

SIDI  
Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea

## *Pubblicazioni*

### *Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea*

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno – Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarto centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno – Roma 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata* (XIV Convegno – Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali* (XV Convegno – Bologna 2010), Napoli, 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale* (XVI Convegno – Catania 2011) Napoli, 2012
17. *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole* (XVII Convegno – Genova 2012), Napoli, 2013
18. *Diritto internazionale e pluralità delle culture* (XVIII Convegno – Napoli 2013), Napoli, 2014
19. *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche* (XIX Convegno – Cormayeur 2014), Napoli, 2015
20. *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (XX Convegno – Macerata 2015), Napoli, 2016
21. *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari* (XXI Convegno – Parma 2016), Napoli, 2017
22. *Migrazioni e Diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?* (XXII Convegno – Trento 2017), Napoli, 2018
23. *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea* (XXIII Convegno – Ferrara 2018), Napoli, 2019

SIDI  
Società Italiana di Diritto Internazionale  
e di Diritto dell'Unione Europea

**LA CODIFICAZIONE NELL'ORDINAMENTO  
INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA**  
**CODIFICATION IN INTERNATIONAL  
AND EUROPEAN UNION LAW**

*XXIII Convegno / XXIII Annual Conference*  
Ferrara  
6-8 giugno 2018

a cura di/edited by  
A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno

EDITORIALE SCIENTIFICA

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright maggio 2019

Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISBN 978-88-9391-561-8

## INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	9
PASQUALE DE SENA	

<i>Indice delle principali abbreviazioni</i>	11
----------------------------------------------	----

### **PARTE I** **Introduzione**

UGO VILLANI	
Obiettivi e strumenti di codificazione nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea	15
FRANCESCO SALERNO	
Idee e significati della codificazione	31
FLORIAN HEINDLER	
Conceptual approaches to the codification of international law	59

### **PARTE II** **Il ruolo dell'organizzazione internazionale nella codificazione**

LORENZO GRADONI	
Organizzazione internazionale, codificazione e cognizione del diritto non scritto	79
MICAELA FRULLI	
Le Nazioni Unite e la codificazione del diritto internazionale penale	111
ILARIA ESPA	
La codificazione nel sistema OMC	143

HANS VAN LOON	
The role of international organisations regarding the codification of private international law	163
LIDIA SANDRINI	
Protagonisti e modelli di una ricodificazione del diritto materiale uniforme	183
ENNIO TRIGGIANI	
La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza	227

### PARTE III

#### Gli strumenti della codificazione

SANTIAGO VILLALPANDO	
Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell'età della codificazione <i>light</i>	259
ANTONIO LEANDRO	
La codificazione del diritto internazionale privato fra strumenti internazionalistici e diritto dell'Unione europea	279
PAOLA MORI	
Gli strumenti della codificazione nel diritto dell'Unione europea	301
RICCARDO PAVONI	
I trattati di codificazione nell'ordinamento degli Stati e dell'Unione europea	331
LUIGI CREMA	
La Commissione del diritto internazionale e i suoi metodi di codificazione al tempo del diritto internazionale "debole"	369

**PARTE IV**  
**Coordinamento fra diversi strumenti di codificazione**

FRANCESCO FRANCONI	
Introduzione	389
LUCAS CARLOS LIMA	
Regionalism in the codification of international law: the experience of the Inter-American Juridical Committee	393
MARCO LONGOBARDO	
Il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati e le convenzioni di diritto internazionale umanitario	407
MARIA FONT-MAS	
The EU language regime: problems with vertical consistency and matching across languages in European private interna- tional law regulations	435
BERNARDO CORTESE	
Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codifi- cazione tra autonomia, autoipotesi e <i>international collaborative</i> <i>law</i>	457
NICOLE LAZZERINI	
Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel <i>law-making</i> europeo: codificazione e innovazione nella deter- minazione del livello di tutela	507

**PARTE V**  
**Codificazione e giurisprudenza**

IRINI PAPANICOLOPULU	
Giudici e codificazione del – e nel – diritto del mare	527
ADELINA ADINOLFI	
La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati	553

LEONARDO BORLINI

Il controllo internazionale tra standardizzazione, coordinamento e “contaminazione” 591

**APPENDICE**

*Organi direttivi della SIDI* 627

# ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE, CODIFICAZIONE E COGNIZIONE DEL DIRITTO NON SCRITTO

Lorenzo GRADONI\*

SOMMARIO: 1. Autorità assente, verità precarie. – 2. Stratagemma della consuetudine. – 3. Lo scettro della codificazione. – 4. *Hybris*. – 5. Epilogo.

## 1. Autorità assente, verità precarie

Il 21 maggio 1945, intorno alle ore 20.43, la Commissione II/2 della Conferenza delle Nazioni Unite sull'organizzazione internazionale decise a larga maggioranza di affidare all'Assemblea generale il compito di promuovere la codificazione del diritto internazionale. Nel corso della stessa seduta, l'organo si pronunciò quasi unanime contro l'attribuzione, alla stessa Assemblea, di un potere normativo generale da spartire con il Consiglio di sicurezza<sup>1</sup>.

Questa duplice determinazione confermava la tendenza, emersa nel periodo tra le due guerre mondiali, a iscrivere la codificazione del diritto internazionale in uno spazio istituzionale privo di legislatore<sup>2</sup>. In questo

\* Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law.

<sup>1</sup> United Nations Conference on International Organization, *Documents*, vol. 9, p. 69 s. Il "quesito 3" era così formulato: "Should the Assembly be authorized to enact rules of international law which should become binding upon members after such rules shall have been approved by the Security Council?"

<sup>2</sup> Sottolinea questo aspetto, tra gli altri, CASTRÉN, *La codification du droit international*, in *ILA Conference Reports*, 1966, p. 11 ss., p. 12. Come scriveva TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 9 s., "[l]e tecniche e le ideologie della codificazione" sono espressione "dell'incontro del fenomeno istituzionale costituito dall'accentramento del potere legislativo e amministrativo, con il fenomeno culturale costituito dalla raffigurazione dell'organizzazione politica come organizzazione legale". Nella sfera internazionale solo il secondo elemento è inequivocabilmente presente. È forse soprattutto con il cenno alla codificazione infine inserito nella Carta delle Nazioni Unite che si scongiurò l'apparente oblio del diritto internazionale da parte delle grandi potenze al termine del secondo conflitto mondiale (cfr. KELSEN, *The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals*, in *AJIL*, 1945, p. 45 ss., p. 46). Si potrebbe pensare che per il diritto internazionale, come per il diritto ebraico, un altro diritto senza Stato, la codificazione sia stata elemento-chiave di una strategia di so-

spazio, che è quello dell'organizzazione internazionale universale a scopo generale, la cui vicenda storica si apre con la fondazione della Società delle Nazioni, teoria e prassi della codificazione instaurano un rapporto privilegiato con la cognizione del diritto non scritto. A noi questo connubio sembra naturale: cos'altro potrebbe significare "codificare", se non esprimere il diritto consuetudinario in forma scritta? Si tratta invece di una peculiarità che, oltre a distinguere il diritto internazionale da altri ambiti dell'esperienza giuridica moderna, comincia a prendere forma in tempi abbastanza recenti.

Nel 1947 Gilbert Gidel confessò ai colleghi dell'Institut de Droit international di ritenere l'art. 13 della Carta delle Nazioni Unite illogico perché anteponeva lo sviluppo progressivo alla codificazione<sup>3</sup>. Se leggere la formula al contrario è ormai una vecchia abitudine – codificazione, *sed etiam* sviluppo progressivo – all'epoca i significati avevano appena cominciato a mutare. Nei primi anni Trenta, James Brierly considerava la codificazione uno strumento per promuovere lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e non il migliore<sup>4</sup>. "La codification, c'est la philosophie de la volition créatrice et du plan réfléchi se substituant à la philosophie de l'évolution par modifications partielles et successives"<sup>5</sup>, scriveva Émile Boutmy, in sintonia con l'anticodificazionismo diffuso tra i giuristi anglosassoni. Codificazione era sinonimo di innovazione radicale, rischiosa. L'incedere progressivo della giurisprudenza ne era l'antitesi.

Invertendo la formula, si invertirono anche i significati. E fu così che la codificazione, da idolo polemico del *common lawyer*, si tramutò – come si legge in un testo pubblicato nel 1951 dall'Accademia delle scienze sovietica – in strumento di legittimazione dell'imperialismo anglo-americano<sup>6</sup>. L'arrocco convenzionale dei sovietici, ossia la loro pretesa di pattuire il diritto generale, fu una reazione all'idea, cara all'avversario, secondo cui vi era un diritto internazionale oggettivo, non scritto, in attesa di essere scientificamente ricostruito. Quest'idea, però, è emersa prima dell'inizio della Guerra Fredda – come vedremo, risale ai tardi anni Venti del secolo scorso – ed è il frutto di un dramma storico

praxivivenza: cfr. SCIALOM, *Anthologie de droit hébraïque: sources et codification*, Paris, 2017, p. 88.

<sup>3</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1947, p. 246.

<sup>4</sup> BRIERLY, *The Future of Codification*, in *British Yearbook of International Law*, 1931, p. 1 ss., p. 2.

<sup>5</sup> Cit. da OPPETIT, *De la codification*, in BEIGNIER (sous la direction de), *La codification*, Paris, 1996, p. 7 ss., p. 17.

<sup>6</sup> ROSENNE, *The International Law Commission, 1949-59*, in *British Yearbook of International Law*, 1960, p. 104 ss., p. 155.

più persistente: quello della legislazione internazionale, o meglio, del suo mancato avvento. Il nesso è tuttavia più intricato di quanto si possa pensare.

In mancanza di un legislatore universale, di un organo in grado di imporre il codice, che è per definizione norma valida per tutti, è naturale che si assegni un ruolo-chiave alla conoscenza di un diritto generale preesistente che, in quanto tale, necessita solo di essere trascritto. La codificazione del diritto internazionale sembra dunque nascere nel segno della *veritas*, più che in quello dell'*auctoritas*. Se, per ipotesi, l'*auctoritas* risiede nella comunità degli Stati, sta di fatto che non potrebbe esprimersi mediante legge. L'esistenza di norme generali, né poste né ponibili, è dunque presupposta, assieme alla loro conoscibilità. E poiché a conoscere è il dotto, si capisce perché sul fronte della codificazione, in prima linea, c'è sempre stata – e resiste – la dottrina, con o senza crismi di ufficialità, tra *sociétés savantes*, come l'Institut de Droit international, singoli studiosi – da Jeremy Bentham ad Alejandro Alvarez – e organi internazionali di esperti indipendenti come la Commissione del diritto internazionale. Qual è l'oggetto di questa conoscenza?

A noi sembra ovvio che l'attività conoscitiva funzionale ai processi di codificazione abbia a oggetto la consuetudine o altre forme di diritto non scritto che si prestano a constatazioni di fatto. È ritenuta ormai fuori luogo l'idea, che era invece dominante nell'epoca d'oro della codificazione, secondo cui la verità è da ricercare nella ragione e non nel confuso dominio dell'empiria. Singolare destino quello del diritto internazionale: contro il particolarismo giuridico (l'intricato reticolo di promesse e patti) dispiega la consuetudine, proprio la fonte che, nella storia delle codificazioni moderne, di quel particolarismo è sempre stata considerata il ricettacolo. “The customary law will thus be destroyed indeed: but how?”, si chiedeva Bentham, alludendo all'esito finale del processo di codificazione. Rispondeva: “As the old king in the fable by the pious care of his children was destroyed: by changing a life of decrepitude and deformity into a life of strength and beauty”<sup>7</sup>.

