

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volume 1 • 2014

ISSN 2465-0927

L'Ucraina perde la Crimea • Gaza e il diritto internazionale •
Il programma «OMT» della Banca centrale europea •
Verso una codificazione europea del diritto
internazionale privato? • Il parere della Corte di Giustizia
dell'Unione europea sull'adesione dell'UE alla CEDU • Ordinamento
italiano e consuetudine internazionale nella sentenza 238/2014
della Corte costituzionale • Il reato di negazionismo in Italia

editoriale scientifica

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

Giacomo Biagioni

Giuseppe Bianco

Giorgio Buono

Federico Casolari

Francesco Costamagna

Pasquale De Sena

Ester di Napoli

Daniele Gallo

Lorenzo Gradoni

Irini Papanicolopulu

Cesare Pitea

Daniela Savy

Andrea Spagnolo

Quando la ragione non coincide necessariamente con la ragionevolezza: la pronuncia della Corte internazionale di giustizia nel caso della *Caccia alla balena nell'Antartico*

CHIARA RAGNI (*)

La [sentenza](#) del 31 marzo 2014 con cui la Corte internazionale di giustizia si è pronunciata sul caso della *Caccia alla balena nell'Antartico* (*Australia c. Giappone*), solleva diversi spunti di riflessione, in particolare con riferimento al tema dell'interpretazione dei trattati e alla definizione in tale contesto di un appropriato *standard of review*. Va al riguardo rilevato che quest'ultimo concetto, già ampiamente utilizzato da altri tribunali internazionali (cfr. anzitutto la Corte europea dei diritti umani, con riferimento all'elaborazione della teoria del margine di apprezzamento, la cui applicazione nel caso di specie era stata peraltro inizialmente invocata dal Giappone), aveva fino ad oggi ottenuto scarsissimo riconoscimento da parte della Corte dell'Aja.

Il caso riguarda la [Convenzione](#) internazionale del 1946 sulla regolamentazione della caccia alle balene (ratificata da entrambi gli Stati parte alla controversia) ed in particolare la conformità ad essa della concessione da parte del Giappone di permessi di cattura e uccisione delle balene ai fini dello svolgimento di ricerche scientifiche.

(*) Università di Milano.

Stipulata al fine di circoscrivere e regolamentare le operazioni di caccia alle balene e garantire la conservazione e l'accrescimento di questi cetacei, la Convenzione prevede, all'VIII, che uno Stato contraente «may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit». La stessa disposizione detta poi alcuni obblighi di carattere procedurale a carico dello Stato, il quale deve notificare le concessioni, da esso accordate, alla Commissione istituita ai sensi della Convenzione (d'ora innanzi «IWC» per [International Whaling Commission](#)) e trasmettere periodicamente le informazioni scientifiche disponibili, nonché i risultati relativi alle ricerche condotte sulle balene, al Comitato scientifico da essa designato. Quest'ultimo, conformemente alla sua competenza a emettere raccomandazioni di valore non vincolante, ha definito alcune linee guida cui gli Stati dovrebbero conformarsi onde realizzare gli obiettivi della Convenzione.

L'interpretazione della norma, invocata dal Giappone a giustificazione dei permessi accordati nell'ambito della seconda fase del programma c.d. [JARPA](#) (JARPA II), è quindi tema centrale della controversia e del ragionamento della Corte. Essa in particolare ha dovuto stabilire se le autorizzazioni contestate fossero state accordate «for purposes of scientific research» o se invece, come sostenuto dall'Australia, la loro concessione non fosse in realtà che un modo per aggirare la normativa internazionale in materia di caccia alle balene, mascherando, dietro a considerazioni di tipo scientifico, interessi di altra natura e principalmente di carattere economico e commerciale (par. 101 della sentenza).

