

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXII

Settore Concorsuale: 12/E1

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/13

L'ACQUIESCENZA NEL DIRITTO
INTERNAZIONALE

Presentata da: Dott. Niccolò Lanzoni

Coordinatore Dottorato:

**Chiar.mo Prof.
Andrea Morrone**

Supervisore:

**Chiar.mo Prof.
Attila M. Tanzi**

Esame finale anno 2020

Ringraziamenti

Non è semplice trovare le parole giuste per ringraziare così tante persone in così poco spazio. Il primo e più sentito dei ringraziamenti va al Professor Attila Tanzi, mio supervisore e Maestro, con il quale, nel corso di questi lunghi, spossanti, entusiasmanti e irripetibili anni ho avuto modo di stringere un magnifico rapporto professionale e, prima ancora, personale. Inutile dire che senza di lui questa tesi non avrebbe mai visto la luce.

Il secondo ringraziamento va, senza dubbio, a Gian Maria Farnelli. Solo chi ha avuto il piacere di lavorarci insieme può apprezzarne appieno la competenza e le qualità umane. Grazie davvero per il costante e generoso aiuto. Ringrazio la Professoressa Elisa Baroncini per avermi gentilmente coinvolto nei suoi stimolanti progetti, nonché i miei fantastici colleghi Ludovica Chiussi e Francesco Cunsolo per i bei momenti passati in compagnia. Ringrazio inoltre i due revisori, il Professor Giulio Bartolini e il Professor Cesare Pitea, per gli utili commenti alla precedente versione del testo. Un ringraziamento speciale va alla Profesora Andrea Lucas Garín per avermi invitato e splendidamente accolto all'Heidelberg Center para América Latina a Santiago del Cile: è stata un'esperienza indimenticabile.

Un ulteriore e profondo ringraziamento va alla mia famiglia, che mi supporta (e sopporta) da sempre. Se sono riuscito a raggiungere un traguardo tanto importante lo devo principalmente a voi: grazie per tutto ciò che avete fatto per me. Ringrazio infine i miei amici, vecchi e nuovi, e tutti coloro che ho incontrato e conosciuto in questi anni. Ho imparato molto, da ciascuno di voi.

Mi assumo piena ed esclusiva responsabilità per ogni imprecisione, formale o materiale, nelle pagine che seguono.

N. L.

Bologna, 7 febbraio 2020.

«Conticuere omnes [...]».

Eneide II, 1.

Indice

Abbreviazioni.....	11
--------------------	----

Introduzione

1. Il valore (giuridico) del silenzio.....	15
2. Terminologia: atti giuridici e fatti giuridici.....	17
3. Piano dell'analisi.....	19

Capitolo I. Il silenzio quale atto giuridico: l'acquiescenza

1. Introduzione: l'istituto dell'acquiescenza nel diritto internazionale.....	23
2. L'approccio volontaristico: l'acquiescenza come atto giuridico.....	24
3. L'approccio oggettivista: l'acquiescenza come fatto giuridico.....	28
4. La natura giuridica dell'acquiescenza.....	30
4.1. L'acquiescenza come atto giuridico unilaterale.....	30
4.2. L'acquiescenza come "fenomeno giuridico".....	33
5. I limiti dell'acquiescenza: lo <i>jus cogens</i>	34
6. Considerazioni conclusive.....	36

Capitolo II. L'acquiescenza e la prescrizione acquisitiva

1. Introduzione: la prescrizione acquisitiva nel diritto internazionale.....	39
2. Origini e sviluppo dell'istituto.....	42
3. Gli elementi che caratterizzano la prescrizione acquisitiva.....	45
3.1. Introduzione: le condizioni <i>sine qua non</i>	45
3.2. L'esercizio di poteri <i>de facto</i> sovrani.....	46
3.2.1. Effettività, continuità, pubblicità.....	46
3.2.2. L' <i>animus occupandi</i>	50

3.2.3. L'esercizio pacifico di poteri <i>de facto</i> sovrani.....	53
3.3. L'acquiescenza dello Stato interessato.....	55
3.3.1. Complementarietà dei due elementi.....	55
3.3.2. Conoscenza della situazione e interesse ad agire: <i>loqui debuisset</i>	56
3.3.3. Capacità di protestare: <i>ac potuisset</i>	61
3.4. Condizioni ancillari.....	62
3.4.1 Il passaggio del tempo.....	62
3.4.2. La buona fede.....	64
4. Considerazioni conclusive.....	65

Capitolo III. L'acquiescenza e le fonti del diritto internazionale

1. L'acquiescenza e il diritto consuetudinario.....	67
1.1. La formazione del diritto consuetudinario generale.....	67
1.2. Il silenzio quale elemento oggettivo.....	69
1.3. Il silenzio quale elemento soggettivo.....	72
1.4. Il problema della natura della <i>opinio juris</i>	75
1.5. MACGIBBON: diritti, obblighi e acquiescenza.....	77
1.6. Il diritto consuetudinario particolare.....	79
1.7. L'obiettore persistente.....	83
1.8. La desuetudine.....	87
2. L'acquiescenza e il diritto dei trattati.....	89
2.1. L'acquiescenza e la formazione dei trattati.....	89
2.2. L'acquiescenza e le riserve.....	91
2.3. L'acquiescenza e l'interpretazione dei trattati.....	94
2.4. L'acquiescenza e la modifica dei trattati.....	98
2.5. L'acquiescenza e l'invalidità dei trattati.....	101
2.6. L'acquiescenza e l'estinzione dei trattati.....	105
3. Considerazioni conclusive.....	109

Capitolo IV. Altri ambiti di applicazione dell'acquiescenza

1. Introduzione: altri ambiti in cui l'acquiescenza dispiega i propri effetti.....	111
2. L'acquiescenza e l'esistenza di una controversia.....	111
3. L'acquiescenza e l'istituzione della giurisdizione di corti e tribunali internazionali.....	114
4. L'acquiescenza a la responsabilità internazionale degli Stati.....	119
5. L'acquiescenza e l'adozione delle decisioni nelle organizzazioni internazionali.....	122
6. L'acquiescenza e la procedura di <i>opting out</i>	125
7. Considerazioni conclusive.....	126

Capitolo V. Altri "silenzi": l'*estoppel by silence* e la prescrizione estintiva

1. Introduzione: il silenzio come fatto giuridico <i>stricto sensu</i>	129
2. L' <i>estoppel</i>	131
2.1. Le origini dell'istituto.....	131
2.2. Concezione estensiva e concezione restrittiva dell' <i>estoppel</i> nel diritto internazionale...	133
2.3. L' <i>estoppel by silence</i> e l' <i>estoppel by acquiescence</i>	136
2.3.1. Considerazioni teoriche.....	136
2.3.2. La prassi della CIG.....	141
2.3.3. Sviluppi recenti.....	146
2.4. Differenze tra l' <i>estoppel</i> e altri istituti.....	147
3. La prescrizione estintiva.....	149
3.1. Prescrizione estintiva e prescrizione acquisitiva.....	149
3.2. Natura dell'istituto.....	151
3.3. Elementi di prassi.....	153
3.3.1. Da <i>Brig Macedonian</i> (1858) ad <i>Ambatielos</i> (1956)	153
3.3.2. Sviluppi recenti.....	157
3.4. Considerazioni in tema di prassi.....	159
3.4.1. Prescrizione estintiva, limite temporale e ingiustificato ritardo.....	159
3.4.2. Decorso del termine e interruzione della prescrizione.....	162
3.4.3. L'esistenza di un pregiudizio per il convenuto.....	163

4. Considerazioni conclusive.....	165
-----------------------------------	-----

Conclusioni

1. L'importanza del paradigma dell'azione-reazione nel diritto internazionale.....	167
2. I requisiti del silenzio nella produzione di effetti giuridici.....	169
3. Considerazioni propositive.....	171

Bibliografia

Monografie, contributi in opera collettanea e articoli.....	175
Giurisprudenza.....	185
Documenti.....	193
Sinossi.....	196

Abbreviazioni

- AFDI:** *Annuaire français de droit international*;
- African J. Int'l & Comp. L.:** *African Journal of International and Comparative Law*;
- AJIL:** *American Journal of International Law*;
- ARS:** *Progetto di Articoli sulla responsabilità dello Stato* (UN Doc. A/56/10), 2001;
- Australian Y.B. Int'l L.:** *Australian Yearbook of International Law*;
- Bond L. Rev.:** *Bond Law Review*;
- British Y.B. Int'l L.:** *British Yearbook of International Law*;
- California L. Rev.:** *California Law Review*;
- Cambridge L. J.:** *Cambridge Law Review*;
- Carta ONU:** *Statuto delle Nazioni Unite*, San Francisco, 26 giugno 1945;
- CDI:** Commissione di diritto internazionale;
- CdP:** Conferenza delle parti;
- CEDU:** *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Roma, 3 settembre 1953;
- Chinese J. Int'l L.:** *Chinese Journal of International Law*;
- CIADU:** *Convenzione americana sui diritti umani*, San José, 22 novembre 1969;
- CIG:** Corte internazionale di giustizia;
- CNUDM:** *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, Montego Bay, 10 dicembre 1982;
- Convenzione ICSID:** *Convenzione di Washington per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, Washington, 18 marzo 1965;
- CPA:** Corte permanente di arbitrato;
- CPGI:** Corte permanente di giustizia internazionale;
- CVDT:** *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Vienna, 23 maggio 1969;
- CUP:** *Cambridge University Press*;
- Denning L. J.:** *Denning Law Journal*;
- DSB:** *Dispute Settlement Body*;
- DSU:** *Dispute Settlement Understanding*;
- Duke J. Int'l & Comp. L.:** *Duke Journal of International and Comparative Law*;
- EJIL:** *European Journal of International Law*;
- FILJ:** *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*;
- Georgetown L. J.:** *Georgetown Law Journal*;

German Y.B. Int'l L.: *German Yearbook of International Law*;

GPO: *U.S. Government Publishing Office*;

Harvard Int'l L. J.: *Harvard International Law Journal*;

ICAO: *International Civil Aviation Organisation*;

ILR: *International Law Reports*;

IMO: *International Maritime Organisation*;

Int'l Community L. Rev.: *International Community Law Review*;

Int'l & Comp. L. Q.: *International and Comparative Law Quarterly*;

JDI: *Journal du droit international*;

MPEPIL: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*;

NAFTA: *North American Free Trade Agreement*, Città del Messico, 17 dicembre 1992;

Netherlands Y.B. Int'l L.: *Netherlands Yearbook of International Law*;

New York U. J. Int'l L. & Pol.: *New York University Journal of International Law and Policy*;

NJIL: *Nordic Journal of International Law*;

NTIR: *Nordisk tidsskrift for international ret*;

OIL: *Organizzazione Internazionale del Lavoro*;

OMC: *Organizzazione Mondiale del Commercio*;

OMM: *Organizzazione Mondiale della Meteorologia*;

OMS: *Organizzazione Mondiale della Salute*;

ONG: *Organizzazioni non governative*;

ONU: *Organizzazione delle Nazioni Unite*;

OUP: *Oxford University Press*;

QGUB: *Quaderni di Glottologia dell'Università di Bologna*;

RBDI: *Revue belge de droit international*

RDI: *Rivista di diritto internazionale*;

Recueil des cours: *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*;

REDI: *Revista española de derecho internacional*;

RGDIP: *Revue générale de droit international public*;

TIDM: *Tribunale internazionale del diritto del mare*;

UNCITRAL: *United Nations Commission on International Trade Law*;

UNRIAA: *United Nations Reports of International Arbitral Awards*;

U. Miami L. Rev.: *University of Miami Law Review*;

US-China L. Rev.: *US-China Law Review*;

Virginia L. Rev.: *Virginia Law Review*;

Washington L. Rev.: *Washington Law Review*;

Yale J. Int'l L.: *Yale Journal of International Law*;

ZEE: Zona economica esclusiva.

Introduzione

«The German philosopher, Nietzsche, memorably described the State as a “cold monster”; perhaps he should have said [a conscious] cold monster [...]»¹.

SOMMARIO: 1. Il valore (giuridico) del silenzio. – 2. Terminologia: atti giuridici e fatti giuridici. – 3. Piano dell’analisi.

1. Il valore (giuridico) del silenzio

Una cicogna stringe un uovo nel becco. Al suo fianco, un uomo si porta l’indice alle labbra. L’affresco, dipinto dal Nogari, risale al 1582 e si trova nel Salone degli Svizzeri nel palazzo pontificio di Castel Gandolfo. Esso simboleggia l’importanza del silenzio: qualora la cicogna schiudesse il becco, l’uovo cadrebbe al suolo, rompendosi.

Il silenzio è un concetto polivalente. Da un lato, in contrapposizione alla parola, è considerato un fenomeno negativo: il silenzio come assenza di comunicazione. Dall’altro, il silenzio è un fenomeno positivo, perché dotato di una carica espressiva: il silenzio come “segno”, vale a dire, per impiegare la terminologia coniata dal celebre linguista Ferdinand DE SAUSSURE, come unione tra “significante” e “significato”². Gli antichi percepivano la duplice natura semantica del silenzio. Il latino, ad esempio, distingue il verbo *tacere* dal verbo *silere*. Il primo traduce il silenzio negativo, il secondo il silenzio positivo³. La religione ha immediatamente colto il potenziale del silenzio quale “segno”. I testi sacri presentano innumerevoli riferimenti al silenzio sia quale concetto negativo-ascetico (contemplativo) che quale concetto positivo-mistico (rivelatore)⁴. La riflessione sul silenzio è rimasta confinata alla dimensione verticale dello stesso per molto tempo. Discutere del silenzio è stato in effetti ritenuto a lungo un esercizio intrinsecamente contraddittorio⁵. Così, ad esempio, Martin HEIDEGGER scriveva

¹ J. CRAWFORD, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, 365 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 2013, pp. 59-60.

² «Noi chiamiamo *segno* la combinazione del concetto e dell’immagine acustica. [P]roponiamo di conservare la parola *segno* per designare il totale, e di rimpiazzare *concetto* e *immagine acustica* rispettivamente con *significato* e *significante*: questi due ultimi termini hanno il vantaggio di rendere evidente l’opposizione che li separa sia tra di loro che dal totale di cui fanno parte», F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, 5^a ed., Bari, Laterza, 1978, p. 85 (traduzione di T. de Mauro).

³ L. HEILMANN, *Silere-tacere. Nota lessicale*, 1 QGUB, 3, 14 (1955), p. 14.

⁴ M. BALDINI, *Elogio del silenzio e della parola. I filosofi, i mistici e i poeti*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, pp. 90-91.

⁵ *Ibid.*, p. 110.

che «non c'è chiacchiera peggiore di quella che trae origine dal discorrere e dallo scrivere sul silenzio»⁶. È solo a partire dal XX secolo che si assiste allo sviluppo di una dimensione orizzontale del silenzio⁷. I motivi sono vari ed esulano dall'ambito del presente lavoro⁸. Ciò che interessa è che il fenomeno del silenzio diventa oggetto di studio anche in campi diversi dalla religione e l'oratoria, quali la scienza e la filosofia del linguaggio, la letteratura, la psicologia, la sociologia e la musicologia⁹. Tra questi figura anche il diritto.

Il fenomeno del silenzio nel diritto è stato trattato da due prospettive differenti: da una prospettiva “esterna” all'ordinamento, il silenzio è stato preso in esame quale “vuoto giuridico”. Per “silenzio” può quindi intendersi una lacuna nel diritto, una regola cioè che dovrebbe esistere, ma che non c'è. Il problema delle lacune nell'ordinamento è un tema ricorrente nella teoria del diritto e non verrà qui affrontato¹⁰. Da una prospettiva “interna” all'ordinamento, il silenzio è stato invece preso in esame quale “fatto giuridico”. Per “silenzio” si intende in questo caso una condotta passiva che, adottata da un soggetto giuridico in particolari circostanze, produce, in conformità a una regola dell'ordinamento, determinati effetti giuridici¹¹. Parafrasando un altro celebre linguista, John L. AUSTIN, si può sostenere che il silenzio quale fatto giuridico possieda sia una “forza illocutoria” (*illocutionary*) che “effetti perlocutori” (*perlocutionary*)¹². Il silenzio infatti, sebbene non si articoli per definizione in un atto orale o scritto (locutorio), è comunque capace di veicolare un messaggio (illocutorio) e, in conseguenza, di produrre degli effetti (perlocutori). Questo messaggio è tendenzialmente ambiguo, potendo esprimere un consenso (*qui tacet consentire videtur*), un diniego (*qui tacet negat*) o nient'altro che indifferenza (*qui tacet neque negat, neque utique fatetur*)¹³. In questo senso, un'interpretazione del silenzio quale fatto giuridico non potrà mai prescindere da un'analisi del contesto che caratterizza lo stesso¹⁴.

La prospettiva del silenzio interno all'ordinamento non ha ricevuto grande attenzione nella teoria del diritto¹⁵. Piuttosto, il silenzio quale fatto giuridico è stato studiato in maniera settoriale: il diritto pubblico, ad esempio, ha elaborato l'istituto del silenzio delle Amministrazioni, mentre il diritto civile

⁶ M. HEIDEGGER, *In cammino verso il linguaggio*, Milano, Mursia, 1984, p. 123 (traduzione di A. Caracciolo).

⁷ La distinzione tra dimensione verticale e orizzontale del silenzio è introdotta da M. BALDINI, *op. cit.*, pp. 111 ss.

⁸ Per un approfondimento cfr. *ibid.*

⁹ *Ibid.* L'opera più importante sull'ontologia del silenzio è probabilmente B. P. DAUENHAUER, *Silence. The Phenomenon and Its Ontological Significance*, Bloomington, Indiana University Press, 1980.

¹⁰ Il *locus classicus* è N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, pp. 125 ss.

¹¹ *Infra*, § 2.

¹² J. L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, OUP, 1976, pp. 91 ss.

¹³ Sul punto cfr. M. S. GORINETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 31 ss.

¹⁴ «Il fenomeno silenzio, perciò, necessita di una interpretazione che non può avvenire in sede primaria, ma sempre deve verificarsi in sede derivata», *ibid.*, p. 11.

¹⁵ Lo studio di M. S. GORINETTI rappresenta in questo senso un'interessante eccezione.

ha approfondito il rapporto tra silenzio e volontà nella formazione di un contratto; il diritto penale ne ha innalzato il contenuto a diritto di rango costituzionale, e così via. Come si vedrà, lo stesso può dirsi di quell'ordinamento giuridico peculiare che è l'ordinamento internazionale¹⁶. Prima è tuttavia opportuno spendere qualche parola sul concetto di fatto giuridico.

2. Terminologia: atti giuridici e fatti giuridici

Il concetto di “fatto giuridico” è di fondamentale importanza nella teoria del diritto¹⁷. Esso identifica qualunque avvenimento al verificarsi del quale l'ordinamento riconduce la produzione di “effetti giuridici”. Con quest'ultimo termine si intende la creazione, modifica o estinzione di un “rapporto giuridico”, vale a dire un diritto o un'obbligazione tra due o più soggetti giuridici. Ogni fatto giuridico è dunque “causa giuridica” di un effetto giuridico¹⁸. Chiaramente, nessun avvenimento mondano costituisce un fatto giuridico in quanto tale: perché un avvenimento produca effetti giuridici è necessario che all'interno dell'ordinamento esista una regola che così disponga¹⁹.

I fatti giuridici (*lato sensu*) si distinguono in “atti giuridici” e “fatti giuridici *stricto sensu*”. La distinzione dipende dall'esistenza della volontà di un soggetto giuridico dietro al verificarsi del fatto giuridico. Gli atti giuridici producono effetti giuridici in quanto manifestazione della volontà di un soggetto giuridico: l'ordinamento riconduce la produzione degli effetti giuridici non a un avvenimento, ma alla volontà che esso si verifichi²⁰. Gli atti giuridici si dividono, a loro volta, in “atti giuridici *stricto sensu*” e “negozi giuridici”. Gli atti giuridici *s.s.* esprimono la volontà di un soggetto giuridico. I negozi giuridici esprimono invece l'intenzione di un soggetto giuridico di produrre un determinato effetto giuridico²¹. In sostanza, nel primo caso la regola riconduce la produzione di effetti giuridici alla volontà dietro al verificarsi di un avvenimento mentre, nel secondo, alla volontà che a detto avvenimento corrisponda la produzione di determinati effetti giuridici. L'acquiescenza degli Stati viene spesso equiparata a un negozio giuridico in quanto condotta omissiva che manifesta un consenso tacito circa la produzione degli effetti giuridici dalla stessa derivanti. Come si vedrà, una concezione

¹⁶ Invero, nel secondo anno di redazione della presente tesi, è stata pubblicata un'ottima monografia proprio sugli effetti giuridici del silenzio nel diritto internazionale: A. MARIE, *Le silence de l'État comme manifestation de sa volonté*, Parigi, Pedone, 2018.

¹⁷ E. PATTARO, *Filosofia del diritto*, Bologna, Gedit, 2009, p. 21.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ «Il fatto giuridico è un fatto che riceve dal diritto, non già una qualsiasi valutazione, ma una valutazione di un dato tipo, consistente nella idoneità del fatto a produrre conseguenze giuridiche», G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 7^a ed., Padova, CEDAM, 1967, p. 269.

²⁰ E. PATTARO, *op. cit.*, p. 22.

²¹ *Ibid.*, p. 23.

negativa dell'acquiescenza tende tuttavia a svuotare di significato questa distinzione²². Infatti, l'acquiescenza degli Stati produce effetti giuridici quale (mero) silenzio volontario (atto giuridico *s.s.*) e non quale silenzio diretto a produrre effetti giuridici (negozio giuridico). In questo senso, che uno Stato adotti volontariamente una condotta passiva perché *intende* produrre un determinato effetto giuridico o per qualsiasi altro motivo è irrilevante ai fini della produzione degli effetti giuridici dell'acquiescenza²³.

Al contrario, i fatti giuridici *s.s.* sono avvenimenti al verificarsi dei quali l'ordinamento riconduce la produzione di effetti giuridici indipendentemente dall'esistenza della volontà di un soggetto giuridico. Il verificarsi dell'avvenimento sarà allora causa giuridica anche in contrasto con la volontà dei soggetti giuridici eventualmente coinvolti²⁴. È importante notare che il "silenzio" di un soggetto giuridico – inteso come l'adozione di una condotta passiva a fronte di un'altrui condotta attiva – possa venire in rilievo sia quale atto giuridico che quale fatto giuridico *s.s.*. Esso costituisce un atto giuridico quando mantenuto volontariamente e, a seconda che sia solo volontario o anche intenzionale, diretto cioè a produrre un determinato effetto giuridico, potrà qualificarsi, rispettivamente, come atto giuridico *s.s.* o come negozio giuridico. Ma il silenzio di un soggetto giuridico può produrre effetti giuridici anche se involontario. Ciò accade quando la mancanza di una reazione è imputabile all'aver ignorato senza colpa l'esistenza dell'altrui condotta attiva. Del resto, se il soggetto giuridico era (o avrebbe dovuto essere) a conoscenza della stessa, il silenzio sarà frutto di una scelta consapevole o, comunque, conseguenza non scusabile di una condotta negligente. Orbene, nulla vieta che l'ordinamento riconduca la produzione di effetti giuridici alla semplice inerzia di un soggetto giuridico o, in altre parole, a una condotta passiva priva di qualunque connotazione soggettiva²⁵.

Il concetto di fatto giuridico e la relativa ripartizione tra atti giuridici e fatti giuridici *s.s.* può senza dubbio applicarsi all'ordinamento internazionale. Si parla al proposito di "fatti giuridici internazionali"²⁶. Ad esempio, un trattato integra un atto giuridico (*rectius*: negozio giuridico), essendo il prodotto dell'incontro della volontà di due o più Stati. L'emersione spontanea di un'isola nel mare territoriale, in quanto avvenimento naturale, non voluto né previsto, ma suscettibile di produrre effetti giuridici, integra invece un fatto giuridico *s.s.*²⁷. Tra i fatti giuridici internazionali si annovera anche

²² Cfr. *infra*, **Cap. I, § 2**.

²³ Purché la volontà dello Stato sia immune da vizi, cfr. D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, 4^a ed., Padova, CEDAM, 1955, p. 292. E cfr. *infra*, *ibid.*

²⁴ E. PATTARO, *op. cit.*, p. 22.

²⁵ M. S. GORETTI, *op. cit.*, p. 11.

²⁶ Cfr., *inter alia*, G. MORELLI, *op. cit.*, p. 270.

²⁷ Per ulteriori esempi cfr. *ibid.* e ss.

il silenzio degli Stati²⁸. Esso sarà classificabile come un atto giuridico quando volontario o intenzionale, ovvero come un fatto giuridico *s.s.* quando, seppur involontario perché inconsapevole, produrrà certi effetti giuridici.

Gli autori che, elaborando una sistemazione più o meno complessa, hanno fatto ricorso a queste categorie di teoria del diritto nei propri scritti provengono normalmente da ordinamenti di *civil law*²⁹. Si tratta di una circostanza comprensibile se si considera che gli studiosi di *common law* tendono a non riconoscere la differenza tra atto e fatto giuridico³⁰. D'altronde, i giuristi di diritto internazionale sono, innanzitutto, giuristi di diritto interno. Qualsiasi analisi del diritto internazionale non potrà quindi che essere condotta per mezzo di quegli strumenti concettuali che essi hanno appreso negli ordinamenti di formazione. Ovviamente non si vuole esprimere qui un giudizio di valore: non esiste un approccio maggiormente corretto o migliore allo studio del diritto internazionale. Ad ogni modo, si ritiene che la distinzione tra atto giuridico e fatto giuridico *s.s.* sia particolarmente utile per osservare, approfondire e razionalizzare il fenomeno del silenzio nel diritto internazionale³¹. Essa costituirà pertanto la pietra angolare della presente tesi.

3. Piano dell'analisi

La tesi è divisa in cinque Capitoli. Il Capitolo I analizza il silenzio quale atto giuridico nel diritto internazionale. Esso si traduce nel fenomeno dell'acquiescenza. Si esporranno le diverse concezioni dell'acquiescenza elaborate in dottrina e si fornirà una valutazione circa la natura giuridica e i limiti della stessa.

I Capitoli successivi illustrano gli ambiti di applicazione dell'acquiescenza nel diritto internazionale. Come si vedrà, sarebbe improprio definire l'acquiescenza come l'effetto giuridico del silenzio

²⁸ *Ibid.*, p. 280. E cfr. D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 292.

²⁹ Cfr., *inter alia*, J. BASDEVANT, *Efficacité des Règles générales du droit de la paix*, 58 *Recueil des cours*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 1936, pp. 638 ss.; D. ANZILOTTI, *op. cit.*, pp. 283 ss.; P. REUTER, *Principes de droit international public*, 103 *Recueil des cours*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 1961, pp. 531 ss.; T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, 7^a ed., Padova, CEDAM, 1961, pp. 182 ss.; G. MORELLI, *ibid.*, pp. 269 ss.; J. H. W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, Vol. VI, Leiden, A. W. Sijthoff, 1973, pp. 48 ss.; J. P. JACQUÉ, *Acte et norme en droit international public*, 227 *Recueil des cours*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 1991, pp. 372 ss.; J. D'ASPREMONT, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Law Material*, 19 *EJIL*, 1075, 1093 (2008), pp. 1077 ss e A. MARIE, *op. cit.*, pp. 42-46.

³⁰ J. D'ASPREMONT, *ibid.*

³¹ Un'impostazione simile è adottata in A. MARIE, *op. cit.* Ad ogni modo, l'autore analizza gli effetti giuridici del silenzio, nella prima parte, quale fatto giuridico *lato sensu*, «[s]ans préjuger de la question de savoir si les effets en cause peuvent être attribués à une manifestation de la volonté» (p. 53) e, nella seconda, quale atto giuridico (p. 417). Nella prima parte peraltro, egli non prende in considerazione l'ipotesi che anche un silenzio involontario possa produrre effetti giuridici. In questo senso, manca l'analisi del silenzio degli Stati quale fatto giuridico *stricto sensu*.

mantenuto dagli Stati in tali ambiti di applicazione³². Piuttosto, il concetto di acquiescenza fotografa con efficacia un meccanismo complesso, imperniato sul paradigma dell'azione-reazione³³. In sostanza, a seconda delle circostanze, l'adozione di una condotta passiva da parte di uno o più Stati a fronte di una condotta attiva altrui "genera acquiescenza" e, di conseguenza, sanziona la produzione di effetti giuridici. L'insieme delle circostanze che caratterizza l'interazione tra la condotta attiva e quella passiva, così come gli effetti giuridici che essa produce, costituiscono un istituto di diritto internazionale. Sebbene le circostanze in questione, specie quelle che caratterizzano l'adozione della condotta passiva, tendano a riproporsi – la conoscenza dell'altrui condotta attiva, un interesse a (re)agire, il passaggio di un periodo di tempo significativo – gli effetti giuridici di volta in volta prodotti sono molto diversi tra loro. Essi interessano aspetti fondamentali del diritto internazionale quali l'acquisizione di diritti di sovranità su un territorio conteso, la creazione di una consuetudine o le vicende attinenti alla vita di un trattato, la responsabilità internazionale degli Stati o l'esercizio della giurisdizione da parte di un giudice internazionale.

I Capitoli II, III e IV descrivono nel dettaglio gli istituti di diritto internazionale in cui l'acquiescenza gioca o può giocare un ruolo di rilievo nella produzione di effetti giuridici. Il Capitolo II è dedicato all'istituto della prescrizione acquisitiva, mentre il Capitolo III esamina le numerose ipotesi in cui il silenzio degli Stati influisce nella formazione, sviluppo, interpretazione ed estinzione delle fonti principali dell'ordinamento internazionale, vale a dire la consuetudine e i trattati. Il Capitolo IV affronta gli ulteriori ambiti di applicazione dell'acquiescenza. Tra questi si annoverano la nascita di una controversia, l'istituzione della giurisdizione di corti e tribunali internazionali, la rinuncia a far valere la responsabilità internazionale di uno Stato, i meccanismi di adozione delle decisioni all'interno delle organizzazioni internazionali e la procedura di *opting out*.

Il Capitolo V tratta invece il tema degli effetti giuridici del silenzio quale fatto giuridico *s.s.*, un silenzio cioè privo di qualsiasi connotazione soggettiva. A differenza del silenzio quale atto giuridico, esso non materializza una condotta qualificata alla quale l'ordinamento riconduce la produzione di effetti giuridici, ma uno di quei segmenti che compongono un istituto di diritto internazionale³⁴. In particolare, il diritto internazionale conosce almeno due istituti che, nella produzione dei propri effetti giuridici, contemplanò l'esistenza di un silenzio involontario: l'*estoppel by silence* e la prescrizione estintiva.

³² Cfr. *infra*, Cap. I, § 4.2.

³³ *Ibid.*, § 1.

³⁴ *Infra*, Cap. V, § 1.

In conclusione, la tesi traccia alcune considerazioni sull'importanza che il silenzio degli Stati riveste nel diritto internazionale. L'obiettivo è di formulare una teoria generale su un fenomeno che, per quanto connaturato alle dinamiche dell'ordinamento internazionale, troppo spesso viene trascurato o, comunque, studiato in dottrina adottando un approccio prettamente settoriale e, in questo senso, del tutto inadeguato.

Capitolo I

Il silenzio quale atto giuridico: l'acquiescenza

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'istituto dell'acquiescenza nel diritto internazionale. – 2. L'approccio volontaristico: l'acquiescenza come atto giuridico. – 3. L'approccio oggettivista: l'acquiescenza come fatto giuridico. – 4. La natura giuridica dell'acquiescenza. – 4.1. L'acquiescenza come atto giuridico unilaterale. – 4.2. L'acquiescenza come “fenomeno giuridico”. – 5. I limiti dell'acquiescenza: lo *jus cogens*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: l'istituto dell'acquiescenza nel diritto internazionale

Uno dei capisaldi del diritto internazionale è il cosiddetto paradigma dell'azione-reazione¹. Esso evidenzia l'importanza che rivestono le condotte degli Stati nelle dinamiche dell'ordinamento internazionale. In ragione della struttura orizzontale che caratterizza quest'ultimo, la condotta adottata da uno Stato nei confronti di un altro assume grande rilievo non soltanto nell'evoluzione delle relazioni giuridiche, politiche o economiche tra gli Stati in questione, ma anche nello sviluppo del diritto internazionale. L'acquiescenza è uno degli istituti che meglio riflette e materializza il paradigma dell'azione-reazione².

Definire il concetto di acquiescenza non è semplice. Il preciso significato del termine è stato ed è oggetto di controversia³. La dottrina ha descritto lo stesso in maniera variegata e anche la giurisprudenza internazionale non pare univoca sul punto⁴. In generale, il concetto denota l'esistenza di una volontà implicita o di un consenso tacito. In determinate circostanze, a fronte di una condotta attiva, l'adozione di una condotta passiva da parte di uno Stato produce effetti giuridici. In prima approssimazione, l'acquiescenza può quindi definirsi come un consenso dedotto da un silenzio giuridicamente qualificato⁵.

L'istituto dell'acquiescenza è riconosciuto sia negli ordinamenti di *civil law* (*acquiescement* in Francia) che in quelli di *common law* (*acquiescence*), sebbene sia stato introdotto nel lessico del diritto internazionale verso la fine del XIX secolo principalmente da giuristi inglesi o americani⁶. Ciò

¹ N. S. MARQUES ANTUNES, *Acquiescence*, in MPEPIL, 2006, par. 1. Sul punto cfr. *infra*, **Cap. III, § 1.1.**

² *Ibid.* E cfr. A. MARIE, *op. cit.*, p. 411: «[l]e fait d'attribuer des effets légaux au silence, de voir en lui une réaction, est un mécanisme inhérent à la structure décentralisée de l'ordre juridique interétatique [...]».

³ Cfr. *infra*, § 4.

⁴ Y. Z. BLUM, *Historic Titles in International Law*, The Hague, Springer, 1965, p. 131.

⁵ N. S. MARQUES ANTUNES, *op. cit.*, par. 1.

⁶ *Ibid.*, par. 2. Il principio trova applicazione anche negli ordinamenti di ispirazione islamica, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3 [*North Sea Continental Shelf*], F. AMMOUN, *Separate Opinion*, par. 22.

spiega perché l'acquiescenza di diritto internazionale presenti maggiori affinità con il proprio omologo di *common law* che con quello di *civil law*. Come negli ordinamenti di *common law*, nel diritto internazionale l'acquiescenza produce infatti effetti materiali laddove, negli ordinamenti di *civil law* – come in quello francese –, produce effetti procedurali⁷.

Una prima distinzione da affrontare è quella tra i due approcci allo studio dell'acquiescenza nel diritto internazionale. Da un lato, un approccio volontaristico, al quale corrispondono una concezione positiva e negativa di acquiescenza; dall'altro, un approccio oggettivista, al quale corrisponde invece una concezione normativa dell'acquiescenza.

2. L'approccio volontaristico: l'acquiescenza come atto giuridico

L'approccio volontaristico qualifica l'acquiescenza come un atto giuridico. Ciò significa che esso riconduce gli effetti dell'acquiescenza all'esistenza di un qualche stato soggettivo dietro al silenzio di uno Stato. In sostanza, detto silenzio sarebbe rilevante soltanto in quanto manifestazione di una precisa volontà o intento⁸. L'approccio volontaristico comporta una concezione diversa di acquiescenza a seconda della tipologia e dell'intensità dello stato soggettivo richiesto perché il silenzio di uno Stato produca effetti giuridici. Una prima formulazione è quella dell'acquiescenza quale concetto positivo⁹. Questa teoria, più risalente nel tempo e del tutto minoritaria, giudica la condotta passiva di uno Stato acquiescente soltanto quando esprime il consenso di quest'ultimo: *qui tacet consentire videtur*¹⁰. Gli autori che hanno sostenuto questa variante dell'approccio volontaristico equiparano il concetto di acquiescenza a quello di un consenso effettivo che, per quanto "silente", può essere ricostruito sulla base degli atti positivi dello Stato¹¹.

⁷ Ciò significa che negli ordinamenti di *common law* e in quello internazionale l'acquiescenza interviene sull'esistenza di un diritto (effetto materiale), mentre negli ordinamenti di *civil law* l'acquiescenza interviene sul diritto di far valere un diritto in giudizio (effetto procedurale). Sull'istituto dell'acquiescenza nell'ordinamento francese e sulle differenze con la nozione di diritto internazionale, cfr. J. BARALE, *L'acquiescement dans la jurisprudence internationale*, 11 AFDI, 389, 427 (1965), pp. 389-391.

⁸ Come osservato da J. BENTZ, «le silence, interprété comme une manifestation de volonté, apparait comme l'aboutissement logique de cette théorie, attaché essentiellement à la libre recherche de la volonté interne», *Le silence comme manifestation de volonté en droit international public*, 34 RGDIP, 44, 91 (1963), p. 49. E cfr. S. KOPELA, *The Legal Value of Silence as State Conduct in the Jurisprudence of International Tribunals*, 29 *Australian Y.B. Int'l L.*, 87, 134 (2010), p. 99.

⁹ Cfr. I. MACGIBBON, *The Scope of Acquiescence in International Law*, 31 *British Y.B. Int'l L.*, 143, 186 (1954), p. 144 e Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰ I. MACGIBBON, *ibid.*; Y. Z. BLUM, *ibid.*

¹¹ F. PERELS, *Manuel de droit maritime international*, Paris, Librairie Guillaumin & Co., 1884, p. 44; P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Vol. I, Paris, Rousseau & Co., 1925, p. 382; A. ROSS, *A Textbook of International Law: General Part*, London, Longmans, 1947, p. 244: «in all cases it is a condition that there should be *real consent* and not merely passivity in the face of inevitable facts», corsivo aggiunto. Cfr. *Pleadings, Oral Arguments, Documents, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment of December 18th, 1951*, Vol. IV, p. 605.

L'acquiescenza come concetto positivo non è convincente. In particolare, l'idea stessa che il silenzio sia suscettibile di produrre effetti giuridici solo quando accompagnato da una condotta attiva pare contraddittoria. Infatti, se il consenso può essere dedotto dalla condotta attiva di uno Stato, l'applicabilità dell'acquiescenza risulterà superflua: o lo Stato ha espresso, seppur implicitamente, il proprio consenso tramite una condotta attiva, oppure si è astenuto dall'adottare una qualsiasi condotta¹². La concezione positiva dell'acquiescenza confonde invece il concetto di comportamento concludente con quello di condotta passiva, escludendo così che il silenzio di uno Stato possa di per sé produrre effetti giuridici. Una simile affermazione si traduce in un rifiuto della validità dell'istituto dell'acquiescenza tradizionalmente inteso e, pertanto, difficilmente può essere condivisa¹³.

La seconda formulazione, oggi ampiamente accettata, è quella dell'acquiescenza quale concetto negativo, vale a dire come l'inerzia di uno Stato a fronte della condotta, normalmente illecita, di un altro Stato¹⁴. Il concetto di acquiescenza negativa si fonda sul presupposto che gli Stati reagiscano dinanzi alla violazione di un proprio diritto¹⁵. L'assenza di proteste in una situazione in cui uno Stato avrebbe ragionevolmente dovuto adottare una condotta attiva assume quindi un significato preciso: il silenzio si traduce in acquiescenza che, a sua volta, produce determinati effetti giuridici¹⁶. La differenza tra le due concezioni di acquiescenza è evidente: l'acquiescenza positiva scaturisce da una condotta attiva, quella negativa da una condotta passiva. Ovviamente, non ogni condotta passiva produce acquiescenza. Come detto, essa acquista rilievo soltanto laddove le circostanze suggeriscano che il silenzio sia intenzionale ed esprima il consenso dello Stato: *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*¹⁷. Tali circostanze variano a seconda degli effetti prodotti dall'acquiescenza: ad esempio, le circostanze da prendere in considerazione per accertare la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità su un territorio non coincidono con quelle impiegate per segnalare la tacita *opinio juris* di uno Stato nella formazione di una regola di diritto consuetudinario¹⁸. Per questo motivo, le

¹² Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 132. E cfr. G. FITZMAURICE il quale richiama gli effetti dell'acquiescenza «where [...] other States have neither consented expressly, nor, by the conduct, actively implied their consent, but have simply been *inactive*», *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law*, 30 *British Y.B. Int'l L.*, 1, 70 (1953), p. 29.

¹³ I. MACGIBBON, *op. cit.*, p. 144.

¹⁴ Cfr. *ibid.*, p. 143; J. BARALE, *op. cit.*, p. 397; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 133; H. DAS, *Estoppel et l'acquiescement. Assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles*, 20 RBDI, 607, 634 (1997), p. 618; N. S. MARQUES ANTUNES, *op. cit.*, par. 2; S. KOPELA, *op. cit.*, p. 99. L'acquiescenza può assumere rilievo anche in casi in cui la condotta non costituisca una violazione di diritto internazionale. Si pensi al ruolo che gioca l'acquiescenza nel diritto dei trattati (*infra*, **Cap. III, § 2**) nell'instaurazione di una controversia (*infra*, **Cap. IV, § 2**) o nei meccanismi di votazione nelle organizzazioni internazionali (*infra*, **Cap. IV, § 5**).

¹⁵ Y. Z. BLUM, *ibid.*

¹⁶ «Acquiescence thus takes the form of silence or absence of protest in circumstances which generally call for a positive reaction signifying an objection», I. MACGIBBON, *op. cit.*, p. 143.

¹⁷ Cfr. *supra*, **Intro., § 2**.

¹⁸ Sul punto, cfr. *infra*, **Cap. II, § 3** e **Cap. III, § 1.3**.

circostanze che è necessario esaminare al fine di verificare l'intervenuta acquiescenza di uno Stato verranno illustrate nel corso della trattazione in relazione all'effetto giuridico che la condotta passiva produce. Basti qui anticipare che tra le circostanze che ricorrono con maggiore frequenza e che, se si vuole, sono implicite nella definizione stessa di acquiescenza, vi sono la conoscenza (*rectius*: conoscibilità) della condotta altrui, un interesse, oltre che la capacità, ad agire e il fatto che il silenzio venga mantenuto per un periodo significativo di tempo¹⁹.

Il passaggio dell'analisi dallo stato soggettivo alle circostanze che caratterizzano la condotta dello Stato ha alcune conseguenze. La principale è che l'acquiescenza non richieda più, in conformità a una formulazione positiva, un consenso effettivo per produrre i propri effetti, ma solo un consenso presunto. In sostanza, proprio in quanto condotta intrinsecamente ambigua, la corretta interpretazione del silenzio di uno Stato non potrà prescindere da una valutazione di quelle circostanze che caratterizzano lo stesso. È precisamente da queste circostanze che è possibile dimostrare, quanto meno in via presuntiva, che alla condotta passiva corrisponde il consenso di uno Stato²⁰. La concezione negativa dell'acquiescenza ha due ulteriori conseguenze, logicamente correlate a quella della presunzione del consenso. La prima è la remissione in capo al giudice di una certa discrezionalità nell'accertamento dello stato soggettivo di uno Stato. Gli organi giudiziari internazionali giocano infatti un ruolo di primo piano nell'interpretazione della condotta degli Stati. Quando giudicano di una condotta passiva, o comunque polivalente, il margine di discrezionalità aumenta, tanto che il significato del silenzio, così come ricavato dal giudice in base delle circostanze del caso, può anche contrastare (e spesso contrasta) con l'interpretazione fornita dallo Stato interessato²¹. Si verifica qui un distacco tra lo stato soggettivo che uno Stato afferma di aver tenuto e quello poi accertato dal giudice. Questo finisce così per disporre della facoltà di oggettivizzare lo stato soggettivo di uno Stato e di decidere se, alla luce delle circostanze, il silenzio dello stesso può aver rappresentato una forma di consenso. Non è un caso se alcuni autori hanno descritto l'acquiescenza come una teoria giurisprudenziale²².

¹⁹ Cfr. J. BARALE, *op. cit.*, pp. 400-406 e R. KOLB, *Good Faith in International Law*, London, Hart Publishing, 2017, pp. 92-100.

²⁰ Come osservato dalla CIG: «silence may also speak, but only if the conduct of the other State calls for a response», *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 12 [*Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*], par. 121.

²¹ S. KOPELA, *op. cit.*, p. 89. M. KOSKENNIEMI arriva a sostenere che il giudice sia libero di determinare a propria discrezione l'esistenza e la qualità dello stato soggettivo di uno Stato, *From Apology to Utopia: The Structure of the International Legal Argument*, Cambridge, CUP, 2005, p. 364.

²² J. BARALE, *op. cit.*, p. 416: «l'acquiescement consacrerait ainsi le rôle de la jurisprudence dans l'élaboration du droit international objectif détaché de la volonté des États», *ibid.* E cfr. Ch. DE VISSCHER, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, pp. 156-157 e A. MARIE, *op. cit.*, p. 645: «[l]es conditions d'attribution d'un effet au silence répondant à celles de l'ensemble des comportements relevant de la catégorie des actes juridiques, il est possible de conclure que le silence manifeste une volonté. C'est alors à l'interprète impartial qu'il revient de s'assurer de la satisfaction de ces conditions au regard des faits de l'espèce. C'est à ce stade que le caractère fictif ou vraisemblable de l'artifice des explications volontaristes se mesure, i.e. au stade de l'établissement de la connaissance et de l'existence de la volonté».

La seconda conseguenza è la perdita di centralità dell'elemento del consenso. Se il consenso di uno Stato può anche essere presunto, è chiaro che, per quanto formalmente essenziale, esso si ridurrà a una mera finzione giuridica volta a giustificare la produzione degli effetti dell'acquiescenza. Il silenzio produrrà dunque acquiescenza anche qualora non costituisca la reale espressione del consenso di uno Stato. Ciò non comporta un ripudio dell'approccio volontaristico quanto, piuttosto, una riqualificazione dello stato soggettivo dello Stato che ha prestato acquiescenza. Se la concezione positiva dell'acquiescenza postula che il silenzio produca effetti giuridici (esclusivamente) in quanto manifestazione del consenso di uno Stato, la concezione negativa converte lo stesso da causa a potenziale motivazione degli effetti dell'acquiescenza. Ad esempio, può accadere che uno Stato si astenga dal lamentare l'illecita occupazione del proprio territorio perché intende acconsentire alla cessione di diritti di sovranità a favore di un altro Stato. La medesima reazione può essere tuttavia ricondotta anche a ragioni economiche, politiche o, più in generale, al timore di opporsi alle pretese di una Potenza o di uno Stato particolarmente influente. Le motivazioni dietro all'adozione della condotta saranno differenti, ma le circostanze che il giudice valuterà per accertare l'intervenuta acquiescenza saranno le medesime in entrambi i casi. Del resto, al di là di quei casi che integrano un vizio della volontà²³, la motivazione che spinge lo Stato a mantenere il proprio silenzio è irrilevante ai fini della produzione degli effetti dell'acquiescenza²⁴.

La formulazione negativa non smentisce quindi l'importanza dell'elemento soggettivo dello Stato nella produzione degli effetti giuridici dell'acquiescenza e, in questo senso, riflette un approccio volontaristico all'istituto. Rispetto alla concezione positiva cambiano però la tipologia e l'intensità dello stato soggettivo. Nella concezione negativa infatti, quest'ultimo è solo presunto e, pertanto, il silenzio può produrre acquiescenza anche in mancanza di un reale consenso. Le circostanze che dovrebbero confermare l'esistenza di un consenso dimostrano soltanto che lo Stato ha consapevolmente e liberamente mantenuto il proprio silenzio in una situazione in cui avrebbe dovuto reagire e non che esso condivida o abbia sinceramente acconsentito alle conseguenze della propria condotta. Perché si produca acquiescenza è dunque sufficiente che il silenzio sia volontario e non che manifesti il consenso dello Stato. La natura dello stato soggettivo finisce così per passare da un consenso circa gli effetti a un consenso circa la mera adozione della propria condotta. In altre parole, l'acquiescenza, per quanto formalmente classificabile come un negozio giuridico in virtù della *fictio* che presume l'esistenza di un consenso dietro al silenzio di uno Stato, può in realtà essere considerata un atto giuridico *stricto*

²³ Se la volontà dietro l'acquiescenza è viziata, il silenzio non costituirà un atto giuridico e, di conseguenza, non produrrà effetti giuridici, cfr. *supra*, **Intro.**, § 2. Il timore di opporsi alle pretese di un altro Stato o Potenza non integra un vizio del consenso, essendo una mera riserva mentale. Cfr. anche *infra*, **Cap. II**, §§ 3.3.2 e 3.3.3, in particolare **nota 132**.

²⁴ G. SPERDUTI, *Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale*, 64 RDI, 3, 15 (1961), p. 8.

sensu, quanto meno in quei casi in cui alla volontà nell'adozione di una condotta passiva non corrisponda alcun consenso circa la produzione dei rispettivi effetti giuridici²⁵.

3. L'approccio oggettivista: l'acquiescenza come fatto giuridico

L'approccio oggettivista qualifica invece l'acquiescenza come un fatto giuridico. Ciò significa che gli effetti giuridici dell'acquiescenza non devono essere attribuiti a una manifestazione di volontà, ma a quelle circostanze che caratterizzano il silenzio dello Stato²⁶. L'approccio oggettivista svuota l'acquiescenza di qualunque connotazione soggettiva, sia essa un consenso (negozio giuridico) o la mera intenzionalità della condotta passiva (atto giuridico *stricto sensu*), e riconduce la produzione degli effetti giuridici alla compresenza di circostanze oggettivamente accertabili²⁷. L'approccio oggettivista si differenzia quindi non solo dalla concezione positiva, ma anche dalla concezione negativa di acquiescenza. In quest'ultimo caso infatti, sebbene soltanto presunto e ricostruito sulla base di alcune circostanze, lo stato soggettivo dello Stato conserva un ruolo centrale: le circostanze in cui uno Stato mantiene il proprio silenzio acquisiscono rilievo unicamente in quanto funzionali a evidenziare la sussistenza di un consenso o di una volontà ma, di per sé, non sono suscettibili di produrre effetti giuridici. L'approccio oggettivista risulta allora un'evoluzione o, se si vuole, un'estremizzazione della concezione negativa dell'acquiescenza: se l'elemento soggettivo non può essere dimostrato direttamente, ma solo dedotto dalle circostanze del caso, ci si potrebbe domandare se esso sia davvero necessario nella produzione degli effetti dell'acquiescenza o se, al contrario, non si risolve in una mera finzione e, come tale, possa considerarsi superfluo. Da un punto di vista strettamente formale, l'approccio oggettivista implica il riconoscimento all'interno del diritto internazionale di una norma consuetudinaria che ricollegghi gli effetti giuridici dell'acquiescenza all'esistenza di un "silenzio qualificato", indipendentemente dallo stato soggettivo dietro allo stesso²⁸. Al riguardo la dottrina parla anche di concezione normativa dell'acquiescenza²⁹.

²⁵ Sulla distinzione tra atti giuridici *stricto sensu* e negozi giuridici cfr. *supra*, **Intro.**, § 2.

²⁶ Discutono o aderiscono a un approccio oggettivista all'acquiescenza J. BENTZ, *op. cit.*, pp. 49-50; J. BARALE, *op. cit.*, pp. 392-393; Ch. DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 156-157; Ph. CAHIER, *Le comportement des États comme source de droits et d'obligations*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginevra, Institut universitaire de Hautes Études internationales, 1968, p. 258; Ph. GAUTHIER, *Le plateau continental de la Belgique et sa délimitation*, 28 RBDI, 109, 122 (1995), p. 116; H. DAS, *op. cit.*, pp. 627-628; S. KOPELA, *op. cit.*, pp. 88-89, 100 e R. KOLB, *op. cit.*, p. 90.

²⁷ S. KOPELA, *ibid.*

²⁸ «[T]his type of acquiescence is based on a legal norm which imputes to a subject the consequences which would have flown from its acceptance of a set of facts when this subject has remained silent for a prolonged time once confronted with these facts and where there was a legal duty to react in order to uphold the position of non-opposability of these facts», R. KOLB, *op. cit.*, pp. 91-92.

²⁹ «Acquiescence taken in this sense is consequently normative [...]. It is therefore appropriate to call it a doctrine of

La concezione normativa dell'acquiescenza non è tuttavia convincente e per diverse ragioni. La prima è che essa muove da una critica sterile all'approccio volontaristico. Ogni ordinamento giuridico prevede situazioni in cui si dà per scontata ovvero si presume l'esistenza o la non esistenza di un fatto, in modo da giustificare la produzione di uno specifico effetto giuridico. Il ricorso a una finzione giuridica non può pertanto ritenersi un difetto della concezione negativa dell'acquiescenza. Al contrario, la necessità di impiegare questo artificio è comprensibile in un ordinamento che, da un lato, assegna un'importanza fondamentale alla volontà delle parti e, dall'altro, è composto e si rivolge, in linea di principio, a entità astratte (gli Stati e le organizzazioni internazionali) e non a persone fisiche³⁰. Una seconda ragione è che, per quanto alle volte fittizio, lo stato soggettivo riveste una sua utilità nella teorizzazione dell'acquiescenza perché permette di distinguere quest'ultima da altri istituti quali l'*estoppel* e la prescrizione estintiva³¹. Sulla distinzione tra acquiescenza, *estoppel* e prescrizione estintiva si rinvia a quanto si dirà nel Capitolo V. Basti qui sottolineare che, anche se simili, questi istituti svolgono un ruolo diverso nell'ordinamento internazionale. L'acquiescenza garantisce che la condotta passiva di uno Stato produca effetti giuridici solo in quanto volontaria, mentre l'*estoppel* e la prescrizione estintiva si preoccupano maggiormente di tutelare le aspettative di quei soggetti che sugli effetti di questa condotta hanno ragionevolmente fatto affidamento³². Eliminando l'elemento soggettivo dall'acquiescenza, l'approccio oggettivista rischia di confondere i tre istituti e, soprattutto, di sdoganare l'applicabilità di una concezione ampia dell'*estoppel*, una possibilità che, come si vedrà, sia la dottrina che la giurisprudenza internazionale tendono oggi a escludere³³. Infine, la prassi internazionale è univoca nel rigettare la concezione normativa dell'acquiescenza. Gli Stati e i giudici internazionali infatti, hanno sempre invocato un elemento soggettivo nella produzione degli effetti dell'acquiescenza. In questo senso, pare difficile poter sostenere l'avvenuta formazione di una norma

'normative acquiescence', in contradistinction to acquiescence as a real consent», *ibid.*, p. 92.

³⁰ J. BENTZ definisce il ricorso alla finzione giuridica come «un aménagement du droit volontairement détaché de la vérité pour les besoins d'un système», *op. cit.*, p. 52. Sulle finzioni giuridiche nel diritto internazionale, cfr. J. SALMON, *Le procédé de la fiction en droit international*, in Ch. PERELMAN, P. FORIERS (eds.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 114 ss. E cfr. A. D'AMATO: «a state is of course an artificial entity; [there might be] a fundamental difference between what we as observers think a state thinks, and what the state in fact thinks, or feels, or has a conviction about», *The Concept of Custom in International Law*, Chicago, Cornell University Press, 1971, p. 73.

³¹ Il punto è elaborato in H. DAS, *op. cit.*, pp. 627-632.

³² Come evidenziato dalla CIG, «the concepts of acquiescence and estoppel, irrespective of the status accorded to them by international law, both follow from the fundamental principles of good faith and equity. They are, however, based on different legal reasoning», *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246 [*Gulf of Maine*], par. 130.

³³ «Si on rejette la volonté subjective comme fondement théorique de l'acquiescement [...], l'acquiescement devient simplement une forme assouplie de l'*estoppel*. L'autre partie n'aurait guère besoin de recourir aux conditions strictes de l'*estoppel* pour voir protégé ses intérêts. En effet, considérer l'acquiescement comme étant fondé exclusivement sur la bonne foi et la sécurité juridique reviendrait à introduire un *estoppel* simplifié, dépourvu de toute technicité, ou encore, à admettre l'*estoppel* au sens large dans l'ordre juridique international. Or, cette conception extensive [...] n'est pas désirable dans un système juridique bâti sur la coexistence de ses sujets», H. DAS, *op. cit.*, pp. 629-630. Cfr. *infra*, **Cap. V**, § 2.2.

di diritto consuetudinario che sanziona gli effetti giuridici dell'acquiescenza in presenza di alcune circostanze ma non della volontà dello Stato.

4. La natura giuridica dell'acquiescenza

4.1. L'acquiescenza come atto giuridico unilaterale

L'approccio volontaristico e, in particolare, la concezione negativa riflettono dunque l'orientamento prevalente in tema di acquiescenza. Pare opportuno soffermarsi ora sulla natura giuridica dell'istituto. Innanzitutto, l'acquiescenza ricade nella categoria degli atti giuridici poiché costituisce una condotta (passiva) volontaria alla quale, in ragione dello stato soggettivo dello Stato, l'ordinamento attribuisce determinati effetti giuridici³⁴. A seconda dell'effettivo stato soggettivo dello Stato, l'acquiescenza può poi considerarsi un atto giuridico *stricto sensu* o un negozio giuridico: sarà un atto giuridico *stricto sensu* quando lo stato soggettivo dello Stato coinciderà con la mera volontà di mantenere il silenzio, mentre sarà un negozio giuridico quando corrisponderà a un consenso circa la produzione degli effetti giuridici derivanti dalla condotta adottata³⁵.

Ci si potrebbe allora domandare se, oltre a integrare un atto giuridico, l'acquiescenza non possa essere classificata come un esempio di atto giuridico unilaterale, vale a dire un negozio giuridico che, alla stregua della promessa, del riconoscimento o della rinuncia, si perfeziona e produce i propri effetti giuridici attraverso la dichiarazione di volontà di una sola parte³⁶. Sia la validità che le caratteristiche della categoria degli atti giuridici unilaterali nell'ordinamento internazionale sono da sempre oggetto di un acceso dibattito che esula dalla presente trattazione. È tuttavia interessante notare come alcuni autori abbiano definito l'acquiescenza proprio come il consenso di uno Stato manifestato unilateralmente tramite un silenzio³⁷. Similmente, in *Gulf of Maine* la CIG descrisse l'acquiescenza come un

³⁴ Sul concetto di atto giuridico cfr. *supra*, **Intro.**, § 2.

³⁵ Sulla distinzione tra atto giuridico *stricto sensu* e negozio giuridico cfr. *supra*, **ibid.**

³⁶ Sugli atti unilaterali nel diritto internazionale cfr. E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962; K. ZEMANEK, *Unilateral Legal Acts Revisited*, in K. WELLENS (ed.), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 209 ss. ed E. KASSOTI, *The Juridical Nature of Unilateral Acts in International Law*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 2015.

³⁷ «[A] consent tacitly conveyed by a State, *unilaterally* (Unilateral Acts of State in International Law), through silence or inaction [...]», N. S. MARQUES ANTUNES, *op. cit.*, par. 2, corsivo aggiunto. La CDI ha affermato, piuttosto ambigualmente, che: «behaviours capable of legally binding States may take the form of formal declarations or mere informal conduct including, in certain situations, silence, on which other States may reasonably rely», *Guiding Principles applicable to unilateral declaration of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto* (UN Doc. A/61/10), 2006 [*Guiding Principles*], p. 369.

riconoscimento tacito espresso mediante una condotta unilaterale³⁸.

La questione è stata analizzata nel corso dei lavori della CDI sugli atti giuridici unilaterali. Lo *Special Rapporteur* Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO è tornato ripetutamente sul punto, evidenziando un'incompatibilità logica tra il concetto di atto giuridico unilaterale e quello di acquiescenza³⁹. Un silenzio non potrebbe infatti mai tradursi in un atto giuridico unilaterale in quanto condotta scarsamente formalizzata, inadeguata a comunicare lo stato soggettivo di uno Stato e, soprattutto, non autonoma, poiché necessariamente "reattiva"⁴⁰. Le prime due obiezioni non sono convincenti. L'osservazione dello *Special Rapporteur* sull'assenza di formalismo di una condotta passiva è imputabile a una concezione piuttosto restrittiva di atto giuridico unilaterale quale dichiarazione formale formulata da uno Stato con l'intento di creare un'obbligazione di diritto internazionale⁴¹. Questa definizione è stata tuttavia ampiamente criticata⁴². Basti qui sottolineare come la dottrina maggioritaria svincoli la definizione di atto giuridico unilaterale dal ricorso a un qualche formalismo⁴³. Quanto alla seconda obiezione, è chiaro che, a differenza di quanto si legge nei lavori della CDI, il silenzio di uno Stato, per quanto condotta intrinsecamente ambigua, può, ad alcune condizioni, esprimere il consenso o la volontà di uno Stato. Invero, si tratta precisamente del caso dell'acquiescenza. Lo stesso *Special Rapporteur* finisce per ammettere questa circostanza⁴⁴.

La terza obiezione assume al contrario grande rilievo al fine di escludere che l'acquiescenza possa qualificarsi come un atto giuridico unilaterale. Come visto, la teoria dell'acquiescenza si conforma al

³⁸ «[A]cquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent», *Gulf of Maine*, par. 130, corsivo aggiunto. E cfr. F. AMMOUN, *doc. cit.*, par. 22 («acquiescence flowing from a unilateral legal act [...]»). Per una descrizione di *Gulf of Maine* cfr. *infra*, **Cap. V, § 3.3.2.**

³⁹ V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *First Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/486), 1998 [*First Report*], par. 29, 49-51; ID, *Third Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/505), 2000 [*Third Report*], par. 126-133; ID, *Fourth Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/519), 2001 [*Fourth Report*], par. 22-32, 53-58; ID, *Fifth Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/525), 2002, par. 76-78; ID, *Sixth Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/534), 2003 [*Sixth Report*], par. 17-26; ID, *Seventh Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/542), 2004 [*Seventh Report*], par. 187-223; ID, *Eighth Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/557), 2005 [*Eighth Report*], par. 196-207.

⁴⁰ V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *First Report*, par. 50, «silence, in spite of being unilateral, is not an act or an autonomous manifestation of will, and it certainly cannot constitute a formal unilateral legal act in the sense that is of interest to this report. It seems difficult to equate silence with a formal declaration and to apply to it specific rules different from those established in relation to the law of treaties». E cfr. ID, *Third Report*, par. 127; ID, *Fourth Report*, par. 24; ID, *Seventh Report*, par. 188.

⁴¹ Nel Preambolo ai *Guiding Principles* si legge che: «the following Guiding Principles [...] relate only to unilateral acts *stricto sensu*, i.e. those taking the form of formal declarations formulated by a State with the intent to produce obligations under international laws», p. 370, corsivo aggiunto. In sostanza, l'atto giuridico unilaterale è qui inteso come solo negozio giuridico e non anche come atto giuridico *s.s.*, cfr. *supra*, **Intro., § 2.**

⁴² Per tutti, cfr. E. KASSOTI, *op. cit.*, pp. 68 ss.

⁴³ Lo stesso *Special Rapporteur* adotta una definizione più ampia in un diverso contributo, cfr. V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, M. TORRES CAZORLA, *Unilateral Acts of State in International Law*, in MPEPIL, 2017, par. 1: «a unilateral act of State may be defined as an expression of will emanating from one State or States which produces legal effects in conformity with international law».

⁴⁴ V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Fourth Report*, par. 25: «unquestionably, silence is a mode of expression of the will of a State which may provide significant legal effects even though its meaning may be undetermined».

paradigma dell'azione-reazione: essa produce effetti giuridici solo in relazione a una previa condotta e mai in via autonoma⁴⁵. Ciò è comprensibile, specie se si tiene presente che, di per sé, un silenzio non rappresenta tanto una condotta, quanto la mancanza di una condotta e che, come tale, non può produrre effetti giuridici: *qui tacet neque negat, neque utique fatetur*. Gli atti giuridici unilaterali invece si caratterizzano proprio per la loro autonomia: essi producono effetti giuridici indipendentemente da qualsiasi condotta altrui. In questo senso, l'acquiescenza non può in alcun modo ritenersi un atto giuridico unilaterale⁴⁶.

Ovviamente, il fatto che l'acquiescenza non sia un atto giuridico unilaterale non significa che il silenzio di uno Stato non possa produrre gli stessi effetti giuridici di un atto giuridico unilaterale⁴⁷. Si prenda l'esempio del riconoscimento (*recognition*) o della rinuncia (*waiver*). Si tratta di due atti giuridici unilaterali mediante i quali uno Stato, rispettivamente, riconosce la legittimità di una condotta o di una situazione di fatto e rinuncia all'esercizio di un proprio diritto. I medesimi effetti giuridici si verificano quando uno Stato non reagisce dinanzi all'occupazione del proprio territorio o alla violazione di una norma di diritto internazionale⁴⁸. In questi casi il silenzio di uno Stato acquisisce il medesimo valore, in un linguaggio profano, del riconoscimento o della rinuncia, pur non integrando un atto giuridico unilaterale. La sovrapposizione degli effetti giuridici, unita al ricorrente equivoco di impiegare un termine che descrive le conseguenze di una condotta passiva per definire la condotta stessa spiega perché sia la dottrina che la giurisprudenza confondano alle volte l'istituto dell'acquiescenza con quello del riconoscimento, della rinuncia o di altro atto giuridico unilaterale⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. *supra*, § 1.

⁴⁶ V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Third Report*, par. 131; ID, *Fourth Report*, par. 26, «[s]ilence cannot be considered an autonomous manifestation of will, since it is a reaction. Silence or inaction must be perceived in relation to a pre-existing or contemporaneous attitude on the part of another subject»; ID, *Seventh Report*, par. 189, «silence as such usually has legal consequences if it is related to a prior act on the part of another subject; the Special Rapporteur therefore inclines towards the position [...] whereby silence, since it cannot produce legal effects independently and requires another act in order to do so, does not come under the definition of unilateral engagement». E cfr. J. BARALE, *op. cit.*, p. 418: «il est certain que l'acquiescement est trop étroitement lié, quant à sa formation, aux actes ou aux prétentions de l'autre partie [...] pour que l'acquiescement puisse être dans la majorité ces cas, regardé comme un simple acte unilatéral».

⁴⁷ V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Third Report*, par. 130, «in case involving waiver, protest or recognition, it might be thought that the State can certainly formulate a legal act by means of silence»; ID, *Fourth Report*, par. 24, 30; ID, *Sixth Report*, par. 26; ID, *Seventh Report*, par. 215-216; ID, *Eighth Report*, par. 206. In questo senso si comprende meglio la definizione di acquiescenza fornita dalla CIG in *Gulf of Maine* quale condotta «equivalent to tacit recognition», cfr. *supra*, § 4.1, nota 38.

⁴⁸ Cfr. *infra*, Cap. II, § 3.3.1.

⁴⁹ Cfr., *inter alia*, G. SCHWARZENBERG, *The Fundamental Principles of International Law*, 87 *Recueil des cours*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 1955, p. 257; E. SUY, *op. cit.*, p. 61; R. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1963, p. 63; F. A. MANN, *Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International Law*, in Y. DINSTEN (ed.), *International Law at a Time of Perplexity*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1898, p. 409; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 7^a ed., Oxford, OUP, 2008, p. 153. E cfr. la discussione in J. BARALE, *op. cit.*, pp. 416-418.

4.2. L'acquiescenza come “fenomeno giuridico”

In dottrina non è peraltro mancato chi ha messo in dubbio la possibilità di definire l'acquiescenza come un atto giuridico. Questa circostanza nasce da un impiego restrittivo della nozione di atto giuridico, inteso soltanto quale negozio giuridico⁵⁰. In particolare, si argomenta, l'intrinseca ambiguità del silenzio non permetterebbe di verificare che gli effetti prodotti dalla condotta di uno Stato corrispondano alla volontà dello stesso⁵¹. Come detto tuttavia, questa obiezione non pare fondata, specie se si accetta come valida una concezione negativa dell'acquiescenza⁵².

Al limite, si potrebbe sostenere che descrivere l'acquiescenza come un atto giuridico si traduca in un ricorso improprio all'idea di condotta. Infatti, se un atto giuridico costituisce una condotta mossa da una volontà che produce effetti giuridici, sarà il silenzio dello Stato a integrare un atto giuridico, non l'acquiescenza. Allo stesso modo, l'acquiescenza non può essere impiegata per descrivere gli effetti giuridici prodotti da tale silenzio. Come si vedrà, si tratta di effetti che, anche se originano dalla medesima situazione – la mancata e ingiustificata reazione a fronte di una condotta altrui –, sono molto diversi tra loro, presentano un'indubbia autonomia concettuale e definizioni specifiche. Ma, tolta la condotta e gli effetti prodotti, diventa opportuno chiedersi che cosa resti dell'acquiescenza e, anzi, se la teorizzazione di questo istituto sia davvero necessaria e non rappresenti invece una costruzione priva di valore giuridico. Il fatto è che il concetto di acquiescenza risulta utile per inquadrare in un'unica espressione un fenomeno complesso, articolato in due segmenti separati: una condotta passiva, caratterizzata da determinate circostanze, tenuta da uno Stato dinanzi alla condotta di un altro Stato e la conseguente produzione di effetti giuridici, riconducibile, quanto meno formalmente, all'intenzionalità di quel silenzio. Ciò è ancor più evidente quando il vocabolo viene declinato nella sua forma verbale: quando uno Stato “acquiesce” significa che, volontariamente, si è astenuto dal protestare contro la violazione di un proprio diritto o altra condotta e che il silenzio ha prodotto un qualche effetto giuridico, come la cessione dei diritti di sovranità su un territorio, una manifestazione di prassi od *opinio juris* nella formazione o ricambio di una regola consuetudinaria, una modifica a un trattato, la rinuncia a invocare la responsabilità internazionale di uno Stato e così via⁵³. Più che un atto giuridico, l'acquiescenza configura allora un “fenomeno giuridico”, un termine di sintesi per definire l'adozione di una condotta passiva in un contesto preciso e la relativa produzione di effetti giuridici.

⁵⁰ Cfr., *inter alia*, J. BASDEVANT: «l'acte juridique du droit international est un acte accompli en vue de produire un effet de droit international», *op. cit.*, p. 638 e P. REUTER, *op. cit.*, p. 531.

⁵¹ Il punto è approfondito in J. BARALE, *op. cit.*, pp. 420-422.

⁵² Cfr. *supra*, § 2.

⁵³ Sui punti qui citati cfr. *infra*, Cap. II, § 3.1; Cap. III, §§ 1.2, 1.3 e 2.5 e Cap. IV, § 4.

Ai fini della presente trattazione, il concetto di acquiescenza verrà comunque utilizzato nella sua accezione più comune, vale a dire come quell'atto giuridico che, di fatto, coincide con la condotta passiva dello Stato.

5. I limiti dell'acquiescenza: lo *jus cogens*

In conformità al paradigma dell'azione-reazione e, più in generale, alla centralità del ruolo del consenso degli Stati nel diritto internazionale, l'acquiescenza produce effetti giuridici di grande rilievo. Alcuni di essi presentano peraltro un aspetto comune, vale a dire sanano la violazione di una regola. Ciò avviene secondo due modalità strettamente collegate: convalidando una situazione di fatto illegittima, ovvero sanzionando la formazione di una nuova regola. In altre parole, una manifestazione di acquiescenza corrisponde spesso al condono dell'illegalità, ovvero al riconoscimento della legalità, di una condotta⁵⁴. A tale proposito, l'acquiescenza è stata definita in dottrina come un «validation device»⁵⁵ la cui funzione principale è garantire la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici internazionali⁵⁶.

Gli effetti giuridici dell'acquiescenza verranno illustrati e discussi in dettaglio nelle pagine che seguono. Ad ogni modo è possibile elencare rapidamente quali presentano questo tratto comune⁵⁷. Il primo è la prescrizione acquisitiva. Essa si produce quando uno Stato esercita in maniera effettiva, continua, pubblica e pacifica poteri *de facto* sovrani, sorretti da *animus occupandi*, su un territorio soggetto alla sovranità di un altro Stato e quest'ultimo si astenga, per un periodo significativo di tempo, dal sollevare qualsiasi obiezione al riguardo⁵⁸. L'acquiescenza comporta il trasferimento dei diritti di sovranità di uno Stato in capo a un altro, convalidando una situazione inizialmente illegittima. Un altro esempio è la rinuncia, ai sensi dell'Art. 45(b) ARS, a invocare la responsabilità internazionale di uno Stato per fatto illecito. In breve, se uno Stato si astiene dal protestare contro la violazione di una regola per un periodo di tempo significativo, si potrà ragionevolmente supporre che lo stesso

⁵⁴ A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 398. E cfr. I. MACGIBBON, *op. cit.*, pp. 143, 145.

⁵⁵ A. ORAKHELASHVILI, *ibid.*

⁵⁶ «La pertinence légale du silence [...] se justifie précisément afin d'anticiper une indétermination future ou de remédier à une indétermination actuelle des rapports de droit», A. MARIE, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁷ Vale la pena sottolineare che non tutti gli effetti giuridici dell'acquiescenza presentano questo aspetto comune. Si pensi al ruolo che gioca l'acquiescenza nella creazione di una controversia (*infra*, **Cap. IV, § 2**), nell'istituzione della giurisdizione di corti e tribunali internazionali (*ibid.*, **§ 3**) o nei meccanismi di adozione delle decisioni nelle organizzazioni internazionali (*ibid.*, **§ 5**).

⁵⁸ Cfr. *infra*, **Cap. II, § 1**.

abbia deciso di rinunciare a far valere un proprio diritto (o una parte di esso)⁵⁹. Un'applicazione peculiare di questo effetto giuridico è codificata all'Art. 45(b) CVDT. Qui la rinuncia interessa il diritto di dichiarare invalido, terminare, ritirarsi da o sospendere un trattato per una delle cause elencate agli Artt. 46-50, 60-62 CVDT⁶⁰.

