

# DIALOGHI

CON

# UGO VILLANI

II

*a cura di*

**Ennio Triggiani**

**Francesco Cherubini    Ivan Ingravallo**

**Egeria Nalin    Roberto Virzo**



CACUCCI



EDITORE

BARI



ROBERTO BARATTA\*

## PRASSI ESTENSIVE E COMPETENZE DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI: SPUNTI RICOSTRUTTIVI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La prassi rilevante. – 3. La prassi applicativa quale processo interpretativo *intra-sistemico* che riconosce all'organizzazione poteri *praeter legem*. – 4. La prassi integrativa/modificativa dei poteri dell'organizzazione frutto di evoluzione *extra-sistemica* di un processo consuetudinario. – 5. Cenni conclusivi.

1. Nel diritto delle organizzazioni internazionali il principio di specialità ne delimita la sfera di azione<sup>1</sup>. Il divieto di agire oltre i poteri attribuiti è talora oggetto di prescrizioni esplicite<sup>2</sup>. Possono tuttavia darsi incertezze sul *quantum* delle competenze conferite e, in particolare, sul fondamento giuridico delle stesse quando l'organizzazione ricorra a prassi estensive rispetto alle previsioni testuali dello strumento costitutivo.

Simili fenomeni di *competence creep* sono talora accolti con diffidenza. Da un lato, si argomenta che l'esercizio di poteri non esplicitamente conferiti o c.d. impliciti<sup>3</sup>, ponendosi oltre la volontà espressa nell'accordo, sarebbe nel contempo privo di legittimazione democratica (occupando indebitamente spazi spettanti ai parlamenti nazionali) e *in nuce* pregiudizievole per i cittadini<sup>4</sup>. Dall'altro, si assume che se la teoria dei poteri impliciti è prospettabile per gli ordinamenti federali, le organizzazioni internazionali non potrebbero invocarne l'applicazione, non essendovi analogie tra quel tipo di ordinamenti, di natura statualistica, e la cooperazione tra Stati regolata dal diritto internazionale<sup>5</sup>.

\* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Macerata.

<sup>1</sup> V. *ex multis* il parere della Corte internazionale di giustizia dell'8 luglio 1996, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Request by WHO*, par. 25; la sentenza della stessa Corte resa il 20 aprile 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, par. 89; e il parere dell'8 dicembre 1927 della Corte permanente di giustizia internazionale, *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*; di recente nella dottrina italiana MAURO, *La personalità giuridica delle organizzazioni internazionali*, in DEL VECCHIO (a cura di), *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, p. 44 s.

<sup>2</sup> Cfr. l'art. XVI, par. 1 dell'Accordo costitutivo della FAO e l'art. 1, co. 2, della Carta dell'OAS.

<sup>3</sup> Una definizione classica della teoria dei poteri impliciti delle organizzazioni internazionali è contenuta nel parere della Corte internazionale di giustizia dell'11 aprile 1949, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, in *ICJ Reports*, p. 182. Una definizione più ampia (e per certi versi discutibile perché legata alla realizzazione dei fini dell'organizzazione) è quella contenuta nel parere del 20 luglio 1962, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter)*, *ivi*, p. 168.

<sup>4</sup> KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2009, II ed., p. 64.

<sup>5</sup> Cfr. ARANGIO-RUIZ, *The "Federal Analogy" and the UN Charter Interpretation*, in *European Journal of International Law*, 1997, p. 1 ss.; CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2012, IX ed., p. 14.

La dottrina ha talvolta proposto interessanti analisi tassonomiche articolate su vari modelli traslativi dei poteri attribuiti alle organizzazioni<sup>6</sup>. La figura del mandato (*agency*), lo schema della *delega* (*loans*) a svolgere determinati poteri e, infine, la nozione di *trasferimento* di competenze (più raramente, si parla di sovranità) esprimono differenti livelli di categorie giuridiche che: *a*) concettualizzano, in misura crescente, l'attribuzione di compiti all'organizzazione; *b*) recano varie forme di controllo dei membri sull'attività degli organi dell'ente; *c*) includono la possibilità di reagire a eventuali violazioni dell'atto costitutivo, tra cui la revoca dei poteri o l'estinzione dell'ente per volontà delle parti<sup>7</sup>.

Le teorie traslative non appaiono tuttavia in grado di offrire spunti idonei a spiegare la multiforme fenomenologia dei poteri esercitati in concreto dall'organizzazione e del loro fondamento giuridico quando l'ente ricorra a prassi estensive riconducibili alla nozione di *poteri impliciti*, tali essendo – secondo una celebre definizione della Corte internazionale di giustizia – quelli che devono reputarsi conferiti *by necessary implication* poiché *essenziali* all'esercizio utile dei compiti affidati all'organizzazione<sup>8</sup>.

Quelle teorie non sembrano essere utili poiché nei casi di *competence creep* l'accento va posto non solo e non tanto sui modelli di conferimento di poteri all'organizzazione, siano essi desumibili da accordi, contemporanei o posteriori all'atto costitutivo, stipulati in forma espressa e comunque non necessariamente scritta<sup>9</sup>. Nel delineare la sfera di attività fattuale dell'organizzazione rileva piuttosto la prassi applicativa della stessa nella fase di esercizio in concreto delle competenze<sup>10</sup>; prassi che va collocata nel *quadro delle regole anche non scritte* (*the rules of the organization*) che disciplinano l'ente<sup>11</sup>.