Con buona pace di Bentham, nel diritto internazionale la consuetudine perpetua il suo regno nel cuore stesso del processo di codificazione. A tal punto, che una norma codificata incrementa il proprio valore giuridico (di per sé potrebbe non averne alcuno) se rispecchia una norma consuetudinaria, la quale, come si sa, può “cristallizzarsi” anche durante o dopo il processo di codificazione ed eventualmente per sua causa. Come ha scritto Manuel Diez de Velasco, “la codification du Droit des gens

<sup>7</sup> BENTHAM, *Of Laws in General*, London, 1970, p. 236.

peut se représenter comme une succession de cycles dont chacun a dans le *ius non scriptum* à la fois son point de départ et son dénouement”<sup>8</sup>.

Non si potrebbe essere più lontani dal principale caposaldo delle codificazioni illuministiche, quello per cui il codice abroga il diritto non scritto o comunque ne vieta l’uso a fini integrativi, poiché “la legge deve essere espressione di una ragione che i diritti storici non esprimevano”<sup>9</sup>.

“La codification”, scriveva Jean Carbonnier, “est plus qu’un multiple de la loi: il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu’un espoir d’arrêter le cours de l’histoire”<sup>10</sup>. Nell’ordinamento internazionale, che dello strumento della legge è privo, l’anello consuetudine-codificazione-consuetudine sembra infrangibile ed è persino rinforzato – altra circostanza peculiare – dall’egemonia del positivismo giuridico, *nonostante* l’estraneità della consuetudine al diritto posto. La teoria positivistica del diritto, del resto, estende il suo dominio oltre la sfera dello *ius positum*, sino a includervi tutto il diritto la cui esistenza è *ritenuta* empiricamente verificabile, requisito che la consuetudine internazionale sembrerebbe soddisfare.

Gli studiosi di diritto internazionale sanno bene a quali incertezze dà luogo la rilevazione del diritto consuetudinario; nondimeno, tengono ferma l’idea che procedere all’*accertamento* della consuetudine è un’operazione sensata. Né potrebbe essere altrimenti, poiché la verificabilità empirica è parte integrante del concetto di consuetudine. Non è, essa stessa, un fatto che si possa smentire. È una regola del gioco linguistico<sup>11</sup>. Il problema è che questa regola coesiste *in tensione* con un precetto di pari forza – anch’esso, cioè, appartenente alla grammatica del gioco linguistico – il quale esclude la possibilità finanche di concepire un protocollo di accertamento della consuetudine, ossia di uno o più criteri oggettivi di verifica la cui applicazione produrrebbe risultati tenden-

<sup>8</sup> DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Législation et codification dans le droit international actuel*, in *Le droit international à l’heure de sa codification. Études en l’honneur de Roberto Ago*, Milano, 1987, p. 247 ss., p. 259.

<sup>9</sup> TARELLO, *op. cit.*, p. 37. Cfr. BOS, *Aspects phénoménologiques de la codification du droit international public*, in *Le droit international à l’heure de sa codification*, cit., vol. I, p. 141 ss., p. 145, il quale riferendosi alla peculiare posizione del “codificateur du droit international”, commette un anacronismo quando afferma che “[t]oute intention d’abrogation du droit international coutumier [...] lui a été étrangère”, e che il suo compito “en est d’autant plus lourde et le terme même de codification prend un sens très différent de celui qu’il revêt dans le milieu national”. Si veda, per esempio, NYS, *The Codification of International Law*, in *AJIL*, 1911, p. 871 ss., p. 876, il quale prospetta piuttosto la “substitution of international custom by a written international law”.

<sup>10</sup> CARBONNIER, *Droit civil: introduction*<sup>22</sup>, Paris, 1994, p. 199.

<sup>11</sup> HAMILTON, *Wittgenstein and On Certainty*, London, 2014, p. 6.

zialmente incontrovertibili. Se tali criteri di riconoscimento esistessero, infatti, allora *parleremmo* di un altro tipo di fonte. Nel concetto di consuetudine, dunque, verificabilità empirica e impossibilità di verifica coesistono.

L'incertezza connaturata al gioco linguistico della consuetudine rende tuttavia precaria la collocazione del processo di codificazione nel quadrante della *veritas* (che, come si è detto, dipende strutturalmente dall'assenza di un'autorità legislativa) e tende ad attrarlo verso il polo dialettico opposto, quello dell'*auctoritas*. Questa indecisione tra pretese di autosufficienza scientifica e arroccamenti presso un'autorità è esemplificata con rara efficacia dal memorandum che nel 1947 il Segretariato delle Nazioni Unite mise a disposizione del cosiddetto Comitato dei Diciassette, un organo intergovernativo *ad hoc* cui si deve la proposta di istituire la Commissione del diritto internazionale<sup>12</sup>. Alla codificazione mediante trattato il Segretariato preferiva i *restatements*, il cui valore dipende "entirely on [...] scientific merit". La loro pubblicazione "under the imprimatur of the United Nations" ne avrebbe senza dubbio aumentato l'impatto presso "statesmen and judges", senza nulla togliere al loro "intrinsic value" e fermo restando che "[t]heir authority will be increased if they are adopted by resolutions of the General Assembly"<sup>13</sup>. Nello spazio di poche righe il pendolo dell'argomentazione oscilla due volte tra *veritas* e *auctoritas*, come se nessuno dei due poli dialettici fosse capace di attrarre stabilmente il discorso sulla codificazione. Entrambe deboli e imperfette, la verità del diritto non scritto e l'autorità dell'organizzazione internazionale appaiono, in questo contesto, bisognose di mutuo sostegno.

A settant'anni dall'inaugurazione della Commissione, l'organizzazione internazionale è ormai percepita come sede naturale del processo di codificazione. Di una "vocation naturelle à la codification du droit international" scriveva già nel 1926 Charles De Visscher, riferendosi alla Società delle Nazioni, ente che, a suo avviso, realizzava tra i suoi Membri "une communauté juridique qui ne trouvera son épanouissement que dans le développement progressif du droit international"<sup>14</sup>. Il pronostico di De Visscher sottendeva un'analogia tra organizzazione internazionale

<sup>12</sup> Si tratta del Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, sul quale v. ROSENNE, *The International Law Commission*, cit., p. 112 ss.

<sup>13</sup> *Methods for Encouraging the Progressive Development of International Law and its Eventual Codification*, in *AJIL*, 1947, Suppl., p. 111 ss., p. 116.

<sup>14</sup> DE VISSCHER, *La codification du droit international*, in *Collected Courses*, 1925, vol. 6, p. 325 ss., p. 329 s.

e Stato: se l'accentramento del potere nelle mani dello Stato aveva reso possibile la codificazione su scala nazionale, la fondazione della Società delle Nazioni suggeriva che la solidarietà tra Stati poteva offrire sostegno a un processo di codificazione altrettanto incisivo a livello internazionale<sup>15</sup>. Quella di De Visscher era, però, un'opinione minoritaria.

L'incontro tra organizzazione internazionale universale e codificazione era avvenuto in un'atmosfera di diffidenza reciproca che, prevalente nell'immediato dopoguerra e aggravata dal catastrofico esito della Conferenza di codificazione promossa dalla Società delle Nazioni, comincerà a diradarsi solo dopo la seconda guerra mondiale. Nel 1920 l'Assemblea della Società aveva respinto la proposta, formulata dal Comitato consultivo di giuristi, di convocare una "Conference for the advancement of International Law"<sup>16</sup>. Si temeva che l'iniziativa evidenziasse il persistere di gravi conflitti tra gli Stati<sup>17</sup>. Poiché la Società aveva in seguito "conquis des titres à l'activité législative internationale"<sup>18</sup>, le ragioni della cautela – insisteva De Visscher – erano venute meno. Questa era, del resto, l'opinione espressa dall'Assemblea stessa nel 1924: "the experience of five years has demonstrated the valuable services which the League of Nations can render towards rapidly meeting the legislative needs of international relations"<sup>19</sup>. Se è vero che le iniziative di codificazione potevano giovare del sostegno politico-amministrativo della Società, è altrettanto vero che quest'ultima, ente ancora bisognoso di dimostrare il proprio peso politico e morale, fu in qualche modo costretta ad assumere la guida del processo di codificazione, nonostante lo scetticismo prevalente nei circoli diplomatici<sup>20</sup>.

La diffidenza della dottrina nei confronti dell'organizzazione internazionale era persino più intensa ed era alimentata dal sospetto che il nuovo ente non fosse distinguibile dai tradizionali consessi diplomatici, ritenuti dai dotti poco propizi all'assunzione di atteggiamenti imparziali,

<sup>15</sup> Ivi, p. 378. Secondo KEENE, *The Treaty-Making Revolution of the Nineteenth Century*, in *International History Review*, 2012, p. 475 ss., p. 496, esiste un nesso tra l'ideologia della codificazione sviluppatasi in ambito nazionale e il ricorso sempre più frequente, a partire dall'Ottocento, al trattato come strumento di disciplina delle relazioni internazionali.

<sup>16</sup> Cfr. *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, in *AJIL*, 1947, Suppl., p. 29 ss., p. 102 s.

<sup>17</sup> DHOKALIA, *The Codification of Public International Law*, Manchester-Dobbs Ferry, 1970, p. 116.

<sup>18</sup> DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 333.

<sup>19</sup> *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 103.

<sup>20</sup> V., ad es., RODGERS, *What Parts of International Law May Be Codified?*, in *AJIL*, 1926, p. 457 ss.; v. anche oltre, note 56-57 e testo corrispondente.

alla tutela dell'interesse generale e al sereno esercizio di speciali competenze. Con la Società delle Nazioni trionfava l'idea federale – come pensava, tra gli altri, Louis Le Fur<sup>21</sup> – oppure aveva ragione Roberto Ago nel ritenere che quelli che apparivano come “l'organo legislativo e l'esecutivo di una grande entità superstatuale, non erano in realtà che delle vere e proprie conferenze diplomatiche, una generale ed una più ristretta”<sup>22</sup>? Il legislatore, tradizionale interlocutore dei fautori della codificazione, era senza dubbio ancora assente.

Nella sfera del diritto internazionale la codificazione disegna una traiettoria speculare rispetto a quella generalmente seguita in sede interna. Qui, il sovrano dapprima promuove la redazione di consuetudini locali e del regno per poi abbracciare una metodologia compiutamente razionalista<sup>23</sup>; là, circola dapprima l'idea di un codice completo e definitivo, proiezione quasi automatica di elaborazioni culturali compiute all'ombra dello Stato, dopodiché si ripiega sulla consuetudine<sup>24</sup>. Solo che, mentre lo Stato pre-illuminista organizza l'accertamento e la convalida del diritto non scritto affidandoli a un complesso di autorità locali e centrali gerarchicamente ordinato<sup>25</sup>, il diritto internazionale non riesce a produrre un'analoga strutturazione dell'autorità, per cui in esso diviene centrale, almeno ideologicamente, il confronto diretto con i dati dell'esperienza – un'esperienza non elementare – e prospera, quindi, una retorica dell'*expertise*<sup>26</sup>. L'emersione di questo modo di concepire la consuetudine non può essere datata con assoluta precisione. È certo, tuttavia, che nei tardi anni Venti del secolo scorso erano ancora rari gli internazionalisti che “adoravano la divinità del diritto non scritto”, per riprendere un'espressione di Bentham<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> LE FUR, *Fédéralisme et Union européenne*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1942-1943, p. 12 ss., p. 12.