La seconda modalità mediante la quale l'acquiescenza sana la violazione di una regola è connaturata al sistema delle fonti di diritto internazionale in cui, a differenza di quanto accade negli ordinamenti interni, il principio *ex iniuria non oritur jus* non trova accoglimento. Così, la formazione di una nuova consuetudine che, tendenzialmente, origina dalla violazione di una precedente consuetudine, viene di frequente sanzionata dall'acquiescenza della Comunità internazionale⁶¹. Analogamente, la CVDT prevede che un trattato possa essere modificato (Art. 39) o estinguersi (Art. 54(b)) per effetto dell'acquiescenza delle parti rispetto a una violazione dello stesso⁶².

Gli effetti giuridici dell'acquiescenza incontrano un limite nello *jus cogens*⁶³. In particolare, l'acquiescenza di uno Stato non può mai sanare la violazione di una regola di *jus cogens*. Il motivo è che queste regole tutelano, prima ancora che gli interessi dei singoli Stati, quelli della Comunità internazionale nel suo insieme. Di conseguenza, nessuno Stato può liberamente disporre di essi. Così, ad esempio, non può prodursi prescrizione acquisitiva mediante il ricorso all'uso della forza, ovvero in violazione del principio di autodeterminazione dei popoli⁶⁴. Similmente, la rinuncia di uno Stato a invocare la responsabilità internazionale di un altro Stato per violazione di una regola di *jus cogens* non è suscettibile di produrre alcun effetto⁶⁵. Ancora e per pura ipotesi, le parti non potrebbero tacitamente modificare il contenuto di un trattato in senso contrario a una regola di *jus cogens*⁶⁶. Al di fuori di una prospettiva marcatamente "bilaterale" tipica della prescrizione acquisitiva, della rinuncia a invocare la responsabilità internazionale di uno Stato e del diritto dei trattati, sussiste invero un'eccezione al limite dello *jus cogens*. Si tratta della desuetudine – intesa come modifica o abrogazione – di una regola di *jus cogens*⁶⁷. Questa eccezione si giustifica in una prospettiva "comunitaria" e purché

⁵⁹ Cfr. *infra*, **Cap. IV**, § 4.

⁶⁰ Cfr. *infra*, **Cap. III**, § 2.5.

⁶¹ Cfr. *infra*, *ibid.*, § 1.

⁶² Cfr. *infra*, *ibid.*, §§ 2.3, 2.4 e 2.6.

⁶³ Lo *jus cogens* costituisce un insieme di regole di diritto internazionale, di matrice consuetudinaria, non derogabili. Tra queste regole figurano il divieto dell'uso della forza, il divieto di commissione di atti di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità e il principio dell'autodeterminazione dei popoli. Sul punto cfr. A. TANZI, *op. cit.*, pp. 140. E cfr. A. MARIE, *op. cit.*, pp. 161-163.

⁶⁴ Cfr. *infra*, **Cap. II**, § 3.2.3.

⁶⁵ Cfr. *infra*, **Cap. IV**, § 4. E cfr. A. ORAKHELASHVILI: «prescription could [...] apply only where the nature of legal relations so permits, that is where the development of that relation depends on the view of involved States only and does not entail any conflict with public order considerations», *op. cit.*, p. 406.

⁶⁶ Per inciso, il divieto è previsto in via generale dall'Art. 53 CVDT.

⁶⁷ Cfr. *infra*, **Cap. III**, § 1.8.

si ammetta la possibilità che una regola di *jus cogens* possa essere modificata o abrogata da una regola dello stesso rango. In sostanza, alla stregua della formazione di una consuetudine, il ricambio di una regola di *jus cogens* può essere sanzionato dall'acquiescenza della Comunità internazionale. In questo senso (e solo in questo), gli effetti giuridici dell'acquiescenza possono sanare la violazione di una regola di *jus cogens*.

6. Considerazioni conclusive

Il Capitolo I introduce il paradigma dell'azione-reazione e il concetto di acquiescenza. Il paradigma dell'azione-reazione riveste grande importanza e postula che, nel diritto internazionale, la principale fonte di produzione di effetti giuridici sia l'interazione tra gli Stati. Come già accennato, ciò è conseguenza della struttura orizzontale dell'ordinamento internazionale, vale a dire dell'assenza di istituzioni che, all'interno di quest'ultimo, detengono la titolarità del potere legislativo, esecutivo e giudiziario.

Il concetto di acquiescenza è problematico e cambia in ragione dell'approccio scelto. Esistono due approcci possibili: l'approccio volontaristico qualifica l'acquiescenza come un atto giuridico; quello oggettivista come un fatto giuridico *s.s.*. Inoltre, l'approccio volontaristico distingue un concetto "positivo" da uno "negativo" di acquiescenza a seconda che la condotta sia di per sé suscettibile di esprimere lo stato soggettivo dello Stato. Per le ragioni sopra esposte⁶⁸, si ritiene che l'approccio volontaristico "negativo" sia maggiormente corretto. Esso sarà pertanto quello adottato nel corso della trattazione.

Sulla natura giuridica dell'acquiescenza si possono invece svolgere le seguenti considerazioni: il concetto di acquiescenza, al netto di quanto osservato sull'acquiescenza quale "fenomeno giuridico"⁶⁹, coincide con quello di silenzio quale atto giuridico. La distinzione interna alla categoria di atto giuridico, tra atto giuridico *stricto sensu* e negozio giuridico, è, in ultima analisi, di scarso interesse poiché lo stato soggettivo effettivo o, in altre parole, il *motivo* che spinge lo Stato ad adottare una condotta passiva è irrilevante. Infine, come osservato dallo *Special Rapporteur* RODRÍGUEZ CEDEÑO⁷⁰, l'acquiescenza non può classificarsi come un atto giuridico unilaterale. Essa infatti, in applicazione del paradigma dell'azione-reazione, produce effetti giuridici solo in relazione a una previa condotta e mai in via autonoma.

⁶⁸ Cfr. *supra*, § 2.

⁶⁹ *Ibid.*, § 4.2.

⁷⁰ *Ibid.*, § 4.1.

Infine, l'acquiescenza non può produrre effetti giuridici in violazione di una regola di *jus cogens*. L'unica eccezione è rappresentata dal ricambio di una regola di *jus cogens* quando sanzionato dall'acquiescenza della Comunità internazionale.

Capitolo II

L'acquiescenza e la prescrizione acquisitiva

SOMMARIO: 1. Introduzione: la prescrizione acquisitiva nel diritto internazionale. – 2. Origine e sviluppo dell'istituto. – 3. Gli elementi che caratterizzano la prescrizione acquisitiva. – 3.1. Introduzione: le condizioni *sine qua non*. – 3.2. L'esercizio di poteri *de facto* sovrani. – 3.2.1. Effettività, continuità, pubblicità. – 3.2.2. L'*animus occupandi*. 3.2.3. – L'esercizio pacifico di poteri *de facto* sovrani. – 3.3. L'acquiescenza dello Stato interessato. – 3.3.1. Complementarietà dei due elementi. – 3.3.2. Conoscenza della situazione e interesse ad agire: *loqui debuisse*. – 3.3.3. Capacità di protestare: *ac potuisse*. – 3.4. Condizioni ancillari. – 3.4.1. Il passaggio del tempo. – 3.4.2. La buona fede. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: la prescrizione acquisitiva nel diritto internazionale

La prescrizione è stata definita come l'effetto del passaggio del tempo nella formazione o distruzione di un diritto¹. Il diritto internazionale conosce due tipologie di prescrizione: la prescrizione acquisitiva e la prescrizione estintiva². Quest'ultima si traduce in un principio di origine giurisprudenziale che ricollega l'estinzione del diritto di instaurare una controversia dinanzi a un giudice internazionale al passaggio del tempo³. La prescrizione estintiva produce effetti procedurali e non esprime necessariamente un'applicazione dell'acquiescenza. Il prolungato silenzio che causa la perdita del diritto di una parte di far valere un'istanza in giudizio può infatti essere anche non intenzionale e, dunque, venire in rilievo quale semplice fatto giuridico⁴.

Al contrario, la prescrizione acquisitiva è una delle manifestazioni dell'acquiescenza e produce effetti materiali. Essa interviene sull'esistenza di un diritto e comporta il trasferimento dello stesso. In questo senso, la prescrizione acquisitiva è suscettibile di creare nuovi diritti. Più nello specifico, la prescrizione acquisitiva integra un principio di diritto internazionale in base al quale uno Stato acquisisce il diritto di sovranità su un territorio che appartiene a uno Stato diverso qualora eserciti poteri *de facto* sovrani su tale territorio per un periodo sufficiente di tempo⁵. Perché la prescrizione acquisitiva produca i propri effetti, sanzionando la legittimità di una condotta in chiara violazione del diritto

¹ J. SALMOND, *Jurisprudence*, 4^a ed., London, Stevens and Haynes, 1913, p. 408.

² *Ibid.*

³ Cfr. *infra*, Cap. V, § 3.1.

⁴ *Ibid.*

⁵ I. A. SHEARER, *Starke's International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 153. Il termine "principio" verrà qui impiegato quale sinonimo di "regola". La prescrizione acquisitiva viene definita sia come una regola di diritto consuetudinario che come un principio generale del diritto, P. A. VERYKIOS, *La prescription en droit international public*, Paris, Pedone, 1934, pp. 50-55; D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription in International Law*, 27 *British Y.B. Int'l L.*, 332, 354 (1950), p. 341. La

internazionale e, per di più, raramente adottata in buona fede⁶, alcuni stringenti requisiti devono essere soddisfatti. Questi requisiti vanno a completare la definizione di prescrizione acquisitiva e di essi si fornirà un'approfondita descrizione⁷. Prima, tuttavia, pare opportuno soffermarsi su un paio di distinzioni.

La prima è la distinzione tra prescrizione acquisitiva e occupazione. In entrambi i casi uno Stato acquisisce diritti di sovranità tramite il prolungato e incontestato esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio⁸. L'occupazione, che corrisponde all'istituto di diritto romano della *occupatio*, può però essere esercitata soltanto su un territorio che non sia già soggetto alla sovranità di un altro Stato (*terra nullius*)⁹. Essa ha perso di applicazione pratica posto che, con l'eccezione delle regioni polari, la totalità delle terre emerse ricade oggi sotto la sovranità di un qualche Stato¹⁰. Un'ulteriore differenza evidenziata in dottrina è che l'occupazione permette l'acquisizione di sovranità esclusivamente sulla terraferma, sul letto del mare e sul sottosuolo mentre, tramite la prescrizione acquisitiva, uno Stato potrebbe estendere la propria sovranità anche su una zona di alto mare prospiciente il mare territoriale¹¹. Questa considerazione non è convincente. Uno Stato non può occupare una zona di alto mare, non essendo quest'ultimo qualificabile quale *terra nullius* ma, piuttosto, quale *res communis omnium*¹². Ugualmente discutibile è che uno Stato possa annettere una porzione di alto mare al proprio mare territoriale mediante l'esercizio di poteri *de facto* sovrani. Nessuno Stato esercita infatti diritti di sovranità in alto mare, mentre, all'interno dello stesso, ciascuno gode di varie libertà, come la libertà di navigazione, la libertà di posare cavi sul fondale, la libertà di pesca e di ricerca scientifica. Sostenere che l'alto mare possa essere soggetto a prescrizione acquisitiva equivale ad ammettere che

distinzione non assume particolare rilievo. La prescrizione acquisitiva, come la prescrizione estintiva, pare comunque una regola di diritto consuetudinario e non un principio generale del diritto. *Contra*, J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *Prescription*, in MPEPIL, 2008, par. 9.

⁶ Cfr. *infra*, § 3.4.2.

⁷ Cfr. *infra*, §§ 3 ss.

⁸ Il ruolo dell'acquiescenza nell'occupazione è peraltro irrilevante. Le eventuali proteste, per quanto numerose e tempestive, non potrebbero invalidare il titolo ottenuto mediante occupazione purché, ovviamente, il territorio occupato sia *terra nullius*. Come osservato da I. MACGIBBON: «the purpose of protests is to reserve the rights of the protesting State. To be effective [...] the protest must be directed against the violation of a right [...]. Where territory is ownerless, no State has a right in relation to the territory which would be infringed by its occupation by another State: hence there would be no legal basis for protest», *op. cit.*, p. 167.

⁹ D. H. JOHNSON, *op. cit.*, p. 349; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 3; R. JENNINGS, *op. cit.*, p. 20. Cfr. anche R. LESAFFER, *Argument from Roman Law to International Law: Occupation and Acquisitive Prescription*, 16 EJIL, 25, 58 (2005), pp. 38-56.

¹⁰ R. JENNINGS, *ibid.*

¹¹ W. E. BECKETT, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la CPJI*, 50 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1934, pp. 218 ss. e D. H. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 349- 353. Quest'ultimo all'inizio degli anni '50 affermava che: «only through prescription [...] can a State establish a claim to a maritime belt wider than that allowed by general international law [or] a claim to establish a system of delimiting its maritime belt different from that laid down by international law», *ibid.*, p. 349.

¹² D. H. JOHNSON, *Consolidation as a Root of Title in International Law*, 13 *Cambridge L. J.*, 215, 225 (1955), p. 219.

tutti gli Stati potrebbero perdere alcuni diritti a favore di un unico Stato¹³. Peraltro, non si tratterebbe di un trasferimento vero e proprio, poiché i diritti di sovranità così acquisiti non coinciderebbero con quelli ceduti dagli altri membri della Comunità internazionale, in violazione del brocardo *nemo id jus quod non habet amittere potest*.

Ciò non toglie che la prassi di uno Stato costiero di esercitare poteri *de facto* sovrani sulla zona di alto mare prospiciente al mare territoriale, quando accompagnata da acquiescenza da parte degli altri Stati non possa produrre alcun tipo di effetto. Essa potrà ad esempio dare origine a una nuova regola di diritto consuetudinario che estenda la sovranità di uno, più o tutti gli Stati a una zona di mare che in precedenza non rientrava nel mare territoriale¹⁴. In questo caso l'estensione dei diritti di sovranità a una zona di alto mare non dipenderà dall'intervenuta prescrizione acquisitiva della stessa, ma dallo sviluppo di una regola di diritto consuetudinario¹⁵.

La seconda distinzione è quella tra “possesso immemore” (*immemorial possession*) e prescrizione acquisitiva *stricto sensu*. Il possesso immemore si configura quando uno Stato esercita da molto tempo la propria sovranità su un territorio, ma non è possibile risalire al titolo giuridico che giustifica tale possesso. Poiché è impossibile provare se l'esercizio di sovranità su quel territorio origini da un titolo valido o da una violazione del diritto, esso si presume legittimo: *omnia praesumuntur rite esse acta*¹⁶. La prescrizione acquisitiva *s.s.* coincide invece con l'istituto fino a qui descritto: l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su una porzione di territorio appartenente a un altro Stato che, a certe condizioni, comporta un trasferimento dei diritti di sovranità sullo stesso. A livello teorico, la distinzione è netta: nel possesso immemore l'acquisizione del territorio è legittima *ab origine* e si consolida con il passaggio del tempo¹⁷. Nella prescrizione acquisitiva *s.s.* l'acquisizione del territorio nasce da una violazione di diritto internazionale che viene poi sanata dall'acquiescenza degli Stati interessati, creando così un titolo storico opponibile in giudizio¹⁸.

In passato, alcuni autori hanno mantenuto i due istituti separati, escludendo di poter ricondurre gli

¹³ Così, sempre D. H. JOHNSON, «when a state is building up a prescriptive claim to land territory, it is doing so by exercising its authority over the area at the expense of one other state only; when, however, a state is building up a prescriptive claim to sovereignty over the waters of the high seas, it is doing so by exercising its authority over the area at the expense of the entire community of states. The result is the same: a title is obtained valid *adversus omnes*», *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, pp. 350-351.

¹⁴ Sul punto, cfr. l'analisi di *Anglo-Norwegian Fisheries*, *infra*, **Cap. III**, § 1.7.

¹⁵ In entrambi i casi (prescrizione acquisitiva e formazione di una regola consuetudinaria) la legittimità dell'esercizio di diritti di sovranità sul territorio sarà basata su un “titolo storico” (*historic title*), definito in dottrina come «both the source and the evidence of a right over a land or maritime territory acquired by a State through a process of historical consolidation», A. GIOIA, *Historic Titles*, in MPEPIL, 2013, par. 1. La CIG ha di recente ricondotto i medesimi effetti, invero in maniera piuttosto controversa, alla conclusione di un accordo tacito, *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2014*, p. 3, par. 91.

¹⁶ D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, p. 334.

¹⁷ *Ibid.*, p. 335; J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *op. cit.*, par. 3.

¹⁸ D. H. JOHNSON, *ibid.*

stessi a un'unica nozione più ampia, arrivando anzi a negare che la prescrizione acquisitiva *s.s.* potesse essere applicata nel diritto internazionale¹⁹. La dottrina più recente ricomprende tuttavia il concetto di possesso immemore all'interno di quello di prescrizione estintiva²⁰. Il fatto è che, in pratica, un'istanza di possesso immemore tenderà a confondersi con una di prescrizione acquisitiva, se non altro perché, dinanzi a un giudice, non esiste una particolare differenza tra l'acquisizione di un territorio che si presume illegittima e l'acquisizione di un territorio che si presume legittima, ma la cui legittimità non può essere dimostrata. L'idea stessa di "immemore" sfugge a una definizione precisa, limitandosi a caratterizzare l'esercizio di poteri sovrani su un territorio per un periodo di tempo più lungo rispetto a quello che può considerarsi necessario perché la prescrizione acquisitiva produca i propri effetti²¹. Come osservato da VERYKIOS, la differenza tra possesso immemore e prescrizione acquisitiva finisce per riassumersi più in una questione di durata dell'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio, che di tipologia di istituto²². È evidente che la presunzione di legittimità dell'acquisizione del territorio si rafforzerà in maniera proporzionale alla lunghezza del tempo trascorso dell'esercizio di poteri sovrani sullo stesso. In altre parole: maggiore è l'effettivo possesso di un territorio da parte di uno Stato, maggiore è la probabilità che detto possesso fosse (o sia diventato) legittimo. Ai fini della presente trattazione, il concetto di prescrizione acquisitiva includerà pertanto sia quello di possesso immemore che quello di prescrizione acquisitiva *s.s.* e, richiamando l'accurata formulazione proposta da Sir Hersch LAUTERPACHT, dovrà intendersi come:

«the acquisition of sovereignty over a territory through continuous and undisturbed exercise of sovereignty over it during such a period as is necessary to create under the influence of historical development the general conviction that the present condition of things is in conformity with international law»²³.

2. Origine e sviluppo dell'istituto

La prescrizione acquisitiva affonda le proprie radici nell'istituto di diritto romano dell'*usucapio*²⁴. L'*usucapio* costituiva una modalità di acquisto di un diritto reale a titolo originario su un determinato

¹⁹ *Ibid.*, p. 338. Sul punto cfr. *infra*, § 2.

²⁰ D. H. JOHNSON, *ibid.*; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 17; R. JENNINGS, *op. cit.*, p. 22; R. KOLB, *op. cit.*, p. 122; *Contra*, J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *op. cit.*, par. 3: «[Immemorial possession] shall not be considered as a category of acquisitive prescription, since acquisitive prescription concerns the exercise of sovereignty over territory to which that State has initially no legal title».

²¹ D. H. JOHNSON, *ibid.*, p. 339.

²² P. A. VERYKIOS, *op. cit.*, pp. 44-45. E cfr. D. H. JOHNSON, *ibid.*

²³ L. OPPENHEIMER, H. LAUTERPACHT, *International Law: A Treatise*, 8^a ed., London, Longmans, 1955, p. 576.

²⁴ D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, pp. 334-335; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 18-19; J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *op. cit.*, par. 1.

bene. In particolare, il possessore veniva considerato proprietario dopo aver posseduto *justo titulo* e *bona fide* un bene mobile per un anno e un bene immobile per due²⁵. L'istituto, inizialmente applicabile ai soli cittadini romani, venne esteso agli abitanti delle Province dell'Impero, dove prese il nome di *possessio longi temporis*²⁶. Giustiniano riunì i due istituti, elevando il termine della prescrizione a tre anni per i beni mobili e a dieci (*inter praesentes*) e venti (*inter absentes*) per quelli immobili²⁷. L'istituto dell'*usucapio* fu recepito negli ordinamenti di *civil* e *common law*, con la differenza che, all'interno dei secondi, perse il requisito del periodo prestabilito di tempo per poter dispiegare i propri effetti²⁸. Ciò spiega perché l'impulso al riconoscimento della prescrizione acquisitiva nel diritto internazionale provenne principalmente da giuristi formati in ordinamenti di *common law*. Per un giurista di matrice continentale accettare la validità della prescrizione in assenza di un preciso termine temporale rappresentava infatti una vera e propria contraddizione²⁹.

Invero, l'esistenza della prescrizione acquisitiva nel diritto internazionale è stata negata per secoli. Già GROZIO, nel suo *Mare Liberum* (1609), escludeva che la prescrizione acquisitiva potesse essere invocata in una controversia tra Stati³⁰, arrivando poi ad ammettere, in *De Jure Belli ac Pacis* (1625), l'applicazione dell'istituto nella sola variante di possesso immemore³¹. La distinzione godette di una certa fortuna nella dottrina successiva. La possibilità di applicare l'istituto del possesso immemore, ma non quello della prescrizione acquisitiva, si ritrova in DE MARTENS³², RIVIER³³ e DE LOUTER³⁴. Emmerich DE VATTEL, al contrario, fu uno dei primi autori a sostenere che la prescrizione acquisitiva potesse riflettere istanze di diritto naturale e, dunque, integrare un principio di Diritto delle Genti³⁵. Il dibattito sull'ammissibilità della prescrizione acquisitiva nel diritto internazionale si sviluppò nel solco di queste due scuole di pensiero. I giuristi di *civil law* propendevano per la posizione di GROZIO, quelli di *common law* per quella di DE VATTEL³⁶. Furono poi questi ultimi a prevalere³⁷. Ciò è dovuto

²⁵ Y. Z. BLUM, *ibid.*, p. 9.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, pp. 10-11.

²⁹ *Ibid.*, p. 12.

³⁰ «Prescription is a matter of municipal law, hence it cannot be applied as between kings or as between free and independent nations; [...] for it is impossible to acquire by usucaption or prescription things which cannot become property, that is, which are not susceptible of possession or of quasi-possession and which cannot be alienated», *ibid.*, p. 15.

³¹ «Because a length of time exceeding the memory of man is in its essential character practically infinite, a silence for that length of time will always seem sufficient to imply abandonment of ownership [...]. [P]ossession beyond the limits of memory not interrupted nor called in question by appeal to the courts should absolutely transfer ownership», citato in *ibid.*, p. 16.

³² F. DE MARTENS, *Traité de droit international*, Paris, Librairie Marescq Ainé, 1883, p. 461.

³³ A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, Vol. I, Paris, Rousseau, 1896, pp. 182-183.

³⁴ J. DE LOUTER, *Le droit international public positif*, Vol. I, Oxford, OUP, 1920, p. 341.

³⁵ E. DE VATTEL, *Droit des Gens*, Vol. II, Washington (D.C.), Washington Carnegie Institution, 1916, par. 140.

³⁶ Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 18.

³⁷ *Contra*, S. TORRES BERNÁNDEZ: «*acquisitive prescription* [is] a highly controversial concept which, for my part, I have

all'autorevolezza di alcuni degli esponenti di questa corrente dottrinale e a quell'insieme di ragioni che, oggettivamente, giustificano l'esistenza della prescrizione acquisitiva nel diritto internazionale e tra le quali spicca la necessità di garantire la certezza dei rapporti giuridici tra gli Stati³⁸. In questo senso, la prescrizione acquisitiva traduce l'idea per cui è interesse collettivo che, in alcune circostanze, il diritto sanzioni come legittima e quindi come non più contestabile una situazione di fatto, anche qualora essa origini da una condotta illecita: *interest rei publicae ut sit finis litium*³⁹.

L'applicabilità della prescrizione acquisitiva nel diritto internazionale trova infine conferma nella giurisprudenza internazionale. Sono innumerevoli i casi in cui il giudice internazionale ha discusso o applicato la prescrizione acquisitiva nella risoluzione di una controversia⁴⁰. Alcuni di essi verranno

the greatest difficulty in accepting as an established institution of international law», *Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 351 [*Land, Island and Maritime Frontier Dispute*], *Separate Opinion*, par. 99. E cfr. G. SPERDUTI, *op. cit.*, pp. 4-5.

³⁸ Tra cui: H. WHEATON, *Elements of International Law*, Boston, Little Brown, 1866, p. 164; R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, Vol. I, London, Butterworths, 1879, pp. 361-362; J. WESTLAKE, *International Law*, Vol. I, Cambridge, CUP, 1910, p. 94; A. S. HERSHEY, *The Essentials of International Public Law*, New York, MacMillan, 1912, p. 94; T. J. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, Boston, Heath & Co., 1923, par. 78; W. E. HALL, *Treatise on International Law*, 8^a ed., Oxford, OUP, 1924, p. 143; P. FAUCHILLE, *op. cit.*, p. 757; F. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, Longmans, 1926, p. 178. Tra le ragioni a volte richiamate per giustificare l'esistenza della prescrizione acquisitiva nel diritto internazionale è possibile menzionare: il fatto che uno Stato che ha mantenuto l'ordine all'interno di un territorio guadagna il diritto ad esercitare sovranità sullo stesso a discapito dello Stato che ha trascurato i propri doveri (E. ORTOLAN, *Des moyens d'acquérir le domaine international*, Vanves, Hachette, 1851, p. 125; M. SØRENSEN, *La prescription en droit international*, 3 NTIR, 145, 170 (1932), p. 149); la presunta volontà, desumibile dal silenzio dello Stato in questione, di abbandonare un proprio territorio a favore di un altro Stato (P. A. VERYKIOS, *op. cit.*, p. 26-28) e l'esigenza di punire la negligenza di quello Stato che non protesta a fronte delle reiterate violazioni dei propri diritti di sovranità (*ibid.*, pp. 29-30; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 18-19). *Contra*, D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 286: «manca invece nel diritto internazionale l'istituto della prescrizione [...] acquisitiva [...], anche nella forma del cosiddetto immemorabile».

³⁹ D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, p. 335 e R. KOLB, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁰ *Inter alia*: *Arbitral award between Portugal and the United Kingdom, regarding the dispute about sovereignty over the Island of Bulama, and over a part of the mainland opposite to it*, 21 aprile 1870, UNRIAA, Vol. XXVIII, p. 131; *The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States)*, 20 ottobre 1903, UNRIAA, Vol. XV, p. 481; *The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain)*, 6 giugno 1904, *ibid.*, Vol. XI, p. 11; *The Grisbådarna Case, Norway v. Sweden, Award of the Tribunal*, CPA, 23 ottobre 1909, p. 1 [*Grisbådarna*]; *The Walfish Bay Boundary Case (Germany, Great Britain)*, 23 maggio 1911, UNRIAA, Vol. XI, p. 263; *The Chamizal Case (Mexico, United States)*, 15 giugno 1911, *ibid.*, p. 309; *Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, 4 aprile 1928, *ibid.*, Vol. II, p. 829 [*Island of Palmas*]; *Honduras borders (Guatemala, Honduras)*, 23 gennaio 1933, *ibid.*, p. 1307 [*Honduras Borders*]; *Legal Status of Eastern Greenland*, P.C.I.J., Series A./B., Judgment Orders and Advisory Opinions, Fascicule No. 53, April 5th, 1933, p. 1 [*Legal Status of Eastern Greenland*]; *The Minquiers and Ecrehos case, Judgment of November 17th, 1953*: I.C.J. Reports 1953, p. 47 [*Minquiers and Ecrehos*]; *Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land, Judgment of 20 June 1959*: I.C.J. Reports 1959, p. 209 [*Certain Frontier Land*]; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Merits, Judgment of 15 June 1962*: I.C.J. Reports 1962, p. 6 [*Temple of Preah Vihear*]; *Argentina-Chile Frontier Case*, 9 dicembre 1966, UNRIAA, Vol. XVI, p. 109; *Dubai-Sharjah Border Arbitration* (1981), 91 ILR, 543; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18 [*Tunisia c. Libia*]; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute; Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen)*, 9 ottobre 1998, UNRIAA, Vol. XXII, p. 209 [*Eritrea c. Yemen*]; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/ Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045 [*Kasikili/Sedudu*]; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 40 [*Maritime Delimitation and Territorial Questions*]; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 625 [*Pulau Ligitan/Pulau Sipadan*]; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening) Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 303 [*Land and Maritime Boundary*]; *Decision regarding delimitation of the border*

analizzati di seguito al fine di enucleare gli elementi che caratterizzano la prescrizione acquisitiva.

3. Gli elementi che caratterizzano la prescrizione acquisitiva

3.1. Introduzione: le condizioni *sine qua non*

La prescrizione acquisitiva integra uno degli effetti dell'acquiescenza. L'acquiescenza è un concetto negativo nel senso che viene prodotta dall'inerzia di uno Stato in un contesto in cui quest'ultimo avrebbe dovuto adottare una condotta attiva⁴¹. La sussistenza dell'acquiescenza può quindi essere dimostrata solo indirettamente, mediante un'analisi delle circostanze che caratterizzano il silenzio di uno Stato: sono proprio queste circostanze che, se presenti, convertono un semplice silenzio in una presunzione di acquiescenza la quale, a sua volta, dispiega determinati effetti. Ciò vale, ovviamente, anche per la prescrizione acquisitiva. Non ogni esercizio di poteri *de facto* sovrani su una porzione di territorio altrui è infatti suscettibile di dare origine a prescrizione acquisitiva. Analogamente, non ogni silenzio mantenuto da uno Stato dinanzi a una palese violazione dei propri diritti di sovranità comporta un trasferimento degli stessi e la conseguente esclusione dell'illecito. Al contrario, è necessario che la condotta di entrambi gli Stati soddisfi alcuni requisiti perché, nel suo insieme, la situazione così creata possa essere qualificata come un caso di prescrizione acquisitiva.

L'esposizione sarà la seguente: prima si esamineranno quegli elementi che qualificano come tali le due condizioni *sine qua non* della prescrizione acquisitiva, vale a dire l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio altrui e l'assenza di proteste, da parte dello Stato interessato, a fronte di una simile condotta⁴². Ci si soffermerà quindi su due ulteriori elementi che possono rilevare ai fini dell'applicazione dell'istituto, ma che non risultano determinanti perché si produca la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità su un territorio: il passaggio di un lungo periodo di tempo e la buona fede.

between Eritrea and Ethiopia, 13 aprile 2002, UNRIAA, Vol. XXV, p. 83; *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them*, 11 aprile 2006, *ibid.*, Vol. XXVII, p. 147 [*Barbados/Trinidad and Tobago*]; *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659 [*Territorial and Maritime Dispute*]; *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh; Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 624 [*Nicaragua c. Colombia*]. E cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392 [*Nicaragua c. Stati Uniti (1984)*], H. MOSLER, *Separate Opinion*, p. 464 e *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, B. SIMMA, R. ABRAHAM, *Joint Dissenting Opinion*, par. 11-17.

⁴¹ Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 99. E cfr. *supra*, **Intro.**, § 2.

⁴² «Display of authority by the one party, acquiescence in that display by the other party – those are the *sine qua non* of acquisitive prescription», D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, p. 345.

3.2. L'esercizio di poteri *de facto* sovrani

3.2.1. Effettività, continuità, pubblicità

Il primo elemento che produce la prescrizione acquisitiva di diritti di sovranità è l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio (terrestre o marittimo) appartenente a uno Stato diverso. A tal fine, questo elemento deve presentare alcune caratteristiche. In particolare, l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio altrui deve essere effettivo, continuo, pubblico, soggettivamente qualificato (*animus occupandi*) e pacifico.

Il requisito dell'effettività dell'esercizio di poteri *de facto* sovrani si traduce in un certo grado di controllo politico, militare o amministrativo che uno Stato dispiega all'interno di un territorio formalmente sottoposto alla sovranità altrui⁴³. La mera effettività dell'esercizio di poteri sovrani non è sufficiente per giustificare l'esistenza di un titolo storico⁴⁴. Tuttavia, essa rappresenta il primo e fondamentale tassello per poter avanzare pretese di sovranità su un territorio conteso. L'effettivo esercizio di poteri sovrani sul territorio di un altro Stato costituirà infatti una prova della passività di quest'ultimo a fronte di una condotta univocamente diretta a ledere i suoi diritti⁴⁵. In assenza di un controllo effettivo su un territorio, nessun diritto di sovranità potrà dunque essere trasferito da uno Stato a un altro⁴⁶.

La prassi internazionale ha occasionalmente evidenziato l'importanza del concetto dell'effettività nell'attribuzione della sovranità su un territorio. In *Island of Palmas* gli Stati Uniti e i Paesi Bassi si contendevano la sovranità sull'isola di Palmas, situata a sud delle Filippine⁴⁷. Gli Stati Uniti sostenevano che la legittimità della propria istanza discendesse dal Trattato di Parigi del 1898, con cui la Spagna aveva loro ceduto tutte le proprie colonie nell'Oceano Pacifico, inclusa l'isola di Palmas⁴⁸. I Paesi Bassi esercitavano poteri *de facto* sovrani sull'isola sin dal 1677, tramite la Compagnia delle Indie Orientali. L'arbitro Huber rigettò la domanda degli Stati Uniti, affermando che un titolo acquisito per controllo effettivo dovesse prevalere su uno ottenuto per scoperta di un territorio, quale quello

⁴³ Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁴ «[I]t is not effective control per se that forms the legal basis of [a] title. The mere fact of physical possession or effective control is in law [...] devoid of any legal significance», *ibid.*

⁴⁵ «[T]he effectiveness of State authority displayed by the State putting forward an historic claim is relevant precisely to the extent to which it is capable of supplying evidence of other States' acquiescence in a situation which has given rise to the formation of such title», *ibid.*, pp. 101-102. E cfr. I. MACGIBBON, *Some Observations on the Part of Protest in International Law*, 30 *British Y.B. Int'l L.*, 293, 319 (1953), p. 306.

⁴⁶ Y. Z. BLUM, *ibid.*, p. 101.

⁴⁷ *Island of Palmas*, p. 837.

⁴⁸ *Ibid.*

vantato dalla Spagna (e poi passato agli Stati Uniti) sin dal 1526⁴⁹. Sebbene il caso concerna l'acquisizione di un titolo di sovranità per occupazione, lo stesso Huber suggeriva come queste considerazioni potessero applicarsi anche alla prescrizione acquisitiva⁵⁰.

Più di recente, in *Pulau Ligitan/Pulau Sipadan*, la CIG esaminava il grado di controllo effettivo (*effectivités*) esercitato da Indonesia e Malesia su due isole situate nel mare di Celebes per decidere a quale Paese attribuire la sovranità sulle stesse⁵¹. Come prova del proprio controllo effettivo, l'Indonesia menzionava il frequente pattugliamento dell'area ad opera della marina olandese prima (i Paesi Bassi erano la Potenza coloniale in Indonesia) e di quella indonesiana poi⁵². La Malesia ribatteva che il pattugliamento delle coste non fosse idoneo a stabilire un controllo effettivo sulle isole e, come esercizio dei propri poteri sovrani, adduceva il regolamento dell'attività commerciale, il rilascio delle licenze di pesca e di impiego delle acque circostanti e la costruzione di alcuni fari che, dal 1960, erano gestiti dalle autorità malesi⁵³. La CIG sottolineò che la condotta dell'Indonesia non implicava l'esercizio di poteri legislativi o amministrativi sulle isole Ligitan e Sipadan e, in quanto tale, non rifletteva l'intenzione di agire a titolo sovrano⁵⁴. Le attività della Malesia coinvolgevano invece l'adozione di atti legislativi, amministrativi e quasi giudiziari e rivelavano con chiarezza la convinzione che le due isole appartenessero alla stessa⁵⁵.

Analogamente, in *Territorial and Maritime Dispute* la CIG accertò il diritto di sovranità dell'Honduras su alcune isole dei Caraibi in base al principio dell'effettività⁵⁶. Tra le manifestazioni di esercizio di poteri sovrani rilevanti ai fini di verificare l'intervenuta prescrizione acquisitiva, la CIG elencava l'applicazione del diritto civile e penale dell'Honduras, la regolamentazione dell'immigrazione e delle attività di pesca, il pattugliamento delle coste, la concessione di licenze petrolifere e la costruzione di infrastrutture sulle isole in questione⁵⁷.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 839. E cfr. *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, 28 gennaio 1931, UNRIAA, Vol. II, p. 1105 [*Clipperton Island*], p. 1110; *Legal Status of Eastern Greenland*, pp. 45-46 («a claim to sovereignty based not upon some particular act or title [...] but merely upon continued display of authority involves [...] some actual exercise of display of such authority»), corsivo aggiunto e *Maritime Delimitation and Territorial Questions*, par. 197.

⁵⁰ *Island of Palmas*, p. 839: «if the effectiveness has above all been insisted on in regard to occupation, this is because the question rarely arises in connection with territories in which there is already an established order of things». E cfr. Y. Z. BLUM: «the considerations underlying the need for effective possession in the case of occupation do apply to the same – if not to a larger – extent to the acquisition of an historic title», *op. cit.*, p. 104.

⁵¹ *Pulau Ligitan/Pulau Sipadan*, par. 126.

⁵² *Ibid.*, par. 130.

⁵³ *Ibid.*, par. 132.

⁵⁴ *Ibid.*, parr. 137-141.

⁵⁵ «The Court notes that the activities relied upon by Malaysia, [...], are modest in number but that they are diverse in character and include legislative, administrative and quasi-judicial acts. They cover a considerable period of time and show a pattern revealing an intention to exercise State functions in respect of the two islands in the context of the administration of a wider range of islands», *ibid.*, par. 148.

⁵⁶ *Territorial and Maritime Dispute*, par. 175.

⁵⁷ *Ibid.*, parr. 182-207. La CIG concludeva che «the *effectivités* invoked by Honduras evidenced an “intention and will to act as sovereign” and constitute a modest but real display of authority over the four islands», *ibid.*, par. 208. Cfr. *Pedra*

Oltre che effettivo, l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio deve essere continuo e pubblico. Il concetto di "continuo" non deve interpretarsi come sinonimo di "costante"⁵⁸. In particolare, una valutazione sul requisito della continuità nell'esercizio di poteri sovrani non può prescindere da un'analisi delle caratteristiche del territorio. Così, perché si produca la prescrizione acquisitiva su una porzione di territorio facilmente accessibile sarà necessario un grado di continuità superiore rispetto a quello richiesto per acquisire il diritto di sovranità su un'area remota, una piccola isola o un luogo disabitato⁵⁹. Il concreto accertamento di questo requisito sarà allora rimesso alla discrezionalità del giudice, secondo il più flessibile criterio della "regolarità" (*regularity*), inteso quale "esercizio regolare" di poteri sovrani, tenendo conto delle peculiarità del territorio⁶⁰. In *Island of Palmas*, l'arbitro Huber notava al proposito che non sempre è possibile esercitare un controllo effettivo in qualsiasi momento e su qualsiasi parte di un territorio e di come una certa discontinuità o intermittenza nel mantenimento dei propri diritti di sovranità possa essere imputabile alla collocazione geografica della stessa⁶¹. Egli non incontrò problemi ad accogliere la posizione dei Paesi Bassi, nonostante l'effettivo esercizio di poteri sovrani delle autorità olandesi sull'isola di Palmas non fosse stato troppo frequente⁶². Similmente, la CPGI e la CIG hanno ribadito che l'esercizio anche solo modesto di poteri *de facto* sovrani può comportare un trasferimento del diritto di sovranità su un territorio isolato o, comunque, arduo da raggiungere. In *Legal Status of Eastern Greenland* ad esempio, la CPGI evidenziò le difficoltà intrinseche all'esplorazione dei ghiacci nel ritenere l'esiguo esercizio di poteri sovrani dispiegato dalla Danimarca tra il 1721 e il 1814 nella parte orientale della Groenlandia suscettibile di convertirsi in un legittimo titolo di sovranità⁶³. In vari casi (*Maritime Delimitation and Territorial*

Branca/Pulau Batu Puteh, parr. 231 ss. e *Nicaragua c. Colombia*, parr. 80-84. Per un approfondimento sulle modalità concrete dell'esercizio di poteri *de facto* su un territorio conteso, cfr. Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 117-123.

⁵⁸ P. A. VERYKIOS, *op. cit.*, p. 82: «cette condition [...] ne comprend pas tous les cas d'intermittence de la possession, car il existe des territoires qui ne sont pas susceptibles de possession continue; dans ces cas il suffit que l'exercice de la souveraineté territoriale soit régulier, malgré son intermittence». E cfr. Y. Z. BLUM, *ibid.*, p. 111.

⁵⁹ Y. Z. BLUM, *ibid.*

⁶⁰ *Ibid.* E cfr. H. WALDOCK, *Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies*, 25 *British Y.B. Int'l L.*, 311, 353 (1948), p. 337: «the facts that the regions are uninhabited and are susceptible only to very limited forms of human activity inevitably diminish the continuity to be expected in the exercise of sovereignty».

⁶¹ «Although continuous in principle, sovereignty cannot be exercised [...] at every moment on every point of a territory. The intermittence and discontinuity compatible with the maintenance of the right necessarily differ according as inhabited or uninhabited regions are involved, or regions enclosed within territories in which sovereignty is incontestably displayed or again regions accessible from, for instance, the high seas», *Island of Palmas*, p. 840.

⁶² «The acts of indirect or direct display of Netherlands sovereignty at Palmas (or Miangas) [...] are not numerous, and there are considerable gaps in the evidence of continuous display. But [...] manifestations of sovereignty over a small and distant island, inhabited only by natives, cannot be expected to be frequent», *ibid.*, p. 867.

⁶³ «[B]earing in mind [...] the Arctic and inaccessible character of the uncolonized parts of the country, the King of Denmark and Norway displayed [...] his authority to an extent sufficient to give his country a valid claim of sovereignty», *Legal Status of Eastern Greenland*, pp. 50-51. E cfr. H. WALDOCK, *op. cit.*, pp. 337-339.

*Questions*⁶⁴, *Pulau Ligitan/Pulau Sipadan*⁶⁵, *Territorial and Maritime Dispute*⁶⁶) la CIG ha svolto le medesime considerazioni nel riconoscere la sovranità su alcune isole molto distanti dalla terraferma.

L'esercizio di poteri *de facto* sovrani deve infine essere pubblico. Il requisito della pubblicità è strettamente correlato al secondo, fondamentale elemento che compone l'istituto della prescrizione acquisitiva, vale a dire l'acquiescenza dello Stato che subisce l'esercizio di poteri sovrani sul proprio territorio. Infatti, se l'esercizio di poteri sovrani non è pubblico, l'assenza di proteste potrebbe essere giustificata e, pertanto, non costituire espressione di un tacito consenso. In altre parole, se il requisito della pubblicità non viene soddisfatto, non può prodursi acquiescenza e quindi neanche prescrizione acquisitiva⁶⁷. Sebbene il requisito della pubblicità rivesta un ruolo determinante nell'interazione tra l'elemento dell'esercizio di poteri *de facto* e il silenzio dello Stato interessato, la sussistenza dello stesso viene normalmente data per scontata. Il fatto è che risulta difficile immaginare una situazione in cui l'effettivo e continuo esercizio di poteri sovrani su un territorio altrui avvenga nella totale inconsapevolezza dello Stato interessato⁶⁸. In *Island of Palmas* ad esempio, l'arbitro Huber precisò che l'esercizio di poteri *de facto* sovrani dei Paesi Bassi sull'isola di Palmas era stato «aperto» e «pubblico», enfatizzando come un prolungato dispiegamento di funzioni statali su un'isola abitata non potesse logicamente configurarsi come «clandestino»⁶⁹.

A ciò si aggiunge l'obbligo di diligenza di essere al corrente di una circostanza di questo tipo. In generale, si presume che uno Stato sappia quello che accade all'interno dei propri confini⁷⁰. Invero, l'obiezione in base alla quale uno Stato nega di aver manifestato acquiescenza per aver ignorato la violazione dei propri diritti di sovranità può rivelarsi controproducente. In *Minquiers and Ecrehos*, il

⁶⁴ *Maritime Delimitation and Territorial Questions*, par. 197.

⁶⁵ «[I]n the case of very small islands which are uninhabited or not permanently inhabited [...] *effectivités* will indeed generally be scarce», *Pulau Ligitan/Pulau Sipadan*, par. 134.

⁶⁶ «Sovereignty over minor maritime features, such as the islands in dispute [...], may therefore be established on the basis of a relatively modest display of State powers in terms of quality and quantity», *Territorial and Maritime Dispute*, par. 174.

⁶⁷ Come osservato da D. H. JOHNSON, «publicity is essential because acquiescence is essential. [W]ithout knowledge there can be no acquiescence at all», *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, p. 347. E cfr. I. MACGIBBON, *Some Observations*, *op. cit.*, p. 306.

⁶⁸ P. A. VERYKIOS, arrivava ad affermare che: «on peut critiquer de même l'exigence de la publicité comme absolument inutile en droit international public, où on ne peut concevoir une possession clandestine», *op. cit.*, p. 347. E cfr. D. H. JOHNSON, *ibid.*

⁶⁹ «The display has been open and public, that is to say that it was in conformity with usages as to exercise of sovereignty over colonial States. A clandestine exercise of State authority over an inhabited territory during a considerable length of time would seem to be impossible», *Island of Palmas*, p. 868.

⁷⁰ D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, p. 347; I. MACGIBBON, *The Scope*, *op. cit.*, p. 181; R. JENNINGS, *op. cit.*, p. 39; S. KOPELA, *op. cit.*, p. 116. Formalmente, l'obbligo in questione non coincide con il requisito della pubblicità dell'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio altrui: il primo non sussiste in assenza del secondo, ma la pubblicità, in combinazione con l'obbligo di diligenza, si limita a porre una presunzione di conoscenza. In pratica, tuttavia, sembra difficile ipotizzare un caso in cui lo Stato che ottemperi ai propri obblighi di diligenza non conosca dell'esercizio pubblico di poteri *de facto* sovrani altrui sul proprio territorio.

giudice Carneiro osservava ad esempio che l'ignoranza della Francia sulle attività portate avanti dal Regno Unito in alcune isole del Canale dimostrava che le autorità francesi, a differenza di quelle britanniche, non esercitavano alcun controllo effettivo sulle stesse⁷¹.

Nonostante la presunzione di notorietà, vi sono stati casi in cui il giudice internazionale ha escluso che uno Stato potesse essere consapevole dell'esercizio di poteri sovrani stranieri sul proprio territorio. In *Certain Frontier Land* ad esempio, la CIG concluse che il silenzio del Belgio dinanzi ai frequenti sconfinamenti di autorità compiuti dai Paesi Bassi tra il 1892 e il 1922 in alcune enclaves belghe fosse comprensibile in ragione dell'oggettiva complessità del controllo di una porzione di territorio inglobato in un altro Stato⁷². Allo stesso modo, in *Eritrea c. Yemen* il tribunale arbitrale ritenne che l'assenza di proteste dello Yemen a fronte dei ripetuti pattugliamenti di alcune isole nel Mar Rosso ad opera delle autorità tigrine non fosse intenzionale, ma dovesse imputarsi a diversi fattori (la collocazione delle isole, l'assenza di abitanti e di linee di comunicazione, il fatto che i pattugliamenti avvenissero di notte) che, nel loro insieme, suggerivano che la condotta dell'Eritrea non fosse pubblica e, perciò, non conosciuta né conoscibile dallo Yemen⁷³.

3.2.2. L'*animus occupandi*

Ulteriore requisito perché si produca la prescrizione acquisitiva su un territorio è che l'esercizio di poteri avvenga a titolo sovrano (*à titre de souverain*)⁷⁴. Si tratta di un requisito soggettivo, nel senso che caratterizza la sfera cognitiva dello Stato e si traduce nella volontà di esercitare un controllo su un territorio altrui come se fosse proprio⁷⁵. Questa condizione, anche detta *animus occupandi*⁷⁶, è fittizia e non può provarsi in maniera diretta, ma deve essere desunta dalla natura di quelle circostanze

⁷¹ «Failure to exercise such surveillance and ignorance of what was going on the islets indicate that France was not exercising sovereignty in that area», *Minquiers and Ecrehos*, L. CARNEIRO, *Individual Opinion*, p. 106. E cfr. A. MARIE, *op. cit.*, p. 531: «on peut se demander si la connaissance prétendue de la survenance de certains faits sur le territoire litigieux permet de contribuer à la preuve de l'effectivité de la possession».

⁷² *Certain Frontier Land*, p. 229. La decisione venne fortemente criticata da alcuni giudici, cfr. *ibid.*, H. LAUTERPACHT, *Declaration*, p. 231; E. ARMAND-UGON, *Dissenting Opinion*, pp. 250-251; L. M. QUINTANA, *Dissenting Opinion*, pp. 255-258. E cfr. A. MARIE, *op. cit.*, p. 541: «[l]e contexte géographique peut selon les cas rendre légitime l'erreur invoquée [...]. L'erreur de la Belgique [...] éte considérée légitime au regard des particularités géographiques des territoires en cause».

⁷³ *Eritrea c. Yemen*, par. 301, 306. E cfr. *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, par. 240-243.

⁷⁴ D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, p. 344; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 124; R. LESAFFER, *op. cit.*, p. 50; S. KOPELA, *op. cit.*, p. 108 e A. GIOIA, *op. cit.*, par. 3.

⁷⁵ Così, *inter alia*, Y. Z. BLUM, *ibid.* Come osservato dalla CPGI in *Legal Status of Eastern Greenland*: «a claim to sovereignty based not upon some particular act or title [...] but merely upon continued display of authority involves [...] the intention and the will to act as sovereign», pp. 44-45, corsivo aggiunto.

⁷⁶ H. WALDOCK, *op. cit.*, p. 334; A. MARIE, *op. cit.*, p. 270 parla di *animus possidendi*.

che lo Stato invoca in giudizio per dimostrare l'avvenuta prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità. Per quanto l'esistenza dell'*animus occupandi* possa apparire implicita nel dispiegamento delle funzioni statali su un territorio⁷⁷, essa riveste grande importanza poiché permette di escludere che determinate situazioni, spesso indicate dagli Stati quale esercizio di poteri *de facto* sovrani, possano essere qualificate come tali. Così, il requisito dell'occupazione a titolo sovrano ha in passato impedito che i territori amministrati da alcuni Stati per conto di altri⁷⁸, o sotto forma di protettorati⁷⁹, potessero essere oggetto di prescrizione acquisitiva da parte delle Potenze che esercitavano poteri *de facto* sovrani su di essi⁸⁰.

In altri casi, la mancanza di un chiaro *animus occupandi* ha impedito che la condotta di uno Stato integrasse un effettivo esercizio di poteri *de facto* sovrani. In *Minquiers and Ecrehos* ad esempio, la Francia sottolineava che, per oltre settantacinque anni, il Regno Unito non aveva obiettato alla prassi delle autorità francesi di gestire i fari e piazzare le boe al largo delle isole contese. La CIG osservò che difficilmente una simile condotta poteva riflettere l'intenzione di agire a titolo di sovrano e che il silenzio del Regno Unito fosse quindi irrilevante nell'attribuzione della sovranità sulle isole alla Francia⁸¹. Analogamente, in *Tunisia c. Libia* la CIG negò che alcuni atti legislativi della Libia potessero riflettere l'intenzione di reclamare come propria una parte della piattaforma continentale al confine con la Tunisia e, pertanto, che quest'ultima non poteva considerarsi aver espresso acquiescenza alle pretese delle autorità libiche⁸².

Di converso, l'emergere dell'*animus occupandi* può influire nella valutazione di una condotta di per sé inidonea a configurare l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio. In *Maritime Delimitation and Territorial Questions* ad esempio, la CIG riconobbe che la perforazione di pozzi artesiani e l'allestimento di strumenti di ausilio alla navigazione (come boe e fari) costituissero esercizio di poteri sovrani da parte del Bahrain su alcune isole situate nel Golfo persico⁸³. Ciò non contraddice quanto stabilito in *Minquiers and Ecrehos* ove, come visto, la prassi delle autorità francesi di posizionare le

⁷⁷ P. A. VERYKIOS affermava che il requisito del possesso *à titre de souverain* «est absolument inutile car [...] il est évident que l'exercice de la souveraineté territoriale se fait à titre de souverain, autrement on ne l'appellerait pas ainsi», *op. cit.*, p. 75.

⁷⁸ Così il Regno Unito non acquisì mai sovranità su Cipro per prescrizione posto che, con il Trattato di Costantinopoli del 1878, nonostante amministrasse quel territorio, riconosceva quale sovrano formale l'Impero ottomano. Allo stesso modo, l'Austria-Ungheria non acquisì mai sovranità formale sulla regione della Bosnia ed Erzegovina, amministrando la stessa per conto dell'Impero ottomano ai sensi del Trattato di Berlino del 1878.

⁷⁹ Il sistema dei mandati venne creato alla fine della Prima Guerra mondiale per redistribuire tra gli Alleati i possedimenti degli Imperi centrali. Formalmente, i territori sottoposti a mandato non costituivano colonie e venivano amministrati con l'autorizzazione, in nome e per conto della Società delle Nazioni. Le Potenze che ivi esercitavano poteri *de facto* sovrani non agivano pertanto *à titre de souverain*.

⁸⁰ D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, p. 344.

⁸¹ *Minquiers and Ecrehos*, p. 71.

⁸² *Tunisia c. Libia*, par. 92. E cfr. *ibid.*, R. AGO, *Separate Opinion*, par. 4.

⁸³ *Maritime Delimitation and Territorial Questions*, par. 197.

boe e gestire i fari venne definita di scarso rilievo nell'accertamento della prescrizione acquisitiva. La condotta del Bahrain, anche in virtù della ridotta dimensione delle isole, era infatti suscettibile, diversamente da quella della Francia, di manifestare un *animus occupandi* e, dunque, poteva interpretarsi come posta in essere *à titre de souverain*⁸⁴.

Ma, soprattutto, il requisito dell'*animus occupandi* comporta che solo gli atti degli organi di uno Stato possano rappresentare un esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio. Poiché, formalmente, soltanto uno Stato può avere l'intenzione di agire a titolo di sovrano, l'unica condotta pertinente nel dichiarare la prescrizione acquisitiva è quella realizzata dagli organi dello stesso⁸⁵. Questa precisazione potrebbe apparire superflua, se non fosse che gli Stati sono soliti richiamare la condotta degli individui per supportare le proprie istanze di sovranità su un territorio⁸⁶. Alcuni autori hanno anzi suggerito che è stata proprio detta tendenza a giustificare la teorizzazione di un requisito soggettivo nell'elemento dell'esercizio di poteri *de facto* sovrani⁸⁷. Sebbene questo argomento non risulti del tutto convincente, è un fatto che gli Stati abbiano di frequente tentato di ritrarre come "sovrano" il normale svolgimento della vita o del lavoro dei propri cittadini o di popolazioni sottoposte al proprio controllo all'interno o nei pressi del territorio in questione.

In *Anglo-Norwegian Fisheries* ad esempio la Norvegia, a riprova dei propri diritti su un'ampia porzione di mare esterno al mare territoriale, adduceva la pratica secolare dei pescatori norvegesi di recarsi colà a pescare indisturbati⁸⁸. Il Regno Unito contestava la validità di questo ragionamento, insistendo che l'attività privata dei pescatori norvegesi non poteva essere impiegata dalla Norvegia per corroborare un'istanza relativa all'acquisizione di sovranità su una zona di alto mare⁸⁹. La Norvegia rettificò in seguito la propria posizione, motivo per il quale la CIG non si pronunciò su questo

⁸⁴ «Certain types of activities invoked by Bahrain such as the drilling of artesian wells would, taken by themselves, be considered controversial as acts performed *a titre de souverain*. [...] In the present case, taking into account the size of Qit'at Jaradah, the activities carried out by Bahrain on that island must be considered sufficient to support Bahrain's claim that it has sovereignty over it», *ibid.* E cfr. *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, in cui, prima di accertare che la condotta di Singapore integrasse, a differenza di quanto sostenuto dalla Malesia, un esercizio di poteri *à titre de souverain*, la CIG osservò che «any passing of sovereignty might be by way of agreement between the two States in question. [T]he agreement might [...] be tacit and arise from the conduct of the Parties. International law does not, in this matter, impose any particular form. Rather it places its emphasis on the parties' intentions», par. 120, corsivo aggiunto.

⁸⁵ D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, pp. 344-345.

⁸⁶ Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 125.

⁸⁷ «It is this tendency that justifies the consistency with which international lawyers have time and again insisted on the inclusion of this condition among the requirements laid down for the formation of a historic title», *ibid.*

⁸⁸ *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116 [*Anglo-Norwegian Fisheries*], p. 127. Sul caso cfr. anche *infra*, **Cap. III, § 1.7**.

⁸⁹ «Fishing by Norwegian fishermen in waters outside the generally recognized limits of maritime territory, even if proved from prehistoric times, is no evidence of, or basis for, Norwegian sovereignty over the waters concerned. [I]t is acts of State sovereignty, not acts of individuals, which may provide the foundation for a title to territorial sovereignty», *ibid.*, p. 658.

punto. Il giudice Mo⁹⁰ e il giudice McNair⁹¹ colsero tuttavia l'occasione per ribadire il principio secondo cui l'attività degli individui, se compiuta in autonomia per il proprio personale profitto e senza alcuna delega di poteri da parte dello Stato, non può mai produrre la prescrizione acquisitiva di un territorio⁹². Più di recente, in *Kasikili/Sedudu*, la Namibia sosteneva di aver esercitato poteri *de facto* sovrani per circa un secolo su alcune isole situate nel fiume Chobe tramite l'intermediazione («indirect rule») della popolazione Masubia⁹³. La CIG evidenziò che l'attività dei Masubia sulle isole non potesse dirsi svolta *à titre de souverain* e, di conseguenza, che non sussistesse in capo al Botswana un obbligo di protestare contro la stessa⁹⁴.

Il principio trova conferma nella giurisprudenza successiva⁹⁵.

3.2.3. L'esercizio pacifico di poteri *de facto* sovrani

Ultimo requisito è che l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio avvenga in maniera pacifica⁹⁶. Come la pubblicità, il requisito dell'esercizio pacifico di poteri sovrani è strettamente correlato

⁹⁰ «In support of her historic title, Norway has relied on habitual fishing by the local people and prohibition of fishing by foreigners. As far as the fishing activities of the coastal inhabitants are concerned, I need only point out that individuals, by undertaking enterprises on their own initiative, for their own benefit and without out any delegation of authority by their Government, cannot confer sovereignty on the State, and this despite the passage of time and the absence of molestation by the people of other countries», *ibid.*, H. MO, *Separate Opinion*, p. 157.

⁹¹ «[A] rule of law that appears to me to be relevant to the question of historic title is that some proof is usually required of the exercise of State jurisdiction, and that the independent activity of private individuals is of little value unless it can be shown that they have acted in pursuance of a licence or some other authority received from their Governments or that in some other way their Governments have asserted jurisdiction through them», A. D. MCNAIR, *Dissenting Opinion*, p. 184.

⁹² E cfr. *Minquiers and Ecrehos*, ove la CIG non tenne conto dell'attività dei pescatori britannici al largo delle isole del Canale ai fini di assegnare la sovranità sulle stesse al Regno Unito.

⁹³ *Kasikili/Sedudu*, par. 98.

⁹⁴ «It follows from this examination that even if links of allegiance may have existed [...], it has not been established that the members of this tribe occupied the Island *à titre de souverain*, i.e., that they were exercising functions of State authority there on behalf of those authorities», *ibid. Contra, ibid.*, Ch. WEERAMANTRY, *Dissenting Opinion*, par. 30; G. PARRA-ARANGUREN, *Dissenting Opinion*, par. 79 ss. e F. REZEK, *Dissenting Opinion*, par. 13: «in my opinion, to deny that the indigenous occupation of the Island has any legal legitimacy and to take the view that this people lacked the necessary rights to live there *à titre de souverain* is an approach which would only make sense if we were still living in the first half of the century and the boundary dispute was not between the successors of Germany and Great Britain, but between the two powers themselves». Cfr. anche *Land and Maritime Boundary*, par. 226 ss.; *Barbados/Trinidad and Tobago*, par. 363; *Territorial and Maritime Dispute*, par. 180-181.

⁹⁵ Cfr., *inter alia*, *Maritime Delimitation and Territorial Questions*, par. 236; *Pulau Ligitan/Pulau Sipadan*, par. 140; *Barbados/Trinidad and Tobago*, par. 144; *Territorial and Maritime Dispute*, par. 194; *Contra*, cfr. L. CARNEIRO, *doc. cit.*, pp. 104-105: «[i]n certain cases, and in certain circumstances, the presence of private persons who are nationals of a given State may signify or entail occupation by that State. [S]uch individual actions are particularly important in respect of territories situated at the border of two countries which both claim sovereignty in that region» e F. REZEK, *doc. cit.*, par. 14: «I nevertheless incline to the view that private persons provide perfect evidence of a peaceful occupation which deserves the protection of the law».

⁹⁶ Cfr., *inter alia*, H. WALDOCK, *op. cit.*, p. 335; D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription, op. cit.*, p. 345; I. MACGIBBON, *The Scope, op. cit.*, p. 187, nota 1; R. JENNINGS, *op. cit.*, p. 22; J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *op. cit.*, par. 3 e R. KOLB, *op. cit.*, p. 122.

al secondo elemento della prescrizione acquisitiva, vale a dire l'acquiescenza dello Stato interessato. Infatti, è solo in assenza di proteste che l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio potrà qualificarsi come "pacifico" e sarà quindi in grado di innescare il trasferimento di diritti di sovranità. Il requisito venne menzionato per la prima volta dall'arbitro Huber in *Island of Palmas* ove egli stabilì, secondo una formula poi ampiamente impiegata in dottrina e giurisprudenza, che il diritto internazionale riconosce il continuo e pacifico esercizio di autorità su un territorio come valida modalità di acquisizione della sovranità sullo stesso⁹⁷.

Il requisito dell'esercizio pacifico di poteri *de facto* sovrani è stato in passato negato in dottrina, ovvero interpretato diversamente⁹⁸. Il fatto è che, prima che il divieto dell'uso della forza nella risoluzione delle controversie internazionali si affermasse quale regola di *jus cogens*, la sovranità su un territorio poteva essere legittimamente ottenuta attraverso un attacco armato⁹⁹. La successiva acquiescenza, per quanto imposta, era considerata suscettibile di conferire diritti di sovranità sul territorio conquistato. In questo modo, il meccanismo alla base della prescrizione acquisitiva risultava formalmente rispettato, anche se l'esercizio di poteri *de facto* sovrani sul territorio altrui non era pacifico e, di conseguenza, il silenzio dello Stato non era libero¹⁰⁰. In altri termini, la volontà dietro l'adozione dell'atto giuridico era viziata da violenza, ma quest'ultimo era comunque considerato valido¹⁰¹.

Il concetto di "protesta" nell'interruzione del decorso della prescrizione acquisitiva era inoltre differente e implicava, quanto meno dopo il passaggio di un certo periodo di tempo, una risposta più vigorosa di una protesta diplomatica. VERYKIOS sosteneva ad esempio che la funzione delle proteste diplomatiche di uno Stato a fronte dell'occupazione straniera era utile al fine di attirare l'attenzione della Comunità internazionale sulla questione, oltre che a rendere noto di non aver intenzione di rinunciare ai propri diritti sul territorio perduto¹⁰². Tuttavia, in difetto di una qualche azione concreta,

⁹⁷ «[P]ractice, as well as doctrine, recognizes – though under different legal formulae and with certain differences as to the conditions required – that the continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States) is as good as a title. [P]eaceful and continuous display is still one of the most important considerations in establishing boundaries between States», *Island of Palmas*, p. 839. La precisazione in parentesi serve a distinguere l'istituto della prescrizione acquisitiva da quello dell'occupazione che, come detto, interessa esclusivamente la *terra nullius*, cfr. *supra*, § 1.

⁹⁸ Cfr., *inter alia*, J. DE LOUVER, *op. cit.*, p. 342.

⁹⁹ D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, p. 346. Oggi il carattere imperativo del divieto dell'uso della forza implica che, anche qualora lo Stato invaso abbia poi genuinamente espresso acquiescenza, non potrà comunque verificarsi la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità su quel territorio. Così R. KOLB, *op. cit.*, p. 125. Cfr. anche *supra*, **Cap. I**, § 5.

¹⁰⁰ «[Acquisitive prescription] did operate in cases where the original act of taking possession was forcible, even if the subsequent possession was peaceful. For in such cases it could be held that there was the necessary subsequent acquiescence, and that, therefore, the purpose of the doctrine was not defeated», *ibid.*

¹⁰¹ L'acquiescenza produce effetti in quanto atto giuridico. L'esistenza di un vizio della volontà dietro il silenzio di uno Stato rende tuttavia qualsiasi atto giuridico, inclusa l'acquiescenza, invalido, cfr., *inter alia*, D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 291 e G. MORELLI, *op. cit.*, p. 284.

¹⁰² P. A. VERYKIOS, *op. cit.*, p. 341.

le reiterate proteste diplomatiche finivano per scadere in una condotta sterile, quasi «accademica» e non erano idonee a superare la presunzione che, nel frattempo, l'altro Stato, mediante l'effettivo e continuato esercizio di poteri *de facto* sovrani sul territorio, avesse acquisito un diritto di sovranità sullo stesso¹⁰³.

Nel diritto internazionale contemporaneo una mera protesta integra al contrario una reazione sufficiente per evitare che si produca la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità su un territorio¹⁰⁴. Il requisito in parola coincide dunque con l'acquiescenza prestata dallo Stato interessato¹⁰⁵.

3.3. L'acquiescenza dello Stato interessato

3.3.1. Complementarietà dei due elementi

Il secondo elemento (o *condicio sine qua non*) che compone la prescrizione acquisitiva è l'assenza di proteste dello Stato che subisce l'esercizio di poteri sovrani sul proprio territorio. I due elementi, anche se suscettibili di essere analizzati separatamente, sono interconnessi e operano congiuntamente. Come visto, molti dei requisiti perché la condotta di uno Stato possa integrare un esercizio di poteri *de facto* sovrani (l'effettività, la continuità, la pubblicità, l'esercizio pacifico di detti poteri) sono funzionali alla nascita della presunzione che il silenzio dello Stato interessato equivalga ad acquiescenza. Ed è proprio il consenso (o presunto tale) che sanziona una chiara violazione del diritto internazionale, convertendo l'occupazione di un territorio altrui in una modalità di trasferimento dei diritti di sovranità sullo stesso. In breve, ricalcando la struttura di un accordo tacito¹⁰⁶, la prescrizione acquisitiva necessita di due condotte convergenti per poter produrre i propri effetti: da un lato, una condotta attiva e specificamente caratterizzata, mediante la quale uno Stato reclama un territorio come proprio e, dall'altro, la condotta passiva di uno Stato che, evitando di reagire laddove sarebbe ragionevole aspettarsi un qualche tipo di reazione, convalida implicitamente le pretese altrui. Ciò è confermato dal fatto che la giurisprudenza ha più volte negato il verificarsi di una modifica dei confini tra gli Stati in causa qualora all'*effectivité* esercitata su un'area contesa corrispondessero le proteste dello Stato o

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Sulle caratteristiche che deve presentare una protesta per interrompere la prescrizione acquisitiva cfr. I. MACGIBBON, *Some Observations*, *op. cit.*, pp. 294 ss. e Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 155-170.

¹⁰⁵ «[T]he requirement of peacefulness is the invocation of acquiescence in disguise, for it indicates the lack of opposition to [...] an effective possession on the part of the State or the States purportedly affected by the display of authority over the disputed territory», Y. Z. BLUM, *ibid.*, p. 99. E cfr. I. MACGIBBON, *ibid.*, p. 306: «that other States do not acquiesce in the situation would deprive the situation of its peaceful character».

¹⁰⁶ Cfr. *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, par. 120.

degli Stati interessati¹⁰⁷.

Peraltro, non ogni silenzio produce acquiescenza e, dunque, perfeziona la prescrizione acquisitiva. In conformità al brocardo *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*, alcuni requisiti devono risultare soddisfatti perché l'inerzia di uno Stato possa interpretarsi alla stregua di un tacito consenso a cedere i propri diritti di sovranità su un territorio a un altro Stato. I requisiti in questione sono: la conoscenza dell'esercizio di poteri *de facto* sovrani stranieri sul proprio territorio e l'esistenza di un interesse ad agire (*loqui debuisset*), e l'effettiva capacità di protestare contro una simile situazione (*ac potuisset*).

3.3.2. Conoscenza della situazione e interesse ad agire: *loqui debuisset*

Il diritto internazionale non prevede alcun obbligo per gli Stati di protestare contro la violazione di una regola¹⁰⁸. L'adozione di proteste dinanzi alla condotta illecita di uno Stato è facoltativa e dipenderà dal grado di opportunità politica percepito dallo Stato che, deliberatamente, sceglie di rinunciare alla tutela di un proprio diritto. Ovviamente, l'assenza di proteste non è priva di conseguenze: come si vedrà, il silenzio della Comunità internazionale a fronte delle reiterate violazioni di una regola di diritto internazionale comporta ad esempio la trasformazione o la sostituzione di quest'ultima con una nuova regola il cui contenuto replica la condotta (in precedenza) illecita¹⁰⁹. Per quel che concerne la prescrizione acquisitiva, la mancanza di una reazione nei confronti dell'occupazione straniera di un proprio territorio può comportare il trasferimento a un altro Stato dei relativi diritti di sovranità.

Tuttavia, è evidente che, per decidere se protestare o meno, lo Stato dovrà prima essere a conoscenza della violazione: senza conoscenza non c'è acquiescenza e senza acquiescenza non può esserci prescrizione acquisitiva. Uno dei requisiti fondamentali è quindi che il silenzio sia consapevole, vale a dire che lo Stato possa ragionevolmente considerarsi conscio degli effetti che lo stesso è in grado di produrre¹¹⁰. Si rendono qui necessarie un paio di precisazioni.

La prima concerne la distinzione tra conoscenza della violazione e motivazione dietro all'assenza di proteste. In generale, non sussiste un rapporto giuridicamente rilevante tra questi due elementi. Ciò significa che la conoscenza dell'esercizio di poteri *de facto* sul proprio territorio è sufficiente per

¹⁰⁷ *Inter alia*, *Frontier Dispute, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 554 [*Frontier Dispute*], par. 63 e *Land and Maritime Boundary*, par. 68-70.

¹⁰⁸ S. KOPELA, *op. cit.*, p. 105; A. MARIE, *op. cit.*, p. 412.

¹⁰⁹ Cfr. *infra*, **Cap. III**, §§ 1 ss.

¹¹⁰ Per un approfondimento sulle relazioni tra conoscenza, volontà e acquiescenza cfr. A. MARIE, *op. cit.*, pp. 421 ss.

creare la presunzione che il silenzio dello Stato che subisce l'occupazione equivalga a un tacito consenso. La reale motivazione che spinge lo Stato ad astenersi dal sollevare un qualche tipo di obiezione è irrilevante¹¹¹. Senza dubbio, uno Stato può evitare di protestare contro la violazione di un proprio diritto perché concorda con le istanze dello Stato che commette l'illecito. Uno Stato potrebbe ad esempio reputare di non vantare alcun titolo legittimo su un territorio conteso e, perciò, acconsentire alla silenziosa cessione dei propri diritti di sovranità a favore di un altro Stato. In alternativa, lo Stato potrebbe non reputare più conveniente esercitare la propria sovranità su quel territorio, magari perché eccessivamente onerosa da mantenere, ovvero perché priva di utilità. In questi casi il silenzio dello Stato può qualificarsi come consensuale, perché veicolato dall'intenzione di trasferire a un altro Stato i diritti di sovranità su un territorio. È però difficile che questa ipotesi si verifichi in concreto. L'assenza di proteste dipenderà, più verosimilmente, da una scelta politica, dettata da calcoli di natura contingente, quando non dal timore di opporsi alle rivendicazioni di un certo Stato o Potenza internazionale¹¹².

In *Minquiers and Ecrehos* ad esempio, la Francia sosteneva di non aver protestato dinanzi alla condotta del Regno Unito per non danneggiare le buone relazioni diplomatiche tra le parti¹¹³. Il Regno Unito ribatteva che l'argomentazione della Francia fosse priva di valore giuridico, anche perché suscettibile di essere invocata per giustificare qualunque condotta passiva¹¹⁴. La CIG rigettò implicitamente la posizione della Francia, assegnando la sovranità su alcune isole del Canale al Regno Unito.

Un caso interessante è *Temple of Preah Vihear*. Qui la CIG accertò la prescrizione acquisitiva del Tempio di Preah Vihear, situato al confine tra Thailandia e Cambogia, a favore di quest'ultima¹¹⁵. A tal fine, la CIG richiamava un paio di episodi: il primo era rappresentato dalla trasmissione dalla Francia (allora Potenza coloniale in Cambogia) al Siam (l'antica denominazione della Thailandia) di una mappa redatta nel 1907 da una commissione mista per fissare il confine tra i due Paesi. La mappa

¹¹¹ «La concezione dell'acquiescenza come fenomeno pienamente equivalente, ma non più che equivalente, negli effetti a consenso comporta che, se acquiescenza si è avuta, non valga poi a privarla di efficacia la dimostrazione che essa fu dovuta a questa o quella particolare ragione», G. SPERDUTI, *op. cit.*, p. 8.