Il dibattito che ha preceduto l'adozione della sentenza e che ha visto protagonisti non solo gli Stati direttamente coinvolti nella controversia (tra cui la Nuova Zelanda, intervenuta in causa, ai sensi dell'art. 63 dello Statuto della Corte), ma anche studiosi ed esperti della materia, si è concentrato, in larghissima misura, sulla portata della nozione di interesse scientifico e, ancor più, sullo *standard of review* da adottare nella definizione di tale parametro. L'art. VIII infatti non chiarisce se spetti allo Stato piuttosto che alla Corte internazionale di giustizia, ovvero agli organi di controllo stabiliti dalla Convenzione, il compito di determinare l'esistenza di un interesse di natura scientifica, né quali sono gli elementi in cui esso si sostanzia, né infine la sua rilevanza ai fini del giudizio sulla conformità delle concessioni alle norme convenzionali; problemi questi con cui in varia misura la Corte si confronta, chiarendo, fin da subito, che scopo

del suo ragionamento è quello di stabilire quali sono i parametri rilevanti per decidere se una misura sia stata adottata «for purpose of scientific research» e se quindi, alla luce dei medesimi, essa debba ritenersi conforme all'art. VIII della Convenzione.

Tale norma, secondo la Corte, va intesa anzitutto nel senso che l'interesse scientifico non deve essere soltanto compreso fra quelli verso cui le misure oggetto della concessione sono finalizzate, dovendosi piuttosto dimostrare la sua centralità e prevalenza rispetto a ulteriori possibili fini che l'uccisione delle balene potrebbe concorrere a realizzare, i quali in ogni caso non giustificano il ricorso all'art. VIII.

Al fine poi di verificare che le misure concesse dal Giappone soddisfino i requisiti stabiliti dalla Convenzione, la Corte dichiara che il criterio di cui intende avvalersi è quello della *ragionevolezza*, che viene per la prima volta espressamente indicato come lo *standard of review* da utilizzare per valutare la conformità con il diritto internazionale del comportamento dallo Stato. L'applicazione di tale parametro comporta, a giudizio della Corte, l'esigenza di valutare due aspetti. In primo luogo, se le concessioni accordate dal Giappone siano funzionali allo svolgimento di ricerche di carattere scientifico – concetto questo su cui peraltro la Corte non si pronuncia, ritenendo sufficienti le conclusioni raggiunte dagli esperti, ed in particolare del Comitato stabilito ai sensi dell'art. VIII (cfr. par. 127 della sentenza, in cui espressamente si dice che le attività oggetto del programma JARPA II rientrano nella definizione di ricerca scientifica). In secondo luogo, e soprattutto, se i metodi utilizzati per la cattura e lo sfruttamento delle balene, implicanti la morte dei cetacei, siano ragionevolmente commisurati e necessari al conseguimento degli obiettivi perseguiti (ivi, paragrafi 67 e 127 ss.).

I parametri su cui si fonda il giudizio di ragionevolezza espresso dalla Corte riguardano essenzialmente il possibile utilizzo di metodi non letali ugualmente efficaci ai fini della ricerca (ivi, par. 144), criterio questo indicato nelle linee guida del Comitato, o la possibilità di ottenere lo stesso numero di informazioni e dati uccidendo una minore quantità di balene (ivi, par. 147 ss.). Al fine di verificare l'esistenza di tali condizioni la Corte si basa in larga misura sulle valutazioni espresse dagli esperti (dando apparentemente maggior peso a quelli nominati dall'Australia), per poi concludere, sulla scorta di ragionamenti non sempre convincenti, che: «the programme's design and implementation are [not] reasonable in relation to achieving its stated objectives. The Court concludes that the special permits granted by Japan for the killing, taking and treating of whales in

connection with JARPA II are not “for purposes of scientific research” pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention» (par. 227). In particolare la Corte si sofferma sui dati riguardanti il numero di balene catturate e uccise, rilevando una sproporzione rispetto alle finalità indicate dal programma. Essa arriva quindi a chiedersi, in via dubitativa, se il Giappone, come ritenuto dall’Australia, non intendesse in realtà perseguire finalità diverse da quelle dichiarate (par. 209), alludendo quindi a una possibile mala-fede dello Stato (par. 212; in senso conforme a questa lettura della sentenza si veda l’[opinione dissenziente](#) del giudice Yusuf, par. 54).