Del resto, come si vedrà, la suddetta nozione di poteri impliciti richiede qualche aggiustamento. Il ruolo *lato sensu* normativo della prassi induce a distinguere le

<sup>6</sup> In linea teorica, l'attribuzione di poteri all'organizzazione può essere concepita sia come *fenomeno traslativo di poteri*, che ne permette l'esercizio a un terzo, sia come atto costitutivo in capo a quest'ultimo di poteri definitivamente o irrevocabilmente attribuiti e suscettibili, dunque, di dare luogo a una corrispondente attribuzione di poteri sovrani (se effettivamente esercitati). È difficile però individuare un'organizzazione internazionale che risponda a quest'ultima concezione, salvo forse il caso del processo di integrazione europea, a patto che si superi (tramite la teoria di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici) l'idea positivistica che lega l'esercizio di poteri sovrani a entità necessariamente statuali.

<sup>7</sup> HANNIKAINEN, *The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law*, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2006, p. 125 ss., p. 130. Peraltro, si riconosce che tali differenti livelli di attribuzione sono talvolta meno netti di quanto appaia *prima facie*: la realtà degli accordi costitutivi dell'organizzazione può assumere forme ibride o di incerta classificazione (SAROOSHI, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005, p. 33 ss.). Simili modelli traslativi sono apparsi utili anche per chiarire e approfondire temi legati alla responsabilità delle organizzazioni internazionali, congiuntamente a quella dei rispettivi membri quando si ritenga che questi ultimi abbiano *abusato* della personalità dell'organizzazione per farsene impropriamente scudo (D'ASPROMONT, *The Exercise of Powers by International Organizations Under the (un)due Control of Member States*, 2007, p. 1 ss., reperibile on line). Infine, l'idea – diffusa in dottrina – che l'organizzazione derivi i poteri dalle parti contraenti per il tramite dello strumento della *delega di poteri*, spesso utilizzata da corti supreme nazionali, è stata utilizzata per valutare l'impatto erosivo sulle sovranità statali da parte dell'Unione europea (DE WITTE, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1995, p. 145 ss.). Questa chiave di lettura, riferita al concetto di *riservato dominio*, esente cioè da interferenze di norme internazionali, è più in generale prospettabile anche rispetto al fenomeno delle organizzazioni intergovernative non sovranazionali.

<sup>8</sup> *Supra*, nota 3.

<sup>9</sup> In questo caso si ricadrebbe nella sfera di applicazione dell'art. 31, par. 3, lett. a), delle Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati: cfr. CAPOTORTI, *Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna*, in *Le droit international à l'heure de la codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, 1987, p. 197 ss., p. 198.

<sup>10</sup> Una sintetica ma significativa indicazione in questo senso è reperibile nel parere della Corte internazionale di giustizia dell'8 giugno 1960, *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Intergovernmental Maritime Consultative Organization*, in *ICJ Reports*, p. 169.

<sup>11</sup> Sarebbe difficile spiegare altrimenti l'approccio seguito dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sulla *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons*.

evoluzioni, per dir così, *intra-sistemiche*, riconducibili per interpretazione ai testi dello strumento costitutivo, da quelle *extra-sistemiche*, rispetto alle quali occorre comprendere ragion d'essere e giustificazione giuridica perché di diritto non scritto. Si sa, in effetti, come quelle evoluzioni mettano in luce una marcata *aporia progettuale*: da un lato, vi è il bisogno di accentrare poteri in capo all'organizzazione in una logica di sussidiarietà, poiché i membri della stessa sono consapevoli dell'impossibilità o almeno dell'estrema difficoltà di conseguire *uti singuli* certe finalità; dall'altro, vi sono i contrapposti interessi dei medesimi (di regola, espressi da entità statuali) volti a controllare o limitare l'attività dell'organizzazione da essi costituita.

Le brevi riflessioni che seguono intendono soffermarsi su talune diffidenze sollevate dal tema dei *poteri impliciti*. Dopo una sintetica precisazione in chiave metodologica della prassi rilevante (par. 2), lo scritto si dedica al fondamento giuridico delle evoluzioni *intra-* ed *extra-sistemiche* dei poteri attribuiti rispetto allo strumento costitutivo, ovverosia delle prassi, racchiuse nell'espressione generica di *competence creep*, che presuppongono l'esercizio di poteri non esplicitamente attribuiti (paragrafi 3 e 4). L'esame si svolge dunque su binari prettamente giuridici, anche per non avventurarsi in discussioni astratte, e forse anche soggettive, imperniate su ciò che può ritenersi (o non ritenersi) *essenziale* o *strettamente necessario* per il perseguimento dei fini dell'organizzazione. Gli spunti conclusivi tendono, dunque, a indicare uno schema ricostruttivo che prescinde da un simile dibattito (par. 5).

2. Nell'esaminare le condotte delle organizzazioni internazionali, conviene rapidamente premettere che rileva la prassi dell'organizzazione interna ed esterna, concernente, quest'ultima, l'esercizio dei poteri rispetto a soggetti terzi<sup>12</sup>. Inoltre, poiché la caratteristica saliente delle organizzazioni internazionali consiste nel disporre di organi, occorre tenere presenti i contegni degli stessi, la loro attività essendo, di regola, imputabile all'organizzazione almeno quando essa sia capace di esprimere una propria volontà autonoma<sup>13</sup>. Rilevante, e distinta da questa, è altresì la condotta dei singoli membri nell'applicazione delle disposizioni dell'accordo istitutivo che richiedono il loro intervento<sup>14</sup>. Si tende anzi in generale a riconoscere alle condotte statali posteriori allo strumento costitutivo un valore interpretativo di particolare importanza<sup>15</sup>.