¹¹² Alcuni autori hanno invocato l'esistenza di un caso peculiare in cui una parte sostiene di non aver protestato contro una certa situazione perché reputava di dover lasciare la "questione aperta" al fine di raggiungere un accordo stragiudiziale (Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 171). L'assenza di proteste sarebbe dovuta a un *modus vivendi* mantenuto da una parte al fine di agevolare la risoluzione diplomatica della controversia, cfr. *Anglo-Norwegian Fisheries*, J. E. READ, *Dissenting Opinion*, p. 203). Questa ipotesi non pare convincente. L'esistenza di uno scambio diplomatico diretto a risolvere una controversia sulla sovranità di un territorio esclude di per sé che lo Stato interessato abbia prestato acquiescenza. E cfr. G. SPERDUTI, *ibid.*

¹¹³ In S. KOPELA, *op. cit.*, p. 123.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Temple of Preah Vihear*, p. 33.

mostrava il Tempio di Preah Vihear e un'ampia zona circostante ricadere nel territorio della Cambogia. Il Siam non sollevò alcuna obiezione al riguardo¹¹⁶. Il secondo si riferiva alla visita al Tempio di Preah Vihear compiuta nel 1930 dal principe Damrong in qualità di Presidente dell'Istituto reale del Siam. Giunto al Tempio di Preah Vihear, il principe Damrong venne ricevuto dalle autorità francesi, le quali agivano *in loco* a titolo sovrano. Ancora una volta, il Siam non si oppose all'occupazione del Tempio di Preah Vihear da parte della Francia¹¹⁷. Orbene, la Thailandia sottolineava che, in entrambe le occasioni, l'assenza di proteste fosse dovuta, *inter alia*, allo squilibrio di forza tra i due Stati e al timore che contestare la presenza delle autorità francesi presso il Tempio di Preah Vihear avrebbe potuto convertirsi in un pretesto per la Francia per arrivare allo scontro ed estendere ulteriormente i propri possedimenti in Indocina¹¹⁸.

La CIG non affrontava questo aspetto della controversia ma, riconoscendo la validità delle istanze della Cambogia, sembra escludere che motivazioni di natura politica collegate all'epoca della colonizzazione possano influire sugli effetti dell'acquiescenza nel trasferimento di diritti di sovranità su un territorio. Alcuni giudici e diversi autori hanno peraltro criticato la decisione della CIG, osservando come il silenzio del Siam nei confronti di quelle che sono state bollate come vere e proprie provocazioni fosse comprensibile e, dunque, scusabile¹¹⁹. La CIG ha comunque ribadito il proprio approccio nella giurisprudenza successiva¹²⁰.

L'irrelevanza della motivazione dietro all'inerzia di uno Stato a fronte dell'esercizio di poteri *de*

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 22-23. In un noto passaggio, la CIG affermò che: «it is clear that the circumstances were such as called for some reaction, within a reasonable period, on the part of the Siamese authorities, if they wished to disagree with the map or had any serious question to raise in regard to it. They did not do so, either then or for many years, and thereby must be held to have acquiesced. *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*», *ibid.*, p. 23.

¹¹⁷ La CIG osservò che: «looking at the incident as a whole, it appears to have amounted to a tacit recognition by Siam of the sovereignty of Cambodia (under French Protectorate) over Preah Vihear, through a failure to react in any way, on an occasion that called for a reaction in order to affirm or preserve title in the face of an obvious rival claim», *ibid.*, p. 31.

¹¹⁸ La posizione della Thailandia è analizzata dal giudice V. K. WELLINGTON KOO, *ibid.*, *Dissenting Opinion*, par. 33 ss.

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 34: «in view of the history of the relations between Siam and French Indo-China at the time and earlier during the preceding decades, th[is] explanation seems natural and reasonable. It was a situation not peculiar to Siam [but] the common experience of most Asiatic States in their intercourse with the Occidental Powers during this period of colonial expansion»; *ibid.*, P. SPENDER, *Dissenting Opinion*, pp. 128-129: «it would not, I think, be just to apply to the conduct of Siam in this period objective standards comparable to those which reasonably might today be or might then have been applied to highly developed European States. [...] There can be little doubt that, at least in the early part of this century, Siam was apprehensive about the aspirations of France. [...] This apprehension on the part of Siam, as to France's attitude towards her is a factor which cannot be disregarded in evaluating Siam's conduct-her silence, her lack of protest, if protest might otherwise have been expected of her». E cfr. G. M. KELLY, *The Temple Case in Historical Perspective*, 39 *British Y.B. Int'l L.*, 462, 472 (1963), p. 467; Ph. CHAN, *Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited*, 3 *Chinese J. Int'l L.*, 421, 440 (2004), pp. 431-432 e S. KOPELA, *op. cit.*, p. 125.

¹²⁰ In *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh* ad esempio, la CIG ignorava il rilievo della Malesia in base al quale la propria condotta passiva era giustificata dal fatto che, fino al 1952, il Regno Unito era la Potenza coloniale a Singapore. Alcuni giudici hanno nuovamente criticato l'approccio della CIG, cfr. *ibid.*, R. RANJEVA, *Declaration*, par. 5: «it is surreal to speak of the international transfer of title by acquiescence when, according to the rules and practice of the colonial Powers, it was the exercising of colonial territorial title. [...] In the specific circumstances of the case, Johor could not be blamed for its silence, even if it is established that proof of the acceptance of the cession of the island exists» e M. BENNOUNA, *Declaration*, par. 14-15.

facto sovrani sul proprio territorio include inoltre l'errore quale vizio della volontà, sia di fatto che di diritto. Con "errore di fatto" si intende una falsa rappresentazione della realtà che incide sull'adozione di una condotta suscettibile di produrre effetti giuridici. Adducendo l'esistenza di un errore di fatto, uno Stato potrebbe cercare di giustificare il proprio silenzio¹²¹. In *Temple of Preah Vihear*, la Thailandia lamentava di non aver risposto alla trasmissione della mappa del 1907 per aver erroneamente creduto che la stessa fissasse il confine con la Cambogia lungo una linea differente da quella tracciata, collocando il Tempio di Preah Vihear nella parte thailandese¹²². La CIG non negò in assoluto la possibilità che un errore possa viziare il consenso di uno Stato ma, data la chiarezza della mappa, stabilì che l'errore della Thailandia dovesse imputarsi alla mera negligenza di quest'ultima e, pertanto, che non potesse essere tenuto in conto nella risoluzione della controversia¹²³.

Con "errore di diritto" si intende invece una falsa rappresentazione circa gli effetti giuridici di un fatto percepito correttamente. Si tratta di una motivazione impiegata di frequente da quegli Stati che, all'apparenza, hanno prestato acquiescenza all'esercizio di poteri *de facto* sovrani stranieri su un proprio territorio. Un ragionamento ricorrente per spiegare l'assenza di proteste in un simile contesto è precisamente quello di aver giudicato la condotta dell'altro Stato non idonea a supportare un'istanza di prescrizione acquisitiva¹²⁴. Nondimeno, l'accertamento giudiziale del trasferimento di diritti di sovranità su un territorio non può prescindere da una valutazione oggettiva della condotta che innesca il meccanismo della prescrizione acquisitiva. Ciò significa che l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio altrui potrà produrre prescrizione acquisitiva se (e solo se) determinati requisiti siano soddisfatti. L'esistenza di un errore di diritto, anche quando compiuto in buona fede, non avrà al contrario alcun tipo di conseguenza¹²⁵.

La seconda precisazione concerne il concetto di conoscenza quale conoscibilità. Il requisito della

¹²¹ In quanto vizio della volontà che rende invalido un atto giuridico, cfr., *inter alia*, G. MORELLI, *op. cit.*, p. 283.

¹²² *Temple of Preah Vihear*, p. 25.

¹²³ «It is an established rule of law that the plea of error cannot be allowed as an element vitiating consent if the party advancing it contributed by its own conduct to the error, or could have avoided it, or if the circumstances were such as to put that party on notice of a possible error», *ibid.*, p. 26. E cfr. *Case concerning the location of boundary markers between Egypt and Israel*, 29 settembre 1988, UNRIAA, Vol. XX, p. 1, par. 235: «the principle of the stability of boundaries [...] requires that boundary markers, long accepted as such by the States concerned, should be respected and not open to challenge indefinitely on the basis of error». Appare comunque arduo immaginare una situazione in cui un errore di fatto possa legittimare il silenzio di uno Stato a fronte di una violazione dei propri diritti di sovranità, cfr. *Legal Status of Eastern Greenland*, D. ANZILOTTI, *Dissenting Opinion*, p. 92: «if a mistake is pleaded it must be of an excusable character and one can scarcely believe that a government could be ignorant of the legitimate consequences following upon an extension of territory». *Contra*, *Temple of Preah Vihear*, L. M. QUINTANA, *Dissenting Opinion*, p. 71: «it is possible to recognize expressly or tacitly a given *de jure* or *de facto* situation, but not a situation vitiated by a technical error». Cfr. anche A. MARIE, *op. cit.*, pp. 442-443.

¹²⁴ Cfr., *inter alia*, *Eritrea c. Yemen*, par. 308; *Ligitan Pulau/Ligitan Sipadan*, p. 148 e *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, parr. 233-234. Per dirla con A. MARIE, lo Stato invoca qui un "errore sul valore" giuridico della condotta (*erreur sur la valeur*), *op. cit.*, pp. 446-448.

¹²⁵ S. KOPELA, *op. cit.*, p. 111. E cfr. A. MARIE, *ibid.*, p. 440: «[l']excuse de l'erreur de droit n'est pas recevable et n'est jamais légitime dans le mesure où la connaissance du droit est toujours présumée de manière irréfragable».

conoscenza interessa la dimensione soggettiva dello Stato e, come tale, non può essere dimostrato direttamente, ma soltanto presunto tramite un'analisi delle circostanze del caso. La dottrina suole parlare di "conoscenza costruttiva" (*constructive knowledge*) proprio per definire quell'operazione di inferenza dello stato soggettivo di uno Stato volta a rilevare il prodursi degli effetti dell'acquiescenza¹²⁶. In generale, l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su una porzione di territorio sarà ritenuto conoscibile (e dunque, salvo prova contraria, anche conosciuto) quando soddisfi il requisito della pubblicità¹²⁷. Si può qui aggiungere che la giurisprudenza internazionale ha esplicitamente respinto l'idea che il prodursi della prescrizione acquisitiva sia subordinato all'avvenuta notifica dell'adozione di una condotta attiva allo Stato che subisce senza protestare l'occupazione del proprio territorio o qualunque altra violazione dei propri diritti di sovranità¹²⁸.

Infine, una menzione al cosiddetto "interesse ad agire". Nella formazione di un qualsiasi titolo storico non ogni silenzio assume importanza, ma solo quello mantenuto da uno o più Stati che hanno un interesse ad agire o, più propriamente, "a reagire". Spesso la sussistenza di questo elemento viene individuata sulla base della posizione geografica e di quell'insieme di interessi correlati (politici, economici, ecc.) che entrano in gioco quando si verifica l'insorgere o il trasferimento dei diritti di sovranità su un territorio. In altre parole: l'assenza di proteste porterà alla cristallizzazione di un titolo storico purché imputabile a uno Stato che, in considerazione dei propri interessi, avrebbe dovuto reagire dinanzi a una condotta altrui (*loqui debuisse*) ma che, per vari motivi, ha preferito prestare acquiescenza. Come si vedrà, il requisito dell'interesse ad agire può risultare complesso da accertare in relazione alla nascita di un titolo storico la cui legittimità si fonda su una regola di diritto consuetudinario¹²⁹. Nella produzione di prescrizione acquisitiva esso non pone tuttavia particolari problemi. Infatti, è chiaro che lo Stato che ha un interesse ad agire è quello che subisce l'esercizio di poteri *de facto* sovrani sul proprio territorio. L'accertamento dell'esistenza del requisito dell'interesse ad agire sarà quindi superflua o, se si vuole, implicita nel destinatario della violazione dei diritti di sovranità.

¹²⁶ «[M]ore often than not, it is virtually impossible to prove a State's actual knowledge of a given territorial situation. Consequently, international law has to satisfy itself by resorting to the concept of constructive knowledge, thus substituting an inference based on the conduct of States and the general circumstances surrounding a situation for an express proof of actual knowledge», Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 144. Cfr. anche S. KOPELA, *op. cit.*, p. 115.

¹²⁷ Cfr. *supra*, § 3.2.1.

¹²⁸ Cfr., *inter alia*, *Clipperton Island*, p. 1110; *Island of Palmas*, p. 868; *Gulf of Maine*, par. 131; *Pulau Ligitan/Pulau Sipadan*, pp. 649-650; *Land and Maritime Boundary*, par. 62, 282-283. E cfr. l'approfondita analisi in I. MACGIBBON, *Some Observations*, *op. cit.*, pp. 295-297; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 138-144 e A. MARIE, *op. cit.*, pp. 453 ss.

¹²⁹ Sul punto cfr. *infra*, **Cap. III**, §§ 1.6 e 1.7.

3.3.3. Capacità di protestare: *ac potuisset*

Oltre che essere cosciente dell'esercizio di poteri *de facto* sovrani sul proprio territorio, uno Stato dovrà trovarsi nelle condizioni materiali per poter protestare affinché il proprio silenzio si converta in acquiescenza e sanzioni il trasferimento dei relativi diritti di sovranità in capo a un altro Stato¹³⁰.

Il requisito della capacità di protestare è strettamente correlato a quello dell'esercizio "pacifico" di poteri *de facto* sovrani: proprio perché, per potersi definire come tale, l'acquiescenza traduce una condotta intenzionale (vale a dire un atto giuridico), il silenzio mantenuto da uno Stato a fronte di una violazione dei propri diritti deve essere volontario e, dunque, "libero" da interferenze. L'assenza di proteste non sarà quindi suscettibile di integrare acquiescenza quando ottenuta mediante frode, corrompendo un organo dello Stato o estorta con la forza¹³¹. Si tratta peraltro di ipotesi che difficilmente possono verificarsi in pratica e che pare improbabile che uno Stato possa invocare in giudizio con successo per giustificare l'adozione di una condotta passiva dinanzi all'esercizio di poteri *de facto* sovrani sul proprio territorio. Infatti, qualora l'esercizio dell'autorità statale si sia svolto in maniera pacifica, si presume che lo Stato interessato godesse della capacità di protestare, interrompendo così la prescrizione acquisitiva dei propri diritti di sovranità. A ciò si aggiunge il fatto che, come visto, il timore delle conseguenze provocate da una protesta contro la condotta illecita adottata da una Potenza internazionale non assume rilievo al fine di accertare gli effetti giuridici dell'avvenuta acquiescenza. In altre parole, sarebbe necessario dimostrare una coercizione reale e immediata, non una potenziale minaccia¹³².

Non sorprenderà allora se nella giurisprudenza internazionale non si rinvencono precedenti in cui la costrizione della volontà di uno Stato sia stata impiegata quale argomento per motivare l'assenza di proteste nei confronti dell'esercizio di poteri *de facto* sovrani sul proprio territorio. In *Frontier Dispute* la CIG escluse di poter prendere in considerazione l'assenza di proteste del Governatore del Sudan francese (l'attuale Mali) a seguito del ricevimento, da parte del Governatore dell'Africa occidentale francese, di una mappa con la quale venivano fissati i confini amministrativi tra il Sudan

¹³⁰ S. KOPELA, *op. cit.*, p. 120.

¹³¹ *Ibid.*, p. 121. E cfr. I. MACGIBBON, *The Scope, op. cit.*, p. 171. Ciò è coerente con l'idea che l'acquiescenza costituisca un atto giuridico. Le ipotesi elencate ricadono infatti nei vizi della volontà che rendono invalido qualsiasi atto giuridico, cfr. D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 291 e G. MORELLI, *op. cit.*, p. 284.

¹³² S. KOPELA, *ibid.*, p. 122; A. MARIE, *op. cit.*, p. 618: «les juridictions excluent que des contraintes autres que la contrainte armée puissant « vicier le consentement » d'un État (*i.e.* empêcher la pertinence d'une réaction silencieuse)». E cfr. *supra*, § 3.3.2. In altri termini, la violenza morale non costituisce un vizio della volontà dell'acquiescenza quale atto giuridico. Quest'ultimo sarà quindi valido anche se adottato sotto pressione o minaccia di uno Stato. A maggior ragione, l'acquiescenza produrrà effetti in presenza di una mera riserva mentale dovuta, ad esempio, al timore della reazione altrui. La riserva mentale non integra infatti un vizio della volontà, cfr. *supra*, Cap. I, § 2, nota 23.

francese e l'Alto Volta (l'attuale Burkina Faso)¹³³. Il Governatore del Sudan francese stava rispondendo a un proprio superiore militare e, anche volendo, non avrebbe potuto porre in discussione il contenuto della mappa¹³⁴. Per quanto la CIG richiami espressamente il vincolo tra libera volontà e acquiescenza¹³⁵, l'assenza di proteste del Governatore del Sudan veniva esaminata in qualità di condotta di un individuo e non di un organo dello Stato e per di più in un contesto peculiare in cui le parti in giudizio erano allora semplici dipartimenti amministrativi sottoposti alla sovranità di un'unica Potenza coloniale.

Un caso degno di nota è *Eritrea c. Yemen*. L'Eritrea sosteneva che l'Etiopia (che fino al 1991 comprendeva l'Eritrea) non si fosse opposta all'attività di estrazione petrolifera realizzata dallo Yemen nei pressi di alcune isole situate nel Mar Rosso perché all'epoca dilaniata da una violenta guerra civile e, pertanto, non in grado di concentrare tempo e risorse per affrontare quella che veniva percepita come una questione di importanza secondaria¹³⁶. Il tribunale arbitrale accolse l'istanza dell'Eritrea, evidenziando che equiparare ad acquiescenza il silenzio mantenuto dall'Etiopia in simili circostanze avrebbe costituito una soluzione del tutto irragionevole¹³⁷.

3.4. Condizioni ancillari

3.4.1. Il passaggio del tempo

Insieme alle due condizioni *sine qua non*, la dottrina è solita trattare due elementi la cui sussistenza è ancillare, ma può assumere una certa importanza agli effetti della prescrizione acquisitiva. Il primo è costituito dal passaggio di un periodo di tempo "significativo" nell'adozione della condotta, tanto attiva quanto passiva. La quantificazione del periodo in questione è virgolettata per segnalare che, alla stregua degli ordinamenti di *common law*, l'ordinamento internazionale non prevede un limite temporale fisso, scaduto il quale il silenzio di uno Stato sanziona formalmente l'esercizio di poteri *de facto* sovrani sul proprio territorio¹³⁸. Al contrario, una valutazione del tempo necessario perché si

¹³³ *Frontier Dispute*, par. 80.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ «[I]t is difficult to see how the idea of acquiescence, which presupposes freedom of will, can arise», *ibid.*

¹³⁶ *Eritrea c. Yemen*, par. 415.

¹³⁷ «Ethiopia was then locked in its final struggle with the Eritrean liberation movement, the Mengistu regime was close to collapse, and to suggest that Eritrea today should be taxed with Ethiopia's failure during that period to find and protest the terms of the agreement may be unreasonable», *ibid.* L'Eritrea aggiungeva che: «knowing it would soon lose its entire coastline to the soon-to-be independent Eritrea, Ethiopia would have had no reason to protest Yemeni concessions», *ibid.*, par. 70.

¹³⁸ Cfr. *supra*, § 2.

verifichi la prescrizione acquisitiva non può prescindere da un'analisi del caso concreto che coinvolga, ad esempio, la collocazione geografica del territorio, l'effettività dell'esercizio di poteri sovrani, l'esistenza di investimenti ivi realizzati, la buona fede delle parti e l'intensità del silenzio mantenuto dallo Stato interessato¹³⁹.

L'elemento del passaggio del tempo non gode dunque di autonomia concettuale, ma risulta implicito nelle caratteristiche degli elementi che compongono l'istituto della prescrizione acquisitiva¹⁴⁰. Così, si è visto come l'esercizio di poteri *de facto* sovrani deve essere "continuato", vale a dire dispiegato con regolarità, per condurre alla prescrizione acquisitiva di un territorio¹⁴¹. Analogamente, l'elemento dell'acquiescenza racchiude in sé l'idea che l'assenza di proteste debba prolungarsi a sufficienza per riflettere l'esistenza di un tacito consenso¹⁴². E tuttavia, laddove lo Stato che ha subito l'esercizio di poteri *de facto* sovrani sia in grado di provare di non essere stato a conoscenza dello stesso, ovvero di non aver potuto reagire per un valido motivo, la lunghezza del periodo di tempo fino a quel momento trascorso sarà irrilevante. In questo senso, il mero passaggio del tempo non integra, *di per sé*, un fattore suscettibile di influire sulla legittimità di un titolo storico acquisito sulla base del meccanismo della prescrizione¹⁴³.

Nondimeno, il passaggio del tempo si traduce normalmente in un elemento di grande valore probatorio nell'accertamento della prescrizione acquisitiva. Esso rafforza infatti la presunzione che l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio altrui sia avvenuto *à titre de souverain* e che lo Stato che si sarebbe dovuto opporre alla violazione dei propri diritti di sovranità abbia invece prestato acquiescenza¹⁴⁴. Se il periodo di tempo trascorso è particolarmente lungo, tale presunzione può, in pratica, diventare irreversibile¹⁴⁵. Più che concorrere all'insorgere della prescrizione acquisitiva, il passag-

¹³⁹ Già P. FAUCHILLE, *op. cit.*, p. 762: «l'opinion dominant est qu'en l'absence de loi positive il est impossible de fixer un délai: celui-ci doit varier dans chaque cas, avec les circonstances, c'est-à-dire selon la plus ou moins grande importance ou l'éloignement plus ou moins grand du territoire possédé, d'après la manière dont les actes de possession ont été pratiqués, suivant la position dans laquelle se trouvent les parties intéressées». E cfr. R. KOLB, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁰ P. A. VERYKIOS, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴¹ Cfr. *supra*, § 3.2.1.

¹⁴² Cfr. *supra*, § 1.

¹⁴³ «[W]hat is usually referred to as the "historic element" or "time factor" in the establishment of an historic title is no more than the sum total of all those considerations which form the components of an historic claim and its contributory factors, all of which would in themselves be rather meaningless if they were not sanctioned by the efflux of time», Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 188. E cfr. R. KOLB, *op. cit.*, p. 126: «prescription in international law is not a matter of time, but a matter of acquiescence and legitimate expectations in the stability of things consolidated over time. Time is inherent in this consolidation; but it does not appear as a separate and tangible legal requirement».

¹⁴⁴ «[T]he role and primary function of the time factor in the formation of an exception territorial title in international law is to raise a presumption of acceptance of the new and exception situation on the part of the affected States», Y. Z. BLUM, *ibid.* A questo proposito A. MARIE parla di «densité du temps», *op. cit.*, p. 602.

¹⁴⁵ S. KOPELA, *op. cit.*, p. 126. Così, in *Land, Island and Maritime Dispute*, la CIG osservò che, dopo oltre un secolo di esercizio di poteri *de facto* sovrani da parte di El Salvador su alcune isole situate nel Golfo di Fonseca, l'Honduras non potesse più porre in discussione la naturale presunzione di aver rinunciato a qualunque diritto di sovranità sulle stesse,

gio di un lungo periodo di tempo *consolida* quindi l'idea che gli effetti di quest'ultima si siano realmente materializzati. Non a caso, il passaggio di un lungo periodo di tempo tra l'adozione della condotta attiva e l'interruzione della condotta passiva rappresenta una circostanza immancabilmente invocata in giudizio per supportare un'istanza di acquisizione dei diritti di sovranità su un territorio conteso¹⁴⁶.

In breve: l'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio altrui e la corrispondente assenza di proteste, per poter soddisfare le due condizioni *sine qua non* della prescrizione acquisitiva, devono svilupparsi in una dimensione temporale che, per quanto non misurabile *a priori*, comporta il passaggio di un periodo più o meno lungo di tempo. Il passaggio del tempo, singolarmente considerato, non è un elemento che contribuisce alla formazione della prescrizione acquisitiva ma può essere impiegato, tanto dalle parti quanto dal giudice, per sostenere che la legittimità di un determinato titolo storico si è ormai consolidata¹⁴⁷. Esso, pertanto, non rileva ai fini del trasferimento dei diritti di sovranità da uno Stato in capo a un altro, ma dimostra o conferma la presunzione che detto trasferimento si sia effettivamente prodotto.

3.4.2. La buona fede

Il secondo elemento ancillare alle due condizioni *sine qua non* della prescrizione acquisitiva è la buona fede dello Stato che esercita poteri *de facto* sovrani su un territorio altrui. Ciò significa che, perché si produca il trasferimento dei diritti di sovranità, non è necessario che lo Stato reputi di stare adottando una condotta legittima¹⁴⁸. La prescrizione acquisitiva si produce anche qualora esso fosse

«this protest of Honduras, coming after a long history of acts of sovereignty by El Salvador in Meanguera, was made too late to affect the presumption of acquiescence on the part of Honduras. The conduct of Honduras vis-à-vis earlier *effectivités* reveals an admission, recognition, acquiescence or other form of tacit consent to the situation», par. 364.

¹⁴⁶ «[T]he time factor is, in itself, completely irrelevant from the legal point of view and neither creates nor determines any substantive legal rights. It is as the same time of immense evidentiary value, making up for the lack of evidence of recognition by the affected States of the practice in question. It is the time element which most forcefully raises the presumption of acquiescence, to be inferred from an alleged exercise of authority by the claimant State, in the face of which the adversely affected State refrained from formulating the objection which would have been reasonably expected from it, had it wished to signify its disapproval of the new practice», Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 191.

¹⁴⁷ D. H. JOHNSON, *Consolidation*, *op. cit.*, pp. 224-225.

¹⁴⁸ Come osservato da W. E. HALL, «it must be frankly recognized that internationally [acquisitive prescription] is allowed for the sake of interests which have [...] been looked upon as supreme, to lend itself as a sanction for wrong, when wrong has shown itself strong enough not only to triumph for a moment, but to establish itself permanently and solidly», *op. cit.*, pp. 143-144. E cfr. P. A. VERYKIOS, *op. cit.*, pp. 74-75; D. H. JOHNSON, *Acquisitive Prescription*, *op. cit.*, p. 337-338; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 19-20; R. KOLB, *op. cit.*, p. 127. Non v'è contraddizione tra escludere la necessità della buona fede e richiedere quale requisito obbligatorio l'*animus occupandi* dello Stato che esercita poteri *de facto* sovrani su un territorio altrui. I due stati soggettivi sono infatti diversi. Il primo presuppone che lo Stato fosse convinto di esercitare poteri sovrani sul proprio territorio e, dunque, di non violare il diritto internazionale. Il secondo implica solo che lo Stato agisca come se esso fosse il legittimo titolare dei diritti di sovranità su una porzione di territorio. È chiaro che uno Stato può manifestare un *animus occupandi* anche in assenza di buona fede o, in altre parole, amministrare un territorio come se fosse il proprio,

consapevole di porre in essere una violazione di diritto internazionale. In questo caso, l'assenza di buona fede dello Stato che esercita poteri *de facto* sovrani sul territorio di un altro Stato risulta compensata dall'assenza di proteste da parte di quest'ultimo¹⁴⁹. La giurisprudenza conferma, seppur indirettamente, questo assunto. Infatti, l'elemento della buona fede non viene tenuto in conto dal giudice internazionale nell'applicazione della prescrizione acquisitiva¹⁵⁰. In sostanza, poiché la buona fede dello Stato che esercita poteri *de facto* sovrani sul territorio altrui è un elemento che in giurisprudenza non viene discusso o accertato ne deriva, *a contrario*, che esso non è necessario al fine di applicare l'istituto della prescrizione acquisitiva.

Nondimeno, la presenza della buona fede non è del tutto irrilevante ai fini dell'applicazione della prescrizione acquisitiva. Essa può ad esempio influire sulla quantità di tempo sufficiente per consolidare la validità di un titolo storico¹⁵¹, ovvero scongiurare l'insorgere di obbligazioni relative al risarcimento dei danni causati dall'illecita occupazione del territorio di un altro Stato¹⁵². L'elemento della buona fede può inoltre giocare un ruolo di grande importanza nell'attribuzione dei diritti di sovranità su un territorio quale considerazione equitativa, specie quando il giudice viene chiamato a risolvere la controversia *ex aequo et bono*¹⁵³. In *Honduras Borders* ad esempio, il tribunale arbitrale sottolineò che all'esercizio in buona fede di poteri *de facto* sovrani su un territorio conteso corrispondesse, secondo equità e giustizia, una sorta di prelazione (*priority*) nell'assegnazione dei diritti di sovranità sullo stesso¹⁵⁴.

4. Considerazioni conclusive

Il Capitolo II analizza l'istituto della prescrizione acquisitiva. Esso costituisce una delle tradizionali manifestazioni dell'acquiescenza e comporta il trasferimento dei diritti di sovranità su un territorio

pur sapendo che in realtà appartiene a un altro Stato.

¹⁴⁹ R. KOLB, *ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Cfr. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16 [*Continued Presence of South Africa in Namibia*], F. DE CASTRO, *Separate Opinion*, p. 218: «the presence of South Africa is somewhat in the nature of usurpation and an occupation *mala fide*. [...] The Government of South Africa, as a possessor in bad faith, is responsible to the people of Namibia for the restitution of property, assets and the fruits thereof».

¹⁵³ R. KOLB, *op. cit.*, p. 127.

¹⁵⁴ «In view of the nature of the territory, long uninhabited and unknown, and of the lack of authoritative delimitation, it was natural that there should have been conflicting conceptions of the extent of jurisdiction and that each Party should believe that it was entitled to advance into the unoccupied zone as its interests seemed to require. Such advances in good faith, followed by occupation and development, unquestionably created equities which enterprises subsequently undertaken would be bound to consider. When it appears that the two Parties, seeking to extend their area of possession, have come into conflict, the question of priority of occupation necessarily arises. *Priority in settlement in good faith would appropriately establish priority of right*», *Honduras Borders*, p. 1359, corsivo aggiunto.

da uno Stato a un altro. In particolare, alla luce della dottrina e della giurisprudenza in precedenza illustrate, può sostenersi che si verifica prescrizione acquisitiva quando uno Stato esercita in maniera effettiva, continuata, pubblica e pacifica poteri *de facto* sovrani, sorretti da *animus occupandi*, su un territorio soggetto alla sovranità di un altro Stato e quest'ultimo, sebbene a conoscenza della situazione e libero di protestare, si astenga, per un periodo significativo di tempo, dal sollevare qualsiasi obiezione al riguardo.

Con questa definizione si intende dare risalto alla conformità dell'istituto al paradigma dell'azione-reazione. La prescrizione acquisitiva è infatti il risultato dell'interazione tra due elementi: da un lato una condotta attiva, vale a dire l'esercizio, specificamente caratterizzato, di poteri *de facto* sovrani sul territorio altrui; dall'altro, una condotta passiva, vale a dire il silenzio, consapevole e prolungato, dello Stato interessato. È esattamente quest'ultimo che, generando acquiescenza, sanziona il trasferimento dei diritti di sovranità. Vale la pena sottolineare che il motivo che spinge lo Stato a rimanere in silenzio, sia esso un accomodamento delle pretese altrui, mera indifferenza o il timore delle conseguenze causate da un'eventuale protesta, è del tutto irrilevante ai fini degli effetti giuridici della prescrizione acquisitiva¹⁵⁵. Sullo sfondo rimangono le condizioni ancillari del passaggio del tempo e della buona fede: il primo, implicito nell'esercizio "continuato" di poteri *de facto* sovrani, nonché nel concetto di acquiescenza, può, di per sé, assumere rilievo per dimostrare l'avvenuto consolidamento di un determinato titolo storico; il secondo è suscettibile di produrre effetti solo marginali.

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, § 3.3.2.

Capitolo III

L'acquiescenza e le fonti del diritto internazionale

SOMMARIO: 1. L'acquiescenza e il diritto consuetudinario. – 1.1. La formazione del diritto consuetudinario generale. – 1.2. Il silenzio quale elemento oggettivo. – 1.3. Il silenzio quale elemento soggettivo. – 1.4. Il problema della natura della *opinio juris*. – 1.5. MACGIBBON: diritto, obblighi e acquiescenza. – 1.6. Il diritto consuetudinario particolare. – 1.7. L'obbiettore persistente. – 1.8. La desuetudine. – 2. L'acquiescenza e il diritto dei trattati. – 2.1. L'acquiescenza e la formazione dei trattati. – 2.2. L'acquiescenza e le riserve. – 2.3. L'acquiescenza e l'interpretazione dei trattati. – 2.4. L'acquiescenza e la modifica dei trattati. – 2.5. L'acquiescenza e l'invalidità dei trattati. – 2.6. L'acquiescenza e l'estinzione dei trattati. – 3. Considerazioni conclusive.

1. L'acquiescenza e il diritto consuetudinario

1.1. La formazione del diritto consuetudinario generale

La consuetudine è la fonte più antica di diritto internazionale e, fino agli inizi del XX secolo, anche la principale¹. Essa ha, tendenzialmente², valore generale ed è costituita da due elementi: la prassi, o *diuturnitas*, cioè una condotta diffusa e ripetuta nel tempo (elemento oggettivo) e la *opinio juris (sive necessitatis)*, vale a dire la convinzione degli Stati che tale condotta sia o debba essere giuridicamente vincolante (elemento soggettivo)³. L'Art. 38(1)(b) dello Statuto della CIG riconosce questa distinzione e, tra le fonti del diritto internazionale, elenca la consuetudine quale «pratica generale accettata come diritto»⁴.

La formazione del diritto consuetudinario si caratterizza per l'interazione tra l'elemento oggettivo e l'elemento soggettivo, in un processo concettualmente complesso che diversi autori non hanno esitato a definire «misterioso»⁵. La dottrina ha versato fiumi di inchiostro nel tentativo di fornire una descrizione precisa del meccanismo di formazione delle consuetudini, con risultati spesso differenti,

¹ A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 6^a ed., Padova, CEDAM, 2019, p. 65.

² Cfr. *infra*, **Cap. III**, § 1.1.

³ A. TANZI, *op. cit.*, pp. 68 ss. L'elemento soggettivo ricomprende non solo un consenso *stricto sensu*, ma «[all the] different attitudes of states to their own behaviour as well as to behaviour of other states in the light of their understanding of what international law is or what it ought to be», R. MÜLLERSON, *The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law*, in K. WELLENS (ed.), *op. cit.*, pp. 164.

⁴ Vale la pena ricordare che l'Art. 38(1) dello Statuto della CIG elenca le fonti formali dell'ordinamento internazionale, vale a dire quelle regole secondarie che disciplinano la creazione, il ricambio e l'estinzione delle regole primarie di diritto internazionale. Esse sono i trattati (a), la consuetudine (b) e i principi generali del diritto (c). Cfr. A. TANZI, *op. cit.*, p. 65.

⁵ T. TREVES, *Customary International Law*, in MPEPIL, 2006, par. 4.

quando non contrapposti. Un approccio di grande interesse è quello teorizzato dai giuristi americani Myres MCDUGAL e Harold LASSWELL, considerati i fondatori della Scuola di New Haven⁶. MCDUGAL ha in particolare evidenziato come il processo di formazione del diritto consuetudinario replichi il già menzionato paradigma dell'azione-reazione (*claim-response*)⁷. In sostanza, le regole di diritto consuetudinario prendono forma, si rafforzano o si trasformano sulla base del rapporto tra le condotte adottate dagli Stati⁸. Se, ad esempio, uno Stato viola una regola di diritto consuetudinario, realizza un'azione che ha delle conseguenze sulla validità di quella regola. Infatti, la violazione non solo sarà un primo elemento di prassi contraria all'esistenza della regola ma, salvo che lo Stato giustifichi la propria condotta in via d'eccezione, rifletterà anche una determinata *opinio juris* circa la legittimità della stessa. L'impatto effettivo dell'azione dello Stato dipenderà però dalla reazione degli altri Stati. Se uno, alcuni, molti o tutti condanneranno la violazione, gli effetti dell'azione dello Stato saranno neutralizzati e la validità della regola riaffermata. Se, al contrario, nessuno Stato si oppone alla violazione, ovvero altri appoggiano o imitano la stessa, l'azione avrà ripercussioni importanti sulla validità della regola: essa si convertirà nel nucleo di una nuova consuetudine *in fieri* che, qualora aggreghi intorno a sé un ammontare sufficiente di prassi e *opinio juris* conforme, sarà suscettibile di sostituire la regola violata. Nel processo di formazione di una consuetudine quindi, la condotta degli Stati, sia essa un'azione o una reazione, non è altro che l'affermazione o la negazione di un diritto o di un dovere di uno o altri Stati⁹. Non si tratterà necessariamente di un diritto o di un dovere già previsto da una regola, poiché l'interazione tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo può riguardare anche la formazione solo potenziale di una regola e, in questo senso, diritti e doveri *de lege*

⁶ Il *locus classicus* della Scuola di New Haven è considerato H. LASSWELL, M. MCDUGAL, *Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science and Policy*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1992. Cfr. anche le opere citate in M. REISMAN, S. WIESSNER, A. R. WILLARD, *The New Haven School: A Brief Introduction*, 32 *Yale J. Int'l L.*, 575, 582 (2007), p. 575, nota 2. Tra gli internazionalisti che hanno aderito a questa scuola di pensiero figurano Edwin Borchard, Oscar Schachter, Lady Rosalyn Higgins, Michael Reisman e, in Italia, Attila Tanzi.

⁷ M. MCDUGAL, N. A. SCHLEI, *The Hydrogen Bomb Test in Perspective: Lawful Measures for Security*, 64 *Yale J. Int'l L.*, 648, 710 (1955). Per un approfondimento cfr. R. MÜLLERSON, *op. cit.*, pp. 161 ss. Sul paradigma dell'azione-reazione cfr. *supra*, **Cap I**, § 1.

⁸ Con riferimento al diritto internazionale del mare, M. MCDUGAL notava che: «[it] is not a mere body of rules, but a whole decision-making process [...] of interaction in which [...] states unilaterally put forward claims of the most diverse and conflicting character, and in which other decision-makers [...] weigh and appraise these competing claims [...] and ultimately accept or reject them». Con la bella metafora di M. H. MENDELSON, «rather as pearls are produced by the irritant of a piece of grit entering an oyster's shell, so the interactions and mutual accommodations of States produce the pearl – so to speak – of customary law», *The Formation of Customary International Law*, 272 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1998, p. 190. Cfr. anche I. MACGIBBON, *Customary International Law and Acquiescence*, 33 *British Y.B. Int'l L.*, 115, 145 (1957), p. 118.

⁹ «When a State performs an act in relation to another State, it is either claiming a right (in a broad sense) or else it is denying or accepting (as the case may be) that some other State has a right», M. H. MENDELSON, *State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 374.

*ferenda*¹⁰.

L'azione o la reazione rilevanti al fine di mettere in moto la formazione, la trasformazione o l'abrogazione (cosiddetta *desuetudo*)¹¹ di una consuetudine possono consistere in un silenzio¹²: l'azione sarà un'omissione mentre la reazione, con buona probabilità, esprimerà tacita accettazione. Un esempio di omissione quale prassi è la mancata persecuzione di un agente diplomatico sospettato o accusato di aver commesso un crimine in uno Stato¹³. Come si vedrà¹⁴, alla stregua di un'azione positiva, una simile condotta assume rilievo sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo: l'inerzia dello Stato conterà infatti sia di per sé, come precedente, che come manifestazione del convincimento dello Stato che sia preferibile, in un'ottica di reciprocità, non perseguire penalmente un agente diplomatico nello Stato in cui presta servizio. Se oggi la regola dell'immunità personale degli agenti diplomatici è parte del diritto consuetudinario è anche per questa politica di astensione mantenuta dagli Stati nel corso degli anni. Allo stesso modo, l'assenza di una reazione è, essa stessa, una reazione di frequente impiegata dagli Stati per esprimere il proprio consenso rispetto alla condotta posta in essere da un altro Stato, sia essa in violazione di una regola consuetudinaria o meno. In questo caso si suole dire che gli Stati acquiescono e, così facendo, riconoscono la validità dell'azione. Tuttavia, è solo in presenza di determinate circostanze che il silenzio mantenuto dagli Stati a fronte di una condotta può ritenersi equivalere al riconoscimento della legittimità della stessa. Solo un silenzio qualificato può essere interpretato quale elemento soggettivo di una consuetudine e, in quanto tale, rappresentare la *opinio juris* di quegli Stati che si astengono dal censurare, ovvero dall'appoggiare esplicitamente la condotta di un altro Stato.

1.2. Il silenzio quale elemento oggettivo

Il silenzio mantenuto dagli Stati in determinate circostanze può costituire l'elemento oggettivo di una consuetudine in formazione. In sostanza, l'abitudine degli Stati di astenersi dall'adottare una condotta è, di per sé, una condotta passiva che, qualora diffusa e ripetuta nel tempo, può creare un obbligo di *non facere*. La dottrina è unanime nel qualificare la "prassi negativa" degli Stati quale elemento oggettivo di una consuetudine¹⁵. Tra le regole di diritto consuetudinario formate anche sulla base di una

¹⁰ Cfr. M. H. MENDELSON, *The Formation*, op. cit., p. 190.

¹¹ Cfr. *infra*, § 1.8.

¹² Cfr. *infra*, § 1.2.

¹³ M. H. MENDELSON, *State Acts*, op. cit., p. 380.

¹⁴ Cfr. *infra*, §§ 1.2 e 1.3.

¹⁵ Cfr., *inter alia*, G. TUNKIN, *Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law*, 49 *California L. Rev.*, 419, 430 (1961), p. 421; Ph. CAHIER, op. cit., p. 250; M. AKEHURST, *Custom as a Source of International Law*, 47 *British Y.B. Int'l L.*, 1, 53 (1976), p. 10; H. MEIJERS, *How is International Law Made? The Stages of Growth of*

condotta passiva si annoverano il divieto dell'uso della forza¹⁶, il divieto di perseguire penalmente gli agenti diplomatici nello Stato in cui prestano servizio¹⁷, il principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati¹⁸, le modalità per accertare il mancato riconoscimento di uno Stato¹⁹ e il divieto di intervenire in protezione diplomatica a favore di cittadini con doppia nazionalità²⁰, ovvero di società istituite all'estero²¹. Nella *Nuclear Weapons Opinion*, numerosi Stati arrivarono a sostenere che il diritto internazionale proibisce l'uso di armi atomiche in virtù del fatto che, dopo la fine della Seconda Guerra mondiale e nonostante le reiterate minacce, gli Stati si siano sempre astenuti dal lanciare un attacco nucleare²².

È importante sottolineare come, nei casi menzionati, il silenzio costituisca soltanto l'elemento oggettivo di una consuetudine. Le condotte negative degli Stati corrispondono cioè a mera prassi e non riflettono necessariamente l'idea che astenersi dall'adottare un certo tipo di condotta sia o debba essere una regola²³. Così, in *North Sea Continental Shelf*, in relazione al principio dell'equidistanza nella delimitazione della piattaforma continentale, la CIG osservava che l'abitudine nell'adozione di

International Law and the Use of Its Customary Rules, 9 *Netherlands Y.B. Int'l L.*, 3, 26 (1978), pp. 4-5; M. BOS, *The Identification of Custom in International Law*, 25 *German Y.B. Int'l L.*, 9, 53 (1982), pp. 33-34. G. DANILENKO, *The Theory of International Customary Law*, 31 *German Y.B. Int'l L.*, 9, 47 (1988); M. E. VILLIGER, *Customary International Law of Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 37; M. H. MENDELSON, *State Acts*, *op. cit.*, p. 380; ID, *The Formation*, *op. cit.*, p. 207; M. WOOD, *Second Report on identification of customary international law* (UN Doc. A/CN.4/672), 2014 [*Second Report*], par. 142; ID, *Third Report on identification of customary international law* (UN Doc. A/CN.4/682), 2015 [*Third Report*], par. 20 ss.

¹⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, par. 188 [*Military and Paramilitary Activities*].

¹⁷ Cfr. *supra*, § 1.1.

¹⁸ «The almost complete absence of contrary jurisprudence is also significant, as is the absence of any statements by States», *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2012*, p. 99, par. 77.

¹⁹ «The very term *non-recognition* implies not positive action but abstention from acts signifying recognition. Non-recognition therefore excludes, above all else, diplomatic relations and those formal declarations and acts of courtesy through which recognition is normally expressed», *Continued Presence of South Africa in Namibia*, S. PETRÉN, *Separate Opinion*, p. 134.

²⁰ «The practice of certain States which refrain from exercising protection in favour of a naturalized person [...] manifests the view of these States that, in order to be capable of being invoked against another State, nationality must correspond with the factual situation», *Nottebohm Case (second phase)*, *Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955*, p. 4, p. 22 [*Nottebohm*].

²¹ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2007*, p. 582, par. 89-90.

²² «States which hold the view that the use of nuclear weapons is illegal [...] refer to a consistent practice of non-utilization of nuclear weapons by States since 1945 and they would see in that practice the expression of an *opinio juris* on the part of those who possess such weapons», *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 66, par. 65. Altri esempi includono la prassi degli Stati di astenersi dal reclamare la sovranità di certe aree del fondale marino o dello spazio cosmico, G. DANILENKO, *op. cit.*, p. 28. Per un approfondimento cfr. M. H. MENDELSON, *The Formation*, *op. cit.*, pp. 273 ss.

²³ «Absence of opposition is relevant only in so far as it implies consent, acquiescence or toleration on the part of the State concerned; but absence of opposition *per se* will not necessarily or always imply this», G. FITZMAURICE, *op. cit.*, p. 33.

una qualsiasi condotta non dimostra, di per sé, l'esistenza di una consuetudine²⁴. Tornando alla *Nuclear Weapons Opinion*, la CIG stabilì che l'assenza di precedenti sull'impiego di un'arma atomica non riflettesse il convincimento della Comunità internazionale che quest'ultimo dovesse ritenersi proibito in assoluto. Del resto, sarebbe quanto meno ingenuo pensare che nessuno degli Stati in possesso di questa tipologia di armi abbia mai lanciato un attacco nucleare perché convinto che una simile arma non dovrebbe per alcun motivo essere utilizzata. È più probabile che nessuno Stato abbia mai lanciato un attacco nucleare semplicemente per paura di essere, a sua volta, colpito dallo Stato attaccato o da un suo alleato. Al riguardo, la CIG precisava che non si sarebbe pronunciata sulla cosiddetta "politica del deterrente", limitandosi a notare che «it is a fact that a number of States adhered to that practice [...] and continue to adhere to it»²⁵. La CIG, in conformità a quanto affermato in *North Sea Continental Shelf*²⁶, interpretava la prassi negativa degli Stati quale condotta diffusa e ripetuta nel tempo ma inadeguata per ricostruire l'esistenza di una *opinio juris* sul divieto dell'uso delle armi nucleari²⁷.

Il fatto è che, anche quando una prassi emerge da un insieme di condotte omissive, l'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo rimane un requisito imprescindibile per rilevare la formazione di una regola di diritto consuetudinario. In tal senso, il silenzio possiede un valore duplice: da un lato, in quanto condotta posta in essere da uno o più Stati, rappresenta l'elemento oggettivo di una consuetudine; dall'altro, proprio in quanto prassi, può tacitamente manifestare la *opinio juris* che detti Stati hanno circa la necessità o la desiderabilità che una specifica condotta sia o diventi giuridicamente vincolante²⁸. Ciò non toglie che, in pratica, un'astensione possa essere confusa con un'espressione di *opinio juris*²⁹. Ad esempio, quando uno Stato si astiene dall'intervenire in protezione diplomatica di una società istituita all'estero, il medesimo silenzio può venire in rilievo sia quale prassi (elemento oggettivo) che, direttamente, quale *opinio juris* (elemento soggettivo)³⁰. Si può peraltro sostenere che, di solito, quando uno Stato si astiene dall'adottare una condotta è precisamente perché ritiene di agire in conformità a una regola di diritto internazionale. La distinzione tra il silenzio quale prassi negativa e manifestazione di *opinio juris* non deve tuttavia essere persa di vista. Il rischio è di scambiare una

²⁴ Par. 77.

²⁵ *Nuclear Weapons Opinion*, par. 67.

²⁶ «[A]cting, or agreeing to act in a certain way, does not of itself demonstrate anything of a juridical nature», par. 76.

²⁷ *Nuclear Weapons Opinion*, par. 67.

²⁸ Con le parole di Mahmoud Hmoud: «[w]hile it is recognized that inaction may be considered a negative action, there is a distinction between inaction as a conduct, which belongs to the objective element (practice) and inaction as representative of acquiescence, thus falling under the second, subjective element (*opinio juris*)», citato in M. WOOD, *Third Report*, p. 10, nota 42. Cfr. anche G. DANILENKO, *op. cit.*, p. 28.

²⁹ G. DANILENKO, *ibid.*, p. 40.

³⁰ «Of course, in such a case it might be relatively easy to infer the existence of the subjective element from the practice, it one so desire», M. H. MENDELSON, *The Formation*, *op. cit.*, p. 277.

mera condotta passiva per la silenziosa *opinio juris* di uno Stato.

1.3. Il silenzio quale elemento soggettivo

Il silenzio assume importanza nella formazione di una consuetudine anche quale espressione della *opinio juris* degli Stati³¹. Nel gioco delle interazioni tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo, l'assenza di proteste dinanzi all'azione di uno Stato è infatti una reazione piuttosto comune e tende a essere interpretata quale tacito riconoscimento della legittimità o desiderabilità della condotta posta in essere³². Le proteste indicano di frequente fino a che punto la condotta di uno Stato può essere considerata legittima e, pertanto, offrono un utile strumento per valutare il grado di accettazione di cui gode una regola all'interno dell'ordinamento internazionale³³. In questo senso, il silenzio mantenuto a fronte dell'azione di uno Stato sostanzia l'assenza di proteste, crea acquiescenza e riflette l'elemento soggettivo di una nuova consuetudine. In breve: se si parte dal presupposto – tutt'altro che pacifico³⁴ – che la *opinio juris* rappresenti la volontà di uno Stato di conformare la propria condotta al rispetto di una regola, ovvero il convincimento che detta condotta sia obbligatoria³⁵, è chiaro che il silenzio quale elemento soggettivo costituirà una manifestazione del fenomeno dell'acquiescenza o, per essere più precisi, uno degli effetti di questo fenomeno.

Non ogni silenzio è tuttavia suscettibile di dar luogo ad acquiescenza e, quindi, contribuire alla formazione di una consuetudine³⁶. Perché ciò avvenga è necessario che il silenzio sia “qualificato”, vale a dire che sia stato mantenuto dallo Stato in circostanze specifiche³⁷. Ne consegue che, per poter esprimere una *opinio juris*, il silenzio deve presentare alcune caratteristiche. Non dovrebbe sorprendere

³¹ Più precisamente, «the doctrine of acquiescence is as a significant factor in the development of a customary right as is the *opinio juris* in the formation of a customary obligation», I. MACGIBBON, *The Scope, op. cit.*, p. 154; e «the element of consent, that is to say, acquiescence with full knowledge, on the part of other States is not only present, but necessary to the formation of the right», G. FITZMAURICE, *op. cit.*, pp. 68-69.

³² «The basic principle [...] is that absence of protest, on the part of States directly or indirectly affected by practice, creates an obligation for the[] non-protesting States to observe customary law constituted by such practice», G. DANILENKO, *op. cit.*, p. 40. Cfr. anche I. MACGIBBON, *Customary, op. cit.*, p. 124; A. MARIE, *op. cit.*, pp. 405-407.

³³ *Ibid.* E cfr. G. FITZMAURICE, *op. cit.*, p. 68: «[w]hen a general rule of customary law is built up by the common practice of States, [...] it is probably true to say that consent is latent in the eventual acceptance (even if tacit) of the practice, as constituting a binding rule of law».

³⁴ Cfr. *infra*, § 1.4.

³⁵ H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, OUP, 2014, p. 73.

³⁶ Cfr. *supra*, Cap. I, § 2. Vale la pena sottolineare che, analogamente, non ogni condotta, anche in assenza di proteste, è suscettibile di porre in discussione la validità di una consuetudine, specie se la condotta è isolata o sporadica o se la regola in questione è particolarmente radicata. Cfr. I. MACGIBBON, *The Scope, op. cit.*, p. 182: «[a]acquiescence is of special relevance to situations involving the application of rules of which the content or authority is open to doubt either because the rules are controversial or because they are still in process of development». Cfr. anche A. MARIE, *op. cit.*, p. 336.

³⁷ «For legal consequences to ensue, there must be good reason to require some form of action», M. BOS, *op. cit.*, p. 37. Cfr. anche I. MACGIBBON, *ibid.*, p. 143.

sapere che si tratta, *mutatis mutandis*, delle caratteristiche del silenzio che produce prescrizione acquisitiva. Infatti, sebbene, come sottolineato da Sir Hersch LAUTERPACHT, la formazione del diritto consuetudinario non ricalchi il meccanismo della prescrizione³⁸, in entrambi i casi il processo di creazione, rispettivamente, di una regola e di un diritto, coinvolge, da un lato, una condotta ripetuta nel tempo e, dall'altro, il silenzio di uno o più Stati, il quale sanziona l'affermazione di quella regola o di quel diritto³⁹.

Sono tre gli elementi che devono sussistere perché il silenzio di uno Stato esprima acquiescenza e, così facendo, influisca sulla formazione di una consuetudine. Il primo è che lo Stato fosse a conoscenza della condotta controversa⁴⁰. Questo elemento è implicito nel concetto di *opinio juris* poiché, per manifestare il proprio consenso, uno Stato dovrà prima conoscere la nuova prassi per decidere se protestare contro di essa. La conoscenza dello Stato sarà soltanto presunta (sarà, pertanto, mera conoscibilità) e verrà ricostruita in base alle circostanze⁴¹. Autorevole dottrina ritiene peraltro tale presunzione assoluta in virtù dell'ampia circolazione delle informazioni a livello internazionale, le quali, per richiamare la bella metafora dell'ARANGIO-RUIZ, viaggiano oggi «con l'immediatezza di un raggio di luce»⁴². Eventualmente, ricadrà sullo Stato l'onere di dimostrare per quale incolpevole motivo esso non fosse a conoscenza di una determinata prassi.

Il secondo elemento è che la consuetudine abbia un'incidenza diretta sui diritti dello Stato che, con il proprio silenzio, ha contribuito o sta contribuendo alla formazione della regola (cosiddetto “interesse ad agire”)⁴³. In pratica, maggiore sarà il coinvolgimento potenziale dei diritti di uno Stato, mag-

³⁸ H. LAUTERPACHT, *Sovereignty over Submarine Areas*, 27 *British Y.B. Int'l L.*, 376, 433 (1950), p. 393: «for customary international law is not yet another expression for prescription».

³⁹ I. MACGIBBON, *Customary*, *op. cit.*, p. 119. Cfr. anche G. FITZMAURICE, «both [customary international law and prescription] depend on the establishment of a practice or usage – one general and the other particular – and each derives its eventual legal sanction from some form of consent on the part of States – either general acceptance in the one case, and in the other specific recognition or tacit acquiescence. [T]he *method* (practice and consent) is the same [...]», *op. cit.*, p. 31, nota 3.

⁴⁰ Cfr., *inter alia*, M. AKEHURST, *op. cit.*, p. 39; G. DANILENKO, *op. cit.*, p. 40 e M. WOOD, *Third Report*, par. 24. Cfr. anche M. E. VILLIGER, *op. cit.*, par. 59: «passive conduct can only amount to qualified silence if a State knows of the practice of the other States and of the (emerging) customary rule».

⁴¹ «[T]he fulfilment of this condition does not necessarily require positive knowledge. It may be based on a presumption that a given State cannot be ignorant of a given practice», G. DANILENKO, *op. cit.*, p. 40.

⁴² «Particularly nowadays any action or omission of a State is known all over the world with the immediateness of a ray of light», G. ARANGIO-RUIZ, *Customary Law: A Few More Thoughts About the Theory of 'Spontaneous' International Custom*, in O. CORTEN (ed.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 100. Cfr. anche Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 147 e M. E. VILLIGER, *op. cit.*, p. 40. *Contra*, M. H. MENDELSON, «admittedly today [...] States are less likely to be ignorant. But [...] it is certainly not the case that, even in the quite recent past, all States knew what was going on in all other parts of the world», *The Formation*, *op. cit.*, p. 257.

⁴³ «Inaction could be relevant only [...] where reaction to the relevant practice is called for [...]. This implies that the relevant practice ought to be one that affects the interests or rights of the State failing or refusing to act», M. WOOD, *Third Report*, par. 23. Cfr. anche M. AKEHURST, *op. cit.*, p. 40 e G. DANILENKO, *op. cit.*, p. 40.

giore sarà il rilievo attribuito al silenzio di quest'ultimo al fine di accertare la validità di una consuetudine *in fieri*. La sussistenza di questo elemento non risulta problematica da vagliare in concreto: le consuetudini hanno valore generale e, dunque, normalmente interessano i diritti e gli obblighi di tutti gli Stati. A differenza che nella prescrizione acquisitiva di un diritto e salvo che la consuetudine in questione non sia una consuetudine particolare⁴⁴, ovvero, per sua stessa natura, tende a incidere sui diritti e gli obblighi soltanto di determinati Stati⁴⁵, la sussistenza dell'elemento dell'interesse ad agire sarà difficile da escludere⁴⁶.

Il terzo elemento concerne il passaggio del tempo. Il silenzio di uno Stato può essere interpretato quale tacito consenso solo se mantenuto per un periodo di tempo significativo⁴⁷. Nel diritto internazionale non esiste un criterio per stabilire *a priori* quanto tempo debba trascorrere prima che una condotta, per quanto ripetuta e diffusa, diventi una consuetudine⁴⁸. La dottrina è solita parificare questo periodo di tempo a quello che si presume sufficiente affinché gli Stati possano opporsi alla formazione di una nuova regola, ovvero maturare il convincimento che detta regola sia legittima o desiderabile⁴⁹. Da ciò deriva che la lunghezza del periodo di tempo per convertire un mero uso in una consuetudine tenderà a essere direttamente proporzionale al grado e all'intensità del cambiamento che quella consuetudine si prefigge di realizzare: a una prassi appena innovativa corrisponderà cioè un periodo di acquiescenza minore perché essa si trasformi in una consuetudine rispetto a quello richiesto per introdurre una regola di diritto consuetudinario in totale rottura con la normativa precedente⁵⁰. L'elemento del tempo e il silenzio di uno Stato quale *opinio juris* sono quindi strettamente correlati. Un consenso tacito può manifestarsi solo nel corso di un periodo più o meno lungo di tempo la cui lunghezza sarà determinata in funzione del tempo che si ritiene necessario perché la Comunità internazionale possa rifiutare, ovvero riconoscere una nuova prassi quale vincolante⁵¹.

⁴⁴ Cfr. *supra*, **Cap. II, § 3.3.2** e *infra*, **§ 1.6**.

⁴⁵ Si pensi alla questione circa l'esistenza nel diritto internazionale del divieto dell'uso di armi nucleari analizzata dalla CIG nella *Nuclear Weapons Opinion*. È chiaro un ipotetico divieto inciderebbe maggiormente sui diritti e gli obblighi degli Stati detentori di armi nucleari.

⁴⁶ M. H. MENDELSON dedica un'interessante riflessione alle problematiche intrinseche all'elemento dell'"interesse ad agire", *The Formation, op. cit.*, pp. 256-260.

⁴⁷ I. MACGIBBON, *Customary, op. cit.*, p. 120; H. MEIJERS, *op. cit.*, p. 23; M. WOOD, *Third Report*, par. 25.

⁴⁸ I. MACGIBBON, *ibid.*

⁴⁹ *Ibid.* Cfr. anche H. MEIJERS, *op. cit.*, pp. 23-24: «all states which could become bound by their inaction must have the time necessary to avoid implicit acceptance by resisting the rule».

⁵⁰ H. LAUTERPACHT, *Sovereignty, op. cit.*, p. 393. Cfr. anche I. MACGIBBON, *Customary, op. cit.*, p. 121, nota 4.

⁵¹ «[I]n the normal process of claim and response [...] some lapse of time is practically inevitable, even in these days when instantaneous communication is possible: Governments need time in which to decide what their response should be», M. H. MENDELSON, *The Formation, op. cit.*, p. 211.

1.4. Il problema della natura della *opinio juris*

Nella concezione dualistica della consuetudine, l'elemento soggettivo è equiparato al consenso, esplicito o implicito, degli Stati a limitare l'esercizio della propria sovranità al fine di conformare la propria condotta al contenuto di una regola. Questa concezione, cosiddetta "volontaristica", riflette un approccio fortemente positivista al diritto internazionale, ormai abbandonato dalla dottrina⁵². Non si intende qui sviluppare una trattazione approfondita sulla natura della *opinio juris*: l'argomento è estremamente complesso e il dibattito intorno a esso lungi dall'esaurirsi⁵³. Qualche precisazione si rende tuttavia necessaria con riferimento a come le diverse teorie sulla natura della *opinio juris* possano influire sul ruolo del silenzio nella formazione di una consuetudine.

I maggiori problemi sulla natura della *opinio juris* si pongono proprio in relazione all'elemento soggettivo quale tacito consenso. La concezione volontaristica, basata sul dogma dell'eguale sovranità degli Stati, presuppone infatti che *ogni singolo Stato* abbia manifestato il proprio consenso alla formazione di una regola di diritto consuetudinario affinché quest'ultima acquisti valore generale⁵⁴. Essa assegna pertanto un'importanza cruciale al silenzio degli Stati i quali, come detto, sono soliti evitare di esprimersi sulla legittimità o desiderabilità di una nuova prassi⁵⁵. La concezione volontaristica della *opinio juris* finisce così per postulare che il silenzio mantenuto da *ogni singolo Stato* prima che una qualsiasi regola di diritto consuetudinario si perfezioni costituisce sempre un silenzio qualificato in grado di produrre acquiescenza⁵⁶. Questa posizione presenta però delle difficoltà evidenti⁵⁷. Anche rispetto a quelle consuetudini che godono di accettazione diffusa sarebbe impossibile dimostrare che *ogni singolo Stato* abbia partecipato alla formazione delle stesse prestando, in via esplicita o implicita, il proprio consenso⁵⁸. Nessuno Stato potrebbe tuttavia negare il valore generale di queste consuetudini⁵⁹.

⁵² Tra i più noti sostenitori di questo approccio figurano D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 71 e G. TUNKIN, *op. cit.*, p. 424.

⁵³ La quasi totalità degli autori citati in precedenza ha affrontato il tema della natura della *opinio juris* nei propri scritti: I. MACGIBBON, *Customary, op. cit.*, pp. 125-138; G. TUNKIN, *op. cit.*, p. 423; M. BOS, *op. cit.*, pp. 14-16; G. DANILENKO, *op. cit.*, pp. 31-34; R. MÜLLERSON, *op. cit.*, pp. 162-167; M. H. MENDELSON, *The Formation, op. cit.*, pp. 245-294; H. THIRLWAY, *op. cit.*, p. 72-29.

⁵⁴ D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 71; G. TUNKIN, *ibid.*, p. 424; M. H. MENDELSON, *ibid.*, p. 255.

⁵⁵ Cfr. *supra*, § 1.3.

⁵⁶ Così, *inter alia*, M. HUDSON, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1924: A Treatise*, New York, MacMillan, 1943, p. 609: «the elements necessary [to the formation of customary law] are the concordant and recurring action of numerous States [...], the conception in each case that such action was enjoined by law, and the failure of other States to challenge that conception at the time». E cfr. G. DANILENKO, *op. cit.*, p. 9 e K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 96-100.

⁵⁷ Come osservato da H. KELSEN, «it is possible to assume that a state is bound by international law only if it recognises this law as binding upon it [...]. But there is hardly a writer ready to accept all the consequences of such an assumption», *Principles of International Law*, 2ª ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, p. 446.

⁵⁸ M. H. MENDELSON, *The Formation, op. cit.*, p. 255.

⁵⁹ *Ibid.* Sempre per citare H. KELSEN: «general international law is binding upon many States which never, expressly or

Alcuni autori hanno suggerito una differente concezione di *opinio juris*, la cui caratteristica principale consiste nel traslare la sussistenza dell'elemento soggettivo dalla totalità degli Stati alla Comunità internazionale⁶⁰. Ciò significa che il paradigma dell'azione, imitazione e acquiescenza mantiene la sua validità, ma limitatamente a un numero di Stati abbastanza ampio da rappresentare la volontà della Comunità internazionale⁶¹. L'elemento soggettivo di una consuetudine non coinciderà più con lo stato soggettivo di *ogni singolo Stato*, ma con quello della Comunità internazionale nel suo insieme⁶². Questa concezione della *opinio juris* implica che uno Stato non dovrà più aver espresso acquiescenza per essere vincolato al rispetto di una regola di diritto consuetudinario⁶³. Nella giurisprudenza internazionale si rinvencono del resto vari casi in cui il giudice non ha ritenuto necessario verificare che le parti riconoscessero una consuetudine come obbligatoria per applicare la stessa nella risoluzione della controversia⁶⁴.

La *opinio juris* quale consenso di una maggioranza significativa di Stati non si pone in contrasto con quanto detto circa gli effetti dell'acquiescenza nella formazione di una consuetudine. Il silenzio rimane qualificato e si traduce nel riconoscimento della legittimità o desiderabilità di una condotta. Semplicemente cade la presunzione che, ogniqualvolta uno Stato si astiene dal protestare contro l'insorgere di una nuova prassi, l'assenza di proteste debba automaticamente interpretarsi come una manifestazione della volontà di accettare tale prassi come vincolante⁶⁵. Dinanzi allo sviluppo di una consuetudine potranno quindi darsi due tipologie di silenzio: da un lato, un "silenzio qualificato", che risponde cioè ai requisiti in precedenza descritti e che equivale a un consenso tacito (*qui tacet consentire videtur*); dall'altro, un "mero silenzio" che, anche se intenzionale, non produce acquiescenza e, dunque, non contribuisce alla formazione di una nuova regola (*qui tacet neque negat neque utique fatetur*).

impliedly, consented to it», *op. cit.*, p. 448.

⁶⁰ Ciò non significa sminuire il ruolo che gioca la volontà degli Stati nelle fonti del diritto internazionale. Si tratta, più che altro, di fornire un'interpretazione diversa delle fonti sulla produzione. Nulla impedisce agli Stati di stabilire che il diritto consuetudinario venga creato sulla base del consenso di una maggioranza qualificata, rappresentativa della *opinio juris* che la Comunità internazionale ha di una determinata prassi, piuttosto che sulla base del consenso di *ogni singolo Stato*: «international law is based on the consent of sovereign States [...] but to argue from this premise that the consent of each and every State is necessary to the formation of a rule of general international law is misconceived. [T]o say that the consent of States is needed for a particular process to be accepted as a source of law is not necessarily to say that the only processes recognized by them are those which involve the individual consent of each and every State. [T]he element of will comes in only at the level of choosing that method», M. H. MENDELSON, *The Formation, op. cit.*, pp. 261-262.

⁶¹ *Ibid.*, p. 256.

⁶² Questa concezione della *opinio juris* spiega perché le regole di diritto consuetudinario risultino vincolanti nei confronti di quegli Stati che non possono in alcun modo aver contribuito alla formazione delle stesse, quali, ad esempio, gli Stati di nuova formazione, cfr. *ibid.*, p. 261.

⁶³ *Ibid.*, p. 260.

⁶⁴ Cfr. i casi citati in *ibid.*, nota 290.

⁶⁵ «In short, the consent or genuine (not fictitiously postulated) acquiescence of some States is necessary for a customary rule to come into being at all», *ibid.*, p. 267.

In conclusione, ci si potrebbe domandare se, per quanto non costituisca espressione di una *opinio juris*, il mero silenzio mantenuto da uno Stato a fronte di una condotta non rivesta qualche tipo di effetto nel procedimento di formazione di una consuetudine. A ben vedere, esso assume rilievo quanto meno sotto un duplice profilo: il primo è che in determinate circostanze un silenzio può integrare una condotta passiva⁶⁶. In questo senso, il mero silenzio di uno Stato può rilevare non quale elemento soggettivo, ma quale elemento oggettivo di una consuetudine, aumentando la quantità di prassi della regola *in fieri*. Il secondo è che, anche se non esprime consenso, un mero silenzio evita che uno Stato dissenta apertamente sulla validità di una consuetudine in formazione. La mancanza di proteste non è priva di conseguenze: essa permetterà infatti a una consuetudine particolare di consolidarsi senza problemi e impedirà allo Stato di potersi legittimamente rifiutare di adempiere a quanto stabilito dalla nuova regola in qualità di obiettore persistente⁶⁷.

1.5. MACGIBBON: diritti, obblighi e acquiescenza

In un noto articolo pubblicato nel 1957, il giurista inglese Ian MACGIBBON approfondisce il rapporto tra consuetudine, acquiescenza e *opinio juris*⁶⁸. Il ragionamento dell'autore muove dalla differenza, tendenzialmente ignorata in dottrina, tra diritti e obblighi consuetudinari⁶⁹. MACGIBBON suggerisce che il procedimento di formazione dei diritti e degli obblighi consuetudinari non sia il medesimo e che solo nel secondo caso l'acquiescenza acquisti importanza al fine del rilevamento di una consuetudine⁷⁰. In particolare, il ruolo dell'acquiescenza dipenderebbe dalla posizione, attiva o passiva, che gli Stati assumono quando adempiono a una regola di diritto consuetudinario. L'autore osserva che, quando una consuetudine prevede un diritto e uno Stato esercita lo stesso senza che nessun'altro Stato si opponga, si produce acquiescenza. Questa acquiescenza, tuttavia, non è sempre espressione di una *opinio juris*. Infatti, l'inerzia degli Stati dinanzi alla condotta dello Stato che, si presume, agisce in conformità a una regola di diritto consuetudinario, potrebbe anche essere imputabile a semplice indifferenza o a una precisa scelta politica⁷¹.

Al contrario, quando una consuetudine impone un obbligo e uno o più Stati adempiono allo stesso,

⁶⁶ Cfr. *supra*, § 1.2.

⁶⁷ Cfr. *infra*, §§ 1.6 e 1.7.

⁶⁸ I. MACGIBBON, *Customary, op. cit.*

⁶⁹ «Generalizations concerning the process by which rules of customary international law are formed do not always acknowledge that a rule may be expressed in terms either of a right or of an obligation», I. MACGIBBON, *ibid.*, p. 116.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 130.

⁷¹ «[F]rom the standpoint of the assertion of a claim [...] the relevance of the doctrine of acquiescence is increased while that of the *opinio juris* is diminished. The reason prompting a State or States to pursue a particular course of conduct may vary from convenience to self-interest», *ibid.*, p. 127.

la volontà di adeguare la propria condotta a una regola di diritto consuetudinario emergerà con maggiore chiarezza e costituirà una manifestazione di *opinio juris*⁷². Ciò vale, sottolinea MACGIBBON, anche qualora l'obbligo in questione imponga agli Stati di astenersi dal porre in essere una condotta. In altre parole, quando si traduca in un divieto⁷³. In *S.S. Lotus* ad esempio, la CPGI rigettava la posizione della Francia secondo la quale solo lo Stato di bandiera avrebbe il diritto di perseguire penalmente i membri dell'equipaggio di una nave in caso di collisione con un'altra nave in alto mare⁷⁴. Al riguardo, la CPGI notava che la prassi degli Stati diversi da quello di bandiera di non istituire un procedimento penale nei confronti dei membri dell'equipaggio in simili ipotesi non era sufficiente per dimostrare l'esistenza di una *opinio juris* e, quindi, di una regola consuetudinaria⁷⁵.

MACGIBBON traccia così una distinzione tra acquiescenza e *opinio juris* fondata sulla distinzione tra diritti e obblighi consuetudinari. L'acquiescenza prestata dagli Stati dinanzi all'esercizio di un diritto non potrà qualificarsi come *opinio juris*, perché potenzialmente riconducibile a motivi che nulla hanno a che fare con il riconoscimento della legittimità o desiderabilità di una condotta. Sebbene, in pratica, l'acquiescenza produca gli stessi effetti della *opinio juris*, trasformando una prassi diffusa in una consuetudine, essa costituirà un semplice elemento dal quale desumere l'esistenza del consenso degli Stati. Ad opinione di MACGIBBON dunque, nel procedimento di formazione di un diritto consuetudinario la *opinio juris* non coincide con l'acquiescenza ma è piuttosto logica conseguenza dell'acquiescenza⁷⁶. Nel procedimento di formazione di un obbligo consuetudinario, la *opinio juris* risulta invece provata dalla volontà degli Stati di rispettare una regola che impone agli stessi di adottare una determinata condotta. L'esistenza dell'elemento soggettivo sarà qui implicita nell'esecuzione di un obbligo di *facere* o di *non facere* che gli Stati ritengono vincolante proprio in quanto legittimo o desiderabile.

La ricostruzione del procedimento di formazione della consuetudine operata da MACGIBBON è interessante, ma non è immune da critiche⁷⁷. *In primis*, l'idea che la *opinio juris* di uno Stato circa la legittimità di un obbligo consuetudinario sia implicita nell'adempimento dello stesso risulta, quanto

⁷² «[The] relevance [of *opinio juris*] is most marked with respect to the development of customary obligations [...] which involve [...] the taking of positive steps to secure its implementation», *ibid.*, p. 129.