<sup>22</sup> AGO, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*, in *Comunità internazionale*, 1946, p. 5 ss., p. 7.

<sup>23</sup> Cfr. GAZZANIGA, *Le code avant le code*, in BEIGNIER, *op. cit.*, p. 21 ss.; FILHOL, *La rédaction des coutumes en France au XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles*, in GILISSEN (sous la direction de), *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles, 1962, p. 63 ss., p. 78.

<sup>24</sup> Sulle iniziative individuali di matrice illuminista v. DEGAN, *L'affirmation des principes du droit naturel par la révolution française: le Projet de Déclaration du Droit des Gens de l'abbé Grégoire*, in *Annuaire français de droit international*, 1989, p. 99 ss.; NYS, *op. cit.*, pp. 884, 898; DHOKALIA, *op. cit.*, p. 37 ss.

<sup>25</sup> GAZZANIGA, *Rédaction des coutumes et codification*, in *Droits*, 1997, p. 73 ss.

<sup>26</sup> GRADONI, *Un-procedural Customary Law*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2019 (in corso di pubblicazione).

<sup>27</sup> La frase, citata in NYS, *op. cit.*, p. 880, compare in una lettera risalente al 1820 e indirizzata al letterato e politico spagnolo José Joaquín de Mora.

## 2. Stratagemma della consuetudine

“Voi non avete codificato, bensì distrutto il diritto internazionale”<sup>28</sup>. Alejandro Alvarez riferì di aver udito un illustre collega pronunciare queste parole a margine della Conferenza di codificazione indetta dalla Società delle Nazioni. I promotori della Conferenza erano stati messi in guardia.

Il 16 ottobre 1929, pochi giorni prima del Martedì Nero e in un luogo non troppo lontano dal New York Stock Exchange, l'Institut de Droit international aveva approvato, con il decisivo concorso di Alvarez, una “Déclaration relative à la codification du droit international”. Il testo accoglieva con malcelato sospetto l'incipiente impegno dell'organizzazione internazionale sul terreno della codificazione del diritto delle genti (espressione allora in auge tra i membri dell'Institut)<sup>29</sup>. Nella “Déclaration”, in effetti, le assicurazioni di “sympathie” rivolte alla Società delle Nazioni non attutiscono il senso di pericolo e di scandalo provocato da ciò che i membri dell'Institut percepivano come un'usurpazione ai danni della scienza. “L'œuvre de codification ne peut être réalisée” – ammoniva l'Institut – “que si la détermination [d]es règles est tout d'abord entreprise par des organismes scientifiques”, cioè preceduta da una “préparation scientifique indépendante, elle-même appuyée sur l'observation, la jurisprudence et la doctrine”<sup>30</sup>. Solo questo procedimento avrebbe garantito che le scelte compiute in sede di codificazione sarebbero state determinate, non “par des considérations d'intérêt politique, mais par le sentiment de la maturité juridique des règles à la suite du progrès de la doctrine et la jurisprudence”<sup>31</sup>. La codificazione, secondo l'Institut, doveva ispirarsi ai “principes fondamentaux du Droit des Gens tels qu'ils se dégagent des conditions de la vie contemporaine et du progrès de l'esprit international”<sup>32</sup>. A questi antenati, non così remoti, era estranea l'idea secondo cui la codificazione deve passare per i meandri della consuetudine.

Offerte le dovute precisazioni sul metodo, l'Institut si proponeva di passare all'azione, lungo due direttrici. Occorreva anzitutto aggiornare e riordinare in un testo unico, “pour former un code”, i “projets fragmentaires” sin lì realizzati, per poi sottoporlo all'attenzione dei governi. In

<sup>28</sup> ALVAREZ, *Impressions Left by the First Hague Conference for the Codification of International Law*, in *Transactions of the Grotius Society*, 1930, p. 119 ss., p. 120.

<sup>29</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1929, vol. II, p. 312 ss.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 313.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

secondo luogo, l'Institut, preso atto della circostanza che gli Stati "entreprennent la grande œuvre de la codification" (difficile non avvertire qui una punta di sarcasmo), si proponeva di stabilire un indice di tutte le materie da includervi, "suivant l'état actuel de la science"<sup>33</sup>. Insomma, l'opera di codificazione era già in sostanza compiuta. Le organizzazioni internazionali giungevano in ritardo. Il loro zelo neofita, però, rischiava di far apparire inadeguata l'opera dell'Institut, per cui era ormai improcrastinabile l'edizione di "un corps de règles, sous des principes déterminés"<sup>34</sup>. D'altro canto, l'Institut doveva intervenire per guidare l'iniziativa dei governi e scandirne i tempi, nella sua veste di interprete privilegiato dello "stato attuale della scienza".

La "Déclaration" reca l'inconfondibile impronta di Alvarez. Poco prima della sua adozione, egli, in qualità di *rapporteur*, aveva preso la parola davanti alla prima commissione dell'Institut per difendere un'idea radicale di codificazione, di matrice illuministica, non priva di connotazioni palingenetiche (alimentate dalla memoria della guerra) e quanto mai lontana dall'attuale culto della consuetudine<sup>35</sup>. Il dibattito tra i membri quasi tutti europei della commissione – raccontò Alvarez – era già cominciato a bordo del transatlantico. La convinzione che fosse necessario "reconstruire le Droit international", motivo a lui caro, aveva profondamente scosso non pochi compagni di viaggio, i quali gli avevano fatto notare "que la reconstruction suppose une dévastation, une destruction, la ruine d'un territoire, d'une maison", mentre a loro avviso il diritto internazionale non era così malridotto<sup>36</sup>. L'idea secondo cui l'edificio del diritto internazionale può resistere anche al più grave dei conflitti, come vedremo, prenderà la sua rivincita dopo la seconda guerra mondiale. All'epoca, il radicalismo di Alvarez poteva ancora prevalere dentro un'istituzione conservatrice come l'Institut: "il faut enfin déterminer les bases fondamentales du Droit international: ce qui à trait aux sources de ce Droit, à son interprétation, etc."<sup>37</sup>. Per il giurista sudamericano, codificare non significava per nulla trascrivere la consuetudine bensì, anzitutto, stabilire come collocarla nel sistema delle fonti.

L'idea che ci si dovesse limitare a redigere il diritto vigente, in nome di un conservatorismo che egli imputava soprattutto alla cultura giu-

<sup>33</sup> Ivi, p. 314.

<sup>34</sup> Ivi, p. 313.

<sup>35</sup> *La codification du droit international, rapport de M. Alvarez*, in *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1929, vol. I, p. 1 ss., p. 12: "la période actuelle est favorable pour procéder à cette œuvre car l'expérience enseigne que c'est après les grands cataclysmes sociaux que l'on procède à des réformes hardies".

<sup>36</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1929, vol. II, p. 274.

<sup>37</sup> Ivi, p. 274 s.

ridica anglosassone, era per Alvarez inaccettabile<sup>38</sup>. La dottrina – e l’Institut in testa – doveva ripartire non da vecchie prassi inerti ma dalla fondazione di una “nouvelle science, qu’on pourrait appeler ‘science des rapports internationaux’”, ricca di apporti che noi oggi chiameremmo interdisciplinari<sup>39</sup>. Intonando un involontario canto del cigno della *scientia iuris*, Alvarez invitava l’Institut, “grande autorité mondiale pour tout ce qui concerne le Droit des Gens”, a promuovere una federazione di tutte le *sociétés savantes*, una concentrazione massima del potere della scienza il cui scopo sarebbe stato realizzare “cette grande œuvre de la reconstruction et de la codification [...] en relativement peu de temps”<sup>40</sup>.

Non tutti i membri dell’Institut condividevano l’entusiasmo di Alvarez per la codificazione.

Albert de Geouffre de La Pradelle, che con Alvarez condivise il ruolo di *rapporteur*, era convinto che, stante l’assenza di un legislatore internazionale, “le progrès du droit des gens” dovesse essere cercato “moins par la codification que par l’arbitrage”<sup>41</sup>. Anch’egli tuttavia pensava che, sul piano internazionale, l’*officium* della codificazione spettasse a un consesso scientifico, possibilmente unico, ancorché incapace di imporre le sue determinazioni: “le codificateur international ne peut ordonner, mais persuader”<sup>42</sup>. Il diritto avrebbe soggiogato la politica, non attraverso uno scontro frontale dagli esiti alquanto incerti, bensì grazie a una manovra a tenaglia, lenta ma inesorabile: da un lato l’azione della giurisprudenza arbitrale; dall’altro i consigli di “une assemblée scientifique, qui décide à la majorité” e che può, pertanto, “aller plus vite et plus loin qu’une réunion d’Etats qui ne se lient tous qu’à l’unanimité”<sup>43</sup>.

Proprio De La Pradelle aveva chiesto di enfatizzare la distinzione tra “unanimité, loi des assemblée diplomatiques” e “majorité, loi des corps scientifiques”<sup>44</sup>; idea per la verità singolare, se non altro perché, come Jules Basdevant fece notare, lasciava intendere “que ce qui est adopté par la majorité des membres d’une organisation scientifique a force de vérité”<sup>45</sup>. Nella psicologia di alcuni membri dell’Institut gli uomini di scienza erano inclini al dialogo e disposti ad accettare l’opinione altrui, se sorretta da una maggioranza, mentre i rappresentanti degli Stati si dedicavano all’ostruzionismo con il pretesto del principio di unanimità. Gli

<sup>38</sup> *La codification du droit international, rapport de M. Alvarez*, cit., p. 13.

<sup>39</sup> Ivi, pp. 19, 153.

<sup>40</sup> Ivi, p. 154.

<sup>41</sup> *Annuaire de l’Institut de Droit international*, 1929, vol. II, p. 276.

<sup>42</sup> Ivi, p. 276.

<sup>43</sup> Ivi, p. 277.

<sup>44</sup> Ivi, p. 283.

<sup>45</sup> Ivi, p. 283.

scienziati del diritto (come Alvarez) o i giuristi (come De La Pradelle) si ritenevano anch'essi dei politici, ma più colti e capaci di escogitare efficaci stratagemmi contro i detentori del potere.

La traccia di un primo stratagemma si rinviene nell'originario progetto di dichiarazione, dove si afferma che la scienza dell'Institut, una volta messa in forma di codice, sarebbe servita non solo a informare eventuali iniziative dei governi ma anche, immediatamente, come "avis scientifique" diretto "aux juges". Fu Basdevant a richiedere la soppressione dell'inciso. Era evidentemente inopportuno lasciare intendere che l'Institut non considerava i governi interlocutori unici o privilegiati. I due *rapporteurs* accettarono la modifica senza discutere<sup>46</sup>.

Proprio il prudente Basdevant era stato scelto per presiedere il comitato di cinque persone "possessing a wide knowledge of international practice, legal precedents, and scientific data" nominate nel 1927 dal Consiglio della Società delle Nazioni su impulso dell'Assemblea<sup>47</sup>. In contrasto con i toni autocelebrativi dell'Institut, il comitato improntò la propria azione al più rigoroso *understatement*. Chiamato a predisporre "bases of discussion" a beneficio degli Stati partecipanti alla Conferenza, l'organo tenne a precisare che i suoi testi erano "in no way proposals made by the Committee", quanto piuttosto "the result of the Committee's study of the Government replies and of its endeavour to harmonize the views therein expressed"<sup>48</sup>. Niente di più, insomma, di una "classificazione" delle prese di posizione degli Stati<sup>49</sup>. È qui che comincia a delinearsi il secondo stratagemma, anch'esso destinato, come e più di quello dell'alleanza con i giudici, a classicizzarsi.

