

The basic question posed in this work is how and why International Law can be considered, as it is, law: being the structure regulating the relations between so-called “sovereign states”, by definition *superiorem non recognoscenmtes*, but obliged by rules, though not hierarchically organized. The fact being that the international community lacks any Authority, and therefore, any hierarchy between norms. That poses two more fundamental questions: what does sovereignty mean, and how can you define a State, a «State as a person» in International Law, just to use the precise words of the Montevideo Convention? To both questions the answer, a tentative answer, can be found describing the international society, better the International Community (that is: “not” a society, as explained by Tönnies) in terms of a “complex structure” as, eventually, described since the studies of von Bertalanffy. Therefrom, also derives the, not only theoretical, distinction between the juridical concepts of “State” and “Subject” of International Law, that implies that a “Subject” can be a “person” of International Law (in the very terms of the Montevideo Convention) without being a “State”, and, conversely, a “State” can be no “Subject” at all. All that also implies a new definition of “general norms”, often called “customary rules”, where custom has no place at all.

Giancarlo Guarino (1943), after ten years in the University of Camerino, was full professor of International Law in the University of Naples Federico II till 2014 as he retired.

€ 32,00



G. Guarino Per una definizione della struttura normativa del diritto internazionale contemporaneo

Giancarlo Guarino

Per una definizione della struttura normativa del diritto internazionale contemporaneo



Jovene editore

Per una definizione
della struttura normativa
del diritto internazionale
contemporaneo

Giancarlo Guarino

Per una definizione
della struttura normativa
del diritto internazionale
contemporaneo



Jovene editore

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2021

ISBN 978-88-243-2718-3

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

CAPITOLO PRIMO

COMUNITÀ INTERNAZIONALE E DIRITTO: IL VALORE DELL'ANARCHIA

1. Introduzione	p.	1
1.1. Comunità internazionale e anarchia	»	9
1.2. E quindi: la diversità della struttura dei soggetti interni e internazionale	»	16

CAPITOLO SECONDO

SOCIETÀ UMANA, DIRITTO E “MACCHINA” GIURIDICA

2. Società e Comunità: il peso della razionalità	»	27
3. Alcuni elementi strutturali per un'analisi della società e della comunità umane come “macchina”	»	31

CAPITOLO TERZO

SOCIETÀ E DIRITTO

4. Società, stato, diritto. La società fondata sul diritto: i sistemi sociali giuridici e il diritto come fatto dall'uomo per servire l'uomo	»	47
4.1. L'improponibilità della relazione tra diritto e morale	»	56
5. Il problema della “creazione” e della riconoscibilità della norma	»	61
5.1. La formazione dell'ordinamento interno e di quello internazionale	»	62
5.2. La consequenziale impossibilità di una fonte procedurale materiale di diritto internazionale: l'innocenza di Caino	»	72
6. La “forza” della legge	»	77
7. Il problema delle fonti del diritto e della concatenazione delle norme: la sanzione	»	87

CAPITOLO QUARTO
DALL'ORDINAMENTO INTERNO
ALL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

8. Le caratteristiche di base degli Ordinamenti giuridici interni e le differenze rispetto al sistema internazionale p. 95
- 8.1. I temi salienti di differenziazione tra ordinamenti interni e Ordinamento internazionale » 101
- 8.1.1. La presenza del diritto internazionale negli ordinamenti interni » 104
- 8.1.2. La legittimità degli ordinamenti interni alla luce del diritto internazionale » 105
- 8.1.3. L'effettività del diritto internazionale nel diritto interno » 108
- 8.1.4. L'effettività del cambiamento nell'Ordinamento internazionale » 112

CAPITOLO QUINTO
LA STRUTTURA NORMATIVA
DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

9. La Comunità internazionale come Ordinamento giuridico di fatto » 115
10. I caratteri tipici dell'Ordinamento internazionale » 118
11. Nello specifico l'Ordinamento internazionale come sistema generale » 124
12. La struttura generale dell'Ordinamento giuridico e di quello internazionale in particolare: le relazioni tra i sistemi » 127
- 12.1. La obbligatorietà e la sanzione come strumenti di riequilibrio del sistema » 130
- 12.2. Il "fondamento normativo" del sistema e il persistent objector » 134

