* incompatibile con una regola riconosciuta, ma difende il suo comportamento invocando eccezioni o giustificazioni contenute entro la regola stessa, allora il significato di tale atteggiamento

<sup>3</sup> In <http://www.icj-efi.org/doccat/files/7016503.pdf> (ICJ Rep., 1986, pp. 392-443).

<sup>4</sup> In <http://www.icj-efi.org/doccat/files/6816393.pdf> (ICJ Rep., 1985, pp. 13-58).

<sup>5</sup> *Supra*, § 52, *infra*, § 169.

è di conferma, piuttosto che di indebolimento, della regola a prescindere se il comportamento dello Stato sia in effetti giustificabile su quella base» (§ 186).

54. Parere consultivo della Corte internazionale di giustizia dell'8 luglio 1996 sulla *Legalità della minaccia e dell'impiego delle armi nucleari* richiesto dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

Con risoluzione 49/75 K del 15 dicembre 1994 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite aveva chiesto alla Corte internazionale di giustizia un parere consultivo, ai sensi dell'art. 96 della Carta delle Nazioni Unite, sottoponendole il seguente quesito: «La minaccia o l'impiego di armi nucleari è permessa nel diritto internazionale in qualsiasi circostanza?»<sup>6</sup>

Nel suo parere consultivo dell'8 luglio 1996, la Corte internazionale di giustizia, richiamando la sua sentenza del 3 giugno 1985 nel caso della *Piazzafornia continentale* tra Libia e Malta<sup>7</sup>, che a sua volta riprendeva la sentenza del 20 febbraio 1969 sulla *Piazzafornia continentale nel Mare del Nord*<sup>8</sup>, ha ritenuto che per stabilire se esiste una divieto della minaccia o dell'uso delle armi nucleari occorre ricercare sia la prassi effettiva che l'*opinio juris* degli Stati. A tal fine, secondo la Corte, «le risoluzioni dell'Assemblea generale, anche se non sono vincolanti, possono talvolta avere un valore normativo»<sup>9</sup> in quanto suscettibili talvolta di fornire «elementi di prova importanti per accertare l'esistenza di una regola o l'emergere di una *opinio juris*». In particolare, «per stabilire se ciò sia vero di una determinata risoluzione dell'Assemblea generale, è necessario esaminare il contenuto e le condizioni di adozione» ed è inoltre «necessario, e necessario, se esiste una *opinio juris* quanto al suo carattere normativo», considerando che «una serie di risoluzioni può mostrare l'evoluzione graduale dell'*opinio juris* necessaria all'affermazione di una nuova regola» (§ 70). Con riguardo alla minaccia e all'uso delle armi nucleari la Corte ha peraltro ritenuto che «benché dette risoluzioni costituiscono un chiaro segno di una profonda preoccupazione rispetto al problema delle armi nucleari, esse non dimostrano ancora l'esistenza di una *opinio juris* sull'illiceità dell'impiego di tali armi», tenuto anche conto che «molte delle risoluzioni in esame... sono state adottate con un numero significativo di voti contrari e di astensioni» (§ 71). La Corte ha poi sottolineato che «la prima delle risoluzioni dell'Assemblea generale ad avere espressamente proclamato l'illiceità dell'uso delle armi nucleari, la risoluzione 1653 (XVII) del 24 novembre 1961 (richiamata dalle risoluzioni successive), dopo aver fatto riferimento ad alcune dichiarazioni internazionali e ad alcuni accordi vincolanti, vanno dalla Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868 al Protocollo di Ginevra del 1925, ha proceduto a qualificare la natura giuridica delle armi nucleari, a determinare i loro effetti e ad applicare regole generali di diritto internazionale consuetudinario alle armi nucleari in particolare». Nell'opinione della Corte, proprio «tale applicazione, da parte dell'Assemblea generale, di regole generali del diritto consuetudinario al caso specifico delle armi nucleari indica che... non esisteva alcuna specifica regola di diritto con-

