



Il *soft law* bilaterale: potenzialità e criticità per l'Italia. Gli atti internazionali non vincolanti nella prassi del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale

Walter Ferrara, Simone Salvatore, Micol Bruno
Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale

Premessa - Negli ultimi anni, nel quadro di un generale incremento delle negoziazioni internazionali¹, gli Stati e le organizzazioni internazionali, al fine di regolare i loro rapporti, ricorrono sempre più spesso a strumenti non giuridicamente vincolanti, noti come Non Binding Agreements (NBAs) o, in senso a-tecnico, Memorandum of Understanding (MoU), i quali si affiancano al più tradizionale strumento del trattato intergovernativo. In tal modo si ripropone nel diritto internazionale – sul piano tanto bilaterale, quanto multilaterale – la dicotomia tra strumenti giuridicamente vincolanti (c.d. *hard law*) e strumenti non giuridicamente vincolanti (c.d. *soft law*). Nel presente articolo si dà conto delle ragioni del sempre più frequente impiego nella prassi, anche italiana, delle intese non giuridicamente vincolanti. Inoltre, si analizzano, sul piano pratico, le criticità che il Servizio Giuridico del Ministero degli Esteri e della Cooperazione Internazionale si trova quotidianamente ad affrontare nel corso della negoziazione di tali atti.

Le intese nella prassi internazionale - Le intese prive di efficacia obbligatoria, utilizzate negli ultimi anni in misura crescente, sono da sempre presenti nella prassi internazionale, sia come strumenti autonomi che nell'ottica di un impiego congiunto con atti giuridicamente vincolanti. In tale ultima ipotesi, in particolare, esse risultano utilizzate sia in qualità di atti preparatori per la conclusione di futuri trattati internazionali², che in qualità di atti esecutivi di trattati precedenti. Nel primo caso, le intese hanno una funzione pre-giuridica, ossia quella di definire in via preliminare il contenuto degli impegni che le parti hanno deciso di assumere con la firma di futuri trattati³. Nel secondo caso, invece, hanno lo scopo di integrare il contenuto dei trattati già firmati (c.d. *umbrella agreement*), regolamentando in maniera più dettagliata la materia.

¹ Il costante incremento delle negoziazioni internazionali è testimoniato dall'aumento dell'attività svolta dal Servizio Affari giuridici, del Contenzioso internazionale e dei Trattati del Ministero degli Esteri e della Cooperazione internazionale. In particolare, come risulta dall'Archivio Trattati della Repubblica Italiana (www.atrio.Esteri.it), nel 2021 sono stati firmati dall'Italia 74 accordi internazionali, a cui si aggiungono circa 100 intese tecniche, e sono state finalizzate le procedure per l'entrata in vigore di altri 74 Trattati, bilaterali e multilaterali. L'Archivio Trattati raccoglie nel complesso circa 10.000 accordi, di cui più di 6000 in vigore, tra cui 72 Trattati multilaterali di cui l'Italia è depositaria (quali, ad esempio, i Trattati di Roma istitutivi della CEE e il Trattato di Amsterdam del 1999).

² Cfr. PAOLO FOIS, *Gli accordi non vincolanti e il diritto dei trattati*, in *Studi in Onore di Vincenzo Starace*, pp. 282-283, che si interroga sulla natura giuridica non giuridicamente vincolante degli accordi-quadro meramente enunciativi di principi generali e degli accordi preliminari stipulati secondo il modello del *pactum de contrahendo*.

³ Cfr. ANDREAS ZIMMERMANN, NORA JAUER, *Possible indirect effects under international law of non-legally binding instruments*, KFG Working Paper No. 48, maggio 2021, Berlin Potsdam Research Group "The International Rule of Law – Rise or Decline?", pp. 8-9.

Inoltre, patti privi di efficacia giuridica vincolante sono talvolta previsti all'interno di clausole di un classico trattato internazionale giuridicamente vincolante⁴.

