



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 4/2014

2. L'USO DI ESPERTI NEL PROCEDIMENTO DAVANTI ALLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA: IL CASO DELLA *CACCIA ALLA BALENA*

[Judgment of 31 March 2014, Whaling in the Antarctic \(Australia v. Japan: New Zealand intervening\)](#)

Nella sua recente decisione concernente la controversia tra Nuova Zelanda e Giappone, la Corte internazionale di giustizia è stata chiamata ad accertare se le attività di caccia alla balena svolte dal Giappone nell'ambito del programma JARPA II fossero configurabili come aventi «finalità scientifiche» ai sensi dell'articolo VIII della Convenzione per la regolamentazione della caccia alla balena. Tale disposizione pone un'eccezione al divieto generale di caccia alla balena nell'ipotesi in cui la caccia sia condotta per finalità scientifiche. Nell'accertare se il programma giapponese JARPA II ricadesse nell'ambito di applicazione di tale eccezione, la Corte ha potuto avvalersi di indicazioni fornite da esperti nominati dalle parti della controversia. Sotto questo profilo, la decisione della Corte si segnala per il fatto di fornire alcuni spunti interessanti riguardo all'uso di esperti nel processo. Questi elementi si dimostrano importanti soprattutto alla luce dell'attenzione che è stata dedicata alla questione del ruolo dell'*expertise* nel contenzioso internazionale. È noto come tale questione sia stata oggetto recente di un ampio dibattito sia all'interno della Corte sia in dottrina.

Esistono diverse tipologie di esperti ai quali può essere fatto ricorso dalle parti o dalla Corte per accertare e valutare questioni di fatto controverse (un quadro generale è recentemente offerto da A. Riddell, B. Plant, *Evidence before the International Court of Justice*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2009, pp. 329 ss. Si veda pure C.E. Foster, 'New Clothes for the Emperor? Consultation of Experts by the International Court of Justice', *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, pp. 1-34). In sostanza, dalla prassi emergono tre distinte figure: a) gli esperti indipendenti previsti dall'articolo 50 dello Statuto; b) gli esperti *counsels* (o avvocati esperti); c) gli esperti *witnesses* (o testimoni esperti).

Lo Statuto della Corte internazionale di giustizia prevede all'articolo 50 (al riguardo, si veda C. Tams, 'Article 50', in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm e C. Tams (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2a ed., Oxford, OUP, 2012, pp.1286-1299.) la possibilità per la Corte di ricorrere ad esperti indipendenti da

lei stessa nominati. In base a questa disposizione, la Corte ha il potere, in qualsiasi momento, di «affidare un'inchiesta o una perizia a qualsiasi persona, ente, ufficio, commissione od organo di sua scelta». Si tratta, dunque, di una prerogativa della Corte che ha come scopo quello di acquisire nuovi elementi di prova o di permettere una migliore valutazione delle prove fornite dalle parte attraverso il ricorso a soggetti esterni ed imparziali dotati di competenze specifiche. In virtù di questo elemento di imparzialità il peso che gli esperti indipendenti godono dal punto di vista probatorio è abbastanza elevato. Nella sentenza resa nel caso dello *stretto di Corfù*, la Corte ha osservato che «[t]he Court cannot fail to give great weight to the opinion of the Experts who examined the locality in a manner giving every guarantee of correct and impartial information» (*I.C.J. Reports* 1949, p. 21). In ogni caso, la prassi in tema di ricorso ad esperti indipendenti è assai limitata. In appena due casi (quello appunto relativo allo *stretto di Corfù* e nel caso relativo al *Golfo del Maine*) la Corte ha fatto ricorso alla possibilità prevista dall'articolo 50. In precedenza la Corte permanente di giustizia internazionale vi aveva fatto ricorso solo nel caso della fabbrica di *Chorzów*. È stato osservato che l'atteggiamento di cautela dimostrato dalla Corte nei confronti dell'uso di esperti indipendenti può essere giustificato dal fatto che, in principio, la Corte preferisce affidare la produzione delle prove alle parti, rispettando l'essenza del principio processuale *onus probandi incumbit actori* (si veda R. Kolb, 'General Principles of Procedural Law', in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm e C. Tams (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2a ed., Oxford, OUP, 2012, p. 871 ss.).