CAPITOLO SESTO
I PRINCIPALI ELEMENTI
DELLA STRUTTURA NORMATIVA
DELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

13. Le norme generali » 141
- 13.1. Il "riconoscimento" come strumento di validazione della norma, conseguente all'assenza di gerarchia » 143

13.2. La constatazione dell'esistenza della norma generale e della sua validità	p. 150
13.2.1. La liceità della II guerra mondiale?	» 154
14. L'originalità e la funzionalità dell'Ordinamento internazionale: sovranità e Costituzioni	» 158
14.1. La logica dell'ordinamento internazionale: l'interpretazione, l'entropia e l'evoluzione del sistema internazionale	» 166
14.2. Le connessioni tra sistemi: l'universalismo del sistema giuridico	» 169
15. Il diritto internazionale come sistema non primitivo e obbligatorio	» 173

CAPITOLO SETTIMO

LA FUNZIONE DELLA PRASSI
NELLA FORMAZIONE DELLE NORME
DI DIRITTO INTERNAZIONALE

16. La funzione della prassi nel diritto internazionale	» 175
17. Diritto internazionale e fatto. La differenza tra la norma e la prassi	» 178
18. La formazione dialettica della norma, anche attraverso la prassi, e la funzione evolutiva della prassi	» 184
18.1. Prassi e "tempo" di formazione delle norme generali: l'accertamento della effettività della norma, lo iato tra l'esistenza e l'inesistenza della norma	» 191
18.2. Il significato dell'art. 38.1.b dello Statuto della CIG e la cd. consuetudine istantanea	» 197

CAPITOLO OTTAVO

DI TALUNE NORME GENERALI
DI DIRITTO INTERNAZIONALE
E DELLA LORO FORMAZIONE

19. La formazione "dialettica" delle norme generali	» 201
19.1. La norma sulla uguaglianza sovrana	» 206
19.2. Le chiavi del sistema: pacta sunt servanda e consuetudo est servanda	» 209
19.2.1. La struttura del consensus	» 215
19.2.2. Consensus e norme generali	» 219
19.3. Ius non est factum	» 225

CAPITOLO NONO
UNA DEFINIZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE
E CENNI SUI SOGGETTI DELL'ORDINAMENTO
INTERNAZIONALE

20. Una definizione del diritto della Comunità internazionale e dei suoi soggetti p. 229
21. I soggetti dell'Ordinamento internazionale: la formazione dei soggetti » 235

CAPITOLO DECIMO
SOVRANITÀ,
SOGGETTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE E STATI

22. L'acquisizione della soggettività: il caso delle Filippine e non solo » 243
23. Di talune differenze tra il soggetto di diritto internazionale e lo stato: le limitazioni di sovranità » 251
24. Nascita e fenomenologia del soggetto di diritto internazionale, con particolare riferimento allo stato » 258
- 24.1. Soggetto, stato e popolo » 261
- 24.1.1. La rilevanza del popolo e l'autodeterminazione dei popoli come istituto di diritto internazionale » 263
25. La formazione del soggetto-stato » 265
- 25.1. Soggettività e sovranità: il freno all'entropia » 267

CAPITOLO UNDICESIMO
CONCLUSIONI

26. Società e comunità umane giuridiche. Norme e rivoluzione » 271
- 26.1. Comunità internazionale e soggetti di diritto interno » 273
- 26.2. La Comunità internazionale » 277
27. La colpa di Caino » 279
28. I rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e la struttura di base della Comunità internazionale » 283
- 28.1. Soggetti di diritto internazionale e competenza » 286
29. Il diritto interno e internazionale come strutture complesse: entropia ed evoluzione » 289
- 29.1. Entropia e evoluzione » 292
30. Norme e soggetti di diritto internazionale » 294
- 30.1. Il soggetto di diritto internazionale come ente di fatto. La sovranità » 296
- Indice delle opere citate* » 299
- Indice analitico* » 311

CAPITOLO PRIMO

COMUNITÀ INTERNAZIONALE E DIRITTO: IL VALORE DELL'ANARCHIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Comunità internazionale e anarchia. – 1.2. E quindi: la diversità della struttura dei soggetti interni e internazionale.