La ragione di un ricorso così diffuso a questo strumento, anche ormai con funzione autonoma, risiede nella snellezza del suo procedimento di formazione. Infatti, se i passaggi interni volti ad addivenire alla sottoscrizione di questo tipo di atti variano per ogni Paese, si riscontra una generalizzata assenza di adempimenti successivi alla firma necessari per il perfezionamento dell'efficacia di tali strumenti. Tale caratteristica è presente anche negli accordi internazionali in forma semplificata di cui all'art. 12 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, che possono entrare in vigore alla firma. Tuttavia, tali accordi di norma sono impiegati unicamente nel caso in cui diano esecuzione o detaglino altri trattati internazionali.

Pertanto, per garantire le esigenze di celerità, gli Stati sono talvolta disposti a rinunciare alla vincolatività degli strumenti, preferendo assumere impegni di natura politica dall'immediata operatività, piuttosto che concludere atti la cui entrata in vigore resta incerta sia nel *quando* che nell'*an*. Inoltre, in relazione ad atti prettamente tesi a regolare una cooperazione tra le parti in un determinato settore, ad esempio culturale o economico, risulta talvolta più funzionale fondare la collaborazione sulla realizzazione di obiettivi condivisi piuttosto che sull'obbligo di rispettare impegni giuridicamente vincolanti⁵.

Le intese nella prassi nazionale - Nell'ambito dell'ordinamento italiano, tra gli atti internazionali non giuridicamente vincolanti, la Circolare del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale n. 2 del 2021 attribuisce particolare rilievo alle c.d. "intese tecniche" tra Amministrazioni appartenenti a Paesi diversi, definite "atti idonei a far sorgere impegni di collaborazione tecnico-amministrativa e/o di natura politica esclusivamente tra le singole Amministrazioni stipulanti"⁶. Si tratta di strumenti conclusi tra enti di natura pubblica, che non creano situazioni giuridiche vincolanti sul piano del diritto internazionale, né hanno natura negoziale o pattizia.

Le suddette intese tecniche sono menzionate anche dalla legge 131/2003⁷, che all'art. 6 prevede, accanto al potere delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano di concludere accordi internazionali con altri Stati, anche la facoltà di tutti gli enti locali di stipulare "intese" e di compiere "attività "di mero rilievo internazionale" nell'ambito delle proprie competenze.

⁴ Cfr. PAOLO FOIS, *op. cit.*, p. 289. In tal caso, in virtù del principio dell'integrità del trattato, tali patti sono considerati indivisibili dal trattato che li contiene e, dunque, seguono la disciplina del diritto internazionale dei trattati, salvo le parti non abbiano espressamente disposto altrimenti.

⁵ Cfr. PAOLO FOIS, *op. cit.*, p. 301.

⁶ Circolare del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale n. 2 del 2021, lett. b), punto I. Tale Circolare, a tredici anni dall'adozione della precedente (Circolare n. 4 del 2008), ha innovato le procedure volte alla finalizzazione degli atti internazionali, attribuendo particolare rilievo alla programmazione degli atti internazionali e alla definizione dell'impatto degli stessi nella legislazione vigente.

⁷ Cfr. Legge n. 131 del 5 giugno 2003 "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3", Art. 6 (Attuazione dell'articolo 117, quinto e nono comma, della Costituzione sull'attività internazionale delle regioni).

A differenza della procedura prevista per i trattati internazionali, per la firma di tali strumenti non è richiesta la concessione di pieni poteri, ma è sufficiente un nulla osta da parte del Ministro degli Affari Esteri, volto alla verifica della coerenza delle attività internazionali delle singole Amministrazioni con gli obiettivi di politica internazionale⁸.