La prassi degli Stati è documentabile. La dottrina ne tiene traccia e, nella misura del possibile, senza forzature, le ricompono in un quadro armonico, senza scomodare i principi fondamentali (*scientia iuris*) o la giustizia del caso concreto (*iurisprudencia*), bensì attenendosi al dato empirico. A cogliere questi speciali fatti è un apparato cognitivo addestrato, quello di un esperto, il quale, in virtù della sua competenza, può mettere gli Stati di fronte all'evidenza di *fatti che essi stessi hanno pro-*

<sup>46</sup> Ivi, p. 287.

<sup>47</sup> La risoluzione dell'Assemblea, datata 27 settembre 1927, è riprodotta in *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 105 ss. In tema v. CONETTI, *Gli organi per la codificazione progressiva del diritto internazionale nella Società delle Nazioni*, in *Le droit international à l'heure de sa codification*, cit., vol. I, p. 231 ss.

<sup>48</sup> *First Report Submitted to the Council by the Preparatory Committee for the Codification Conference*, in *AJIL*, 1930, Suppl., p. 1 ss.

<sup>49</sup> *Second Report Submitted to the Council by the Preparatory Committee for the Codification Conference*, ivi, p. 3 ss.

*dotto*, forse inconsapevolmente o senza calcolare le conseguenze. Il comitato giunge persino a prospettare la scoperta di *sovradeterminazioni* del diritto internazionale vigente mediante anamnesi degli Stati: “the replies of certain Governments are such – owing to the details they contain – as to define the present state of international law with greater clearness than heretofore”<sup>50</sup>. Interrogati dal comitato, gli Stati lasciano emergere un *surplus* di elementi normativi latenti in ciò che ha già avuto luogo. L’accento è posto, per la prima volta in modo deciso, sul diritto esistente. Il comitato è persino pronto a sfruttare la tendenza degli Stati a presentare *tatticamente* le loro pretese e opinioni come conformi al diritto non scritto, semplicemente prendendoli in parola<sup>51</sup>.

L’Assemblea della Società aveva ordinato di non limitarsi alla registrazione di “existing rules” ma di puntare, altresì, ad adattarle “as far as possible to contemporary conditions of international life”<sup>52</sup>. Alvarez avrebbe assentito. Il comitato presieduto da Basdevant, invece, senza ammetterlo, era propenso a ridurre il processo di codificazione alla logica del *restatement*. La prospettiva della stipula di una convenzione avrebbe allertato le coscienze dei governi, mettendo a repentaglio la strategia consistente nel comporre un dossier a loro carico. “A particular Government which is prepared to sign some provision or other as a conventional rule might possibly refuse to recognize it as being the expression of existing law”, osservò con sottigliezza il comitato, “whereas another Government which recognizes this provision as existing law may not desire to see it included in a convention, being apprehensive that the authority of the provision will be weakened thereby”<sup>53</sup>. Sarebbe spettato alla Conferenza decidere se innovare o attenersi al diritto esistente<sup>54</sup>. Al comitato premeva *soltanto* segnalare ai governi i rischi insiti in ogni tentativo di codificazione: “The Preparatory Committee would desire merely to state here that the work of codification involves the risk of a setback in international law if the content of the codification instrument is

<sup>50</sup> Ivi, p. 4.

<sup>51</sup> *Bases of Discussion Drawn Up for the Conference by the Preparatory Committee*, ivi, p. 9 ss., p. 74: “If the replies of the Governments to the request for information addressed to them are examined as a whole, it will be found that to a large extent they have endeavoured to set out what they consider to be the present state of the law”. Su questo tema v., in generale, ROSENNE, *Relations Between Governments and the International Law Commission*, in *Yearbook of World Affairs*, 1965, p. 183 ss.

<sup>52</sup> *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 105 ss.

<sup>53</sup> *Second Report*, cit., p. 8.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

less advanced than the actually existing law”<sup>55</sup>. Come distinguere, tuttavia, un avanzamento del diritto internazionale da un suo arretramento? Competente a definire il criterio è una dottrina che si pretende ormai dedita all’analisi empirica della prassi degli Stati.

Sono, questi, gli albori di una concezione destinata a influenzare profondamente il modo di intendere la consuetudine internazionale. La codificazione non è, in origine o per definizione, redazione di consuetudini empiricamente attestate. L’approccio empirico alla consuetudine si afferma in epoca tarda quale risposta *pragmatica* della dottrina alla difficoltà di trovare un ruolo per se stessa nel processo di codificazione, in un momento storico in cui quel processo comincia a insediarsi nello spazio della politica e dell’organizzazione internazionale. Poiché la *scientia iuris* è vana e la *iurisprudencia* troppo ardita – tanto che solo una selezionata élite giudiziaria può con discrezione praticarla – la dottrina non poteva far altro che concentrare le sue forze su un terreno circoscritto, quello di una competente produzione di enunciati osservativi aventi a oggetto la prassi degli Stati. Una soluzione politicamente realistica, ma pur sempre fondata sul *bluff* della conoscibilità della consuetudine.

I documenti prodotti dal comitato non rassicurarono le cancellerie. Il 1929 volgeva ormai al termine quando Eric Beckett, consulente del Foreign Office, scrisse a un suo connazionale in servizio presso il Segretariato della Società per informarsi meglio sullo scopo dell’imminente Conferenza di codificazione: si puntava a concludere convenzioni oppure solo ad adottare progetti da riproporre all’attenzione dei governi? Dalla missiva trapelavano i timori che i britannici ormai nutrivano rispetto all’esito della Conferenza<sup>56</sup>. La lettera irritò profondamente un altro funzionario del Segretariato, il barone van Ittersum, il quale vedeva i suoi gravi dubbi sulla codificazione confermati ma riteneva che non fosse più possibile organizzare una ritirata: “we could not, at the last moment, decide to turn the Hague Conference into a session of the ‘International Law Association’ or some other learned society. – It would of course be very tempting for me to have ‘Schadenfreude’, now that this had happened! But I rather feel that, at this stage, the horse had better take the hurdle beautifully (and not be shy!)”<sup>57</sup>.

La Conferenza del 1930, per continuare la metafora del concorso ippico, non fu proprio un percorso netto. A essa, comunque, si deve

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Il testo della lettera è riprodotto in ROSENNE, *The Hague Codification Conference of 1930*, in ID. (ed.), *League of Nations: Conference for the Codification of International Law (1930)*, Dobbs Ferry/New York, 1975, vol. 3, p. XI ss., p. XXV.

<sup>57</sup> *Ivi*, p. XXVIII.

l'abbozzo di una nuova procedura di codificazione che sotto vari aspetti prefigura il metodo adottato dopo la seconda guerra mondiale<sup>58</sup>. Perfezionata dall'Assemblea nel 1931, la procedura rimase lettera morta<sup>59</sup>.

### 3. Lo scettro della codificazione

Internet è un sistema di comunicazione che costringe anche un'istituzione veneranda a presentarsi in poche battute. La Commissione del diritto internazionale lo fa prendendo subito le distanze dalle codificazioni utopistiche *à la* Bentham e dà così il diapason a un'autobiografia minima in cui l'esigenza di assecondare la volontà degli Stati è in netto risalto rispetto ai legami storici con il movimento per la codificazione del diritto internazionale, che è di origine privata e non diplomatica. L'Institut de Droit international e l'International Law Association (ILA) compaiono bensì nel "selfie", ma il loro profilo è offuscato da una precoce entrata in scena della diplomazia: "Intergovernmental regulation of legal questions of general and permanent interest may be said to have originated at the Congress of Vienna (1814-1815)"<sup>60</sup>. Il valore della ricostruzione è simbolico, non storiografico: la Commissione è l'organismo che, nel processo di codificazione, riduce la speculazione dottrinale ad ausilio della diplomazia. Contro ogni impulso autocelebrativo, la sua creazione è descritta nel segno della continuità, cioè come un'attuazione ritardata di insegnamenti immediatamente tratti dal fallimento della Conferenza del 1930. Nel 1931 l'Assemblea della Società delle Nazioni aveva già raccomandato un maggiore coinvolgimento dei governi a ogni stadio del processo di codificazione e l'attribuzione del compito di redigere progetti di convenzione a comitati di esperti autorevoli<sup>61</sup>. L'attuale armonico assetto politico-scientifico, insomma, esisteva già *in nuce* nei terribili anni Trenta, pronto ad affermarsi al termine del conflitto.

<sup>58</sup> *Final Act of the Conference for the Codification of International Law*, in *AJIL*, 1930, Suppl., p. 169 ss., p. 188 s.

<sup>59</sup> *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 110 s. La proposta olandese di fare della codificazione un punto fisso dell'ordine del giorno dell'Assemblea fu respinta: v. ROSENNE, *The Hague Codification Conference of 1930*, cit., p. XXXIX.

<sup>60</sup> <http://legal.un.org/ilc/ilcintro.shtml>. V., in questo senso, LIANG, *Le développement et la codification du droit international*, in *Collected Courses*, 1949, vol. 73, p. 407 ss., p. 421.

<sup>61</sup> *Historical Survey of Development of International Law and its Codification by International Conferences*, cit., p. 110 s.

I dibattiti del secondo dopoguerra, in realtà, rispecchiano una situazione di grave incertezza non solo rispetto al ruolo da affidare all'organizzazione internazionale nel processo di codificazione, agli organi e alle procedure da creare, ma anche rispetto alla natura e agli scopi della codificazione stessa. L'atmosfera era carica di tensione. "The danger of making another, and no doubt abortive, attempt now is very great", ammonì Lord McNair a Praga, nel 1947, durante un congresso dell'ILA, esprimendosi in qualità di *rapporteur* sul tema "Development and Formulation of International Law". Occorreva la massima cautela, perché, dopo il fiasco del 1930, "a second failure could do incalculable harm"<sup>62</sup>.

Quando, in quello stesso anno, l'Institut de Droit international si riunì a Losanna dopo dieci anni di sospensione delle attività, il ruolo di *rapporteur* sul tema della codificazione fu di nuovo affidato ad Alvarez, il quale, ormai quasi ottantenne, scelse per l'occasione un'oratoria tragica: "À l'heure actuelle, se manifeste une grande anarchie dans le Droit des Gens. Les hommes de science se tournent vers notre Institut, qui est l'association ayant le plus de prestige en cette matière, pour lui demander la meilleure manière de mettre un terme à cette situation. Nous ne pouvons rester sourds à une pareille demande; après tant d'années de silence, nous devons faire entendre notre voix sur une question aussi angoissante"<sup>63</sup>. L'attesa di una pronuncia da parte dell'Institut si sarebbe tuttavia protratta indefinitamente, se era vero che, come riteneva Alvarez, nel campo del diritto internazionale ancora una volta era *tutto da rifare*.

Bisognava ripartire dalle cause profonde della crisi. Il punto essenziale, secondo Alvarez, era che "les juristes et les hommes d'État ont eu longtemps et ont encore trop souvent une conception inexacte de la nature ainsi que des caractéristiques essentielles de ce Droit"<sup>64</sup>. Porsi il problema della codificazione, mentre si ignorano "les préceptes du droit en vigueur" e persino "la nature et les éléments essentiels du Droit des Gens"<sup>65</sup>, era prematuro. È uno strano ente, il diritto internazionale di Alvarez. Dotato di una certa compattezza metafisica, senza la quale non si sarebbero potute giudicare "inesatte" le idee che circolavano sul suo conto, si era ritirato dal mondo: c'era, ma nessuno era in grado di scorgerlo, nemmeno nelle linee essenziali; figurarsi nei dettagli di un diritto con-

<sup>62</sup> *ILA Conference Reports*, 1947, p. 64 ss., p. 65.