⁷³ «[I]n the case of [...] a prohibition, that is, where a rule emphasizes that a State shall refrain from pursuing a certain course of action, it is not unreasonable that emphasis should be placed on the *opinio juris* rather than on acquiescence», *ibid.*, p. 131.

⁷⁴ *The Case of the S.S. "Lotus"*, P.C.I.J., *Collection of Judgments, Series A. – No. 10, September 7th, 1927*, p. 28.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ «The *opinio juris* in these circumstances is thus, to some degree distinct from acquiescence; but it is no more than the logical – although not necessarily inevitable – consequence of the acquiescence or implied consent which, it may be argued, would have permitted the right correlative to the obligation to be perfected in any event», I. MACGIBBON, *Customary*, *op. cit.*, p. 130.

⁷⁷ Per una discussione, cfr. Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 45-46.

meno, fuorviante. Del resto, nulla esclude che uno Stato adempia a un obbligo per ragioni differenti da quella di ritenere una condotta dovuta. L'inadeguatezza di questa posizione emerge soprattutto quando la condotta è passiva. Come evidenziato dalla CPGI in *S.S. Lotus*, sarebbe erroneo appiattare la ricerca dell'elemento soggettivo sulla sola esistenza di un elemento oggettivo, proprio perché non sempre a una prassi diffusa corrisponde una precisa *opinio juris* sulla legittimità della stessa. Ma il problema principale della teoria di MACGIBBON è che l'autore impiega il concetto di acquiescenza in maniera indistinta da quello di silenzio intenzionale. In sostanza, quando MACGIBBON argomenta che dietro all'acquiescenza degli Stati è frequente che manchi un vero e proprio consenso, egli utilizza il termine acquiescenza per indicare un "mero silenzio" (*qui tacet neque negat neque utique fatetur*). Come visto però, l'acquiescenza può definirsi tale e rappresentare la *opinio juris* di uno Stato solo in presenza di un "silenzio qualificato", un silenzio cioè che, date le circostanze, non può che essere interpretato alla stregua di un consenso tacito (*qui tacet consentire videtur*)⁷⁸.

In breve: la distinzione tra acquiescenza e *opinio juris* descritta da MACGIBBON funziona solo equiparando il concetto di acquiescenza a quello di silenzio intenzionale. Essa perde però di significato se, più correttamente, con il termine acquiescenza si intende la tacita espressione di un consenso.

1.6. Il diritto consuetudinario particolare

Una delle caratteristiche principali della consuetudine è il suo valore generale: essa si applica alla totalità degli Stati, tant'è che l'espressione "diritto internazionale consuetudinario" viene solitamente impiegata quale sinonimo di "diritto internazionale generale"⁷⁹. Alle volte una prassi posta in essere da un numero ristretto di Stati può tuttavia dare origine a una consuetudine particolare⁸⁰. Questa consuetudine è detta "particolare" proprio perché non ha valore generale, ma trova applicazione soltanto tra quegli Stati che hanno contribuito alla formazione della stessa⁸¹. Una consuetudine particolare tende in questo senso a creare una deroga a una regola di diritto consuetudinario generale: spesso il contenuto di una consuetudine particolare si traduce infatti in un'eccezione a un divieto previsto da una consuetudine generale. Non si può peraltro escludere *a priori* che, andando a colmare una lacuna,

⁷⁸ Cfr. *supra*, **Cap. I, § 2**.

⁷⁹ T. TREVES, *op. cit.*, par. 40. Cfr. anche M. WOOD, *Third Report*, par. 80-83.

⁸⁰ T. TREVES, *ibid.* L'espressione "consuetudine particolare" verrà qui impiegata per definire qualsiasi consuetudine diversa da una consuetudine "generale". Essa include pertanto le regole di diritto consuetudinario cosiddette "regionali", "speciali", "locali" e "bilaterali".

⁸¹ Cfr. A. D'AMATO, *The Concept of Special Custom in International Law*, 63 *AJIL*, 211, 223 (1969); O. ELIAS, *The Relationship between General and Particular Customary Law*, 8 *African J. Int'l & Comp. L.*, 67, 88 (1996); M. H. MENDELSON, *The Formation*, *op. cit.*, pp. 215-217; H. THIRLWAY, *op. cit.*, pp. 88-91 e K. GULIYEV, *Local Custom in International Law. Something in between General Custom and Treaty*, 19 *Int'l Community L. Rev.*, 47, 67 (2017), p. 49.

una regola di diritto consuetudinario particolare innovi uno specifico ambito di diritto internazionale generale e, dunque, non costituisca tanto una *lex specialis* quanto una *lex posterior* maggiormente completa, la cui applicazione incontra però un limite *ratione personae*⁸².

Le due categorie di consuetudine non presentano differenze di rilievo nel procedimento di formazione⁸³. In entrambi i casi è l'interazione tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo che determina la creazione di una nuova regola di diritto consuetudinario. La manifestazione tacita di *opinio juris*, dovrà quindi soddisfare i medesimi requisiti descritti con riferimento alla formazione di una consuetudine generale: il silenzio di uno Stato sarà un silenzio qualificato solo se esso era a conoscenza della nuova prassi, aveva un interesse a reagire e il silenzio è stato mantenuto per un periodo di tempo significativo⁸⁴. Nel procedimento di formazione di una consuetudine particolare, la sussistenza di questi elementi viene però influenzata da altri elementi. Non si tratta, come certa dottrina ha suggerito⁸⁵, di elementi supplementari, la cui presenza dev'essere provata perché il silenzio di uno Stato produca acquiescenza, quanto, piuttosto, di circostanze connaturate alla formazione di una regola di diritto consuetudinario particolare.

La prima è il numero ridotto di Stati che contribuiscono alla formazione di una consuetudine particolare⁸⁶. Questa circostanza è implicita nel concetto di diritto consuetudinario particolare, ma ha un'importante conseguenza: per poter essere applicata nella risoluzione di una controversia, la regola di diritto consuetudinario particolare dev'essere riconosciuta come tale da *ogni singola* parte in causa⁸⁷. In *Asylum* ad esempio, la Colombia sosteneva l'esistenza di una consuetudine particolare in

⁸² Ovviamente la validità del discorso dipenderà dal fatto che si riconosca o meno l'esistenza di lacune nell'ordinamento internazionale. O. ELIAS, ad esempio, osserva che: «it is impossible to have a general custom which does not derogate from the general position because there is always a general position, even if it is a general “non position” [...]. There are no gaps in the law [...] and some would even argue that anything not prohibited is permitted», *op. cit.*, pp. 84-85. L'autore sviluppa una riflessione interessante sul tema, sottolineando come l'insorgere di una consuetudine particolare “infranga” sempre il valore assoluto di una previa consuetudine generale. Una consuetudine particolare non integrerebbe dunque una deroga a una consuetudine generale poiché, nel momento in cui la prima si forma, la seconda cessa di avere valore generale, convertendosi, a sua volta, in una consuetudine particolare (*ibid.*, pp. 86-87). Per quanto raffinato, il ragionamento dell'autore scade in un sofismo. La regola derogata sarà infatti “più generale” di quella, particolare, che crea la deroga. La distinzione tra diritto consuetudinario generale e particolare mantiene quindi la sua validità.

⁸³ *Ibid.*, p. 74: «essential difference between general and particular law is difficult to identify».

⁸⁴ Cfr. *supra*, § 1.3. Il requisito del passaggio del tempo nella formazione di una consuetudine particolare è discusso in *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, p. 6 [*Right of Passage*], p. 40 e *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports, 2009*, p. 213 [*Navigational and related Rights*], B. SEPÚLVEDA-AMOR, *Separate Opinion*, par. 25.

⁸⁵ A. D'AMATO, *The Concept* (1969), *op. cit.*, p. 223; O. ELIAS, *op. cit.*, pp. 68-72.

⁸⁶ O. ELIAS, *ibid.*, p. 68.

⁸⁷ «While a general rule of customary law does not require the consent of all States [...] it is not the same with a regional customary rule, having regard to the small number of States to which it is intended to apply and which are in a position to consent to it. *In the absence of express or tacit consent, a regional custom cannot be imposed upon a State which refuses to accept it*», F. AMMOUN, *doc. cit.*, par. 31, corsivo aggiunto. Cfr. M. H. MENDELSON, *The Formation*, *op. cit.*, p. 216.

vigore tra gli Stati dell'America Latina, in base alla quale l'ambasciata di uno di essi poteva legittimamente offrire asilo diplomatico a qualunque persona (e non solo a un proprio cittadino) soggetta a persecuzioni politiche⁸⁸. La CIG sottolineava che, per poter applicare questa consuetudine, era onere della Colombia dimostrare non soltanto la sua esistenza, ma anche che la controparte riconoscesse la stessa come vincolante⁸⁹. Al riguardo, la CIG notava che il Perù aveva espresso un dissenso costante nei confronti di questa prassi, escludendo così di poter applicare la consuetudine particolare sul diritto di asilo nella risoluzione della controversia⁹⁰.

Questa posizione non contraddice quanto detto rispetto alla natura della *opinio juris* o agli effetti prodotti dal silenzio degli Stati nella formazione di una consuetudine⁹¹. L'applicazione di una consuetudine generale nella risoluzione di una controversia è subordinata all'accertamento dell'esistenza di un consenso circa la legittimità della stessa nella Comunità internazionale, mentre l'applicazione di una consuetudine particolare è subordinata all'accertamento dell'esistenza di un consenso circa la legittimità della stessa tra le parti della controversia⁹². Ciò pare coerente con l'idea che ogni consuetudine particolare rappresenti un'eccezione alla disciplina generale. Lo Stato che domanda l'applicazione di una consuetudine particolare dovrà pertanto far fronte a un onere della prova elevato. Inoltre, poiché l'istanza dello Stato verterà, con buona probabilità, intorno alla presunta esistenza di una deroga non scritta a una consuetudine generale, esso non potrà fare affidamento sul principio per cui il giudice deve conoscere il diritto applicabile (*jura novit curia*)⁹³. Un esempio recente è offerto da *Ghana c. Costa d'Avorio*⁹⁴. Il Ghana sosteneva che, a fronte di una prassi durata più di cinque decenni, il silenzio della Costa d'Avorio avesse sanzionato l'esistenza di una consuetudine particolare, impropriamente definita come un «accordo tacito», in base alla quale il confine marittimo tra i due Stati

⁸⁸ *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266 [*Asylum*], pp. 276-277.

⁸⁹ «The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party», *ibid.*, p. 276.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 278. Alcuni autori hanno interpretato la condotta del Perù come un esempio di obiezione persistente (cfr. *infra*, § 2.7), M. H. MENDELSON, *The Formation*, *op. cit.*, pp. 228-229. In realtà, in *Asylum* la CIG si limitava ad accertare che, non avendo partecipato alla formazione di una consuetudine particolare, il Perù continuava a essere soggetto al diritto internazionale generale in materia di asilo politico, cfr. H. THIRLWAY, *op. cit.*, p. 89.

⁹¹ Cfr. *supra*, § 1.4.

⁹² Questa posizione non è pacifica, cfr., *inter alia*, M. AKEHURST, *op. cit.*, p. 30. Per una discussione, cfr. O. ELIAS, *op. cit.*, pp. 79-81 e M. H. MENDELSON, *The Formation*, *op. cit.*, p. 217, nota 152.

⁹³ «International customary law does not need to be proved [...]. The Court must apply it *ex officio*; it is its duty to know it as *quaestio iuris: iura novit curia. Only regional customs or practices, as well as special customs, have to be proved*», *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 175 [*Fisheries*], F. DE CASTRO, *Separate Opinion*, p. 79, corsivo aggiunto. Cfr. anche M. AKEHURST, *op. cit.*, p. 19 e O. ELIAS, *op. cit.*, pp. 82-84.

⁹⁴ *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, ITLOS Case N° 23, *Judgment of 23rd September of 2017*, p. 4.

dovesse delimitarsi secondo il principio di equidistanza⁹⁵. Il TIDM rigettò l'istanza del Ghana, osservando che esso non aveva prodotto prove convincenti per dimostrare l'avvenuta formazione di un «principio di equidistanza consuetudinaria» o, in altre parole, la conclusione di un accordo tacito, nella delimitazione del proprio confine marittimo con la Costa d'Avorio⁹⁶.

La seconda circostanza è l'esistenza di uno *specifico* interesse ad agire⁹⁷. Questa circostanza evoca l'elemento dell'interesse ad agire e implica che, nel procedimento di formazione di una consuetudine particolare, il silenzio mantenuto da uno Stato produca acquiescenza solo qualora il contenuto della regola coinvolga *specificamente* i suoi diritti o interessi. Nel tentativo di sostanziare l'altrimenti astratta circostanza dello *specifico* interesse ad agire, si suole collegare quest'ultimo a una terza circostanza, vale a dire la collocazione geografica: poiché le consuetudini particolari si sviluppano di frequente su un territorio o un'area geografica, l'esistenza di uno specifico interesse ad agire di uno Stato può essere desunta osservando la sua collocazione geografica⁹⁸. In *Right of Passage* ad esempio, il Portogallo reclamava l'esistenza di una servitù di passaggio che gli permettesse di trasportare beni e persone tra alcune delle proprie enclave in India⁹⁹. Il Portogallo sosteneva che la legittimità di questa servitù si fondasse su una prassi ininterrotta da più di un secolo, la quale, unita all'acquiescenza dell'India, aveva cristallizzato una consuetudine particolare («local»)¹⁰⁰. La CIG accolse l'istanza del Portogallo e rigettò quella dell'India, secondo la quale una consuetudine, per quanto particolare, non poteva essere solo «bilaterale»¹⁰¹.

In breve: nella formazione di una consuetudine particolare il silenzio quale tacito consenso gioca il medesimo ruolo che gioca nel procedimento di formazione di una consuetudine generale. Integrando una deroga non scritta a una consuetudine generale, lo Stato che invoca l'applicazione di una consuetudine particolare nella risoluzione di una controversia dovrà tuttavia dimostrare che la controparte abbia accettato la stessa come vincolante. A tal fine, la posizione geografica degli Stati coinvolti costituirà un elemento utile per accertare la sussistenza di uno *specifico* interesse ad agire in

⁹⁵ *Ibid.*, par. 102.

⁹⁶ *Ibid.*, parr. 215 ss. Cfr. anche *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, ITLOS Case N° 16, Judgment of 14th March 2012, p. 4 [*Bangladesh c. Myanmar*], parr. 113-118.

⁹⁷ O. ELIAS, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 70-72.

⁹⁹ *Right of Passage*, p. 10.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 40.

¹⁰¹ «It is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of long practice must necessarily be larger than two. The Court sees no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States», *ibid.*, p. 39.

capo alla parte che non ha protestato contro lo sviluppo di una prassi particolare e, dunque, per qualificare quel silenzio come una manifestazione di acquiescenza¹⁰². Un esempio recente è offerto da *Navigational and Related Rights*. Il Costa Rica affermava che i propri pescatori avessero un diritto alla pesca di sussistenza nel fiume San Juan, in Nicaragua. Esso sosteneva che questa prassi secolare era stata fino ad allora sanzionata dalla «tolleranza» del Nicaragua, dando luogo a una consuetudine (particolare)¹⁰³. Il Nicaragua non negava l'esistenza di questo diritto, ma escludeva che la propria tolleranza potesse interpretarsi come fonte di un'obbligazione¹⁰⁴. La Corte accoglieva l'istanza del Costa Rica, accertando il diritto dei pescatori alla pesca di sussistenza¹⁰⁵. È importante notare che il fiume San Juan marca il confine tra Costa Rica e Nicaragua. Quest'ultimo aveva dunque un interesse *specifico* evidente ad agire. In una simile circostanza, la mancanza di una reazione – unita al riconoscimento dell'esistenza del diritto da parte dello stesso Nicaragua – veniva valutata dalla Corte come di particolare importanza («particularly significant») e, di fatto, esonerava il Costa Rica dal provare, più nello specifico, la prassi e la *opinio juris* alla base della consuetudine particolare¹⁰⁶. A differenza di quanto sostenuto dal Costa Rica infatti, la prassi dei pescatori, che non sono organi dello Stato, non può venire in rilievo rispetto alla formazione di una consuetudine¹⁰⁷. La Corte, tuttavia, glissava su questo punto¹⁰⁸.

1.7. L'obiettore persistente

Dopo che una regola di diritto consuetudinario si è cristallizzata uno Stato non può più sottrarsi unilateralmente all'adempimento della stessa¹⁰⁹. Per eludere l'applicazione di una regola di diritto consuetudinario lo Stato dovrà adoperarsi per sostituire la regola in questione con una regola diversa. Ciò può avvenire nei rapporti con la totalità degli altri Stati, promuovendo una nuova prassi volta a modificare una consuetudine generale (*lex posterior*), ovvero con alcuni di essi, tramite la formazione di una consuetudine particolare o la conclusione di un trattato (*lex specialis*). In ognuna di queste ipotesi la volontà di un unico Stato non è sufficiente per derogare a una consuetudine generale: che si tratti

¹⁰² In *Right of Passage*, la CIG concludeva che «this practice [allowing free passage between Daman and the enclaves] having continued [unaffected] over a period extending beyond a century and a quarter [...] was accepted as law by the Parties and has given rise to a right and a correlative obligation», *ibid.*, p. 40, corsivo aggiunto.

¹⁰³ *Navigational and Related Rights*, par. 140.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, par. 141.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Cfr., *mutatis mutandis*, quanto detto in tema di prescrizione acquisitiva, *supra*, **Cap. II, § 3.2.2.**

¹⁰⁸ Per una critica cfr. B. SEPÚLVEDA-AMOR, *doc. cit.*, par. 20 ss.

¹⁰⁹ O. ELIAS, *Persistent Objector*, in MPEPIL, 2006, par. 1.

di una regola di diritto consuetudinario particolare o di una di diritto convenzionale, a tal fine è imprescindibile la volontà di almeno due Stati¹¹⁰.

L'istituto dell'"obiettore persistente" (*persistent objector*), tradizionalmente indicato quale logica conseguenza della natura consensuale del procedimento di formazione del diritto consuetudinario¹¹¹, pare contraddire questo assunto. Esso stabilisce che uno Stato che si sia opposto in maniera chiara e costante all'insorgere di una consuetudine non sarà vincolato da quest'ultima, anche qualora la consuetudine si sia poi cristallizzata in una regola di diritto internazionale¹¹². Si avrà dunque una situazione in cui una regola che gode di una prassi diffusa e del consenso della maggioranza della Comunità internazionale si applica a tutti gli Stati meno che a uno, detto, per l'appunto, obiettore persistente¹¹³.

L'istituto dell'obiettore persistente è da sempre oggetto di dibattito in dottrina¹¹⁴. La maggioranza degli autori (cosiddetti "ottimisti") conferma l'esistenza dell'istituto nell'ordinamento internazionale¹¹⁵. Altri (cosiddetti "scettici") hanno al contrario negato la stessa, stigmatizzando l'assenza di prassi e alcune difficoltà di ordine teorico¹¹⁶. Non si intende qui affrontare nel dettaglio le diverse critiche alla validità dell'istituto dell'obiettore persistente. Il tema è complesso e rischia di esorbitare dall'ambito della presente trattazione¹¹⁷. Si ritiene tuttavia opportuno fornire qualche precisazione circa il ruolo, ancora una volta cruciale, che gioca l'acquiescenza nella formazione di un'obiezione persistente.

L'importanza del silenzio degli Stati risulta al riguardo esemplificata in una nota pronuncia della

¹¹⁰ Come osservato dalla CIG: «[general, customary international rules,] by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be subject to any right of unilateral exclusion exercisable at will by any of them in its own favour», *North Sea Continental Shelf*, par. 63.

¹¹¹ O. ELIAS, *Persistent*, *op. cit.*, par. 2.

¹¹² *Ibid.*, par. 1.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Cfr., *inter alia*, M. AKEHURST, *op. cit.*, pp. 23-27; M. BOS, *op. cit.*, pp. 43-53; J. I. CHARNEY, *The Persistent Objector Rule and the Development of International Customary Law*, 56 *British Y.B. Int'l L.*, 1, 24 (1985); T. L. STEIN, *The Approach of a Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, 26 *Harvard Int'l L. J.*, 457, 482 (1985); M. E. VILLIGER, *op. cit.*, pp. 15-17; D. A. COLSON, *How Persistent Must the Persistent Objector Be?*, 61 *Washington L. Rev.*, 957, 970 (1986); G. DANILENKO, *op. cit.*, pp. 41-43; P. M. DUPUY, *A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'"objecteur persistant"*, in *Mélanges Michel Virally*, *op. cit.*, pp. 257-272; O. ELIAS, *Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law*, 6 *Denning L. J.*, 37, 52 (1991); M. H. MENDELSON, *The Formation*, *op. cit.*, pp. 227-244; K. WOLFKE, *op. cit.*, pp. 66-67; H. THIRLWAY, *op. cit.*, pp. 86-88. Il tema è oggetto di una recente monografia, J. A. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, OUP, 2016.

¹¹⁵ La distinzione in O. ELIAS, *Some Remarks*, *op. cit.*, p. 37. Tra gli ottimisti cfr. gli autori citati in M. WOOD, *Third Report*, p. 62, nota 213.

¹¹⁶ Tra gli scettici cfr. J. I. CHARNEY, *op. cit.*; T. L. STEIN, *op. cit.*; e, più di recente, P. DUMBERRY, *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited*, 59 *Int'l & Comp. L. Q.*, 779, 802 (2010).

¹¹⁷ Per un approfondimento, cfr. M. H. MENDELSON, *The Formation*, *op. cit.*, pp. 228-240 e J. A. GREEN, *op. cit.*, pp. 21 ss.

CIG¹¹⁸. In *Anglo-Norwegian Fisheries* il Regno Unito lamentava l'illegittimità delle modalità di delimitazione del mare territoriale stabilite dalla Norvegia. Esso sosteneva che, in conformità al diritto internazionale generale, il mare territoriale norvegese non potesse estendersi oltre quattro miglia nautiche dalla costa e, quindi, che i pescherecci inglesi avessero il diritto di recarsi a pescare in una zona di mare adiacente che la Norvegia reclamava come propria¹¹⁹. La Norvegia replicava evidenziando che, a differenza dei pescherecci norvegesi, i pescherecci inglesi si erano astenuti dal recarsi a pescare in quella zona di mare per oltre tre secoli (dal 1616 al 1906). La Norvegia aveva pertanto maturato un titolo storico su quella zona di mare, la quale costituiva ora parte del mare territoriale norvegese¹²⁰. La Norvegia sottolineava inoltre di essersi da subito opposta ai tentativi dei pescherecci inglesi di sconfinare in quella zona di mare e di aver fissato i confini del proprio mare territoriale a dieci miglia nautiche dalla costa mediante l'emissione di vari Decreti: nel 1812, 1869, 1889 e nel 1935¹²¹. La CIG rigettava le istanze del Regno Unito osservando che, per quanto il diritto consuetudinario vieti la fissazione del confine del mare territoriale a dieci miglia nautiche dalla costa, il divieto non poteva applicarsi alla Norvegia, perché essa si era sempre opposta alla validità di questa consuetudine¹²².

Ci si potrebbe chiedere se il ragionamento della CIG si basi esclusivamente sull'accertamento del costante rifiuto della Norvegia di conformarsi alla regola delle quattro miglia nautiche nella delimitazione dei confini del proprio mare territoriale. Un'interpretazione sistematica della decisione suggerisce che la CIG abbia preso in considerazione un altro elemento per riconoscere gli effetti dell'obiezione persistente della Norvegia. Qualche pagina dopo aver escluso che la condotta della Norvegia violasse il diritto internazionale generale, la CIG analizzava infatti il modo in cui la Comunità internazionale e, in particolare, il Regno Unito, avevano reagito alle ripetute rivendicazioni della Norvegia di godere di diritti di sovranità ben oltre le quattro miglia nautiche prospicienti la costa¹²³. Né il Regno

¹¹⁸ Non è l'unico caso in cui un giudice internazionale si è pronunciato sull'istituto dell'obiettore persistente. Come detto, alcuni autori hanno qualificato *Asylum* come un esempio in tal senso (cfr. *supra*, § 1.6, nota 90). E cfr. *Fisheries*, F. DE CASTRO, *doc. cit.*, pp. 72, 79; *ibid.*, H. WALDOCK, *Separate Opinion*, p. 120 e i casi citati in M. WOOD, *Third Report*, p. 61, note 211 e 212.

¹¹⁹ *Anglo-Norwegian Fisheries*, pp. 120 ss.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 124.

¹²¹ *Ibid.*, p. 125.

¹²² «[T]he ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law. In any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast», *ibid.*, p. 131.

¹²³ *ibid.*, p. 138.

Unito, quanto meno fino al 1933, né alcun altro Stato aveva mai protestato contro la prassi norvegese¹²⁴. Questa «diffusa tolleranza» aveva consolidato e poi sanzionato il diritto della Norvegia di estendere il proprio mare territoriale fino a dieci miglia nautiche dalla costa¹²⁵. Il Regno Unito negava di aver “tollerato” la condotta della Norvegia e affermava di non aver protestato perché era venuto a conoscenza di quest’ultima solo dal 1911. La CIG liquidava però questa obiezione come infondata: in quanto Potenza marittima, per di più affacciata sul Mare del Nord, il Regno Unito non poteva ignorare la prassi della Norvegia, né tantomeno i numerosi Decreti emessi nel corso dell’ultimo secolo¹²⁶.

La CIG attribuiva quindi grande rilievo al fatto che l’obiezione persistente della Norvegia fosse stata accolta dall’acquiescenza del Regno Unito e della Comunità internazionale¹²⁷. La volontà di uno Stato di esimersi dal rispetto di una consuetudine ancora in formazione, anche se attivamente manifestata e poi mantenuta nel tempo, non pare pertanto sufficiente per creare un’obiezione persistente. L’elemento addizionale è il tacito consenso della maggioranza della Comunità internazionale e soprattutto di quegli Stati i cui diritti o interessi sono direttamente coinvolti nella prassi sviluppata dall’obiettore persistente¹²⁸. Questa conclusione è corroborata dal fatto che *Anglo-Norwegian Fisheries* non rappresenta un caso di prescrizione acquisitiva. La CIG non poneva l’accento sul prolungato esercizio di prerogative sovrane della Norvegia o sull’inerzia del Regno Unito al fine di provare l’avvenuta acquisizione di diritti di sovranità in capo alla Norvegia, per il semplice fatto che la zona di mare oltre le quattro miglia nautiche dalla costa non era in precedenza soggetta alla sovranità di un altro Stato¹²⁹. La sola ragione per la quale la CIG enfatizzava l’acquiescenza della Comunità internazionale dinanzi alla prassi della Norvegia è che, in ultima analisi, era proprio il tacito consenso della maggioranza degli Stati che legittimava la condotta norvegese¹³⁰.

¹²⁴ «Norway has been in a position to argue without any contradiction that neither the promulgation of her delimitation Decrees in 1869 and in 1889, nor their application, gave rise to any opposition on the part of foreign States», *ibid.*

¹²⁵ «[T]hese Decrees constitute, a[] uniform system [...] which would reap the benefit of general toleration, the basis of an historical consolidation which would make it enforceable as against all States. The general toleration of foreign States with regard to the Norwegian practice is an unchallenged fact. For a period of more than sixty years the United Kingdom Government itself in no way contested it», *ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*, p. 139.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ «The notoriety of the facts, the general toleration of the international community, Great Britain’s position in the North Sea, her own interest in the question, and her prolonged abstention would in any case warrant Norway’s enforcement of her system against the United Kingdom», *ibid.* Cfr. anche H. MO, *doc. cit.*, p. 154: «where the deviations [from a general rule] are justifiable, they must be recognized by other States. Norway is justified in using the method of straight lines because of her special geographical conditions and her consistent past practice which is acquiesced in by the international community as a whole», corsivo aggiunto.

¹²⁹ «No question of *res nullius* or annexation arises in the case of the sea. All nations enjoy all rights and all privileges in and over all the sea beyond the limit of territorial waters», *Anglo-Norwegian Fisheries*, P. SPENDER, *Dissenting Opinion*, p. 190. Cfr. anche *supra*, **Cap. II, § 1.**

¹³⁰ *Anglo-Norwegian Fisheries* è stato anche interpretato come un’applicazione dell’*estoppel by silence*, cfr. *infra*, **Cap. V, § 2.3.2.**

In sintesi, è possibile formulare qualche osservazione sull'istituto dell'obiettore persistente. Si è visto come il procedimento di formazione di una consuetudine generale sia il medesimo di quello di una consuetudine particolare. Si può ora aggiungere che la formazione di un'obiezione persistente segue lo stesso procedimento: da un lato, è necessario un elemento oggettivo, vale a dire la condotta chiara e costante di uno Stato in contrasto con una regola *in fieri* (prassi); dall'altro, è ugualmente necessario un elemento soggettivo, vale a dire, che alcuni Stati, in virtù di uno specifico interesse ad agire, decidano di non opporsi alla condotta dell'obiettore persistente (*opinio juris*)¹³¹. La regola basata sull'obiezione persistente sarà allora una regola di diritto consuetudinario¹³². Si tratterà di una consuetudine generale (e non particolare), in quanto instaurata tra un singolo Stato e la Comunità internazionale (e non soltanto tra un numero ristretto di Stati). Non basterà quindi, come nella consuetudine particolare, il tacito consenso della controparte per invocare gli effetti dell'obiezione persistente nella risoluzione di una controversia¹³³. Ciò trova conferma nel fatto che in *Anglo-Norwegian Fisheries* la CIG dichiarava il diritto esclusivo dei pescherecci norvegesi di recarsi a pescare nella zona di mare oltre le quattro miglia nautiche dalla costa opponibile non solo al Regno Unito, ma anche a tutti gli altri Stati¹³⁴.

1.8. La desuetudine

Con “desuetudine” (*desuetudo*) si intende l'abrogazione di una regola di diritto internazionale per mancata o difforme applicazione della stessa¹³⁵. Il termine trova impiego quasi esclusivo in relazione

¹³¹ «Even before the dispute arose, [the method of straight lines, established in the Norwegian system] had been consolidated by a constant and sufficiently long practice, in the face of which the attitude of governments bears witness to the fact that they did not consider it to be contrary to international law», *Anglo-Norwegian Fisheries*, p. 139, corsivo aggiunto. La medesima conclusione può raggiungersi *a contrario*. Il giudice SPENDER negava infatti la validità dell'obiezione persistente della Norvegia sul presupposto che né il Regno Unito, né la Comunità internazionale potevano considerarsi a conoscenza della prassi della Norvegia, *doc. cit.*, pp. 194, 205. L'importanza dell'elemento soggettivo nella formazione di un'obiezione persistente spiega anche perché i tentativi di Stati Uniti, Regno Unito e Giappone di non conformarsi alle regole di diritto generale in tema di delimitazione del mare territoriale e della ZEE non si siano risolti in un'obiezione persistente (O. ELIAS, *Some Remarks*, *op. cit.*, pp. 42-45). Maggiore è l'influenza della Potenza che reclama la qualifica di obiettore persistente, maggiore sarà del resto il numero di Stati che rischierà di vedere i propri diritti o interessi compromessi. Maggiore sarà la probabilità che si sollevino delle proteste, minore sarà quella che si consolidi un diritto basato su un'obiezione persistente.

¹³² Cade così la distinzione, generalmente accettata, tra obiettore persistente e “obiettore successivo”: il primo si oppone a una consuetudine in formazione, il secondo a una già cristallizzata (O. ELIAS, *Some Remarks*, *op. cit.*, p. 38). Se l'obiezione persistente non è che una deroga generale a una consuetudine generale, il momento in cui uno Stato comincia a manifestare il proprio dissenso perderà di importanza. Maggiore rilievo acquisterà invece il momento a partire dal quale gli altri Stati riconoscano tacitamente la legittimità della prassi dell'obiettore persistente.

¹³³ «[The Court] considered the acquiescence, the consent in some form, or at least the toleration, of other States, to be necessary», G. FITZMAURICE, *op. cit.*, p. 32.

¹³⁴ «[E]nforceable as against all States», *Anglo-Norwegian Fisheries*, p. 138.

¹³⁵ J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *Desuetudo*, in MPEPIL, 2008, par. 1.

alla modifica o all'estinzione di un trattato¹³⁶, ma può essere invocato anche nell'ambito del diritto consuetudinario¹³⁷. In questo contesto la desuetudine è stata definita come il procedimento inverso alla formazione di una consuetudine¹³⁸ ed è causata dal venir meno di uno dei suoi elementi costitutivi: le consuetudini, come certa dottrina ha suggerito¹³⁹, non sono “immortali” ma, in assenza di una prassi conforme, riflesso di un mutamento nella *opinio juris* degli Stati, perdono di validità fino a scomparire¹⁴⁰. Normalmente, alla scomparsa di una regola di diritto consuetudinario corrisponde la creazione di una nuova regola, sebbene tra il momento in cui una regola cade in desuetudine e quello in cui si forma una nuova consuetudine possa crearsi un vuoto normativo¹⁴¹.

La desuetudine del diritto consuetudinario non costituisce un istituto autonomo, ma descrive la fenomenologia, imperniata sul paradigma dell'azione-reazione, del procedimento di formazione della consuetudine¹⁴². In questo senso, il silenzio può senza dubbio giocare un ruolo di rilievo nell'abrogazione di una regola consuetudinaria, sia quale elemento oggettivo che soggettivo. Se, ad esempio, a fronte di un obbligo di *facere*, la maggioranza della Comunità internazionale comincia ad astenersi dall'adottare una condotta, l'inerzia degli Stati potrà essere interpretata sia come l'abbandono di una prassi previamente riconosciuta come legittima, sia come la manifestazione di una nuova prassi in via di sviluppo. In entrambi i casi, il silenzio degli Stati, sia di quelli che si astengono che di quelli che evitano di reagire dinanzi all'astensione, sarà suscettibile di esprimere una *opinio juris* sulla necessità di modificare o abrogare l'obbligo in questione. La dinamica è la medesima illustrata in precedenza.

Si può infine aggiungere che la desuetudine rappresenta l'unica ipotesi in cui l'acquiescenza produce effetti in violazione di una regola di *jus cogens*¹⁴³. Ciò presuppone invero che una regola di *jus*

¹³⁶ Cfr. *infra*, § 2.6.

¹³⁷ *Ibid.* Pochi autori hanno trattato il tema della desuetudine del diritto consuetudinario, cfr., *inter alia*, E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, 159 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1978, p. 21; M. E. VILLIGER, *op. cit.*, p. 55; M. J. GLENNON, *How International Rules Die*, 93 *Georgetown L. J.*, 939, 991 (2005), pp. 980-989 e D. J. BEDERMAN, *Acquiescence, Objection and the Death of Customary Law*, 21 *Duke J. Int'l & Comp. L.*, 31, 45 (2010), pp. 35-38.

¹³⁸ E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *ibid.*

¹³⁹ C. BRADLEY, G. GULATI, *Withdrawing from International Law*, 120 *Yale L. J.*, 202, 275 (2010), p. 212.

¹⁴⁰ M. E. VILLIGER, *op. cit.*, p. 55. E cfr. D. J. BEDERMAN: «for an existing custom to enter desuetude, patterns of State practice really must change or there must be very clear evidence that the usage is no longer “accepted as law.” Put another way, there are two ways to kill a norm of customary international law: divert the course of State practice or deprive the rule of its legitimacy via *opinio juris*», *op. cit.*, p. 38.

¹⁴¹ «[T]he evidence of the absence of general consensus in respect of a customary rule causes its disappearance even before the replacing customary rule has matured», E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 21. E cfr. *Anglo-Norwegian Fisheries*, A. ALVAREZ, *Separate Opinion*, p. 146.

¹⁴² Cfr. *supra*, § 1.1.

¹⁴³ Sul rapporto tra acquiescenza e *jus cogens* cfr. *supra*, **Cap. I, § 5**. In particolare, è importante non confondere gli effetti dell'acquiescenza quale manifestazione di prassi e *opinio juris* nella formazione di una consuetudine con quelli dell'acquiescenza quale mezzo di rinuncia a invocare la responsabilità internazionale di uno Stato (cfr. *infra*, **Cap. IV, § 4**). Nel primo caso, in una prospettiva “comunitaria” ed estesa nel tempo, l'acquiescenza può produrre effetti in violazione di una

cogens possa essere modificata o abrogata da una regola dello stesso rango. Non vi è unanimità di vedute sul punto, sebbene la dottrina maggioritaria sia incline a considerare tale possibilità¹⁴⁴. Coerentemente, diversi autori hanno sostenuto che, in maniera analoga a quanto detto circa la formazione di una nuova consuetudine¹⁴⁵, il ricambio di una regola di *jus cogens* può essere sanzionato da acquiescenza¹⁴⁶. Vista l'importanza delle regole di *jus cogens* si richiederà peraltro un'analisi particolarmente stringente del silenzio degli Stati e della Comunità internazionale nel suo insieme¹⁴⁷.

2. L'acquiescenza e il diritto dei trattati

2.1. L'acquiescenza e la formazione dei trattati

L'acquiescenza non assume particolare importanza nel procedimento di formazione dei trattati. Questo procedimento può essere suddiviso in più fasi che vanno dalla negoziazione all'entrata in vigore del trattato¹⁴⁸. Il silenzio degli Stati gioca un ruolo marginale in ciascuno di essi.

Nella fase iniziale può accadere che uno Stato si astenga dal contribuire attivamente alla stesura della bozza del trattato. Le negoziazioni devono essere condotte in buona fede e verrà richiesta una partecipazione quanto meno formale¹⁴⁹. Inoltre, anche se uno o più Stati ostentino totale indifferenza, il silenzio degli stessi non produrrà alcun effetto giuridico. Le negoziazioni costituiscono un momento di discussione del contenuto del trattato e non impegnano gli Stati in alcun modo, indipendentemente dalla condotta posta in essere¹⁵⁰.

La prima fase suscettibile di produrre effetti giuridici è l'adozione¹⁵¹. Con essa si intende l'atto

regola di *jus cogens*; nel secondo, in una prospettiva bilaterale e immediata, non può invece esprimere *validamente* la rinuncia a invocare la responsabilità internazionale di un altro Stato per violazione di una regola di *jus cogens*. Ciò poiché il consenso di uno Stato non può mai sanare la violazione di una regola di *jus cogens*. Essa infatti è, per definizione, volta a tutelare gli interessi della Comunità internazionale prima ancora che dello Stato materialmente leso, cfr. *Yearbook II*, 2001, p. 122.

¹⁴⁴ Cfr., autorevolmente, R. HIGGINS, *International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes*, 230 *Recueil des Cours*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 1993, p. 47: «[a] norm that is *jus cogens* cannot be limited or derogated from by agreement between States [...]. But that is not to say that these proscriptions would somehow retain their normative quality if the world community as a whole did not regard them as such».

¹⁴⁵ Cfr. *supra*, § 1.

¹⁴⁶ Cfr. A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 403 e gli autori ivi citati.

¹⁴⁷ *Ibid.*, anche p. 409: «[i]n order for the *jus cogens* illegalities to be acquiesced in, there must be a valid community acquiescence involving proper time element and the belief of a legal change similar to the process of general custom-generation. [However,] the burden of proof is always very high, which negatively impacts upon the practical possibilities of the international community as a whole validating specific breaches of peremptory norms».

¹⁴⁸ J. KLABBERS, *Treaties, Conclusion and Entry into Force*, in MPEPIL, 2006, par. 2.

¹⁴⁹ K. HAKAPÄÄ, *Negotiation*, in MPEPIL, 2013, par. 10.

¹⁵⁰ *Ibid.*, par. 3.

¹⁵¹ A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2ª ed., Cambridge, CUP, 2007, p. 79.

formale che cristallizza la forma e il contenuto del trattato¹⁵². In linea di massima e salvo apposizione di riserve o riapertura dei negoziati, una volta adottato il trattato non potrà più essere modificato prima di entrare in vigore¹⁵³. L'adozione del testo avverrà con il consenso di tutti gli Stati che hanno negoziato il contenuto del trattato (Art. 9(1) CVDT) o con il voto favorevole dei due terzi degli Stati presenti e votanti qualora adottato nell'ambito di una conferenza internazionale (Art. 9(2) CVDT)¹⁵⁴. L'astensione non verrà pertanto inclusa nel conteggio dei voti¹⁵⁵. Sia l'Art. 9(1) che l'Art. 9(2) CVDT impongono una manifestazione espressa del consenso. Ciò si desume anche *a contrario*, con riferimento alla procedura decisionale *per consensus*. Quest'ultima permette di adottare un atto senza seguire quello che sarebbe il procedimento obbligatorio, purché nessuno Stato si opponga¹⁵⁶. Si tratta di una procedura di frequente impiegata all'interno di alcune organizzazioni internazionali, tra cui l'ONU¹⁵⁷. L'Art. 9 CVDT non prevede però questo meccanismo e l'adozione di un testo *per consensus* divenne una prassi diffusa solo dopo la conclusione della CVDT¹⁵⁸. Con la decolonizzazione e la rapida crescita del numero degli Stati, le conferenze internazionali divennero talmente "affollate" che la maggioranza dei due terzi rischiava di apparire scarsamente rappresentativa di un consenso generale o di escludere minoranze di Stati dal peso politico significativo¹⁵⁹. L'adozione *per consensus* si rivelò così un meccanismo efficace per accertare l'esistenza di un accordo comune sulla redazione del testo, sebbene il silenzio degli Stati non possa interpretarsi alla stregua di un voto favorevole e dare quindi luogo a un'adozione unanime¹⁶⁰. In questo senso, l'Art. 9(2) CVDT non riflette la prassi recente e non può ritenersi espressione di una regola di diritto consuetudinario¹⁶¹. Al contrario, la prassi di adottare un trattato *per consensus* nell'ambito di una conferenza internazionale pare ormai talmente affermata da aver fatto cadere in desuetudine l'Art. 9(2) CVDT¹⁶².

Per quel che concerne i mezzi di manifestazione del consenso a essere vincolati a un trattato, l'Art. 11 CVDT consacra il principio della libertà delle forme¹⁶³. Ciò significa che, oltre alla firma (Art. 12), lo scambio di strumenti (Art. 13), la ratifica (Art. 14) e gli altri mezzi elencati, gli Stati possono

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.* Cfr. M. KAMTO, *Article 9: Adoption of the Text*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. I, Oxford, OUP, 2011, pp. 173-175.

¹⁵⁴ Sulla difficoltà di distinguere l'applicabilità dei due paragrafi, cfr. *ibid.*, pp. 169-171.

¹⁵⁵ A. AUST, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵⁶ R. WOLFRUM, J. PICHON, *Consensus*, in MPEPIL, 2010, par. 3.

¹⁵⁷ Cfr. *infra*, **Cap. IV**, § 5.

¹⁵⁸ A. AUST, *op. cit.*, p. 80; M. KAMTO, *op. cit.*, p. 172.

¹⁵⁹ A. AUST, *ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 81. E cfr. J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 6^a ed., Paris, Montchrestien, 2004, pp. 115-116 e gli esempi in A. AUST, *ibid.* e M. KAMTO, *op. cit.*, pp. 172-173.

¹⁶¹ M. KAMTO, *ibid.*, p. 167.

¹⁶² «[C]onsensus [...] is used in treaties as a technique for the [...] adoption of provisions of a treaty of which the final text shall be adopted based on the rule of the qualified or unqualified majority as the case may be», *ibid.*, p. 172.

¹⁶³ A. AUST, *op. cit.*, p. 104.

manifestare il consenso a essere vincolati a un trattato come preferiscono¹⁶⁴. Questa disposizione ha sollevato diversi problemi in dottrina, soprattutto in ragione della discrezionalità pressoché assoluta rimessa in capo agli Stati nella gestione della fase forse più delicata del procedimento di formazione dei trattati¹⁶⁵. L'assenza di formalismi può arrivare a tradursi nella manifestazione del consenso tramite un comportamento concludente¹⁶⁶. In quest'ultima ipotesi, più scolastica che realistica, lo Stato manifesta la volontà di vincolarsi a un trattato dando direttamente esecuzione allo stesso¹⁶⁷. Un mero silenzio non potrà tuttavia esprimere l'intenzione di uno Stato di vincolarsi al rispetto di un trattato. L'Art. 11 CVDT presuppone infatti che lo Stato manifesti il proprio consenso mediante una condotta attiva¹⁶⁸. L'idea di consenso tacito si riferisce qui non tanto all'acquiescenza, quanto a quei mezzi di espressione del consenso che non coincidono con un atto scritto o una dichiarazione orale¹⁶⁹.

Il silenzio riveste invece maggiore rilievo nell'apposizione di riserve e nei diversi aspetti della vita di un trattato entrato in vigore. Tra questi rientrano l'interpretazione, la modifica, l'invalidità e l'estinzione del trattato.

2.2. L'acquiescenza e le riserve

Una riserva è una dichiarazione unilaterale effettuata da uno Stato nel momento in cui firma, accetta, approva o aderisce a un trattato multilaterale e finalizzata a escludere o modificare l'applicazione di una o più disposizioni del trattato nei confronti dello Stato che appone la stessa. Essa viene definita una «dichiarazione unilaterale», ma non è un atto unilaterale. Per produrre i propri effetti, la riserva deve infatti essere accettata da almeno una delle altre parti del trattato¹⁷⁰. In generale, ogni parte rimane libera di accettare o respingere una riserva. Il medesimo trattato può così dare luogo a un regime giuridico frammentato: il trattato si applicherà con riserva tra la parte che ha apposto la riserva e le parti che hanno accettato la stessa (Art. 20(4)(a)), mentre si applicherà nella sua formulazione originale tra le parti che non hanno apposto riserve (Art. 21(2)) e tra la parte che ha apposto la riserva e le parti che hanno respinto la stessa. Tuttavia, è necessario che le parti che hanno respinto la riserva non si siano opposte all'entrata in vigore del trattato (Art. 21(3)), altrimenti il trattato non produrrà

¹⁶⁴ «[O]gni altro mezzo convenuto».

¹⁶⁵ Per una discussione cfr. S. SZUREK, *Article 11: Means of Expressing Consent to Be Bound by a Treaty*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *op. cit.*, pp. 193-204.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 197. E cfr. R. KOLB, *op. cit.*, pp. 49-52.

¹⁶⁷ S. SZUREK, *ibid.*, p. 198.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 197. Un'eccezione può rinvenirsi nella procedura di *opting out* sulla quale cfr. *infra*, **Cap. IV, § 6**. Tale eccezione è tuttavia prevista nel trattato che istituisce la CdP o l'organizzazione internazionale e non smentisce pertanto la validità di quanto detto circa l'Art. 11 CVDT.

¹⁷⁰ T. GIEGERICH, *Treaties, Multilateral, Reservations to*, in MPEPIL, 2010, par. 2.

alcun effetto tra la parte che ha apposto la riserva e le parti che non hanno accettato la stessa (Art. 20(4)(b)).

Il meccanismo che regola l'apposizione delle riserve a un trattato è dunque fondato sull'idea di accettazione. L'importanza dell'accettazione è stata ridimensionata dalla sostituzione del criterio dell'unanimità¹⁷¹ o di una maggioranza qualificata¹⁷² delle parti con quello, più flessibile, della compatibilità con l'oggetto e lo scopo del trattato (Art. 19(c) CVDT). L'accettazione rimane però un requisito imprescindibile perché una riserva produca i propri effetti: se nessuna delle parti accetta la riserva, quest'ultima non potrà essere apposta al trattato.

L'accettazione di una riserva può essere espressa o tacita¹⁷³. L'ipotesi di un'accettazione tacita, per quanto mai negata di principio¹⁷⁴, è stata a lungo discussa nel corso dei lavori della CDI sul diritto dei trattati¹⁷⁵. Sia James BRIERLY che Sir Hersch LAUTERPACHT avevano proposto che il silenzio di una parte a fronte dell'apposizione di una riserva dovesse intendersi equivalere a un consenso¹⁷⁶. Sir Gerald FITZMAURICE suggeriva invece che la possibilità di accettare tacitamente una riserva dovesse dipendere dal numero delle parti del trattato: solo nei trattati multilaterali, distinti da quelli «a partecipazione limitata», l'accettazione di una riserva poteva essere desunta *sub silentio* qualora, entro tre mesi, le altre parti non avessero sollevato obiezioni sull'ammissibilità della stessa¹⁷⁷. In seguito, Sir Humphrey WALDOCK eliminò la distinzione tra trattati in relazione all'ammissibilità dell'accettazione tacita di una riserva¹⁷⁸. I diversi aspetti procedurali sulla formulazione, opposizione e accettazione delle riserve vennero sintetizzati in un unico articolo (Art. 20 CVDT), elevando il termine per sollevare un'obiezione contro l'apposizione di una riserva da tre a dodici mesi¹⁷⁹. L'Art. 20(5) CVDT prevede oggi che, se una parte non si oppone all'ammissibilità di una riserva entro dodici mesi dal momento in cui ha ricevuto comunicazione della stessa, si presume che essa abbia accettato l'applicabilità della riserva¹⁸⁰.

¹⁷¹ J. BRIERLY, *First Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/23), 1950 [*First Report*], par. 93 ss.

¹⁷² H. LAUTERPACHT, *First Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/63), 1953 [*First Report*], pp. 133-134.

¹⁷³ A. AUST, *op. cit.*, p. 139; M. E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 2009, p. 293.

¹⁷⁴ La CIG ha osservato che: «extensive participation [...] has already given rise to greater flexibility in the international practice concerning multilateral conventions [also via] very great allowance made for tacit assent to reservations», *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1951*, p. 51 [*Reservations to the Convention*], p. 21, corsivo aggiunto.

¹⁷⁵ D. MÜLLER, *Article 20: Acceptance of and Objections to Reservations*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *op. cit.*, p. 500.

¹⁷⁶ J. BRIERLY, *First Report*, par. 93 e H. LAUTERPACHT, *First Report*, pp. 91-92.

¹⁷⁷ G. FITZMAURICE, *First Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/101), 1956, p. 115. Cfr. D. MÜLLER, *op. cit.*, p. 491.

¹⁷⁸ H. WALDOCK, *Fourth Report in the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/177), 1965, pp. 53-54.

¹⁷⁹ *Ibid.* E cfr. A. PELLET, *Twelfth Report on reservations to treaties* (UN Doc. A/CN.4/584), 2007 [*Twelfth Report*], par. 19, 33.

¹⁸⁰ L'Art. 20(5) non si applica quando la riserva è espressamente autorizzata dal trattato (Art.20(1)) e quando il trattato a cui è apposta istituisce un'organizzazione internazionale (Art.20(3)).

L'Art. 20(5) CVDT produce due effetti complementari: il primo è la previsione di un termine perentorio entro il quale una parte può opporsi all'apposizione di una riserva. La decisione di introdurre un termine di dodici mesi è totalmente riconducibile allo *Special Rapporteur*. Da una ricognizione della prassi convenzionale dell'epoca, il termine per respingere una riserva variava infatti da un minimo di novanta giorni a un massimo di sei mesi¹⁸¹. La scelta di questo termine non è causale. WALDOCK riteneva che un periodo di tempo più lungo sarebbe stato accolto con maggiore favore¹⁸². D'altronde, la previsione di un termine che non trova riscontro nella prassi degli Stati impedisce di qualificare la regola come ricognitiva di una consuetudine. La dottrina è unanime sul punto: il termine di dodici mesi di cui all'Art. 20(5) può essere eccepito soltanto se lo Stato che ha mantenuto il silenzio è parte della CVDT¹⁸³.

Il secondo effetto è che, scaduto il termine di dodici mesi, la parte che non ha sollevato obiezioni viene posta sullo stesso piano di una che ha espressamente accettato la riserva¹⁸⁴. L'Art. 20(5) converte l'acquiescenza della parte in un'accettazione espressa ai sensi dell'Art. 20(4)(a), senza peraltro che si ponga l'esigenza di accertare il reale stato soggettivo della stessa; la parte sarà cioè obbligata a rispettare la riserva indipendentemente dalla propria volontà. In questo senso, l'Art. 20(5) configura una presunzione assoluta in base alla quale, se una parte non si è opposta alla formulazione di una riserva, *dev'essere perché* essa ha reputato la stessa accettabile. Né, a differenza di quanto accade con riferimento all'applicazione dell'Art. 45(2) CVDT, la volontà di una parte di modificare i propri rapporti giuridici con la parte che ha apposto la riserva dovrà essere ricostruita in considerazione delle circostanze del caso. Se anche è possibile desumere che una parte non abbia intenzione di accettare l'apposizione di una riserva ma, per qualsiasi motivo, essa si astiene dal manifestare esplicitamente la propria contrarietà per più di dodici mesi, la riserva entrerà comunque in vigore. Il termine dei dodici mesi si traduce quindi in un elemento oggettivo dal quale derivare l'esistenza di un elemento soggettivo¹⁸⁵. Certamente, il silenzio produce qui i propri effetti in quanto atto giuridico e non fatto

¹⁸¹ H. WALDOCK, *First Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/144), 1962, p. 57 e A. PELLET, *Twelfth Report*, par. 33.

¹⁸² «A shorter period may well be appropriate in treaty provisions when the parties have expressed their readiness to accept it. But in a general provision it may be necessary to allow a longer period, in order that the provision may meet with the assent of the great majority of States. It is for this reason that a twelve months period is the period inserted in the draft», H. WALDOCK, *ibid.* E cfr. F. HORN, *Reservations and Interpretative declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam, North-Holland, 1988, p. 126. Sul problema relativo all'introduzione di tale termine e la prassi del Segretario delle Nazioni Unite di ritenere, nell'esercizio della propria funzione di "custode dei trattati", gli Stati vincolati al rispetto di una riserva in assenza di opposizione entro novanta giorni dalla formulazione della stessa cfr. D. MÜLLER, *op. cit.*, par. 43 e A. PELLET, *Twelfth Report*, par. 35.

¹⁸³ A. AUST, *op. cit.*, p. 127; D. MÜLLER, *op. cit.*, pp. 495-496; A. PELLET, *Twelfth Report*, par. 34.

¹⁸⁴ A. PELLET, *ibid.*, par. 37(b). Ciò spiega anche perché le parti, normalmente, non si disturbano ad accettare espressamente le riserve apposte a un trattato, cfr. M. E. VILLIGER, *Commentary, op. cit.*, p. 289.

¹⁸⁵ «[A]rticle 20, paragraph 5 [...] on the one hand, [...] establishes the principle of tacit assent and the relationship between acceptance and objection and, on the other, [...] provides a time frame for the presumption of tacit acceptance.

giuridico, se non altro perché i dodici mesi decorrono dal momento in cui la riserva viene comunicata. La parte che si astiene dall'obiettare all'apposizione di una riserva è dunque cosciente delle conseguenze della propria condotta passiva la quale conserva una connotazione intenzionale. Si potrebbe però sostenere che l'introduzione di un termine fisso, scaduto il quale la riserva produce senz'altro i propri effetti, renda del tutto superfluo l'accertamento, anche solo fittizio, dello stato soggettivo delle parti del trattato. Non sarà un tacito consenso a sanzionare gli effetti della riserva apposta a un trattato, quanto, piuttosto, il mero trascorrere del periodo di dodici mesi, purché, ovviamente, le parti interessate decidano di non sollevare obiezioni.

2.3. L'acquiescenza e l'interpretazione dei trattati

La disciplina sull'interpretazione dei trattati è prevista agli Artt. 31, 32 e 33 CVDT¹⁸⁶. Questi articoli stabiliscono un insieme di criteri che, operando congiuntamente, garantiscono la corretta interpretazione di un trattato¹⁸⁷. I criteri generali sono elencati all'Art. 31 e sono il testo (interpretazione letterale), il contesto (interpretazione sistemica), l'oggetto e lo scopo del trattato (interpretazione teleologica). Tra questi, il criterio del contesto è quello maggiormente controverso e non solo perché a volte impiegato impropriamente per designare quelle circostanze che avrebbero influito sulla decisione delle parti di adottare una determinata disposizione all'interno del trattato¹⁸⁸. Gli Artt. 31(2) e 31(3) CVDT sono infatti dedicati a precisare cosa si debba intendere per "contesto" al fine di interpretare in via sistemica il contenuto di un trattato. L'Art. 31(2) definisce il cosiddetto «contesto interno» il quale, oltre al testo, include il preambolo, gli allegati e qualsiasi altro accordo o strumento collegato alla conclusione del trattato e riconosciuto dalle parti come vincolante¹⁸⁹. L'Art. 31(3) definisce invece il «contesto esterno» il quale include qualsiasi accordo o strumento successivo (*subsequent agreement*) alla conclusione del trattato e relativo all'applicazione o all'interpretazione dello stesso (Art.

If a State does not object within a period of 12 months, it is presumed to have accepted the reservation», A. PELLET, *ibid.*, par. 36. La dottrina suole distinguere tra accettazione implicita e accettazione tacita di una riserva. Nel primo caso le parti manifestano il proprio consenso a essere vincolate dal trattato dopo che la riserva è stata apposta. Se, in quell'occasione, le parti non si oppongono a una riserva già apposta, esse esprimeranno un'accettazione implicita circa l'applicabilità della stessa. Nel secondo caso accade l'inverso e le parti avranno dodici mesi per decidere se accettare o respingere la riserva. Scaduto questo termine, esse avranno espresso un'accettazione tacita della riserva, cfr. D. MÜLLER, *op. cit.*, parr. 33-40. Non si intende approfondire questa distinzione. Come notato da A. PELLET: «this doctrinal distinction is of little interest [...] This is an issue of a time period [...] not of a definition», *ibid.*, par. 11.

¹⁸⁶ Cfr. A. TANZI, *op. cit.*, pp. 351 ss.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ J. M. SOREL, V. BORÉ EVENO, *Article 31: General Rule of Interpretation*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *op. cit.*, pp. 823-834. In questo caso l'interprete non farà riferimento a un criterio oggettivo, ma all'intenzione delle parti, *ibid.*, p. 824.

¹⁸⁹ *Ibid.*

31(3)(a)), qualsiasi prassi invalsa tra le parti (*subsequent practice*) sulla base della quale ricostruire l'esistenza di un simile accordo o strumento successivo (Art. 31(3)(b)) e qualsiasi regola di diritto internazionale che possa trovare applicazione tra le parti (Art. 31(3)(c))¹⁹⁰.

L'Art. 31(2) non pone particolari difficoltà, sebbene non sia del tutto chiaro che cosa differenzi gli accordi e gli strumenti collegati alla conclusione di un trattato dalle «circostanze della conclusione di un trattato» che sono uno dei criteri di interpretazione sussidiario di cui all'Art. 32¹⁹¹. Al contrario, l'applicazione dell'Art. 31(3) ha sollevato diversi problemi in dottrina, sia di ordine teorico che pratico¹⁹². Per quel che concerne il potenziale rilievo che il silenzio degli Stati assume nel criterio interpretativo del contesto esterno è possibile introdurre una distinzione: gli accordi successivi alla conclusione di un trattato (*subsequent agreement*), per quanto non costituiscano necessariamente uno strumento vincolante e possano essere adottati senza formalità di sorta, devono comunque essere identificabili e pertanto sostanzarsi in un unico atto comune, vale a dire un documento che raccoglie la volontà delle parti di interpretare una o più disposizioni del trattato in una specifica maniera¹⁹³. Gli accordi o gli strumenti di cui all'Art. 31(3)(a) non potranno quindi essere istituiti sulla base del solo silenzio mantenuto dalle parti successivamente alla conclusione di un trattato¹⁹⁴.

L'inerzia degli Stati produce effetti più evidenti qualora il criterio interpretativo del contesto esterno coinvolga lo sviluppo di una prassi peculiare in applicazione di una o più disposizioni di un trattato (*subsequent practice*)¹⁹⁵. Tale prassi può tradursi in un accordo successivo sulla corretta interpretazione di un trattato anche in assenza di un unico atto comune, purché le parti che non hanno attivamente partecipato allo sviluppo della prassi riconoscano la validità della stessa¹⁹⁶. Ciò è confermato negli studi della CDI sul diritto dei trattati ove si sottolinea che dalla bozza dell'Art. 31(3)(b) era stato

¹⁹⁰ J. M. SOREL, V. BORÉ EVENO, *op. cit.*, p. 826.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 824. M. E. VILLIGER, *Commentary, op. cit.*, pp. 431-432.

¹⁹² J. M. SOREL, V. BORÉ EVENO, *op. cit.*, pp. 826-828. Per uno studio sul tema cfr. G. NOLTE, *First Report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation* (UN Doc. A/CN.4/660), 2013 [*First Report*]; ID., *Second Report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation* (UN Doc. A/CN.4/671), 2014 [*Second Report*]; ID., *Third Report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation* (UN Doc. A/CN.4/683), 2015; ID., *Fourth Report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation* (UN Doc. A/CN.4/694), 2016. E cfr. H. WALDOCK, *Third Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/167), 1964, par. 23 ss.

¹⁹³ G. NOLTE, *Second Report*, par. 58.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.*, par. 59. Il punto è approfondito in I. BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2018, par. 2.3.5 ss.

¹⁹⁶ G. NOLTE, *ibid.*, par. 30 L'organo di appello dell'OMC ha osservato che: «in specific situations, the “lack of reaction” or silence by a particular treaty party may, in the light of attendant circumstances, be understood as acceptance of the practice of other treaty parties. Such situations may occur when a party that has not engaged in a practice has become or has been made aware of the practice of other parties [...], but does not react to it», *EC – Chicken Cuts, Report of the Appellate Body*, AB-2005-5, 12 settembre 2005 [*EC – Chicken Cuts*], par. 292.

escluso il riferimento a «tutte le parti» proprio per smentire l'idea che lo sviluppo di una prassi successiva presupponesse il contributo di ogni singola parte del trattato¹⁹⁷. Naturalmente, il riconoscimento potrà essere espresso o tacito e, in quest'ultimo caso, dovrà rispettare alcuni requisiti. Il principale è che le parti fossero a conoscenza dell'esistenza della prassi successiva¹⁹⁸. Questo requisito, implicito nel concetto di riconoscimento, è strettamente correlato alla funzione della prassi successiva, che è offrire un'interpretazione autentica del trattato: solo una parte cosciente può aver deciso di accettare la validità della prassi in questione, fornendo il proprio consenso per la conclusione di un accordo successivo ai sensi dell'Art. 31(3)(a)¹⁹⁹. È forse per questo motivo che il giudice internazionale tende a imporre un onere della prova particolarmente stringente in capo alla parte che intenda dimostrare la formazione di un accordo successivo invocando l'acquiescenza della controparte a fronte di una prassi sviluppata in applicazione di un trattato²⁰⁰.

In *Kasikili/Sedudu* ad esempio, il Botswana e la Namibia istituivano una Commissione di esperti per stabilire a quale dei due Paesi assegnare la sovranità su un'isola situata sul fiume Chobe²⁰¹. L'accertamento si basava sulla corretta interpretazione di un trattato risalente al 1890 sottoscritto dalle allora Potenze coloniali, rispettivamente il Regno Unito e la Germania²⁰². Nel 1985, dopo tre anni di indagini, la Commissione assegnò l'isola al Botswana e notificò il risultato a entrambi i Paesi. Il Sudafrica (allora Potenza coloniale in Namibia) non rispose alla notifica, né al tentativo del Botswana di avviare i contatti diplomatici per dare esecuzione al trattato del 1890 alla luce dell'interpretazione della Commissione. Quando, dopo oltre un anno, i due Paesi tornarono sull'argomento, il Sudafrica negò di aver riconosciuto la validità dell'operato della Commissione²⁰³. La Namibia sosteneva che la condotta del Sudafrica non potesse manifestare un consenso circa la prassi del Botswana di reclamare l'isola come propria a seguito dell'accertamento della Commissione tecnica. La CIG confermò questa

¹⁹⁷ «The text provisionally adopted in 1964 spoke of a practice which “establishes the understanding of all the parties”. By omitting the word “all” the Commission did not intend to change the rule. It considered that the phrase “the understanding of the parties” necessarily means “the parties as a whole”. It omitted the word “all” merely to avoid any possible misconception that every party must individually have engaged in the practice where it suffices that it should have accepted the practice» *Yearbook of the International Law Commission*, II (UN Doc. A/CN.4/SER.A), 1966 [*Yearbook II, 1966*], p. 222. Cfr. G. NOLTE, *Second Report*, par. 60.

¹⁹⁸ In dottrina è anche l'unico che viene menzionato. Il silenzio dovrà però essere mantenuto per un periodo di tempo significativo, altrimenti la “prassi” non potrà essere definita come tale.

¹⁹⁹ G. NOLTE, *Second Report*, parr. 55, 67.

²⁰⁰ «[T]he ascertainment of subsequent practice under article 31 (3) (b) may be more demanding than what the formation of customary law requires», *ibid.*, p. 27, nota 128. Questa affermazione è peraltro scarsamente condivisibile anche perché non è chiaro se lo *Special Rapporteur* faccia riferimento a un silenzio qualificato espressione di una *opinio juris* o a un mero silenzio che, come detto (*supra*, § 2.4), non produce effetti diretti nella formazione di una consuetudine. *Contra*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Subsequent Practice, Practices and ‘Family Resemblance’: Towards Embedding Subsequent Practice in Its Operative Milieu*, in G. NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013, p. 54.

²⁰¹ *Kasikili/Sedudu*, par. 2.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*, par. 66.

posizione, negando che dalle circostanze del caso potesse evincersi che il Sudafrica reputasse legittima la prassi del Botswana e, di conseguenza, che il trattato del 1890 dovesse interpretarsi nel senso di assegnare a quest'ultima la sovranità dell'isola sul fiume Chobe²⁰⁴.

Analogamente, in *Pulau Ligitan/Pulau Sipadan* l'Indonesia reclamava la sovranità su alcune isole contese con la Malesia e situate nel mare di Celebes. L'istanza si basava sulla corretta interpretazione di un articolo contenuto in un trattato risalente al 1891 sottoscritto dalle allora Potenze coloniali, rispettivamente i Paesi Bassi e il Regno Unito²⁰⁵. L'Indonesia sosteneva che il trattato dovesse interpretarsi alla luce della prassi successiva sviluppata dai Paesi Bassi. Detta prassi si riassume nell'adozione di alcuni atti di diritto interno, tra i quali una mappa che includeva le isole contese all'interno dei possedimenti olandesi. L'Indonesia sottolineava che, all'epoca, i Paesi Bassi avevano notificato la mappa al Regno Unito senza ottenere risposta. Questa «interazione» sarebbe stata sufficiente per dimostrare l'esistenza di una prassi successiva alla conclusione del trattato del 1891 e dalla quale desumere che quest'ultimo assegnasse le isole contese all'Indonesia²⁰⁶. La CIG rigettava l'argomentazione dell'Indonesia, osservando che il silenzio del Regno Unito non fosse sufficiente per esprimere acquiescenza²⁰⁷.

In altri casi il giudice internazionale ha riconosciuto gli effetti del silenzio di uno Stato al fine di rilevare l'esistenza di una prassi successiva ai sensi dell'Art. 31(3)(b). In *Beagle Channel* ad esempio, l'Argentina e il Cile reclamavano la sovranità su alcune zone del Canale di Beagle, uno stretto che, nella sua porzione orientale, è attraversato dal confine tra i due Paesi. Il Cile basava la propria istanza su un trattato risalente al 1881 e, in particolare, sulla prassi successiva allo stesso. Era infatti noto che il Cile esercitasse da molti anni la propria giurisdizione sulle zone contese²⁰⁸. L'Argentina replicava che, in mancanza di un accordo espreso, l'Art. 31(3)(b) non potesse trovare applicazione e, dunque, che il proprio silenzio dinanzi alla prassi del Cile fosse privo di rilevanza²⁰⁹. La CPA confermò la posizione del Cile, evidenziando che il silenzio di uno Stato può senza dubbio equivalere al tacito riconoscimento della validità di una prassi successiva, influenzando così sulla corretta interpretazione di

²⁰⁴ *Ibid.*, parr. 67-68.

²⁰⁵ *Pulau Ligitan/Pulau Sipadan*, parr. 36-37.

²⁰⁶ *Ibid.*, par. 44.

²⁰⁷ «In these circumstances, such a lack of reaction to this line on the map [...] cannot be deemed to constitute acquiescence [...]. It follows from the foregoing that the map cannot be considered either an “agreement relating to [a] treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty”, within the meaning of Article 31, paragraph 2(a), of the Vienna Convention, or an “instrument which was made by [a] part[y] in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to that treaty”, within the meaning of Article 31, paragraph 2(b), of the Vienna Convention», *ibid.*, par. 48. E cfr. *EC – Chicken Cuts*, par. 34.

²⁰⁸ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 febbraio 1977, UNRIAA, Vol. XXI, p. 53, par. 168.

²⁰⁹ *Ibid.*

un trattato²¹⁰.

Quando il trattato stabilisce un confine, l'applicazione dell'Art. 31(3)(b) rischia di confondersi con fenomeni differenti, quali la prescrizione acquisitiva o la formazione di una regola consuetudinaria in deroga o integrazione alle disposizioni di un trattato²¹¹. Il fatto è che gli effetti giuridici prodotti dal silenzio di una parte di un trattato non si limitano a quelli di cui all'Art. 31(3)(b)²¹². Si prenda *Temple of Preah Vihear*²¹³. Il caso viene considerato dalla dottrina maggioritaria un esempio di prescrizione acquisitiva o di *estoppel by silence*²¹⁴. Teoricamente però, esso può rappresentare anche un esempio di prassi successiva in relazione alla quale interpretare il contenuto di un trattato²¹⁵. Infatti, sia la notifica della mappa del 1908, sia l'esercizio di poteri sovrani posti in essere dalla Francia nella zona contesa sono elementi che potrebbero ammontare a una prassi successiva, sviluppata in applicazione del Trattato franco-siamese del 1904 e che la Thailandia riconosceva come legittima mediante il proprio prolungato silenzio. La CIG pare propendere per un simile approccio in un passaggio della decisione²¹⁶.

In breve: nell'interpretazione dei trattati l'acquiescenza gioca un ruolo di rilievo soprattutto nello sviluppo di una prassi in applicazione di un trattato. Questa prassi, in conformità all'Art. 31(3)(b), può istituire un accordo tra le parti il cui scopo è fornire un'interpretazione autentica dello stesso. In pratica, gli effetti di una prassi successiva alla luce della quale interpretare un trattato coincidono con quelli di altri fenomeni, quali la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità già disciplinati in un trattato sui confini, ovvero la formazione di una consuetudine che modifichi l'applicazione dello stesso. In tale contesto, il valore giuridico del silenzio dipenderà anche da come il giudice deciderà di qualificare il silenzio intenzionale di una o più parti del trattato.

2.4. L'acquiescenza e la modifica dei trattati

²¹⁰ «In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent of the terms of the Treaty [...]. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could only derive from the Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves», *ibid.*, par. 169. E cfr. *Nicaragua c. Stati Uniti* (1984), par. 39; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 803, par. 30 e i casi riportati in J. M. SOREL, V. BORÉ EVENO, *op. cit.*, pp. 826-829.

²¹¹ Cfr. *infra*, § 2.4.

²¹² G. NOLTE, *Second Report*, par. 60.

²¹³ Per una descrizione del caso cfr. *supra*, **Cap. II**, § 3.3.2.

²¹⁴ Cfr. *supra*, *ibid.* e *infra*, **Cap. V**, § 2.3.2.

²¹⁵ G. NOLTE, *Second Report*, par. 61-62.

²¹⁶ «It has been contended on behalf of Thailand that th[e] communication of the maps by the French authorities was, so to speak, *ex parte*, and that no formal acknowledgment of it was either requested of, or given by, Thailand. [...] [I]t is clear [however] that the circumstances were such as called for some reaction, within a reasonable period, on the part of the Siamese authorities, if they wished to disagree with the map or had any serious question to raise in regard to it. They did not do so, either then or for many years, and thereby must be held to have acquiesced», p. 23.

Spesso i trattati restano in vigore per un lungo periodo di tempo. Il significato di una disposizione può mutare in presenza di nuove circostanze, sollevando problemi di applicazione del trattato. Intervenire sul testo si traduce tuttavia in un procedimento lungo e costoso il quale, presupponendo la riapertura dei negoziati, può indurre le altre parti a mettere in discussione la validità di ben più di una singola disposizione²¹⁷. Risulta allora più semplice ed efficace lasciare che l'applicazione della disposizione controversa evolva spontaneamente fino a integrare una vera e propria prassi la quale, se imitata ovvero riconosciuta come legittima dalle parti, modifica il contenuto del trattato. In questo caso si suole dire che quella disposizione è caduta in desuetudine ed è stata sostituita con una regola diversa, creata mediante un accordo successivo tra le parti²¹⁸. Questa ipotesi veniva contemplata nei lavori della CDI²¹⁹. La bozza di articoli prevedeva infatti che un trattato potesse essere modificato da una prassi successiva, sviluppata in applicazione dello stesso, purché detta prassi riflettesse l'accordo delle parti di modificare il trattato (Art. 38). La formulazione dell'Art. 38 ricorda quella dell'Art. 31(3)(b) in base al quale la prassi successiva in applicazione di un trattato costituisce uno dei criteri oggettivi per interpretare il contenuto dello stesso²²⁰. L'Art. 38 si poneva del resto in naturale continuazione con l'Art. 31(3)(b): laddove un'analisi della prassi successiva suggerisce un'interpretazione distante dal significato originale di una disposizione, si può affermare che le parti abbiano tacitamente inteso sostituire la stessa con una disposizione simile²²¹. A livello teorico, la differenza è evidente: ai sensi dell'Art. 31(3)(b), la prassi successiva è uno strumento utile per interpretare una disposizione, mentre, ai sensi dell'Art. 38, comporta una modifica del trattato. A seguito di un acceso dibattito – eloquentemente definito in dottrina «un calvario»²²² –, l'Art. 38 non venne mantenuto all'interno della CVDT. Nel corso della codificazione si sostenne al proposito che la modifica di un trattato attraverso una prassi successiva è un argomento che interessa maggiormente la formazione di una regola consuetudinaria e, più in generale, il rapporto tra fonti dell'ordinamento. L'Art. 38 non venne dunque inserito nella CVDT in ragione della sua scarsa attinenza con il diritto dei trattati²²³. Ad ogni

²¹⁷ R. KOLB, *op. cit.*, p. 73. Una pratica frequente (*opting out procedure*) consiste nell'invio, da parte del depositario, della proposta di modifica o revisione del trattato alle altre parti. Se queste, entro un determinato periodo di tempo, non sollevano obiezioni, la proposta si intende accettata, cfr. D. KÖNIG, *Tacit Consent/Opting Out Procedure*, in MPEPIL, 2013, par. 1. Cfr. *infra*, **Cap. IV**, § 6.