Tale procedura è seguita anche nel caso di conclusione di intese ad opera di organi indipendenti di rilievo costituzionale, quali ad esempio le Camere o il Consiglio di Stato, con enti omologhi di altri Paesi, mentre non si rende necessario il rilascio del nulla osta nel caso in cui gli strumenti stipulati siano atti meramente dichiarativi, inidonei a far sorgere impegni di alcun tipo in capo alle parti, ovvero laddove i soggetti coinvolti siano soggetti privati o autorità amministrative non rappresentative di istanze politiche.

Si tratta di una procedura molto più snella di quella prevista per i trattati internazionali, i quali nel nostro ordinamento, sono sottoposti a un procedimento standard, che comporta tempi più o meno lunghi a seconda del tipo di accordo internazionale in negoziazione. Infatti, se di norma il procedimento si conclude in una tempistica che va dalle quattro alle otto settimane, per i trattati sottoposti alla disciplina di cui all'art. 80 Cost. si aggiungono circa tre anni⁹, necessari per la promulgazione della legge di autorizzazione alla ratifica.

La differenza relativa alla procedura di adozione delle intese tecniche rispetto al procedimento di formazione degli accordi internazionali rende particolarmente importante l'individuazione di elementi chiave distintivi dei due atti di rilevanza internazionale.

In primo luogo, rileva la diversità delle parti delle intese tecniche rispetto a quelle degli accordi internazionali. Infatti, mentre questi ultimi sono conclusi tra Governi, le prime sono stipulate tra Amministrazioni, a rigore inidonee ad impegnare sul piano internazionale lo Stato nel suo complesso¹⁰. Tale elemento distintivo acquista un'importanza particolare nel caso in cui le parti intendano far acquisire efficacia immediata all'atto oggetto della stipulazione. Infatti, a titolo esemplificativo, una categoria di intesa a cui si fa sovente ricorso è quella che istituisce meccanismi di consultazione bilaterale tra Ministeri degli Affari Esteri di differenti Paesi. Nel caso in cui tale genere di atto assumesse il carattere giuridicamente vincolante del trattato internazionale, sarebbe difficile escluderne la natura politica e, di conseguenza, sarebbe necessario procedere a

⁸ Cfr. art. 12, comma 2 del D.lgs. n. 300 del 1999, secondo il quale: «nell'esercizio delle sue attribuzioni il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale assicura la coerenza delle attività internazionali ed europee delle singole Amministrazioni con gli obiettivi di politica internazionale».

⁹ Dati elaborati sulla base delle informazioni reperibili nell'Archivio Trattati Internazionali Online del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale.

¹⁰ In tal senso è possibile evidenziare che nella decisione del 2012 del Tribunale internazionale del diritto del mare (TIDM), *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar)* è stata riconosciuta la natura di intesa alla dichiarazione congiunta sui confini marittimi oggetto della controversia anche considerando il livello di autorità dei firmatari. V. par. 96: «on the question of the authority to conclude a legally binding agreement, the Tribunal observes that, when the 1974 Agreed Minutes were signed, the head of the Burmese delegation was not an official who, in accordance with article 7, para. 2, of the Vienna Convention, could engage his country without having to produce full powers».

ratifica previa legge di autorizzazione *ex art. 80 Cost.*, vanificando l'esigenza di celerità sottesa agli interessi perseguiti tramite questo strumento.

Inoltre, per essere qualificata come tale, l'intesa deve essere conclusa in un contesto idoneo e il linguaggio dell'atto deve essere coerente con la natura che si intende conferire allo stesso. Ciò si rende particolarmente necessario in quanto – come chiarito dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (art. 2¹¹) e da estesa giurisprudenza internazionale¹² – il *nomen iuris* degli accordi internazionali non è un elemento decisivo ai fini della loro qualificazione, né è sufficiente che lo strumento contenga una clausola volta espressamente ad escluderne tale natura. Infatti, anche in presenza di una siffatta clausola, la previsione di disposizioni di segno opposto potrebbe comunque indurre l'interprete, all'esito di una lettura sistematica del testo, a ritenere che lo strumento abbia profili di vincolatività sul piano del diritto internazionale¹³.