<sup>63</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1947, p. 219.

<sup>64</sup> *Méthodes la codification du Droit international public (Etat actuel de ce droit). Extrait du Rapport de M. Alejandro Alvarez*, ivi, p. 38 ss., p. 39.

<sup>65</sup> Ivi, pp. 39-40, 42.

suetudinario che, secondo alcuni, era lì pronto da trascrivere. Non era dunque possibile limitarsi a un mero *restatement* del diritto esistente, operazione che Alvarez evocava con malcelato disprezzo: “certains publicistes ont souligné l’intérêt qu’il y aurait à opérer dans la masse du Droit des Gens”<sup>66</sup>. Si doveva inoltre rifuggire a ogni costo l’interlocuzione con i governi: “Je suis absolument d’avis que la codification mondiale ne doit pas avoir un caractère officiel pour éviter que se manifeste l’égoïsme des États”<sup>67</sup>. Il compito di codificare il diritto internazionale doveva essere rimesso al solo Institut oppure a un comitato di otto personalità eminenti designate, nel numero di due ciascuno, dall’Institut, dall’ILA, dall’Istituto Americano de Derecho Internacional e dalla Corte internazionale di giustizia, ossia dagli “organismes représentant la conscience juridique du monde civilisé”<sup>68</sup>. Il comitato avrebbe sottoposto i suoi progetti, non agli Stati, bensì “seulement à l’approbation générale de l’ONU”, evidentemente concepita come soggetto apolitico capace di dare adeguata risonanza ai verdetti della scienza<sup>69</sup>. Nella variante proposta da Démètre Negulesco, il comitato, formato da dieci membri, sarebbe stato nominato dall’Assemblea generale sentite la Corte e le società scientifiche<sup>70</sup>. Nel 1947, l’idea che la prassi degli Stati fosse determinante ai fini della codificazione era estranea alla mentalità di buona parte dei membri dell’Institut.

L’unica voce dissidente fu quella di Henri Donnaedieu de Vabres, che all’epoca era membro del Comitato dei Diciassette: “Le risque, avec une pareille méthode, est de laisser s’établir entre la “conscience universelle” et la ‘dure réalité internationale’ une divergence telle, que l’échec de la tentative d’accord entre groupements scientifiques et gouvernements soit complet”<sup>71</sup>. Donnadieu de Vabres fu anche il solo ad astenersi al momento dell’adozione della breve risoluzione con cui l’Institut raccomandò il ricorso al *restatement* scientifico, rigorosamente non ufficiale, quale garanzia contro il rischio, imputabile all’opportunismo degli Stati, “d’affaiblir et d’ébranler le droit que la codification avait pour objet de préciser et de consolider”<sup>72</sup>.

Anche per i membri dell’ILA il *restatement* era l’unica via sicura. La massa di materiale giuridico che Alvarez adocchiava con fastidio ap-

<sup>66</sup> Ivi, p. 40.

<sup>67</sup> Ivi, p. 62.

<sup>68</sup> Ivi, p. 63.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Ivi, p. 249 s.

<sup>71</sup> Ivi, p. 224.

<sup>72</sup> Ivi, p. 261 s.

pariva confortante agli occhi di Lord McNair: “Customary International Law has been greatly enriched in the last half century through the activities of such bodies as tribunals of arbitration, municipal and international courts, the Permanent Court of International Justice itself, and Mixed Claims Commissions”<sup>73</sup>. A suo avviso, il compito di accertare il diritto consuetudinario spettava a “expert lawyers working on purely scientific lines”<sup>74</sup>. Durante il dibattito un certo dott. Mulder chiese: “Which methods will the Commission for Restatement apply in order to extract Rules of Law from the vast mass of facts and precedents?”<sup>75</sup>. Una convenzione sociale, evidentemente in vigore già all’epoca, vuole che si taccia dinanzi a domande inopportune come questa. La superiorità del dotto, del resto, si estrinseca non solo nelle sue speciali capacità cognitive ma anche nella tempra morale che gli permette di riconoscere l’interesse generale: non ai governi bisogna affidarsi bensì al “free and objective point of view of the expert scientific lawyer who is able to regard the matter as being primarily one of international interest”<sup>76</sup>. La diplomazia doveva restituire lo scettro della codificazione alla scienza.

Se le Nazioni Unite fossero state di diverso avviso, si sarebbe risposto con la prosecuzione catacombale della codificazione scientifica. “If, as the present tendencies show, the United Nations unfortunately decides to recommend the governmental method”, suggerì qualcuno, “there is much to be said in favour of our putting our own method to the test independently of the United Nations”<sup>77</sup>. Tra i dotti era tuttavia diffusa la sensazione che il sostegno amministrativo e finanziario delle Nazioni Unite avrebbe aumentato efficienza e impatto del loro lavoro<sup>78</sup>. Il problema consisteva nell’individuare forme di collaborazione tali da non inficiare la qualità intellettuale e morale del contributo dagli esperti. Nei lavori dell’ILA questa aspirazione si espresse nella proposta, variamente declinata, di stabilire una connessione formale tra l’organizzazione internazionale e la comunità scientifica.

In questa direzione, l’ipotesi più radicale fu enunciata da Paul De Visscher e Léon Gyselynck per conto della sezione belga-lussemburghese dell’associazione<sup>79</sup>. A coordinare i lavori di codificazione con-

<sup>73</sup> *ILA Conference Reports*, 1947, p. 64 ss., p. 64.

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 65.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 78.

<sup>76</sup> *Ivi*, p. 65.

<sup>77</sup> *Ivi*, p. 80.

<sup>78</sup> *Ivi*, p. 66. V., in senso analogo, HURST, *A Plea for the Codification of International Law on New Lines*, in *Transactions of the Grotius Society*, 1947, p. 135 ss., p. 153.

<sup>79</sup> *Considérations sur la technique de codification du droit international*, in *ILA Conference Reports*, 1947, p. 112 ss.

dotti da studiosi di tutto il mondo sarebbe stata una commissione con poteri d'inchiesta, autorizzata finanche a convocare e interrogare gli Stati nelle fasi conclusive dei lavori. La commissione avrebbe agito come organo d'“une Fédération mondiale de toutes les associations scientifiques qui se sont vouées au progrès et au développement du droit des gens”. La federazione, una volta costituitasi, avrebbe sollecitato un'investitura da parte delle Nazioni Unite ai sensi dell'art. 13 della Carta: “nous croyons qu'il convient tout d'abord que les grandes associations scientifiques se déclarent publiquement prêtes à assumer ensemble la réalisation de cette œuvre”, in modo che le Nazioni Unite potessero “juger du désir qui anime les milieux scientifiques à servir, dans la mesure de leurs moyens, l'œuvre de la codification du droit international”<sup>80</sup>. E poiché i bilanci delle *sociétés savantes* erano di modesta entità, esse non avrebbero rifiutato un finanziamento. Il collegamento con le Nazioni Unite non avrebbe compromesso l'indipendenza della federazione poiché questa, grazie al suo monopolio dell'*expertise*, sarebbe assunta a contropotere<sup>81</sup>. L'organizzazione internazionale era un alleato indispensabile ma non per questo affidabile.

Il progetto approvato dall'ILA, pur muovendo dai medesimi principi, declinava il rapporto tra comunità scientifica e organizzazione internazionale in termini più realistici, collocando il centro nevralgico dei lavori di codificazione *dentro* l'organizzazione. L'associazione suggeriva di attribuire all'Assemblea generale il compito di nominare, su raccomandazione della Corte internazionale di giustizia, una commissione per il *restatement* del diritto internazionale, un “expert, independent and non-political body” di sette membri, tra i quali, di diritto, un alto funzionario del dipartimento giuridico del Segretariato delle Nazioni Unite<sup>82</sup>. La commissione si sarebbe occupata di pianificare e coordinare il processo di *restatement* prendendo spunto dai lavori già svolti dalle società private e in sede diplomatica<sup>83</sup>. Previa consultazione dei “leading scientific bodies”, la commissione avrebbe nominato *ad hoc* relatori (*Reporters*) e consulenti (*Advisers*), scegliendoli di regola all'esterno dell'esi-gua *membership*. La commissione avrebbe dunque svolto un ruolo prevalentemente editoriale, assicurando una sorta di *peer review* di lavori altrui e riservandosi di decidere se pubblicarne o no i risultati in una col-

<sup>80</sup> Ivi, p. 120.

<sup>81</sup> Ivi, p. 115.

<sup>82</sup> *Report of the Committee on the Development and Formulation of International Law, Adopted by the Executive Council on May 3rd, 1947, for Presentation to the Prague Conference in September, 1947*, ivi, p. 82 ss., p. 107.

<sup>83</sup> Ivi, p. 108.

lana del *restatement*, sotto la responsabilità non propria ma dei singoli autori, i quali avrebbero potuto proporre soluzioni innovative a condizione di tenerle chiaramente distinte dal diritto “constatato”<sup>84</sup>.

Frattanto, a Losanna, i membri dell’Institut scrutavano i documenti ufficiali in cui cominciava a delinearsi il profilo della futura Commissione del diritto internazionale. Basdevant vi scorgeva una contraddizione e un rischio. Quindici membri gli sembravano troppi per “un organe d’études et de recherche” (così egli sintomaticamente la percepiva), ma se all’organo si chiedeva di coprire tutto l’arco del diritto internazionale, i suoi membri erano forse troppo pochi ed esposti al rischio “de se trouver dans une tour d’ivoire, trop loin et de la vie effective des peuples et de l’effort scientifique”<sup>85</sup>.

All’epoca, la definizione del nesso istituzionale tra l’istituenda commissione e la comunità scientifica era ancora al vaglio dell’Assemblea generale. Il Comitato dei Diciassette si era espresso a stretta maggioranza a favore della possibilità di reclutare all’esterno della Commissione sia i relatori speciali sia alcuni membri delle sottocommissioni che avrebbero dovuto assisterli<sup>86</sup>. La decisione fu sovvertita dall’Assemblea generale, la quale, in tal modo, mise fine a ogni residua speranza di impiantare una sorta di organo della comunità scientifica nel cuore dell’organizzazione internazionale. A determinare questo esito concorse verosimilmente la volontà degli Stati socialisti di premunirsi contro lo schiacciante dominio “occidentale” sul terreno della scienza internazionalistica. L’unica concessione alle “ragioni della scienza” fu la scelta di un regime di impiego a tempo parziale per i commissari, sul presupposto che il tempo pieno avrebbe reso “the acceptance of membership more difficult for the outstanding jurists who would be needed for the work of codification of International Law”<sup>87</sup>.

Si decise, infine, di affidare il potere di nomina alla sola Assemblea generale. Cadeva così, senza particolari scosse, l’idea secondo cui era opportuno stabilire una simmetria Corte-Commissione, idea implicita sia nell’uguale numero di membri sia nella proposta, che pure aveva riscosso la maggioranza nel Comitato dei Diciassette<sup>88</sup>, di ricalcare la procedura di nomina dei giudici della Corte e quindi di coinvolgere il Consiglio

<sup>84</sup> Ivi, p. 109.

<sup>85</sup> *Annuaire de l’Institut de Droit international*, 1947, p. 236.

<sup>86</sup> Committee on the Progressive Development of International Law and Codification, *Report of the Committee*, A/331 (1947), p. 5, par. 8.

<sup>87</sup> United Nations General Assembly, Sixth Committee, *Report and Draft Resolution Adopted by Sub-Committee 2*, A/C.6/193 (1947), p. 2, par. 4.