Sul piano concettuale potrebbe considerarsi di rilievo soltanto l'attività di organi di tipo assembleare, composti cioè da tutti i membri dell'organizzazione; e dunque non quella degli organi a composizione ristretta: per questi ultimi, infatti, non sa-

<sup>12</sup> Non rilevano peraltro le condotte dell'organizzazione volte a contribuire alla formazione di consuetudini internazionali; ipotesi, questa, riconosciuta nella sentenza della Corte internazionale di giustizia del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, paragrafi 202-209; v. *amplius* WOOD, *Second report on identification of customary international law*, UN Doc. A/CN.4/672, 22 maggio 2014, p. 29 ss.; *Id.*, *Third report on identification of customary international law*, UN Doc. A/CN.4/682, 27 marzo 2015, p. 46 ss.

<sup>13</sup> Cfr. il parere della Corte internazionale di giustizia, *Reparation for injuries*, anche se poi la Corte tende a far discendere queste conseguenze dalla titolarità della personalità giuridica in capo all'organizzazione. In questa logica, è difficile argomentare che le organizzazioni internazionali non sono distinguibili dai loro membri, non essendo altro che la loro *sommatoria*. Ciò non esclude, ovviamente, che non tutti gli accordi di cooperazione tra Stati siano destinati a creare un ente autonomo e distinto dagli stessi Stati, come mostra in modo paradigmatico la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 26 giugno 1992 riguardo alla costituzione del Joint Administrative Authority for Nauru, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, paragrafi 39-47.

<sup>14</sup> WOOD, *Third report*, p. 49.

<sup>15</sup> NOLTE, *First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*, A/CN.4/660, 19 marzo 2013), p. 14 ss., in part. p. 29.

rebbe possibile accertare l'esistenza di un accordo interpretativo tacito fra tutte le parti, né l'esistenza di un diverso fatto di produzione giuridica.

Se è vero che negli organi ristretti per definizione non tutti i membri dell'organizzazione sono in condizione di contribuire alla formazione di una regola, si può peraltro ritenere che la condotta dell'organo ristretto si presta a essere contestata dal membro *non* rappresentato nel medesimo, il quale potrebbe reagire con i mezzi previsti dall'accordo e dal diritto internazionale generale, anche attivando, ove esistenti, rimedi giurisdizionali. Qualora esso non si adoperi in questa direzione e sia acquiescente, se del caso, anche posteriormente a un'obiezione iniziale, o se dia attuazione all'intendimento dell'organo ristretto, da ciò si potrebbe desumere una sua condotta di accettazione alla linea dettata dal medesimo<sup>16</sup>. In questa logica si può quindi comprendere l'orientamento della Corte internazionale di giustizia tendente a utilizzare la (*settled*) prassi applicativa degli organi delle Nazioni Unite, anche a composizione ristretta, che abbiano interpretato in un certo modo la Carta<sup>17</sup>.

Inoltre, a rigore quell'approccio dovrebbe altresì escludere la rilevanza degli atti di organi assembleari che agiscano non all'unanimità o per *consensus*, bensì a maggioranza. Tuttavia, se i membri dissenzienti, posti in minoranza nel momento decisionale, prestano *ex post* acquiescenza alla volontà della maggioranza espressa nell'organo assembleare, non sembra che vi sia ragione per escludere che i primi possano concorrervi indirettamente e risultare vincolati dalla prassi dell'organo.

È forse superfluo ricordare che, ai fini che qui interessano, rileva, ai sensi dell'art. 33, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), soltanto "toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité"; ciò "sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation" (art. 5 della stessa Convenzione<sup>18</sup>).

**3.** La prima ipotesi ricostruttiva concerne la prassi che denoti il consenso degli organi e dei membri dell'organizzazione circa il *significato* dello strumento costitutivo e delle altre regole pertinenti applicabili all'organizzazione<sup>19</sup>. Il fondamento normativo di tale prassi è rinvenibile nelle stesse disposizioni dell'accordo opportunamente interpretate. Si resta, in altre parole, nella sfera del principio di attribuzione qualora le competenze esercitate dall'organizzazione trovino, in virtù di un processo interpretativo, il loro *fondamento diretto* in una o più disposizioni dello

<sup>16</sup> Sulla rilevanza del contegno dovuto a inazione, in generale, KOLB, *Selected Problems in the Theory of Customary International Law*, in *Netherlands International Law Review*, 2003, p. 119 ss., p. 136 e, con ampi riferimenti bibliografici, WOOD, *Second report*, p. 28 ss.; NOLTE, *Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties*, UN Doc. A/CN.4/671, 26 marzo 2014, p. 29 ss.

<sup>17</sup> Si pensi ad esempio al parere del 3 marzo 1950, *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, in *ICJ Reports*, p. 8 s.; e a quello su *Certain Expenses of the United Nations*, p. 157 ss.