A tal fine, in sede di adozione delle intese tecniche, nella prassi vengono effettuate alcune verifiche formali e sostanziali finalizzate ad escludere che gli atti possano essere qualificati come accordi internazionali. Nel dettaglio, sul piano formale, viene verificato che siano assenti espressioni tipiche del linguaggio tecnico proprio degli accordi internazionali, quali, ad esempio, formule inerenti il conferimento dei pieni poteri¹⁴, il termine “*have agreed*”¹⁵, la locuzione “*entry into force*” riferita all'entrata in vigore, o l'espressione “*done at*” precedente il blocco firme. Parimenti, è necessario accertarsi che nel testo non siano adoperati termini da cui possa desumersi l'intenzione di conferire vincolatività giuridica agli adempimenti stipulati¹⁶.

Inoltre, sul piano sostanziale, ci si accerta che l'intesa non contenga riferimenti a un determinato diritto applicabile o all'utilizzo di sistemi di risoluzione giuridica delle

¹¹ Cfr. art. 2, par. 2, lett. a), Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati: «‘treaty’ means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation».

¹² Cfr. CIG, *Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain)*, *Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, 1994, par. 23: «The Court would observe, in the first place, that international agreements may take a number of forms and be given a diversity of names»; CIG, *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, 1978, par. 96: «it knows of no rule of international law which might preclude joint communication from constituting an international agreement to submit a dispute to arbitration or judicial settlement»; Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 UNCLOS, *South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, PCA, 2015, par. 214.

¹³ Cfr. CIG, *Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain)*, *cit.*, par. 27: «The Court does not find it necessary to consider what might have been the intentions of the Foreign Minister of Bahrain or, for that matter, those of the Foreign Minister of Qatar. The two Ministers signed a text recording commitments accepted by their Governments, some of which were to be given immediate application. Having signed such a text, the Foreign Minister of Bahrain is not in a position subsequently to say that he intended to subscribe only to a ‘statement recording a political understanding’, and not to an international agreement».

¹⁴ La più comune delle quali è «in witness thereof the Undersigned, being duly authorised thereto, have signed this...».

¹⁵ Cfr. Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 UNCLOS, *South China Sea Arbitration, (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, PCA, 2015, par. 215, dove viene valorizzato l'impiego di termini maggiormente deboli ed elastici al fine della qualificazione dello strumento in esame quale accordo non giuridicamente vincolante.

¹⁶ Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, all'uso dell'ausiliare verbale “*shall*”, che andrebbe sostituito con il meno incisivo “*will*”, o alla locuzione “*disputes*”, in luogo della quale è raccomandabile l'utilizzo del più generico termine “*differences*”. Con riferimento alle raccomandazioni lessicali, si veda anche la prassi tedesca, su cui cfr. SABRINA SCHÄFER, FLORIAN HELD, *Memoranda of (Mis)Understandings: Observations on German practice regarding non-legally binding arrangements in International Law*, in *Völkerrechtsblog*, 2021.

controversie che dovessero insorgere tra le parti (tra cui, in particolare, clausole compromissorie che consentano di deferire le dispute a un organo giudiziario internazionale). Infine, nel rispetto di quanto previsto nel nostro ordinamento, è necessario escludere che l'intesa abbia un contenuto riservato dalla Costituzione allo strumento dell'accordo internazionale. A tal fine, è opportuno chiarire nel testo dell'intesa che la stessa non comporta modifiche alla normativa nazionale vigente, né nuovi oneri per le finanze statali.

Le intese tecniche devono essere ulteriormente distinte dagli atti regolati dal diritto nazionale di una delle Amministrazioni Parte (o di un Paese terzo), che comportano il sorgere di vere e proprie obbligazioni di natura contrattuale.

