

.Mentre la consuetudine internazionale crea diritto internazionale generale, l'accordo crea diritto internazionale particolare che crea diritti ed obblighi solo per gli Stati parte. Può accadere che una norma di un accordo enunci una regola consuetudinaria preesistente o che possa trasformarsi poi in diritto internazionale (art. 38 Convenzione di Vienna, 1969).

1.Le regole dichiarative del diritto internazionale consuetudinario obbligano tutti gli Stati della comunità internazionale indipendentemente dalla ratifica o dall'entrata in vigore dell'accordo. Di solito l'accordo contiene regole in parte dichiarative del diritto internazionale consuetudinario e altre che ne costituiscono sviluppo progressivo.

2. Consuetudine. Ha due elementi costitutivi:

2.- la prassi (elemento materiale), ossia la ripetizione costante di un comportamento da parte della generalità (non totalità) degli Stati. Deve essere uniforme;

2.- l'opinione iuris ac necessitatis (elemento psicologico), ossia la convinzione generale che tale comportamento sia conforme al diritto.

2.La necessità dei due elementi è stata ribadita dalla Corte Internazionale di Giustizia nel parere sulla liceità di armi nucleari nel 1996.

2.Il tempo di formazione di una consuetudine può essere più o meno esteso, comunque ci vuole un lasso di tempo necessario ai fini di cristallizzazione della norma. Non esistono consuetudini istantanee.

2.La consuetudine è fonte idonea a creare norme di diritto internazionale generale vincolanti tutti i membri della comunità internazionale: ogni Stato è tenuto ad osservare una norma consuetudinaria indipendentemente che abbia o meno partecipato alla sua formazione o che l'abbia accettata. Gli Stati di nuova nascita sono quindi vincolati dalle norme consuetudinarie generali vigenti quando sono nati.

2.Non si accetta la tesi per la quale la consuetudine non vincola lo Stato che si sia manifestamente opposto alla sua formazione (teoria dell'obiettore permanente).

2.Ci sono consuetudini particolari e sono delle norme vincolanti soltanto una ristretta cerchia di soggetti (es.: consuetudini locali).

3. Principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili. Sono principi generalmente riconosciuti negli ordinamenti interni degli Stati che vengono resi applicabili sul piano internazionale al fine di integrare, quando c'è la necessità, sia il diritto pattizio che quello consuetudinario. A questi principi fa riferimento anche l'art. 2 dello Statuto della Corte penale internazionale.

3.Principio "ne bis in idem", opera nei rapporti tra i tribunali interni e quelli penali internazionali. Questi ultimi possono sottoporre il reo a nuovo procedimento solo se il procedimento nazionale non sia stato imparziale o la condanna sia stata lieve rispetto al crimine commesso. I tribunali interni possono sottoporre a nuovo procedimento chi sia stato giudicato dal tribunale internazionale.

3.I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili sono diversi dai principi generali di diritto internazionale, che hanno natura normativa non integrativa.

3. Ius Cogens, norme imperative del diritto internazionale (sono norme di fonte consuetudinaria). Queste norme hanno un rango superiore a quelle poste con accordo o alle semplici norme consuetudinarie. Questa categoria di norme è emersa in un tempo recente e non è citata nell'art. 38 della CIG, ma ha trovato riconoscimento nell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che contiene la definizione, appunto, di Ius Cogens: sono norme di diritto internazionale riconosciute ed accettate dalla comunità internazionale come norme inderogabili.

3. L'art. 53 contiene le caratteristiche della Ius Cogens, che sono due:

3.- la generalità. Per poter essere ritenuta imperativa una regola deve appartenere alla categoria delle norme del diritto internazionale generale che vincolano tutti i membri della comunità internazionale. Siccome l'unica fonte idonea a produrre norme generali è la consuetudine, ne deriva che le norme ius cogens sono norme di fonte consuetudinaria.