Più frequente nella prassi è il ricorso delle parti ad avvocati esperti (*expert counsels*). L'uso di questa figura appare implicitamente ammessa dall'articolo 42, par. 2, dello Statuto. Questa disposizione regola la possibilità che gli agenti delle parti siano assistiti da avvocati. Niente esclude che il collegio difensivo di uno Stato includa la presenza di esperti che partecipano alla fase orale davanti alla Corte. L'uso di esperti avvocati solleva la questione della loro indipendenza. Poiché l'esperto agisce come avvocato di una delle parti in controversia, il valore dell'*expertise* che potrà fornire alla Corte sarà evidentemente più limitato. Inoltre, in questa ipotesi, non esiste la possibilità della *cross examination* dell'esperto, elemento che appare criticabile. Per quanto riguarda il suo valore probatorio, nel caso della *controversia sul confine* tra Burkina Faso e Mali, il Presidente della Camera della Corte, Mohammed Bedjaoui, ha osservato in merito al valore degli esperti avvocati che «the person in question would be considered by the Chamber as speaking on behalf of the party he represented, and not as making a personal statement as expert» (C2/Cr.86/12, 26/06/1986, para. 59). Come è stato giustamente rilevato in dottrina, «[w]hether the ICJ actually sees a probative difference in information presented in the form of a statement by counsel or advisers, as opposed to a statement by an expert or witness, is unclear» (S.D. Murphy, 'The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice', *Yale Journal of International Law*, 2001, p. 444). Ciò spiega altresì perché, nel caso delle *cartiere sul fiume Uruguay*, la Corte abbia osservato che essa «would have found it more useful had they been presented by the Parties as expert witnesses under Articles 57 and 64 of the Rules of Court, instead of being included as counsel in their respective delegations» (*I.C.J. Reports* 2010, p. 72).

La terza figura, quella dei testimoni esperti (*expert witnesses*), è stata utilizzata in misura significativa nella prassi più risalente dalla Corte (per citare alcuni esempi, si può fare particolare riferimento ai casi dello *stretto di Corfù*, del *tempio di Preah Vihear*, della *piattaforma continentale* tra Tunisia e Libia, o ancora al caso *ELSI*). Questa possibilità trova fondamento

negli articoli 57 e 64 del Regolamento della Corte. In sostanza, la procedura prevista per gli esperti testimoni è la stessa di quella prevista per i testimoni. La differenza essenziale, espressa chiaramente dall'articolo 64 (b) del Regolamento, è che la testimonianza di un esperto avverrà in base al suo «sincere belief», valorizzando, dunque, la sua *expertise* riguardo alla questione di fatto controversa. L'altra previsione relativa a questa tipologia di esperto è quella che impone una *cross examination* degli esperti. La presenza della *cross examination* è un elemento che viene valorizzato dalla Corte per soppesare il valore delle indicazioni ricavate da un testimone esperto (*I.C.J. Reports* 1986, p.42). La Corte non ha mai offerto, tuttavia, indicazioni generali sulla rilevanza che essa attribuisce alla testimonianza tecnica offerta da testimoni esperti (si veda A. Riddell, B. Plant, *op cit.*, p. 199). Anche in casi che sollevavano complesse questioni tecniche, come il caso *Gabcikovo-Nagymaros*, la Corte non ha fornito in modo esplicito precisazioni su come essa abbia misurato il valore di questo tipo di testimonianze. Tuttavia, un esame del modo in cui la Corte ha di fatto utilizzato le prove fornite da testimoni esperti permette di ricavare alcune utili indicazioni. Sotto questo profilo, anche la sentenza resa nel recente caso della *caccia alla balena* fornisce alcuni spunti interessanti.

Il primo elemento che si può ricavare è la tendenza della Corte a valorizzare gli elementi di convergenza nelle valutazioni fornite dagli esperti indicati dalle parti in lite. Così, per esempio, nell'analizzare la questione della trasparenza del programma scientifico giapponese, la Corte ha osservato che «[t]he evidence shows that the JARPA II Research Plan lacks transparency in the reasons for selecting particular sample sizes for individual research items. This is a matter on which the experts called by the two Parties agreed, as described above» (sentenza del 31 marzo 2014, cit., para. 188) o ancora che: «the process used to determine the sample size for minke whales lacks transparency, as the experts called by each of the Parties agreed» (*idem*, para. 225). La Corte ha pertanto richiamato l'attenzione sull'accordo tra gli esperti e ha utilizzato la concordanza delle loro testimonianze come un aspetto che rafforza l'esistenza di un dato fatto.