Criticità dello strumento - Le intese non vincolanti, pur essendo maggiormente flessibili in ragione della più snella procedura utilizzata, presentano alcune criticità che impingono cautela e non ne rendono sempre adeguato l'utilizzo.

In primo luogo, il ricorso alle intese non vincolanti rischia di generare incertezze nell'ambito delle relazioni internazionali. Gli atti non giuridicamente vincolanti presentano, infatti, alcuni profili di ambiguità, in particolare in ragione dell'assenza di un approccio uniforme circa l'interpretazione della natura dello strumento. Nonostante l'orientamento dominante escluda che tali strumenti possano dare luogo a obblighi giuridicamente coercibili, secondo una parte della dottrina internazionalistica gli impegni assunti mediante l'impiego di uno specifico atto avrebbero in ogni caso carattere giuridicamente vincolante, non potendo, per loro stessa natura, avere un'efficacia differente¹⁷. Anche volendo riconoscere la possibilità di ricorrere ad atti che prevedano adempimenti di natura politica o tecnica, tuttavia, tra le Amministrazioni stipulanti potrebbero sorgere incomprensioni circa l'eventuale vincolatività giuridica degli strumenti utilizzati, che potrebbero sfociare in controversie¹⁸. In particolare, come risulta anche dalla prassi sviluppata negli ordinamenti di altri Paesi, si ravvisano criticità nel caso di intese stipulate da un'Amministrazione italiana direttamente con soggetti di diritto internazionale, come ad esempio un'organizzazione internazionale. Infatti, mentre una singola Amministrazione manca della soggettività internazionale e, quindi, della competenza a concludere accordi internazionali, le organizzazioni internazionali possono negoziare accordi giuridicamente vincolanti sul piano del diritto internazionale. La diversa natura delle parti rende particolarmente ambigua la valenza giuridica dello strumento sia rispetto ai terzi che tra le stesse parti, laddove, ad esempio, l'Amministrazione concluda l'atto con l'intenzione di perfezionare un'intesa tecnica, mentre l'organizzazione internazionale ritenga, invece, erroneamente, di essere coinvolta nella stipula di uno strumento vincolante.

¹⁷ A titolo esemplificativo, cfr. JAN KLABBERS, *Qatar v. Bahrain: the concept of 'treaty' in international law*, in *Archiv des Völkerrechts*, 1995, p. 368: «There are not two ways about it: commitments, once consented to, are by definition legal commitments».

¹⁸ Cfr. PHILIPPE GAUTIER, Ph.D., Cancelliere della CIG, «*Memoranda of Understanding*»: *mere political commitments or a well-established category of international treaty law? - What distinguishes a legally binding agreement from a non-legally binding instrument?*, intervento reso durante il *Workshop* di Esperti «Non-Legally Binding Agreements in International Law», organizzato dal German Federal Foreign Office e dall'Università di Potsdam il 26 marzo 2021, in occasione del sessantesimo *meeting* del CAHDI, p. 2, reperibile *online*.

Le intese non vincolanti, inoltre, non sono soggette a registrazione, né a pubblicazione. Infatti, la legge 11 dicembre 1984, n. 839, “norme sulla raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, regola la pubblicazione dei soli “*atti internazionali ai quali la Repubblica si obbliga*”. Gli originali di tali intese non sono, peraltro, conservati nell’Archivio Trattati curato dal Servizio Affari giuridici del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale. Pertanto, laddove i testi delle intese, non diversamente pubblicizzati, risultassero difficilmente reperibili da parti terze, si potrebbe porre anche un problema di pubblicità e trasparenza¹⁹.