²¹⁸ J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *Desuetudo*, *op. cit.*, par. 1.

²¹⁹ *Yearbook II*, 1966, p. 236.

²²⁰ Cfr. *supra*, § 2.3.

²²¹ «This subsequent practice [on interpretation of treaties] reflects what the parties intended. This is therefore a matter of reintroducing the intention of the parties to allow the definition of an objective that remains vague in text, but only if practice is concordant and common to all parties. Pushed to the extreme, this approach could lead to modifications of the treaty», J. M. SOREL, V. BORÉ EVENO, *op. cit.*, p. 826.

²²² G. DISTEFANO, *La pratique subséquente des États Parties à un traité*, 40 AFDI, 41, 71 (1994), p. 55.

²²³ Per un approfondimento, cfr. *ibid.*, pp. 55-61; R. KOLB, *op. cit.*, p. 74, in particolare nota 148.

modo, il meccanismo da esso descritto ricade oggi nell'Art. 39 il quale stabilisce laconicamente che un trattato può essere modificato da un «accordo» concluso tra le parti²²⁴.

Esistono numerosi episodi di desuetudine di una disposizione convenzionale, di alcune parti del testo o di trattati interi²²⁵. I primi risalgono all'applicazione di alcune disposizioni della Convenzione della Società delle Nazioni. La prassi successiva, tacitamente riconosciuta dalle parti come legittima, modificò l'Art. 1(2), autorizzando l'adesione di Stati non democratici, quali il Siam e l'Abissinia²²⁶. La prassi successiva sviluppata in seno all'Assemblea e al Consiglio modificò inoltre gli Artt. 16 e 18, permettendo alle parti di valutare in autonomia il *casus foederis* e ai trattati di entrare in vigore prima di essere registrati presso il Segretariato permanente²²⁷.

Uno dei casi più celebri di modifica di un trattato tramite una prassi successiva concerne l'applicazione dell'Art. 27(3) della Carta ONU. Esso stabilisce che ogni decisione del Consiglio di Sicurezza che non coinvolga questioni di procedura (Art. 27(2)) deve essere adottata con il voto favorevole di almeno nove membri, incluso quello di ciascun membro permanente. I membri permanenti sono però soliti astenersi dall'esercitare il proprio diritto di voto (e di veto). Nonostante il dettato dell'Art. 27(3), l'astensione viene considerata equivalere a un voto favorevole in quanto non contrario. Una decisione del Consiglio di Sicurezza può così essere adottata anche senza il voto favorevole di uno o più dei membri permanenti²²⁸. In *Presence of South Africa in Namibia* la CIG confermava la validità di questa deroga all'Art. 27(3)²²⁹. Oggetto del parere consultivo era il rifiuto del Sudafrica di dare esecuzione alla Risoluzione 284(1970) del Consiglio di Sicurezza. Il Sudafrica giustificava il proprio diniego sostenendo, *inter alia*, che la Risoluzione 284(1970) non era valida perché era stata adottata con l'astensione dell'Unione Sovietica e del Regno Unito²³⁰. La CIG osservò che il Consiglio di Sicurezza aveva ormai da tempo sviluppato la prassi di adottare una risoluzione in costanza dell'astensione di uno dei membri permanenti e che tale prassi fosse valida in quanto riconosciuta come legittima dai membri dell'ONU²³¹.

Ulteriore esempio degno di nota è *Interpretation of the Air Transport Services Agreement*. La

²²⁴ Cfr. Ph. SANDS, *Article 39: General Rules regarding the Amendment of Treaties*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *op. cit.*, Vol. II, p. 972.

²²⁵ La desuetudine di un trattato interno coincide con la sua estinzione tacita, cfr. *infra*, § 2.6.

²²⁶ R. KOLB, *op. cit.*, p. 74.

²²⁷ *Ibid.* E cfr. J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *Desuetudo*, *op. cit.*, par. 4.

²²⁸ R. KOLB, *ibid.*, p. 75 e J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *ibid.*, par. 5.

²²⁹ *Continued Presence of South Africa in Namibia*, par. 21.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*, par. 22. Come osservato da R. KOLB «in the *Namibia* advisory opinion of 1971 the ICJ held that [...] the clear text of article 27, § 3, of the Charter [...] had been modified by the subsequent practice within the Council. No objection against the new practice had been raised in the UN membership. *It had thus been accepted by acquiescence*», *op. cit.*, p. 76, corsivo aggiunto. Per ulteriori esempi di sviluppo di una prassi successiva in deroga alle disposizioni della Carta ONU cfr. *ibid.*, p. 75.

Francia lamentava qui che gli Stati Uniti applicassero un trattato del 1946 relativo ai servizi di trasporto aereo in maniera difforme da quanto concordato. La prassi sviluppata dagli Stati Uniti in applicazione del trattato del 1946 si protraeva per circa un decennio e la Francia si asteneva dal sollevare qualsiasi obiezione al riguardo²³². Il tribunale arbitrale accertò che l'acquiescenza prestata dalla Francia aveva modificato il contenuto del trattato e che, di conseguenza, le compagnie aeree statunitensi avevano acquisito il diritto di servire l'aeroporto di Teheran passando per Parigi, Roma, Beirut e Damasco²³³.

Dai casi rapidamente descritti emerge con chiarezza l'importanza che gioca il silenzio delle parti nella modifica di un trattato per prassi successiva. Analogamente a quanto detto circa l'Art. 31(3)(b), la prassi successiva produce i propri effetti in quanto manifestazione tangibile dell'esistenza di un accordo tra le parti volto, per l'appunto, a modificare o integrare il contenuto di un trattato. Questo accordo può senza dubbio derivare da un insieme di condotte positive, magari reciproche o poste in essere contemporaneamente, ma non è necessario che tutte le parti abbiano partecipato attivamente allo sviluppo della prassi successiva perché il trattato subisca una modifica²³⁴. Il più delle volte l'accordo si perfezionerà per l'assenza di proteste dinanzi a un'applicazione difforme del trattato. L'interesse ad agire è implicito nella qualità di parte: è solo quest'ultima che ha il diritto (e il dovere) di denunciare una qualche difformità nell'applicazione del trattato²³⁵. Pertanto, se l'inerzia delle parti si prolunga per un periodo di tempo significativo, essa manifesterà il consenso a introdurre una modifica che replichi una certa prassi. Il silenzio si converte così nel tacito riconoscimento della legittimità o desiderabilità di una modifica da apportare a un trattato e l'acquiescenza delle parti esprimerà una *opinio juris* che, secondo autorevole dottrina, cristallizza una tipologia speciale di regola consuetudinaria²³⁶.

²³² *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, 22 dicembre 1963, UNRIAA, Vol. XVI, p. 5, pp. 62-64.

²³³ *Ibid.*, p. 66. E cfr. *UNESCO Tax Regime (Tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France (France – UNESCO))*, 14 gennaio 2003, UNRIAA, Vol. XXV, p. 321, in cui il tribunale arbitrale esclude che il silenzio dell'UNESCO dinanzi alla prassi successiva posta in essere dalla Francia avesse modificato il contenuto di un trattato del 1954. Tale silenzio infatti non era suscettibile di esprimere acquiescenza: «since the Tribunal gave greater weight to the conduct of the authorities competent to speak for France, UNESCO's silence in response to the practice of non-taxation of retirement pensions by the tax administration had no legal consequence for the Agreement – there is no subsequent practice of the Parties which constitutes an interpretation of the Agreement other than that which clearly derives from its terms and which coincides with the intentions of the Parties at the time of the negotiations», *ibid.*, p. 234.

²³⁴ «The practice must not positively emanate from all treaty parties. That is to say that not every single party has to engage in that practice. It is enough that such practice is regularly followed by a number of treaty parties and that the other parties do not protest it. The practice then becomes 'common' by the aggregate of those who effectively engage in it and of the other parties which acquiesce through their silence», R. KOLB, *op. cit.*, p. 78. Cfr. anche J. P. COT, *La conduite subséquente des parties à un traité*, 37 RGDI, 632, 666 (1966), pp. 634-635.

²³⁵ R. KOLB, *ibid.*

²³⁶ «The issue is plainly not one limited to a legal act (a tacit agreement); it is rather one about a customary process engrafted upon the treaty (subsequent practice). The *opinio juris* in this case flows automatically from the fact that the implementation of a treaty is a stake [...]. In other words, we are here confronting a special type of customary law, which

La modifica di un trattato per prassi successiva sanzionata dal silenzio delle parti non va peraltro confusa con la modifica di un trattato adottata in conformità a una procedura di *opting out*. Per la descrizione di quest'ultima e le differenze con la modifica di un trattato per «accordo» tacito ai sensi dell'Art. 39 CVDT si rinvia a quanto si dirà in tema di acquiescenza e procedura di *opting out*²³⁷.

2.5. L'acquiescenza e l'invalidità dei trattati

La CVDT prevede la possibilità che uno Stato perda il diritto di dichiarare invalido, terminare, ritirarsi da o sospendere un trattato per una delle cause elencate agli Artt. 46-50, 60-62 qualora abbia rinunciato a tale diritto, in maniera espressa (Art. 45(a)) o tacita (Art. 45(b)). La *ratio* è scongiurare l'esercizio abusivo del diritto di invocare una delle cause di invalidità (sospensione o terminazione) di un trattato²³⁸. Uno Stato, dopo aver scoperto la sussistenza di una causa di invalidità in un trattato, potrebbe ad esempio continuare a dare esecuzione allo stesso senza avvisare le altre parti. Esso potrebbe in seguito svincolarsi dai propri obblighi convenzionali semplicemente facendo valere la causa di invalidità del trattato²³⁹. Questa condotta contraddittoria tradirebbe le legittime aspettative delle parti, creando un danno ingiusto, e avvantaggerebbe lo Stato che ha agito in mala fede. L'Art. 45 CVDT ha la funzione di evitare che si verifichi una simile situazione²⁴⁰.

L'Art. 45(a) disciplina l'ipotesi più semplice (ma meno frequente) in cui uno Stato rinuncia esplicitamente al diritto di invocare l'invalidità di un trattato. Lo Stato dovrà attenersi a quanto dichiarato e non potrà poi cambiare idea, affermando di non essere vincolato al rispetto del trattato perché invalido²⁴¹. Si può qui aggiungere che la distinzione tracciata dall'Art. 45 tra rinuncia espressa (Art. 45(a)) e tacita (Art. 45(b)) pare coerente con quanto detto circa il rapporto tra atti unilaterali e acquiescenza²⁴². Il concetto di rinuncia quale atto unilaterale (*waiver*) viene infatti preso in considerazione all'Art. 45(a) solo in quanto rinuncia espressa, mentre quello di acquiescenza viene associato dall'Art. 45(b) a qualsiasi altra condotta concludente. Ciò conferma che la rinuncia quale atto unilaterale non può mai manifestarsi sotto forma di un silenzio²⁴³.

L'Art. 45(b) disciplina invece l'ipotesi in cui uno Stato rinunci implicitamente al diritto di invocare l'invalidità di un trattato. Si tratta dell'unico articolo nella CVDT che fa riferimento all'acquiescenza

is limited to the treaty parties and where the legal opinion is implicit», *ibid.*, p. 77.

²³⁷ *Infra*, **Cap. IV**, § 6.

²³⁸ Cfr. A. MARIE, *op. cit.*, p. 137.

²³⁹ M. E. VILLIGER, *Commentary, op. cit.*, p. 576.

²⁴⁰ *Yearbook II, 1966*, p. 239. Cfr. R. KOLB, *op. cit.*, p. 60.

²⁴¹ M. E. VILLIGER, *Commentary, op. cit.*, p. 577.

²⁴² Cfr. *supra*, **Cap. I**, § 4.1.

²⁴³ *Ibid.*

e la sua adozione incontrò forti resistenze tra gli Stati firmatari²⁴⁴. La maggiore perplessità riguardava proprio il ruolo giocato dall'acquiescenza nella possibile perdita di un diritto tradizionalmente percepito come di primaria importanza. Alcuni Stati evidenziavano la difficoltà di dedurre la rinuncia di invocare l'invalidità di un trattato da una condotta, specie quando quest'ultima si traduca in un'astensione o in un silenzio²⁴⁵. Altri suggerivano che l'Art. 45(b) si prestasse ad abusi e rendesse la denuncia di un trattato eccessivamente onerosa per la parte che, in buona fede, si fosse accorta dell'esistenza di una causa di invalidità solo dopo molto tempo²⁴⁶. Le numerose opposizioni alla validità dell'Art. 45(b) hanno portato la dottrina a interrogarsi se questa disposizione coincida o meno con una regola di diritto consuetudinario²⁴⁷. La CIG pare interpretare l'Art. 45(b) come ricognitivo di una consuetudine.

In *Nicaragua c. Colombia* (2007) ad esempio, il Nicaragua invocava l'invalidità del Trattato di Managua del 1928. Esso stabiliva i confini marittimi tra il Nicaragua e la Colombia nell'Arcipelago di San Andrés. Il Nicaragua sosteneva che il Trattato del 1928 non fosse valido perché concluso in violazione della Costituzione e, per di più, da una Potenza straniera, poiché, a quel tempo, il Paese era sottoposto all'occupazione militare degli Stati Uniti²⁴⁸. La Colombia osservava al contrario che, per quasi cinquant'anni, il Nicaragua si era astenuto dal sollevare quella questione e che, pertanto, al di là del merito della controversia, esso aveva perduto il diritto di invocare l'invalidità del Trattato del 1928²⁴⁹. La CIG accolse la posizione della Colombia e, sebbene il Nicaragua non sia parte della CVDT, ribadì che, dopo tanto tempo e varie occasioni ufficiali per rappresentare il problema, la validità del Trattato del 1928 non poteva più essere posta in discussione²⁵⁰.

²⁴⁴ M. KOHEN, S. HEATHCOTE, *Article 45: Loss of a Right to Invoke a Ground for Invalidating, Terminating, Withdrawing from or Suspending the Operation of a Treaty*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *op. cit.*, Vol. II, pp. 1067-1068. Sul punto cfr. anche A. MARIE, *op. cit.*, pp. 138-140.

²⁴⁵ *Ibid.* L'Art. 45(b) riconduce infatti un'espressione di acquiescenza non solo a una condotta passiva, omissiva o a un silenzio, ma anche a qualsiasi altro comportamento (attivo) dal quale desumere la rinuncia al diritto di invocare l'invalidità di un trattato, *ibid.*, p. 1084.

²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 1068, 1077.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 1071. La giurisprudenza ha riconosciuto l'applicabilità della regola ben prima che venisse codificata all'Art. 45(b) CVDT, cfr. *ibid.*, pp. 1069-1070 e R. KOLB, *op. cit.*, p. 61.

²⁴⁸ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 832, par. 75.

²⁴⁹ *Ibid.*, par. 76.

²⁵⁰ «The Court thus notes that, for more than 50 years, Nicaragua has treated the 1928 Treaty as valid and never contended that it was not bound by the Treaty, even after the withdrawal of the last United States troops at the beginning of 1933. At no time in those 50 years [...] did Nicaragua contend that the Treaty was invalid for whatever reason, including that it had been concluded in violation of its Constitution or under foreign coercion. [...] The Court thus finds that Nicaragua cannot today be heard to assert that the 1928 Treaty was not in force in 1948», *ibid.*, par. 79-80. E cfr. *ibid.*, B. SIMMA, *Declaration*, p. 859: «[t]he principle underlying Article 45 (b) of the Vienna Convention is undoubtedly applicable under the present circumstances: by its past behavior, Nicaragua can no longer rely on the invalidity of the 1928 Treaty» e *ibid.*, R. ABRAHAM, *Separate Opinion*, par. 45 «the Vienna Convention [...] assuredly must be seen as expressing the customary law of treaties as it now stands on this point». E cfr., più di recente, *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017*, p. 3, par. 49: «the Court observes that under cus-

Oltre al carattere, convenzionale o consuetudinario, della regola, l'Art. 45(b) presenta almeno altri due aspetti controversi. Il primo concerne la natura, procedurale o materiale, della tacita rinuncia al diritto di invocare l'invalidità di un trattato. Indipendentemente dall'istituto in relazione al quale l'acquiescenza dispiega i propri effetti, essa incide infatti sull'esistenza di un diritto e non sulla facoltà di azionare quel diritto in giudizio²⁵¹. La rubrica dell'Art. 45(b), intitolata alla perdita del *diritto di invocare* l'invalidità di un trattato, suggerisce però che l'acquiescenza produca qui effetti procedurali²⁵². Alla stregua dell'*estoppel*, del quale del resto è considerato espressione²⁵³, l'Art. 45(b) precluderebbe quindi a uno Stato di invocare l'invalidità di un trattato, ma senza conseguenze di sorta sulla causa di invalidità che vizia la conclusione dello stesso.

Tornando a *Nicaragua c. Colombia* (2007), si potrebbe argomentare che la CIG abbia deciso di affrontare l'istanza del Nicaragua circa l'invalidità del Trattato del 1928 nel corso delle obiezioni preliminari proprio perché la perdita del diritto di invocare l'invalidità di un trattato è una questione procedurale²⁵⁴. Questa interpretazione dell'Art. 45(b) non è tuttavia sostenibile, per diverse ragioni. In primis, la regola è stata collocata nella Sezione 1 della Parte V della CVDT, vale a dire tra le disposizioni generali in tema di nullità, estinzione e sospensione dell'applicazione dei trattati. Se la rinuncia di cui all'Art. 45(b) producesse effetti procedurali, sarebbe stato più sensato inserire quest'ultimo nella Sezione 4 che si occupa della procedura da seguire per invocare detta nullità, estinzione o sospensione²⁵⁵. L'idea che l'applicazione dell'Art. 45(b) produca effetti materiali trova inoltre supporto nei lavori della CDI sul diritto dei trattati. Sir Humphrey WALDOCK segnalava al riguardo che la regola non dovesse ricondursi al concetto di preclusione, ma a quello di un accordo tacito²⁵⁶. Infine, qualificare gli effetti della rinuncia come solo procedurali si scontra con la funzione stessa dell'Art. 45(b), e cioè con l'esigenza di garantire che un trattato rimanga valido se la parte che aveva l'opportunità di invocare una causa di invalidità ha scelto di tacere ed eseguire lo stesso senza avvertire le altre parti. In questo senso, non v'è dubbio che l'acquiescenza produca effetti materiali, sanando un

tomary international law, reflected in Article 45 of the Vienna Convention, a State may not invoke a ground for invalidating a treaty on the basis of, *inter alia*, provisions of its internal law regarding competence to conclude treaties if, after having become aware of the facts, it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of that treaty».

²⁵¹ Cfr. *supra*, **Cap I, § 1**.

²⁵² M. KOHEN, S. HEATHCOTE, *op. cit.*, p. 1073.

²⁵³ *Yearbook II, 1966*, p. 239. Cfr. R. KOLB, *op. cit.*, p. 60. Sull'*estoppel*, cfr. *infra*, **Cap. V, §§ 2 ss.**

²⁵⁴ Il vice-Presidente A. AL-KHASAWNEH lamentava che la CIG avrebbe dovuto attendere la fase di merito per pronunciarsi sull'invalidità del Trattato del 1928, *Nicaragua c. Colombia* (2007), *Dissenting Opinion*, par. 5. In realtà, l'esigenza di affrontare l'istanza del Nicaragua nelle obiezioni preliminari derivava dal fatto che la giurisdizione della CIG dipendeva dalla validità del Trattato del 1928. Coerentemente, la CIG rimandava alla fase di merito ogni altra decisione concernente il Trattato del 1928 (*ibid.*, parr. 82, 89). Cfr. M. KOHEN, S. HEATHCOTE, *op. cit.*, p. 1073.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ H. WALDOCK, *Fifth Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/183), 1966 [*Fifth Report*], p. 7.

trattato altrimenti invalido²⁵⁷.

Il secondo aspetto controverso interessa le modalità concrete di accertamento della rinuncia quando espressa mediante una condotta passiva. La conoscenza dell'esistenza di una causa di invalidità è ovviamente il requisito principale per applicare l'Art. 45, che la rinuncia sia espressa o tacita²⁵⁸. Conoscenza è sinonimo di conoscibilità: l'effettiva conoscenza dell'esistenza di una causa di invalidità potrà cioè essere ricostruita anche indirettamente, tramite un'analisi delle circostanze²⁵⁹. La rinuncia del diritto di invocare una causa di invalidità di un trattato ai sensi dell'Art. 45(b) dovrà potersi desumere da un'inerzia inequivoca e costante e, dunque, prolungata nel tempo²⁶⁰. In particolare, nonostante la CDI non subordini gli effetti della rinuncia alla scadenza di un termine, il silenzio della parte venuta a conoscenza dell'esistenza di una causa di invalidità dovrà protrarsi per un periodo di tempo ragionevole²⁶¹. Di converso, qualora uno Stato voglia invocare una causa di invalidità, esso dovrà agire, se non nell'immediato, quanto meno senza ingiustificato ritardo²⁶².

In breve: a differenza, ad esempio, dell'Art. 20(5)²⁶³, l'Art. 45(b) non introduce una presunzione in base alla quale, se una parte non ha invocato l'invalidità di un trattato per un certo periodo di tempo, *dev'essere perché* essa ha tacitamente rinunciato a esercitare questo diritto. L'Art. 45(b) si limita ad ammettere che la perdita del diritto di invocare l'invalidità di un trattato possa anche derivare dalla mera condotta passiva di una delle parti. Questa condotta non produrrà però alcun effetto *di per sé*, ma solo in quanto espressione della volontà di una parte di astenersi dal denunciare l'esistenza di una causa di invalidità (sospensione o terminazione) del trattato²⁶⁴.

2.6. L'acquiescenza e l'estinzione dei trattati

Infine, l'acquiescenza gioca un ruolo di primo piano nell'estinzione (o sospensione) di un trattato. L'Art. 54 CVDT afferma che, in generale, l'estinzione o la denuncia di un trattato debbano avvenire

²⁵⁷ «The fundamental trait of [...] Article [45(b)] is its affirmation of the validity of the treaty, or of its maintenance in force or in operation despite the existence of a ground for invalidity [...]. The rule set out can thus also be called a rule of substance», M. KOHEN, S. HEATHCOTE, *op. cit.*, p. 1073.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 1076.

²⁵⁹ *Ibid.*; R. KOLB, *op. cit.*, p. 60.

²⁶⁰ M. KOHEN, S. HEATHCOTE, *ibid.*, p. 1082.

²⁶¹ H. WALDOCK, *Fifth Report*, p. 7.

²⁶² *Ibid.* E cfr. M. KOHEN, S. HEATHCOTE, *op. cit.*, pp. 1077, 1078; R. KOLB, *op. cit.*, p. 60: «certainly, the reaction must be reasonably swift».

²⁶³ Cfr. *supra*, § 3.2.

²⁶⁴ «The formulation used [in Article 45 (b)] could lead one to believe that independently of the existence or not of a genuine acquiescence, the State 'must be considered as having acquiesced'. However, in this part of the provision the stress is laid on the 'conduct' or behaviour of the State. It is therefore ultimately an examination of this conduct or behaviour which enables one to establish whether the State has, or has not, acquiesced», M. KOHEN, S. HEATHCOTE, *op. cit.*, p. 1078.

in conformità con le disposizioni contenute nello stesso (Art. 54(a)), ovvero sulla base del consenso di tutte le parti (Art. 54(b)). Entrambi i paragrafi sono espressione del principio fondamentale *pacta sunt servanda*. L'Art. 54(a) afferma l'applicabilità di questo principio alle modalità di estinzione (*termination*) o denuncia (*withdrawal*) di un trattato²⁶⁵.

L'Art. 54(b) integra l'Art. 54(a) e stabilisce che le parti possano in qualsiasi momento accordarsi per terminare gli effetti del trattato. In ossequio al principio *pacta sunt servanda*, l'Art. 54(b) riflette l'idea che, al di là dell'esistenza di indicazioni specifiche – o di una delle cause di estinzione elencate nella CVDT –, l'unico modo per liberare le parti dalle proprie obbligazioni convenzionali è concludere un accordo volto precisamente a porre fine al trattato in vigore²⁶⁶. Questo accordo si caratterizza per tre elementi: il primo è che dev'essere stipulato dalla totalità delle parti del trattato²⁶⁷.

Il secondo elemento consiste nell'assenza di formalità nella conclusione dell'accordo successivo²⁶⁸. Il trattato può cioè essere terminato in qualsiasi momento e in qualsiasi modo, purché sussista il consenso di tutte le parti²⁶⁹. In particolare, la CDI rigettò la validità della teoria dell'"atto contrario" (*acte contraire*) che imporrebbe alle parti di un trattato di estinguere lo stesso esclusivamente mediante un "atto contrario", vale a dire un atto concluso nella medesima forma e dal contenuto opposto²⁷⁰. Le parti possono certamente concludere un trattato per estinguere un altro trattato, ma possono impiegare anche strumenti diversi. Ciò trova implicita conferma nel dettato dell'Art. 54(b), laddove il testo riporta il termine «consenso» e non «accordo» per descrivere il mezzo di estinzione o denuncia di un trattato²⁷¹. La bozza originale venne sostituita proprio per non dare l'impressione di supportare la teoria dell'atto contrario e permettere alle parti di esprimere il proprio consenso in maniera informale o anche tacita²⁷². Invero, non v'è dubbio che il silenzio delle parti possa portare all'estinzione o alla denuncia di un trattato²⁷³. Se, ad esempio, in mancanza di una disposizione che autorizzi la denuncia

²⁶⁵ V. CHAPAUX, *Article 54: Termination of or Withdrawal from a Treaty under Its Provisions or by Consent of the Parties*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *op. cit.*, Vol. II, p. 1238. Per una discussione sulla distinzione tra estinzione (*termination*) e denuncia (*withdrawal*), cfr. *ibid.*, p. 1242.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 1237.

²⁶⁷ Tale scelta incontrò delle resistenze all'interno della CDI, ove prese piede l'ipotesi di predisporre un meccanismo più flessibile di estinzione o denuncia dei trattati multilaterali, fondato su una decisione adottata a maggioranza qualificata. Il dibattito si risolse tuttavia a favore del mantenimento del criterio dell'unanimità, anche in virtù della natura consuetudinaria di quest'ultimo, *ibid.*, p. 1239.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 1243; M. E. VILLIGER, *op. cit.*, p. 686.

²⁶⁹ V. CHAPAUX, *ibid.*; M. E. VILLIGER, *ibid.*

²⁷⁰ H. WALDOCK, *Second Report on the law of the treaties* (UN Doc. A/CN.4/156), 1963 [*Second Report*], p. 71: «It is sometimes said that the subsequent agreement must be cast in the same form as the treaty which is to be terminated, or at least be a treaty form of "equal weight". This view [however,] reflects the constitutional practice of individual States, not a general rule of treaty law». E cfr. *Yearbook II, 1966*, p. 249.

²⁷¹ V. CHAPAUX, *op. cit.*, p. 1244.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ G. FITZMAURICE, *Second Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/107), 1957 [*Second Report*], p. 28. E cfr. A. MARIE, *op. cit.*, p. 340.

unilaterale, una parte dichiara di volersi ritirare da un trattato bilaterale senza un valido motivo e l'altra parte si astiene dal sollevare obiezioni per un certo periodo di tempo, quest'ultima dovrà ritenersi aver manifestato acquiescenza e il trattato si estinguerà di conseguenza²⁷⁴.

Il terzo elemento è più problematico e si pone in potenziale contrasto con il secondo. Nella parte finale, l'Art. 54(b) subordina il diritto delle parti di estinguere un trattato per mutuo consenso allo svolgimento di una consultazione con le altre «parti contraenti». Con «parti contraenti» si intendono quegli Stati che hanno sottoscritto un trattato ma per i quali quest'ultimo deve ancora entrare in vigore²⁷⁵. Questo obbligo procedurale dovrebbe tutelare i diritti delle parti future le quali hanno un interesse evidente affinché il trattato non si estingua²⁷⁶. Ad ogni modo, l'obbligo di consultazione presenta più di una difficoltà. In primis, non è chiaro in cosa si traduca in concreto il concetto di consultazione²⁷⁷, né quale sia la sua funzione effettiva, posto che le parti contraenti hanno sì il diritto di farsi ascoltare, ma non partecipano al raggiungimento dell'accordo sull'estinzione del trattato²⁷⁸. Lo svolgimento della consultazione sarà pertanto ininfluenza da questo punto di vista. Inoltre, l'obbligo della consultazione non è una regola di diritto consuetudinario. Non esiste prassi che testimoni l'abitudine degli Stati di avviare delle consultazioni con le parti contraenti prima di procedere all'estinzione di un trattato²⁷⁹. Questa circostanza non è casuale ed è dovuta al fatto che l'applicazione dell'Art. 54(b) viene in rilievo principalmente rispetto all'estinzione tacita di un trattato²⁸⁰. L'obbligo di consultazione mal si concilia però con l'estinzione di un trattato tramite acquiescenza. Se, come spesso accade, alcune parti non reagiscono a fronte della proposta di estinzione o denuncia di un trattato, non si capisce come l'obbligo di consultazione delle parti contraenti, che presuppone una condotta attiva, possa essere soddisfatto²⁸¹. Come sottolineato in dottrina: «it is difficult to imagine how State parties could demand the opinion of the other contracting State as part of a tacit consent, which is based, by definition, on what is left unsaid»²⁸².

Un argomento strettamente correlato all'estinzione dei trattati per acquiescenza è la desuetudine (*desuetudo*)²⁸³. Un trattato cade in desuetudine dopo che, per un lungo periodo di tempo, le parti

²⁷⁴ V. CHAPAUX, *op. cit.*, p. 1244; M. E. VILLIGER, *op. cit.*, p. 687. E cfr. H. WALDOCK, *Second Report*, p. 71.

²⁷⁵ Sull'interpretazione della formulazione dell'Art. 54(b) cfr. V. CHAPAUX, *ibid.*, p. 1240.

²⁷⁶ *Ibid.*, 1254.

²⁷⁷ R. PLENDER, *The Role of Consent in the Termination of Treaties*, 57 *British Y.B. Int'l L.*, 133, 167 (1987), p. 144.

²⁷⁸ *Ibid.*, pp. 138 ss. E cfr. M. E. VILLIGER, *op. cit.*, p. 689: «consultation [...] implies the right for the contracting States to be heard, though not to participate in the decision».

²⁷⁹ V. CHAPAUX, *op. cit.*, p. 1241; R. PLENDER, *ibid.*, p. 152.

²⁸⁰ V. CHAPAUX, *ibid.*, p. 1240.

²⁸¹ «Accordingly, a practice in favour of consulting the other contracting States, as part of a termination or withdrawal process based on tacit consent, is not only non-existent but also impossible», *ibid.*, p. 1241.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Sul punto cfr. anche *supra*, § 1.8.

hanno smesso di dare esecuzione allo stesso²⁸⁴. Il silenzio non produce qui i propri effetti quale reazione (*rectius*: mancanza di reazione) alla denuncia o alla proposta di estinzione del trattato avanzata da una delle parti. La desuetudine configura piuttosto una situazione in cui *tutte* le parti, sottraendosi sistematicamente ai propri obblighi convenzionali, manifestano la comune volontà di estinguere il trattato. Un esempio storico di desuetudine è offerto dalla Santa Alleanza²⁸⁵. Lo scopo di questa organizzazione politica, nata a margine del Congresso di Vienna (1815) tra Austria, Prussia e Russia, era supervisionare la Restaurazione in Europa. Con la Rivoluzione di luglio (1830), la Santa Alleanza entrò in crisi e l'accordo istitutivo, pur non essendo mai stato terminato formalmente, cadde in desuetudine²⁸⁶.

La prassi recente in tema di desuetudine dei trattati è comunque scarsa²⁸⁷. Sia in *Nuclear Tests* che in *Aegean Sea* le parti attrici, rispettivamente l'Australia e la Grecia, domandavano alla CIG l'emissione di misure cautelari ai sensi dell'Art. 41 dello Statuto o, in alternativa, dell'Art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1928 sulla risoluzione pacifica delle controversie²⁸⁸. Le controparti ribattevano che la Convenzione del 1928 non poteva applicarsi, perché caduta in desuetudine²⁸⁹. La CIG non si pronunciò sul punto, limitandosi a rilevare, nel primo caso, l'applicabilità dell'Art. 41 dello Statuto e, nel secondo, l'assenza della propria giurisdizione²⁹⁰. In entrambe le occasioni peraltro, diversi giudici negarono che, da un'analisi della condotta delle parti della Convenzione del 1928, quest'ultima potesse considerarsi estinta²⁹¹.

La CVDT non contiene menzioni sull'eventualità che un trattato si estingua per desuetudine. Invero, Sir Gerald FITZMAURICE aveva proposto di inserire la desuetudine, intesa quale tacito accordo la cui esistenza può essere ricostruita sulla base della condotta delle parti, quale autonoma causa di estinzione di un trattato²⁹². La CDI decise tuttavia di eliminare ogni riferimento alla desuetudine,

²⁸⁴ J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *Desuetudo*, *op. cit.*, par. 1.

²⁸⁵ *Ibid.*, par. 3.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ Per ulteriori esempi, cfr. *ibid.*, parr. 3-5; A. MARIE, *op. cit.*, p. 341.

²⁸⁸ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 253 [*Nuclear Tests*], par. 22; *Aegean Sea Continental Shelf*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1978*, p. 3 [*Aegean Sea*], par. 38.

²⁸⁹ *Nuclear Tests*, *ibid.*; *Aegean Sea*, *ibid.*

²⁹⁰ *Nuclear Tests*, *ibid.*, par. 58; *Aegean Sea*, *ibid.*, par. 40. E cfr. *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 90 [*East Timor*], Ch. WEERAMANTRY, *Dissenting Opinion*, pp. 190-191.

²⁹¹ *Nuclear Tests*, Ch. D. ONYEAMA, H. D. DILLARD, E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, H. WALDOCK, *Joint Dissenting Opinion*, parr. 53 ss.; *ibid.*, F. DE CASTRO, *Dissenting Opinion*, p. 381 («it seems to me to be going too far to argue from the silence surrounding the Act that this is such as to give rise to a presumption of lapse»); *ibid.*, G. BARWICK, *Dissenting Opinion*, pp. 404-405; *Aegean Sea*, F. DE CASTRO, *Dissenting Opinion*, par. 2; *ibid.*, M. STASSINOPOULOS, *Dissenting Opinion*, parr. 1-5. Ma cfr. *Nuclear Tests*, A. GROS, *Separate Opinion*, pp. 296-297; *ibid.*, S. PETRÉN, *Separate Opinion*, p. 302.

²⁹² «Mutual desuetude: [...] failure by [...] all the parties over a long period to apply or invoke a treaty, or other conduct evidencing a lack of interest in it, may amount to a *tacit agreement* by the parties to disregard the treaty, or to treat it as terminated», G. FITZMAURICE, *Second Report*, p. 28.

ritenendo l'istituto ricompreso nella formulazione di quello che diventerà l'Art. 54(b)²⁹³. Poiché l'Art. 42(2) stabilisce che le uniche cause di estinzione di un trattato sono quelle disciplinate nella CVDT, la desuetudine potrà essere invocata soltanto nell'ambito dell'Art. 54(b). La parte formulerà la propria istanza nel senso di richiedere l'accertamento dell'esistenza di un accordo tacito concluso tra le parti al fine di estinguere il trattato caduto in desuetudine²⁹⁴. Autorevole dottrina interpreta peraltro il comportamento concludente delle parti come una prassi espressione di una *opinio juris*²⁹⁵. La desuetudine non sarebbe allora il risultato di un accordo tacito, ma un fenomeno uguale e contrario alla consuetudine. Di conseguenza, l'estinzione del trattato non dipenderebbe dalla conclusione di un accordo tacito, ma dalla creazione di una «consuetudine negativa» alimentata da una «*opinio non juris*»²⁹⁶.

Una precisazione finale: nell'estinzione dei trattati, l'acquiescenza assume importanza anche in relazione a cause diverse dal mutuo consenso delle parti. Da un lato, ai sensi dell'Art. 45(b), il silenzio mantenuto dinanzi al materializzarsi di una delle cause elencate agli Artt. 46-50, 60-62 CVDT comporterà la perdita del diritto di invocare l'estinzione del trattato²⁹⁷. Dall'altro, le parti potranno esprimere tacitamente il proprio consenso a estinguere il trattato non solo rispetto a una semplice proposta, ma ogniqualvolta una di esse contesti il verificarsi di una delle cause di estinzione di un trattato (ad esempio, il mutamento fondamentale delle circostanze). In questo caso, la mancanza di un qualche tipo di obiezione, se protratta nel tempo, finirà per equivalere al riconoscimento degli argomenti della parte che invoca l'estinzione dei propri obblighi convenzionali. Il silenzio produrrà acquiescenza e le parti, seppur implicitamente, concorderanno sul fatto che la causa in questione ha estinto il trattato.

3. Considerazioni conclusive

Il Capitolo III descrive e discute il ruolo che gioca l'acquiescenza nelle fonti sulla produzione di diritto internazionale. Come visto, sia nel diritto consuetudinario che in quello dei trattati, tale ruolo assume un'importanza centrale.

In particolare, il silenzio di uno Stato può integrare sia l'elemento soggettivo (prassi) che quello soggettivo (*opinio juris*) di una consuetudine. Il primo si tradurrà in una condotta omissiva, il secondo

²⁹³ «[W]hile “obsolescence” or “desuetude” may be a factual cause of the termination of a treaty, the legal basis of such termination, when it occurs, is the consent of the parties to abandon the treaty, which is to be implied from their conduct in relation to the treaty. In the Commission’s view, therefore, cases of “obsolescence” or “desuetude” may be considered as covered by article 51, paragraph (b) under which a treaty may be terminated “at any time by consent of all the parties”», *Yearbook II, 1966*, p. 237.

²⁹⁴ J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *Desuetudo*, *op. cit.*, par. 9-10. Si riproporranno gli stessi problemi illustrati in precedenza circa l'obbligo di consultazione.

²⁹⁵ R. KOLB, *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham, Elgar, 2016, p. 240.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Cfr. *supra*, § 2.5.

nella manifestazione di un consenso tacito circa l'adozione di una condotta attiva o passiva, conforme o contraria a una regola di diritto internazionale, da parte di uno o più Stati. I due elementi tendono peraltro a sovrapporsi: il medesimo silenzio può venire in rilievo sia quale prassi che, direttamente, quale *opinio juris*. Non ogni silenzio è tuttavia suscettibile di esprimere la *opinio juris* di uno Stato. A tal fine si distingue tra un "silenzio qualificato", caratterizzato cioè da determinati requisiti, e un "mero silenzio" che, anche se intenzionale, non produce acquiescenza. Questa distinzione adegua il procedimento di formazione della consuetudine al paradigma dell'azione-reazione. I requisiti del "silenzio qualificato", vale a dire la conoscibilità della condotta altrui, un interesse ad agire e il passaggio di un periodo significativo di tempo, garantiscono infatti che il silenzio in questione produca effetti giuridici solo se mantenuto da uno o più Stati dai quali sarebbe invece ragionevole attendersi una qualche reazione. Gli istituti della consuetudine particolare e dell'obiettore persistente replicano questa dinamica.

Anche il diritto dei trattati conosce diverse ipotesi in cui il silenzio di uno, più o tutti gli Stati parte produce effetti giuridici. Non si intende qui ripercorrere le modalità mediante le quali l'acquiescenza può condizionare, oltre che l'apposizione di riserve, i vari aspetti della vita di un trattato, come l'interpretazione, la modifica, l'invalidità o l'estinzione dello stesso. Basti evidenziare che non sempre risulta agevole identificare gli effetti concreti così prodotti. Il silenzio degli Stati parte può ad esempio sanzionare una prassi sulla base della quale ricostruire l'esistenza di un accordo sull'interpretazione (Art. 31(3)(b) CVDT) o di modifica (Art. 39 CVDT) del trattato. D'altronde non è da escludere che la modifica del trattato avvenga tramite la cristallizzazione di una tipologia speciale di consuetudine. In questo caso l'acquiescenza degli Stati parte non paleserà il consenso a concludere un accordo, ma una *opinio juris* circa la legittimità o desiderabilità di apportare una modifica al trattato. Considerazioni simili valgono in tema di estinzione del trattato. Quest'ultima può infatti verificarsi sia per conclusione (tacita) di un accordo successivo (Art. 54(b) CVDT) che per desuetudine.

Capitolo IV

Altri ambiti di applicazione dell'acquiescenza

SOMMARIO: 1. Introduzione: altri ambiti in cui l'acquiescenza dispiega i propri effetti. – 2. L'acquiescenza e l'esistenza di una controversia. – 3. L'acquiescenza e l'istituzione della giurisdizione di corti e tribunali internazionali. – 4. L'acquiescenza e la responsabilità internazionale degli Stati. – 5. L'acquiescenza e l'adozione delle decisioni nelle organizzazioni internazionali. – 6. L'acquiescenza e la procedura di *opting out*. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: altri ambiti in cui l'acquiescenza dispiega i propri effetti

L'acquiescenza è un argomento normalmente trattato in dottrina con riferimento alla prescrizione acquisitiva o alle fonti sulla produzione del diritto. Il silenzio degli Stati assume tuttavia rilievo anche in circostanze diverse, in costanza delle quali dispiega effetti specifici. Tra questi si segnalano la formazione di una controversia, l'istituzione della giurisdizione di corti o tribunali internazionali, la perdita del diritto di invocare la responsabilità di uno Stato e i meccanismi di adozione delle decisioni all'interno di un'organizzazione internazionale.

2. L'acquiescenza e l'esistenza di una controversia

La definizione di "controversia" può apparire scontata. Gli Stati e gli organi giudiziari internazionali presumono di sapere in che cosa si traduce questo concetto e di non riscontrare grandi difficoltà a identificare una controversia come tale¹. Tuttavia, accade di frequente che, nel tentativo di contestare la giurisdizione di un giudice internazionale, una parte neghi l'esistenza di una controversia. La dottrina e la giurisprudenza internazionale hanno quindi fornito varie indicazioni su cosa debba intendersi con "controversia" per istituire la giurisdizione di un tribunale o una corte internazionale². In *Mavrommatis* ad esempio, la CPGI descrisse una controversia come «a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons»³. In seguito, in *Interpretation of Peace Treaties (first phase)*, la CIG specificò che una controversia si materializza quando le

¹ C. H. SCHREUER, *What is a Legal Dispute?*, in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. WITTICH (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerard Hafner*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 959.

² Per la dottrina cfr. *ibid.* Per la giurisprudenza cfr. *infra*.

³ *The Mavrommatis Palestine Concessions, P.C.I.J., Collection of Judgments, Series A – No. 2, August 30th, 1924*, p. 11.

parti si mantengono su posizioni chiaramente incompatibili circa l'adempimento di un'obbligazione⁴. Queste due definizioni costituiscono un buon punto di partenza nell'accertamento dell'esistenza di una controversia, ma sollevano anche alcuni interrogativi: quali sono le circostanze in cui un semplice disaccordo sfocia in una controversia? Quali i criteri per distinguere una controversia giuridica da una meramente politica? E come assicurarsi che le posizioni delle parti siano davvero incompatibili o che la controversia non appartenga a una dimensione solo potenziale o astratta?

La risposta a queste domande esorbita dall'ambito della presente trattazione⁵. Basti qui sottolineare che l'insorgere di una controversia non può prescindere da un processo di comunicazione tra le parti⁶. Ciò significa che qualunque controversia si sviluppa dialetticamente, vale a dire attraverso un confronto. È precisamente da questo confronto, modellato sul già menzionato paradigma dell'azione-reazione⁷, che si profilano e poi emergono gli estremi di una controversia⁸. Al riguardo, la prassi mostra che non sono richieste formalità per soddisfare il requisito dell'avvenuto confronto al fine di rilevare l'esistenza di una controversia. In questo senso, una controversia può cristallizzarsi anche in assenza di un'opposizione attiva di una delle parti coinvolte⁹. In *Diplomatic and Consular Staff in Teheran* ad esempio, la CIG accertò l'esistenza di una controversia tra Stati Uniti e Iran nonostante quest'ultimo non avesse proposto una versione alternativa dei fatti rispetto a quella presentata dagli Stati Uniti e il procedimento si svolgesse in contumacia¹⁰. In *Land and Maritime Boundary* (1998) la Nigeria negava l'esistenza di una controversia sulla delimitazione del confine con il Camerun, limitandosi a reclamare la propria sovranità su alcune zone specifiche, tra cui Darak e la Penisola di Bakassi¹¹. Il Camerun sosteneva al contrario che porre in dubbio l'appartenenza di alcune zone al confine tra due Stati equivalesse ad aprire una discussione sulla delimitazione del confine nella sua interezza¹². La CIG osservò che, anche se l'istanza della Nigeria concerneva un paio di zone ben

⁴ *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950*, p. 65, p. 74: «there has thus arisen a situation in which the two sides hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain [...] obligations. Confronted with such a situation, the Court must conclude that international disputes have arisen». E cfr. *South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 319, p. 328; *Northern Cameroons, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 15, p. 27; *Nicaragua c. Stati Uniti* (1984), par. 83; *East Timor*, par. 22; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6, par. 90.

⁵ Per un'analisi, cfr. C. H. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 957 ss.

⁶ *Ibid.*, p. 960.

⁷ Cfr. *supra*, **Cap. I, § 1 e Cap. III, § 1.1.**

⁸ C. H. SCHREUER, *op. cit.*, p. 961.

⁹ *Ibid.* E cfr. A. MARIE, *op. cit.*, pp. 62 ss.

¹⁰ *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3 [*Diplomatic and Consular Staff in Teheran*], par. 45-47. E cfr. *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, p. 12, par. 38.

¹¹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 275, par. 84.

¹² *Ibid.*, par. 86.

localizzate e non era diretta a contestare l'intero confine, l'esistenza di una controversia più ampia potesse in principio dedursi anche dalla condotta delle parti, senza che la stessa dovesse necessariamente essere statuita *expressis verbis*¹³.

Ancora, in *CERD* la Russia affermava che la nozione di controversia («dispute») di cui all'Art. 22 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 dovesse interpretarsi diversamente da quella di controversia di diritto internazionale generale¹⁴. La Georgia ribatteva che non esistono differenze tra la nozione generalmente riconosciuta e quella menzionata nella Convenzione, enfatizzando che il confronto dal quale origina una controversia possa avvenire in maniera anche molto rapida e a fronte dell'inerzia o del silenzio di una delle parti¹⁵. La CIG confermò la posizione della Georgia, notando che l'esistenza di una controversia possa essere desunta anche dalla mancanza di proteste qualora sia ragionevole aspettarsi che la parte chiamata in causa debba difendersi dalle accuse¹⁶. Nel caso in questione la Georgia non aveva neanche provato a negoziare con la Russia la cessazione delle violazioni della Convenzione. Di conseguenza, la CIG escluse la propria giurisdizione ai sensi dell'Art. 22 della stessa¹⁷.

Un altro caso interessante è *Norstar*¹⁸. Nell'agosto del 1998 il pubblico ministero di Savona ordinava il sequestro di una nave battente bandiera panamense ancorata al porto di Palma di Maiorca per sospetta attività illecita nelle acque territoriali italiane¹⁹. A partire dall'agosto del 2001 fino all'aprile del 2010, Panama tentava di entrare in contatto con l'Italia per negoziare un accordo della controversia. Le comunicazioni procedevano a singhiozzo, vale a dire intervallate da anni di silenzio da entrambe le parti. Inoltre, l'Italia evitava spesso di rispondere ai messaggi inviati da Panama²⁰. Vista la scarsa collaborazione delle autorità italiane, Panama adiva il TIDM per risolvere la controversia. L'Italia reagì obiettando, *inter alia*, l'inesistenza di una controversia. In particolare, l'Italia sottolineava che le comunicazioni intercorse con Panama non potessero sostanziare una controversia²¹. Panama sosteneva invece che, rifiutandosi di rispondere, l'Italia avesse di fatto manifestato una posizione

¹³ «[A] disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not necessarily be stated *expressis verbis*. In the determination of the existence of a dispute, as in other matters, the position or the attitude of a party can be established by inference, whatever the professed view of that party», *ibid.*, par. 89.

¹⁴ *Application of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, p. 70, par. 26.

¹⁵ *Ibid.*, par. 153.

¹⁶ «[T]he existence of a dispute may be inferred from the failure to respond to a claim in circumstances where a response is called for», *ibid.*, par. 30.

¹⁷ *Ibid.*, parr. 177 ss.

¹⁸ *The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy), ITLOS Case N° 25, Preliminary Objections, Judgment of 4th November of 2016*, p. 4 [*Norstar*].

¹⁹ *Ibid.*, par. 42.

²⁰ *Ibid.*, parr. 43 ss.

²¹ *Ibid.*, par. 65.

contrari all'illegittimità del sequestro della nave²². Il TIDM riconobbe la validità dell'argomentazione di Panama, concludendo che l'Italia non potesse fare affidamento sul proprio silenzio per contestare l'esistenza di una controversia²³.

In *Marshall Islands* infine, la CIG ribadì come una condotta passiva possa contribuire alla formazione di una controversia²⁴. La CIG negò tuttavia l'esistenza di una controversia sulla base del fatto che il Regno Unito non poteva considerarsi a conoscenza della posizione delle Isole Marshall circa la violazione dei propri obblighi internazionali in tema di disarmo nucleare²⁵. La CIG confermava così che il silenzio può costituire un elemento di rilievo in relazione al quale valutare il confronto tra le parti e ricostruire l'esistenza di una controversia, ma solo quale atto giuridico. Infatti, solo un silenzio cosciente può dirsi volontario e, di conseguenza, produrre acquiescenza.

3. L'acquiescenza e l'istituzione della giurisdizione di corti e tribunali internazionali

Nel diritto internazionale l'esercizio della giurisdizione da parte di corti e tribunali si caratterizza per essere consensuale²⁶. Questo principio è logica conseguenza della struttura orizzontale dell'ordinamento internazionale nel quale manca un organo giudiziale che disponga del potere e sia sottoposto all'obbligo di applicare il diritto²⁷. A ciò si aggiunge il divieto, per le corti e i tribunali interni, di esercitare la propria giurisdizione su una condotta posta in essere dall'organo di uno Stato diverso da quello di appartenenza. Il carattere volontaristico della giurisdizione nel diritto internazionale è dunque espressione del concetto di eguale sovranità degli Stati e implica che, perché un giudice possa risolvere una controversia, le parti coinvolte abbiano prestato il proprio consenso.

Per quanto la consensualità della giurisdizione nell'ordinamento internazionale sia un principio

²² *Ibid.*, par. 76: «Panama states that “Italy has not responded to any of the written communications sent by Panama” and argues that, “[b]y refusing to answer Panama’s communications, Italy has, in fact, implicitly taken a very different position from Panama by rejecting Panama’s formal requests, thereby confirming the existence of a serious disagreement.” Panama is of the view that “[t]he Tribunal should take into account the silence of Italy as unambiguous evidence of its refusal of Panama’s claim”».

²³ *Ibid.*, par. 101: «Italy cannot rely on its silence to cast doubt on the existence of a dispute between the Parties. In the view of the Tribunal, the existence of such a dispute can be inferred from Italy’s failure to respond to the questions raised by Panama regarding the detention of the *M/V “Norstar”*». E cfr. A MARIE, *op. cit.*, p. 63: «le simple fait de s’abstenir de répondre équivaut toujours à un refus, quelle qu’ait été l’attitude sollicitée».

²⁴ Cfr. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 2016*, p. 833, par. 40.

²⁵ *Ibid.*, par. 52.

²⁶ A. TANZI, *op. cit.*, p. 324.

²⁷ *Ibid.*, p. 621.

che raramente conosce eccezioni²⁸, la sua applicazione pratica è piuttosto flessibile²⁹. In particolare, l'esistenza del consenso viene dal giudice internazionale accertata non solo sulla base del contenuto di un trattato o di una dichiarazione espressa, ma anche mediante un'analisi della condotta delle parti, sia attiva che passiva³⁰. Si pensi all'istituto del *forum prorogatum* che permette alle parti di una controversia di sanare il difetto di giurisdizione di una corte o tribunale internazionale mediante il proprio comportamento concludente³¹. Il consenso che legittima l'esercizio della giurisdizione di una corte o tribunale internazionale può inoltre essere ricavato da un'omissione o un mero silenzio³² e viene talvolta ricostruito in maniera, per così dire, "creativa", tanto da suscitare perplessità circa la reale intenzione delle parti di risolvere la controversia in via giudiziale³³. In questi casi il giudice, più che applicare il principio della consensualità della giurisdizione, evidenzia i limiti (e le potenziali deroghe) che quest'ultimo incontra in concreto³⁴. Ciò non significa che l'inerzia di uno Stato equivalga facilmente alla manifestazione del consenso a risolvere una controversia. Le corti e i tribunali internazionali, nell'ottica di rispettare il fondamentale principio della consensualità della giurisdizione,

²⁸ L'eccezione più nota è codificata all'Art. 66(a) della Convenzione di Vienna, il quale riconosce la facoltà in capo a qualsiasi parte di attivare *unilateralmente* la giurisdizione della CIG qualora sussista una controversia circa l'applicazione degli Artt. 53 e 64 in tema di invalidità di un trattato per contrasto di una disposizione con una norma di *jus cogens*. Una ipotesi limite è l'esercizio della giurisdizione in contumacia di una delle parti, cfr., ad esempio, *Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, par. 37 ss.

²⁹ R. KOLB, *Good Faith*, op. cit., p. 207. Cfr. anche J. WASS, *Jurisdiction by Estoppel and Acquiescence in International Courts and Tribunals*, 86 *British Y.B. Int'l L.*, 155, 195 (2017), pp. 172 ss.

³⁰ *Ibid.* Cfr. S. ROSENNE: «if State A by its conduct induces in State B the belief, which is acted upon, that State A will accept, or will not contest, the jurisdiction if State B brings a certain issue before the Court for decision, then State A ought not to be permitted, subsequently, to contest the jurisdiction of the Court when that issue is brought before the Court for decision», *The Law and the Practice of the International Court*, 2^a ed., Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 322. E cfr. J. WASS, *ibid.*, pp. 161 ss.

³¹ Cfr., *inter alia*, *Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 71, p. 78. Il *forum prorogatum* non costituisce un'ipotesi di istituzione della giurisdizione di una corte o tribunale internazionale tramite acquiescenza. L'istituto infatti, oltre a presupporre la mancata eccezione sulla giurisdizione della corte o tribunale internazionale – che, di per sé, può interpretarsi come un silenzio volontario – richiede anche l'adozione di una qualche condotta attiva. Il difetto di giurisdizione è quindi sanato non dalla mera acquiescenza, ma da un comportamento concludente, quale, ad esempio, la presentazione di una comparsa di risposta. Così, l'Art. 38(5) delle Regole della CIG stabilisce che «when the applicant State proposes to found the jurisdiction of the Court upon a consent thereto yet to be given or manifested by the State against which such application is made, the application shall be transmitted to that State», specificando tuttavia che «it shall not however be entered in the General List, nor any action be taken in the proceedings, unless and until the State against which such application is made consents to the Court's jurisdiction for the purposes of the case», corsivo aggiunto.

³² In *Nicaragua c. Stati Uniti* (1984), la CIG osservò che «having regard to the origin and generality of the statements to the effect that Nicaragua was bound by its 1929 Declaration, it is right to conclude that the *constant acquiescence* of [Nicaragua] in those affirmations *constitutes a valid mode of manifestation of its intent to recognize the compulsory jurisdiction of the Court* under Article 36, paragraph 2, of the Statute», par. 47, corsivo aggiunto. Sul caso cfr. *infra*. Cfr. anche *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43 [*Genocide Convention*], par. 102: «acquiescence [...] might be relevant to questions of consensual jurisdiction».

³³ Come osservato in dottrina: «more often than not, a will which is described as 'tacit' is simply the result of a judge's putting a reasonable interpretation on the facts of the particular case», R. KOLB, *Good Faith*, op. cit., pp. 207-208.

³⁴ *Ibid.*, p. 208.

devono fornire una motivazione dettagliata di come il silenzio di una delle parti costituisca acquiescenza all'istituzione di una causa, ovvero come una condotta passiva abbia ingenerato nella controparte una simile legittima aspettativa³⁵. In dottrina la giurisdizione da consenso implicito è stata qualificata come eccezionale, in quanto non del tutto conforme al principio della consensualità³⁶. Il consenso, si argomenta, è qui soltanto presunto e spesso estrapolato dal giudice tramite un'interpretazione orientata più a garantire il rispetto del principio di buona fede che a indagare l'effettivo stato soggettivo delle parti³⁷.

Tuttavia, è discutibile che la giurisdizione da consenso implicito possa definirsi come eccezionale o creativa. È chiaro infatti che una parte possa lamentare l'assenza del proprio consenso ogniqualvolta l'esercizio della giurisdizione non si basi su un trattato o una dichiarazione espressa. Il giudice rileva autonomamente la propria competenza (*kompetenz-kompetenz*) e il suo compito è precisamente quello di verificare se, date le circostanze, una parte possa validamente sostenere di non aver mai prestato il proprio consenso a una risoluzione della controversia in giudizio. Come detto, per raggiungere una decisione sul punto, il giudice prenderà in considerazione la condotta delle parti, desumendo l'esistenza di un consenso anche da un'omissione o un silenzio. L'accertamento sarà eccezionale o creativo solo nella misura in cui si consideri che la condotta in questione non è suscettibile di esprimere il consenso della parte. Ad ogni modo, ciò è difficile che accada, posto l'elevato onere della prova richiesto a tal fine.

Il giurista svizzero Robert KOLB individua due ipotesi in cui il silenzio gioca un ruolo di rilievo nell'esercizio della giurisdizione di una corte o tribunale internazionale. La prima corrisponde al caso in cui la condotta passiva di una parte contribuisca all'istituzione della giurisdizione di un organo giudiziale³⁸. In *Temple of Preah Vihear* (1961) ad esempio, la Thailandia si rifiutava di riconoscere la giurisdizione della CIG, negando di avere mai emesso una dichiarazione unilaterale di accettazione della stessa ai sensi dell'Art. 36(2) dello Statuto³⁹. La Thailandia aveva accettato la giurisdizione della CPGI nel 1929 e aveva poi rinnovato, per i successivi dieci anni, la validità della propria dichiarazione nel maggio del 1940⁴⁰. La CPGI aveva però formalmente cessato di esistere il 19 aprile 1946. Qualche

³⁵ *Ibid.*

³⁶ «If a communication creates an expectation of arbitration that, if not executed, will prejudice the position of the other party, jurisdiction is founded by creative as opposed to extinctive prescription», M. REISMAN, *Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, New Haven, Yale University Press, 1971, p. 394.

³⁷ «Acquiescence and estoppel [...] could furnish a basis for an exceptional jurisdiction to be interpreted very narrowly if the important principle of consent is not to be circumvented. [...] But if one looks to the substance, a kind of exceptional jurisdiction based on good faith could emerge», R. KOLB, *Good Faith, op. cit.*, p. 208.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961: I.C.J. Reports 1961*, p. 17 [*Temple of Preah Vihear* (1961)], p. 27.

⁴⁰ *Ibid.*

anno dopo, nel maggio del 1950, la Thailandia rinnovava la propria dichiarazione per altri dieci anni⁴¹. La Thailandia sosteneva che quest'ultimo rinnovo fosse privo di effetti poiché la validità della dichiarazione originale era venuta meno con la scomparsa della CPGI. Non era pertanto possibile affermare che la dichiarazione del 1929 fosse ancora in vigore nel 1950 e, dunque, che, ai sensi dell'Art. 36(5) dello Statuto, l'accettazione della giurisdizione della CPGI si fosse convertita nell'accettazione della giurisdizione della CIG⁴². La CIG rigettò l'obiezione della Thailandia, evidenziando, *inter alia*, come la condotta tenuta dalla stessa nel corso del tempo indicasse l'intenzione di rispettare il contenuto della dichiarazione del 1950⁴³. Pur non richiamando l'inerzia della Thailandia che, fino all'instaurazione della causa, non si era mai preoccupata di manifestare la volontà di svincolarsi dalla dichiarazione del 1950, è plausibile che l'idea di acquiescenza sottenda il ragionamento della CIG. In questo senso, la «condotta costante», espressione del consenso di sottoporsi alla giurisdizione obbligatoria della CIG si tradurrebbe nel prolungato silenzio della Thailandia che, unito alla dichiarazione del 1950, confermava le legittime aspettative della Cambogia di risolvere la controversia in via giudiziale⁴⁴.

L'esempio più noto di istituzione della giurisdizione di un giudice internazionale per acquiescenza è rappresentato da *Nicaragua c. Stati Uniti* (1984)⁴⁵. Il caso è complesso: nel 1935 il Parlamento del Nicaragua ratificava l'accettazione della giurisdizione obbligatoria della CPGI, già approvata dal Governo nel 1929. Il Nicaragua notificava alla Società delle Nazioni l'avvenuta ratifica con un telegramma, annunciando l'invio dell'atto ufficiale a breve in modo da perfezionare formalmente l'accettazione⁴⁶. La ratifica però non giunse mai a destinazione, andando presumibilmente persa nel tragitto⁴⁷. Il problema era quindi capire se la dichiarazione del 1929, che indubbiamente non era entrata in vigore, potesse comunque beneficiare, quale atto imperfetto, del trasferimento dell'obbligo di giurisdizione dalla CPGI alla CIG ai sensi dell'Art. 36(5) dello Statuto. Se così fosse stato, il deposito

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, p. 28. L'Art. 36(5) della CIG stabilisce che: «declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force shall be deemed, as between the parties to the present Statute, to be acceptances of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice for the period which they still have to run and in accordance with their terms», corsivo aggiunto.

⁴³ «To sum up, when a country has evinced as clearly as Thailand did in 1950, and indeed by its consistent attitude over many years, an intention to submit itself to the compulsory jurisdiction of what constituted at the time the principal international tribunal, the Court could not accept the plea that this intention had been defeated and nullified by some defect not involving any flaw in the consent given», *Temple of Preah Vihear* (1961), p. 34, corsivo aggiunto.

⁴⁴ «The subsidiary argument, relating to Thailand's 'consistent attitude', is probably best interpreted as an independent element, concerned with the application of normative principles such as acquiescence in the face of silence and conduct», R. KOLB, *Good Faith*, *op. cit.*, p. 209.

⁴⁵ Sul punto cfr. H. W. BRIGGS, *Nicaragua v. United States: Jurisdiction and Admissibility*, 79 AJIL, 373, 378 (1985); M. L. WAGNER, *Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice*, 74 California L. Rev., 1777, 1804 (1986), pp. 1789-1803; D. W. GREIG, *Nicaragua and the United States: Confrontation over the Jurisdiction of the International Court*, 62 British Y.B. Int'l L., 119, 281 (1992); R. KOLB, *Good Faith*, *op. cit.*, pp. 210-215; J. WASS, *op. cit.*, pp. 168-169.

⁴⁶ *Nicaragua c. Stati Uniti* (1984), par. 15.

⁴⁷ *Ibid.*, par. 16.

della ratifica avrebbe perfezionato la dichiarazione del 1929 la quale, entrando in vigore *ex tunc*, avrebbe attivato la giurisdizione della CIG. Il punto era cruciale: se il Nicaragua avesse depositato una nuova dichiarazione, la CIG non avrebbe comunque avuto giurisdizione perché, nel frattempo, gli Stati Uniti avevano denunciato la propria. Al riguardo, gli Stati Uniti lamentavano l'assenza di giurisdizione della CIG, sottolineando che, in considerazione del mancato deposito della ratifica della dichiarazione del 1929, il Nicaragua non potesse invocare l'applicazione dell'Art. 36(2) dello Statuto⁴⁸. Con una decisione piuttosto controversa, la CIG osservava che la funzione principale dell'Art. 36(5) è garantire la maggiore continuità possibile nell'esercizio della giurisdizione tra la CPGI e la CIG⁴⁹. Ciò implicherebbe che l'Art. 36(5) tuteli anche gli effetti solo potenziali di una dichiarazione di accettazione della giurisdizione, qualora quest'ultima necessiti di essere perfezionata attraverso un atto successivo⁵⁰. Per puntellare il proprio ragionamento, la CIG notava che, a partire dal 1946, negli Annuali, nelle Relazioni trasmesse all'Assemblea Generale e in altre pubblicazioni dell'ONU il Nicaragua figurasse tra gli Stati che avevano emesso la dichiarazione di accettazione della giurisdizione obbligatoria ai sensi dell'Art. 36(2) dello Statuto, sebbene a volte si specificasse a piè di pagina che la ratifica dell'accettazione non risultava depositata⁵¹. Per oltre quarant'anni, né il Nicaragua, né alcun altro Stato aveva sollevato proteste o domandato chiarimenti circa la validità della dichiarazione del 1929⁵². Questo diffuso e prolungato silenzio, ad opinione della CIG non poteva che convalidare l'idea che il Nicaragua avesse tacitamente riconosciuto la giurisdizione della stessa come obbligatoria⁵³.

La seconda ipotesi descritta da KOLB corrisponde al caso in cui l'adozione di una condotta passiva impedisca a una parte di sollevare un'obiezione preliminare alla giurisdizione o competenza di una

⁴⁸ *Ibid.*, par. 17.

⁴⁹ *Ibid.*, parr. 35-36. E cfr. D. W. GREIG, *op. cit.*, pp. 123 ss.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 27.

⁵¹ *Ibid.*, parr. 19-23.

⁵² *Ibid.*, parr. 38, 40.

⁵³ «Having regard to the public and unchanging nature of the official statements concerning Nicaragua's commitment under the Optional-Clause system, the silence of its Government can only be interpreted as an acceptance of the classification thus assigned to it. It cannot be supposed that that Government could have believed that its silence could be tantamount to anything other than acquiescence [...] After all, the reality of Nicaragua's consent to be bound by its 1929 Declaration is [...] attested by the absence of any protest against the legal situation ascribed to it. [...] The Court thus has found [...] that the constant acquiescence of Nicaragua [...] constitutes a valid manifestation of its intent to recognize the compulsory jurisdiction of the Court», *ibid.*, parr. 39, 46, 109. La decisione della CIG è stata criticata sotto diversi profili. Tra questi rientrano la mancanza di coerenza della condotta del Nicaragua, non in grado di esprimere acquiescenza perché sostanzialmente ambigua (H. MOSLER, *doc. cit.*, pp. 464-465; *ibid.*, S. M. SCHWEBEL, *Dissenting Opinion*, par. 54); il fatto che, accertando la propria giurisdizione, la CIG avesse permesso al Nicaragua di trarre un vantaggio dalle proprie contraddizioni, in violazione del principio del *nemo venire contra factum proprium* (H. MOSLER, *ibid.*); l'eccessivo peso probatorio attribuito dalla CIG a dei documenti amministrativi privi di qualsivoglia valore giuridico e, pertanto, inidonei a far presupporre l'esistenza di un consenso in assenza di proteste a fronte dell'inserimento del Nicaragua tra gli Stati che riconoscono la giurisdizione della CIG come obbligatoria (*ibid.*, S. ODA, *Separate Opinion*, pp. 483-488; *ibid.*, R. JENNINGS, *Separate Opinion*, pp. 540-541). Cfr. anche J. WASS, *op. cit.*, pp. 168-169.

corte o tribunale internazionale⁵⁴. Il silenzio delle parti viene qui in rilievo essenzialmente ai fini della applicazione del principio dell'*estoppel* o della prescrizione estintiva. Sul tema si rimanda a quanto si dirà nel Capitolo V.

4. L'acquiescenza e la responsabilità internazionale degli Stati

Con riferimento alla responsabilità internazionale degli Stati, il silenzio assume rilievo sotto un duplice aspetto. Il primo è che una condotta in violazione di una regola di diritto internazionale può tradursi in un'omissione⁵⁵. Ciò avviene ogniqualvolta una regola prescrive l'adozione di una condotta attiva. Se, a fronte di determinate circostanze, esiste un obbligo di adottare una condotta attiva e, in assenza di una causa di esclusione dell'illiceità, uno Stato si astiene dall'adempiere allo stesso, l'omissione costituirà un fatto internazionalmente illecito⁵⁶. I casi in cui la responsabilità internazionale di uno Stato è stata invocata in relazione a una condotta passiva sono numerosi⁵⁷. In *Corfu Channel* ad esempio, alcune navi da guerra inglesi si scontravano con delle mine navali ancora attive nel canale di Corfù, nella parte di mare sottoposta alla giurisdizione dell'Albania⁵⁸. Nell'incidente le navi riportavano ingenti danni e alcuni membri dell'equipaggio rimanevano uccisi o gravemente feriti⁵⁹. La CIG accertò la responsabilità internazionale dell'Albania per non aver avvertito il Regno Unito della presenza di navi marittime nel canale di Corfù. L'ingiustificato silenzio delle autorità albanesi integrava senza dubbio una condotta in violazione delle «più elementari considerazioni di umanità», oltre che del divieto generale di impiegare il proprio territorio per commettere un atto contrario ai diritti degli altri Stati⁶⁰. Altro esempio degno di nota è *Diplomatic and Consular Staff in Teheran*. La CIG rilevò qui la responsabilità internazionale dell'Iran per l'inerzia dimostrata nel proteggere l'ambasciata statunitense a Teheran dall'assalto di alcuni studenti e militanti sciiti⁶¹.

⁵⁴ R. KOLB, *Good Faith*, *op. cit.*, p. 215. E cfr., diffusamente, J. WASS, *ibid.*, pp. 172 ss.

⁵⁵ «An international wrongful act of a State may consist in one or more actions or omissions or a combination of both» *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part. Two [*Yearbook II*, 2001], p. 32.

⁵⁶ Cfr. F. LATTY, *Actions and Omissions*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, pp. 355-363.

⁵⁷ «Cases in which the international responsibility of States has been invoked on the basis of an omission are at least as numerous as those based on positive acts», *Yearbook II*, 2001, p. 35. Cfr. i casi riportati in *ibid.*, e in F. LATTY, *op. cit.*, pp. 355-356.

⁵⁸ *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4, pp. 16 ss.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁰ «Elementary considerations of humanity», *ibid.*, p. 22. E cfr. *ibid.*, B. WINIARSKI, *Dissenting Opinion*, p. 52: «in international law, every State is responsible for an unlawful act, if it has committed that act, or has failed to take the necessary steps to prevent an unlawful act, or has omitted to take the necessary steps to detect and punish the authors of an unlawful act. Each of these omissions involves a State's, responsibility in international law, just like the commission of the act itself».

⁶¹ «This inaction of the Iranian Government by itself constituted clear and serious violation of Iran's obligations to the United States», *Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, par. 67, corsivo aggiunto.

Il secondo aspetto concerne il prolungato silenzio mantenuto da uno Stato dinanzi a una condotta lesiva di un proprio diritto. L'assenza di una reazione può infatti portare alla perdita del diritto di invocare la responsabilità internazionale dell'autore della violazione. Questa regola, che mostra evidenti affinità con l'Art. 45 della Convenzione di Vienna⁶², è stata codificata all'Art. 45 degli ARS il quale, per l'appunto, stabilisce che la responsabilità internazionale di uno Stato non può essere invocata se lo Stato che ha subito la violazione ha *validamente* rinunciato a tale diritto tramite una manifestazione espressa (Art. 45(a)) o mediante acquiescenza (Art. 45(b))⁶³. Analogamente a quanto detto circa l'Art. 45 della Convenzione di Vienna, la distinzione tracciata dall'Art. 45 degli ARS tra rinuncia espressa (Art. 45(a)) e tacita (Art. 45(b)) appare coerente con i lavori della CDI sugli atti unilaterali⁶⁴. Il concetto di rinuncia quale atto unilaterale (*waiver*) viene previsto all'Art. 45(a) in contrapposizione a quello di acquiescenza, di cui alla lettera successiva. Ciò non significa che, ai fini dell'applicazione dell'Art. 45(a), la rinuncia deve essere esplicita. Sia la dottrina che la giurisprudenza riconoscono la possibilità che la rinuncia a invocare la responsabilità internazionale di uno Stato possa anche desumersi dal comportamento concludente delle Parti⁶⁵. In *Phosphate Lands* l'Australia sosteneva ad esempio che Nauru avesse implicitamente rinunciato a far valere il proprio diritto di ottenere il recupero di alcune miniere di fosfato adottando una serie di condotte concludenti⁶⁶. La CIG rigettò l'istanza, ma soltanto perché la condotta di Nauru non era in grado di esprimere chiaramente la rinuncia del diritto a invocare la responsabilità internazionale dell'Australia⁶⁷.