<sup>18</sup> Non rileva invece, non dando luogo a fenomeni di prassi estensive, né di *competence creep*, l'accordo successivo che cristallizza l'interpretazione *autentica* di un dato trattato ad opera delle parti (*ex art.* 31, par. 3, lett. a, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), ossia l'accordo recante regole interpretative espresse, sebbene non necessariamente scritte (CAPOTORTI, *op. cit.*; NOLTE, *First report*, p. 29, con ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali). Né per ragioni simili assume rilievo la prassi applicativa non sedimentata o incerta perché contrastata da attitudini non convergenti o divergenti, che può valere quale mezzo complementare di interpretazione ai sensi dell'art. 32 della stessa Convenzione (CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 210 ss., in part. p. 218), ma è in sé insuscettibile di generare i fenomeni qui in esame. Sui molteplici ruoli della prassi v. da ultimo CREMA, *Subsequent Agreements and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention*, in NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, p. 13 ss.

<sup>19</sup> La Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali, stabilisce che l'espressione regole dell'organizzazione designa in particolare gli atti costitutivi dell'organizzazione, le decisioni e risoluzioni adottate in conformità di detti atti e la pratica consolidata dell'organizzazione (art. 2, lett. j).

strumento costitutivo dell'ente. Occorre una serie di linee di condotta dell'organo o di più organi che intendano in un certo modo la norma rilevante e la applichino di conseguenza<sup>20</sup>. Si profila così l'esistenza di una volontà concernente l'applicazione delle disposizioni dell'accordo istitutivo, confermata da una *sequenza* di elementi di prassi successiva che dimostri l'intendimento complessivo dell'organizzazione e dei membri della stessa<sup>21</sup>.

Se è ragionevole supporre che l'interpretazione di uno o più organi non sia, di regola, vincolante per i membri dell'organizzazione, non è tuttavia necessario il concorso esplicito di tutti per formare un certo esito interpretativo. Possono, infatti, rilevare non solo le manifestazioni esplicite di una volontà concordante, ma – come accennato – anche le condotte acquiescenti o inattive (assenza di obiezioni o di proteste all'interno dell'organizzazione).

La giurisprudenza internazionale offre esempi di prassi interpretativa incontrastata, univoca e quindi idonea a esprimere un intendimento comune. Si pensi al caso delle immunità spettanti (nel territorio degli Stati membri) al personale subordinato dell'ONU, e poi estese a individui non dipendenti dell'Organizzazione ma svolgenti funzioni per suo conto, in forza di condotte uniformi di organi, comitati e commissioni: nel caso *Mazilu* la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto, per un verso, in capo all'ONU il potere di concedere immunità a detto personale e, per altro verso, in capo agli Stati membri, l'esistenza di un corrispondente obbligo di rispettarle<sup>22</sup>.

Naturalmente, se l'atto dell'organizzazione sia invece frutto di condotta isolata<sup>23</sup> ovvero oggetto di obiezioni, il corrispondente esito interpretativo suggerito non riesce a consolidarsi<sup>24</sup>.

In punto di diritto, le uniformi linee di condotta sono ascrivibili a una disposizione dell'accordo che assume, di conseguenza, un certo significato applicativo. Esse sono assimilabili alla dimensione interpretativa dell'accordo, non snaturando i contenuti di quest'ultimo. Rileva dunque sì la volontà comune degli organi dell'organizzazione, formatasi posteriormente alla conclusione dello strumento costitutivo; tuttavia essa concerne l'interpretazione di una data regola dell'atto costitutivo che dà luogo a un esito *coerente con il suo contenuto*. In questa prospettiva, si ricade nella sfera del richiamato art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Certo, l'esito interpretativo potrebbe avere natura evolutiva quando esso disegni intorno a una certa disposizione una *veste* suscettibile di assumere nel tempo signi-

<sup>20</sup> È ragionevole supporre che, salva la diversa volontà espressa nell'accordo istitutivo dell'organizzazione internazionale, ciascun organo possa interpretare le singole disposizioni che è chiamato ad applicare. Con riguardo all'Organizzazione delle Nazioni Unite v. CONFORTI, FOCARELLI, *op. cit.*, p. 17; e più in generale NOLTE, *Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties*, UN Doc. A/CN.4/683, 7 aprile 2015, p. 17.

<sup>21</sup> Si noti che sarebbe difficile prescindere dal contegno di questi ultimi che, in ultima analisi, sono componenti costitutive dell'organizzazione, loro controparti interessate a controllarne l'operato, soprattutto dinanzi a prassi estensive, e spesso artefici della formazione della volontà dell'organo. In questa prospettiva BOISSON DE CHAZOURNES, *Subsequent Practice, Practices, and 'Family-Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu*, in NOLTE (ed.), *op. cit.*, p. 53 ss., p. 57 s.

<sup>22</sup> Parere del 15 dicembre 1989, *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, paragrafi 49, 51 s.

<sup>23</sup> Organo di appello della WTO, rapporto del 4 ottobre 1996, *Japan Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 13. NOLTE, *Second report*, p. 21 ss., e *Third report*, p. 30. Suggestisce un approccio cauto nell'individuare la prassi rilevante KOHEN, *Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits*, in NOLTE (ed.), *op. cit.*, p. 34 ss.