Inoltre, l’assenza dell’indicazione di una normativa applicabile rende particolarmente problematica l’esecuzione di tali intese, in quanto manca una disciplina atta a chiarire le modalità attraverso le quali le Parti vengano reciprocamente in relazione²⁰. Per far fronte a tale criticità, parte della dottrina internazionalistica propone di utilizzare in ogni caso le regole e i principi generali previsti per i trattati internazionali. In particolare, talvolta sono richiamati per analogia i principi di diritto internazionale dei trattati in materia di interpretazione laddove occorra far fronte ad eventuali divergenze interpretative circa il testo delle intese non vincolanti. O ancora, a titolo esemplificativo, sembrerebbero rilevare anche in relazione agli impegni di natura politica il principio di irretroattività e l’applicazione degli istituti estintivi della denuncia e dell’estinzione dell’atto per comune accordo delle parti²¹.

La particolare natura dell’atto, peraltro, comporta anche l’assenza di profili di responsabilità nel caso di violazione degli impegni non giuridicamente vincolanti derivanti dalla conclusione dell’atto. Infatti, nel caso di inadempimento di tali previsioni, certamente le parti non ne rispondono sul piano internazionale, ma neppure sono responsabili sul piano del diritto interno, giacché tali atti non sono regolati dal diritto nazionale di una delle parti o di terzi Paesi. Dunque, la parte che abbia subito un inadempimento non potrà ricorrere ai rimedi previsti dal diritto internazionale o interno. Si potrebbero prevedere sanzioni politiche per il caso di inadempimento degli impegni assunti con l’intesa, sempre che le stesse non integrino contromisure di cui al diritto internazionale. In alternativa, la parte adempiente potrà scegliere di non adempiere a sua volta alle previsioni dell’intesa. In tal senso, sarebbe auspicabile che le intese contengano sempre impegni corrispettivi tra le parti e bisognerebbe, al contrario, evitare che le stesse abbiano ad oggetto impegni di natura unilaterale. Per queste ragioni, particolarmente sconsigliabile appare il ricorso a questo strumento per regolare contributi finanziari attribuiti da una parte all’altra, anche in ragione della circostanza che tali prestazioni sono di norma oggetto di atti giuridicamente vincolanti.

In ogni caso, bisogna riconoscere che, pur non essendo giuridicamente vincolante, lo strumento dell’intesa è parimenti idoneo a generare in ciascuna delle parti delle aspetta-

¹⁹ Sul punto cfr. ATTILA TANZI, *Interactions between hard and soft-law instruments in the codification and progressive development of international law*, ivi.

²⁰ Cfr. PAOLO FOIS, *op. cit.*, p. 284.

²¹ Ivi, pp. 287, 292 e 298. In tal senso si evidenzia che la stessa Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati all’art. 3 prevede che le norme in essa previste possano essere applicate anche ad accordi internazionali non rientranti nel campo di applicazione della Convenzione.

tive di adempimento ad opera della controparte. Secondo un primo orientamento, affermatosi in dottrina, queste aspettative trovano tutela nel principio di buona fede, applicabile non solo agli impegni giuridicamente vincolanti, ma anche a quelli politici o semplicemente morali²². Tuttavia, tale orientamento parrebbe in contrasto con quanto sostenuto dalla Corte Internazionale di Giustizia²³, secondo la quale il principio di buona fede non è di per sé fonte di obblighi di diritto internazionale, ma presuppone l'esistenza di obblighi preesistenti. Da ciò parrebbe discendere che il principio di buona fede non possa trovare applicazione con riferimento alle intese non vincolanti. È controverso se il principio di buona fede possa trovare una indiretta applicazione per effetto del principio di legittimo affidamento, c.d. *principle of estoppel*, secondo il quale uno Stato non potrebbe disconoscere una propria dichiarazione o condotta quando tale disconoscimento comporterebbe un danno a un altro Stato che, confidando legittimamente in tale condotta o tale dichiarazione, abbia agito in buona fede²⁴. Secondo una parte della dottrina internazionalistica, infatti, la conclusione di intese non rappresenta una condotta idonea a far insorgere un legittimo affidamento nella controparte, proprio perché la scelta di ricorrere a tale strumento è significativa della volontà di dare agli impegni assunti valore non giuridicamente vincolante. Tuttavia, alcuni autori evidenziano che, laddove una delle parti di uno strumento giuridicamente non vincolante intraprenda una condotta in esecuzione degli impegni previsti da tale atto, sorgerebbe nella controparte un affidamento circa il mantenimento di un comportamento coerente sulla base del principio di buona fede (c.d. dottrina della non contraddizione qualificata)²⁵. In ogni caso, è possibile notare che, pur aderendo a questo orientamento, l'affidamento di una parte dell'intesa non si formerebbe con la conclusione dell'atto, ma solo in forza delle condotte successivamente poste in essere dalla controparte²⁶. L'atto concluso continuerebbe ad avere carattere non giuridicamente vincolante, ma indirettamente questo principio rischierebbe di far assumere agli impegni oggetto delle intese carattere giuridicamente vincolante, in contrasto con le intenzioni manifestate, a monte, dalle parti²⁷. Sarebbe, dunque, raccomandabile esplicitare