L'Art. 45(b) disciplina invece l'ipotesi in cui la perdita del diritto di invocare la responsabilità internazionale di uno Stato derivi da acquiescenza. Qui la rinuncia viene ricostruita sulla base di una particolare condotta concludente, vale a dire un'omissione, un'inerzia o un mero silenzio⁶⁸. Se uno Stato si astiene dal protestare contro la violazione di una regola di diritto internazionale per un periodo di tempo significativo, si potrà ragionevolmente supporre che lo stesso abbia deciso di rinunciare a far valere un proprio diritto (o una parte di esso)⁶⁹. L'Art. 45(b) non pone grandi problemi di ordine

⁶² *Yearbook II*, 2001, p. 121. Cfr. *supra*, **Cap. III**, § 2.5.

⁶³ «The responsibility of a State may not be invoked if: (a) the injured State has validly waived the claim; (b) the injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim», Art. 45 ARS.

⁶⁴ Cfr. *supra*, **Cap. I**, § 4.1 e **Cap. III**, § 2.5. E cfr. A. MARIE, *op. cit.*, p. 103: «[l]a Commission n'a pas entendu distinguer aux articles 45 a) et 45 b) deux types d'effets, mais deux modalités de renonciation».

⁶⁵ *Yearbook II*, 2001, p. 122. E cfr. Ch. TAMS, *Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, *op. cit.*, p. 1038: «as a first requirement [for waiver], the injured State must have declared its willingness to renounce its claim. [S]uch declaration may be express or inferred from conduct».

⁶⁶ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 240 [*Phosphate Lands*], par. 12.

⁶⁷ *Ibid.*, par. 13, 20.

⁶⁸ Ch. TAMS, *op. cit.*, p. 1046.

⁶⁹ In *Russian Indemnities* il tribunale arbitrale accertò che la Russia avesse perduto il diritto di domandare all'Impero ottomano gli interessi sul ritardato pagamento di una somma di denaro dovuta a titolo di compensazione a seguito della

teorico. Esso, alla stregua dell'Art. 45(a), rappresenta un'applicazione del principio generale per cui gli Stati possono liberamente disporre dei propri diritti⁷⁰. L'Art. 45(b) coniuga questo principio con l'esigenza di tutelare le legittime aspettative delle controparti. Al riguardo, è indicativo il richiamo al passaggio di un periodo di tempo contenuto nella disposizione: a un immotivato ritardo nell'esercizio dell'azione, corrisponderà la presunzione che lo Stato interessato abbia preferito rinunciare al diritto di invocare la responsabilità internazionale dell'autore dell'illecito. L'Art. 45(b) impedisce quindi che una controversia possa insorgere molto tempo dopo il verificarsi della violazione di una regola di diritto internazionale, rafforzando così la certezza dei rapporti giuridici all'interno dell'ordinamento. Vale la pena ricordare che l'acquiescenza, in una prospettiva bilaterale e immediata, non può esprimere *validamente* il consenso di uno Stato a rinunciare a invocare la responsabilità internazionale per violazione di una regola di *jus cogens*. Ciò poiché quest'ultima è, per definizione, volta a tutelare gli interessi della Comunità internazionale prima ancora che dello Stato materialmente leso⁷¹. Come detto, diversa è l'ipotesi in cui, in una prospettiva "comunitaria" ed estesa nel tempo, l'acquiescenza, quale effetto della desuetudine, sanziona il ricambio di una regola di *jus cogens*⁷².

La perdita del diritto di invocare la responsabilità internazionale di uno Stato per acquiescenza si sovrappone a istituti quali l'*estoppel by silence* e, soprattutto, la prescrizione estintiva⁷³. La CDI non menziona il principio dell'*estoppel* ma tratta il principio della prescrizione estintiva nel commentario all'Art. 45(b)⁷⁴. I diversi casi ivi citati in cui un giudice internazionale ha discusso della perdita del diritto di uno Stato di sollevare un'istanza in processo sono tutti esempi di prescrizione estintiva⁷⁵. Questa scelta è discutibile, per almeno due ragioni. La prima è che gli effetti della rinuncia di cui all'Art. 45(b) scaturiscono dalla volontà dello Stato di astenersi dall'invocare la responsabilità internazionale dell'autore della violazione, mentre quelli della prescrizione estintiva sono imputabili alla semplice mancanza di una reazione protratta nel tempo. L'applicazione dell'Art. 45(b) richiede un silenzio intenzionale, vale a dire un atto giuridico. Per invocare la prescrizione estintiva, è al contrario sufficiente un silenzio privo di qualsiasi connotazione soggettiva, un silenzio cioè qualificabile come

guerra russa-turco del 1877-1878. Dalla corrispondenza diplomatica risultava infatti che la Russia aveva richiesto il pagamento senza calcolare gli interessi. Pertanto, essa doveva ritenersi aver tacitamente rinunciato a ottenere gli interessi sulla somma dovuta, *Russian Claim for Interest on Indemnities (Damaged Claim by Russia for Delay in Payment of Compensation Owed to Russian Injured During the War of 1877-1878)*, *Award of the Tribunal*, CPA, 11 novembre 1912, pp. 14-15. Cfr. anche *Temple of Preah Vihear*, pp. 23-25 e il commento in Ch. TAMS, *op. cit.*, pp. 1046-1047.

⁷⁰ *Yearbook II*, 2001, p. 122.

⁷¹ *Ibid.* Cfr. A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 403 e gli autori ivi citati. Cfr. anche l'approfondita discussione in A. MARIE, *op. cit.*, pp. 84 ss.

⁷² Cfr. *supra*, **Cap. III, § 1.8**, in particolare **nota 140**.

⁷³ Cfr. *infra*, **Cap. V, §§ 2.3 e 3 ss.**

⁷⁴ *Yearbook II*, 2001, pp. 122-123.

⁷⁵ *Yearbook II*, 2001, *ibid.* Cfr. *infra*, **Cap. V, § 3.1**.

fatto giuridico (*s.s.*)⁷⁶.

La seconda è che, per definizione, l'acquiescenza interviene sulla dimensione materiale di un diritto, mentre la prescrizione estintiva su quella procedurale⁷⁷. L'applicazione dell'Art. 45(b) comporta dunque la perdita del diritto di uno Stato a seguito del verificarsi di un fatto internazionalmente illecito. La prescrizione estintiva non influisce sull'esistenza di un diritto, ma sulla possibilità di invocare la violazione dello stesso. Essa causa la perdita del diritto di far valere il diritto in questione in giudizio⁷⁸.

Le differenze tra acquiescenza, *estoppel* e prescrizione estintiva verranno approfondite nel Capitolo V. Basti qui sottolineare come la perdita del diritto di invocare la responsabilità internazionale di uno Stato non debba essere confusa con altri istituti. In questo senso, al netto delle ovvie somiglianze tra l'acquiescenza e la prescrizione estintiva, sviluppare una digressione su quest'ultima nel commentario all'Art. 45(b) costituisce, da parte della CDI, una decisione scarsamente condivisibile⁷⁹.

5. L'acquiescenza e l'adozione delle decisioni nelle organizzazioni internazionali

Uno dei fenomeni di maggior importanza del secondo dopoguerra è la tendenza degli Stati a organizzarsi in forme di aggregazione complesse⁸⁰. Tale fenomeno conduce a un crescente trasferimento di competenze statali a ordinamenti giuridici autonomi, a partecipazione più o meno diffusa, istituiti sulla base di un trattato che disciplina ragione sociale, struttura, poteri e meccanismi di funzionamento degli stessi: le cosiddette organizzazioni internazionali (anche dette intergovernative, in contrapposizione alle ONG)⁸¹. Al fine di perseguire i propri obiettivi, le organizzazioni internazionali dispongono della capacità di adottare decisioni vincolanti o meno (*secondary law-making*). Nel primo caso si parla di fonti derivate da accordo, nel secondo di atti di *soft law*.

⁷⁶ Sul punto cfr. diffusamente *infra*, *ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Tale decisione è probabilmente dovuta al fatto che lo *Special Rapporteur* che ha curato questa parte degli ARS, Sir James Crawford, è un giurista di formazione di *common law*. Negli ordinamenti di *common law* la distinzione tra dimensione materiale e procedurale di un diritto è infatti tendenzialmente non tenuta in considerazione. Invero, anche un autore di formazione di *civil law* come A. MARIE, pur impostando la propria analisi sulla differenza tra atto giuridico e fatto giuridico, tratta la prescrizione estintiva insieme all'Art. 45(b) ARS, *op. cit.*, pp. 432-433.

⁸⁰ Cfr. A. TANZI, *op. cit.*, pp. 606 ss.

⁸¹ *Ibid.*, p. 529.

Il procedimento tradizionale di adozione di un atto in un'organizzazione internazionale è la votazione⁸². In ossequio al principio della formale eguaglianza degli Stati e salvo eccezioni⁸³, ogni membro di un'organizzazione internazionale gode del medesimo diritto di voto, indipendentemente dalla propria estensione, popolazione o influenza politica⁸⁴. Originariamente il principio della formale eguaglianza e sovranità degli Stati si rifletteva nella regola per cui, all'interno di un'organizzazione internazionale, le decisioni dovevano essere approvate all'unanimità⁸⁵. Ciò non era conseguenza solo del marcato approccio volontaristico caratterizzante il diritto internazionale agli inizi del XX secolo, ma anche del fatto che, a quell'epoca, gli Stati indipendenti erano pochi e accomunati da una cultura giuridica, interessi e valori simili. Pertanto, non era così distante dalla realtà immaginare che un'organizzazione internazionale potesse disimpegnare le proprie funzioni tramite un meccanismo decisionale subordinato al consenso di tutti degli Stati membri.

A partire dal 1945, con l'incremento sia delle organizzazioni internazionali che degli Stati nella Comunità internazionale, il requisito dell'unanimità venne sostituito da meccanismi di votazione più flessibili quali quello a maggioranza (semplice, relativa, assoluta, qualificata o doppia) e quello *per consensus*⁸⁶. Quest'ultimo rappresenta un'evoluzione dell'idea dell'astensione. Le moderne procedure di votazione prevedono la possibilità che uno Stato possa sottrarsi dall'esternare la propria posizione in una determinata decisione⁸⁷. A differenza dello Stato che non si presenta alla votazione, lo Stato che si astiene contribuisce al raggiungimento del *quorum* (cioè il numero minimo di Stati perché la votazione sia valida) e riduce la quantità di voti necessaria perché l'atto possa essere adottato⁸⁸. Il silenzio dell'astensione non esprime quindi il consenso dello Stato in una votazione ma agevola l'adozione di una decisione, abbassando la soglia per ottenere la maggioranza. Al contrario, il meccanismo *per consensus* costituisce un procedimento complementare, nato per prassi e alle volte codificato⁸⁹, in cui il silenzio degli Stati membri equivale ad acquiescenza⁹⁰. Più precisamente, il meccanismo *per consensus* permette di derogare a una procedura formale passando direttamente all'adozione di un

⁸² H. G. SCHERMERS, N. M. BLOKKER, *International Organizations or Institutions, Voting Rules and Procedures*, in MPEPIL, 2006, par. 1.

⁸³ L'eccezione più nota è rappresentata dal potere di veto di cui godono i cinque membri permanenti (Stati Uniti, Regno Unito, Francia, Cina e Russia) all'interno del Consiglio di Sicurezza ai sensi dell'Art. 27(3) della Carta ONU.

⁸⁴ H. G. SCHERMERS, N. M. BLOKKER, *op. cit.*, par. 4.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 9.

⁸⁶ C. W. JENKS, *Some Constitutional Problems of International Organizations*, 22 *British Y.B. Int'l L.*, 11, 72 (1945), p. 34.

⁸⁷ H. G. SCHERMERS, N. M. BLOKKER, *op. cit.*, par. 28.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Inter alia*, Art. 161(8)(e) della CNUDM e Art. IX(1) dell'Accordo dell'OMC. Il procedimento *per consensus* è utilizzato di frequente negli organi dell'ONU, quali l'Assemblea Generale e il Consiglio di Sicurezza. Esso costituisce una consuetudine a integrazione della Carta ONU, R. WOLFRUM, J. PICHON, *op. cit.*, par. 2, 10-16.

⁹⁰ *Ibid.*, par. 7.

atto, purché nessuno Stato si opponga⁹¹. Ad esempio, le risoluzioni dell'Assemblea Generale non vengono normalmente adottate a maggioranza qualificata o semplice ai sensi, rispettivamente, degli Artt. 18(2) e 18(3) della Carta ONU, ma *per consensus*⁹². Dopo aver sondato le opinioni degli Stati e aver rilevato l'esistenza di un accordo, il Presidente dell'Assemblea Generale dichiarerà l'atto approvato senza sottoporlo a votazione, con la formula: «qualcuno si oppone? Se nessuno si oppone, la risoluzione è adottata»⁹³.

Il meccanismo *per consensus* si traduce dunque in una via di mezzo tra una votazione all'unanimità e una a maggioranza: da un lato, esso non richiede l'esplicita approvazione di tutti i votanti perché la decisione venga adottata. Dall'altro, garantisce un livello di consenso superiore rispetto a un procedimento a maggioranza, poiché una sola obiezione è suscettibile di inficiare la votazione⁹⁴. Gli effetti dell'obiezione possono anche essere modulati diversamente: l'Art. 161(8)(e) della CNUDM ad esempio, stabilisce che, qualora il Consiglio dell'Autorità internazionale sul fonale marino voti *per consensus*, un'unica obiezione non comporta la mancata adozione della decisione, ma il passaggio a una seconda votazione a maggioranza. Il meccanismo *per consensus* potrà qui considerarsi come un incentivo per gli Stati a raggiungere un compromesso⁹⁵. Un'ipotesi peculiare, prevista in seno alla OMC, è il “*consensus negativo*” (*negative*) o “*inverso*” (*reverse*)⁹⁶. Qui il silenzio degli Stati membri non equivale ad acquiescenza ma, al contrario, al rifiuto dell'adozione di un atto da parte del DSB. Ciò significa che l'atto verrà adottato qualora uno solo degli Stati membri insista in tal senso.

In breve, all'interno delle organizzazioni internazionali è prassi che i procedimenti decisionali vengano sostituiti da quello *per consensus*. Questo meccanismo si basa sull'acquiescenza dei votanti che, astenendosi dal sollevare obiezioni, esprimono il proprio consenso affinché una decisione venga adottata senza unanimità o maggioranza. Il silenzio degli Stati autorizza una ristrutturazione del procedimento di votazione, in deroga alle regole contenute nel trattato istitutivo dell'organizzazione o in un altro documento ufficiale⁹⁷.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Circa l'80% delle risoluzioni è adottato *per consensus*: <https://outreach.un.org/mun/content/how-decisions-are-made-un>.

⁹³ «Is there any objection? If not, it is so approved», citato in S. MARCHISIO, *Corso di diritto internazionale*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 161. Per un'analisi recente del fenomeno all'interno dell'ONU, cfr. C. GUILLERMET FERNÁNDEZ, D. FERNÁNDEZ PUYANA, *The Search for Consensus and Unanimity within the International Organizations*, 13 *US-China L. Rev.*, 53, 66 (2016).

⁹⁴ R. WOLFRUM, J. PICHON, *op. cit.*, par. 18.

⁹⁵ *Ibid.*, par. 6. E, in seno alla OMC, cfr. Art. 2(4) del DSU.

⁹⁶ Cfr. Artt. 6(1), 16(4), 17(14) e 22(6) del DSU.

⁹⁷ R. WOLFRUM, J. PICHON, *op. cit.*, par. 3.

6. L'acquiescenza e la procedura di *opting out*

Come detto, uno Stato non può manifestare la propria volontà a vincolarsi a un trattato tramite acquiescenza⁹⁸. L'Art. 11 CVDT richiede infatti che la volontà dello Stato, anche se non esplicita (atto scritto o dichiarazione orale), possa quanto meno desumersi da una condotta attiva quale comportamento concludente⁹⁹. Invero, ammettere la possibilità che uno Stato possa vincolarsi a un trattato sulla base di una condotta passiva, per quanto conforme al paradigma dell'azione-reazione, contrasterebbe con la centralità del ruolo che il diritto dei trattati assegna al consenso degli Stati.

Il fatto che l'acquiescenza non possa manifestare la volontà di uno Stato a vincolarsi a un trattato incontra un'eccezione nella cosiddetta procedura di *opting out* (esclusione). Si tratta di un meccanismo di modifica di un trattato affermatosi in tempi relativamente recenti e utilizzato da agenzie specializzate quali l'ICAO, l'OMS, l'OMM, l'IMO e l'OIL, nonché introdotto di frequente nei trattati sul diritto dell'ambiente, la conservazione delle riserve ittiche e marine e il diritto internazionale penale, al fine di agevolare l'aggiornamento di materie che, normalmente, presentano un alto tasso tecnico¹⁰⁰. Esso permette a un organo di un'organizzazione internazionale – ovvero alla CdP, se il trattato è stato stipulato al di fuori di un'organizzazione internazionale – di modificare unilateralmente o, comunque, in assenza di unanimità, il contenuto di un trattato, notificando la modifica alle parti. Se nessuna di esse si oppone (*opting out*), la modifica si intende approvata (*tacit agreement*)¹⁰¹. Non sfuggirà che la procedura di *opting out* richiama da vicino il meccanismo di adozione delle decisioni *per consensus* nelle organizzazioni internazionali¹⁰². In entrambi i casi il rispetto formale del consenso delle parti è garantito, posto che una sola opposizione è suscettibile di bloccare la decisione; e tuttavia, è evidente che la pressione politica spingerà anche la parte più riluttante a valutare a fondo l'opportunità di opporsi a una decisione già presa¹⁰³.

Peraltro, tra la procedura di *opting out* e il meccanismo di adozione delle decisioni *per consensus* nelle organizzazioni internazionali esiste una differenza fondamentale: la prima ha come effetto la

⁹⁸ Cfr. *supra*, **Cap. III**, § 2.1.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Per una panoramica sull'ambito di applicazione della procedura di *opting out* cfr. D. KÖNIG, *op. cit.*, parr. 5 ss.

¹⁰¹ *Ibid.*, par. 1. E cfr. M. FITZMAURICE, *Consent to Be Bound – Anything New under the Sun?*, 74 NJIL, 483, 508 (2005), pp. 488-489 e A. MARIE, *op. cit.*, pp. 150-152.

¹⁰² *Supra*, § 5. Questo è peraltro il motivo per il quale si è scelto di trattare qui la procedura di *opting out* piuttosto che in sede di acquiescenza e diritto dei trattati (formazione dei trattati, **Cap. III**, § 2.1 e modifica dei trattati, *ibid.*, § 2.4). In effetti, è stato notato che: «[the opting out] system in equal measure encompasses the legal problems of consent to be bound by a treaty and the law-making or at least rule-making acts of an international organisation», M. FITZMAURICE, *ibid.*, p. 489.

¹⁰³ Come già osservato più volte, il motivo dietro la manifestazione di acquiescenza, se esula da un vizio del consenso, è irrilevante ai fini della produzione degli effetti giuridici, cfr. *supra*, **Intro.**, § 2, **Cap. I**, § 5 e **Cap. II**, § 4.

modifica di un trattato (*treaty-making* o *law-making*), il secondo si traduce invece in una mera *deroga* ai meccanismi di votazione stabiliti in un trattato per adottare una decisione vincolante (*secondary law-making*)¹⁰⁴. Nella procedura di *opting out* dunque – è bene ribadirlo – gli Stati, in contrasto con quanto sancito dall’Art. 11 CVDT, manifestano la volontà di vincolarsi a un trattato, come modificato, tramite acquiescenza. Ora, si potrebbe sostenere che detto contrasto sia soltanto apparente: dopo tutto, la volontà di vincolarsi alle modifiche di un trattato per acquiescenza viene manifestata, ai sensi dell’Art. 11 CVDT, *ab origine*, nel momento cioè in cui il trattato, comprensivo di procedura di *opting out*, viene concluso. Questa osservazione si ricollega al dibattito in dottrina circa la natura giuridica dell’istituto: da un lato, la procedura di *opting out* viene qualificata come un meccanismo di formazione del diritto *de facto* indipendente dalla volontà delle parti; dall’altro, per l’appunto, si pone l’accento sul fatto che essa venga consensualmente prevista nel trattato nell’ottica di facilitare una futura modifica dello stesso¹⁰⁵.

Un’ultima specificazione: si è visto come, ai sensi dell’Art. 39 CVDT, la prassi di una parte, avallata dal silenzio delle altre, possa andare a costituire un «accordo» in modifica di un trattato¹⁰⁶. È bene sottolineare che non vi è contraddizione con quanto stabilito dall’Art. 11 CVDT, né sovrapposizione con la procedura di *opting out*. L’Art. 39 CVDT prende in considerazione l’ipotesi che l’esistenza di tale «accordo», concluso in relazione a un precedente trattato, possa essere ricostruita anche da un’analisi della prassi delle parti. L’Art. 11 CVDT si limita a richiedere che la volontà di uno Stato a vincolarsi a un trattato venga manifestata attraverso una condotta attiva. Ancora, l’Art. 39 CVDT regola il caso in cui la modifica venga introdotta da un «accordo» *successivo* concluso secondo una modalità affine alla formazione di una consuetudine. L’esperimento della procedura di *opting out* comporta una modifica *diretta* secondo una modalità imperniata sul meccanismo della notificazione, scandita da tempi precisi e contemplata dal trattato.

7. Considerazioni conclusive

Il Capitolo IV descrive gli ambiti diversi dalla prescrizione acquisitiva e dalle fonti del diritto internazionale in cui l’acquiescenza dispiega i propri effetti. Essi sono la creazione di una controversia, l’istituzione della giurisdizione di corti e tribunali internazionali, la responsabilità internazionale degli

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, § 5.

¹⁰⁵ Sul punto cfr. D. KÖNIG, *op. cit.*, par. 19 ss.; M. FITZMAURICE, *op. cit.*, p. 490. Senza voler approfondire il dibattito, si ritiene maggiormente plausibile la seconda ipotesi. Infatti, «[l]’acte de l’organisation perd par ailleurs son caractère unilatéral puisqu’il nécessite le consentement de ses destinataires pour leur être opposable», A. MARIE, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁶ Cfr. *supra*, Cap. III, § 2.4.

Stati, i meccanismi di adozione delle decisioni nelle organizzazioni internazionali e la procedura di *opting out*. Nella creazione di una controversia, come osservato dalla CIG¹⁰⁷, la mancata contestazione palesa una posizione contraria alle pretese altrui. Nell'istituzione della giurisdizione di corti e tribunali internazionali, il silenzio dello Stato rivela un consenso, laddove, dinanzi alla violazione di un proprio diritto, manifesta la rinuncia a invocare la responsabilità internazionale dell'autore dell'illecito. Nelle organizzazioni internazionali il silenzio degli Stati membri comporta sia l'adozione (*consensus*) che, eccezionalmente, il rigetto (*consensus* negativo) di una decisione mentre, nella procedura di *opting out*, sanziona la modifica di un trattato. È qui evidente la varietà di significati che il silenzio degli Stati può assumere a seconda delle circostanze. Ciò non deve tuttavia sorprendere: coerentemente con quanto detto circa il paradigma dell'azione-reazione, una condotta passiva è senza dubbio suscettibile di esprimere uno stato soggettivo. Quest'ultimo, in ragione del contesto, ovvero di una regola specifica, può atteggiarsi a uno stato soggettivo differente dal mero consenso o, per essere più precisi, a una sfaccettatura o specificazione dello stesso. Il significato del silenzio e, dunque, lo stato soggettivo dello Stato che adotta la condotta passiva, coinciderà normalmente, ma non necessariamente, con gli effetti giuridici così prodotti¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, § 2.

¹⁰⁸ Ciò dipenderà, in ultima analisi, dal *motivo* che spinge lo Stato a rimanere in silenzio. Motivo che, come osservato, è irrilevante ai fini della produzione degli effetti giuridici dell'acquiescenza, cfr. *supra*, **Intro.**, § 2, **Cap. I**, § 5 e **Cap. II**, § 4.

Capitolo V

Altri “silenzi”: l'*estoppel by silence* e la prescrizione estintiva

SOMMARIO: 1. Introduzione: il silenzio quale fatto giuridico *stricto sensu*. – 2. L'*estoppel*. – 2.1. Le origini dell'istituto. – 2.2. Concezione estensiva e concezione restrittiva dell'*estoppel* nel diritto internazionale. – 2.3. L'*estoppel by silence* e l'*estoppel by acquiescence*. – 2.3.1. Considerazioni teoriche. – 2.3.2. La prassi della CIG. – 2.3.3. Sviluppi recenti. – 2.4. Differenze tra l'*estoppel* e altri istituti. – 3. La prescrizione estintiva. – 3.1. Prescrizione estintiva e prescrizione acquisitiva. – 3.2. Natura dell'istituto. – 3.3. Elementi di prassi. – 3.3.1. Da *Brig Macedonian* ad *Ambatielos*. – 3.3.2. Sviluppi recenti. – 3.4. Considerazioni in tema di prassi. – 3.4.1. Prescrizione estintiva, limite temporale e ingiustificato ritardo. – 3.4.2. Decorso del termine e interruzione della prescrizione. – 3.4.3. L'esistenza di un pregiudizio per il convenuto. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: il silenzio quale fatto giuridico *stricto sensu*

Con l'espressione “fatto giuridico *lato sensu*” la dottrina intende qualsiasi fatto o avvenimento al quale una regola ricollegghi la produzione di effetti giuridici¹. Chiaramente, la giuridicità non è un carattere intrinseco al fatto, ma una qualifica attribuita allo stesso da detta regola e, dunque, dall'ordinamento giuridico. Quando quest'ultimo è l'ordinamento internazionale, si parla di fatto giuridico internazionale². I fatti giuridici internazionali possono essere diversamente classificati, ma la *summa divisio*, mutuata dagli ordinamenti di *civil law*, è tra atto giuridico e fatto giuridico *stricto sensu*³. La differenza tra le due categorie risiede nell'esistenza di una volontà dietro al verificarsi di un fatto giuridico *l.s.*⁴. La conclusione di un trattato e la spontanea formazione di un'isola nel mare territoriale costituiscono due fatti giuridici internazionali: il primo ricade nella categoria degli atti giuridici, essendo il prodotto dell'incontro della volontà di due o più Stati; il secondo, in quanto avvenimento naturale, non voluto né previsto, ma suscettibile di produrre effetti giuridici, in quella dei fatti giuridici *s.s.*⁵.

Nei Capitoli precedenti si sono analizzati i molteplici effetti giuridici, tradizionalmente riassunti

¹ Cfr. *supra*, **Intro.**, § 2.

² G. MORELLI, *op. cit.*, p. 270. E cfr. *ibid.*

³ Come detto, la distinzione tra atti giuridici e fatti giuridici *s.s.* è tipica degli ordinamenti di *civil law*. Gli autori che hanno applicato questa distinzione all'ordinamento internazionale, tra i quali Dionisio Anzilotti, Jules Basdevant, Gaetano Morelli, Angelo Piero Sereni, Paul Reuter, Tomaso Perassi, Jan Hendrik Willem Verzijl, Jean Paul Jacqu e e, pi  di recente, Jean D'Aspremont, sono, non a caso, giuristi formati in ordinamenti di *civil law*, cfr. *supra*, **Intro.**, § 2. Cfr. anche E. KASSOTI, *op. cit.*, pp. 120-129.

⁴ Cfr. *supra*, **Intro.**, § 2.

⁵ *Ibid.*

nel concetto di acquiescenza, che gli atti giuridici in forma tacita producono nel diritto internazionale. In sostanza, quali che siano gli effetti prodotti, il silenzio costituisce un atto giuridico quando mantenuto in circostanze dalle quali è possibile ricostruire l'esistenza di un consenso, ovvero debba considerarsi incompatibile uno stato soggettivo diverso. Il presente Capitolo affronta invece l'ipotesi in cui il silenzio di uno Stato produce effetti giuridici quale condotta passiva priva di connotazione intenzionale. Producendo effetti giuridici indipendentemente dalla volontà dello Stato, il silenzio assume rilievo quale fatto giuridico *s.s.* o, per impiegare una terminologia cara, rispettivamente, all'ANZILOTTI e al MORELLI, quale «fatto della natura»⁶ o «fatto puramente materiale»⁷. Non sussiste del resto alcun impedimento logico o giuridico perché una regola di diritto internazionale attribuisca effetti giuridici al mero silenzio di uno Stato. Ciò, ad ogni modo, non avviene con frequenza. Infatti, in una simile situazione, è più probabile che gli effetti giuridici del silenzio siano in realtà da imputarsi al passaggio del tempo. Ad esempio, le parti possono subordinare l'entrata in vigore ovvero la risoluzione di un trattato alla scadenza di un termine. Gli effetti giuridici derivano qui esclusivamente dal trascorrere del periodo di tempo e non dalla condotta passiva delle parti sebbene, di fatto, l'entrata in vigore o la risoluzione del trattato seguano spesso a un prolungato silenzio⁸.

Il silenzio quale fatto giuridico presenta un'importante differenza rispetto al silenzio quale atto giuridico: esso non si traduce in una condotta qualificata alla quale l'ordinamento internazionale riconduce la produzione di effetti giuridici quanto, piuttosto, in uno di quei segmenti che compongono un istituto di diritto internazionale. Il silenzio quale fatto giuridico non gode dunque, alla stregua del silenzio quale atto giuridico, di autonomia concettuale, anche perché spoglio di elementi che lo caratterizzino e privo di una qualunque "sostanza". In questo senso – e salvo specifiche disposizioni convenzionali – il silenzio involontario di uno Stato può produrre effetti giuridici soltanto nel quadro di un istituto di diritto internazionale. Il diritto internazionale conosce due istituti che, nella produzione dei propri effetti giuridici, contemplano l'esistenza di un silenzio svuotato di un qualunque elemento soggettivo: l'*estoppel by silence* e la prescrizione estintiva⁹.

⁶ D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 286.

⁷ G. MORELLI, *op. cit.*, p. 270.

⁸ Il passaggio del tempo produrrebbe i propri effetti anche se lo Stato adottasse una qualsiasi condotta attiva.

⁹ Come si vedrà, i due istituti sono peraltro tanto simili da confondersi, cfr. *infra*, § 3.5. *Contra*, A. MARIE tratta i due istituti nell'alveo del concetto di atto giuridico, *op. cit.*, pp. 578 ss.

2. L'estoppel

2.1. Le origini dell'istituto

L'estoppel è un istituto giuridico tipico degli ordinamenti di *common law*¹⁰. Sir Edward COKE sottolineava come il termine denotasse l'idea che l'adozione di una determinata condotta potesse impedire (*to estop*) a un soggetto di far valere un'istanza in processo, anche quando effettivamente fondata in diritto¹¹. La dottrina e la giurisprudenza anglosassone non forniscono una definizione univoca del principio dell'estoppel¹². Alcuni autori definiscono l'estoppel come l'impossibilità di sollevare un'istanza a causa di una condotta contraddittoria¹³. Altri pongono l'accento sull'affidamento che un atto o una dichiarazione possono ingenerare, materializzando l'esistenza di diritti e doveri¹⁴. Altri ancora, enfatizzando gli effetti di questo meccanismo processuale, individuano un estoppel ogniqualvolta alla parte di una controversia venga fatto divieto di dire la verità dinanzi a un giudice senza che si verifichi un diniego di giustizia¹⁵. La giurisprudenza ha applicato il principio secondo accezioni differenti, frustrando il tentativo di formulare una definizione in grado di abbracciare le numerose sfumature dell'istituto¹⁶.

In assenza di una definizione condivisa, la dottrina anglosassone suddivide l'estoppel in tre categorie: l'estoppel by record ("da registro"), l'estoppel by deed ("per atto") e l'estoppel by representation ("per condotta")¹⁷. L'estoppel by record è un principio intrinseco alla corretta amministrazione della giustizia ed è la prima forma di estoppel riconosciuta in un ordinamento di *common law*¹⁸. Esso richiama il principio di *civil law* della *res judicata* o del *ne bis in idem* e preclude una parte dal sottoporre a un organo giudiziale una controversia identica (stesse parti, *petitum* e *causa petendi*) a una

¹⁰ «[W]here the Anglo-American lawyer refers to estoppel, the continental jurist will usually say that the party is 'precluded' from asserting a fact or putting forward a demand», H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Hamden, Archon, 1970, p. 204. Il termine deriva dal francese "estoupe", arcaico per "étoupe", da cui il verbo inglese "to stop". Il termine francese, a sua volta, deriva dal latino "stuppa" (stoppa). J. DARGENT descrive così il parallelo tra il principio dell'estoppel e il sostantivo "stuppa": «de même qu'on utilise un tampon d'étoupe pour obstruer une voie d'eau qui [...] s'est produite dans une paroi, ainsi un plaideur emploie-t-il le moyen de l'estoppel au cors d'un procès judiciaire, comme il mettrait un bâillon aux lèvres de son adversaire pour lui interdire péremptoirement d'alléguer telle prétention qui serait en contraction flagrante avec certains faits auxquels s'attache un caractère de vérité incontrovertible: et ceci a pour résultat de simplifier singulièrement les procédures», *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve: la doctrine de l'estoppel*, Grenoble, Tourcoing, Imp. G. Frère, 1943, p. 3. Cfr. H. DAS, *op. cit.*, p. 611.

¹¹ Citato in G. S. BOWER, *The Law Relating to Estoppel by Representation*, London, Butterworths, 1923, p. 3, nota 1.

¹² E. PECOURT GARCÍA, *El principio del estoppel en derecho internacional público*, 15 REDI, 97, 139 (1962), p. 99.

¹³ Cfr. gli autori citati in *ibid.*

¹⁴ Cfr. gli autori citati in *ibid.*

¹⁵ Cfr. gli autori citati in *ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public: précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Paris, Pedone, 1979, p. 10.

¹⁸ *Ibid.*

già giudicata. La differenza è che l'*estoppel by record* può essere eccepito solo su alcuni aspetti della controversia e non sulla controversia nel suo intero¹⁹. L'*estoppel by deed* è invece un principio che regola la prova nel giudizio ed è logica conseguenza del valore assoluto che l'ordinamento di *common law* attribuisce agli atti stipulati secondo una certa forma o che provano un certo diritto. Alle parti che hanno sottoscritto l'atto verrà quindi impedito di porre in dubbio la veridicità di quanto dallo stesso attestato²⁰. L'*estoppel by representation* (o *estoppel in pais* o *equitable estoppel*) infine, è un principio che nasce nel XIII secolo per certificare il passaggio di proprietà su un bene immobile e che, combinato dalle corti con il principio di equità (*equity*), si applica a ogni manifestazione di volontà dalla quale si possa ragionevolmente dedurre una situazione giuridica²¹. In base all'*estoppel by representation* può dunque essere vietato a un soggetto di presentare un'istanza dinanzi a un giudice se tale istanza contraddice quanto in buona fede era possibile aspettarsi da una condotta in precedenza adottata²².

Gli operatori del diritto internazionale sono innanzitutto giuristi di formazione interna. Pertanto, non sorprende che i giuristi di *common law* si siano interrogati sull'esistenza del principio dell'*estoppel* nel diritto internazionale. La giurisprudenza arbitrale a cavallo tra il XIX e il XX secolo mostra come, nei procedimenti che coinvolgevano il Regno Unito o gli Stati Uniti, siano state spesso sollevate istanze collegate alla figura dell'*estoppel*²³. Importanti autori hanno poi confermato l'applicabilità dell'istituto nel diritto internazionale, sia che si consideri lo stesso una regola di diritto consuetudinario o un principio generale del diritto²⁴. Il principio dell'*estoppel* di diritto internazionale non presenta

¹⁹ Cfr. D. W. BOWETT, *Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence*, 33 *British Y.B. Int'l L.*, 176, 202 (1957), pp. 177-179 e A. MARTIN, *op. cit.*, pp. 49-63.

²⁰ D. W. BOWETT, *ibid.*, p. 181; A. MARTIN, *op. cit.*, pp. 11-13.

²¹ A. MARTIN, *ibid.*, p. 13.

²² *Ibid.* Quest'ultima è la categoria più ampia e presenta caratteristiche diverse a seconda della condotta in relazione alla quale viene eccepito l'*estoppel*. Essa comprende ad esempio il *promissory estoppel* (in base al quale, anche in assenza di un obbligo contrattuale, un soggetto non può venire meno alla promessa di adottare una determinata condotta qualora un altro soggetto avesse fatto affidamento su tale promessa e subisca un danno a causa dell'immotivato rifiuto) e l'*estoppel by silence*, che trova applicazione anche nel diritto internazionale, seppur non in quanto *estoppel by acquiescence*, e per il quale cfr. *infra*, § 2.3. In questo senso, il principio dell'*estoppel in pais* «is perhaps the most powerful and flexible instrument to be found in any system of civil jurisprudence», F. POLLOCK, *The Expansion of the Common Law*, London, Stevens & sons, 1904, p. 108. Sul *promissory estoppel* e sull'*estoppel by acquiescence* negli ordinamenti di *common law* cfr. A. MARTIN, *op. cit.*, pp. 19-37, 47.

²³ A. MARTIN, *ibid.*, pp. 66-67. Cfr. *Spanish-United States Claim Commission*, 1881, in J. B. MOORE, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. III, 6^a ed., Washington (D. C.), GPO, 1898, p. 2196, per l'*estoppel by record*; *Pious Fund (The Pious Fund of the Californias (The United States of America v. The United Mexican States), Award of the Tribunal*, CPA, 14 ottobre 1902 [*Pious Fund*] per l'*estoppel by deed*; *Award regarding the Boundary between the Colony of British Guiana and the United States of Venezuela*, 3 ottobre 1988, UNRIAA, Vol. XXVIII, p. 331, per l'*estoppel by representation*. Cfr. la ricognizione della prassi inglese in I. MACGIBBON, *Estoppel in International Law*, 7 *Int'l & Comp. L. Q.*, 468, 513 (1958), pp. 487-500.

²⁴ Cfr. A. D. MCNAIR, *The Legality of the Occupation of the Ruhr*, 5 *British Y.B. Int'l L.* 17, 37 (1924), p. 34; H. LAUTERPACHT, *Private Law*, *op. cit.*, p. 205, «[i]t is not easy to adduce reasons why [...] estoppel should be disregarded in the relations between States». Passata la metà del secolo, B. CHENG non ha dubbi nel porre l'*estoppel* tra i principi generali del diritto internazionale, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, CUP,

tuttavia le medesime caratteristiche di quello di *common law*²⁵. Intanto, il diritto internazionale non conosce né l'*estoppel by record*, né l'*estoppel by deed*. Nel primo caso il diritto internazionale applica il principio della *res judicata* mentre, nel secondo, quello del *pacta sunt servanda*²⁶. La differenza tra l'*estoppel by deed* e l'*estoppel by representation* tende peraltro a sfumare, poiché il valore degli atti formali degli Stati rientra nel più ampio e indistinto concetto di prassi²⁷. Di conseguenza, quando nel diritto internazionale si fa riferimento al principio dell'*estoppel*, si intende, a grandi linee, l'istituto di *common law* dell'*estoppel by representation*.

Il principio dell'*estoppel* ha inoltre conosciuto uno sviluppo peculiare nel diritto internazionale. La dottrina identifica due concezioni dello stesso: una concezione “estensiva” (*estoppel lato sensu*) e una concezione “restrittiva” (*estoppel stricto sensu*) che ricalca il principio dell'*estoppel by representation* e che coincide con quello che viene considerato il principio dell'*estoppel* nel diritto internazionale²⁸.

2.2. Concezione estensiva e concezione restrittiva dell'*estoppel* nel diritto internazionale

La concezione estensiva dell'*estoppel* trova applicazione ogniqualvolta uno Stato pone in essere una condotta contraddittoria e impedisce allo stesso di sollevare in giudizio un'istanza mediante la quale contestare ciò che ha in precedenza detto, fatto o lasciato ragionevolmente intendere²⁹. Il principio ha un campo di applicazione potenzialmente molto vasto e non sempre trova espressa menzione nella prassi e nella giurisprudenza internazionale, ma pare sottendere il contenuto degli atti diplomatici di numerosi Stati, oltre che il ragionamento alla base di diversi lodi arbitrari, specie nella prima metà del XX secolo³⁰. Anche la CPGI (e la CIG poi) ha applicato il principio dell'*estoppel l.s.*. In *Factory at Chorzów* la CPGI faceva ricorso a un *estoppel l.s.* sottolineando come la parte di una controversia non potesse domandare l'adempimento di un'obbligazione qualora la controparte non avesse potuto adempiere alla stessa a causa di una condotta posta in essere dalla parte che domandava l'adempimento³¹.

2006, pp. 143 ss. Cfr. anche D. W. BOWETT, *op. cit.*, p. 176; I. MACGIBBON, *Estoppel, op. cit.*, p. 468 e T. COTTIER, J. P. MÜLLER, *Estoppel*, in MPEPIL, 2007, par. 9-11.

²⁵ T. COTTIER, J. P. MÜLLER, *ibid.*, par. 4.

²⁶ *Ibid.*, par. 5. Cfr. anche D. W. BOWETT, *op. cit.*, pp. 176-183.

²⁷ T. COTTIER, J. P. MÜLLER, *ibid.*, par. 5.

²⁸ A. MARTIN, *op. cit.*, pp. 71-72. Cfr. anche H. DAS, *op. cit.*, p. 611-612.

²⁹ A. MARTIN, *ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 74. Per una ricognizione sull'impiego della concezione estensiva dell'*estoppel* nella prassi diplomatica e nella giurisprudenza dei tribunali arbitrari precedenti la prima metà del XX secolo, cfr. *ibid.*, pp. 78-82.

³¹ *Case Concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Jurisdiction)*, P.C.I.J., *Collection of Judgments, Series A. – No. 9, 26th July 1927*, p. 31.

In *Interpretation of Peace Treaties*³², l'Ungheria, la Romania e la Bulgaria si rifiutavano di nominare un rappresentante nella commissione istituita dai Trattati di Pace del 1947. La commissione, il cui scopo era di risolvere le controversie derivanti dall'applicazione degli stessi Trattati, doveva comporsi di un membro nominato dagli Alleati, un membro nominato da Ungheria, Romania e Bulgaria e un membro nominato dal Segretario delle Nazioni Unite. Poiché questi tre Stati, in violazione dei Trattati, si rifiutavano di nominare il proprio rappresentante, gli Alleati chiedevano alla CIG se la commissione non potesse comunque essere istituita per risolvere la controversia. In particolare, il Regno Unito e gli Stati Uniti sostenevano che, rifiutandosi di nominare il proprio rappresentante, questi tre Stati non avrebbero poi potuto sconfessare la decisione raggiunta dalla commissione³³. La CIG non si esprimeva sul punto, limitandosi a osservare che, ai sensi dei Trattati, la commissione doveva obbligatoriamente comporsi di tre membri e decidere a maggioranza³⁴. Nella sua opinione dissenziente, il giudice Read accoglieva invece la posizione di Regno Unito e Stati Uniti notando che «a defaulting government [...] would be [...] estopped from alleging its own treaty violation in support of its own contention»³⁵.

In questi e in altri casi³⁶, il principio dell'*estoppel* non incontra requisiti specifici per poter essere invocato nella risoluzione di una controversia. Esso rappresenta in un'applicazione del principio di buona fede, declinato secondo il principio del *nemo venire contra factum proprium*³⁷. La definizione classica del principio dell'*estoppel l.s.* è fornita da Georg SCHWARZENBERG secondo il quale l'istituto vieta a uno Stato di negare la veridicità di un'affermazione sull'esistenza di un fatto quando uno o

³² *Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950 [Interpretation of Peace Treaties]*, p. 221.

³³ «This point may be clearer on the basis of an application of the principle of estoppel. [...] In brief, the party concerned is estopped or incapacitated from challenging the validity of the decision, because it cannot do so except by pleading its own wrong. In that case the decision would remain unchallenged in law and therefore binding», *ibid.*, *Written Statements of the Government of the United Kingdom, 11 January 1950*, p.190. Cfr. anche *ibid.*, *Written Statements of the United States of America on Questions III and IV, 22 October 1949*, p. 237: «[n]o State can claim that its right it's denied when it refuses to avail itself of the right which it claims is denied it». Cfr. l'analisi del caso in I. MACGIBBON, *Estoppel*, *op. cit.*, pp. 480-482 e A. MARTIN, *op. cit.*, pp. 82-84.

³⁴ *Interpretation of Peace Treaties*, p. 230.

³⁵ *Ibid.*, J. E. READ, *Dissenting Opinion*, p. 244.

³⁶ Cfr. in particolare i casi che coinvolgono un *estoppel by silence*, *infra*, §§ 2.3.2 e 2.3.3.

³⁷ «[I]n international jurisprudence one finds decisions based on the *non concedit venire contra factum proprium* principle which corresponds to the Anglo-Saxon institution of estoppel», *Flegthenheimer Case – Decision No. 182*, 20 settembre 1958, UNRIAA, Vol. XIV, p. 372, par. 63. Il parallelo non è corretto. Il principio *nemo venire contra factum proprium* corrisponde all'*estoppel l.s.*, mentre l'*estoppel by representation* (tipico degli ordinamenti di *common law*) richiama maggiormente l'*estoppel s.s.* In ambito probatorio il principio viene declinato secondo il brocardo *allegans contraria non audiendus est*. Questo principio non impedisce a una parte di presentare un'istanza dinanzi al giudice, ma stigmatizza la scarsa affidabilità dello Stato che, senza motivo, adotta una condotta contraddittoria. Come osservato da A. D. MCNAIR, «[t]his is not estoppel *eo nomine*, but it shows that international jurisprudence has a place for some recognition of the principle that a State cannot blow hot and cold», *op. cit.*, p. 35. Per un approfondimento sulla differenza tra gli effetti dell'*estoppel* e il valore probatorio di una condotta contraddittoria cfr. D. W. BOWETT, *op. cit.*, pp. 195-197.

altri soggetti giuridici hanno fatto affidamento su tale condotta³⁸. Ciò vale, a maggior ragione, qualora la condotta in questione costituisca una violazione di diritto internazionale (*nullus commodum capere de sua injuria propria*)³⁹.

Parallelamente, la dottrina e la giurisprudenza internazionale hanno sviluppato una concezione maggiormente articolata dell'istituto. A partire da *Tinoco*, alcuni tribunali arbitrali cominciarono a negare l'applicabilità del principio dell'*estoppel* in assenza di un danno imputabile alla condotta contraddittoria dello Stato⁴⁰. Allo stesso modo, la dottrina ha proposto una nozione più elaborata di *estoppel*, individuando alcuni requisiti necessari per una corretta applicazione del principio. Tra questi rientrano la chiarezza della condotta in relazione alla quale viene eccepito l'*estoppel*, la prova dell'affidamento in buona fede della controparte e l'esistenza di un danno per quest'ultima, ovvero di un vantaggio per lo Stato che ha adottato la condotta contraddittoria⁴¹. La CIG da un lato ha confermato l'applicabilità dell'*estoppel* nella sola concezione restrittiva⁴², dall'altro, soprattutto nei casi di *estoppel by silence*, ha applicato il principio in una concezione più estensiva⁴³.

Una definizione spesso utilizzata dell'*estoppel s.s.* è quella offerta dal giudice Spender in *Temple of Preah Vihear*:

³⁸ G. SCHWARZENBERG, *A Manual of International Law*, 5^a ed., London, Stevens & sons, 1967, p. 631. Autorevolmente, I. MACGIBBON: «[u]nderlying most formulations of the doctrine of estoppel in international law is the requirement that a State ought to be consistent in its attitude to a given factual or legal situation. [...] [A] State ought to maintain towards a given factual or legal situation an attitude consistent with that which it was known to have adopted with regard to previous occasions. At its simplest, estoppel in international law reflects the principle of consistency», *Estoppel*, *op. cit.*, pp. 468, 512. Cfr. anche E. PECOURT GARCÍA, *op. cit.*, p. 103 e i vari autori citati in A. MARTIN, *op. cit.*, p. 187.

³⁹ I. MACGIBBON, *ibid.*, p. 486; R. KOLB, *Good Faith*, *op. cit.*, p. 102, nota 268. Cfr. anche H. LAUTERPACHT: «[a] State is estopped from relying on its own non-fulfilment of an international obligation», *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, CUP, 1982, p. 169.

⁴⁰ «An equitable estoppel to prove the truth must rest on previous conduct of the person to be estopped, which has led the person claiming the estoppel into a position in which the truth will injure him. There is no such case here», *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica)*, 18 ottobre 1923, UNRIAA, Vol. I, p. 369, p. 384, corsivo aggiunto. Cfr. anche *Cornelia J. Pringle, et al. (Santa Isabel Claims) (U.S.A.) v. United Mexican States*, 26 aprile 1926, UNRIAA, Vol. IV, p. 783, p. 803 e *Shufeldt claim (Guatemala, USA)*, 14 luglio 1930, UNRIAA, Vol. II, p. 1079, p. 1094. La CPGI menziona per la prima volta il principio, impiegando una concezione restrittiva, in *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, P.C.I.J., Collection of Judgments, Series A. – Nos. 20/21, 12 July 1929*, pp. 38-39. Per un'analisi del caso con riferimento al principio dell'*estoppel* cfr. A. MARTIN, *op. cit.*, pp. 147-153.

⁴¹ Tra i primi fautori di un approccio restrittivo vi sono D. W. BOWETT, *op. cit.*, pp. 201-202; B. CHENG, *op. cit.*, pp. 143-144; E. SUY, *op. cit.*, p. 64, nota 53; R. JENNINGS, *op. cit.*, pp. 41-42; A. MARTIN, *op. cit.*, pp. 272-302. Per una descrizione dettagliata delle caratteristiche del principio dell'*estoppel* nella sua concezione restrittiva cfr. R. KOLB, *Good Faith*, *op. cit.*, pp. 102-118 e A. MARIE, *op. cit.*, pp. 579-586. La concezione restrittiva dell'*estoppel* è oggi maggioritaria, T. COTIER, J. P. MÜLLER, *op. cit.*, par. 3.

⁴² Cfr. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 3, pp. 24-25 e *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990*, p. 92, par. 63; *Land and Maritime Boundary (1998)*, par. 57-58.

⁴³ Cfr. *infra*, §§ 2.3.2 e 2.3.3. Per una ricognizione recente sull'impiego del principio dell'*estoppel* dinanzi alla CIG cfr. A. OVCHAR, *Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ. A Principle Promoting Stability Threatens to Undermine It*, 21 *Bond L. Rev.*, 1, 33 (2009).

«the principle [of estoppel] operates to prevent a State contesting before the Court a situation contrary to a clear and unequivocal representation previously made by it to another State, either expressly or impliedly, on which representation the other State was, in the circumstances, entitled to rely and in fact did rely, and as a result that other State has been prejudiced or the State making it has secured some benefit or advantage for itself»⁴⁴.

La definizione dell'istituto dell'*estoppel s.s.* qui impiegata coinciderà con quella formulata dal giudice Spender⁴⁵. Essa, oltre che autorevole, risulta infatti particolarmente esaustiva e, pertanto, utile ai fini della presente analisi.

2.3. L'*estoppel by silence* e l'*estoppel by acquiescence*

2.3.1. Considerazioni teoriche

La condotta in relazione alla quale eccepire l'*estoppel* può essere costituita da un silenzio (*estoppel by silence*)⁴⁶. Qualora il silenzio di uno Stato abbia ingenerato una determinata convinzione, lo Stato in questione non potrà adottare una condotta che contrasti con ciò che da tale silenzio un altro Stato poteva ragionevolmente presumere quando la condotta contraddittoria produca un pregiudizio a quest'ultimo, ovvero un vantaggio per il primo. In sostanza, a uno Stato può essere vietato di adottare una condotta attiva in contrasto con una previa condotta passiva (un'inattività, un'omissione o un mero silenzio) purché, ovviamente, i requisiti necessari per l'applicazione del principio dell'*estoppel* vengano rispettati.

Un problema di frequente segnalato in dottrina concerne la possibilità di distinguere concretamente l'applicazione del principio dell'*estoppel by silence* dagli effetti dell'acquiescenza e, in particolare, della prescrizione acquisitiva⁴⁷. Il problema deriva dal fatto che il medesimo silenzio può risultare

⁴⁴ P. SPENDER, *doc. cit.*, pp. 143-144. Cfr. anche la definizione formulata in H. DAS, *op. cit.*, p. 612.

⁴⁵ Per una definizione alternativa cfr. R. KOLB, *Good Faith*, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁶ La dottrina è unanime su questo punto. Cfr., *inter alia*, H. THIRLWAY: «[a] claim of estoppel is, theoretically, based on the fact that the respondent State has done something; but it is, if anything, more common for a claim to be that a State has not done something which, on certain postulates, it might have been expected to do, and that this was a representation that the facts are otherwise», *The Law and Procedure of the International Court of Justice. Fifty Years of Jurisprudence*, Vol I, Oxford, OUP, 2013, p. 34. La CIG ha riconosciuto che «it cannot be excluded that an estoppel could in certain circumstances arise from a silence when something ought to have been said», *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1989*, p. 15 [*El.Si.*], par. 54. Coerentemente la definizione fornita dal giudice Spender include «a clear and unequivocal representation previously made [...] either expressly or impliedly», *supra*, § 2.2, corsivo aggiunto.

⁴⁷ Cfr., *inter alia*, D. W. BOWETT, *op. cit.*, pp. 197-201; H. LAUTERPACHT, *Sovereignty*, *op. cit.*, p. 395; I. MACGIBBON, *The Scope*, *op. cit.*, pp. 147-150; ID, *Estoppel*, *op. cit.*, pp. 501-512; J. BARALE, *op. cit.*, pp. 423-424; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 90-98, I. SINCLAIR, *Estoppel and Acquiescence*, in A. VAUGHAN LOWE, M. FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, CUP, 1996, pp. 104-120; H. DAS, *op. cit.*, pp. 625-632; Ph. CHAN, *op. cit.*, pp. 430-438; M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, p. 355; A. MARIE, *op. cit.*, pp. 578

rilevante sia al fine di accertare l'acquiescenza di uno Stato, sia al fine di applicare il principio dell'*estoppel*. Un esempio può aiutare a comprendere in che modo i due istituti tendendo a sovrapporsi. Si consideri una porzione di territorio (l'Isola G) storicamente contesa tra due Stati limitrofi (S e N). A partire da una certa data e per molti anni a seguire, lo Stato S esercita poteri *de facto* sovrani sull'Isola G. Dopo aver avvertito lo Stato N, lo Stato S avvia una serie di opere pubbliche sull'Isola G. Dopo quasi dieci anni, a lavori ormai ultimati, lo Stato N invia una nota diplomatica allo Stato S con la quale richiede la cessazione immediata di qualsiasi attività sull'Isola G, sottolineando di non avere mai rinunciato ai propri diritti di sovranità sulla stessa. Nasce così una controversia la cui risoluzione viene rimessa dalle Parti a un tribunale arbitrale *ad hoc*⁴⁸.

Viste le circostanze, difficilmente la causa potrà volgere a favore dello Stato N. Il silenzio a lungo mantenuto può infatti interpretarsi alla stregua di un implicito riconoscimento dei diritti di sovranità dello Stato S sull'Isola G, ovvero di una rinuncia dei propri. L'acquiescenza dello Stato N indurrà il tribunale arbitrale a riconoscere la prescrizione acquisitiva dell'Isola G da parte dello Stato S e la perdita di ogni diritto di sovranità dello Stato N sulla stessa. Ma il silenzio dello Stato N può essere impiegato dallo Stato S anche per invocare l'applicazione del principio dell'*estoppel*: l'inerzia dello Stato N nel reclamare i propri diritti di sovranità ben avrebbe potuto suggerire allo Stato S che l'attività di costruzione sull'Isola G fosse da entrambe le parti ritenuta legittima, portando le autorità di quest'ultimo a investire ingenti risorse nella realizzazione di edifici e infrastrutture. La condotta dello Stato N, oltre ad apparire irragionevolmente contraddittoria, rischia quindi di causare un pregiudizio tangibile allo Stato S. Il silenzio dello Stato N potrebbe perciò essere qualificato come una condotta inequivoca sulla quale lo Stato S ha fatto affidamento in buona fede per decidere di finanziare i lavori di costruzione sull'Isola G. Il principio dell'*estoppel* non interverrebbe sui diritti di sovranità dello Stato N (come la prescrizione acquisitiva), ma sul diritto di fare valere tali diritti dinanzi a un tribunale arbitrale⁴⁹. Pertanto, seppur i due meccanismi possano apparire simili, essi operano secondo modalità e su piani differenti. Ciò è confermato dal fatto che, in cause analoghe a quella proposta, gli Stati sono soliti richiamare i due istituti separatamente, domandando l'applicazione dell'uno in subordine

ss. Il medesimo problema può porsi rispetto all'istituto della prescrizione estintiva, sebbene di tratti di un tema di rado affrontato dalla dottrina, cfr. *infra*, § 3.1.

⁴⁸ L'esempio ricalca *Grisbådarna*.

⁴⁹ L'*estoppel* ha natura procedurale. Esso non estingue un diritto, ma il diritto di invocare quel diritto dinanzi a un organo giudiziale, cfr. *inter alia*, M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, p. 357. La distinzione tra diritti materiali e diritti procedurali tende a essere ignorata dai giuristi di *common law* (*supra*, **Cap. I, § 1, nota 7**). Questi ultimi negano la distinzione anche nel diritto internazionale e, di conseguenza, affermano che l'*estoppel* interviene sul diritto in quanto tale, cfr., *inter alia*, I. MACGIBBON, *Estoppel*, *op. cit.*, pp. 478-479; R. JENNINGS, *op. cit.*, pp. 50-51 e Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 90-91. La natura procedurale degli effetti dell'*estoppel* è confermata dal fatto che, mentre l'acquiescenza produce effetti materiali e, come tali, opponibili anche a terzi, l'*estoppel* produce i propri effetti solo tra le parti della controversia, D. W. BOWETT, *op. cit.*, p. 200 ed E. PECOURT GARCÍA, *op. cit.*, p. 123.

a quella dell'altro⁵⁰.

Le differenze tra acquiescenza ed *estoppel* sfumano qualora quest'ultimo venga applicato in relazione a una condotta acquiescente (*estoppel by acquiescence*)⁵¹. Gli effetti dell'acquiescenza si sovrappongono qui al principio dell'*estoppel*: da un lato la condotta acquiescente produrrà *di per sé* alcuni effetti giuridici, come la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità su un territorio⁵²; dall'altro, costituirà la condotta rispetto alla quale valutare l'applicabilità del principio dell'*estoppel*. In altre parole: non solo lo Stato domanderà al giudice di accertare a proprio favore l'acquiescenza di un diritto ma, in via complementare, evidenzierà che, in virtù del principio dell'*estoppel*, la controparte dovrà reputarsi preclusa dal porre in essere una condotta in contrasto con gli effetti della condotta acquiescente in precedenza adottata⁵³.

L'idea di costruire l'eccezione dell'*estoppel* su una condotta acquiescente non pare convincente. Essa confonde due situazioni giuridiche diverse⁵⁴. L'elemento principale che distingue il fenomeno dell'acquiescenza dal principio dell'*estoppel* è l'esistenza di un consenso dietro alla condotta che produce l'acquisizione prescrittiva di un diritto, ovvero preclude a uno Stato di adottare una condotta a essa contraddittoria⁵⁵. Come detto, mentre ai fini degli effetti dell'acquiescenza il silenzio deve riflettere il consenso dello Stato che, *volontariamente*, decide di non opporsi a una condotta⁵⁶, il principio dell'*estoppel*, per trovare applicazione, non richiede l'esistenza di un silenzio intenzionale, ma

⁵⁰ Cfr., *inter alia*, *Bangladesh c. Myanmar*, parr. 119-125; *Ghana c. Costa d'Avorio*, parr. 229 ss.; *Norstar*, parr. 274 ss. e *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2018, p. 507 [*Obligation to Negotiate Access*], parr. 149 ss.

⁵¹ L'istituto è previsto all'interno degli ordinamenti di *common law*, dove è anche chiamato *estoppel by encouragement*, cfr. A. MARTIN, *op. cit.*, pp. 46-47.

⁵² L'acquiescenza può produrre anche effetti diversi, come la formazione di una regola consuetudinaria particolare, cfr. *supra*, **Cap. III**, § 1.6.

⁵³ J. C. WITENBERG, *L'estoppel: un aspect du problème des créances américaines*, 60 JDI, 529, 538 (1933), p. 531; G. SCHWARZENBERG, *op. cit.*, pp. 256 ss. Cfr. anche I. MACGIBBON: «the few writers who have discussed the question had no doubt that acquiescence was [...] apt to find an estoppel», *Estoppel, op. cit.*, p. 501; A. ORAKHELASHVILI: «Estoppel can flow from recognition, acquiescence or waiver, and from another side of the coin in relation to them: once a State has exercised a valid recognition, waiver or acquiescence, it is estopped from contesting the situation thus established. In some cases estoppel by acquiescence is found [...]», *op. cit.*, p. 371 e, con maggiore ambiguità, E. PECOURT GARCÍA, *op. cit.*, pp. 123-124; Ch. CHAN, *op. cit.*, p. 424; S. KOPELA, *op. cit.*, p. 97 e J. WASS, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁴ *Gulf of Maine*, par. 130: «[T]he concepts of acquiescence and estoppel, irrespective of the status accorded to them by international law, both follow from the fundamental principles of good faith and equity. They are, however, based on different legal reasoning [...]».

⁵⁵ D. W. BOWETT, *op. cit.*, p. 201; Y. Z. BLUM, *op. cit.*, p. 96; M. L. WAGNER, *op. cit.*, p. 1783-1784 e H. DAS, *op. cit.*, p. 625. Un'ulteriore differenza evidenziata in dottrina è che, a differenza dell'*estoppel*, la prescrizione acquisitiva richiede il passaggio di un lungo periodo di tempo per dispiegare i propri effetti, D. W. BOWETT, *ibid.*, p. 200, nota 1. Sebbene il passaggio del tempo non sia un requisito obbligatorio per poter invocare un *estoppel by silence* è anche vero che il silenzio, in quanto condotta intrinsecamente ambigua, deve essere mantenuto per un periodo di tempo rilevante, in modo da poter ragionevolmente ingenerare un legittimo affidamento nella controparte. Il passaggio di un determinato periodo di tempo è dunque un elemento imprescindibile sia per poter dichiarare la prescrizione acquisitiva di un diritto che l'applicabilità del principio dell'*estoppel by silence*, cfr. E. PECOURT GARCÍA, *op. cit.*, pp. 123-124 e H. THIRLWAY, *The Law, op. cit.*, p. 41: «the time element is likely to be more material in cases of acquiescence than in cases of estoppel». Per A. MARIE l'elemento che caratterizza l'*estoppel by silence* è meramente l'esistenza di un pregiudizio, *op. cit.*, p. 590.

⁵⁶ Cfr. *supra*, **Cap. I**, § 2.

di un silenzio sul quale un altro Stato ha in buona fede fatto affidamento e la cui successiva smentita è causa di un pregiudizio o un vantaggio ingiusto⁵⁷. Dunque, perché l'istituto dell'*estoppel* produca i propri effetti, non è necessario che il silenzio manifesti il consenso dello Stato o venga mantenuto intenzionalmente. Tornando all'esempio dei due Stati limitrofi, poiché lo Stato S aveva notificato allo Stato N l'avvio dei lavori, si può presumere che quest'ultimo avesse prestato acquiescenza all'esercizio di diritti *de facto* sovrani sull'Isola G da parte dello Stato S e che il prolungato silenzio avesse prodotto la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità dello Stato N a favore dello Stato S. Ma se, per ipotesi, lo Stato N non fosse stato informato e potesse dimostrare di aver ignorato per colpa scusabile l'attività di costruzione dello Stato S sull'Isola G, il silenzio dello Stato N non potrebbe più dare luogo ad acquiescenza⁵⁸. Il silenzio potrebbe però essere invocato dallo Stato S per domandare al tribunale arbitrale l'applicazione del principio dell'*estoppel*. L'analisi del tribunale arbitrale si sposterà allora su quei requisiti che devono necessariamente sussistere a tal fine (una condotta chiara e inequivocabile; l'affidamento in buona fede della controparte cui segue il verificarsi di un pregiudizio per quest'ultima (*detrimental reliance*)⁵⁹, ovvero di un vantaggio per lo Stato che pone in essere la condotta contraddittoria) e tra i quali, per l'appunto, non figura l'esistenza di un silenzio volontario⁶⁰. L'accertamento del giudice non si concentrerà tanto sullo stato soggettivo dello Stato che ha mantenuto il silenzio, quanto su quello dello Stato che su tale silenzio ha fatto affidamento e, come conseguenza, ha subito un danno⁶¹. In questo senso, non si tratterà di provare la mala fede dello Stato che adotta una condotta contraddittoria, ma di accertare la buona fede della controparte⁶². Ciò è coerente con quanto detto in premessa: quando l'*estoppel* viene applicato in relazione a un silenzio, quest'ultimo si qualifica non come un atto giuridico, ma come un fatto giuridico, una condotta cioè che produce effetti giuridici indipendentemente dalla volontà delle parti⁶³.

⁵⁷ Cfr. *supra*, § 2.2. E cfr. l'analisi in J. WASS, *op. cit.*, pp. 163-165.

⁵⁸ «Si l'État peut prouver qu'il n'a pas entendu s'engager, l'argument d'acquiescement ne sera pas retenu par la Cour», H. DAS, *op. cit.*, p. 627.

⁵⁹ R. KOLB, *Good Faith*, *op. cit.*, p. 106.

⁶⁰ Come osservato da Ch. CHAN, «ignorance on the part of a State of a certain state of affairs in its (claimed) territory may be so interpreted as to render that State precluded from denying such state of affairs», *op. cit.*, p. 429.

⁶¹ «Ainsi, l'argument d'*estoppel* se concentre, non pas sur l'État ayant gardé le silence, mais sur l'autre État, qui se prévaut de l'*estoppel*», H. DAS, *op. cit.*, p. 625.

⁶² «While a claim of acquiescence asserts that the State concerned *did* accept or agree on that point, a claim of *estoppel* accepts, by implication that the respondent State did *not* accept or agree, but contends that, having misled the applicant State by behaving as though it did agree, it cannot be permitted to deny the conclusion which its conduct suggested», H. THIRLWAY, *The Law*, *op. cit.*, pp. 29-30.

⁶³ Cfr. *supra*, § 2.1. In realtà, se è vero che ogni atto giuridico è suscettibile di essere invocato in relazione a un *estoppel* (specie quando *lato sensu*), quest'ultimo può sorgere anche in assenza di un atto giuridico. In altre parole: la presenza di un atto giuridico è una condizione sufficiente ma non necessaria. Si tratta di una considerazione che tende a non essere rilevata in dottrina e che emerge con chiarezza solo se si analizza l'*estoppel by silence*. Il silenzio è infatti l'unica condotta che uno Stato può porre in essere anche in via accidentale, vale a dire in mancanza di una volontà precisa la quale, vale la pena ripeterlo, è l'elemento che distingue la categoria degli atti giuridici da quella dei fatti giuridici *s.s.*. Un tema correlato è quello della differenza tra gli effetti di un atto giuridico unilaterale e l'*estoppel*, per il quale cfr. *infra*, § 2.4.

L'acquiescenza e l'*estoppel by silence* sono quindi due istituti distinti. La maggiore differenza risiede nel fatto che, mentre l'acquiescenza produce effetti giuridici *solo* in presenza di un silenzio intenzionale, il principio dell'*estoppel* può essere applicato anche in difetto della volontà dello Stato, purché sussistano gli elementi che compongono lo stesso⁶⁴. Per questo motivo non è corretto sostenere che l'acquiescenza e l'*estoppel* possano essere eccepiti in relazione alla medesima condotta. Entrambi vengono invocati in relazione a un silenzio ma, nel caso dell'acquiescenza, dietro al silenzio si cela il consenso o, quanto meno, la volontà dello Stato di non protestare a fronte della condotta di un altro Stato. Nel caso dell'*estoppel*, il silenzio si caratterizza invece per costituire una condotta inequivoca, sulla quale uno Stato ha fatto legittimo affidamento e che, qualora contestata dallo Stato che ha in precedenza adottato la stessa, potrebbe danneggiare il primo, ovvero avvantaggiare ingiustamente il secondo. A ben vedere, l'applicazione dei due istituti non solo si basa su presupposti differenti, ma si presenta come mutualmente esclusiva: o il silenzio mantenuto dallo Stato può interpretarsi come intenzionale (e il giudice dichiarerà l'intervenuta acquiescenza senza bisogno di applicare l'*estoppel*), oppure, *non essendo volontario*, dovrà soddisfare i requisiti già elencati per impedire a uno Stato di adottare una condotta contraddittoria⁶⁵. Diversamente dagli ordinamenti di *common law*, ove non si ravvisa una distinzione netta tra atto e fatto giuridico⁶⁶ e, pertanto, neanche tra *estoppel by silence* (mero silenzio) ed *estoppel by acquiescence* (silenzio intenzionale), nel diritto internazionale quest'ultimo non può trovare accoglimento⁶⁷.

In breve: le circostanze in cui può essere applicato l'*estoppel by silence* non corrispondono a quelle in cui l'acquiescenza dispiega i propri effetti. La sovrapposizione tra i due istituti, oltre che incoerente con la distinzione tra atto e fatto giuridico, confonde i requisiti perché si produca acquiescenza con quelli necessari al fine di precludere a uno Stato l'adozione di una determinata condotta. La conseguenza è un'alterazione dell'onere della prova, con il rischio di applicare il principio dell'*estoppel* in

⁶⁴ «[F]or purposes of the estoppel the question is not whether there is a duty to speak, but simply, did the silence or non-action amount in the circumstances to a suggestion or representation of a certain fact?», H. THIRLWAY, *The Law*, op. cit., p. 38. E cfr. *Gulf of Maine*, par. 145: «[Estoppel] never presupposes clear and consistent acceptance».

⁶⁵ «[I]n those cases where it can be shown that a party has, by conduct or otherwise, undertaken, or become bound by, an obligation, it is strictly not necessary or appropriate to invoke any rule of preclusion or estoppel, although the language of that rule is, in practice, often employed to describe the situation. Thus [...] A, having accepted a certain obligation [...] cannot now be heard to deny th[is] fact [...]; but what this really means is simply that A is bound, and, being bound, cannot escape from the obligation merely by denying its existence. In other word, if the denial can be shown to be false, there is no room or need for any plea of preclusion or estoppel», *Temple of Preah Vihear*, G. FITZMAURICE, *Separate Opinion*, p. 63. Cfr. anche R. KOLB, *Good Faith*, op. cit., p. 113.

⁶⁶ Cfr. *supra*, **Intro**, § 2 e **Cap. IV**, § 4, **nota 79**. Ciò spiega perché l'applicazione di un *estoppel by acquiescence* nel diritto internazionale sia stata ammessa senza problemi da giuristi di formazione di *common law* di chiara fama come I. MACGIBBON (*The Scope*, op. cit., pp. 147 ss.).

⁶⁷ Uno Stato potrà domandare l'applicazione degli effetti dell'acquiescenza e dell'*estoppel* in relazione al medesimo silenzio. Nel rispetto della distinzione tra atto giuridico e fatto giuridico *s.s.*, il giudice dovrà tuttavia impiegare quel silenzio o per accertare l'acquiescenza della controparte o per vietare a quest'ultima di adottare una condotta in contraddizione con tale silenzio. Egli non potrà invece eccepire l'*estoppel* sulla base dell'acquiescenza (*estoppel by acquiescence*).

manca di un affidamento della controparte o del verificarsi di un pregiudizio nei confronti di quest'ultima. Questa non è una situazione desiderabile: la difficoltà di eccepire l'*estoppel* è infatti proporzionale alla forza degli effetti del principio, suscettibile di impedire a uno Stato di adottare una condotta al di là dell'esistenza di un consenso, di un diritto o interesse legittimo o perfino dell'oggettiva validità delle proprie argomentazioni⁶⁸.

2.3.2. La prassi della CIG

Nonostante sia possibile individuare con precisione le differenze che intercorrono tra *estoppel l.s.* ed *estoppel s.s.*, tra *estoppel* e acquiescenza e tra *estoppel by silence* ed *estoppel by acquiescence*, la giurisprudenza internazionale presenta una certa confusione nell'applicazione di questi concetti. Ciò è solo in parte dovuto alla maggiore difficoltà di analisi che fisiologicamente caratterizza il caso concreto rispetto al caso teorico. Invero, l'impressione è che il giudice internazionale, specie in passato, abbia di frequente impiegato questi concetti in maniera interscambiabile, sfruttando l'intrinseca ambiguità di quei fatti che coinvolgono l'interpretazione di una condotta passiva a fondamento della propria decisione⁶⁹. La tendenza è di attenuare la rigidità probatoria dell'acquiescenza o dell'*estoppel*, posta la complessità di dimostrare in giudizio, rispettivamente, lo stato soggettivo della parte che mantiene il silenzio e quello della parte che su tale silenzio sostiene di aver fatto affidamento. Per il giudice risulta così molto più agevole risolvere la controversia, sebbene non tutti i requisiti per applicare l'acquiescenza o l'*estoppel* vengano soddisfatti e per quanto sia alle volte problematico stabilire quale tra i due istituti sia stato effettivamente utilizzato⁷⁰.