<sup>24</sup> Può accadere che l'atto di un organo non si consolidi poiché non incontrastato, essendo ritenuto dagli "obiettori" inconciliabile con le regole costitutive dell'organizzazione: cfr. il parere della Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons*, paragrafi 25 e 27.

ficati diversi, recando la stessa disposizione termini ampi e generali o comunque non definiti<sup>25</sup>. L'interpretazione evolutiva, *rectius* il risultato corrispondente, può essere il frutto di un'operazione ermeneutica condotta in conformità alle regole (generali) di interpretazione dei trattati, le quali includono il contesto e quindi la coerente prassi interpretativa degli organi. Sul piano concettuale, è ragionevole assumere che gli organi dell'organizzazione e i membri della stessa – anche tramite acquiescenza o non opposizione a una certa condotta – possano dare luogo a una prassi interpretativa che intenda in senso ampio la disposizione rilevante dell'accordo istitutivo. Il concorso anche solo passivo di tali soggetti accresce il grado di legittimazione dell'esercizio di un potere ricondotto in via interpretativa a una disposizione dell'accordo costitutivo che di per sé abbia un contenuto aperto. A volte, anzi, la redazione *minimalista* e generica (c.d. ambiguità costruttiva) dello strumento costitutivo dell'organizzazione può essere non casuale; i redattori potrebbero ricorrervi, riguardo in particolare ai poteri dei vari organi, proprio per consentire alla prassi successiva di precisare contenuti che si è preferito non definire nel corso del negoziato, prefigurando che la stessa intervenga a titolo perfezionativo con contegni che, se ripetuti nel tempo, possono dar luogo a esiti interpretativi vevoli *praeter legem*, destinati cioè a inserirsi negli spazi aperti, non espressamente occupati da norme scritte. In questa prospettiva potrebbe considerarsi ad esempio la prassi che ha permesso la creazione del Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite, se si guarda complessivamente all'art. 101 della Carta, alle condotte degli organi e, a ben vedere, al modo in cui tali elementi sono stati valutati nel parere della Corte internazionale di giustizia sugli *Effects of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunals*<sup>26</sup>.

Ciò detto sembra però che, affinché si resti nella dimensione interpretativa (o *rectius* nel consenso interpretativo desunto da una prassi uniforme) cui si riferisce la fattispecie di cui all'art. 31, par. 3, lett. b), sia necessario riscontrare due caratteri. In primo luogo, la prassi non può produrre esiti *contra legem*, contrastanti cioè con altre disposizioni dell'accordo istitutivo dell'organizzazione<sup>27</sup>; in secondo luogo, la prassi successiva deve essere tale da permettere la ricostruzione *ex post* di una *sicura* volontà concludente di riconoscere un certo contenuto alla disposizione generale che definisce i poteri dell'organizzazione.

Se tali condizioni sono soddisfatte, la sfera dei poteri così ricostruiti per interpretazione in capo all'organizzazione appare connessa al dato normativo dell'accordo, confortato a sua volta dalla concordante prassi applicativa. In questa pro-

<sup>25</sup> Sebbene non relativa al diritto delle organizzazioni internazionali si può menzionare al riguardo la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 13 luglio 2009, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, par. 64.

<sup>26</sup> Parere del 13 luglio 1954, in *ICJ Reports*, p. 56 ss. La creazione di un organo giurisdizionale interno è per di più necessaria in ragione dell'immunità giurisdizionale assicurata all'ONU nel territorio di ciascuno dei suoi membri (art. 105), opportunamente richiamata dalla Corte. *Per incidens*, una soluzione negativa sarebbe difficilmente prospettabile ove si ritenga che il riconoscimento di immunità e privilegi in capo alle organizzazioni internazionali sia essenziale per garantire loro autonomia da interferenze governative: una simile posizione va riequilibrata con la creazione di strumenti giudiziari interni e indipendenti per risolvere le controversie con il personale garantendo loro l'accesso a un giudice (cfr. la sentenza della Corte EDU del 18 febbraio 1999, *Waite and Kennedy v. Germany*, paragrafi 58-74).

<sup>27</sup> Non è possibile, in altre parole, giustificare, in chiave interpretativa, contegni destinati a consolidarsi in un risultato che si riveli inconciliabile con altre disposizioni del medesimo, senza violare l'essenza stessa dell'operazione ermeneutica e le altre regole generali di interpretazione. In questo senso potrebbe essere interpretato il passo in cui la Corte internazionale di giustizia rilevò che la costituzione, ad opera dell'Assemblea generale, del Tribunale amministrativo interno per la soluzione delle controversie con il personale non era in contrasto con norme della Carta, essendoci "no indication to the contrary" (parere della Corte internazionale di giustizia, *Effects of awards of compensation*, p. 56).

spettiva, non sembra esservi nulla di eversivo nell'affermare che si resta nella sfera dei poteri *conferiti* all'organizzazione. Per distinguerli dalla figura dei poteri impliciti (*infra*, par. 4), si potrebbe definirli *poteri praeter legem sottesi* alle regole dell'organizzazione e definiti da un intendimento comune che ne definisce *ex post* il significato. In altri termini, la prassi applicativa dà luogo, nell'ipotesi considerata, a una condotta legittima che si è consolidata in un esito interpretativo destinato, a sua volta, a trovare una sua coerenza con l'atto costitutivo dell'organizzazione complessivamente considerato; esito che, in ultima analisi, è altresì in armonia con l'insieme dei vari criteri di interpretazione del medesimo posti dal diritto internazionale generale e, se del caso, delle specifiche regole interpretative dell'organizzazione.