²² Ivi, p. 296, secondo il quale il principio di buona fede dovrebbe in ogni caso essere rispettato in fase di negoziazione, essendo in tale fase difficile distinguere tra atti giuridicamente vincolanti e non vincolanti.

²³ Cfr. CIG, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility*, 1988, par. 94.

²⁴ Sul tema esistono due orientamenti contrapposti, citati in ANDREAS ZIMMERMANN, NORA JAUER, *op. cit.*, pp. 16-17.

²⁵ Cfr. ROBERT KOLB, *La Bonne Foi en Droit International Public: Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Genève, 2000, p. 361: «Il existe même pour ces actes non obligatoires [...] le besoin d'un minimum de loyauté et de constance, une nécessité de pouvoir se fonder sur certaines attentes que l'acte a pour but de susciter».

²⁶ Cfr. CIG, Sep. Op. giudice Alfaro, *Temple of Preah Vihear (Cambogia v. Thailandia)*, Merits, 1962, p. 42: «[...] even in the case of ordinary, non-contractual relations between States the rule of consistency must be observed and a State cannot challenge or injure the rights of another in a manner which is contrary to its previous acts, conduct or opinions during the maintenance of its international relationships»; cfr. anche PHILIPPE GAUTIER, *Les Accords Informels et la Convention de Vienne sur le Droit des Traités Entre États*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, 2007, p. 453: «Tout accord, qu'il soit ou non 'politique', est la manifestation d'un comportement et, sous cet angle, il peut être pris en compte notamment par les notions d'acquiescement ou d'estoppel».

²⁷ Cfr. ROBERT KOLB, *op. cit.*, p. 361: «Il faut admettre que l'estoppel ne peut et ne doit pas constituer un vecteur de force obligatoire substitutive propre à imposer à ces actes en général un caractère contraignant. Le but spécifique des actes concertés non conventionnels serait alors tourné. Il ne faut pas non plus faire un usage trop libéral de l'estoppel. Mais il est impossible d'affirmer a priori qu'une confiance légitime n'est jamais possible à leur propos».

in fase di negoziazione la volontà delle parti a che l'intesa non solo non abbia effetti giuridici diretti, ma neppure espliciti indirettamente efficacia vincolante.

Possibili linee d'azione - Alla luce delle criticità sopra rilevate, appare in primo luogo opportuno rimuovere ogni margine di ambiguità circa la natura dell'atto da concludere. All'inizio del negoziato volto alla conclusione di uno strumento a rilievo internazionale risulta, quindi, imprescindibile una previa riflessione volta al rispetto di un fondamentale criterio di proporzione e congruità tra il fine politico perseguito e lo strumento giuridico da utilizzare. Occorre, tra le altre cose, valutare con attenzione la definizione di impegni di spesa, individuando quelli realmente essenziali per il raggiungimento del fine politico. A ciò si aggiunge l'importanza di conoscere i tempi necessari all'espletamento delle diverse procedure relative ai diversi tipi di atti internazionali, anche alla luce dei soggetti di diritto interno coinvolti, per poter orientare il negoziato verso lo strumento più idoneo.