<sup>88</sup> Committee on the Progressive Development of International Law and Codification, *Report of the Committee*, cit., p. 2 s., par. 4.

di sicurezza anche nella designazione dei membri della Commissione<sup>89</sup>. La laconica spiegazione messa agli atti, secondo cui “the International Court of Justice was a special case”<sup>90</sup>, significa, probabilmente, che per le grandi potenze era superfluo detenere, rispetto a un organo privo di poteri decisionali come la Commissione, lo stesso grado di influenza che esse esercitavano sulla Corte concorrendo alla nomina dei giudici. Benché questo *surplus* di autonomia convenisse a un organo di esperti, esso era soprattutto il segno di un disinvestimento politico da parte delle grandi potenze, per le quali la codificazione del diritto internazionale non era, né forse era mai stata, una priorità. Ciò non significa, tuttavia, che i *powers-that-be* non ne percepissero l'intrinseca politicità. È vero il contrario, come dimostra il destino della proposta di coinvolgere la Corte nella nomina dei membri della Commissione (o di affidargliela *tout court*)<sup>91</sup>. L'idea, cara alla dottrina, fu respinta, non perché avrebbe meglio garantito la neutralità politica della Commissione<sup>92</sup>, ma perché, obbligando i giudici a incidere sulla nomina di un organo paralegislativo, avrebbe comportato un'indebita politicizzazione della Corte.

È possibile vedere, nella creazione della Commissione, l'esito finale di un processo di cauto avvicinamento della dottrina a quell'ente enigmatico – sovrano illuminato *in fieri* o coacervo di egoismi statali? – cui si addice il generico appellativo di “organizzazione internazionale”. Nel secondo dopoguerra l'iniziale diffidenza si volse in tiepido corteggiamento. “It is now [...] fully apparent that no supra-national legislative authority will be created”, scriveva Wilfred Jenks nel 1945<sup>93</sup>. L'organizzazione internazionale poteva nondimeno divenire sede di congegni istituzionali capaci di esaltare la forza persuasiva e l'impatto sociale di determinazioni che si volevano scientifiche. Le *sociétés savantes* avrebbero preferito che l'organizzazione si aprisse alla comunità scientifica, invece di fagocitarne una frazione. C'era ragione di inquietarsi, come faceva Basdevant, “à la pensée d'une science fonctionnarisée”<sup>94</sup>?

Chiusosi il battente alle spalle dei quindici eletti, spettò al giurista e diplomatico cecoslovacco Ivan Kerno chiarire, con una splendida immagine, che il capitale sociale dei commissari consisteva pur sempre nella

<sup>89</sup> United Nations General Assembly, Sixth Committee, *Report and Draft Resolution Adopted by Sub-Committee 2*, cit., p. 3, par. 7.

<sup>90</sup> Ivi, p. 3, par. 7.

<sup>91</sup> Cfr. *ILA Conference Reports*, 1947, p. 64 ss., p. 75 s. (Lauterpacht).

<sup>92</sup> UN doc. A/CN.4/1.68/Add.1, par. 20, cit. da ROSENNE, *The International Law Commission*, cit., p. 122.

<sup>93</sup> JENKS, *The Need for an International Legislative Drafting Bureau*, in *AJIL*, 1945, p. 163 ss., p. 163.

<sup>94</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1947, p. 236.

loro presunta capacità di riconoscere il diritto internazionale non scritto. In qualità di segretario generale assistente, Kerno aveva assunto *ad interim* la presidenza ancora vacante della Commissione, che si riuniva per la prima volta. Ne approfittò per dire che il diritto internazionale “was like a great and ancient edifice the doors of which were being opened so that it could be put in order, as it had to serve as a shelter to mankind”<sup>95</sup>. Il diritto internazionale non era da fare, o da rifare<sup>96</sup>. Esisteva già, negli archivi delle cancellerie, nelle raccolte di giurisprudenza, in tutte le tracce di prassi non volubili. Era stato calpestato e disperso ma non distrutto. La Commissione era stata creata per rinvenirlo, grazie alle superiori competenze dei suoi membri. Di nuovo, con buona pace di Bentham, gli “adoratori della consuetudine” erano ascisi al potere, o qualcosa che assomiglia al potere e che produce effetti collaterali analoghi.

#### 4. Hybris

Quella che segue è la storia di una dilapidazione, la dilapidazione del capitale sociale in virtù del quale la dottrina internazionalistica era riuscita ad avvicinarsi alle stanze del potere. Si trattava, certo, di un patrimonio modesto – la conoscenza del diritto internazionale non scritto – e in buona parte illusionistico, ma era anche il solo di cui la dottrina disponesse, dopo la bancarotta della *scientia iuris*. I membri del suo nuovo conclave – la Commissione – scambiata l’anticamera che la politica aveva loro assegnato per stanza dei bottoni, si stancarono ben presto di celebrare il culto della consuetudine.

Spacciato per antico ma in realtà recentissimo, quel culto aveva offerto sin dall’inizio una copertura scientifica all’esercizio di arti giurisdizionali: era un elemento della strategia di autoconservazione di una tradizione culturale improntata alla saggezza ed estranea alla logica della scienza empirica. Dietro l’apparente transito dal deduzionismo della *scientia iuris* ai procedimenti induttivi di rilevazione della consuetudine, trovava riparo, nella migliore delle ipotesi, il fragile sapere della *phronesis*. Di tutto ciò era acutamente consapevole il dipartimento giuridico del Segretariato, nelle cui operazioni preliminari all’insediamento della Commissione riviveva lo spirito del comitato presieduto da Basdevant all’epoca della Società delle Nazioni: ne sono prova l’elogio della nuova

<sup>95</sup> *YILC*, 1949, vol. I, p. 9, par. 2.

<sup>96</sup> Cfr. DWORKIN, *A New Philosophy for International Law*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2013, p. 2 ss., p. 29: “remember that international law is very young: it was effectively reborn in 1945”.

tendenza a valorizzare la prassi degli Stati e la premurosa attenzione ai “ways and means” utili a rendere tale prassi più accessibile<sup>97</sup>, l’insistenza sulla necessità di assecondare e promuovere la crescita del diritto consuetudinario, senza sollecitare direttamente i governi ma, grazie alla ricerca e alla compilazione di digesti, mettendoli di fronte alla loro produzione normativa inconscia<sup>98</sup>. Questo dispositivo, risalente ai tardi anni Venti e a malapena collaudato, fu subito messo a repentaglio dalle “pulsioni legislative” precocemente manifestatesi in seno alla Commissione.

Fu J.P.A. François, celebre giurista olandese, ad assestare il primo colpo di scure alla legittimità scientifica dell’organo, pochi minuti dopo la poetica introduzione di Kernò. La Commissione, fece notare, “was not a scientific body with purely academic terms of reference but a subsidiary organ of the General Assembly, itself a political body”<sup>99</sup>. Una banale verità, certo. Poco dopo, tuttavia, l’improntitudine cedette il passo alla superbia<sup>100</sup>. Durante un dibattito preliminare sul margine di autonomia che la Commissione poteva opporre all’Assemblea generale, Georges Scelle proruppe: “the International Law Commission ha[s] jurisdiction of its own; its powers had not been delegated to it by the General Assembly”. L’organo, a suo avviso, doveva prendere coscienza della “tremendous influence” che poteva esercitare sul modo di essere complessivo delle Nazioni Unite e quindi del suo ruolo progressivo “in the organization of international society”<sup>101</sup>. Per lui, come per il collega Jean Spiropoulos, spettava alla Commissione definire i limiti della propria giurisdizione (“compétence de la compétence”), mentre l’Assemblea generale avrebbe potuto tutt’al più annullare decisioni sgradite modificando o abrogando lo Statuto<sup>102</sup>. Un’autentica sfida. Ed era solo l’inizio.

L’anno successivo, un’affermazione di Gilberto Amado all’apparenza del tutto innocua – il diritto internazionale emergerebbe “from custom and agreement”<sup>103</sup> – provocò un’inattesa esplosione di orgoglio corporativo, con Jesús María Yepes e Faris Bey el-Khoury pronti ad as-

<sup>97</sup> *Ways and Means of Making the Evidence of Customary Law more Readily Available: Preparatory Work Within the Purview of Article 24 of the Statute of the International Law Commission*, Memorandum Submitted by the Secretary General, A/CN.4/6 and Corr. 1 (1949), p. 114.

<sup>98</sup> *Methods for Encouraging the Progressive Development of International Law and its Eventual Codification*, cit., p. 114.

<sup>99</sup> *YILC*, 1949, vol. I, p. 17, par. 19.

<sup>100</sup> Per una critica v. CHENG, *The International Law Commission*, in *Current Legal Problems*, 1952, p. 251 ss., pp. 264, 270-271.

<sup>101</sup> *YILC*, 1949, vol. I, p. 22, parr. 62-63.

<sup>102</sup> *Ivi*, par. 65. Così anche SCELLE, *ivi*, p. 26, par. 29.

<sup>103</sup> *YILC*, 1950, vol. I, p. 234, par. 70.

serire non solo il potere ma anche il dovere della Commissione di “creare diritto” (*sic*), altrimenti “there would never be any progress”<sup>104</sup>, e uno Scelle ossessionato dal pensiero di un corrispettivo internazionalistico del *Code Napoléon*: “if Napoleon had clung to the attitude adopted by Mr. Amado, they would never have had a civil code. Codification was not just compilation. It could also abolish or create law”<sup>105</sup>. La replica di Amado, sobria e piena di verità – “what was true in the case of the codification of municipal law was not necessarily true in respect of codification of international law”<sup>106</sup> – non valse a placare il raptus collettivo, dal quale si lasciò contagiare persino il dott. Kernö, che si fece latore di “a friendly protest against Mr. Amado’s view that the Commission had no authority”, cosa che non poteva assolutamente dirsi di “an important United Nations body”<sup>107</sup>. Amado non aveva in alcun modo inteso esautorare la Commissione. Era l’ebbrezza del potere a generare fraintendimenti. D’altronde, rincarava François, la Commissione non era un semplice comitato di esperti, né solo un organo consultivo, giacché i suoi membri erano “such eminent personalities that Members of the United Nations would be forced to accept their decisions, even against their will”<sup>108</sup>!

A quanto pare, tuttavia, il singolo commissario perdeva la sua “eminenza” qualora desiderasse rendere pubblica un’opinione in conflitto con quella della maggioranza.

Non è chiaro in quale forma lo Statuto della Commissione ammetta l’espressione di opinioni individuali<sup>109</sup>. Il dibattito sul tema, destinato a protrarsi per tutta la prima metà degli anni Cinquanta, fu innescato da un’istanza di Yepes. Convinto che la maggioranza avesse commesso un errore nella definizione di alcuni aspetti della disciplina delle riserve, errore che, a suo avviso, avrebbe dato luogo ad “abnormal situations” e “flagrant injustices”, Yepes si diceva costretto dalla propria coscienza ad allegare al rapporto della Commissione una dichiarazione di dissenso (dalla quale sono tratte le parole citate, quindi, come si può vedere, non

<sup>104</sup> Ivi, p. 234-235, parr. 71, 74.

<sup>105</sup> Ivi, p. 234, par. 72.

<sup>106</sup> Ivi, par. 73.

<sup>107</sup> Ivi, p. 235, par. 75.

<sup>108</sup> *YILC*, 1951, vol. I, p. 133, par. 142.