3.- l'accettazione e il riconoscimento come norma inderogabile della comunità internazionale nel suo insieme, cioè deve essere condivisa dagli Stati appartenenti a tutte le componenti essenziali della comunità internazionale. Non esiste quindi uno ius cogens regionale. Quindi le norme di ius cogens sono norme di diritto internazionale generale sorrette da una particolare opinio iuris. Sono quindi norme consuetudinarie sostenute da una opinio iuris particolarmente qualificata (l'inderogabilità appunto). In genere sono norme già presenti nell'ordinamento internazionale come norme consuetudinarie e successivamente divenute norme cogenti.

3. Sono norme di ius cogens:

3.- divieto di uso della forza (di aggressione);

3.- divieto di tortura;

3.- divieto di genocidio;

3.- divieto di violazioni massicce dei diritti umani;

3.- divieto di crimini di guerra;

3.- divieto di crimini contro l'umanità;

3.- divieto di comportamenti che provocano un massiccio inquinamento dell'ambiente.

3. E' da escludere che lo ius cogens possa trovare la fonte in un trattato internazionale poiché l'accordo produce solo diritto particolare, vincola cioè solo gli Stati parte.

4. L'art. 38 par. 1 (d) dello Statuto della CIG fa riferimento alla giurisprudenza (decisioni giudiziarie) e alla dottrina, specificando che esse costituiscono mezzi sussidiari per l'accertamento delle norme giuridiche. Si deduce che non sono fonti del diritto internazionale.

4. Per quanto riguarda la giurisprudenza, l'art. 38 par. 1 (d) si apre con riferimento all'art. 59 dello Statuto della CIG allo scopo di affermare l'efficacia soggettiva e oggettiva del giudicato, che vincola solo le parti in lite in relazione alla controversia decisa.

4. Al fine di determinare il contenuto delle norme internazionali vengono prese in considerazione non solo le sentenze della CIG, ma anche quelle dei tribunali arbitrali (es. con riferimento al

diritto internazionale umanitario vi sono il tribunale penale per la ex-Jugoslavia, il tribunale penale per il Ruanda) e la corte penale internazionale.

4. Anche i pareri consultivi della CIG sono importanti, anche se l'art. 38 fa riferimento alle "decisioni giudiziarie", quindi ad atti giuridicamente vincolanti e non a pareri, che non sono obbligatori. Dei pareri si tiene conto, appunto, per ricostruire una norma di diritto internazionale.
4. Per quanto riguarda la dottrina invece, sempre citata dall'art. 38 par. 1 (d), si intendono le opere degli autori più rappresentativi dei vari sistemi giuridici. Di solito la dottrina non viene citata nelle sentenze della CIG, mentre è presa in considerazione da altri tribunali internazionali.
4. In base all'art. 38 par. 2, la CIG è abilitata ad adottare sentenze ex aequo et bono, se le parti le attribuiscono questo potere. In base a ciò la Corte può discostarsi dal modo di procedere a seconda delle esigenze delle parti; per equità, per la giustizia del caso concreto tutte le parti permettono al giudice di agire non seguendo alla lettera il diritto, ma considerando le esigenze del caso. La sentenza è comunque obbligatoria. Finora non sono state emesse sentenze per equità.
4. Quando la CIG decide per equità si tratta di una fonte prevista da accordo, poichè trae la sua forza obbligatoria dall'accordo tra le parti.
4. L'equità ha assunto una grande rilevanza nella delimitazione marittima e specialmente nella divisione della piattaforma continentale e della ZEE tra Stati adiacenti e frontisti.

La gerarchia delle fonti

Le norme imperative (*ius cogens*) prevalgono sulle semplici norme consuetudinarie e invalidano o estinguono contrari accordi. Una norma di *ius cogens* può essere modificata solo da una norma successiva avente uguale valore (vedi art. 53 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). È inammissibile che una norma di *ius cogens* si estingua per desuetudo: atti contrari ad una norma imperativa avrebbero natura di illeciti. La *ius cogens* impedisce la formazione di norme consuetudinarie contrarie.

È importante capire se una norma posteriore ad un trattato abbia natura imperativa o consuetudinaria. Mentre la norma successiva imperativa estingue il trattato anteriore, il trattato anteriore prevale a fronte di una norma consuetudinaria successiva.