Ove sia comune intenzione delle parti stipulare un atto non giuridicamente vincolante, si rendono opportune esplicite dichiarazioni in fase di negoziazione e, *a fortiori*, l'inserimento di una chiara ed espressa previsione al riguardo all'interno del testo dello strumento. Ciò in quanto la natura dell'atto viene desunta, oltre che dal testo dello stesso, anche dalle circostanze e dal contesto nel quale esso è stato firmato, nonché dalla condotta delle parti precedente, simultanea e successiva alla conclusione dello strumento²⁸. Dunque, ridurre il rischio di incomprensioni sia al momento della conclusione dell'atto che in sede di interpretazione dello stesso, consentirebbe di evitare ogni incertezza in merito alla sua natura giuridicamente vincolante.

Per quanto attiene, invece, ai possibili profili di ambiguità scaturenti dalla negoziazione di intese con soggetti di diritto internazionale da parte di Amministrazioni pubbliche, andrebbe verificata l'opportunità di ricorrere allo strumento del contratto. Tale strumento, infatti, qualificandosi come atto non avente natura pubblicistica, appare in astratto idoneo a prevenire possibili interpretazioni che evocano l'applicabilità delle norme di diritto internazionale sui trattati e sulla responsabilità internazionale. Inoltre, i contratti potrebbero essere utilmente impiegati per regolare fattispecie quali l'erogazione di contributi finanziari che, come detto, mal si prestano ad essere oggetto di strumenti non vincolanti e che necessitano di una regolamentazione giuridica più precisa quanto al diritto applicabile e alle responsabilità conseguenti l'inadempimento.

Infine, in merito al problema della possibile carenza di pubblicità e trasparenza in relazione allo strumento delle intese non vincolanti, una soluzione prospettabile potrebbe essere quella di incoraggiare la pubblicazione delle intese tecniche concluse da ciascuna

²⁸ Cfr. Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 UNCLOS, *South China Sea Arbitration*, (*The Republic of Philippines v. The People's Republic of China*), PCA 2013-19, par. 213: «Such clear intention is determined by reference to the instrument's actual terms and the particular circumstances of its adoption. The subsequent conduct of the parties to an instrument may also assist in determining its nature»; par. 217: «The purpose and the circumstances surrounding the DOC's adoption reinforce the tribunal's understanding that the DOC was not intended to create legal rights and obligations» e para. 218: «The Parties subsequent conduct further confirms that the DOC is not binding agreement».

Amministrazione con soggetti giuridici stranieri o internazionali in appositi *database* informatici facilmente accessibili da parte dei cittadini²⁹.

Le questioni sopra menzionate sono oggetto di valutazione anche da parte dei Servizi giuridici di numerosi altri Paesi, come testimoniato dal dibattito in corso in seno al Consiglio d'Europa³⁰. Ciò mostra il crescente interesse degli operatori pratici del diritto internazionale verso lo strumento dell'intesa non vincolante, segno del suo sempre più frequente impiego. D'altro canto, emerge con chiarezza la presenza di nodi, teorici e pratici, ancora da sciogliere. Appare, quindi, di primaria importanza l'individuazione di linee d'azione condivise a livello internazionale. Ciò al fine di rimuovere i principali profili di ambiguità che, come visto, caratterizzano lo strumento, nonché di garantirne un impiego coerente con il quadro giuridico internazionale e con la fattispecie concretamente regolata.

Novembre 2022

²⁹ Analogamente a quanto avviene con i trattati internazionali, raccolti nel menzionato Archivio dei Trattati Internazionali.

³⁰ Per esempio, si consideri il *Workshop* di Esperti svoltosi in seno al CAHDI sul tema “*Non-Legally Binding Agreements in International Law*” (cfr. nota 10).