Al riguardo ci si chiede se questa affermazione, espressa in chiave dubitativa, non avrebbe dovuto essere piuttosto suffragata da «*éléments particulièrement solides, que les débats n’ont pas fait apparaître*», onde dimostrare che il programma JARPA II era nella sostanza finalizzato a obiettivi diversi rispetto a quello della ricerca scientifica (par. 29 dell’[opinione dissenziente](#) del giudice Abraham; nel medesimo senso cfr. par. 22 dell’[opinione dissenziente](#) del giudice Owada). In altre parole ci si domanda se, in assenza di prove precise e concordanti del comportamento sleale di uno Stato, non valga il principio di carattere generale per cui è la buona fede a dover essere presunta (cfr. par. 21 dell’opinione di Owada). Tale presunzione non ha in questo contesto carattere assoluto e può essere superata dalla dimostrazione che lo Stato ha consapevolmente aggirato gli obblighi internazionali che su di esso incombono, violando al contempo il fondamentale principio secondo cui «*every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*» (art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). Nella specie e ai fini dell’art. VIII della Convenzione, il rispetto del principio di buona fede comporta l’obbligo per lo Stato di determinare, secondo parametri oggettivi e facilmente verificabili, l’esistenza di un interesse scientifico rilevante e di accordare soltanto le concessioni aventi ad oggetto misure che siano funzionali alla sua realizzazione. Sulla base del regime previsto dalla Convenzione, la verifica dell’adempimento di tali obblighi viene anzitutto effettuata dal Comitato, che esprime pareri tecnici sui programmi che gli vengono notificati. Questa procedura implica, come correttamente sostenuto nella sentenza, seppure in una diversa prospettiva, un giudizio di ragionevolezza sul comportamento dello Stato.

Quello che non convince pienamente nel ragionamento della Corte sono i parametri che essa utilizza per operare tale valutazione. Essa infatti, al fine di verificare se «*the killing, taking and treating of whales in pursuance of JARPA II is for purposes*

of scientific research», alla luce del menzionato *standard of review*, si chiede «whether the design and implementation of JARPA II are reasonable in relation to achieving the programme's stated research objectives», utilizzando quindi come criterio di analisi il rapporto tra l'obiettivo scientifico dichiarato e i metodi utilizzati per realizzarlo (in senso critico sulle modalità seguite nell'applicare lo standard di ragionevolezza cfr. l'opinione di Owada, par. 42). Questo giudizio implica, cosa che d'altra parte si evince dalla stessa sentenza, l'acquisizione, l'elaborazione e l'esame comparativo di informazioni e di dati di natura tecnico-scientifica, su cui il Comitato scientifico, nell'ambito delle sue competenze, si era già pronunciato ai sensi della Convenzione (sulla importanza del ruolo del Comitato a questo riguardo cfr. l'opinione di Yusuf, par. 61). Tale compito non dovrebbe spettare, in via di principio, alla Corte, la quale, «as a court of law, [has] the power to interpret and apply the provisions of the Convention from a legal point of view» (par. 20 dell'opinione di Owada). Il giudizio di ragionevolezza avrebbe quindi probabilmente potuto basarsi sulla verifica dell'adempimento, da parte del Giappone, di tutti gli obblighi, anche e soprattutto di natura procedurale, specificamente preposti all'obiettivo di favorire e garantire il controllo sulla rispondenza delle autorizzazioni accordate dallo Stato con le finalità perseguite dalla Convenzione. Ci pare d'altronde che questo ragionamento sia in linea con la precedente giurisprudenza della Corte. Ad esempio nel *caso Pulp Mills*, relativo, *latu sensu*, alla conformità dello sfruttamento di risorse naturali con gli obblighi internazionali di protezione dell'ambiente – come pare doversi certamente qualificare anche quello della tutela delle balene da sfruttamenti arbitrari od eccessivi – essa aveva utilizzato, come parametro per valutare la correttezza del comportamento tenuto dallo Stato, l'espletamento da parte del medesimo di adempimenti di carattere evidentemente procedurale, quali la verifica preventiva dell'impatto ambientale di una determinata misura ai fini della sua autorizzazione (cfr. par. 177 della sentenza *Pulp Mills*; sulla buona fede come *standard of review* e sulla rilevanza dell'adempimento di obblighi procedurali come parametro per verificare la ragionevolezza del comportamento dello Stato cfr. anche la *dichiarazione* del giudice Keith nel caso Djibouti).