Bisogna chiedersi se l'art. 38 par. 1 dello Statuto della CIG oltre ad indicare le fonti, indichi anche la loro gerarchia. Quest'ordine è quello in cui si presentano le fonti al giudice internazionale. Infatti egli per prima cosa verificherà se la lite è disciplinata dall'accordo tra le parti. In mancanza farà riferimento alla consuetudine. In mancanza di questa farà riferimento ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili con funzione integratrice di accordi e consuetudini.

Rapporti tra le norme consuetudinarie

Si coordinano secondo il principio di successione delle leggi nel tempo: la consuetudine posteriore prevale su quella anteriore.

Invece, i rapporti tra consuetudini particolari e consuetudini generali si coordinano con il principio di specialità: anche se anteriore, la consuetudine particolare prevale sulla consuetudine generale.

Rapporti tra consuetudine e accordo

Sono disciplinati secondo il principio di specialità: l'accordo, anche se anteriore, prevale sulla consuetudine posteriore come *lex specialis*. Può darsi però che lo scopo di una consuetudine posteriore sia quello di trattare un'intera materia; in questo caso è la consuetudine posteriore ad abrogare l'accordo anteriore.

Il principio di specialità non è applicabile ai rapporti tra accordo e consuetudine locale; in questo caso si coordinano secondo il principio di successione di leggi nel tempo. Quindi la consuetudine locale posteriore prevale sull'accordo anteriore.

Per quanto riguarda i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili sottostanno all'accordo e alla consuetudine.

L'art. 2 par. 1 dello Statuto della Corte penale internazionale afferma che i principi generali di diritto trovano applicazione in mancanza di una disciplina pattizia o consuetudinaria.

Atti unilaterali

Un atto unilaterale è una manifestazione di volontà non destinata ad incontrarsi con quella di un altro soggetto e non ha valore pattizio. Deve essere previsto da una norma dell'ordinamento di natura pattizia o consuetudinaria. Caratteristica degli atti unilaterali è l'atipicità.

Gli atti unilaterali disciplinati dal diritto pattizio sono:

- la denuncia o recesso, atto con cui ci si scioglie dai vincoli contrattuali previsti dal trattato. Il trattato disciplina le modalità di questo recesso e quando avrà effetto. Se il trattato non contiene nulla in merito questo è ammissibile secondo la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.
- la requete, atto con cui si mette unilateralmente in moto il procedimento davanti ad un organo giurisdizionale come ad esempio la CIG. Questo presuppone l'esistenza di una clausola compromissoria inserita in un trattato con la quale le parti convengono che ogni controversia nata in relazione all'interpretazione del trattato possa essere deferita alla competenza di un organo giurisdizionale incaricato.

Gli atti disciplinati dal diritto consuetudinario sono :

- il riconoscimento, con questo atto un soggetto riconosce come conforme a diritto una certa situazione, con la conseguenza che con questo dovrebbe essere preclusa poi la facoltà di contestarne l'illegittimità.
- la rinuncia, un soggetto manifesta la volontà di non avvalersi di un diritto soggettivo a lui spettante. Può essere esplicita oppure desunta.
- l'acquiescenza, conseguenza della mera inerzia del soggetto di fronte ad una situazione che tocca i suoi interessi. E' il silenzio di chi avrebbe dovuto prendere posizione in ordine ad una determinata situazione.
- la protesta, non si riconosce come conforme a diritto una determinata pretesa. Si impediscono le conseguenze che potrebbero derivare dall'acquiescenza.

- la promessa, atto con cui uno Stato si impegna a tenere un certo comportamento o si obbliga ad astenersi dal farlo.
- la notifica, si rendono “consapevoli” uno o più soggetti di diritto internazionale dell’esistenza di determinati fatti o situazioni. Il soggetto che l’ha ricevuta non può quindi ignorare l’esistenza del fatto o situazione.
- l’estoppel, figura del diritto anglosassone, impedisce di rendere priva di effetti una dichiarazione effettuata da uno Stato nei confronti di un altro, quando la dichiarazione è a vantaggio dello Stato dichiarante e a svantaggio dell’altro Stato. Lo Stato dichiarante è precluso dal contestare la sua dichiarazione e dal far valere una pretesa in contrasto con essa.