Questo approccio è stato seguito dalla CIG in alcune pronunce⁷¹. Si è detto come in *Anglo-Norwegian Fisheries* la CIG rilevasse l'obiezione persistente della Norvegia⁷². Alcuni autori hanno tuttavia qualificato la decisione come un'applicazione del principio dell'*estoppel*⁷³. In effetti, in almeno un paio di passaggi, la CIG sottolineava come, essendosi astenuto dal sollevare qualsiasi obiezione

⁶⁸ Come efficacemente sintetizzato da G. FITZMAURICE: «[a plea of estoppel] is essentially a means of excluding a denial that might be *correct* – irrespective of its correctness. It prevents the assertion of what might in fact be *true*. Its use must in consequence be subject to certain limitations», *doc. cit.*, p. 63. E cfr. A. ORAKHELASHVILI: «[e]stoppel can bind a State to what does not amount to its intention», *op. cit.*, p. 369.

⁶⁹ A. OVCHAR, *op. cit.*, p. 10, nota 60.

⁷⁰ Esigenze di certezza del diritto, giustizia sostanziale, e corretta applicazione del diritto internazionale suggeriscono di non sottovalutare questa distinzione. Per quanto apparentemente teorica, essa, come dimostrano gli esempi di cui *supra*, specie con riferimento all'*estoppel by silence*, oltre che i casi che seguono, presenta anche notevoli implicazioni pratiche.

⁷¹ Per la giurisprudenza precedente all'istituzione della CIG cfr. I. MACGIBBON, *Estoppel*, *op. cit.*, pp. 502-509 e C. BROWN, *A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law*, 50 *U. Miami L. Rev.*, 369, 412 (1996), pp. 386-390.

⁷² Cfr. *supra*, **Cap. III**, § 1.7.

⁷³ Cfr., *inter alia*, M. L. WAGNER, *op. cit.*, pp. 1785-1786; C. BROWN, *op. cit.*, p. 390; A. OVCHAR, *op. cit.*, p. 10.

sulla condotta della Norvegia per un lungo periodo di tempo, il Regno Unito non potesse più, «per nessun motivo», opporsi alla prassi delle imbarcazioni norvegesi di andare a pescare oltre le quattro miglia nautiche dalla costa⁷⁴. Sugerendo che, al di là del merito della questione, il prolungato silenzio impedirebbe al Regno Unito di protestare contro una presunta violazione di diritto internazionale da parte della Norvegia, la sentenza sembra evocare il meccanismo dell'*estoppel* in una concezione estensiva. Il giudice McNair propende per una simile interpretazione nella sua opinione dissenziente⁷⁵. La dottrina maggioritaria ha peraltro evidenziato come questa interpretazione si traduca in un malinteso derivante dalla sostanziale corrispondenza degli effetti prodotti dall'acquiescenza e dall'*estoppel*⁷⁶. Del resto, la CIG precisava che nessuno Stato potesse più contestare la legittimità della condotta della Norvegia. Ciò conferma che il caso non costituisce un'applicazione del principio dell'*estoppel* poiché quest'ultimo, a differenza dell'acquiescenza, produce effetti procedurali i quali sono opponibili alle sole parti in causa.

In *Award of the King of Spain* il Nicaragua contestava la validità di un lodo arbitrale emesso il 23 dicembre 1906 da una commissione mista presieduta dal re di Spagna. Il lodo delimitava il confine tra Nicaragua e Honduras⁷⁷. Il Nicaragua si rifiutava di dare esecuzione al lodo, sostenendo a diverso titolo che la nomina del re di Spagna fosse illegittima e che il lodo, essendo contraddittorio e lacunoso, dovesse essere dichiarato invalido⁷⁸. L'Honduras affermava al contrario che non vi fosse ragione per dichiarare il lodo invalido e che, dopo quasi sessant'anni di inerzia, dovesse presumersi che il Nicaragua aveva accettato la delimitazione del confine così stabilita⁷⁹. La CIG rigettava le istanze del Nicaragua, notando come quest'ultimo non avesse all'epoca manifestato alcuna perplessità circa la nomina del re di Spagna alla presidenza della commissione o, più in generale, circa la validità del lodo e che questa circostanza, unita alla debolezza delle argomentazioni del Nicaragua, impediva di rimettere in discussione l'applicabilità del lodo dopo tanto tempo⁸⁰. Il caso è interessante proprio perché, al di là

⁷⁴ «[...] Great Britain's [...] prolonged abstention would in any case warrant Norway's enforcement of her system against the United Kingdom», *Anglo-Norwegian Fisheries*, p. 139, corsivo aggiunto. Cfr. anche *ibid.*, p. 130. E cfr. Ch. DOMINICÉ, *A propos du principe de l'estoppel en droit de gens*, in *hommage à Paul Guggenheim*, *op. cit.*, pp. 349-350.

⁷⁵ A. D. MCNAIR, *doc. cit.*, p. 171: «the question would arise whether the United Kingdom had precluded herself from objecting to [the Norwegian system embodied in the Decree of 1935] by acquiescing in it». Cfr. anche I. MACGIBBON, *Estoppel*, *op. cit.*, p. 508 e *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1994*, p. 6 [*Territorial Dispute*], B. AJIBOLA, *Separate Opinion*, par. 105: «[I]n this case [...] the Court first pronounced an international estoppel without actually saying so».

⁷⁶ Y. Z. BLUM, *op. cit.*, pp. 95-96.

⁷⁷ *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906*, *Judgment of 18 November 1960*: *I.C.J. Reports 1960*, p. 192 [*Award of the King of Spain*], p. 197.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 195-196.

⁸⁰ «[T]he Court considers that, having regard to the fact that [...] no objection was taken by Nicaragua to the jurisdiction of the King of Spain as arbitrator [...] it is no longer open to Nicaragua to rely on [any] ground for the nullity of the Award. [...] Nicaragua, by express declaration and by conduct, recognized the Award as valid and it is no longer open to Nicaragua to go back upon that recognition and to challenge the validity of the Award. Nicaragua's failure to raise any

delle velleità del Nicaragua, non è chiaro quale sia il principio alla base della decisione. L'Honduras faceva riferimento agli effetti derivanti dalla condotta acquiescente del Nicaragua per giustificare la prescrizione acquisitiva del territorio secondo il confine tracciato nel lodo⁸¹, ma la CIG sembra ignorare questo rilievo⁸². Né il concetto di acquiescenza né quello di *estoppel* vengono menzionati nella pronuncia. Nella sua opinione dissenziente, il giudice *ad hoc* Urrutia Holguín sosteneva che questa omissione non fosse casuale, considerando che nessuno dei due istituti poteva in realtà applicarsi alla controversia: da un lato, il Nicaragua aveva infatti espresso contrarietà sulla soluzione raggiunta dalla commissione già qualche anno dopo la pubblicazione del lodo, domandando all'Honduras l'istituzione di un procedimento d'appello. Così facendo, il Nicaragua avrebbe scongiurato il prodursi degli effetti dell'acquiescenza⁸³; dall'altro, la mancanza di prove circa l'esistenza di un legittimo affidamento, nonché del verificarsi di un danno, escluderebbero l'applicabilità del principio dell'*estoppel*⁸⁴. In effetti la CIG non pare preoccuparsi troppo di accertare la sussistenza degli elementi necessari al fine di invocare correttamente l'*estoppel*, limitandosi a stigmatizzare l'incoerenza della condotta del Nicaragua. La CIG non avrebbe quindi applicato un *estoppel* ma il più generale principio del *nemo venire contra factum proprium (estoppel l.s.)*⁸⁵. La dottrina maggioritaria supporta l'applicabilità dell'*estoppel* nella sola concezione restrittiva e, in questo senso, la decisione è senza dubbio criticabile. Essa risale tuttavia a un periodo in cui le due concezioni di *estoppel* venivano ugualmente accettate e la pronuncia non si fonda esclusivamente sull'applicazione dell'*estoppel l.s.*. Si potrebbe concludere che la CIG abbia conferito importanza alla condotta contraddittoria del Nicaragua per confutare ulteriormente le già deboli istanze presentate da quest'ultimo. Più che un esempio di *estoppel l.s.*, *Award of the King of Spain* rappresenterebbe allora un caso di applicazione del principio *allegans contraria non audiendus est*⁸⁶.

Temple of Preah Vihear costituisce infine un esempio emblematico di come l'ambivalenza dei

question with regard to the validity of the Award for several years [...] further confirms [this] conclusion», *ibid.*, pp. 209, 213. Cfr. anche *ibid.*, P. SPENDER, *Separate Opinion*, p. 219: «[a]lthough I incline strongly to the view that the appointment [of the King of Spain ad arbitrator] was irregular, this contention of Nicaragua fails because that State is precluded by its conduct prior to and during the course of the arbitration from relying upon any irregularity in the appointment of the King as a ground to invalidate the Award», corsivo aggiunto.

⁸¹ *Ibid.*, *Reply submitted by the Government of the Republic of Honduras*, 3 agosto 1959, parr. 23-25.

⁸² *Ibid.*, L. M. QUINTANA, *Declaration*, p. 218. Il giudice Quintana individuava nell'applicazione degli effetti dell'acquiescenza il ragionamento dietro alla decisione della CIG, *ibid.*

⁸³ *Ibid.*, F. J. URRUTIA HOLGUÍN, *Dissenting Opinion*, pp. 235 ss. E cfr. M. WAELBROECK, *L'acquiescement en droit des gens*, 44 RDI, 38, 53 (1961), p. 51.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 236.

⁸⁵ Cfr., *inter alia*, A. MARTIN, *op. cit.*, p. 184; H. THIRLWAY, *The Law, op. cit.*, p. 29; I. SINCLAIR, *op. cit.*, pp. 109 ss.

⁸⁶ Questo principio non costituisce un *estoppel «eo nomine»* ma è piuttosto un'applicazione del principio del *nemo venire contra factum proprium* sul piano probatorio, cfr. *supra*, § 2.2., nota 37. Si intende allora meglio il passaggio citato *supra*, nota 80: «[...] further confirms the conclusion at which the Court has arrived», corsivo aggiunto. *Contra*, M. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 49.

fatti di causa possa portare il giudice ad applicare indifferentemente l'istituto dell'acquiescenza e quello dell'*estoppel* nella risoluzione di una controversia⁸⁷. Quanto agli effetti dell'acquiescenza, si è detto come ed entro quali limiti il prolungato silenzio mantenuto dal Siam a fronte della condotta della Cambogia abbia prodotto la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità sul tempio di Preah Vihear e sul territorio circostante a favore di quest'ultima⁸⁸. In un noto passaggio della sentenza, la CIG specificava che, anche volendo ammettere che il Siam non avesse prestato il proprio consenso alla delimitazione del confine con la Cambogia come stabilito nella cartina del 1908, la Thailandia, dopo cinquant'anni, non poteva più opporsi all'assegnazione del tempio di Preah Vihear alla Cambogia, avendo peraltro goduto in questo lungo periodo di tempo dei vantaggi derivanti da una definizione stabile del confine tra i due Paesi⁸⁹. Questa affermazione pare sostanziarsi in un mero argomento *ad abundantiam*, posto che la CIG osservava poi che dalla condotta della Thailandia fosse comunque possibile evincere l'esistenza di un consenso circa la delimitazione del confine con la Cambogia come stabilito nella cartina del 1908⁹⁰. La sentenza è di grande interesse perché conferma quanto illustrato con riferimento alla mutua esclusività tra acquiescenza ed *estoppel* e quindi all'erronea convinzione di poter costruire l'eccezione dell'*estoppel* in relazione a un silenzio qualificato⁹¹. La CIG richiamava infatti l'applicabilità dell'*estoppel* in subordine all'acquiescenza e al solo fine di dimostrare come, anche in assenza di un consenso da parte della Thailandia⁹², quest'ultima avesse ormai perduto il diritto di impugnare il contenuto della cartina del 1908. La CIG traccia così una distinzione netta tra acquiescenza ed *estoppel*, imperniando la stessa sull'elemento del consenso, necessario per invocare gli effetti dell'acquiescenza, ma irrilevante per applicare l'*estoppel*.

Sebbene *Temple of Preah Vihear* sia un caso di prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità su una porzione di territorio, autorevoli giudici della CIG e parte della dottrina hanno descritto la pronuncia come un'applicazione dell'*estoppel*⁹³. Il vice-Presidente Alfaro dedicava ad esempio la sua

⁸⁷ Non è un caso se negli *obiter dicta* alla pronuncia vi siano digressioni sulle similitudini e differenze tra l'acquiescenza e l'*estoppel*, cfr. *Temple of Preah Vihear*, R. J. ALFARO, *Separate Opinion*, pp. 39-51; G. FITZMAURICE, *doc. cit.*, pp. 62-65; P. SPENDER, *doc. cit.*, pp. 131-132. Cfr. anche Ch. DOMINICÉ, *op. cit.*, pp. 356-357.

⁸⁸ Cfr. *supra*, **Cap. II**, § 3.3.2.

⁸⁹ «Even if there were any doubt as to Siam's acceptance of the map in 1908 [...] the Court would consider, in light of the subsequent course of events, that *Thailand is now precluded by her conduct* from asserting that she did not accept it. She has, for fifty years, enjoyed such benefits as the Treaty of 1904 conferred on her, if only the benefit of a stable frontier. [...] *It is not now open to Thailand*, while continuing to claim and enjoy the benefits of the settlement, that she was ever a consenting party to it», *Temple of Preah Vihear*, p. 32, corsivo aggiunto.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 32-33.

⁹¹ Cfr. *supra*, § 2.3.1.

⁹² «Even if there were any doubt as to Siam's acceptance of the map in 1908», cfr. *supra*, **nota 89**.

⁹³ Per i giudici cfr. *infra*. Tra gli autori, cfr. *inter alia*, A. MARTIN, *op. cit.*, pp. 121-138; M. L. WAGNER, *op. cit.*, p. 1786; Ch. CHAN, *op. cit.*, p. 425; A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 369.

opinione separata a un'approfondita ricognizione dell'istituto dell'*estoppel* (*l.s.*) che identificava quale principio generale alla base della decisione⁹⁴. Successivamente – e in maniera piuttosto sorprendente – il vice-Presidente Alfaro rifiutava però di adottare una nozione chiara di *estoppel*, equiparando il principio all'idea di preclusione e, addirittura, al concetto di acquiescenza⁹⁵. Si può affermare che il vice-Presidente Alfaro avesse qui in mente una concezione estensiva di *estoppel*, coincidente con il principio del *nemo venire contra factum proprium*⁹⁶. Anche i giudici Wellington Koo e Spender interpretavano il caso come un'applicazione dell'*estoppel*. Richiamando una concezione restrittiva del principio, essi lamentavano la mancanza degli elementi necessari (quali la comprovata sussistenza del legittimo affidamento della Cambogia sul silenzio del Siam) per poter applicare il principio alla controversia, criticando la scelta della CIG di dichiarare la Thailandia non più legittimata a discutere la delimitazione del confine con la Cambogia in ragione della condotta passiva in precedenza adottata⁹⁷. Il giudice Fitzmaurice concordava invece con la decisione della CIG e, pur segnalando la somiglianza degli effetti tra acquiescenza ed *estoppel*⁹⁸, evidenziava come i due istituti debbano considerarsi autonomi e, anzi, mutualmente esclusivi⁹⁹. Il giudice Fitzmaurice qualificava la sentenza principalmente come un'applicazione del principio di prescrizione acquisitiva, per quanto al suo interno potessero rinvenirsi considerazioni attinenti anche al meccanismo dell'*estoppel* e, più in generale, al principio di buona fede¹⁰⁰.

La dottrina che ha interpretato *Temple of Preah Vihear* come un'applicazione dell'*estoppel* tende ad assumere una posizione simile a quella del giudice Fitzmaurice e a sottolineare il duplice ruolo

⁹⁴ R. J. ALFARO, *doc. cit.*, p. 39.

⁹⁵ «The principle [...] has been referred to by the terms “estoppel”, “preclusion”, “forclusion” and “acquiescence”. I abstain from adopting any of these particular designations, as I do not believe that any of them fits exactly to the principle or doctrine as applied in international cases», *ibid.*

⁹⁶ Ipotesi confermata dal contenuto dell'opinione separata: «[w]hatever term or terms be employed to designate this principle [...], its substance is always the same: inconsistency between claims or allegations put forward by a State, and its previous conduct in connection therewith, is not admissible [...]. The party which by its recognition, its representation, its declaration, its conduct or its silence has maintained an attitude manifestly contrary to the right it is claiming before an international tribunal is precluded from claiming that right (*venire contra factum proprium non valet*)», *ibid.*, p. 40.

⁹⁷ V. K. WELLINGTON KOO, *doc. cit.* par. 47; *Temple of Preah Vihear*, P. SPENDER, *doc. cit.*, pp. 142-143. Ciò pare confermare che la CIG abbia applicato il principio dell'*estoppel* in una concezione estensiva, *supra*, § 2.2. Per una critica approfondita di come la CIG avrebbe dovuto applicare il principio dell'*estoppel* ai fatti causa cfr. G. M. KELLY, *op. cit.*, pp. 470-471 e Ch. CHAN, *op. cit.*, pp. 430-435.

⁹⁸ «Acquiescence can operate as a preclusion or estoppel in certain cases, for instance where silence, on an occasion where there was a duty or need to speak or act, implies agreement, or a waiver of rights, and can be regarded as a representation to that effect [...] On that basis, it must be held in the present case that *Thailand's silence*, in circumstances in which silence meant acquiescence, or acted as a representation of acceptance of the map line, operates to preclude or estop her from denying such acceptance, or operates as a waiver of her original right to reject the map line or its direction at Preah Vihear», G. FITZMAURICE, *doc. cit.*, pp. 62-63, corsivo aggiunto.

⁹⁹ Cfr. *supra*, § 2.2.

¹⁰⁰ G. FITZMAURICE, *doc. cit.*, pp. 64-65.

giocato dal silenzio del Siam nella risoluzione della controversia: una condotta idonea tanto a produrre la prescrizione acquisitiva di un diritto quanto a invocare un *estoppel*¹⁰¹.

2.3.3. Sviluppi recenti

Con l'affermazione della concezione restrittiva dell'*estoppel*, la CIG ha adottato un approccio più cauto¹⁰². In *Gulf of Maine* ad esempio, a partire dal 1964 il Canada rilasciava dei permessi ufficiali per l'esplorazione e lo sfruttamento delle risorse petrolifere situate nel Golfo del Maine, un'area al confine con gli Stati Uniti e la cui delimitazione non era mai stata stabilita con precisione¹⁰³. In particolare, il Canada sosteneva che, poiché fino agli inizi del 1970 gli Stati Uniti non avevano sollevato alcuna protesta contro il rilascio di questi permessi, non potessero ora lamentare l'illegittimità della condotta del Canada¹⁰⁴. La CIG negava la validità di tale istanza, sottolineando, da un lato, la brevità del lasso di tempo trascorso prima che gli Stati Uniti reagissero alla condotta del Canada e, dall'altro, la difficoltà di accertare il legittimo affidamento del Canada sul silenzio degli Stati Uniti posto che, già dal 1965, anche gli Stati Uniti avevano cominciato a rilasciare permessi analoghi a quelli del Canada¹⁰⁵. Ciò escludeva non solo l'esistenza di un tacito consenso dietro l'inerzia degli Stati Uniti, ma anche la possibilità che la condotta degli Stati Uniti potesse ragionevolmente indurre il Canada a ritenere sussistere detto consenso. Pertanto, sebbene la CIG definisse il silenzio degli Stati Uniti come «imprudente» e «ambiguo», esso non era sufficiente per poter invocare gli effetti dell'*estoppel*¹⁰⁶.

In *El.Si.*, l'Italia contestava la legittimità dell'intervento in protezione diplomatica degli Stati Uniti a favore di una società siciliana controllata da due società statunitensi. L'Italia sosteneva che la società non aveva rispettato la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni e, pertanto, che l'intervento degli Stati Uniti non fosse ammissibile¹⁰⁷. Gli Stati Uniti obiettavano al riguardo che l'Italia era stata chiaramente informata che gli Stati Uniti consideravano i tentativi di ottenere giustizia dinanzi ai tribunali italiani promossi dalla società siciliana come idonei a soddisfare questo requisito.

¹⁰¹ Cfr. R. JENNINGS, *op. cit.*, p. 49 e H. THIRLWAY, *The Law, op. cit.*, p. 30.

¹⁰² I. SINCLAIR, *op. cit.*, p. 120. E cfr. A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 371: «estoppel is not easily found in jurisprudence and its use is more exceptional than usual. The reluctance of the International Court of Justice to refer to th[is] principle [...] must be noted».

¹⁰³ *Gulf of Maine*, parr. 40 ss.

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. 63.

¹⁰⁵ *Ibid.*, par. 61.

¹⁰⁶ «While it may be conceded that the United States showed a certain imprudence in maintaining silence after Canada had issued the first permits for exploration on Georges Bank, any attempt to attribute to such silence, a brief silence at that, legal consequences taking the concrete form of estoppel, seems to be going too far. [...] [T]he United States attitude towards Canada was unclear and perhaps ambiguous, but not to the point of entitling Canada to invoke the doctrine of estoppel», *ibid.*, parr. 140-141.

¹⁰⁷ *El.Si.*, par. 49.

Ma, poiché l'Italia non si era allora preoccupata di manifestare il proprio dissenso su questo punto, la CIG avrebbe dovuto dichiarare l'istanza non più ricevibile in virtù del principio dell'*estoppel*¹⁰⁸. La CIG rigettò l'istanza degli Stati Uniti, osservando come, per quanto un *estoppel* possa essere costruito su un silenzio, l'assenza di una risposta a un commento della controparte nel corso di scambi diplomatici precedenti l'instaurazione della controversia non fosse di per sé rilevante a tal fine¹⁰⁹. Ancora, in *Territorial Dispute*, la Libia non riconosceva la validità del proprio confine con il Ciad¹¹⁰. La CIG rigettò la richiesta della Libia di tracciare un nuovo confine, ricostruendo l'esistenza dello stesso da un'analisi del Trattato di amicizia franco-libico del 1955¹¹¹. La decisione non contiene richiami al principio dell'*estoppel*, per quanto il prolungato silenzio mantenuto dalla Libia a fronte della delimitazione dei confini del Ciad operata dalla Francia (allora Potenza coloniale) può aver giocato un qualche ruolo nella risoluzione della controversia. Il giudice Ajibola concorda con questa posizione nella sua opinione separata¹¹².

Più di recente, istanze relative alla produzione di un *estoppel by silence* sono state presentate e respinte in *Jan Mayen*¹¹³, *Land and Maritime Boundary*¹¹⁴, *Application of the Convention on Genocide*¹¹⁵ e *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*¹¹⁶. In questi casi la CIG ha negato l'applicazione del principio o per difetto di uno dei requisiti necessari o perché ha attribuito rilevanza al silenzio di una parte con esclusivo riferimento alla produzione degli effetti dell'acquiescenza.

2.4. Differenze tra l'*estoppel* e altri istituti

L'*estoppel*, specie nella concezione restrittiva, è un principio giuridico autonomo, dotato di proprie caratteristiche e, anche quando invocato in relazione a una condotta passiva, può essere distinto con relativa facilità da istituti simili. Tuttavia, la somiglianza negli effetti concretamente dispiegati dall'*estoppel* con gli effetti di questi ultimi può portare il giudice o l'interprete a ritenere applicato l'uno al

¹⁰⁸ *Ibid.*, parr. 53-54.

¹⁰⁹ «[T]here are obvious difficulties in constructing an estoppel from a mere failure to mention a matter at a particular point in somewhat desultory diplomatic exchanges», *ibid.*, par. 54.

¹¹⁰ *Territorial Dispute*, par. 17.

¹¹¹ *Ibid.*, par. 77.

¹¹² B. AJIBOLA, *doc. cit.*, par. 114: «I am convinced that, by the silence and conduct of Libya, there is, without doubt, a strong case for saying, in favour of Chad, that Libya is estopped from denying the 1955 Treaty boundary». Il giudice Ajibola non sembra impiegare il concetto di *estoppel* e quello di acquiescenza in maniera distinta.

¹¹³ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayer, Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 38, pp. 53-55. Cfr. anche *ibid.*, Ch. WEERAMANTRY, *Separate Opinion*, par. 229.

¹¹⁴ *Land and Maritime Boundary*, par. 63.

¹¹⁵ *Genocide Convention*, parr. 101-103.

¹¹⁶ *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, par. 228.

posto degli altri o viceversa. Quanto alle differenze che intercorrono tra *l'estoppel by silence* e l'acquiescenza si rimanda a quanto detto in precedenza¹¹⁷.

Un'ulteriore similitudine negli effetti si rinviene tra il meccanismo dell'*estoppel* e gli atti giuridici unilaterali, quali il riconoscimento, la rinuncia o la promessa. Gli ordinamenti di *common law* prevedono l'istituto del *promissory estoppel* il quale produce i medesimi effetti della promessa, vietando a colui che si è così impegnato di ritrattare quanto promesso¹¹⁸. L'*estoppel* e gli atti giuridici unilaterali sono però istituti differenti: gli atti giuridici unilaterali sono, innanzitutto, atti giuridici e, a differenza della condotta sulla quale si innesta l'applicazione dell'*estoppel*, costituiscono sempre una manifestazione della volontà dello Stato¹¹⁹. Più in generale, gli atti giuridici unilaterali obbligano uno Stato ad attenersi a quanto stabilito in una determinata dichiarazione pubblica, laddove il principio dell'*estoppel* vincola uno Stato a non agire in contrasto con una precedente condotta, indipendentemente dal fatto che quest'ultima fosse, alla stregua di un atto giuridico unilaterale, *vincolante di per sé* e solo qualora alcuni requisiti risultino soddisfatti¹²⁰. Si può peraltro aggiungere che, poiché un silenzio non può mai integrare un atto giuridico unilaterale¹²¹, il problema di confondere l'applicazione dell'*estoppel by silence* con quella del riconoscimento, della promessa o di una rinuncia tacita non può logicamente porsi, rientrando nella differenza tra *estoppel* e acquiescenza.

L'applicazione dell'*estoppel* può inoltre confondersi con la tutela delle legittime aspettative (o affidamento) di una parte (*reliance*). Come visto¹²², l'esistenza di una legittima aspettativa è connotata al principio dell'*estoppel*. Nel contesto dell'*estoppel*, tuttavia, essa acquisisce rilievo solo quando "tradita" da una condotta contraddittoria e solo se quest'ultima produce un pregiudizio alla parte in buona fede (*detrimental reliance*)¹²³. Al di fuori del meccanismo dell'*estoppel*, le legittime aspettative della parte non godono di particolari tutele¹²⁴. Invero, in alcune branche del diritto internazionale, la dottrina e la giurisprudenza riconoscono al concetto di "legittima aspettativa" una certa autonomia.

¹¹⁷ Cfr. *supra*, § 2.3.

¹¹⁸ Cfr. *supra*, § 2.1, nota 22.

¹¹⁹ Cfr. *supra*, Cap. I, § 4.1.

¹²⁰ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^a ed., Oxford, OUP, 2012, p. 421. Cfr. anche C. BROWN, *op. cit.*, pp. 408-410 ed E. KASSOTI, *op. cit.*, pp. 89-93. *Contra*, A. GIGANTI, *The Effect of Unilateral State Acts in International Law*, 2 *New York U. J. Int'l L. & Pol.*, 333, 362 (1969), p. 351, sebbene quest'ultimo prende in esame l'*estoppel* nella sola concezione estensiva.

¹²¹ Cfr. *supra*, Cap. I, § 4.1.

¹²² Cfr. *supra*, § 2.2.

¹²³ «Il est d'ailleurs impossible d'isoler l'«étape» de l'établissement de la confiance légitime. Celle-ci est en pratique dépendante soit de l'étape de l'établissement de la clarté et de la constance d'un comportement, soit de la vérification de l'existence d'un préjudice», A. MARIE, *op. cit.*, p. 582.

¹²⁴ «[R]eferences to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State [...]. It does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation», *Obligation to Negotiate Access*, par. 162.

Un esempio è il diritto internazionale degli investimenti. Un'analisi del ruolo che gioca il concetto di legittima aspettativa nel diritto internazionale degli investimenti esula dalla presente trattazione¹²⁵. Ad ogni modo, è interessante notare come le legittime aspettative dell'investitore possano fondarsi anche sulla condotta passiva di uno Stato¹²⁶. Così, in *Kardassopoulos c. Georgia*, per molti anni la Georgia si asteneva dal porre in discussione la validità, ai sensi del diritto interno, di una concessione petrolifera rilasciata a un investitore greco¹²⁷. Il tribunale *ad hoc* affermò che il silenzio della Georgia aveva ingenerato nell'investitore la legittima aspettativa che la concessione fosse valida e che, pertanto, quest'ultima dovesse considerarsi come tale¹²⁸. Il tribunale *ad hoc* pare qui tutelare la legittima aspettativa dell'investitore in sé e per sé, non in applicazione del principio dell'*estoppel* (*by silence*). In concreto, la distinzione rimane problematica. Ciò si evince anche dal lessico impiegato nella stessa sentenza, laddove il tribunale *ad hoc* conclude che le legittime aspettative dell'investitore precludono («estop[.]») alla Georgia la possibilità di invocare l'invalidità della concessione petrolifera¹²⁹.

Eguale difficoltà è distinguere il principio dell'*estoppel by silence* dell'istituto della prescrizione estintiva¹³⁰.

3. La prescrizione estintiva

3.1. Prescrizione estintiva e prescrizione acquisitiva

La prescrizione è un istituto giuridico che interessa gli effetti del passaggio del tempo¹³¹. In generale, la prescrizione indica quel fenomeno che porta alla creazione o alla perdita di un diritto che sia stato

¹²⁵ Cfr., *inter alia*, M. POTESTÀ, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, 28 FILJ, 88, 122 (2013).

¹²⁶ H. A. MAIRAL, *Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations*, in S. W. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, OUP, 2010, pp. 431-432.

¹²⁷ *Ioanniss Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, Case No. ABR/05/18, *Decision on Jurisdiction*, ICSID, 6 luglio 2007 [*Kardassopoulos c. Georgia*], par. 192. E cfr. *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Case No. ARB/04/13, *Award*, ICSID, 6 novembre 2008, par. 263

¹²⁸ *Kardassopoulos c. Georgia*, *ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*, par. 198.

¹³⁰ Per una discussione sul punto, cfr. *infra*, § 3.5. Non è mancato chi ha sostenuto che la differenza tra *estoppel*, acquiescenza, atti unilaterali e prescrizione estintiva dipenda, in pratica, dalla discrezionalità del giudice nell'accertamento di quelle circostanze dalle quali dovrebbe desumersi l'esistenza della volontà dello Stato, M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, p. 364.

¹³¹ La prescrizione estintiva interessa qui gli effetti giuridici del trascorrere del tempo su una controversia internazionale esclusivamente in ambito procedurale generale. La gravità dei reati previsti dalle fattispecie di diritto penale internazionale esclude che il mero passaggio di un periodo di tempo, per quanto lungo, possa operare quale causa di estinzione del reato, cfr. K. HOBÉR, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Uppsala, LUSTU Forlag, 2001, pp. 328-333. Analogamente, la prescrizione estintiva non opera rispetto alla violazione di una regola di *jus cogens*. Infatti, «[i]f international law does not allow prescription for trying certain international crimes, it is doubtful that it allows the claims arising from the very conduct causing such crimes to be subject to prescription at inter-State level», A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 407.

esercitato o non esercitato per un lungo periodo di tempo¹³². La prescrizione viene diversamente classificata a seconda degli effetti prodotti. Come visto, la prescrizione che crea un diritto è detta acquisitiva (*acquisitive prescription*) e costituisce uno degli effetti dell'acquiescenza. Essa scaturisce da un silenzio qualificato e produce effetti materiali, nel senso che comporta il trasferimento dei diritti di sovranità di uno Stato in capo a un altro¹³³.

La prescrizione estintiva (*extinctive prescription*), detta anche dottrina dell'irragionevole ritardo (*doctrine of laches*)¹³⁴, comporta invece la perdita del diritto di uno Stato di risolvere una controversia in via giudiziale a causa del lungo periodo di tempo trascorso tra il verificarsi dei fatti e il momento in cui esso invoca la presunta violazione di diritto internazionale¹³⁵. La prescrizione estintiva presenta due fondamentali differenze con la prescrizione acquisitiva. La prima è che quest'ultima produce i propri effetti in considerazione dell'esistenza della volontà dello Stato di non reagire a fronte della reiterata violazione dei propri diritti. Anche se tale elemento può essere desunto solo da un'analisi delle circostanze, gli effetti derivano dalla volontà dello Stato di rinunciare all'esercizio di un proprio diritto¹³⁶. La prescrizione estintiva prescinde al contrario dalla volontà delle Parti: il passaggio del tempo rileva di per sé e produce effetti giuridici al di là della volontà dello Stato i cui diritti si prescrivono. In altre parole: nella prescrizione acquisitiva il silenzio dello Stato costituisce un atto giuridico il cui significato varia dalla rinuncia di un proprio diritto al riconoscimento dell'esistenza di un diritto della controparte; nella prescrizione estintiva il silenzio dello Stato costituisce un fatto giuridico il cui significato è irrilevante e che produce effetti giuridici sia quando intenzionale che quando imputabile a indifferenza, ignoranza o qualsiasi altra causa¹³⁷.

La seconda differenza è che, mentre la prescrizione acquisitiva ha come effetto il trasferimento di un diritto materiale, la prescrizione estintiva comporta la perdita di un diritto procedurale¹³⁸. I due istituti operano su due piani distinti: la prescrizione acquisitiva interviene sul diritto violato, che si estingue per effetto dell'acquiescenza dello Stato che ha subito in silenzio l'esercizio di poteri *de facto* sovrani sul proprio territorio. La prescrizione estintiva non produce invece effetti sul diritto violato, ma sul diritto di far valere il diritto violato dinanzi a un organo giudiziale internazionale.

¹³² B. E. KING, *Prescription of Claims in International Law*, 15 *British Y.B. Int'l L.*, 82, 97 (1934), p. 82.

¹³³ Cfr. *supra*, **Cap. II, 1**.

¹³⁴ In dottrina si rileva una differenza tra l'istituto della prescrizione estintiva e la teoria dell'irragionevole ritardo. In particolare, quest'ultima si tradurrebbe nella mera presunzione che la controversia possa essere dichiarata prescritta, presunzione in ragione della quale si applicherebbe la prescrizione estintiva vera e propria, cfr. B. CHENG, *op. cit.*, pp. 379-380. Questa distinzione è però priva di utilità, B. E. KING, *op. cit.*, p. 93.

¹³⁵ J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *Prescription*, *op. cit.*, par. 4.

¹³⁶ Cfr. *supra*, **Cap. II, §§ 3.3 ss.**

¹³⁷ Diversamente, A. CAVAGLIERI il quale sovrappone l'istituto della rinuncia per acquiescenza con la prescrizione estintiva, *Il decorso del tempo ed i suoi effetti sui rapporti giuridici internazionali*, 5 *RDI*, 169, 204 (1926), p. 171.

¹³⁸ Cfr. K. HOBÉR, *op. cit.*, pp. 320-324.

Come l'*estoppel*, essa non interviene sul diritto materiale, ma sul diritto procedurale di invocare la violazione del diritto materiale in giudizio¹³⁹.

3.2. Natura dell'istituto

La prescrizione estintiva ha attirato scarsa attenzione in dottrina¹⁴⁰. L'istituto è stato di rado oggetto di uno studio approfondito¹⁴¹, salvo essere relegato nello spazio di qualche pagina in opere più ampie, ovvero trovare rapida menzione nei lavori di codificazione della CDI sulla responsabilità internazionale degli Stati¹⁴². Gli autori che hanno trattato la prescrizione estintiva concordano nel riconoscere la validità di questo istituto nell'ordinamento internazionale e, dunque, la possibilità che il passaggio del tempo possa estinguere il diritto di uno Stato di sottoporre una controversia a un tribunale o una corte internazionale¹⁴³. Maggiormente dibattute risultano invece la natura e le caratteristiche della prescrizione estintiva.

Sulla natura della prescrizione estintiva, vale a dire su quale sia la fonte dalla quale essa origina, si può da subito notare come gli autori più risalenti nel tempo qualificassero l'istituto alla stregua di un principio di diritto naturale, in considerazione sia della diffusione della prescrizione estintiva negli ordinamenti interni sia delle fondamentali finalità di ordine e stabilità dei rapporti giuridici che essa persegue¹⁴⁴.

Abbandonato l'approccio giusnaturalista al diritto internazionale a partire dalla prima metà del XX secolo, la prescrizione estintiva dovrà ricondursi a una delle fonti formali dell'ordinamento. Non v'è

¹³⁹ *Ibid.*, p. 322: «a rule or principles which has th[e] function [to *preclude* the claim in question from being tried on its merits] cannot be characterised as anything else than procedural in nature».

¹⁴⁰ A. R. IBRAHIM, *The Doctrine of Laches in International Law*, 83 *Virginia L. Rev.*, 647, 692 (1992), p. 692.

¹⁴¹ J. H. RALSTON, *Prescription*, 4 *AJIL*, 133, 144 (1910); A. CAVAGLIERI, *op. cit.*; B. E. KING, *op. cit.*; R. PINTO, *La prescription en droit international*, 87 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1995; R. HIGGINS, *Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem*, 46 *Int'l & Comp. L. Q.*, 501, 520 (1997), pp. 511-515; A. R. IBRAHIM, *ibid.*; K. HOBÉR, *op. cit.*; gli autori citati in R. KOLB, *Good Faith*, *op. cit.*, p. 129, nota 57; A. MARIE, *op. cit.*, pp. 427 ss.

¹⁴² F. V. GARCÍA AMADOR, *Report on international responsibility* (UN Doc. A/CN.4/96), 1956, par. 189; ID, *Third Report on international responsibility* (UN Doc. A/CN.4/111), 1958 [*Third Report*], parr. 27-28; W. RIPHAGEN, *Seventh Report on international responsibility* (UN Doc. A/CN.4/397), 1986, par. 14; J. CRAWFORD, *Second Report on international responsibility* (UN Doc. A/CN.4/498), 1999, par. 94; J. CRAWFORD, *Third Report on international responsibility* (UN Doc. A/CN.4/507), 2000 [*Third Report*], par. 234-238.

¹⁴³ Cfr. gli autori citati *supra*, **nota 141**. *Contra*, H. LAUTERPACHT: «it may be argued that, notwithstanding the ample support of the doctrine by writers and by some arbitral tribunals, there is no sufficient amount of international practice to constitute extinctive prescription part of positive international law», *The Function of Law in the International Community*, Oxford, OUP, 2011, p. 101. Cfr. anche D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 286; A. TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1960, p. 123 e G. SPERDUTI, *op. cit.*, pp. 3-4. Di recente, anche A. MARIE ha negato l'esistenza dell'istituto della prescrizione estintiva nel diritto internazionale. Ciò in ragione del fatto che, a differenza di quanto accade negli ordinamenti interni, nel diritto internazionale la prescrizione estintiva produce effetti giuridici in assenza di un termine prestabilito, *op. cit.*, pp. 427-435. Cfr. anche *infra*, § 3.4.1.

¹⁴⁴ Cfr. E. DE VATTEL, *op. cit.*, parr. 147-151 e gli autori citati in A. CAVAGLIERI, *op. cit.*, p. 174.

dubbio che un trattato possa fissare un limite temporale entro il quale denunciare una violazione dello stesso¹⁴⁵. Diverse convenzioni, specie sulla protezione dei diritti dell'uomo e degli investimenti, prevedono un intervallo di tempo all'interno del quale il soggetto interessato dovrà muoversi per invocare la responsabilità dello Stato dinanzi all'organo giudiziale¹⁴⁶. Al di là di tali obblighi convenzionali, la dottrina ha discusso se la prescrizione estintiva costituisca una consuetudine ovvero un principio generale del diritto¹⁴⁷. Alcuni autori hanno osservato come una prassi sufficientemente diffusa segnali con chiarezza l'accettazione della prescrizione estintiva da parte della Comunità internazionale¹⁴⁸. Gli elementi di prassi a supporto dell'esistenza dell'istituto andrebbero ricercati nella giurisprudenza internazionale e nei lavori della CDI. Da un'analisi di questi elementi sarebbe possibile desumere la *opinio juris* degli Stati circa l'applicabilità della prescrizione estintiva a una controversia internazionale. Infatti, anche quegli Stati che in precedenza negavano che la facoltà sovrana di decidere quando sottoporre una controversia a un organo giudiziale potesse incontrare una qualche limitazione hanno finito per invocare la prescrizione estintiva delle richieste della controparte¹⁴⁹. Difficilmente uno Stato o un organo giudiziale internazionale escluderebbe oggi la possibilità di applicare la prescrizione estintiva a una controversia internazionale. Al contrario, ciò che la prassi indica in maniera costante a partire da *Ambatielos* è che l'applicazione di questo istituto non vada esclusa in assoluto, ma solo in ragione delle circostanze del caso¹⁵⁰.

Altri autori hanno invece evidenziato il rischio che, qualificando la prescrizione estintiva alla stregua di una consuetudine, essa potrebbe essere soggetta a eccezioni derivanti da un'obiezione persistente, ovvero essere derogata dalla creazione di una nuova consuetudine dal contenuto opposto. Qualificare la prescrizione estintiva come un principio generale del diritto porrebbe l'istituto al riparo dal rifiuto di conformarsi allo stesso da parte di alcuni Stati o, ancora, da una sua successiva trasformazione o abrogazione¹⁵¹. La prescrizione estintiva sarebbe inoltre applicata nella maggioranza degli ordinamenti interni, circostanza che ne confermerebbe la natura di principio generale¹⁵². Operare una distinzione netta tra la fonte della consuetudine e quella dei principi generali del diritto presenta delle difficoltà intrinseche. Basti qui segnalare che la natura della prescrizione estintiva non pare un problema ai fini di una corretta applicazione dell'istituto. La giurisprudenza e la dottrina si sono spesso

¹⁴⁵ A. CAVAGLIERI, *op. cit.*, p. 169.

¹⁴⁶ In tema di diritti dell'uomo cfr. Art. 35(1) CEDU e Art. 46(1)(b) CIADU. In tema di diritto degli investimenti cfr. Artt. 1116(2) e 1117(2) NAFTA e Artt. 51(2), 52(2) Convenzione ICSID.

¹⁴⁷ Per una discussione sul punto, cfr. A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, pp. 683-691.

¹⁴⁸ B. E. KING, *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁹ Al riguardo si veda la prassi degli Stati Uniti nei casi citati *infra*.

¹⁵⁰ Cfr. *infra*, § 3.3.1.

¹⁵¹ B. E. KING, *op. cit.*, p. 685.

¹⁵² B. CHENG, *op. cit.*, pp. 374-375; B. E. KING, *ibid.*, p. 688.

astenuite dall'indicare quale possa essere la fonte più idonea per inquadrare lo stesso. L'esposizione procederà dunque impiegando il termine principio per fare riferimento alla prescrizione estintiva. Alla luce di quanto detto, questo termine non deve interpretarsi secondo un'accezione specifica, ma in maniera equivalente a quello di "regola", "norma" o "consuetudine".

3.3. Elementi di prassi

3.3.1. Da *Brig Macedonian* ad *Ambatielos*

La giurisprudenza internazionale presenta diversi casi di applicazione della prescrizione estintiva ai fini della dichiarazione di non ammissibilità di una controversia, anche se il principio è stato invocato con maggior frequenza nel diritto internazionale classico, specie con riferimento al diritto di agire in protezione diplomatica, che in quello contemporaneo¹⁵³.

Il primo caso venne deciso dal re del Belgio nel 1858. In *Brig Macedonian* gli Stati Uniti chiedevano al Cile un risarcimento del danno in seguito al sequestro illegittimo di un brigantino statunitense. Nonostante i fatti risalissero al 1819, gli Stati Uniti richiesero il risarcimento del danno nel 1841¹⁵⁴. Il Cile rispose sottolineando che il passaggio di oltre vent'anni dalla data del sequestro comportasse la perdita del diritto degli Stati Uniti di avanzare una simile richiesta. Gli Stati Uniti negavano però che l'istituto della prescrizione estintiva trovasse applicazione tra soggetti sovrani e, di conseguenza, che il proprio diritto potesse considerarsi prescritto. Il re del Belgio confermò la posizione statunitense, accolse la richiesta e procedette a quantificare il risarcimento del danno¹⁵⁵. Successivamente, in *Louis Brand* (1863) l'organo giudicante, pur non applicando il principio della prescrizione estintiva, stigmatizzava l'irragionevole ritardo di uno Stato (gli Stati Uniti) nella presentazione di una controversia¹⁵⁶.

L'idea che la prescrizione estintiva possa dispiegare i propri effetti anche a livello internazionale

¹⁵³ R. KOLB, *Good Faith*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁵⁴ J. B. MOORE, *op. cit.*, pp. 3138 ss.

¹⁵⁵ *Ibid.* E cfr. *Alsop* (*The Alsop Claim (Chile, United States)*, 5 luglio 1911, UNRIAA, Vol. XI, p. 349) ove Giorgio V del Regno Unito notava: «[t]he principle of the limitation of actions does not, in our opinion, operate as between States. It is based upon the theory that the party had a right of action capable of being enforced by legal proceedings, neglect of which should in time relieve the debtor from further liability, but as against, or between, sovereign States this rule does not apply», *ibid.*, p. 370.

¹⁵⁶ Gli Stati Uniti intervenivano in protezione diplomatica a favore di un proprio cittadino ventisei anni dopo che questi aveva denunciato di aver subito un trattamento illegittimo da parte delle autorità peruviane. La commissione mista rigettava tuttavia la richiesta di risarcimento del danno, accertando che nessuna violazione di diritto internazionale potesse dirsi provata, J. B. MOORE, *op. cit.*, p. 1625.

comincia a emergere in *Selkirk e Mossman* (1868)¹⁵⁷, ma è solo con *Williams* (1890) che il principio trova piena applicazione¹⁵⁸. Gli Stati Uniti intervenivano qui in protezione diplomatica a favore di un mercante di New York che lamentava la violazione di un contratto da parte delle autorità venezuelane. La presunta violazione risaliva al 1841 ma gli Stati Uniti domandavano il risarcimento del danno al Venezuela solo nel 1868. Nel 1885 la decisione della controversia venne rimessa a una commissione presieduta dall'arbitro Little il quale sviluppò un'attenta riflessione sulla possibilità di applicare la prescrizione estintiva nel diritto internazionale. Egli osservò che la prescrizione estintiva è un istituto di diritto naturale riconosciuto nella maggioranza degli ordinamenti interni e che, in quanto tale, non può non trovare applicazione anche nel diritto internazionale¹⁵⁹. La commissione non omise inoltre di affrontare, pur senza farvi riferimento diretto, la principale argomentazione sollevata dagli Stati Uniti in *Brig Macedonian*, ovvero che il principio di sovranità implicherebbe la facoltà per gli Stati di esercitare la protezione diplomatica in giudizio senza limitazioni temporali¹⁶⁰. L'arbitro Little evidenziava la funzione della prescrizione estintiva quale strumento atto a garantire la stabilità dei rapporti giuridici e la pace tra gli Stati¹⁶¹, osservando che, anche qualora il diritto internazionale non imponga un termine fisso in capo agli Stati per agire a tutela delle proprie ragioni o di quelle di un proprio cittadino, ciò non sarebbe sufficiente a scusare l'esistenza di un irragionevole ritardo¹⁶². La commissione rigettava quindi le richieste degli Stati Uniti e dichiarava prescritto il diritto di domandare un risarcimento del danno¹⁶³.

Lo sviluppo dell'istituto della prescrizione estintiva sembra subire una battuta d'arresto qualche anno dopo, in *Pious Fund*. Nel 1898 gli Stati Uniti domandarono al Messico il pagamento di certi interessi dovuti sulla base di una controversia risalente al 1869. Le parti si accordarono per rimettere la questione alla CPA che si pronunciò nel 1902. Il Messico sosteneva che, dopo quasi trent'anni, il diritto degli Stati Uniti di ricevere il pagamento dovesse considerarsi prescritto. Più nello specifico, il Messico collegava l'estinzione del diritto degli Stati Uniti a livello internazionale all'intervenuta prescrizione a livello interno: in sostanza, poiché secondo la legge messicana il diritto degli Stati

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 3130 (*Selkirk*) e 3139 (*Mossman*).

¹⁵⁸ *Case of John H. Williams v. Venezuela, Decision of the Commissioner, Mr. Little*, 1890, UNRIAA, Vol. XXIX, p. 279 [*Williams*].

¹⁵⁹ *Ibid.*, 280 ss.

¹⁶⁰ A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, p. 659.

¹⁶¹ *Williams*, p. 286.

¹⁶² *Ibid.*, p. 292.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 293. L'arbitro Findlay confermò la posizione dell'arbitro Little in *Loretta G. Barberie (Case of Ann Eulogia Garcia Cádiz (Loretta G. Barberie) v. Venezuela, Opinion of the Commissioner, Mr. Findlay*, 1890, UNRIAA, Vol. XXIX, p. 293), affermando che: «time itself is an unwritten statute of repose. [...] A stale claim does not become any the less so because it happens to be an international one, and this tribunal in dealing with it cannot escape the obligation of an universally recognized principle, simply because there happens to be no code of positive rules by which its action is to be governed», *ibid.*, p. 298.

Uniti di agire per il pagamento degli interessi era prescritto, esso doveva reputarsi prescritto in ogni sede giudiziale¹⁶⁴. Gli Stati Uniti obiettavano che l'applicazione del diritto messicano era irrilevante dinanzi alla CPA o a qualsiasi altra corte internazionale. La prescrizione, si argomentava, non è un istituto di diritto materiale, ma procedurale. Dunque, il fatto che il diritto a ottenere il pagamento degli interessi su una certa somma non fosse più azionabile in una corte messicana non impediva agli Stati Uniti di invocare lo stesso in una sede differente¹⁶⁵. In un lodo estremamente succinto, la CPA accoglieva la richiesta degli Stati Uniti, notando che la prescrizione estintiva è un istituto che appartiene esclusivamente al diritto privato e non può quindi trovare applicazione in una controversia tra due Stati¹⁶⁶. Estrapolato dal contesto del lodo, questo passaggio costituisce un precedente di rilievo al fine di negare l'esistenza della prescrizione estintiva nel diritto internazionale. Si tratta però di un'interpretazione che non tiene in conto la posizione adottata dal Messico nel procedimento. Ciò che la CPA si limitava a segnalare è che, come evidenziato dagli Stati Uniti, la prescrizione maturata ai sensi della legge messicana non può trovare applicazione in una controversia tra due Stati, in quanto istituto di diritto privato¹⁶⁷. La validità del principio trova ulteriore conferma agli inizi del XX secolo in alcune controversie tra Italia e Venezuela decise da una commissione mista istituita all'Aia e autorevolmente presieduta da Jackson H. Ralston¹⁶⁸.

La serie successiva di lodi che affermano la validità dell'istituto risale alla seconda decade del XX secolo, in concomitanza con la prima codificazione dello stesso quale principio generale dell'arbitrato a opera dell'Istituto di diritto internazionale¹⁶⁹. Un caso degno di nota è *Cayuga Indians*¹⁷⁰. Il Regno Unito interveniva in protezione diplomatica in favore della Nazione Cayuga del Canada la quale la-

¹⁶⁴ *Pious Fund*, p. 12.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ «[L]es règles de la prescription, étant exclusivement du domaine du droit civil, ne sauraient être appliquées au présent conflit entre les deux Etats en litige», *ibid.*, p. 13.

¹⁶⁷ A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, p. 674. In *Gentini (infra)*, l'arbitro Ralston confermò questa interpretazione, osservando che «[in *Pious Fund*, t]he permanent court of arbitration has never denied the principle of prescription, a principle well recognized in international law, and it is fair to believe it will never do so», p. 556. Similmente, in *George W. Cook, (George W. Cook (U.S.A.) v. United Mexican States*, 3 giugno 1927, UNRIAA, Vol. IV, p. 213) la commissione mista affermava, seppur per inciso, che nel diritto internazionale non esiste una regola che imponga una limitazione temporale in capo a uno Stato per esercitare il proprio diritto di protezione diplomatica (*ibid.*, p. 217). Questa posizione non viene supportata nel lodo né da dottrina né da giurisprudenza e il passaggio sembra in realtà limitarsi a escludere l'esistenza di una regola consuetudinaria che stabilisca un preciso limite temporale entro il quale lo Stato è obbligato a esercitare il proprio diritto di protezione diplomatica, anziché negare l'applicabilità della prescrizione estintiva nell'ordinamento internazionale.

¹⁶⁸ Cfr. *Gentini case (of a general nature)*, 1903, UNRIAA, Vol. X, p. 551 [*Gentini*], pp. 553-554, 556, 558; *Tagliaferro case (of a general nature)*, 1903, *ibid.*, p. 592 [*Tagliaferro*], p. 592; *Spader et al. Case*, 1903-1905, *ibid.*, Vol. IX, p. 223, p. 224 e *Giacopini case (of a general nature)*, 1903, *ibid.*, Vol. X, p. 594 [*Giacopini*], p. 595. Cfr. anche *Irene Roberts Case*, 1903-1905, *ibid.*, Vol. IX, p. 204 [*Irene Roberts*], p. 207 e *Stevenson case (interlocutory)*, 1903, *ibid.*, p. 385, p. 386.

¹⁶⁹ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 32 (1925), pp. 558 ss.

¹⁷⁰ *Cayuga Indians (Great Britain) v. United States*, 22 gennaio 1926, UNRIAA, Vol. VI, p. 173 [*Cayuga Indians*].

mentava il mancato pagamento di una somma annuale dovuto dallo Stato di New York conformemente a un trattato concluso nel 1789. Lo Stato di New York interrompeva i pagamenti a partire dal 1810, ma il Regno Unito (allora Potenza coloniale in Canada) notificava agli Stati Uniti la violazione del trattato solo nel 1899. Gli Stati Uniti sostenevano che dopo così tanto tempo la richiesta del Regno Unito di risarcimento del danno per conto della Nazione Cayuga dovesse reputarsi non ammissibile per intervenuta prescrizione. La commissione mista rilevò l'evidente ritardo del Regno Unito nell'esercizio della protezione diplomatica, specie in considerazione del fatto che la Nazione Cayuga aveva avvertito le autorità inglesi già l'anno successivo il mancato versamento della somma dovuta¹⁷¹. Sebbene fossero trascorsi oltre ottant'anni, la commissione mista decise di non dichiarare prescritto il diritto della Nazione Cayuga sulla base dei principi di equità e giustizia¹⁷². Infatti, argomentava la commissione, ritenere il credito della Nazione Cayuga non più esigibile in virtù dell'estinzione del diritto del Regno Unito di agire in protezione diplomatica si sarebbe tradotto in un'evidente ingiustizia e, pertanto, in un'erronea applicazione dell'istituto della prescrizione estintiva¹⁷³. *Cayuga Indians* rappresenta un esempio di come la prescrizione estintiva sia stata alle volte applicata dalla giurisprudenza internazionale in modo tale da perseguire finalità diverse da quelle tradizionalmente attribuite a questo istituto: l'equità, la giustizia e la stabilità dei rapporti giuridici quale strumento per veicolare la pace tra gli Stati.

In *Ambatielos* infine, Il Regno Unito stipulava l'acquisto di nove navi a vapore da Nicolas Ambatielos, un armatore greco. In seguito, il sig. Ambatielos lamentava il mancato adempimento da parte delle autorità inglesi¹⁷⁴. La Grecia interveniva in protezione diplomatica nel 1925, ma la controversia veniva sottoposta a un tribunale arbitrale solo nel 1955. In considerazione del lungo periodo di tempo trascorso dalla presunta violazione contrattuale, il Regno Unito invocava la prescrizione dei diritti del sig. Ambatielos. Il tribunale arbitrale rigettò questa posizione, notando che l'inadempimento era stato da subito denunciato dall'armatore, che la Grecia era intervenuta tempestivamente in protezione diplomatica e che la controversia era andata sviluppandosi negli scambi di note diplomatiche negli anni successivi¹⁷⁵. Il lodo è interessante perché precisa che, poiché nel diritto internazionale non è dato individuare *a priori* un limite temporale entro il quale dichiarare estinto un diritto, l'applicazione

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 189.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ «[N]o laches can be imputed to the Canadian Cayugas who, in every way open to them, have pressed their claim to share in the annuities continuously and persistently since 1816. In view of their dependent position, their claim ought not to be defeated by the delay of the British Government in urging the matter on their behalf. [...] On the general principles of justice on which it is held in the civil law that prescription does not run against those who are unable to act», *ibid.*

¹⁷⁴ *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 6 marzo 1956, UNRIIAA, Vol. XII, p. 83 [*Ambatielos*], pp. 92 ss.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 104.

della prescrizione estintiva non può che essere soggetta a un ampio margine di discrezionalità da parte del giudice¹⁷⁶. Il caso esercitò un'evidente influenza nella dottrina e nella giurisprudenza successiva¹⁷⁷.

3.3.2. Sviluppi recenti

A seguito di *Ambatielos* si rinvengono pochi casi che affrontano il tema della prescrizione estintiva nel diritto internazionale. La validità del principio venne ad esempio ribadita dal Tribunale arbitrale Iran-Stati Uniti istituito all'Aia nel 1981¹⁷⁸.

La giurisprudenza della CIG non presenta quasi alcun precedente in cui si menzioni la possibilità di applicare l'istituto della prescrizione estintiva. Esso può avere giocato un qualche ruolo in *Temple of Preah Vihear* in relazione all'importanza che la CIG attribuiva al lungo periodo di tempo trascorso prima che la Thailandia sollevasse la questione dei propri confini con la Cambogia. La CIG non richiamava tuttavia il principio nella decisione e la dottrina qualifica il caso come un esempio di prescrizione acquisitiva, ovvero come un'applicazione del principio dell'*estoppel*¹⁷⁹.

In *LaGrand* la Germania lamentava la violazione da parte degli Stati Uniti di una misura cautelare emessa dalla CIG il 3 marzo 1999 e con la quale si ordinava la sospensione del procedimento di esecuzione nei confronti di Walter LaGrand, un cittadino tedesco detenuto in Arizona¹⁸⁰. Le autorità statunitensi, sulla base di un ordine emesso dalla Corte suprema, contravvenivano infatti all'obbligo, giustiziando il sig. LaGrand il giorno stesso¹⁸¹. Gli Stati Uniti affermavano che tale posizione non fosse sostenibile in ragione del sospetto tempismo che aveva caratterizzato l'intervento della Germania a favore del sig. LaGrand: le autorità tedesche erano a conoscenza della situazione sin dal 1992 ma, senza apparente motivo, decidevano di intervenire in protezione diplomatica dinanzi alla CIG

¹⁷⁶ «It is generally admitted that the principle of extinctive prescription applies to the right to bring an action before an international tribunal. International tribunals have so held in numerous cases [...]. There is no doubt that there is no rule of international law which lays down a time limit with regard to prescription, except in the case of special agreements to that effect, and accordingly [...] the determination of this question is left to the unfettered discretion of the international tribunal which, if it is to accept any argument based on lapse of time, must be able to detect in the facts of the case before it the existence of one of the grounds which are indispensable to cause prescription to operate», *ibid.*, p. 103.

¹⁷⁷ Cfr. F. V. GARCÍA AMADOR, *Third Report*, par. 27-28 e A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, p. 668. Cfr. anche *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, 24/27 luglio 1956, UNRIAA, Vol. XII, p. 155.

¹⁷⁸ Si vedano i casi riportati in A. R. IBRAHIM, *ibid.*, pp. 649-650.

¹⁷⁹ Come osservato da R. KOLB «[his] case can be read as an instance of 'extinctive prescription' by acquiescence and estoppel», *Good Faith*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁸⁰ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2001*, p. 466.

¹⁸¹ *Ibid.*, par. 30-34.

soltanto il giorno antecedente l'esecuzione¹⁸². Gli Stati Uniti non invocavano espressamente la prescrizione del diritto della Germania di agire a tutela del sig. LaGrand ma sottolineavano che l'ingiustificato ritardo nell'esercizio dello stesso avesse obbligato la CIG a emettere un ordine di misura cautelare *inaudita altera parte*, violando così il principio della parità delle armi in processo¹⁸³. La Germania riconosceva la validità dell'istituto della prescrizione estintiva nel diritto internazionale ma evidenziava l'inesistenza di un limite temporale specifico per avviare l'azione diplomatica e concludeva che, viste le circostanze, il suo intervento poteva considerarsi tempestivo¹⁸⁴. La CIG si limitava a notare che il ritardo della Germania era astrattamente criticabile ma che le misure cautelari erano state emesse e che gli Stati Uniti non vi avevano adempiuto¹⁸⁵. Di conseguenza l'istanza della Germania doveva considerarsi ammissibile¹⁸⁶.

In *Phosphate Lands* la CIG riconosceva l'esistenza della prescrizione estintiva nel diritto internazionale in maniera più chiara. L'Australia lamentava che il piccolo Stato di Nauru, nonostante avesse raggiunto l'indipendenza nel 1968, sollevasse la questione del recupero di alcune miniere di fosfato – il cui sfruttamento era stato concesso alle autorità australiane dall'ONU nel 1947 – solo a partire dal 1983. Il ritardo delle autorità di Nauru nel far valere le proprie richieste avrebbe quindi costituito un motivo di inammissibilità della controversia, anche perché potenzialmente pregiudizievole per la posizione processuale dell'Australia¹⁸⁷. La CIG, secondo quella che può ormai definirsi la formula standard utilizzata dalla giurisprudenza, affermava che la prescrizione estintiva è un principio del diritto internazionale generale, seppur non si rinvenga un limite temporale preciso entro il quale dichiarare estinto un diritto¹⁸⁸. Spetta dunque al giudice valutare di volta in volta se la prescrizione

¹⁸² *Ibid.*, par. 53.

¹⁸³ *Ibid.*, par. 55.

¹⁸⁴ «Germany acknowledges that delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible but maintains that international law does not lay down any specific time-limit in that regard», *ibid.*, par. 56.

¹⁸⁵ *Ibid.*, par. 57.

¹⁸⁶ Nella sua opinione dissidente il giudice T. BUERGENTHAL distingueva tra la legittimità dell'emissione dell'ordine di misure cautelari e l'ammissibilità della richiesta della Germania di valutare il mancato adempimento dello stesso da parte degli Stati Uniti. Mentre l'urgenza della situazione giustificava senza dubbio l'emissione immediata di un ordine di misure cautelari, la negligenza della Germania aveva prodotto un danno considerevole agli Stati Uniti, impedendo un confronto che avrebbe potuto chiarificare le ragioni di entrambe le Parti, *ibid.*, *Dissenting Opinion*, par. 20-23. Più che a motivi attinenti alla prescrizione estintiva, BUERGENTHAL riconduceva l'inammissibilità della richiesta della Germania alla condotta pregiudiziale adottata da quest'ultima nel corso del procedimento, *ibid.* par. 24. Anche il vice-Presidente S. M. SCHWEBEL si mostrava piuttosto scettico nei confronti della decisione della CIG, notando che «Germany would have brought its Application years ago, months ago, weeks ago or days ago» ed esprimendo «profound reservations about the procedures followed both by the Applicant and the Court» *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999*, p. 9, *Separate Opinion*, p. 17.

¹⁸⁷ *Phosphate Lands*, par. 32.

¹⁸⁸ «The Court recognizes that, even in the absence of any applicable treaty provision, delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible. It notes, however, that international law does not lay down any specific time-limit in that regard», *ibid.*, par. 33.

estintiva sia in grado di produrre i propri effetti nel caso concreto¹⁸⁹. Quanto all'esistenza di un pregiudizio per l'Australia imputabile al ritardo nell'azione di Nauru, la CIG manteneva separati i due elementi: da un lato accertava infatti che, in virtù dei continui rapporti intercorsi tra i due Stati dal 1968 all'inizio del procedimento, il decorso del termine si fosse interrotto¹⁹⁰; dall'altro si riservava «a tempo debito» di assicurare che il ritardo di Nauru non si traducesse in un pregiudizio per l'Australia¹⁹¹. In sostanza, la CIG stabiliva in primo luogo che, nonostante il passaggio del tempo, il diritto di Nauru di richiedere il recupero delle miniere di fosfato all'Australia non si fosse estinto e, in secondo, che, anche qualora il ritardo comportasse un pregiudizio per la posizione processuale dell'Australia, essa avrebbe garantito l'assenza di ripercussioni negative ai fini della risoluzione della controversia. La CIG non pare dunque qualificare l'elemento del danno come strettamente correlato al principio della prescrizione estintiva¹⁹². Questa idea risulta implicitamente confermata nell'opinione dissidente del vice-Presidente Oda, ove questi notava che il lasso di tempo trascorso tra il raggiungimento dell'indipendenza di Nauru e l'avvio dei contatti diplomatici con l'Australia era di per sé sufficiente per dichiarare prescritta la controversia¹⁹³.

La validità dell'istituto della prescrizione estintiva è stata infine riconosciuta in alcune pronunce in materia di diritti dell'uomo¹⁹⁴ e di diritto internazionale degli investimenti¹⁹⁵.

3.4. Considerazioni in tema di prassi

3.4.1. Prescrizione estintiva, limite temporale e ingiustificato ritardo

Un'analisi della prassi illustrata permette di formulare alcune considerazioni in tema di prescrizione estintiva.

¹⁸⁹ «It is therefore for the Court to determine in the light of the circumstances of each case whether the passage of time renders an application inadmissible», *ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*, par. 35.

¹⁹¹ *Ibid.*, par. 36.

¹⁹² Sulla rilevanza dell'elemento del danno nell'applicazione del principio della prescrizione estintiva cfr. *infra*, § 3.4.3.

¹⁹³ *Phosphate Lands*, S. ODA, *Dissenting Opinion*, par. 28. Cfr. *Norstar*, par. 313 e *ibid.*, T. M. NDIAYE, *Separate Opinion*, par. 39 ss. e *ibid.*, A. LUCKY, *Separate Opinion*, par. 1: «acquiescence, estoppel and extinctive prescription [...] are equitable reliefs that are recognised in general principle of law both international and municipal».

¹⁹⁴ Cfr. *Grand Chamber judgment on the question of just satisfaction in the Cyprus v. Turkey case*, ECHR 131 (2014) [*Cyprus v. Turkey*], p. 2.

¹⁹⁵ Cfr. *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Product Ltd. v. United States of America, Order of the Consolidation Tribunal*, UNCITRAL, 7 settembre 2005 [*Canfor Corporation*], par. 165; *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al. v. United States of America, Decision on Objections to Jurisdiction*, UNCITRAL, 20 luglio 2006, par. 33; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Case No. ARB/98/4, Award*, ICSID, 8 dicembre 2000, par. 106: «although local statutes of limitation cannot be invoked to defeat an international claim, international tribunals may consider equitable principles of prescription to reject untimely claims».

Il primo elemento di rilievo è che la prescrizione estintiva costituisce un principio del diritto internazionale. Lo sviluppo della prassi ha infatti smentito l'idea, inizialmente diffusa, che l'istituto della prescrizione estintiva non trovasse applicazione in una controversia tra Stati¹⁹⁶. I motivi alla base di questa convinzione erano diversi: il fatto che decidere quando risolvere una controversia internazionale tramite l'intervento del giudice rappresenti una prerogativa sovrana che non può incontrare limitazioni; che la prescrizione estintiva sia un principio esclusivamente di diritto interno e che non possa essere applicata all'interno dell'ordinamento internazionale; che l'istituto non sia idoneo a essere disciplinato dal diritto consuetudinario e che, in assenza di un termine temporale predefinito, si presti a produrre effetti imprevedibili quando non arbitrari¹⁹⁷. Invero, è comprensibile che le prime volte in cui l'estinzione del diritto di uno Stato sia stata invocata, il tribunale arbitrale preferisse evitare di convalidare l'esistenza del principio, essendo anche la prassi ambigua. Tuttavia, a partire da *Williams e Gentini*, l'applicabilità della prescrizione estintiva, salvo qualche dubbia eccezione¹⁹⁸, è stata costantemente affermata e l'istituto si è consolidato quale principio di diritto internazionale. Oggi difficilmente il giudice potrà sostenere che un ingiustificato ritardo nella presentazione della controversia sia del tutto irrilevante ai fini dell'ammissibilità della stessa. È invece più probabile che, riconosciuta la validità del principio, il giudice evidenzi per quale ragione contingente il principio non è applicabile¹⁹⁹.

La maggiore peculiarità della prescrizione estintiva di diritto internazionale è la contrapposizione tra il concetto di "limite temporale" e quello di "ritardo". Mentre negli ordinamenti interni il concetto di ritardo viene quantificato in un numero di anni che costituiscono il limite temporale entro il quale far valere un diritto in giudizio, la giurisprudenza e la dottrina sottolineano che nel diritto internazionale non esiste un limite temporale prefissato scaduto il quale si prescrive la possibilità per uno Stato di sottoporre la risoluzione di una controversia a un giudice internazionale²⁰⁰. Svincolato il concetto di ritardo da quello di limite temporale, l'applicabilità del principio di prescrizione estintiva si fa problematica²⁰¹. Essa apparirà infatti intrinsecamente arbitraria e, in questo senso, incoerente con quella che viene generalmente considerata la principale finalità di questo istituto, vale a dire garantire la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici²⁰². Non sono mancati tentativi di individuare un limite

¹⁹⁶ A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, p. 670.

¹⁹⁷ Cfr. A. CAVAGLIERI, *op. cit.*, p. 175 e A. R. IBRAHIM, *ibid.*

¹⁹⁸ Cfr. quanto osservato con riferimento a *Pious Fund e George W. Cook*, *supra*, § 3.3.1, inclusa nota 167.

¹⁹⁹ Cfr., ad esempio, *Norstar*, *supra*, § 3.3.2, nota 193.

²⁰⁰ Cfr., *inter alia*, B. E. KING, *op. cit.*, p. 89; A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, p. 677; K. HOBÉR, *op. cit.*, p. 284; J. CRAWFORD, *Third Report*, par. 258; A. MARIE, *op. cit.*, p. 432; *Gentini*, p. 561; *Ambatielos*, pp. 103-104 e *Phosphate Lands*, par. 32.

²⁰¹ Come detto, alcuni autori, tra cui A. MARIE, negano l'esistenza della prescrizione estintiva nel diritto internazionale proprio in ragione dell'assenza di un termine prestabilito, secondo il motto «pas de délai fixe, pas de prescription», *op. cit.*, p. 428.

²⁰² «L'idée d'une prescription sans délai nous paraît ainsi aller contre les fondements même de l'institution», *ibid.*, p. 430.

temporale da far coincidere *a priori* con un ritardo nell'azione dello Stato. Nel 1930, nell'ambito dei lavori sul progetto di codificazione del diritto consuetudinario organizzati presso la Società delle Nazioni, una minoranza di giuristi proponeva ad esempio il limite temporale di un anno perché uno Stato potesse intervenire in protezione diplomatica a tutela dei diritti di un proprio cittadino. La proposta venne accolta, ma il termine venne innalzato a due anni, con la possibilità per lo Stato di giustificare il proprio ritardo²⁰³. Il limite dei due anni venne recepito nel 1958 dalla CDI negli ARS, precisando che il decorso del termine partisse dall'esaurimento dei ricorsi interni²⁰⁴, ma venne poi eliminato e sostituito con il più flessibile criterio dell'irragionevole ritardo²⁰⁵.

Attualmente il diritto consuetudinario non prevede alcun limite temporale entro il quale uno Stato debba intervenire in protezione diplomatica ovvero debba sollevare proteste formali a fronte della violazione di un proprio diritto perché il principio di prescrizione estintiva dispieghi i suoi effetti. Al contrario, la sua applicazione è flessibile e dipende da una valutazione delle circostanze del caso: in *Tagliaferro e Giacopini* un periodo di tempo equivalente a più di trent'anni non era reputato sufficiente per prescrivere il diritto dell'Italia ad agire in protezione diplomatica²⁰⁶, mentre in *Gentini* il medesimo ritardo nella presentazione della controversia ha comportato l'inammissibilità della richiesta di risarcimento del danno²⁰⁷. Chiaramente, perché possa essere invocato ai fini della prescrizione di un diritto, il ritardo dev'essere "ingiustificato" cioè riconducibile alla negligenza del soggetto giuridico o dello Stato che interviene in protezione diplomatica. La prassi segnala coerentemente che, se il ritardo nella presentazione della controversia dipende dalla condotta del convenuto, quest'ultimo non potrà fare affidamento sul principio della prescrizione per sostenere la non ammissibilità delle istanze della controparte²⁰⁸.

In breve, a differenza di quanto accade negli ordinamenti interni, l'applicazione della prescrizione estintiva a una controversia internazionale presuppone, per utilizzare le parole dello *Special Rapporteur* James CRAWFORD, non un mero conteggio del periodo di tempo trascorso tra lo svolgersi dei fatti e l'avvio del procedimento, ma una più complessa opera di bilanciamento delle circostanze del caso²⁰⁹.

²⁰³ F. V. GARCÍA AMADOR, *Third Report*, par. 28.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ J. CRAWFORD, *Third Report*, par. 259.

²⁰⁶ *Tagliaferro*, p. 593; *Giacopini*, pp. 595-596. In *Cayuga Indians* l'ingiustificato ritardo del Regno Unito nell'intervenire in protezione diplomatica a tutela dei diritti della Nazione Cayuga ammontava a oltre settant'anni (!) ma, in considerazione delle circostanze del caso, il tribunale giudicava la controversia ammissibile, cfr. *supra*, § 3.3.1.

²⁰⁷ *Gentini*, p. 551.