Alla luce di queste riflessioni, è lecito chiedersi se l'applicazione di uno standard di ragionevolezza non comportasse (e forse in essa non si esaurisse) un'indagine approfondita sul corretto adempimento degli obblighi procedurali e di diligenza imposti dalla Convenzione,

tenuto debitamente conto dalle linee guida e dei pareri espressi dalla IWC e dal Comitato scientifico – cui probabilmente la Corte avrebbe potuto riconoscere maggiore rilevanza, non tanto, giustamente, in termini di prassi successiva (cfr. paragrafi 46 e 83 della sentenza), ma piuttosto in quanto norme di *soft law* in grado di orientare i comportamenti dello Stato e di verificarne, a posteriori, la correttezza –, piuttosto che risolversi in un'analisi di informazioni e dati tecnici, la cui interpretazione e valutazione da un punto di vista scientifico esula dalle competenze della Corte (cfr. su questo aspetto l'opinione di Owada, par. 25).

11 aprile 2014

Is the Intention of the Parties at the Heart of Interpretation? Some News about Subsequent Practice from The Hague

LUIGI CREMA (*)

During these first months of 2014 the International Court of Justice (ICJ) has already issued two decisions: recently, and receiving much public attention, in *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*; and in January, creating less ripples in the community of international lawyers, on the delimitation of the sea between Peru and Chile (*Maritime Dispute*). Both disputes raise many interesting points, although on very different topics. The former deals with the alleged illegality of the conduct of a state according to a multilateral treaty. The latter involves the maritime delimitation between two states decided by the Court, in part by inferring a tacit agreement not even mentioned by the parties in their pleadings, and in part by drawing an equidistant line. The decisions offer many interesting features for consideration. Here, we will focus on what both decisions have in common: that they discuss the interpretation of an agreement, explicit or tacit, and the role played (or not played) by the intention of the parties and their subsequent practice.

The facts of the *Whaling* case are known to the readers (see above, p. 291 ff.). The heart of the dispute was the interpretation of Article VIII of then *International Convention for the Regulation of Whaling* («ICRW» or «Whaling Convention»), regulating the use of whales for purposes of scientific research (see para. 51 of the judgment). Australia pointed to several resolutions passed by the Inter-

(*) Università di Milano.

national Whaling Commission («IWC» or «Commission») to interpret this provision that would exclude the possibility of making recourse to lethal methods, notwithstanding Art. VIII explicitly encompasses this possibility. The Commission is an organ created by the Whaling Convention composed of all the states parties. According to the Whaling Convention Art. VI, the Commission has the power to «make recommendations to any or all Contracting Governments on any matters which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of this Convention» (cf. Art. VI and paras. 46, 51 and 79 ff. of the judgment). It also has the more fundamental power to issue guidelines and modify the obligations deriving from the treaty itself through amendment to the Schedule (an instrument regulating the effective functioning of the Convention, cf. Arts. I, III, and V of the ICRW, and paras. 44 and 45 of the judgment). According to Australia, several resolutions adopted in the past by the Commission imply a dynamic interpretation of Art. VIII (paras. 78-79 of the judgment). However, the Court rejected the Australian argument with a textual interpretation of Art. 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 («VCLT»): «[M]any IWC resolutions were adopted without the support of all States parties to the Convention and, in particular, without the concurrence of Japan. Thus, such instruments cannot be regarded as subsequent agreement to an interpretation of Article VIII, nor as subsequent practice establishing an agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty within the meaning of subparagraphs (a) and (b) [of Art. 31(3) VCLT]» (para. 83).

By refusing to consider a body of resolutions passed by a Commission in which all the members are represented, the Court shows itself to be attentive to the intention of all the parties, as expressed in the text, declining to adopt any creative interpretation. The Court, in fact, does not give any interpretive weight to these resolutions because of some evident diversity of opinion among the members. The same approach can also be found in the [Individual Opinion](#) of Judge Greenwood which describes the practice of Art. 31(3)(b) as requiring the simultaneous fulfillment of three conditions: that the practice come from the parties, in the application of the interpreted treaty, and that it show agreement among them. He writes: «Where a treaty creates a body such as the International Whaling Commission in which all the member States are represented, resolutions adopted by that body form part of the subsequent practice of the parties to the treaty. As such, they are capable of constituting an aid to the interpretation of the treaty, in accordance with the principle set out in

Article 31(3)(b) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. However, subsequent practice is valuable as an aid to the interpretation of a treaty only to the extent that it establishes the agreement of the parties. [...] Far from establishing the agreement of the parties to the Convention, these resolutions demonstrate the absence of any agreement and cannot, therefore, be relied on to sustain an interpretation of the Convention which can bind Japan» (para. 6).