1. *Introduzione*

Lo scopo di questo lavoro è quello di analizzare e descrivere il fenomeno del tutto particolare del sistema giuridico internazionale, cioè di quel sistema giuridico, o meglio, per usare una terminologia da giuristi, “ordinamento giuridico”, che regola i rapporti e i comportamenti tra e dei membri di quella Comunità, cioè dei soggetti del diritto internazionale, sia in termini reciproci, sia in termini assoluti. I quali soggetti, meglio anticiparlo subito, oltre a non essere, come vedremo, *solo* gli stati, non sono certamente gli individui *né i popoli*: che ciò comporti problemi ricostruttivi del tutto particolari, a cominciare proprio dalla identificazione dei soggetti di quell’ordinamento, è troppo ovvio per doverlo sottolineare.

Per dirlo in altre parole lo scopo di questo studio è di capire come possa funzionare e chiamarsi “ordine/ordinamento giuridico” – e mostrarne perfino le strutture funzionali basilari – il “sistema” giuridico di una società (che non per caso non chiamo d’ora in avanti così, ma Comunità) dove manca una forma purchessia di *gestione organica* dei poteri classici di ogni società umana e cioè dove mancano: l’organo cui sia affidato l’esercizio del potere legislativo, quello cui sia affidato l’esercizio del potere

esecutivo e, infine, quello cui sia affidato l'esercizio del potere giurisdizionale. *L'organo, non il potere!* Perché questa esattamente è la situazione di quell'ordinamento giuridico della società internazionale, principalmente, si dice, degli stati, nella quale, diversamente da *ogni* società "interna", manca un centro di potere di riferimento, una autorità insomma, capace di emettere norme¹. Per cui, distinguo fin da ora la società umana dove vi sia una autorità capace di normare, da una società umana dove detta autorità manchi, e che io definisco perciò, come spiego più avanti, comunità, come del resto da sempre gli studiosi di diritto internazionale. In altre parole, il problema di base della Comunità internazionale, è quello di cercare di spiegare come possa esistere una aggregazione di enti e soggetti umani, priva di autorità, ma fondata su norme e capace di produrne. "Mimarne" insomma una qualche forma, apparenza, struttura di autorità con vari espedienti "retorici", dalla "verticalizzazione" alla "costituzionalizzazione" di certe norme o strutture organiche (come l'OMC e i suoi panel) non può cancellare il dato di fatto per cui una autorità non esiste, *ma le norme esistono*: mancano, per così dire, i comandi perché comandano tutti, dove tutti, però, non è la maggioranza né l'unanimità, o almeno non necessariamente.

Quandanche, ad esempio, si volesse ricorrere alla costruzione ben nota di Santi Romano per la quale è l'organizzazione sociale quella che crea e inoltre fonda il diritto, determinandone così le *fonti*, non vi sarebbe dubbio che questo non è il caso della Comunità internazionale "fonte" per così dire, ma solo per così dire, del diritto internazionale, se non altro perché in essa ogni organizzazione, sia pure di fatto, capace o intesa a *definire organicamente* norme giuridiche manca e manca *deliberatamente* del tutto e, mancando per volontà esplicita dei soggetti di essa il riconoscimento di essere parte di una *istituzione*, l'istituzione stessa non può esserne vista come il fondamento e, meno che mai, come la fonte di produzione delle norme. Una istituzione,

¹ Ordinamento, negato spesso, ma affermato ad es. con le solite parole brevi e chiare da ZICCARDI P., *Diritto internazionale odierno: nozione e contenuto*, Milano (Giuffrè) 1964, p. 67 ss.