<sup>109</sup> La frase “Draft conventions presented by a minority of the International Law Commission will also be submitted to the General Assembly”, che compare in una versione emendata del rapporto del Comitato dei Diciassette, quella che era stata presa in considerazione dal sottocomitato 2 della VI Commissione dell’Assemblea generale, non fu riprodotta nel Progetto di Statuto. Si veda United Nations General Assembly, Sixth Committee, *Report and Draft Resolution Adopted by Sub-Committee 2*, cit., pp. 14, 23.

proprio complimentosa)<sup>110</sup>. Ai numerosi perplessi colleghi, Yepes ricordò che le veementi critiche di Vladimir Koretsky al progetto di dichiarazione sui diritti e i doveri degli Stati erano state registrate in una lunga nota a piè di pagina del primo rapporto<sup>111</sup>. L'istinto di alcuni membri della Commissione fu quello di considerare, a posteriori, del tutto eccezionale la possibilità concessa a Koretsky, giungendo persino a descrivere il collega sovietico (assente per motivi di salute) come un corpo culturalmente ed eticamente estraneo. Spiropoulos precisò di non essersi opposto alla pretesa poiché vedeva “Mr. Koretsky as representing a separate legal system and therefore to be accorded exceptional treatment”<sup>112</sup>. Per Ricardo Alfaro, quella nota a piè di pagina era, addirittura, “purely and simply an attack by the Soviet system on the democratic ideas shared by all members of the Commission, save Mr. Koretsky”<sup>113</sup>. Era chiaro, tuttavia, che la questione non poteva essere risolta applicando rozzi criteri identitari, i quali, peraltro, non si addicono all'*habitus* dell'uomo di scienza, che appartiene ai membri della Commissione e che dovrebbe piuttosto imporre una serena tolleranza del dissenso.

A inibire l'assunzione di atteggiamenti equanimi era l'esigenza, largamente sentita, di difendere l'istituzione da attacchi interni, “in order to preserve”, come disse Gilberto Amado, “the Commission's high sense of importance of its work”<sup>114</sup>. Si addivenne a un compromesso. Ridotta ed edulcorata, la “nota Yepes” fu inserita nel rapporto<sup>115</sup>. Si stabilì, però, a stretta maggioranza (sette a cinque), che da quel momento in poi eventuali dissensi sarebbero stati segnalati da un rinvio alle minute delle riunioni, la cui difficile reperibilità, all'epoca, di fatto stendeva un velo sulle fratture interne alla Commissione<sup>116</sup>.

La questione è riemersa altre due volte, nel 1953 e nel 1955, non in rapporto a specifici casi di dissenso ma in termini di principio, circostanza che favorì un più netto delinearsi delle posizioni in conflitto. L'opinione “legittimista” di Alfaro, secondo cui “[i]t was not the Commission's task [...] to present to the world the personal views of its members, but [...] to submit agreed texts or decisions thereon to the General Assembly”, riscosse molte adesioni<sup>117</sup>, *nonostante* riducesse l'opinione del singolo esperto al livello di un mero parere personale. Alfaro

<sup>110</sup> *YILC*, 1951, vol. I, p. 385, par. 6.

<sup>111</sup> *Ivi*, p. 385, parr. 2-4.

<sup>112</sup> *Ivi*, p. 386, par. 11.

<sup>113</sup> *Ivi*, par. 19.

<sup>114</sup> *Ivi*, par. 19.

<sup>115</sup> *Ivi*, vol. II, p. 128, par. 22, nota 15.

<sup>116</sup> *Ivi*, vol. I, p. 387, par. 32 (proposta di François) e 56.

<sup>117</sup> *YILC*, 1953, vol. I, p. 70, par. 29.

non si rendeva conto, pervaso com'era da un malinteso *esprit de corps*, che l'Assemblea generale avrebbe potuto reagire con indifferenza non solo a una ma anche a quindici opinioni personali! Il pensiero del giuriconsulto panamense era insomma evoluto dal disprezzo per l'ex-collega sovietico a una generale insofferenza nei confronti del dissenso. Più sottile la dialettica del siriano el-Khoury, per il quale un'opinione minoritaria, anche se giusta, doveva essere esclusa perché non aveva persuaso<sup>118</sup>. Decisiva era la retorica, non la scienza.

Contro questa concezione assemblearistica dell'opera di codificazione, Jaroslav Žourek, il più tenace assertore del diritto a manifestare il dissenso, faceva notare che la Commissione non era equiparabile a una "diplomatic conference", né, più in generale, a organi decisionali in senso stretto, istanze giurisdizionali incluse, per cui, se ai giudici della Corte internazionale di giustizia non era vietato manifestare opinioni individuali, ciò doveva essere *a fortiori* consentito ai membri della Commissione<sup>119</sup>. Mentre la proposta di Žourek fu respinta con ampio margine, un'analogo mozione presentata da Hersch Lauterpacht e Radhabinod Pal – in virtù della quale i singoli commissari avrebbero potuto pubblicare una breve nota di dissenso se autorizzati dal Presidente della Commissione (e in ultima istanza dal Bureau) – giunse a un soffio dal sovvertire la regola approvata nel 1951: sei pari e un'astensione<sup>120</sup>.

Nel 1955 Žourek ripropose la mozione sostenendo, questa volta, che la prassi consistente nel celare il dissenso era in conflitto con lo Statuto della Commissione, il cui art. 20, lett. *b*, impone di precisare, a commento dei progetti sottoposti all'Assemblea generale, "[t]he extent of agreement on each point in the practice of States and in doctrine", nonché le "[d]ivergencies and disagreements which exist, as well as arguments invoked in favour of one or another solution"<sup>121</sup>. Tra le numerose repliche alla mozione, che perlopiù ignorano l'argomento tratto dallo Statuto, degne di nota sono soprattutto quelle di François – l'inventore della regola del rinvio alle minute – e, sul fronte opposto, quella di Sergej Krylov.

Il dissidente – fece notare François – ha un vantaggio iniquo sull'organo, perché può esprimere la propria opinione in modo circostanziato ed eloquente, mentre l'organo, che è tenuto a cercare una sintesi delle diverse posizioni, può trovarsi costretto a offrire motivazioni non appaganti<sup>122</sup>. Secondo Sir Gerald Fitzmaurice era perciò inopportuno in-

<sup>118</sup> Ivi, p. 71, par.42.

<sup>119</sup> Ivi, par. 48.

<sup>120</sup> Ivi, p. 72, par. 53.

<sup>121</sup> *YILC*, 1955, vol. II, p. 43, parr. 37-38.

<sup>122</sup> Ivi, vol. I, p. 241, par. 58.

cludere, nel rapporto annuale, “a formidable opposition view which would upset its balance”<sup>123</sup>. Per el-Khoury, che a scopi legittimistici evocava addirittura il principio di democrazia<sup>124</sup>, “[t]he majority decision had to prevail unquestionably so that the Commission’s recommendations should have the maximum authority”<sup>125</sup>. In una Commissione attraversata da pulsioni decisionistiche faceva sempre più presa l’opinione, in queste circostanze espressa da Amado, secondo cui il dissidente dà voce a un “purely personal point of view”<sup>126</sup>, una tesi che svuota l’autorità della Commissione proprio mentre cerca di affermarla con foga intimidatoria. L’intervento di Georges Scelle, il quale, cambiata opinione<sup>127</sup>, ricordò ai colleghi che “[t]he majority which favoured a resolution of the Commission was not necessarily right”<sup>128</sup>, non poteva mutare l’esito dello scrutinio, che vide la seconda “mozione Žourek” soccombere per otto a cinque<sup>129</sup>. E Krylov? A suo avviso, sia il compagno cecoslovacco, latore della proposta, sia i suoi avversari, difendevano opinioni estreme. Quel che importava, in fondo, non era la messa agli atti di eventuali opinioni dissenzienti, quanto piuttosto ottenere che la Commissione, invece di decidere a stretta maggioranza (spesso con l’ausilio di numerose astensioni), si dedicasse alla ricerca di soluzioni capaci di riportare il consenso di tutti i membri<sup>130</sup>. Nella Commissione convivevano dunque due indirizzi politici, corrispondenti al dissidio tra “blocchi” sulla natura della consuetudine – accordo tacito ovvero espressione di tendenze prevalenti nella comunità internazionale? – ed entrambi estranei all’etica dell’*expertise* che in linea di principio avrebbe dovuto informare le attività dell’organo.

È questo specifico contesto – e non cause “tecniche” – ad aver determinato il precoce smantellamento della distinzione tra codificazione e sviluppo progressivo. Il binomio era passato in pochi anni dal significare un rapporto mezzo-fine (la codificazione come possibile strumento dello sviluppo progressivo del diritto internazionale) al denotare una partizione, mai ben definita ma non per questo meno importante, fra trascrizione del diritto esistente e produzione di nuove norme. Già messa a fuoco dal

<sup>123</sup> Ivi, p. 243, par. 6.

<sup>124</sup> Ivi, p. 245, par. 40.

<sup>125</sup> Ivi, p. 244, par. 19.

<sup>126</sup> Ivi, p. 243, par. 16.

<sup>127</sup> *YILC*, 1951, vol. I, p. 386, par. 17.

<sup>128</sup> *YILC*, 1955, vol. I, p. 245, par. 35.

<sup>129</sup> Ivi, p. 246, par. 53.

<sup>130</sup> Ivi, p. 242, par. 65.

Comitato dei Diciassette<sup>131</sup>, la fragilità della partizione si rispecchia persino nella disposizione che la consacra, l'art. 15 dello Statuto della Commissione, il quale dichiara di adoperare i due concetti solo "for convenience".

La distinzione diventò ben presto un inutile impaccio. Nel 1956, la Commissione dichiarò che "[i]n preparing its rules on the law of the sea" si era persuasa che, perlomeno in quel settore, "the distinction established in the statute between [the] two activities can hardly be maintained"<sup>132</sup>. Ai sensi dello Statuto, per codificazione si intende, in linea di massima, la formulazione sistematica di regole appartenenti a settori "where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine", mentre lo sviluppo progressivo riguarda materie rispetto a cui "the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States". Per la Commissione il criterio era reso di fatto inapplicabile dall'emergere, tra i suoi membri, di "wide differences of opinions as to whether a subject is already 'sufficiently developed in practice'"<sup>133</sup>.

Nonostante le apparenze, questa presa di posizione rispecchiava la volontà di tenere comunque ferma la distinzione tra codificazione e sviluppo progressivo. Lo si evince dal raffronto tra il testo sopracitato e quello proposto dal Relatore generale François: "*During the eight years of its existence the Commission has become more and more convinced that the very clear distinction established in the Statute between these two activities cannot be maintained in practice*"<sup>134</sup>. François ironizzava sulla distinzione (non è vero che lo Statuto la traccia con nettezza, per cui quel caricaturale "very clear" fu subito soppresso<sup>135</sup>) e faceva coincidere l'esperienza della sua inutilità pratica con l'intera storia della Commissione. La maggioranza dei commissari ritenne opportuno esprimersi in termini più limitati ("[i]n preparing its rules on the law of the sea"), imputando la difficoltà al caso concreto. Probabilmente era François a dire tutta la verità, mentre la Commissione ancora si preoccupava di celarne alcuni aspetti. Quarant'anni più tardi, essa si era così assuefatta all'idea dell'impossibilità di tenere distinti sviluppo progressivo e codificazione che accarezzò l'idea di proporre la formale soppressione del

<sup>131</sup> Committee on the Progressive Development of International Law and Codification, *Report of the Committee*, cit., p. 8, par. 10: "[f]or the codification of international law [...] no clear-cut distinction between the formulation of the law as it is and the law as it ought to be could be rigidly maintained in practice".

<sup>132</sup> *YILC*, 1956, vol. II, p. 255, par. 26.