suetudinario che vietasse l'uso delle armi nucleari». Infatti «se una tale regola fosse esistita, l'Assemblea generale avrebbe potuto semplicemente riferirsi e non avrebbe dovuto impegnarsi in un tale esercizio di qualificazione giuridica» (§ 72). La Corte ha precisato che «l'adozione ogni anno da parte dell'Assemblea generale, a larga maggioranza, di risoluzioni che richiamano il contenuto della risoluzione 1653 (XVII) e che richiedono agli Stati Membri di concludere una convenzione che vieti l'uso di armi nucleari in qualsiasi circostanza, rivela il desiderio di una grandissima parte della comunità internazionale di fare, con il divieto specifico ed espresso dell'uso delle armi nucleari, un passo avanti significativo sul cammino del disarmo nucleare completo»; ma, in definitiva, secondo la Corte «l'apparizione, come *lex lata*, di una regola consuetudinaria che proibisca specificamente l'uso delle armi nucleari in quanto tali si scontra con le tensioni continue tra una *opinio juris* in via di formazione, da un lato, e, dall'altro, l'adesione ancora forte alla prassi della deterrenza» (§ 73). La Corte ha così concluso escludendo che nell'attuale diritto internazionale esista una norma consuetudinaria che vieti la minaccia e l'uso delle armi nucleari in quanto tali.

## 2. Consuetudine particolare

55. Sentenza della Corte internazionale di giustizia del 20 novembre 1950 nel caso sul *Dritto di asilo (Colombia c. Perù)*.

Il 4 ottobre 1948 il Presidente della Repubblica del Perù aveva emanato un decreto che prevedeva la dissoluzione del partito «Alleanza popolare rivoluzionaria americana», accusato di aver preparato e diretto una ribellione militare il giorno prima (subito repressa), e la sottoposizione a giudizio dei suoi dirigenti per il reato di istigazione alla ribellione. Il 5 ottobre il ministro degli interni peruviano aveva denunciato Victor Rauli Haya de la Torre, capo del partito ritenuto responsabile della rivolta, insieme ad altri dirigenti del partito, attivando un'azione penale nei suoi confronti per il reato di ribellione militare. Ma il 3 gennaio 1949 Haya de la Torre, che intanto si era rifiutato di consegnarsi alle autorità peruviane, aveva chiesto, e il giorno successivo ottenuto, asilo politico presso l'ambasciata colombiana di Lima in Perù. L'ambasciatore della Colombia aveva quindi sollecitato il Perù a rilasciare ad Haya de la Torre, in qualità di rifugiato politico e secondo «il diritto diplomatico di asilo», un salva-condotto in modo che potesse lasciare al più presto il paese. Il Perù contestò, tuttavia, la qualificazione colombiana di reato «politico» dell'illecito imputato ad Haya de la Torre ritenendo che essa fosse soltanto provvisoria e priva di effetti vincolanti nei suoi confronti. I due Stati stipularono allora a Lima, il 31 agosto 1949, un compromesso arbitrato che prevedeva, in ordine a tale controversia, la possibilità di ricorso unilaterale alla Corte internazionale di giustizia. Il 15 ottobre 1949 la Colombia adì la Corte sostenendo di avere il diritto, sulla base di due trattati in vigore con il Perù (l'Accordo di Caracas sull'estradizione del 18 luglio 1911, noto come «accordo di Bolívar», e la Carta dell'Avana sul diritto di asilo del 20 febbraio 1928) e più in generale sulla base di un «diritto internazionale americano» vincolante tutti gli Stati latino-americani, di qualificare la natura del reato (comune o politico) ai fini della concessione dell'asilo e che fosse a carico del Perù, in quanto Stato territoriale, l'obbligo di accordare al rifugiato le garanzie di inviolabilità personale ne-

<sup>6</sup> In <http://www.icj-cij.org/doccker/files/9517495.pdf> (ICJ Rep., 1996, pp. 226-267).  
<sup>7</sup> In <http://www.icj-cij.org/doccker/files/6816393.pdf> (ICJ Rep., 1985, pp. 13-58).  
<sup>8</sup> *Supra*, § 52; *infra*, § 169.