infatti, vorrebbe norme decise da una maggioranza o dal più forte. Ma, nel diritto internazionale, le norme non sono poste né da una maggioranza né dal più forte, il che esclude che si possa assimilare la Comunità internazionale ad una istituzione. Ciò, lo ribadisco, poiché manca nella Comunità internazionale nonché la percezione, l'accettazione, da parte degli stessi soggetti di essa, di vivere in una istituzione, in quanto i soggetti, ritenendosi dotati di sovranità – un sorta di Tabù quasi mitico e mistico almeno finché non si spieghi come e perché e a chi detta “qualità” si attagli – nella interpretazione corrente sono e si ritengono insofferenenti alle regole o meglio non suscettibili di opponibilità ad essi di regole, se e in quanto poste da o attraverso un *altro* soggetto o ente, Comunità internazionale stessa inclusa. Questa “insofferenza” da parte della stragrande maggioranza dei soggetti di diritto internazionale è stata a lungo considerata del tutto legittima, anzi addirittura un “diritto” dei soggetti, che, però, già nell'affermare quel diritto, ammettono implicitamente che, se di “diritto” si tratta, da qualcuno deve essere stato attribuito ma, specialmente, deve essere *garantito*. Anzi quel diritto, la sovranità, è affermato e spesso difeso perfino con arroganza, ad esempio tra i primi a farlo, anzi a fondarlo esplicitamente come un diritto nel mondo post medievale fu quel famoso Filippo il Bello di Francia, nei confronti di Bonifacio VIII, Papa², ma anche, più “scientificamente”

² Filippo il Bello, re di Francia (di una Francia, che lui definisce tale, forse per la prima volta) anche se afferma di parlare di cose note, vecchie di un secolo, vale a dire pronunciate in riferimento alla Decretale *Per venerabilem* di Papa Innocenzo III (Autunno 1202, in *Decretalium Dominae Gregorii Papae IX compilato*, Lib. I, *De summa Trinitate et fide Catholica*, Tit. I, Cap. XIII, p. 1425 ss. non per caso intitolato *In terris ecclesiae Papa potest libere illegitimos legitimare, in terris vero alienis non, nisi ex causis multum arduis, vel nisi in spiritualibus*) che “urla” a Bonifacio VIII: «*Per praescriptionem legitimam ius acquiritur praescribenti. Nulla autem praescriptio magis est legitima quantum ad cursum temporis quam centenaria: unde et ipsa currit contra Romanam Ecclesiam. Reges autem Franciae longe plus quam a centum annis sunt in possessione pacifica quod solum Deum superiorem habent in temporabilibus nullum alium recognoscentes superiorem in istis, nec imperatorem nec papam. Unde patet quod per diuturnam possessionem est ipsis ius summae superioritatis in Regno suo taliter acquisitum*», DUPUY P., *Histoire du différend d'entre le pape Boniface VIII et Philippe le Bel*, Paris

camente” da Bartolo da Sassoferrato³ (e più tardi ampiamente da Dupuy), che rielabora la formula tradizionale, su cui tornerò, *rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*, utilizzando il riferimento alle *universitates* invece che ai *reges* ed è un passo fondamentale nella costruzione della società interna e internazionale moderna, che addirittura sopravanza la futura costruzione groziana, fondata, sì anche sui popoli, ma principalmente sui re. Vedremo, però anche, che questa idea di *superiorem non habere*, ma di riconoscere che regole esistono anche nei rapporti tra “sovrani”, è molto più risalente di quanto non si dica comunemente, visto che lo stesso Filippo, aggiunge, che disponendo egli delle “sue” terre in buona fede da oltre cento anni, non vede perché dovrebbe privarsene su ordine del Papa⁴.

Del resto è palmare che prova evidente di essa si riscontra già nettissima – quasi due millenni prima! – nel trattato successivo alla battaglia di Qadesh (1270 A.C.)⁵, con il quale si dimostra come la contraddizione logica insanabile tra *superiorem non recognoscere* e l’esistenza di regole anche “imposte” (cioè non di natura contrattuale e sgradite a chi le applica, benché le appli-

1655, p. 675, (<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k114548g/f779.item>) e il Papa, ormai impotente benché furente, risponde: «...sicut luna nullum lumen habet nisi quod recipit a sole, sic nec aliqua terrena potestas aliquid habet nisi quod recipit ab ecclesiastica potestate. Nec insurgat hic superbia gallicana: quae dicit quod non recognoscit superiorem. Mentuntur: quia de iure sunt et esse debent sub rege romano et imperatore quia constat quod Christiani subditi fuerunt monarchis Ecclesiae romanae et esse debent ...», cit. in CALASSO F., *Origini italiane della formola rex in regno suo est imperator*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1930, p. 213 ss.