²⁰⁸ Cfr. *Tagliaferro*, p. 592 e *Irene Roberts*, p. 207.

²⁰⁹ J. CRAWFORD, *Third Report*, par. 259. Lo *Special Rapporteur* tratta l'istituto nel commentario all'art. 45(b) che è invece dedicato alla rinuncia per acquiescenza del diritto di far valere la responsabilità internazionale di uno Stato, cfr. *supra*, **Cap. IV**, § 4. Questa circostanza è, come detto (*ibid.*, **nota 79**), dovuta al fatto che i giuristi di *common law* tendono

3.4.2. Decorso del termine e interruzione della prescrizione

Un secondo elemento che emerge dalla prassi è una certa confusione nella corretta individuazione del momento in cui si interrompe il decorso del termine della prescrizione.

Occorre distinguere il caso in cui uno Stato, violando una regola di diritto internazionale, arrechi un pregiudizio a un altro Stato, da quello in cui la condotta leda gli interessi di una persona fisica o giuridica di cittadinanza di un altro Stato. In entrambi i casi il termine decorre dal momento in cui si verifica la violazione e si interrompe invocando la stessa per vie diplomatiche²¹⁰. Nel secondo caso, tuttavia, salva la possibilità di attivare meccanismi di tutela specifici previsti all'interno di un trattato, le persone fisiche e giuridiche non dispongono dei mezzi per invocare il fatto internazionalmente illecito di uno Stato diverso da quello di appartenenza, né del *locus standi* per attivare la giurisdizione di una corte o tribunale internazionale. Dopo aver esaurito i ricorsi interni disponibili nello Stato che ha commesso la violazione, essi dovranno allora domandare l'intervento in protezione diplomatica allo Stato di nazionalità, il quale dispone della facoltà (ma non è sottoposto al dovere) di agire in tutela degli interessi dei propri cittadini, società o navi di bandiera.

In dottrina si è discusso se il ritardo nella presentazione della controversia, ai fini dell'accertamento della mancata interruzione del decorso del termine, debba essere calcolato dal momento in cui nasce la controversia o dal momento in cui la persona fisica o giuridica solleva la questione presso le autorità competenti del proprio Stato di appartenenza²¹¹. La giurisprudenza non fornisce una risposta univoca. In *Williams, Loretta G. Barberie, Stevenson e Gentini*, il giudice impiegava come riferimento la "presentazione della controversia", vale a dire la prima volta in cui lo Stato notificava una protesta ufficiale all'altro, manifestando la volontà di intervenire in protezione diplomatica a favore del proprio cittadino²¹². La giurisprudenza maggioritaria indica quindi che ciò che conta ai fini della dichiarazione della prescrizione di un diritto non è il periodo di tempo che intercorre tra la nascita della controversia e l'istituzione di un procedimento giudiziale, ma il ritardo tra il momento

a non riconoscere la distinzione tra atto giuridico e fatto giuridico *s.s.*

²¹⁰ B. E. KING, *op. cit.*, p. 88; A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, p. 680; K. HOBÉR, *op. cit.*, p. 289: «the unreasonable delay in presenting a claim must be attributable to the negligence of the *claimant*».

²¹¹ A. R. IBRAHIM, *ibid.*, p. 679. B. E. KING distingue i casi generici da quelli in cui il soggetto giuridico intrattenga un rapporto peculiare con lo Stato chiamato a intervenire in protezione diplomatica. Nella prima ipotesi, l'autore sottolinea che la "doppia natura" della controversia implicherà la mancanza di differenza tra il ritardo del privato e quello dello Stato ai fini della dichiarazione di prescrizione di un diritto. Nella seconda, l'inerzia dello Stato non potrà al contrario pregiudicare le istanze di quel soggetto giuridico che abbia tempestivamente richiesto un intervento in protezione diplomatica, *ibid.*, p. 89. L'autore propone come esempio *Cayuga Indians*, ma le medesime considerazioni potrebbero applicarsi anche a *LaGrand*, cfr. *infra*. Ch. TAMS suggerisce invece che per invocare la prescrizione estintiva il convenuto dovrà dimostrare l'esistenza di un ritardo attribuibile allo Stato, *op. cit.*, pp. 1051-1052.

²¹² *Williams*, p. 279; *Loretta G. Barberie*, p. 296; *Stevenson*, p. 386; *Gentini*, p. 561. E cfr. *Norstar*, parr. 310 ss.

in cui ha luogo la violazione ai danni della persona fisica o giuridica e il momento in cui lo Stato di cittadinanza si attiva per invocare detta violazione in protezione diplomatica. In questo senso, che il ritardo sia imputabile al cittadino che, dopo aver esaurito invano i ricorsi disponibili nello Stato in cui si è verificata la violazione, non abbia tempestivamente avvertito lo Stato di appartenenza, ovvero dipenda dall'ingiustificata inerzia delle autorità competenti, risulta, di fatto, irrilevante²¹³.

Non mancano precedenti che si discostano da questo criterio. In *Cayuga Indians* ad esempio, la commissione mista evidenziò che il ritardo nella presentazione della controversia fosse da attribuirsi interamente al Regno Unito e che ritenere il diritto della Nazione Cayuga prescritto per una condotta a essa non imputabile avrebbe costituito un'erronea applicazione dell'istituto, la quale deve sempre ispirarsi a considerazioni di equità e giustizia²¹⁴. Similmente, in *LaGrand* l'intervento della Germania in protezione diplomatica a tutela dei diritti di un proprio cittadino dopo sette anni di inerzia avrebbe potuto essere dichiarato non ammissibile per ingiustificato ritardo nell'esercizio dell'azione. La CIG tuttavia, in ragione dell'eccezionalità della situazione, emetteva le misure cautelari richieste, glissando sulle proteste avanzate dagli Stati Uniti in merito al pessimo tempismo della Germania nella presentazione della controversia²¹⁵. È plausibile che, in circostanze differenti, il ritardo delle autorità tedesche sarebbe stato valutato, se non in maniera diversa, quanto meno con maggiore attenzione da parte della CIG²¹⁶.

3.4.3. L'esistenza di un pregiudizio per il convenuto

Un ultimo elemento che emerge da un'analisi della prassi è che l'esistenza di un ingiustificato ritardo non risulta di per sé sufficiente per applicare il principio della prescrizione estintiva. La giurisprudenza internazionale ha di frequente preso in esame quale circostanza aggiuntiva il fatto che il passaggio del tempo avesse causato un pregiudizio tangibile per il convenuto²¹⁷. In *Loretta G. Barberie*, il primo caso in cui un giudice internazionale abbia evidenziato la relazione tra il ritardo nella presentazione della controversia e la produzione di un danno per lo Stato citato in giudizio, una delle ragioni in base

²¹³ K. HOBÉR distingue una presentazione tardiva della controversia da un ingiustificato ritardo nel proseguire un'azione presentata tempestivamente. In quest'ultimo caso, la prescrizione estintiva non potrà trovare applicazione, *ibid.*, p. 293.

²¹⁴ «[N]o laches can be imputed to the Canadian Cayuga who in every way open to them have pressed their claim [...]. In view of their dependent position their claim ought not to be defeated by the delay of the British Government in urging the matter on their behalf», *Cayuga Indians*, p. 189.

²¹⁵ Cfr. *supra*, § 3.3.2, nota 186, con particolare riferimento alle critiche svolte dal giudice Buergenthal.

²¹⁶ Cfr. anche J. CRAWFORD, *Third Report*, par. 259.

²¹⁷ B. E. KING, *op. cit.*, p. 90; A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, p. 676; K. HOBÉR, *op. cit.*, p. 302 e Ch. TAMS, *op. cit.*, p. 1053. Cfr. anche J. CRAWFORD: «the lapse of time *as such* is not sufficient to render a claim inadmissible», *Third Report*, par. 258.

alle quali l'arbitro Findaly dichiarò prescritto il diritto degli Stati Uniti di agire in protezione diplomatica a tutela degli interessi dell'erede di un venditore di moschetti che vantava un cospicuo credito nei confronti del Venezuela è che il ritardo nella presentazione della controversia aveva comportato la perdita delle prove, rendendo impossibile per le autorità venezuelane dimostrare che, in realtà, i moschetti non erano mai stati consegnati e che la richiesta di risarcimento era infondata²¹⁸. Similmente, in *Gentini* la commissione mista sottolineava che il principio della prescrizione estintiva incontra il proprio fondamento giuridico nella necessità che la condotta negligente dell'attore non possa tradursi in una posizione di svantaggio per il convenuto²¹⁹.

L'importanza dell'elemento di un qualche svantaggio per il convenuto imputabile al ritardo nella presentazione della controversia viene confermata nella giurisprudenza successiva. In *Giacopini, Tagliaferro, Stevenson, Cayuga Indians e Ambatielos*, uno dei motivi che portava il giudice a escludere l'applicazione del principio di prescrizione estintiva era che il passaggio del tempo non poteva considerarsi suscettibile di aver procurato un pregiudizio alla controparte²²⁰. Similmente, in *LaGrand* il giudice Buergenthal, criticando la decisione della CIG di accogliere la richiesta della Germania di accertare la responsabilità degli Stati Uniti per non aver rispettato l'ordine di misure cautelari, poneva l'accento sulle «conseguenze pregiudizievoli» che la negligenza delle autorità tedesche aveva causato agli Stati Uniti²²¹.

Alcuni autori hanno invece negato che l'esistenza di un pregiudizio per il convenuto derivante dall'ingiustificato ritardo nella presentazione della controversia costituisca un elemento dirimente ai fini dell'applicazione del principio di prescrizione estintiva. Il motivo sarebbe da individuare nella *ratio* dell'istituto: secondo questi autori infatti, lo scopo della prescrizione estintiva non è di evitare che il convenuto subisca un pregiudizio a causa del ritardo, ma penalizzare la negligenza della Parte

²¹⁸ «Great lapse of time is known to produce certain inevitable results, among which are the destruction or the obscuration of evidence, by which the equality of parties is disturbed or destroyed and, as a consequence, renders the accomplishment of exact or even approximate justice impossible», *Loretta G. Barberie*, p. 298. Di converso, la dottrina maggioritaria sottolinea che, qualora sia possibile ricostruire gli estremi della controversia sulla base della documentazione disponibile, sarà molto più difficile per il convenuto invocare con successo l'applicazione del principio di prescrizione estintiva, cfr., B. E. KING, *op. cit.*, p. 90; A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, p. 652 e K. HOBÉR, *op. cit.*, pp. 296-301. Se la controversia può essere ricostruita nonostante il periodo di tempo trascorso, verrà infatti meno una delle tipologie di svantaggio tradizionalmente invocate dal convenuto al fine di domandare l'estinzione dei diritti della controparte, vale a dire l'impossibilità di difendersi a causa della perdita delle prove da produrre in processo a sostegno della propria posizione.

²¹⁹ «The principle of prescription finds its foundation in the highest equity – the avoidance of a possible injustice to the defendant», *Gentini*, p. 558.

²²⁰ *Giacopini*, p. 595; *Tagliaferro*, p. 593; *Stevenson*, p. 386; *Cayuga Indians*, p. 189; *Ambatielos*, p. 104.

²²¹ T. BUERGENTHAL, *doc. cit.*, par. 24. E cfr. *Cyprus v. Turkey*, p. 2: «The Court acknowledged [...] the obligation [...] in an inter-State dispute to act without delay in order to uphold legal certainty and not to cause disproportionate harm to the legitimate interests of the respondent State», corsivo aggiunto. L'unico caso che non pare tenere in conto l'elemento di un pregiudizio causato dal ritardo nella presentazione della controversia è *Phosphate Lands*, cfr. *supra*, § 3.3.2, inclusa l'opinione dissenziente del vice-Presidente Oda.

che non invochi in maniera tempestiva la violazione di un proprio diritto²²². Altri autori hanno sostenuto che, come negli ordinamenti interni, la funzione della prescrizione estintiva sia esclusivamente quella di garantire la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici. In questo senso, la presenza di un pregiudizio per il convenuto sarebbe una circostanza irrilevante²²³. Si tratta, in entrambe le ipotesi, di una posizione che non solo non trova riscontro nella prassi internazionale ma che rischia di creare confusione tra l'istituto della prescrizione estintiva e altri concetti a essa affini, quali la prescrizione acquisitiva e l'*estoppel*. Eliminato l'elemento del danno, l'argomento secondo il quale la prolungata inerzia a fronte di una violazione comporti la perdita del diritto di invocare la responsabilità di un altro Stato in sede di contenzioso si avvicina maggiormente agli effetti dell'acquiescenza che a quelli della prescrizione estintiva. Allo stesso modo, stigmatizzare la condotta negligente di uno Stato affermando che, dopo anni di silenzio, esso possa essere precluso dall'agire a tutela di un proprio diritto dinanzi a un tribunale o corte internazionale è un ragionamento che richiama la concezione estensiva dell'*estoppel*, più che la prescrizione estintiva²²⁴.

La lunghezza del periodo di tempo trascorso tra la presentazione della controversia e l'avvio del procedimento giudiziale è solo uno dei due elementi che il giudice prenderà in considerazione ai fini dell'applicazione della prescrizione estintiva. Il secondo, egualmente importante, è l'esistenza di un pregiudizio causato dal ritardo, che ponga il convenuto in una situazione di svantaggio, compromettendo la capacità di difendersi dello stesso e andando dunque a ledere il principio della "parità delle armi" nel processo²²⁵.

4. Considerazioni conclusive

Il Capitolo V analizza gli unici due istituti nei quali il silenzio quale fatto giuridico *s.s.* produce effetti giuridici: l'*estoppel by silence* e la prescrizione estintiva. Non si intende qui riproporre una descrizione degli stessi o delle differenze con istituti simili quali, rispettivamente, l'acquiescenza²²⁶ e la prescrizione acquisitiva²²⁷.

²²² Cfr. D. P. O'CONNELL, *International Law*, 2^a ed., London, Stevens & sons, 1970, p. 1066.

²²³ Cfr. E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, London, Banks Law Publishing, 1915, p. 825; F. VALLAT, *International Law and the Practitioner*, Manchester, Manchester University Press, 1966, p. 30. E cfr. A. R. IBRAHIM, *op. cit.*, p. 682.

²²⁴ A. R. IBRAHIM, *ibid.*, p. 683.

²²⁵ Cfr. anche *Canfor Corporation*: «[l]aches is an equitable defense asserted to bar the adjudication of stale claims. The doctrine is premised on the theory that a claim that is plagued with undue delay prejudices defendant because evidence is no longer available to defend against the claim», par. 165.

²²⁶ Cfr. *supra*, § 2.3.

²²⁷ *Ibid.*, Cap. II, § 1.

Più interessante è invece notare le affinità tra l'*estoppel by silence* e la prescrizione estintiva. Entrambi costituiscono espressione del principio di buona fede, derivano i propri effetti dall'interpretazione di un silenzio quale fatto giuridico (dunque, un silenzio non intenzionale) e incidono sulla dimensione procedurale dei diritti dello Stato. La *ratio* che sottende i due istituti è certamente diversa: la prescrizione estintiva si fonda sull'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici a livello internazionale ed evitare che uno Stato possa porre in discussione tali rapporti instaurando una controversia molto tempo dopo il verificarsi dei fatti (*interest rei publicae ut sit finis litium*)²²⁸. L'*estoppel*, sia nella concezione estensiva che in quella restrittiva, è invece volto a impedire a uno Stato di adottare una condotta contraddittoria, tradendo le legittime aspettative di un altro Stato che nella prima condotta aveva riposto il proprio affidamento (*nemo venire contra factum proprium*)²²⁹.

In pratica la differenza tra prescrizione estintiva ed *estoppel by silence* finisce tuttavia per sfumare. Il medesimo silenzio può essere infatti impiegato da uno Stato sia per domandare al giudice l'accertamento della prescrizione del diritto della controparte, sia per costruire un *estoppel by silence*: in questo caso, se la condotta passiva si protrae per un lasso di tempo sufficiente, lo Stato non potrà più adottare una condotta in contrasto con quanto poteva ragionevolmente desumersi dal silenzio in precedenza mantenuto. Inoltre, sia nella prescrizione estintiva che nell'*estoppel by silence*, il periodo di tempo necessario per la produzione degli effetti giuridici non è stabilito *a priori*, ma viene determinato dal giudice sulla base delle circostanze. Infine, diversamente da quanto accade negli ordinamenti interni, l'esistenza di un pregiudizio per il convenuto, imputabile al prolungato silenzio, è un requisito essenziale ai fini dell'applicazione non soltanto dell'*estoppel by silence*, ma anche della prescrizione estintiva²³⁰.

Non può pertanto escludersi che si crei una sovrapposizione tra i due istituti, tanto che alcuni autori hanno qualificato la prescrizione estintiva come un principio «superfluo»²³¹. Senza spingerci così lontano, è innegabile che, a fronte della stessa situazione, il giudice sarà libero di scegliere se applicare la prescrizione estintiva o l'*estoppel by silence*. La scelta risulterà dal linguaggio impiegato nella sentenza e, con buona probabilità, verrà guidata dalla possibilità di dimostrare o meno l'esistenza di un legittimo affidamento dello Stato nel silenzio della controparte, il quale rimane l'unico elemento in grado di differenziare, quanto meno teoricamente, i due principi²³².

²²⁸ H. LAUTERPACHT, *The Function*, *op. cit.*, p. 131.

²²⁹ Cfr. *supra*, § 2.2.

²³⁰ Cfr. *supra*, § 3.4.3.

²³¹ Ch. TAMS, *op. cit.*, p. 1055. A. MARIE analizza la giurisprudenza in tema di prescrizione estintiva insieme all'*estoppel by silence*, *op. cit.*, pp. 591-598.

²³² Per un approfondimento cfr. K. HOBÉR, *op. cit.*, pp. 313-319.

Conclusioni

SOMMARIO: 1. L'importanza del paradigma dell'azione-reazione nel diritto internazionale. – 2. I requisiti del silenzio nella produzione di effetti giuridici. – 3. Considerazioni propositive.

1. L'importanza del paradigma dell'azione-reazione nel diritto internazionale

Come magistralmente illustrato da Maurice MENDELSON nell'introduzione al suo corso per l'Accademia del diritto internazionale dell'Aia, la Comunità internazionale ricorda una grande isola abitata da due centinaia di famiglie¹. Queste famiglie sono ben organizzate ma, tra loro, regna una certa confusione. Ogni società necessita di regole (*ubi societas, ibi jus*), ma non tutte le società sono uguali. Quelle più evolute delegano la creazione, modifica, estinzione, interpretazione, applicazione ed esecuzione delle regole a una o più istituzioni. Gli ordinamenti interni (le famiglie) posseggono numerose istituzioni. Invero, alcuni autori, tra cui Santi ROMANO, hanno sostenuto che i concetti di “ordinamento giuridico” e “istituzione” coincidano: «ogni ordinamento giuridico è un'istituzione e ogni istituzione è un ordinamento giuridico»².

Orbene, la caratteristica principale dell'ordinamento internazionale è l'assenza di istituzioni. Questo non significa che esso non costituisca un ordinamento giuridico o che non contenga regole. Semplicemente, il principio dell'eguale sovranità degli Stati postula il disconoscimento di qualsiasi autorità gerarchicamente superiore. Si realizza così un decentramento delle attività dell'ordinamento, le quali vengono svolte direttamente dagli Stati. La Comunità internazionale (l'isola) integra dunque un ordinamento giuridico scarsamente istituzionalizzato o «quasi anarchico»³. La differenza della struttura tra ordinamenti interni, istituzionalizzati e verticali, e ordinamento internazionale, de-istituzionalizzato e orizzontale, spiega perché il silenzio gioca un ruolo marginale nei primi mentre, nel secondo, riveste un valore giuridico preponderante. Si pensi, ad esempio, alle fonti sulla produzione di diritto internazionale: negli ordinamenti interni il “verbo” dell'istituzione titolare del potere legislativo è, di per sé, diritto; nell'ordinamento internazionale, al contrario, la creazione, modifica, estinzione ed interpretazione del diritto è spesso sanzionata dal silenzio degli Stati. Questa osservazione vale senza dubbio per le consuetudini ma, come visto, interessa anche il diritto dei trattati. All'assenza di istituzioni corrisponde una maggiore centralità del silenzio quale fatto giuridico (*l.s.*) anche in altri ambiti dell'ordinamento. Così, il principio della consensualità della giurisdizione, corollario di quello della

¹ M. H. MENDELSON, *The Formation, op. cit.*, pp. 165 ss.

² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed., Firenze, Sansoni, 1946, p. 27.

³ M. MENDELSON, *The Formation, op. cit.*, p. 166.

eguale sovranità degli Stati, comporta la possibilità che la giurisdizione di una corte o tribunale internazionale venga istituita sulla base del silenzio di una delle parti. Negli ordinamenti interni invece, l'esistenza di un'istituzione titolare del potere giudiziario, quando attivata, esclude che la condotta del convenuto abbia una qualche rilevanza ai fini dell'esercizio della giurisdizione. A ciò si aggiunge la natura fortemente politica del diritto internazionale. Quest'ultimo riflette la volontà degli Stati di lasciare ampio spazio a una dimensione, se si vuole, implicita nella definizione delle relazioni internazionali⁴. La prescrizione acquisitiva, la rinuncia tacita al diritto di invocare la responsabilità internazionale di uno Stato e i meccanismi di adozione delle decisioni nelle organizzazioni internazionali o la procedura di *opting out* ben testimoniano questa tendenza. In tutti e quattro i casi infatti, dando per presupposta la conoscenza della situazione, il silenzio sarà di frequente frutto di una valutazione sull'opportunità di protestare a fronte della violazione di un proprio diritto, ovvero di impedire che un'organizzazione internazionale o CdP adotti una determinata decisione⁵.

In questo contesto, il paradigma dell'azione-reazione assume grande importanza. Esso finisce per informare la quasi totalità delle dinamiche di diritto internazionale: da un lato, in ragione dell'assenza di istituzioni internazionali, la capacità di produrre effetti giuridici ricade soprattutto in capo agli Stati. Più precisamente, la produzione di effetti giuridici deriva dalle interazioni tra gli Stati; dall'altro, queste interazioni tendono a comporsi di una o più condotte attive e una o più condotte passive, e non di sole condotte attive. Come detto, questa circostanza non è casuale, ma dipende dal fatto che gli Stati, alle volte, ritengono che convenga tacere piuttosto che esprimere la propria opinione. D'altronde, è anche necessario tutelare le legittime aspettative dello Stato che, in buona fede, ha fatto affidamento sulla condotta passiva altrui, indipendentemente da ulteriori considerazioni. Il diritto internazionale prevede regole che rispondono a queste esigenze. Non potrebbe essere altrimenti: esso è il prodotto, diretto o indiretto, della volontà della Comunità internazionale. Il silenzio pertanto, diversamente da quanto accade negli ordinamenti interni, dove eccezionalmente produce effetti giuridici, permea il diritto internazionale. Si potrebbe anzi sostenere che, quale fatto giuridico *l.s.*, rappresenti uno degli elementi strutturali e uno dei fenomeni più pervasivi dell'ordinamento internazionale.

⁴ «[D]ans un système horizontal d'établissement des faits et d'appréciation de la légalité la pertinence du silence est une nécessité structurelle. C'est précisément lorsque l'ordre juridique internationale laisse une discrétion totale aux États dans l'exercice de leur pouvoir de réaction», A. MARIE, *op. cit.*, p. 412.

⁵ Si ricorderà infatti che nella votazione *per consensus* un solo voto contrario impedisce l'adozione della decisione, cfr. *supra*, **Cap. IV**, § 5.

2. I requisiti del silenzio nella produzione di effetti giuridici

L'applicazione del silenzio in conformità al paradigma dell'azione-reazione cambia a seconda che esso costituisca un atto giuridico o un fatto giuridico *s.s.*. In particolare, la *ratio* della regola che riconduce la produzione di effetti giuridici all'adozione di una condotta passiva sposterà l'attenzione dell'ordinamento sul segmento dell'azione o su quello della reazione. Se la regola è volta a proteggere i diritti dello Stato che non reagisce, la produzione di effetti giuridici non potrà attribuirsi a un mero silenzio, quanto alla sussistenza, reale o presunta, della volontà dello Stato dietro allo stesso. Normalmente, l'ordinamento si preoccupa di riconoscere effetti giuridici al silenzio soltanto quale atto giuridico. La predisposizione di alcuni requisiti perché il silenzio di uno Stato generi acquiescenza è dovuta precisamente a questa preoccupazione. Essi incontrano un minimo comun denominatore nella conoscenza o conoscibilità della situazione, nell'esistenza di un interesse a (re)agire e nel passaggio di un periodo significativo di tempo.

Questi tre requisiti vengono spesso soddisfatti in maniera diversa. Si prenda, ad esempio, il primo. La conoscenza o conoscibilità della situazione, agli effetti della prescrizione acquisitiva, è garantita dagli ulteriori requisiti dell'effettività, continuità e pubblicità dell'esercizio di poteri *de facto* sovrani su un territorio altrui⁶; agli effetti della formazione di una consuetudine generale o di un'obiezione persistente è data pressoché per scontata⁷, mentre agli effetti della formazione di una consuetudine particolare si intreccia con il requisito dell'interesse ad agire, a sua volta legato alla posizione geografica dello Stato⁸; agli effetti delle vicende attinenti alla vita di un trattato è automaticamente soddisfatta dalla qualità di parte dello Stato⁹, e così via. Lo stesso può dirsi per il requisito dell'interesse ad agire: esso può desumersi dalla posizione geografica dello Stato (formazione di una consuetudine particolare o un'obiezione persistente), dalla violazione di un proprio diritto (formazione di una controversia o rinuncia tacita a invocare la responsabilità internazionale di uno Stato) o da entrambi (prescrizione acquisitiva)¹⁰. Il requisito del passaggio del tempo è il più difficile da commentare. L'assenza di un termine fisso svuota quest'ultimo di concretezza e ne subordina il vaglio all'idea, intrinsecamente aleatoria, di "significatività". Così, mentre la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità può richiedere decenni, l'acquiescenza manifestata nel corso di una votazione *per consensus* produce effetti istantaneamente. In realtà, il requisito di un passaggio di tempo significativo assume

⁶ Cfr. *supra*, Cap. II, §§ 3.2 ss.

⁷ Cfr. *supra*, Cap. III, §§ 1.3, 1.7.

⁸ *Ibid.*, § 2.6.

⁹ *Ibid.*, *inter alia*, § 3.5.

¹⁰ Rispettivamente, Cap. III, §§ 1.6, 1.7; Cap. IV, §§ 2, 4; Cap. II, § 3.3.1.

rilievo più che altro quale elemento probatorio. Esso opera cioè in funzione degli altri requisiti, consolidando la presunzione che gli effetti dell'acquiescenza si siano materializzati. In sostanza, sarà *significativo* il passaggio di un periodo di tempo *ragionevole* perché lo Stato a conoscenza della situazione e titolare di un interesse ad agire reagisca a fronte di una condotta altrui. Ciò è evidente con riferimento ad alcuni istituti in cui l'acquiescenza dispiega i propri effetti: nella formazione di una consuetudine, ad esempio, il passaggio di tempo significativo suole essere equiparato a quello che si stima sufficiente affinché uno Stato possa opporsi all'insorgere di una nuova regola, ovvero maturare il convincimento che detta regola sia legittima o desiderabile¹¹.

Qualora la regola sia al contrario volta ad assicurare un interesse oggettivo-collettivo come la stabilità o certezza dei rapporti giuridici, ovvero a tutelare i diritti dello Stato che, in buona fede, ha fatto affidamento sul silenzio altrui, l'ordinamento focalizzerà la propria attenzione sul segmento dell'azione. Il silenzio produrrà allora effetti giuridici a prescindere dallo stato soggettivo dello Stato che non ha reagito. Come visto, il silenzio quale fatto giuridico *s.s.* non gode, alla stregua del silenzio quale atto giuridico, di autonomia concettuale: esso produce effetti giuridici solo nel quadro di un istituto di diritto internazionale¹². Gli istituti di diritto internazionale che contemplano un mero silenzio nella produzione di effetti giuridici sono due: l'*estoppel by silence* e la prescrizione estintiva. Nel Capitolo V si è discusso come, sebbene perseguano finalità differenti, i due istituti finiscano per sovrapporsi¹³. Gli elementi che compongono questi istituti sono infatti i medesimi e coincidono con i requisiti perché un silenzio produca effetti giuridici quale fatto giuridico *s.s.*: la buona fede dello Stato che agisce, il verificarsi di un pregiudizio e il passaggio di un periodo significativo di tempo. Di questi requisiti, due sono speculari a quelli che caratterizzano il silenzio quale atto giuridico, mentre uno è identico. Innanzitutto, il requisito della buona fede dello Stato che agisce si contrappone a quello della conoscenza della situazione dello Stato che non reagisce. Si tratta, in entrambi i casi, di un requisito soggettivo: se il silenzio produce effetti giuridici quale atto giuridico si pone il problema di accertare lo stato soggettivo dello Stato che non reagisce; se il silenzio produce effetti giuridici quale fatto giuridico *s.s.*, per definizione, quest'ultimo sarà irrilevante. La buona fede giustificherà di converso la tutela degli interessi dello Stato che agisce senza che l'altro Stato sollevi alcuna obiezione. In secondo luogo, oltre ad aver agito in buona fede, lo Stato deve aver subito un pregiudizio a causa della condotta contraddittoria dell'altro Stato. Tale pregiudizio può tradursi in un danno diretto o in un

¹¹ Cfr. *supra*, Cap. III, § 3.

¹² Cfr. *supra*, Cap. V, § 1.

¹³ *Ibid.*, § 3.5.

vantaggio per la controparte. Analogamente a quanto detto circa il silenzio quale atto giuridico, perché il silenzio produca effetti quale fatto giuridico *s.s.* è dunque necessario che venga soddisfatto un requisito oggettivo. Anche qui è evidente lo spostamento dell'attenzione dell'ordinamento dal segmento della reazione a quello dell'azione: se il silenzio produce effetti giuridici quale atto giuridico, il requisito oggettivo sarà l'esistenza di un interesse ad agire per lo Stato che non reagisce; se il silenzio produce effetti giuridici quale fatto giuridico *s.s.*, sarà l'esistenza di un pregiudizio per lo Stato che agisce. Infine, il requisito del passaggio di un periodo significativo di tempo funge da elemento probatorio. L'assenza di un termine fisso suggerisce del resto che sia il silenzio dello Stato e non il passaggio del tempo a produrre effetti giuridici. Ciò è vero anche rispetto all'istituto della prescrizione estintiva i cui effetti vengono tradizionalmente associati al passaggio di un determinato periodo di tempo. Al contrario, il passaggio di un periodo di tempo sarà *significativo* quando ragionevolmente suscettibile di consolidare le legittime aspettative dello Stato che ha fatto affidamento sul silenzio altrui. Inoltre, esso può contribuire al verificarsi di un pregiudizio. Si pensi all'esempio dell'Isola G contesa tra gli Stati S e N: il passaggio di un lungo periodo di tempo senza che lo Stato N si opponga all'esercizio di poteri *de facto* sovrani dello Stato S, portava quest'ultimo a investire risorse ingenti per la costruzione di opere pubbliche sull'Isola G¹⁴. Lo Stato N potrebbe dimostrare di aver ignorato senza colpa l'attività dello Stato S, evitando la prescrizione acquisitiva dei diritti di sovranità sull'Isola G, ma l'adozione di una condotta contraddittoria causerà un chiaro pregiudizio economico allo Stato S il quale rischia di perdere i propri investimenti. Il passaggio del tempo può peraltro arrecare pregiudizi di natura diversa da quella economica. Tra questi spicca lo smarrimento delle prove e la conseguente violazione del principio della parità delle armi in processo. Come affermato in *Loretta G. Barberie*: «great lapse of time is known to produce certain inevitable results, among which are the destruction or the obscuration of evidence, by which the equality of parties is disturbed or destroyed and, as a consequence, renders the accomplishment of exact or even approximate justice impossible»¹⁵.

3. Considerazioni propositive

L'obiettivo della presente tesi è offrire un'analisi approfondita del valore giuridico del silenzio nel diritto internazionale. Alla luce di quanto esposto è possibile trarre alcune conclusioni al riguardo. La prima è che, in quanto tale, il silenzio degli Stati non produce effetti giuridici (*qui tacet neque negat*

¹⁴ *Ibid.*, § 2.3.1.

¹⁵ *Loretta G. Barberie*, p. 298.

neque utique fatetur). Esso, in conformità al paradigma dell'azione-reazione, costituisce un fatto giuridico (*l.s.*) esclusivamente quando si pone in relazione con una previa condotta attiva.

La seconda conclusione è che il silenzio degli Stati, nell'alveo della suddivisione interna al concetto di fatto giuridico *l.s.*, può qualificarsi sia come un atto giuridico che come un fatto giuridico *s.s.*. Questo significa che l'ordinamento internazionale riconduce la produzione di effetti giuridici sia a un silenzio volontario che a un silenzio privo di qualsiasi connotazione soggettiva. La differenza è che, nel primo caso, il silenzio concretizza di per sé un istituto di diritto internazionale, vale a dire l'acquiescenza¹⁶; nel secondo, il silenzio si innesta su un diverso istituto di diritto internazionale, vale a dire l'*estoppel by silence* o la prescrizione estintiva.

La terza conclusione è che, sia quale atto giuridico che quale fatto giuridico *s.s.*, il silenzio deve soddisfare alcuni requisiti per produrre effetti giuridici. I requisiti che caratterizzano il silenzio quale atto giuridico si preoccupano di garantire che, dietro alla mancanza di reazione, sussista o possa ragionevolmente ritenersi sussistere la volontà dello Stato. Essi variano in ragione degli effetti giuridici prodotti, ma incontrano un minimo comun denominatore nella conoscenza o conoscibilità della situazione, nell'esistenza di un interesse ad agire e nel passaggio di un periodo significativo di tempo. I requisiti che caratterizzano il silenzio quale fatto giuridico *s.s.* sono invece volti a tutelare la posizione dello Stato che aveva fatto legittimo affidamento sul silenzio altrui. Questi requisiti coincidono con gli elementi che compongono gli istituti dell'*estoppel by silence* e della prescrizione estintiva e sono la buona fede dello Stato che agisce, il verificarsi di un pregiudizio nei confronti dello stesso e il passaggio di un periodo significativo di tempo. Il silenzio degli Stati produrrà dunque effetti giuridici solo in presenza di un requisito soggettivo (la conoscenza o conoscibilità della situazione/la buona fede dello Stato che agisce) e di un requisito oggettivo (l'esistenza di un interesse ad agire/il verificarsi di un pregiudizio). In questo contesto, il passaggio di un periodo significativo di tempo, più che rappresentare un requisito vero e proprio, consolida la presunzione che il requisito soggettivo e quello oggettivo risultino debitamente soddisfatti.

La quarta e ultima conclusione è che la natura degli effetti giuridici prodotti dal silenzio degli Stati cambia a seconda che quest'ultimo integri un atto giuridico o un fatto giuridico *s.s.*: nel primo caso gli effetti sono materiali e incidono sull'esistenza di un diritto; nel secondo, sono procedurali e incidono sull'esistenza del diritto di far valere un diritto dinanzi a un organo giudiziale. Così, mentre la prescrizione acquisitiva comporta il trasferimento di diritti di sovranità, l'*estoppel by silence* si limita a impedire che lo Stato che, per un lungo periodo di tempo, ha subito senza protestare l'esercizio di poteri *de facto* sovrani sul proprio territorio possa adottare una condotta contraddittoria. Similmente,

¹⁶ Vale quanto detto circa l'impiego del termine *supra*, **Cap. I, § 4.2.**

mentre la rinuncia tacita a invocare la responsabilità internazionale di uno Stato comporta la perdita del diritto violato, la prescrizione estintiva condiziona soltanto la facoltà di azionare quel diritto in giudizio. Questo aspetto è stato raramente evidenziato in dottrina o giurisprudenza. Ciò dipende anche dal fatto che, come detto, i giuristi di *common law* tendono a ignorare la distinzione tra effetti giuridici materiali e procedurali¹⁷.

Razionalizzando le quattro conclusioni qui raggiunte, è possibile tracciare una teoria generale sul valore giuridico del silenzio nel diritto internazionale. Essa può formularsi secondo i seguenti termini:

nel diritto internazionale il silenzio degli Stati, inteso come l'ingiustificata assenza di una reazione a fronte di una condotta altrui, produce effetti giuridici (fatto giuridico *l.s.*). Se l'ordinamento subordina la produzione di effetti giuridici alla conoscenza o conoscibilità della condotta altrui, all'esistenza di un interesse ad agire e al passaggio di un periodo significativo di tempo, il silenzio dello Stato genera acquiescenza (atto giuridico) e produce effetti materiali; se l'ordinamento subordina la produzione di effetti giuridici alla buona fede dello Stato che agisce, al verificarsi di un pregiudizio ai danni dello stesso a causa dell'altrui condotta contraddittoria e al passaggio di un periodo significativo di tempo, il silenzio dello Stato si innesta sull'istituto dell'*estoppel by silence* o della prescrizione estintiva (fatto giuridico *s.s.*) e produce effetti procedurali. Nel primo caso, la produzione di effetti giuridici è, in ultima analisi, imputabile alla volontà, reale o presunta, dello Stato che non reagisce; nel secondo, essa è invece essenzialmente dovuta alla necessità di tutelare il legittimo affidamento dello Stato che agisce (*estoppel by silence*), ovvero di soddisfare esigenze di sistema quali la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici (prescrizione estintiva).

¹⁷ Cfr. *supra*, Cap. IV, § 4, nota 79.

Bibliografia

Monografie, contributi in opera collettanea e articoli

- AKEHURST, M., *Custom as a Source of International Law*, 47 *British Y.B. Int'l L.*, 1, 53 (1976);
- ANZILOTTI, D., *Corso di diritto internazionale*, 4^a ed., Padova, CEDAM, 1955;
- ARANGIO-RUIZ, G., *Customary Law: A Few More Thoughts About the Theory of 'Spontaneous' International Custom*, in O. CORTEN (ed.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007;
- AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, 2^a ed., Cambridge, CUP, 2007;
- AUSTIN, J. L., *How to Do Things with Words*, Oxford, OUP, 1976;
- BALDINI, M., *Elogio del silenzio e della parola. I filosofi, i mistici e i poeti*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005;
- BARALE, J., *L'acquiescement dans la jurisprudence internationale*, 11 *AFDI*, 389, 427 (1965);
- BASDEVANT, J., *Efficacité des Règles générales du droit de la paix*, 58 *Recueil des cours*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 1936;
- BECKETT, W. E., *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la CPJI*, 50 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1934;
- BEDERMAN, J., *Acquiescence, Objection and the Death of Customary Law*, 21 *Duke J. Int'l & Comp. L.*, 31, 45 (2010);
- BENTZ, J., *Le silence comme manifestation de volonté en droit international public*, 34 *RGDIP*, 44, 91 (1963);
- BLUM, Y. Z., *Historic Titles in International Law*, The Hague, Springer, 1965;
- BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960;
- BOISSON DE CHAZOURNES, L., *Subsequent Practice, Practices and 'Family Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in Its Operative Milieu*, in G. NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013;
- BORCHARD, E. M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, London, Banks Law Publishing, 1915;
- BOS, M., *The Identification of Custom in International Law*, 25 *German Y.B. Int'l L.*, 9, 53 (1982);
- BOWER, G. S., *The Law Relating to Estoppel by Representation*, London, Butterworths, 1923;
- BOWETT, D. W., *Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence*, 33

British Y.B. Int'l L., 176 202 (1957);

BRADLEY, C., GULATI, G., *Withdrawing from International Law*, 120 *Yale L. J.*, 202, 275 (2010);

BRIGGS, H. W., *Nicaragua v. United States: Jurisdiction and Admissibility*, 79 *AJIL*, 373, 378 (1985);

BROWN, C., *A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law*, 50 *U. Miami L. Rev.*, 369, 412 (1996);

BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 7^a ed., Oxford, OUP, 2008;

BUGA, I., *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2018;

CAHIER, Ph., *Le comportement des États comme source de droits et d'obligations*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginevra, Institut universitaire de Hautes Études internationales, 1968;

CAVAGLIERI, A., *Il decorso del tempo ed i suoi effetti sui rapporti giuridici internazionali*, 5 *RDI*, 169, 204 (1926);

CHAN, Ph., *Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited*, 3 *Chinese J. Int'l L.*, 421, 440 (2004);

CHAPAUX, V., *Article 54: Termination of or Withdrawal from a Treaty under Its Provisions or by Consent of the Parties*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. II, Oxford, OUP, 2011;

CHARNEY, J. I., *The Persistent Objector Rule and the Development of International Customary Law*, 56 *British Y.B. Int'l L.*, 1, 24 (1985);

CHENG, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, CUP, 2006;

COLSON, D. A., *How Persistent Must the Persistent Objector Be?*, 61 *Washington L. Rev.*, 957, 970 (1986);

COMBACAU, J., SUR, S., *Droit international public*, 6^a ed., London, Montchrestien, 2004;

COT, J. P., *La conduite subséquente des parties à un traité*, 37 *RGDIP*, 632, 666 (1966);

COTTIER, T., MÜLLER, J. P., *Estoppel*, in *MPEPIL*, 2007;

CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^a ed., Oxford, OUP, 2012;

CRAWFORD, J., *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, 365 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 2013;

D'AMATO, A., *The Concept of Special Custom in International Law*, 63 *AJIL*, 211, 223 (1969);

D'AMATO, A., *The Concept of Custom in International Law*, Chicago, Cornell University Press, 1971;

DANILENKO, G., *The Theory of International Customary Law*, 31 *German Y.B. Int'l L.*, 9, 47 (1988);

DARGENT, J., *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve: la doctrine de l'estoppel*, Grenoble, Tourcoing, Imp. G. Frère, 1943;

DAS, H., *Estoppel et l'acquiescement. Assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles*, 20 *RDBI*, 607, 634 (1997);

D'ASPREMONT, J., *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Law Material*, 19 *EJIL*, 1075, 1093 (2008);

DAUENHAUER, B. P., *Silence. The Phenomenon and Its Ontological Significance*, Bloomington, Indiana University Press, 1980;

DE LOUTER, J., *Le droit international public positif*, Vol. I, Oxford, OUP, 1920;

DE MARTENS, F., *Traité de droit international*, Paris, Librairie Marescq Ainé, 1883;

DE SAUSSURE, F., *Corso di linguistica generale*, 5^a ed., Bari, Laterza, 1978;

DE VATTEL, E., *Droit des Gens*, Vol. II, Washington (D.C.), Washington Carnegie Institution, 1916;

DE VISSCHER, Ch., *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967;

DISTEFANO, G., *La practice subséquente des États Parties à un traité*, 40 *AFDI*, 41, 71 (1994);

DOMINICÉ, Ch., *A propos du principe de l'estoppel en droit de gens*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginevra, Institut universitaire de Hautes Études internationales, 1986;

DUMBERRY, P., *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited*, 59 *Int'l & Comp. L. Q.*, 779, 802 (2010);

DUPUY, P. M., *A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'"objecteur persistant"*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991;

ELIAS, O., *Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law*, 6 *Denning L. J.*, 37, 52 (1991);

ELIAS, O., *The Relationship between General and Particular Customary Law*, 8 *African J. Int'l & Comp. L.*, 67, 88 (1996);

- ELIAS, O., *Persistent Objector*, in MPEPIL, 2006;
- FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*, Vol. I, Paris, Rousseau & Co., 1925;
- FITZMAURICE, G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law*, 30 *British Y.B. Int'l L.*, 1, 70 (1953);
- FITZMAURICE, M., *Consent to Be Bound – Anything New under the Sun?*, 74 *NJIL*, 483, 508 (2005);
- GAUTHIER, Ph., *Le plateau continental de la Belgique et sa délimitation*, 28 *RBDI*, 109, 122 (1995);
- GIEGERICH, T., *Treaties, Multilateral, Reservations to*, in MPEPIL, 2010;
- GIGANTI, A., *The Effect of Unilateral State Acts in International Law*, 2 *New York U. J. Int'l L. & Pol.*, 333, 362 (1969);
- GIOIA, A., *Historic Titles*, in MPEPIL, 2013;
- GLENNON, M. J., *How International Rules Die*, 93 *Georgetown L. J.*, 939, 991 (2005);
- GORINETTI, M. S., *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, Giuffrè, 1982;
- GREEN, J. A., *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, OUP, 2016;
- GREIG, D. W., *Nicaragua and the United States: Confrontation over the Jurisdiction of the International Court*, 62 *British Y.B. Int'l L.*, 119, 281 (1992);
- GUILLERMET FERNANDEZ, C., FERNANDEZ PUYANA, D., *The Search for Consensus and Unanimity within the International Organizations*, 13 *US-China L. Rev.*, 53, 66 (2016);
- GULIYEV, K., *Local Custom in International Law. Something in between General Custom and Treaty*, 19 *Int'l Community L. Rev.*, 47, 67 (2017);
- HAKAPÄÄ, K., *Negotiation*, in MPEPIL, 2013;
- HALL, W. E., *Treatise on International Law*, 8^a ed., Oxford, OUP, 1924;
- HEIDEGGER, M., *In cammino verso il linguaggio*, Milano, Mursia, 1984;
- HEILMANN, L., *Silere-tacere. Nota lessicale*, 1 *QGUB*, 3, 14 (1955);
- HERSHEY, A. S., *The Essentials of International Public Law*, New York, MacMillan, 1912;
- HIGGINS, R., *International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes*, 230 *Recueil des Cours*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 1993;
- HIGGINS, R., *Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem*, 46 *Int'l & Comp.*

L. Q., 501, 520 (1997);

HOBÉR, K., *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Uppsala, Lutu Forlag, 2001;

HORN, F., *Reservations and Interpretative declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam, North-Holland, 1988;

HUDSON, M., *The Permanent Court of International Justice, 1920-1924: A Treatise*, New York, MacMillan, 1943;

IBRAHIM, A. R., *The Doctrine of Laches in International Law*, 83 *Virginia. L. Rev.*, 647, 692 (1992);

JACQUÉ, J. P., *Acte et norme en droit international public*, 227 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1991;

JENKS, C. W., *Some Constitutional Problems of International Organizations*, 22 *British Y.B. Int'l L.*, 11, 72 (1945);

JENNINGS, R., *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1963;

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *International Law in the Past Third of a Century*, 159 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1978;

JOHNSON, D. H., *Acquisitive Prescription in International Law*, 27 *British Y.B. Int'l L.*, 332, 354 (1950);

JOHNSON, D. H., *Consolidation as a Root of Title in International Law*, 13 *Cambridge L. J.*, 215, 225 (1955);

KAMTO, M., *Article 9: Adoption of the Text*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. I, Oxford, OUP, 2011;

KELLY, G. M., *The Temple Case in Historical Perspective*, 39 *British Y.B. Int'l L.*, 462, 472 (1963);

KELSEN, H., *Principles of International Law*, 2^a ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966;

KING, B. E., *Prescription of Claims in International Law*, 15 *British Y.B. Int'l L.*, 82, 97 (1934);

KLABBERS, J., *Treaties, Conclusion and Entry into Force*, in MPEPIL, 2006;

KOHEN, K., HEATHCOTE, S., *Article 45: Loss of a Right to Invoke a Ground for Invalidating, Terminating, Withdrawing from or Suspending the Operation of a Treaty*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. II, Oxford, OUP, 2011;

KOLB, R., *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham, Elgar, 2016;

- KOLB, R., *Good Faith in International Law*, London, Hart Publishing, 2017;
- KÖNIG, D., *Tacit Consent/Opting Out Procedure*, in MPEPIL, 2013;
- KOPELA, S., *The Legal Value of Silence as State Conduct in the Jurisprudence of International Tribunals*, 29 *Australian Y.B. Int'l L.*, 87, 134 (2010);
- KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia: The Structure of the International Legal Argument*, Cambridge, CUP, 2005;
- KASSOTI, E., *The Juridical Nature of Unilateral Acts in International Law*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 2015;
- LASSWELL, H., MCDUGAL, M., *Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science and Policy*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1992;
- LATTY, F., *Actions and Omissions*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010;
- LAUTERPACHT, H., *Sovereignty over Submarine Areas*, 27 *British Y.B. Int'l L.*, 376, 433 (1950);
- LAUTERPACHT, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Handem, Archon, 1970;
- LAUTERPACHT, H., *The Development of International Law by the International Court*, 2^a ed., Cambridge, CUP, 1982;
- LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford, OUP, 2011;
- LAWRENCE, T. J., *The Principles of International Law*, London, Heath & Co., 1923;
- LESAFFER, R., *Argument from Roman Law to International Law: Occupation and Acquisitive Prescription*, 16 *EJIL*, 25, 58 (2005);
- LINDLEY, F., *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, Longmans, 1926;
- MACGIBBON, I., *Some Observations on the Part of Protest in International Law*, 30 *British Y.B. Int'l L.*, 293, 319 (1953);
- MACGIBBON, I., *The Scope of Acquiescence in International Law*, 31 *British Y.B. Int'l L.*, 143, 186 (1954);
- MACGIBBON, I., *Customary International Law and Acquiescence*, 33 *British Y.B. Int'l L.*, 115, 145 (1957);
- MACGIBBON, I., *Estoppel in International Law*, 7 *Int'l & Comp. L. Q.*, 468, 513 (1958);

- MAIRAL, H. A., *Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations*, in S. W. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, OUP, 2010;
- MANN, F. A., *Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International*, in Y. DINSTEIN (ed.), *International Law at a Time of Perplexity*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1898;
- MARCHISIO, S., *Corso di diritto internazionale*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2017;
- MARIE, A., *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonte*, Parigi, Pedone, 2018;
- MARQUES ANTUNES, N. S., *Acquiescence*, in MPEPIL, 2006;
- MARTIN, A., *L'estoppel en droit international public: précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Paris, Pedone, 1979;
- MCDUGAL, M., SCHLEI, N. A., *The Hydrogen Bomb Test in Perspective: Lawful Measures for Security*, 64 *Yale J. Int'l L.*, 648, 710 (1955);
- MCNAIR, A. D., *The Legality of the Occupation of the Ruhr*, 5 *British Y.B. Int'l L.*, 17, 37 (1924);
- MEIJERS, H., *How is International Law Made? The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules*, 9 *Netherlands Y.B. Int'l L.*, 3, 26 (1978);
- MENDELSON, M. H., *State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991;
- MENDELSON, M. H., *The Formation of Customary International Law*, 272 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1998;
- MOORE, J. B., *History and Digest of International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Voll. II/III, 6^a ed., Washington (D.C.), GPO, 1898;
- MORELLI, G., *Nozioni di diritto internazionale*, 7^a ed., Padova, CEDAM, 1967;
- MÜLLER, D., *Article 20: Acceptance of and Objections to Reservations*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. I, Oxford, OUP, 2011;
- MÜLLERSON, R., *The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law*, in K. WELLENS (ed.) *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998;
- O'CONNELL, D. P., *International Law*, 2^a ed., London, Stevens & sons, 1970;
- OPPENHAIMER, L., LAUTERPACHT H., *International Law: A Treatise*, 8^a ed., London, Longmans, 1955;
- ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006;

- ORTOLAN, E., *Des moyens d'acquérir le domaine international*, Vanves, Hachette, 1851;
- OVCHAR, A., *Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ. A Principle Promoting Stability Threatens to Undermine It*, 21 *Bond L. Rev.*, 124, 157 (2009);
- PATTARO, E., *Filosofia del diritto*, Bologna, Gedit, 2009;
- PECOURT GARCÍA, E., *El principio del estoppel en derecho internacional público*, 15 *REDI*, 97, 139 (1962);
- PERASSI, T., *Lezioni di diritto internazionale*, 7^a ed., Padova, CEDAM, 1961;
- PERELS, F., *Manuel de droit maritime international*, Paris, Librairie Guillaumin & Co., 1884;
- PHILLIMORE, R., *Commentaries upon International Law*, Vol. I, London, Butterworths, 1879;
- PINTO, R., *La prescription en droit international*, 87 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1995;
- PLENDER, R., *The Role of Consent in the Termination of Treaties*, 57 *British Y.B. Int'l L.*, 133, 167 (1987);
- POLLOCK, F., *The Expansion of the Common Law*, London, Stevens & sons, 1904;
- POTESTÀ, M., *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, 28 *FILJ*, 88, 122 (2013);
- RALSTON, J. H., *Prescription*, 4 *AJIL*, 133, 144 (1910);
- REISMAN, M., *Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, New Haven, Yale University Press, 1971;
- REISMAN, M., WIESSNER, S., WILLARD, A. R., *The New Haven School: A Brief Introduction*, 32 *Yale J. Int'l L.*, 575, 582 (2007);
- REUTER, P., *Principes de droit international public*, 103 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1961;
- RIVIER, A., *Principes du droit des gens*, Vol. I, Paris, Rousseau, 1896;
- RODRÍGUEZ CEDEÑO, V., TORRES CAZORLA, M., *Unilateral Acts of State in International Law*, in *MPEPIL*, 2017;
- ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed., Firenze, Sansoni, 1946;
- ROSENNE, S., *The Law and the Practice of the International Court*, 2^a ed., Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1985;

- ROSS, A., *A Textbook of International Law: General Part*, London, Longmans, 1947;
- SALMON, J., *Le procédé de la fiction en droit international*, in Ch. PERELMAN, P. FORIERS (eds.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974;
- SALMOND, J., *Jurisprudence*, 4^a ed., London, Stevens and Haynes, 1913;
- SANDS, Ph., *Article 39: General Rules regarding the Amendment of Treaties*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. II, Oxford, OUP, 2011;
- SCHERMERS, H. G., BLOKKER, N. M., *International Organizations or Institutions, Voting Rules and Procedures*, in MPEPIL, 2006;
- SCHREUER, C. H., *What is a Legal Dispute?*, in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. WIT- TICH (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerard Hafner*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008;
- SCHWARZENBERG, G., *The Fundamental Principles of International Law*, 87 *Recueil des cours*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 1955;
- SCHWARZENBERG, G., *A Manual of International Law*, 5^a ed., London, Stevens & sons, 1967;
- SHEARER, I. A., *Starke's International Law*, Oxford, OUP, 2007;
- SINCLAIR, I., *Estoppel and Acquiescence*, in A. VAUGHAN LOWE, M. FITZMAURICE (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, CUP, 1996;
- SOREL, J. M., BORÉ EVENO, V., *Article 31: General Rule of Interpretation*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. I, Oxford, OUP, 2011;
- SØRENSEN, M., *La prescription en droit international*, 3 NTIR, 145, 170 (1932);
- SPERDUTI, G., *Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale*, 64 RDI, 3, 15 (1961);
- STEIN, T. L., *The Approach of a Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, 26 *Harvard Int'l L. J.*, 457, 482 (1985);
- SUY, E., *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962;
- SZUREK, S., *Article 11: Means of Expressing Consent to Be Bound by a Treaty*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. I, Oxford, OUP, 2011;
- TAMS, Ch., *Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S.

- OLLESON, (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010;
- TANZI, A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 6^a ed., Padova, CEDAM, 2019;
- THIRLWAY, H., *The Law and Procedure of the International Court of Justice. Fifty Years of Jurisprudence*, Vol. I, Oxford, OUP, 2013;
- THIRLWAY, H., *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014;
- TOMMASI DI VIGNANO, A., *La rinuncia in diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1960;
- TREVES, T., *Customary International Law*, in MPEPIL, 2006;
- TUNKIN, G., *Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law*, 49 *California L. Rev.*, 419, 430 (1961);
- VALLAT, F. *International Law and the Practitioner*, Manchester, Manchester University Press, 1966;
- VERYKIOS, P. A., *La prescription en droit international public*, Paris, Pedone, 1934;
- VERZIJL, J. H. W., *International Law in Historical Perspective*, Vol. VI, Leiden, A. W. Sijthoff, 1973;
- VILLIGER, M. E., *Customary International Law of Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1997;
- VILLIGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/ Boston, Brill-Nijhoff, 2009;
- WAELEBROECK, M., *L'acquiescement en droit des gens*, 44 RDI, 38, 53 (1961);
- WAGNER, M. L., *Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice*, 74 *California L. Rev.*, 1777, 1804 (1986);
- WALDOCK, H., *Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies*, 25 *British Y.B. Int'l L.*, 311, 353 (1948);
- WASS, J., *Jurisdiction by Estoppel and Acquiescence in International Courts and Tribunals*, 86 *British Y.B. Int'l L.*, 155, 195 (2017);
- WHEATON, H., *Elements of International Law*, Boston, Little Brown, 1866;
- WITENBERG, J. C., *L'estoppel: un aspect du problème des créances américaines*, 60 JDI, 529, 538 (1933);
- WOLFKE, K., *Custom in Present International Law*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993;

WOLFRUM, R., PICHON, J., *Consensus*, in MPEPIL, 2010;

WOUTERS, J., VERHOEVEN, S., *Desuetudo*, in MPEPIL, 2008;

WOUTERS, J., VERHOEVEN, S., *Prescription*, in MPEPIL, 2008;

ZEMANEK, K., *Unilateral Legal Acts Revisited*, in K. WELLENS (ed.), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, Dordrecht/ London/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

Giurisprudenza

Arbitral award between Portugal and the United Kingdom, regarding the dispute about sovereignty over the Island of Bulama, and over a part of the mainland opposite to it, 21 aprile 1870, UNRIAA, Vol. XXVIII p. 131;

Case of John H. Williams v. Venezuela, Decision of the Commissioner, Mr. Little, 1890, UNRIAA, Vol. XXIX, p. 279;

Case of Ann Eulogia García Cádiz (Loretta G. Barberie) v. Venezuela, Opinion of the Commissioner, Mr. Findlay, 1890, UNRIAA, Vol. XXIX, p. 293;

Award regarding the Boundary between the Colony of British Guiana and the United States of Venezuela, 3 ottobre 1899, UNRIAA, Vol. XXVIII, p. 331;

The Pious Fund of the Californias (The United States of America v. The United Mexican States), Award of the Tribunal, CPA, 14 ottobre 1902;

Irene Roberts Case, 1903-1905, UNRIAA, Vol. IX, p. 204;

Spader et al. Case, 1903-1905, UNRIAA, Vol. IX, p. 223;

Stevenson case (interlocutory), 1903, UNRIAA, Vol. IX, p. 385;

Gentini case (of a general nature), 1903, UNRIAA, Vol. X, p. 551;

Tagliaferro case (of a general nature), 1903, UNRIAA, Vol. X, p. 592;

Giacopini case (of a general nature), 1903, UNRIAA, Vol. X, p. 594;

The Alaska Boundary Case (Great Britain, United States), 20 ottobre 1903, UNRIAA, Vol. XV, p. 481;

The Guiana Boundary Case (Brazil, Great Britain), 6 giugno 1904, UNRIAA, Vol. XI, p. 11;

The Grisbådarna Case, Norway v. Sweden, Award of the Tribunal, CPA, 23 ottobre 1909, p. 1;

The Walfish Bay Boundary Case (Germany, Great Britain), 23 maggio 1911, UNRIAA, Vol. XI, p. 263;

The Chamizal Case (Mexico, United States), 15 giugno 1911, UNRIAA, Vol. XI, p. 309;

The Alsop Claim (Chile, United States), 5 luglio 1911, UNRIAA, Vol. XI, p. 349;

Russian Claim for Interest on Indemnities (Damaged Claim by Russia for Delay in Payment of Compensation Owed to Russian Injured During the War of 1877-1878), Award of the Tribunal, CPA, 11 novembre 1912;

Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica), 18 ottobre 1923, UNRIAA, Vol. I, p. 369;

The Mavrommatis Palestine Concessions, P.C.I.J., Collection of Judgments, Series A – No. 2, August 30th, 1924;

Cayuga Indians (Great Britain) v. United States, 22 gennaio 1926, UNRIAA, Vol. VI, p. 173;

Cornelia J. Pringle, et al. (Santa Isabel Claims) (U.S.A.) v. United Mexican States, 26 aprile 1926, UNRIAA, Vol. IV, p. 783;

George W. Cook (U.S.A.) v. United Mexican States, 3 giugno 1927, UNRIAA, Vol. IV, p. 213;

Case Concerning the Factory ad Chorzów (Claim for Indemnity) (Jurisdiction), P.C.I.J., Collection of Judgments, Series A. – No. 9, 26th July 1927;

The Case of the S.S. “Lotus”, P.C.I.J., Collection of Judgments, Series A. – No. 10, September 7th, 1927;

Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 aprile 1928, UNRIAA, Vol. II, p. 829;

Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, P.C.I.J., Collection of Judgments, Series A. – Nos. 20/21, 12 July 1929;

Shufeldt claim (Guatemala, USA), 14 luglio 1930, UNRIAA, Vol. II, p. 1079;

Affaire de l’île de Clipperton (Mexique contre France), 28 gennaio 1931, UNRIAA, Vol. II, p. 1105;

Honduras borders (Guatemala, Honduras), 23 gennaio 1933, UNRIAA, Vol. II, p. 1307;

Legal Status of Eastern Greenland, P.C.I.J., Series A/B., Judgment Orders and Advisory Opinions, Fascicule No. 53, April 5th, 1933;

D. ANZILOTTI, *Dissenting Opinion*;

Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, p. 4;

B. WINIARSKI, *Dissenting Opinion*;

Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 65;

Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 221;

Written Statements of the United States of America on Questions III and IV, 22 October 1949;

Written Statements of the Government of the United Kingdom, 11 January 1950;

J. E. READ, *Dissenting Opinion;*

Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266;

Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116;

Pleadings, Oral Arguments, Documents, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment of December 18th, 1951, Vol. IV;

A. ALVAREZ, *Separate Opinion;*

H. MO, *Separate Opinion;*

A. D. MCNAIR, *Dissenting Opinion;*

J. E. READ, *Dissenting Opinion;*

P. SPENDER, *Dissenting Opinion;*

Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15;

Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 71;

The Minquiers and Ecrehos case, Judgment of November 17th, 1953: I.C.J. Reports 1953, p. 47;

L. CARNEIRO, *Individual Opinion;*

The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 6 marzo 1956, UNRIAA, Vol. XII, p. 83;

Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France), 24/27 luglio 1956, UNRIAA, Vol. XII, p. 155;

Flegthenheimer Case – Decision No. 182, 20 settembre 1958, UNRIAA, Vol. XIV, p. 372;

Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land, Judgment of 20 June 1959: I.C.J. Reports 1959, p. 209;

H. LAUTERPACHT, *Declaration;*

E. ARMAND-UGON, *Dissenting Opinion;*

L. M. QUINTANA, *Dissenting Opinion*;

Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment of 18 November 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 192;

Reply submitted by the Government of the Republic of Honduras, 3 agosto 1959;

L. M. QUINTANA, *Declaration*;

P. SPENDER, *Separate Opinion*;

F. J. URRUTIA HOLGUÍN, *Dissenting Opinion*;

Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961: I.C.J. Reports 1961, p. 17;

Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 6;

R. J. ALFARO, *Separate Opinion*;

G. FITZMAURICE, *Separate Opinion*;

L. M. QUINTANA, *Dissenting Opinion*;

V. K. WELLINGTON KOO, *Dissenting Opinion*;

P. SPENDER, *Dissenting Opinion*;

South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 319;

Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France, 22 dicembre 1963, UNRIAA, Vol. XVI, p. 5;

Northern Cameroons, Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 15;

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964, p. 3;

Argentina-Chile Frontier Case, 9 dicembre 1966, UNRIAA, Vol. XVI, p. 109;

North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3;

F. AMMOUN, *Separate Opinion*;

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246;

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16;

F. DE CASTRO, *Separate Opinion*;

S. PETRÉN, *Separate Opinion*;

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 175;

F. DE CASTRO, *Separate Opinion*;

H. WALDOCK, *Separate Opinion*;

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253;

Ch. D. ONYEAMA, H. D. DILLARD, E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, H. WALDOCK, *Joint Dissenting Opinion*;

A. GROS, *Separate Opinion*;

S. PETRÉN, *Separate Opinion*;

F. DE CASTRO, *Dissenting Opinion*;

G. BARWICK, *Dissenting Opinion*;

Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, 18 febbraio 1977, UNRIIAA, Vol. XXI, p. 53;

Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 3;

F. DE CASTRO, *Dissenting Opinion*;

M. STASSINOPOULOS, *Dissenting Opinion*;

United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3;

Dubai-Sharjah Border Arbitration (1981), 91 ILR, 543;

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18;

R. AGO, *Separate Opinion*;

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392;

H. MOSLER, *Separate Opinion*;

S. ODA, *Separate Opinion*;

R. JENNINGS, *Separate Opinion*;

S. M. SCHWEBEL, *Dissenting Opinion*;

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14;

Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 554;

Case concerning the location of boundary markers between Egypt and Israel, 29 settembre 1988, UNRIAA, Vol. XX, p. 1;

Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988, p. 12;

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15;

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990, p. 92;

Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening), Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 351;

S. TORRES BERNÁNDEZ, *Separate Opinion*;

Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 240;

S. ODA, *Dissenting Opinion*;

Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayer, Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 38;

Ch. WEERAMANTRY, *Separate Opinion*;

Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6;

B. AJIBOLA, *Separate Opinion*;

Grand Chamber judgment on the question of just satisfaction in the Cyprus v. Turkey case, ECHR 131 (2014);

East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90;

Ch. WEERAMANTRY, *Dissenting Opinion*;

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 66;

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803;

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275;

Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), 9 ottobre 1998, UNRIAA, Vol. XXII, p. 209;

Kasikili/Sedudu Island (Botswana/ Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045;

Ch. WEERAMANTRY, *Dissenting Opinion*;

G. PARRA-ARANGUREN, *Dissenting Opinion*;

F. REZEK, *Dissenting Opinion*;

LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999, p. 9;

S. M. SCHWEBEL, *Separate Opinion*;

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Case No. ARB/98/4, Award, ICSID, 8 dicembre 2000;

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466;

T. BUERGENTHAL, *Dissenting Opinion*;

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 40;

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening) Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303;

Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 625;

Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia, 13 aprile 2002, UNRIAA, Vol. XXV, p. 83;

UNESCO Tax Regime (Tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France (France – UNESCO), 14 gennaio 2003, UNRIAA, Vol. XXV, p. 321;

EC – Chicken Cuts, Report of the Appellate Body, AB-2005-5, 12 settembre 2005;

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment I.C.J. Reports 2006, p. 6;

Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Product Ltd. v. United States of America, Order of the Consolidation Tribunal, UNCITRAL, 7 settembre 2005;

Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, 11 aprile 2006, UNRIAA, Vol. XXVII, p. 147;

Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al. v. United States of America, Decision on Objections to Jurisdiction, UNCITRAL, 20 luglio, 2006;

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43;

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 582;

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659;

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 832;

A. AL-KHASAWNEH, *Dissenting Opinion*;

B. SIMMA, *Declaration*;

R. ABRAHAM, *Separate Opinion*;

Ioanniss Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, Case No. ABR/05/18, Decision on Jurisdiction, ICSID, 6 luglio 2007;

Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 12;

R. RANJEVA, *Declaration*;

B. SIMMA, R. ABRAHAM, *Joint Dissenting Opinion*;

M. BENNOUNA, *Declaration*;

Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Case No. ARB/04/13, Award, ICSID, 6 novembre 2008;

Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213;

B. SEPÚLVEDA-AMOR, *Separate Opinion*;

Application of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70;

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99;

Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS Case N° 16, Judgment of 14th March 2012, p. 4;

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 624; Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 3;

Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 2016, p. 833;

The M/V “Norstar” Case (Panama v. Italy), ITLOS Case N° 25, Preliminary Objections, Judgment, 4th November of 2016;

T. M. NDIAYE, *Separate Opinion*;

A. LUCKY, *Separate Opinion*;

Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017, p. 3;

Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d’Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire), ITLOS Case N° 23, Judgment of 23rd September of 2017, p. 4;

Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2018, p. 507.

Documenti

Annuaire de l’Institut de Droit International, Vol. 32 (1925);

Statuto delle Nazioni Unite, San Francisco, 26 giugno 1945;

J. BRIERLY, *First Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/23), 1950;

H. LAUTERPACHT, *First Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/63), 1953;

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 3 settembre 1953;

G. FITZMAURICE, *First Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/101), 1956;

F. V. GARCÍA AMADOR, *Report on international responsibility* (UN Doc. A/CN.4/96), 1956;

G. FITZMAURICE, *Second Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/107), 1957;

F. V. GARCÍA AMADOR, *Third Report on international responsibility* (UN Doc. A/CN.4/111), 1958;

H. WALDOCK, *First Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/144), 1962;

H. WALDOCK, *Second Report on the law of the treaties* (UN Doc. A/CN.4/156), 1963;

H. WALDOCK, *Third Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/167), 1964;

H. WALDOCK, *Fourth Report in the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/177), 1965;

Convenzione di Washington per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, Washington, 18 marzo 1965;

H. WALDOCK, *Fifth Report on the law of treaties* (UN Doc. A/CN.4/183), 1966;

Yearbook of the International Law Commission, II (UN Doc. A/CN.4/SER.A), 1966;

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969;

Convenzione americana sui diritti umani, San José, 22 novembre 1969;

Regole della Corte internazionale di giustizia (14 aprile 1978);

Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, Montego Bay, 10 dicembre 1982;

W. RIPHAGEN, *Seventh Report on international responsibility* (UN Doc. A/CN.4/397), 1986;

North American Free Trade Agreement, Città del Messico, 17 dicembre 1992;

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (“*Dispute Settlement Understanding*”), Annex 2 of the *Agreement establishing The World Trade Organisation*, Marracash, 15 aprile 1994;

V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *First Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/486), 1998;

J. CRAWFORD, *Second Report on international responsibility* (UN Doc. A/CN.4/498), 1999;

V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Third Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/ 505), 2000;

J. CRAWFORD, *Third Report on State responsibility* (UN Doc. A/CN.4/507), 2000;

Progetto di Articoli sulla responsabilità dello Stato (UN Doc. A/56/10), 2001;

Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part. Two;

V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Fourth Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/519), 2001;

V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Fifth Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/525), 2002;

V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Sixth Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/534), 2003;

V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Seventh Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/542), 2004;

V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, *Eighth Report on unilateral acts of States* (UN Doc. A/CN.4/557), 2005;

Guiding Principles applicable to unilateral declaration of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto (UN Doc. A/61/10), 2006;

A. PELLET, *Twelfth Report on reservations to treaties* (UN Doc. A/CN.4/584), 2007;

G. NOLTE, *First Report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation* (UN Doc. A/CN.4/660), 2013;

M. WOOD, *Second Report on identification of customary international law* (UN Doc. A/CN.4/672), 2014;

G. NOLTE, *Second Report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation* (UN Doc. A/CN.4/671), 2014;

M. WOOD, *Third Report on identification of customary international law* (UN Doc. A/CN.4/682), 2015;

G. NOLTE, *Third Report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation* (UN Doc. A/CN.4/683), 2015;

G. NOLTE, *Fourth Report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation* (UN Doc. A/CN.4/694), 2016.

Sinossi

Il silenzio quale fatto giuridico costituisce una condotta passiva che, adottata da un soggetto giuridico in particolari circostanze, produce determinati effetti giuridici. Tra i fatti giuridici internazionali si annovera il silenzio degli Stati. Esso, in conformità alle categorie di teoria del diritto, sarà classificabile come un atto giuridico quando volontario o intenzionale, ovvero come un fatto giuridico *stricto sensu* quando, seppur involontario perché inconsapevole, produrrà comunque effetti giuridici. La presente tesi si propone di approfondire e razionalizzare il valore giuridico del silenzio degli Stati sulla base di questa distinzione.

La tesi è divisa in cinque Capitoli. Il Capitolo I analizza il silenzio quale atto giuridico nel diritto internazionale. Esso si traduce nel fenomeno dell'acquiescenza. Si esporranno le diverse concezioni dell'acquiescenza elaborate in dottrina e si fornirà una valutazione sulla natura giuridica e i limiti della stessa.

I Capitoli II, III e IV descrivono nel dettaglio gli istituti di diritto internazionale in cui l'acquiescenza gioca un ruolo di rilievo nella produzione di effetti giuridici. Il Capitolo II è dedicato all'istituto della prescrizione acquisitiva, mentre il Capitolo III esamina come il silenzio degli Stati influisce nella formazione, sviluppo, interpretazione ed estinzione delle fonti principali dell'ordinamento internazionale, vale a dire la consuetudine e i trattati. Il Capitolo IV affronta gli ulteriori ambiti di applicazione dell'acquiescenza, tra cui la nascita di una controversia, l'istituzione della giurisdizione di corti e tribunali internazionali, la rinuncia a far valere la responsabilità internazionale di uno Stato, i meccanismi di adozione delle decisioni all'interno delle organizzazioni internazionali e la procedura di *opting out*.

Il Capitolo V tratta infine il silenzio degli Stati quale fatto giuridico *stricto sensu*. A differenza del silenzio quale atto giuridico, esso non integra una condotta qualificata alla quale l'ordinamento riconduce la produzione di effetti giuridici, ma uno di quei segmenti che compongono un istituto di diritto internazionale. Il diritto internazionale conosce almeno due istituti che, nella produzione dei propri effetti giuridici, contemplano l'esistenza di un silenzio involontario: l'*estoppel by silence* e la prescrizione estintiva.

In conclusione, la tesi traccia alcune considerazioni sull'importanza che il silenzio degli Stati riveste nel diritto internazionale. L'obiettivo è di formulare una teoria generale su un fenomeno che, per quanto connaturato alle dinamiche dell'ordinamento internazionale, troppo spesso viene trascurato o, comunque, studiato in dottrina prediligendo un approccio prettamente settoriale e, in questo senso, del tutto inadeguato.