<sup>133</sup> *Ivi*, p. 255, par. 26.

<sup>134</sup> UN doc. A/CN.4/L.68/Add.1, par. 20, cit. da ROSENNE, *The International Law Commission*, cit., p. 143 s. (corsivo aggiunto).

<sup>135</sup> *YILC*, 1956, vol. I, p. 277, parr. 71-72.

binomio e la conseguente riduzione delle due procedure attualmente contemplate dallo Statuto a una soltanto<sup>136</sup>. Già nel 1973 la Commissione sosteneva che l'unica distinzione sensata fosse "rather between modes of progressive development"<sup>137</sup>. In questo modo si rinuncia implicitamente alla pretesa di sapere riconoscere e trascrivere il diritto esistente, che è invece tutt'uno con la ragion d'essere dell'organo.

Anche Roberto Ago era convinto che la distinzione tra codificazione e sviluppo progressivo fosse "pressoché assurda"<sup>138</sup>. Nel suo pensiero, tuttavia, questo giudizio si inseriva armoniosamente in un'originale concezione del processo di codificazione e del ruolo che la Commissione era chiamata a svolgerci. In un celebre saggio del 1968, Ago rispolverava un tema della cultura giuridica moderna, classico eppure estraneo all'immaginario della scienza internazionalistica: il nesso tra rivoluzione e codificazione. Nel processo di decolonizzazione Ago vedeva, infatti, il più profondo sconvolgimento che la società internazionale avesse esperito sin dalle sue origini<sup>139</sup>. L'unico modo di restituire stabilità e certezza al diritto internazionale, in un'epoca di trasformazioni e conflitti, era dedicarsi con energia alla codificazione, rivolgendo lo sguardo non alla consuetudine, per definizione inadeguata, ma a condizioni ed esigenze attuali<sup>140</sup>.

Poiché, tuttavia, nella sfera internazionale non era possibile compiere l'opera in modo "aussi totale et aussi radicale qu'en droit étatique", bisognava agire incrementalmente allo scopo di attingere ciò che Ago chiamava "autorità della codificazione", ossia un livello di consenso tale da conferire al diritto codificato, tipicamente in forma di convenzione, un oggettivo rilievo generale<sup>141</sup>. La Commissione del diritto internazionale doveva servire da centro nevralgico dell'intera operazione, in ragio-

<sup>136</sup> *YILC*, 1996, vol. II/2, pp. 86, 97.

<sup>137</sup> *YILC*, 1973, vol. II, p. 230, par. 167.

<sup>138</sup> AGO, *Le Nazioni Unite per il diritto internazionale*, in *Comunità internazionale*, 1965, p. 503 ss., p. 514.

<sup>139</sup> AGO, *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 93 ss., p. 94.

<sup>140</sup> *Ivi*, p. 97. Cfr. AGO, *Le Nazioni Unite per il diritto internazionale*, cit., p. 517: "Quali le ragioni [...] dell'evoluzione dell'atteggiamento della Commissione del diritto internazionale? La risposta è semplice. La Commissione è oggi convinta che l'opera di codificazione del diritto internazionale che, al momento in cui essa era stata istituita, poteva apparire come un compito delicato e importante, ma da intraprendere in una lunga prospettiva, senza impazienze e senza la necessità di toccare molte materie tradizionalmente rette da norme non scritte, abbia mutato carattere e sia divenuta un'esigenza urgente oltre che imprescindibile".

<sup>141</sup> AGO, *La codification du droit international*, cit., p. 99 s.

ne della sua qualità di organo di esperti, certo, ma soprattutto perché costituiva, di fatto, “presque le modèle réduit d’une conférence générale, car les tendances, les conceptions et les intérêts essentiels qui se retrouveraient dans une conférence sont déjà pratiquement tous représentés en son sein”<sup>142</sup>. I commissari, per essere all’altezza del compito, dovevano essere, più che “tecnici del diritto internazionale”, personalità “rappresentative delle diverse concezioni giuridiche, politiche, sociali, filosofiche che dominano nelle diverse regioni del mondo”, di modo che i testi prodotti dalla Commissione, oltre che giuridicamente inappuntabili, potessero costituire “già un possibile punto di incontro e, se necessario, di compromesso tra le diverse tendenze”<sup>143</sup>. Ago suggeriva di percorrere sia la via convenzionale sia, a titolo provvisorio, quella dell’adesione informale ai progetti di codificazione, tramite, per esempio, l’adozione dei medesimi da parte dell’Assemblea generale<sup>144</sup>. Egli riteneva, infine, che la codificazione richiedesse il sostegno di “cellule nazionali”, ossia di comitati di esperti con il compito di sensibilizzare l’opinione pubblica locale ed esercitare pressioni sugli organi costituzionali affinché ratificassero senza indugio le convenzioni di codificazione. Riaffiora qui il motivo della codificazione come astuzia contro l’egoismo e l’inerzia dei governi, senza tuttavia il tradizionale ausilio della consuetudine. Non si trattava più, come nel secondo dopoguerra, di ricostruire un diritto esistente in forma non scritta bensì di costruirne uno nuovo, all’altezza dell’epoca.

Maturata nel “decennio prodigioso della codificazione”<sup>145</sup>, tra gli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso, la riflessione di Ago ritrae nella sua luce migliore la traslazione della Commissione – e per estensione del processo di codificazione – dal polo dialettico della *veritas* a quello dell’*auctoritas*. Essa rappresenta anche il punto più alto (e più ideale che reale) del “folle volo” della Commissione dalle oscure piste della consuetudine all’irraggiungibile zenit della legislazione<sup>146</sup>. Quando

<sup>142</sup> Ivi, p. 104.

<sup>143</sup> AGO, *Le Nazioni Unite per il diritto internazionale*, cit., p. 514. Cfr. LAUTERPACHT, *Codification and Development of International Law*, in *AJIL*, 1955, p. 16 ss., p. 40: “In an organ which is concerned not only with the restatement of existing law but also with its change and development, qualities of statesmanship and experience may legitimately count for no less than expert knowledge”.

<sup>144</sup> AGO, *La codification du droit international*, cit., p. 129.

<sup>145</sup> L’espressione è di ABI-SAAB, *La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté*, in *Le droit international à l’heure de sa codification*, cit., vol. I, p. 53 ss., p. 54.

<sup>146</sup> Cfr. MCWHINNEY, “Classical” *Sources and the International Law-Making Process of Contemporary International Law*, ivi, p. 350: “as the persuasive authority of the International Law Commission seemed at its highest, its law-making potential seemed to

Ago ne divenne membro, nel 1957, la Commissione aveva già dilapidato buona parte del suo capitale sociale, che era ed è vincolato al possesso e all'esercizio di competenze scientifiche. La svalutazione della dicotomia codificazione/sviluppo progressivo, le velleità legislative, le pulsioni antipluralistiche, tutto ciò non conveniva a un organo creato anche allo scopo di rispecchiare le istanze della comunità scientifica. Altre abitudini, come il frequente ricorso al voto a maggioranza semplice, contribuirono ulteriormente a inibire la conversione dell'organo in microcosmo diplomatico auspicata da Ago. Il tipo di investitura di cui la Commissione beneficiava la rendeva saliente come espressione della comunità scientifica, non nel campo della diplomazia. Il diritto internazionale, infatti, è stato scritto perlopiù altrove.

### 5. Epilogo

La stizzita replica di Spiropoulos a un collega che trovava insufficiente un testo della Commissione – non è una tesi di dottorato ma un documento ufficiale!<sup>147</sup> – potrebbe essere scelta come emblema dell'infatuazione della Commissione per l'autorità. Julius Stone non aveva tutti i torti quando, in quegli stessi anni, scriveva che la Commissione, invece di insistere con il brokeraggio di convenzioni multilaterali, si sarebbe dovuta trasformare in un "International Law Research Center", affiliato alle Nazioni Unite e animato da una "fellowship of scholars dedicated to the advancement of knowledge"<sup>148</sup>. La recente tendenza a occuparsi di temi fondamentali, o "teorici", unita alla rinuncia pressoché completa al trattato come strumento di codificazione, potrebbe indurre a credere che la Commissione, dopo una protratta evoluzione nel quadrante dell'*authoritas*, stia tornando a planare sul terreno della *veritas*, più congeniale al suo corredo genetico. Si potrebbe perfino pensare che la decisione di affrontare il tema della "identificazione del diritto internazionale consuetudinario" ripari all'oblio del diritto non scritto e delle metodologie della sua rilevazione che ha spesso caratterizzato i lavori della Commissione. È possibile, anche se, per la verità, si può scorgere un pizzico di autorita-

dwindle". V. anche, per la presa d'atto della chiusura del "periodo rivoluzionario", AGO, *Nouvelle réflexions sur la codification du droit international*, in DINSTEIN (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, p. 3 ss.

<sup>147</sup> YILC, 1951, vol. I, p. 88, par. 115.

<sup>148</sup> STONE, *On the Vocation of the International Law Commission*, in *Columbia Law Review*, 1957, p. 16 ss., pp. 48, 51.

rismo nel modo in cui la Commissione è giunta a definire il canone della consuetudine.

In questo sontuoso affresco, che ha tenuto impegnate le sue maestranze per circa sei anni, compare, in miniatura, la Commissione stessa. Che immagine ne restituisce, questa *mise en abîme*?

Il testo, approvato in via definitiva nel 2018, contiene una parte V intitolata “Significance of certain materials for the identification of customary international law”. Nell’inventario sono inclusi i trattati, le risoluzioni adottate da organizzazioni internazionali o da conferenze diplomatiche, le decisioni giudiziarie e, infine, il magistero “of the most highly qualified publicists of the various nations”<sup>149</sup>. Poiché in questo riquadro trova posto l’“output of international bodies engaged in the codification and development of international law”<sup>150</sup>, la Commissione avrebbe potuto sistemarcisi. La sua produzione tuttavia – precisa la Commissione in una nota – non può essere comparata a quella dell’Institut de Droit international o dell’ILA (le due istituzioni menzionate a titolo esemplificativo)<sup>151</sup>.

La Commissione, insomma, è inclassificabile. A farne un ente *sui generis* è il mandato conferitole dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite (*auctoritas*) ma anche il rigore delle sue procedure e dei suoi procedimenti conoscitivi (*veritas*)<sup>152</sup>. Il rapporto privilegiato con l’Assemblea generale e con gli Stati che vi siedono non predefinisce, insomma, il valore delle sue determinazioni (*auctoritas*), il quale, in ultima analisi, dipende da altri fattori, alcuni dei quali, come la solidità del materiale probatorio, sono estrinseci e oggettivi (*veritas*)<sup>153</sup>. Sembra di rileggere il memorandum con cui il Segretariato delle Nazioni Unite, nel 1947, diede l’abbrivio al Comitato dei Diciassette e quindi, indirettamente, alla Commissione: la stessa oscillazione tra autorità e verità. Un ritorno alle origini? In parte, sì, ma con una differenza. Oggi, scrive la Commissione, conta *sopra tutto* (“above all”) la *reazione* degli Stati<sup>154</sup>. Non ci sono più verità da contrapporre, agli Stati e alle loro reazioni, con l’astuzia della codificazione.

<sup>149</sup> Text of the Draft Conclusions on Identification of Customary International Law and Commentaries Thereto, in ILC, *Report on the Work of its Seventy-first Session*, A/73/10 (2018), p. 122 ss., p. 143 ss.

<sup>150</sup> *Ivi*, p. 151.

<sup>151</sup> *Ivi*, nota 774.

<sup>152</sup> *Ivi*, p. 142 s.

<sup>153</sup> *Ibidem*.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