³ Nella versione *universitates superiorem non recognoscentes*, in quanto opposte alle altre. La visione di Bartolo, però, è in un certo senso, nonché più “democratica” molto più corrispondente alla concezione odierna della Comunità internazionale, dove i soggetti sono tali in quanto effettivamente tali, ma anche in quanto vogliono essere tali e finché desiderino continuare ad esserlo. V. CALASSO F., *op. cit. supra* nt. 2.

⁴ Per così dire, una prima affermazione di uno dei principi fondamentali ancora oggi del diritto internazionale, il principio della buona fede, l’ultimo della A/RES/2625 (XXV): «Every State has the duty to fulfil in good faith the obligations assumed by it in accordance with the Charter of the United Nations», reso da Filippo, come riportato da DUPUY P., cit., loc. cit., «*Constat enim reges Franciae fuisse bonae fidei in ista possessione*».

⁵ *Infra* nt. 99.

chi) possa solo essere superata, come cercherò di spiegare più avanti, attraverso una ricostruzione del principio di sovranità, come risultato dialettico del comportamento e delle volontà effettive (nonché delle capacità) dei soggetti: che dunque non hanno bisogno di una comunità che imponga regole. Invero, inoltre, ma su ciò tonerò, Filippo il Bello, afferma “soltanto” che già da almeno cento anni, il Re non “dipende” *più* dal Papa: non dipende più, cioè si è affermato un soggetto, autonomo e diverso, un soggetto di diritto internazionale. Anche se, è bene ricordare, la discussione (anche molto “sofferta”) sulla possibilità o meno che al re (in particolare a quello francese) potessero essere riconosciute le prerogative dell'*imperator* era assai diffusa specialmente in Francia⁶, ma non solo, visto che già a Bologna, intorno al 1200⁷, la discussione sulla prevalenza tra il re e l'imperatore era presente⁸. Peraltro, siamo nel periodo di un'opera fondamentale come l'introduzione alle Costituzioni Federiciane di Marino⁹.

⁶ V. CALASSO F., *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano (Giuffrè) 1957, p. 27 ss., che cita dal giurista DE RÈVIGNY J., la frase significativa: «... *Et quod committant in legem Juliam maiestatis, probatur quod rex princeps est quia non cognoscit superiorem. Dico hoc est in principem, non sicut ipsi dicunt quod rex princeps est, sed quia committatur in magistratum principis, ... quia Francia et Hispania semel fuerunt sub imperio ... circa primum ... et imo sepe erant...*» (corsivo mio).

⁷ Ne attesta la vicenda di Piacentino, appunto in bilico tra Mantova e Bologna proprio per quello, v. sul pnto ampiamente TOURTOULLON DE P., *Placentin: la vie, les oeuvres*, Paris (Librairie Marescq aîné) 1896, specialmente p. 85.

⁸ In un testo attribuito, se ben comprendo ad AZZONE, del quale si riporta abbia affermato: «*Item quilibet [rex] hodie videtur eandem potestatem habere in terra sua, quam imperator, ergo potuit facere quod sibi placet*». V. CALASSO F., *op. loc. cit.*, p. 34, mentre già ALANO, nel 1208, afferma in una glossa: «*Et quod dictum est de imperatore dictum habeatur de quolibet rege vel principe qui nulli subest. Unusquique enim tantum iuris habet in regno suo quantum imperator in Imperio*», *ibid.*, p. 31.