4. Un diverso fondamento giuridico va invece ricercato in una prospettiva *extra-sistemica*, rispetto all'accordo costitutivo dell'organizzazione, quando la prassi applicativa non assuma *sic et simpliciter* natura interpretativa, ma dia luogo a *fenomeni additivi* in capo all'organizzazione. Ciò accade quando l'esito della stessa prassi si discosti dal contenuto delle disposizioni dell'atto costitutivo. Occorre dunque distinguere, almeno in termini concettuali, la prassi *interpretativa* (esaminata in precedenza) da quella *integrativa e modificativa* dell'accordo: la prima definisce, in via interpretativa, la sfera di applicazione della norma che regola i poteri dell'organizzazione; la seconda dà luogo piuttosto a un potere *aggiuntivo* non riconducibile alle attribuzioni conferite.

In quest'ultima l'organizzazione esercita una competenza non sottesa alle regole dell'organizzazione e tuttavia frutto della volontà desumibile a posteriori dalla condotta dei suoi organi e membri. Seguendo questo *iter* logico, l'ipotesi in esame sembra rientrare nella categoria in senso proprio dei *poteri impliciti* (o, se si vuole, trasferiti *by necessary implication*) appunto perché la prassi applicativa esprime una volontà "extra-sistemica", successiva alla conclusione dell'accordo costitutivo dell'organizzazione e intesa ad attribuirle un certo potere non previsto, neppure indirettamente, in una disposizione dell'accordo stesso.

In questo caso, *non* sembra ricadersi più nella sfera dell'art. 31, par. 3 lett. b). Il fatto di produzione giuridica sembra piuttosto dato da una prassi successiva all'accordo che determina la formazione di una "consuetudine" idonea a modificare lo strumento costitutivo originario, conferendo quindi all'organizzazione (o all'organo) un *nuovo* potere, che va considerato come attribuito *ex post* poiché non previsto nell'atto costitutivo. In questa prospettiva sembra apprezzabile, ad esempio, la prassi degli organi delle Nazioni Unite "adopted without a dissenting vote"<sup>28</sup>, a fondamento delle operazioni di *peace-keeping*<sup>29</sup>.

Non si profila, in altre parole, un comune intendimento interpretativo delle parti posteriore alla conclusione dell'atto costitutivo; bensì una consuetudine *particolare* – poiché soggettivamente limitata ai membri dell'organizzazione – che, in base

<sup>28</sup> Questo elemento è più volte indicato nel noto parere su *Certain Expenses of the United Nations*, p. 170 ss.

<sup>29</sup> E ciò malgrado che la Corte internazionale di giustizia sembrò piuttosto motivarla sulla base di una *nozione finalistica* di potere implicito, correlata agli obiettivi dell'Organizzazione e dunque in sé molto ampia. Per analogia (poiché riguardante le modalità decisionali di un organo) si potrebbe ricordare il potere del Consiglio di sicurezza di adottare validamente risoluzioni *ex art* 27, par. 3, della Carta ONU sulla base della semplice astensione di uno dei membri permanenti, riflettendo ciò una prassi "generally accepted by Members of the United Nations and evidence as a general practice of that organization": parere del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, par. 22.

all'ordinamento internazionale<sup>30</sup>, è fatto di produzione giuridica suscettibile di modificare l'accordo originario, indipendentemente dalla partecipazione attiva di tutti i membri dell'organizzazione<sup>31</sup>.

La proiezione della fattispecie in chiave consuetudinaria incontra però vari ostacoli che suggeriscono un approccio cauto nell'ammettere un simile effetto traslativo di poteri. In primo luogo, le convenzioni costitutive di organizzazioni a larga partecipazione non sono agevolmente modificabili per detta via in ragione della difficoltà di ricostruire una *diuturnitas* degli organi sufficientemente estesa, stabile (perché sufficientemente sedimentata) e accettata dai membri dell'organizzazione<sup>32</sup>.

Ciò conduce, in secondo luogo, alla difficoltà di accertare l'esistenza di un'*opinio juris ac necessitatis*<sup>33</sup>.

In terzo luogo, affinché il processo consuetudinario interno all'organizzazione possa conferirle un potere addizionale, occorre che l'accordo costitutivo non preveda rigide procedure di riforma o che esse, pur previste, siano scarsamente effettive. Può accadere, infatti, come mostra il variegato panorama degli strumenti costitutivi di organizzazioni internazionali, che gli organi dell'ente siano titolari, di regola, unicamente del potere di interpretare l'atto costitutivo (e il relativo quadro normativo); e non abbiano quello di derogarvi o di emendarlo tramite uso consuetudinario.

Ciò va accertato, caso per caso, in funzione del modo d'essere dell'atto. Al riguardo si può rammentare la rigorosa posizione assunta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>34</sup>. Invero, in tale sistema giuridico, in virtù dei principi di legalità e di gerarchia delle fonti, la prassi applicativa non è idonea a produrre esiti normativi stridenti con, o in deroga ai, Trattati<sup>35</sup>.

Sarebbe peraltro eccessivo sostenere *in via generale* che il trattato istitutivo dell'organizzazione non possa essere modificato tramite prassi applicativa che pur mostri l'intervenuta formazione di una norma consuetudinaria corrispondente, così che detto trattato possa essere emendato esclusivamente nei modi previsti da esplicite clausole di revisione<sup>36</sup>. Nella misura in cui si ritenga – come tradizionalmente si

<sup>30</sup> *Ex multis* WOOD, *Third report*, p. 54 ss. (con altri riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza internazionale e interna).