Greenwood goes on, stressing that the nature of the Whaling Convention as a living instrument does not allow for shortcutting the procedures in place to amend it, given the clear rules establishing the amendment and evolution of the Convention (*ibidem*, para. 7). While this conclusion is correct, the quoted premise he expresses seems overly categorical. The Court and Greenwood are very clear in interpreting the content of Art. 31(3)(a) and (b), but they do not consider whether the recommendations of the Commission, or the subsequent practice of the parties in general, may have interpretive relevance *outside* Art. 31(3)(b) of the VCLT.

In previous decisions the ICJ did not limit itself to considering subsequent practice in light of Art. 31(3)(b), but also as an additional interpretive element, under Art. 32 (*Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, 1999, para. 80; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, para. 80; *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, para. 27; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, para. 53), or to clarify the object and purpose of a treaty or its interpretation as a whole (*Oil Platforms (Iran v. United States)*, paras. 29–30; *Constitution of the Maritime Safety Committee of the IMCO*, pp. 167–169). These further possibilities, although not expressed in the Court's decision, emerge not only in previous ICJ decisions, but also in several individual opinions of the *Whaling* case. For example, Judge *ad hoc* Charlesworth raises this point in regard to the role of the resolution in determining the extent of the «duty to cooperate» deriving from the ICRW: «Since the moratorium on commercial whaling came into effect in the 1985/1986 pelagic and 1986 coastal seasons, most IWC resolutions on special permit whaling have attracted a number of negative votes, which precludes them as evidence of the parties' agreement on the ICRW's interpretation. However, there remain some significant resolutions that were adopted by consensus and thus must inform the interpretative task. I note that resolutions adopted by a vote of the IWC have some consequence although they do not come within the terms of Article 31.3 of the Vienna Convention. Particularly when they are adopted by a large majority of IWC

members, the resolutions are relevant to the duty of co-operation, discussed below» ([Separate Opinion](#), para. 4).

Another interesting observation on the possible role of the practice of the parties, even when not all the conditions set by Art. 31(3)(b) are met, is described by Judge Xue. Without referring to Art. 31 or 32 of the VCLT, she notes the importance of subsequent practice in balancing the weight of the two purposes of the convention («sustainable exploitation of whales» and «their conservation», as indicated by the ICJ itself at para. 55 of the judgment): «In the course of its 68 years' operation since 1946, the Convention, as an evolving instrument, has undergone considerable change by way of its Schedule amendments. Although terms on scientific whaling under Article VIII remain intact, various restrictions on commercial whaling for purposes of conservation have indeed exerted a creeping effect on the way in which scientific research may be conducted, particularly with respect to methodology and scale of sample size. Notwithstanding policy differences between the anti-whaling group and the whaling parties, the parties have generally recognized the importance of conservation for the protection of whale resources» ([Separate Opinion](#), para. 12).

In short, it seems overly simplistic, and out of line with previous ICJ decisions, to use the specific dynamic described by Art. 31(3)(b) as a strict limitation on the potential interpretive aid offered by subsequent practice (in this case, resolutions adopted by a body in which all the member states of a treaty are represented).

The *Peru v. Chile* case is very different, as is the approach taken by the Court in that case. It does not deal with a multilateral treaty but rather with declarations and agreements (explicit and tacit) between the two countries, and between them and Ecuador. These agreements regulate specific situations concerning the Pacific Ocean, its protection, and its exploitation, and they do not establish any supervisory body. However, in this case too, as in the previous one, the Court faced a problem of interpretation and ascertainment of the intention of the parties, in particular of the 1952 Santiago Declaration (that, notwithstanding the name, is a treaty: cf. para. 48 of the judgment), of several agreements of 1954, and of a tacit agreement emerged in between the two. The Court sought to clarify three questions: whether the parties to these agreements intended to establish a lateral limit to their respective portions of Ocean, the method they adopted to establish it, and the length of the delimitation line from the coast (whether 200 miles or less).