Il secondo elemento, direttamente collegato al primo, è che la Corte tende a prendere in considerazione l'evenienza che l'opinione dell'esperto si scontri con la posizione dello Stato che l'ha presentato. Così, nella sentenza in esame la Corte ha tenuto conto della critica fatta dall'esperto indicato dal Giappone, Mr. Walløe, con riguardo alla trasparenza delle attività del programma JARPA II (*idem*, para. 159). Questa indicazione non appare certo sorprendente. La posizione della Corte rispetto a dichiarazioni di esperti contrarie alla posizione dello Stato trova corrispondenza nella tendenza della Corte a dare valore probatorio a dichiarazioni rese da autorità di uno Stato che sia a questo sfavorevoli. (si veda C.F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 191). Nello stesso senso, nel caso della *piattaforma continentale* tra Tunisia e Libia, la Corte aveva preso in considerazione il fatto che gli esperti utilizzati dalla Tunisia concordassero con la tesi che era invece criticata da questo Stato (*I.C.J. Reports* 1982, para. 52).

La terza considerazione è che la Corte tiene conto del modo in cui lo Stato reagisce alla posizione espressa dall'esperto nominato dall'altra parte. Così, nel valutare se il numero di balene uccise fosse ragionevole in vista delle finalità scientifiche del programma JARPA II, la Corte, riferendosi all'opinione espressa da uno degli esperti indicati dall'Australia, ha valorizzato il fatto che «Japan did not refute this expert opinion».

Infine, la Corte sembra tenere conto anche della scelta operata dallo Stato nell'individuazione dell'esperto chiamato a testimoniare sulla questione di fatto controversa. La sentenza non manca di segnalare che «[t]he Court did not hear directly from Japanese

scientists involved in designing JARPA II» (sentenza del 31 marzo 2014, cit., para. 138). La Corte non precisa quali siano le indicazioni che si possono trarre dalla scelta operata dal Giappone. Peraltro, l'assenza di esperti che avevano partecipato al programma JARPA II può essere stata dettata dalla esigenza di evitare una «biased fitness». Si sarebbe infatti potuto contestare al Giappone, *mutatis mutandis*, quanto la Corte ebbe ad osservare nel caso delle *attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*: «A member of the government of a State engaged, not merely in international litigation, but in litigation relating to armed conflict, will probably tend to identify himself with the interests of his country, and to be anxious when giving evidence to say nothing which could prove adverse to its cause» (*I.C.J. Reports* 1986, p. 43).

Un problema particolare si pone quando testimoni esperti prendano posizioni opposte su controverse questioni tecnico-scientifiche. È interessante notare come, nella sentenza resa nel caso della *caccia alla balena*, in presenza di opinioni fortemente discordanti degli esperti indicati dalle due parti, la Corte abbia spesso evitato di prendere posizione sulla questione controversa. Per giustificare tale atteggiamento, la Corte ha talora fatto ricorso alla considerazione che «[t]his disagreement appears to be about a matter of scientific opinion» (sentenza del 31 marzo 2014, cit., para. 134). Con riguardo poi al disaccordo degli esperti in ordine alla determinazione dei criteri per stabilire il significato del termine «scientific research» ai sensi dell'Articolo VIII della Convenzione per la regolamentazione della caccia alle balene, la Corte ha fatto valere la distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto: poiché l'interpretazione del termine «scientific research» è una questione di diritto, spetta alla Corte risolvere tale questione, senza che rilevino le indicazioni fornite dagli esperti circa la rilevanza di certi metodi ai fini di qualificare una certa attività come attività di ricerca scientifica. Così, ad avviso della Corte, anche se, «as a matter of scientific opinion, the experts called by the Parties agreed that lethal methods can have a place in scientific research, [...] their conclusions as scientists, however, must be distinguished from the interpretation of the Convention, which is the task of this Court» (*idem*, para. 182).

Resta peraltro il problema di capire come, in presenza di un forte disaccordo tra gli esperti indicati dalle parti, la Corte possa essere in grado di risolvere complesse questioni di natura tecnico-scientifica. Se la presenza degli esperti testimoni non è sufficiente a fornire alla Corte elementi dirimenti per risolvere una determinata questione, l'unica soluzione prevista dallo Statuto è il ricorso ad esperti nominati d'ufficio (articolo 50). In questo contesto si pone anche il problema dei c.d. «esperti fantasmi», esperti che sono contattati dal *Registrar* per fornire un ausilio alla Corte nel valutare le prove presentate dalle parti. Anche questa pratica della Corte è stata molto criticata, specialmente rispetto all'esigenza di trasparenza del contenzioso. Si può concludere che tenendo conto delle procedure esaminate, il problema circa l'uso degli esperti resta ancora aperto.

LUCAS C. LIMA