<sup>31</sup> Naturalmente tale distinzione tenderebbe a stemperarsi se si attribuisse natura semi-consensuale alla consuetudine e si ritenesse, in pratica, che le condotte di tutti i membri dell'organizzazione, quali destinatari della disposizione, non siano indispensabili alla sua formazione, ma debbano almeno consistere in contegni di non obiezione alla prassi che intende attribuire un potere additivo all'organizzazione.

<sup>32</sup> Nel parere sulle *Legal Consequences for States*, p. 22, la Corte internazionale di giustizia sottolineò che la prassi deve essere coerente e uniforme per giustificare l'affermazione di una nuova regola. D'altra parte ciò è connaturato alla natura consuetudinaria del processo che si sta descrivendo.

<sup>33</sup> Tale questione potrebbe essere superata se si considerassero sia le linee di condotta seguite dagli organi, sia i contegni (consistenti anche in astensioni o in assenza di voti dissenzienti) dei membri dell'organizzazione, adottati al momento dell'approvazione di un certo atto ovvero posteriormente allo stesso tramite acquiescenza (cfr. la sentenza della Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, paragrafi 187-201; WOOD, *Second report*, p. 57).

<sup>34</sup> La posizione egualmente negativa assunta dall'Organo di appello della WTO riguarda invece l'inapplicabilità dell'art. 31, par. 3, lett. a), alla stessa Organizzazione: cfr. il rapporto del 26 novembre 2008, *EC – Regime for the importation, sale and distribution of bananas*, *Second Recourse to Article 21.5*, WT/DS27/AB/RW/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, paragrafi 391-393.

<sup>35</sup> La rigidità della procedura di revisione non la rende cioè intercambiabile con consuetudini e neppure con la stipulazione di accordi informali modificativi del diritto primario dell'Unione europea. Non sono dunque ammissibili, diversamente dalle regole generali di diritto internazionale, strumenti di produzione giuridica in deroga al diritto primario. Naturalmente, è perfettamente concepibile e coerente con il diritto internazionale generale che l'Unione abbia un proprio punto di vista riguardo alla rilevanza giuridica della prassi applicativa al proprio interno, se non altro perché l'art. 5 della Convenzione di Vienna fa salve le regole pertinenti dell'organizzazione riguardo ai trattati costitutivi di organizzazioni internazionali.

<sup>36</sup> Sembra tendere verso questa direzione KOHEN, *op. cit.*, p. 36; in senso diverso HAFNER, *Subsequent Agreement and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment*, in NOLTE (ed.), *op. cit.*, p. 105 ss., p. 120.

afferma – che accordo e consuetudine siano fonti in principio intercambiabili (fatta salva, s'intende, la non cedevolezza della norma consuetudinaria cogente), non vi è ragione per affermare che il trattato costitutivo dell'organizzazione possa essere modificato unicamente da accordi scritti coerenti con la clausola di revisione<sup>37</sup>.

5. In conclusione, è un fatto che le necessità operative delle istituzioni internazionali spingano talora a oltrepassare il dato testuale dei poteri espressamente conferiti<sup>38</sup>. Può essere desiderabile che l'accordo istitutivo dell'organizzazione internazionale sia tempestivamente emendato per adeguarlo al mutato contesto fattuale e sociale esistente all'epoca della sua conclusione. Su un piano metagiuridico, invero, non è irragionevole pensare, per un verso, che debba esservi un certo grado di rispondenza tra la norma e la realtà che essa è destinata a regolare; e, per altro verso, che l'accordo istitutivo di un'organizzazione internazionale, essendo strumento di *applicazione quotidiana* al servizio dei fini che le parti contraenti intendono raggiungere in comune, necessiti nel tempo di adattamenti. Talvolta, per contro, la realtà mostra che emendamenti e modifiche dello strumento costitutivo dell'organizzazione sono impossibili perché non ne sussistono le relative condizioni (giuridiche e politiche<sup>39</sup>).

In tali situazioni la prassi applicativa apporta elementi di flessibilità e serve a rimodulare in chiave *intra-* o *extra-sistemica* il quadro normativo che, in un dato momento storico, mostri lacune o sia inadeguato alle necessità operative dell'organizzazione.

Come osservato, il suo fondamento giuridico non è analogicamente mutuato dalla figura dei poteri impliciti propria degli ordinamenti costituzionali federali. È invece desumibile, alle condizioni sopra indicate, da un lato, dalle stesse disposizioni dell'accordo costitutivo dell'organizzazione quando un certo *potere* sia *praeter legem* perché sotteso a quelle disposizioni, e il suo esercizio sia confermato dalla condotta incontrastata degli organi e dei membri della stessa, così come prevede l'art. 31, par. 3, lett. b) (*supra*, par. 3). L'esercizio di poteri *praeter legem* può anche reputarsi strumento per conseguire le finalità pubblicistiche che i membri dell'organizzazione hanno già definito nello strumento costitutivo (oggetto a sua volta delle rispettive procedure interne di ratifica). Non presenta tuttavia alcuna contiguità con le teorie sociologico-finalistiche dei poteri dell'organizzazione, a volte alimentate dalla giurisprudenza internazionale. Alle condizioni richiamate, la prassi applicativa *intra-sistemica* è sì funzionale al perseguimento in comune di finalità pubblicistiche racchiuse in disposizioni *aperte* attributive di compiti e poteri all'organizzazione. Ciò non implica però alcuna necessità di ricorrere alla teoria dei poteri impliciti degli ordinamenti federali.