In its decision, the Court first interprets the 1952 Santiago Dec-

laration with a careful analysis, using the VCLT: it considers the text, in light of the object and purpose, the immediate context and the *travaux préparatoires* (para. 57 ff.). The Court does not consider other events subsequent to that stipulation – at least to interpret the 1952 Declaration –, does not mention Art. 31(3)(b) and subsequent practice, and concludes that the parties did not intend to delimit their respective portions of Ocean. The Court then, from the use of the present tense in a treaty of 1954 (paras. 81 and 90-91), infers the existence of a tacit agreement between the two parties, cemented by some subsequent events, in particular the arrangements on lighthouses (paras. 96-99) and the fishing activities conducted by private entities (paras. 103-111). Here, the Court is not interpreting a text, and, therefore, does not invoke the Vienna Convention and Art. 31(3)(b). Rather, it investigates the content of the tacit agreement: the subsequent practice of the parties and of private entities such as fishermen is considered as evidence of the content of the agreement. However, their dynamic is similar: subsequent practice is, in both cases, used to interpret a treaty and to ascertain the intention of the parties. In fact, two dissenting opinions refer to all these subsequent agreements and practices to interpret, in a convincing way, the 1952 Declaration ([Joint Dissenting Opinion](#) of Judges Gaja, Xue, Bhandari, and Judge *ad hoc* Orrego-Vicuña, paras. 9-34, on contemporaneous and subsequent agreements and practice; [Separate Opinion](#) of Judge *ad hoc* Orrego-Vicuña, paras. 20-29). The joint dissenting opinion concludes: «The text of paragraph IV of the 1952 Santiago Declaration implies that the parallel that passes through the point where the land frontier reaches the sea represents the lateral boundary of the general maritime zones of the Parties, which, on the basis of the Parties' maritime claims as pronounced in the Santiago Declaration, extends for 200 nautical miles. Some subsequent agreements concluded between the Parties confirm this interpretation of the Declaration, in particular the 1954 Agreement, the 1955 Protocol and the 1968 agreement. These instruments provide a solid legal basis for the existence of a maritime boundary that extends along the parallel for 200 nautical miles from the continental coasts of Peru and Chile» (para. 35).

In the decision, the Court does not appear very consistent in its position toward the intention of the parties. It first takes a strict approach in interpreting the 1952 Santiago Declaration; notwithstanding a lack of clarity in the agreement, the Court does not venture beyond a narrow use of text, context, object and purpose, and preparatory works, and does not use subsequent practice to inform its inter-

pretation of it. Then, the Court's regard for the intention of the parties appears to diminish: it quite freely declares the existence of a tacit agreement, and the same practices that it might have used to interpret the Declaration of 1952 are then used to investigate the content of this agreement. However, the evidence cited by the Court in support of the existence of the tacit agreement seems to be neither conclusive nor strongly convincing. This weakness is stressed by several separate opinions ([Declaration](#) of President Tomka, paras. 2 ff. and 25; [Separate Opinion](#) of Judge Owada, paras. 5-6 and 12; [Dissenting Opinion](#) of Judge Sebutinde, paras. 2 and 12). It seems more respectful of the intention of the parties to use subsequent practice and agreements in the interpretation of the 1952 Declaration, as highlighted by the joint dissenting opinion quoted above, rather than the path taken by the Court with its finding of the tacit agreement.

To sum up, what is new about intention of the parties, interpretation and subsequent practice after these two ICJ decisions? They deal with different situations, having in common the fact that the Court interprets agreements and considers the role of subsequent practice. In the *Whaling* case the Court is careful to adhere closely to the text of the treaty and the intention of the parties: it does refer to Art. 31(3)(b), and in doing so it seems to focus excessively on that provision, forgetting other potential interpretive roles of subsequent practice. The *Maritime Delimitation* judgment does refer to subsequent practice to deduce the content of a tacit agreement, and not to interpret an agreement of 1952 although doing so may have been wise. In fact, its decision ignores a rich set of agreements and practice by the parties to interpret an explicit agreement, only to later rely on a thin set of practices to flesh out a tacit agreement whose existence does not seem very well demonstrated.

It thus seems that, while the ICJ is actively addressing the issue of subsequent practice, the members of the Court have not yet arrived at an organic, shared position on the roles of subsequent practice in interpreting treaties.