Un differente fondamento giuridico va individuato nella prassi applicativa che denoti la formazione di una consuetudine "particolare", applicabile *inter se* ai membri dell'organizzazione. Si tratta di un fatto di produzione giuridica *extra-sistemico*

<sup>37</sup> Da questo punto di vista, la soluzione prevalsa nell'ordinamento dell'Unione europea non è necessariamente generalizzabile, giustificandosi comunque in virtù dell'esistenza in quel sistema giuridico di un organo giurisdizionale che detiene una funzione nomofilattica in grado di imporre rigidità all'accordo istitutivo, così da renderlo in principio impermeabile a prassi derogative.

<sup>38</sup> V. il parere *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons*, par. 25. Un classico esempio è dato dalla prassi delle Nazioni Unite concernente le *peace-keeping operations*, della cui legittimità è difficile oggi dubitare, ponendosi al più il problema della loro assimilazione al capitolo VII della Carta; CAPOTORTI, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des cours*, vol. 248, 1994, p. 9 ss., pp. 315-319.

<sup>39</sup> Si pensi, in particolare, all'ipotesi che la procedura richieda l'unanimità dei consensi o permetta a una o più parti di porre un veto, vanificando così l'intenzione modificatrice della maggioranza.

rispetto all'accordo costitutivo, appunto perché volto a modificarlo o emendarlo e, in ultima analisi, a creare un potere *addizionale* in capo all'organizzazione. Le condizioni sottostanti, come detto, non sono peraltro semplici da prodursi (*supra*, par. 4).

È poi certamente prospettabile che in pratica le due ipotesi non siano sempre facilmente distinguibili<sup>40</sup>, e che soprattutto non vi sia particolare interesse a differenziarle quando la prassi applicativa successiva, sia essa *intra-* o *extra-sistemica*, appaia incontrastata e dia luogo a poteri effettivamente esercitati dalle organizzazioni internazionali<sup>41</sup>. Tuttavia, sul piano concettuale è preferibile tenere distinte la figura dei poteri *praeter legem* da quella che conferisce nuovi poteri in virtù di un procedimento consuetudinario. La prima non dovrebbe destare particolari dubbi di legittimità democratica poiché riconducibile in senso lato al principio di attribuzione e quindi coperta dalle procedure costituzionali interne di ratifica dello strumento costitutivo dell'organizzazione. La seconda è invece frutto, come si è visto, di un classico strumento di produzione giuridica: la consuetudine (particolare).

Si può riconoscere che tale fatto giuridico sia meno visibile e meno trasparente rispetto a una procedura formale di emendamento o modifica dello strumento costitutivo dell'organizzazione<sup>42</sup>. Si tende anzi ad accogliere con diffidenza i fenomeni di *competence creep* perché si realizzerebbero a detrimento di certe garanzie democratiche e costituzionali<sup>43</sup>. Peraltro, e assumendo che la Comunità internazionale sia principalmente una società di Stati-governi, simili rischi possono essere superati soltanto a condizione che l'esecutivo (protagonista anche nella vita delle organizzazioni internazionali) operi in un contesto ordinamentale interno caratterizzato da valori di democrazia, Stato di diritto, libertà ed eguaglianza. La ragione sta essenzialmente nella debolezza sistemica (o se si vuole sociologica) della società internazionale in cui i valori sottesi ai concetti di *demos* e *kratos* trovano in principio espressione indiretta<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> HAFNER, *op. cit.*, p. 105 ss., p. 114.

<sup>41</sup> Cfr. ENGSTRÖM, *Understanding Powers of International Organizations. A Study of the Doctrines of Attributed Powers, Implied Powers and Constitutionalism – with a Special Focus on the Human Rights Committee*, Åbo, 2009, pp. 40 ss. e 274 ss.

<sup>42</sup> MURPHY, *The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties*, in NOLTE (ed.), *op. cit.*, p. 82 ss., p. 89.

<sup>43</sup> KLABBERS, *op. cit.*, p. 64; HAFNER, *op. cit.*, p. 105 ss., p. 116, ricorda la giurisprudenza interna tedesca e americana secondo cui le modifiche ai trattati richiedono in principio il ricorso alle procedure costituzionali di ratifica per motivi di "democratic legitimacy"; così anche KADELBACH, *Domestic Constitutional Concerns with Respect to the Use of Subsequent Agreements and Practice at the International Level*, in NOLTE (ed.), *op. cit.*, p. 145 ss.

<sup>44</sup> Comunque, una simile debolezza non appare esclusiva dei modi tramite i quali assumono rilievo giuridico le prassi estensive dei poteri delle organizzazioni internazionali. E allora l'esigenza di controllo parlamentare nazionale – l'unica per molti versi in grado di iniettare forme certe di legittimazione democratica nell'ordinamento internazionale – dovrebbe riguardare in generale l'esercizio del potere governativo di condurre le relazioni esterne.



ISBN 978-88-6611-591-5



**Due tomi indivisibili**

**€ 120,00**