⁹ MARINO DA CARAMANICO, *Prooemium Glossatoris In Constitutiones Regni Siciliae*, (1231) v.lo in CALASSO F., *op. loc. cit.*, XII, 20-25: «*Rex enim investitus de regno debet eisdem legibus et iure regnum habere quibus haberet ecclesia que ipsum exinde investivit. Et maxime cum in forma concessionis regni certa capitula sint excepta, que sibi ecclesia reservavit, et ita in omnibus aliis regula remanet de rege et regno libero magis firma*» e XIV 10-25, XV 1-5: «*Et ita unum est illud directum dominium et una civilis possessio ut puta universitatis ut diximus, que secundum naturam contractus feudalis*

Sarà dunque come vedremo, molto difficile collocare il funzionamento di quella Comunità, in termini sociali “comuni” cioè nei termini di una società giuridica secondo la ben nota definizione di Kelsen (la *Rechtsgemeinschaft*), perché alla fine, per dirlo con Teubner, la comunità giuridica internazionale è una forma di comunità sociale, in qualche modo parte della società umana in senso lato, cioè impregnata di regole e necessità analoghe, ma differenziate dalle “comuni” regole sociali (sulla cui obbligatorietà non mi soffermo), dalla presenza, appunto, della obbligatorietà e, aggiungo, della terzietà della norma giuridica “comune” per così dire, ma, contemporaneamente, dalla mancanza dell’elemento del “comando”¹⁰. Ma anche, mi permetto di precisare, della sanzione, essenziale, come ben noto, per Kelsen in una *Rechtsgemeinschaft*¹¹, ma non, invece, della obbligatorietà nella *Zwangsordnung*, che è come dire “sistema” giuridico.

apud ecclesiam remanserunt. Et similiter unum est dominium utile et una naturalis possessio universitatis eiusdem ut diximus que secundum naturam contractus eiusdem transiverunt in regem. Non autem sicut plura sunt corpora ita sunt plura dominia utilia et directa, et plures possessiones naturales. Unde habendo respectum ad universitatem regni, sine dubio dominus papa est superior dominus, et quando de toto regno seu quota parte eius controversia fieret, ad ipsum cognitio pertinet. In singulis vero regni corporibus apud ecclesiam nihil prorsus remansit, sed totum et integrum dominium et possessio sunt translata in dominum regem», cui segue la citazione della Decretale per venerabilem (su cui supra nt. 2), XXI, 1-10: «*Liquet etiam admodo per rationes premissas, quod rex Sicilie potest inter homines regni sui legitimare bastardos, sicut legitur de rege Francie, qui de Imperio est exemptus ... (Per venerabilem). Hoc enim proprie dicitur esse principis donum ... Si vero is qui solunundo, collat ... Rex ergo Sicilie, qui totius regni sui obtinet principatum, indubitanter confert huius beneficium principale».*

¹⁰ V. TEUBNER G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M (Suhrkamp) 1989, e v. anche *infra* nt. 61.

¹¹ V. KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, Wien (Deutliche) 1960, p. 114 ss. e v. p. 34: «Ein anderes den als Recht bezeichneten Gesellschaftsordnungen gemeinsames Merkmal ist, daß sie Zwangsordnungen in dem Sinne sind, daß sie auf bestimmte für unerwünscht, weil sozial schädlich angesehene Umstände, insbesondere auf menschliches Verhalten dieser Art, mit einem Zwangsakt das heißt mit einem Übel ... reagieren, einem Übel, das dem davon Betroffenen auch gegen seinen Willen, wenn nötig unter Anwendung physischer Gewalt, also zwangsweise zuzufügen ist. Daß mit dem als Sanktion fungierenden Zwangsakt dem davon Betroffenen ein Übel zugefügt wird, ist dahin zu verstehen, daß dieser Akt normalerweise von dem davon Betroffenen als Übel empfunden wird».

Mancando, dunque, la fondazione e l'organizzazione formale della o di una autorità, riesce a dir poco difficile immaginare in quella Comunità l'autorità che, per usare la terminologia di Durkheim, gestisca e garantisca le libertà individuali dei soggetti: quell'autorità che nella lucidissima costruzione di Durkheim è il modo, l'unico, per, appunto, *garantire* le libertà e i diritti. Non basta, infatti, affermare il proprio diritto, occorre che esso sia garantito, altrimenti è *tamquam non esset* e quella garanzia si sostanzia secondo Durkheim, che, appunto, tratta solo delle "società interne", nello stato (o, aggiungo io, in una società per azioni, nell'Assemblea, ecc.) e che nell'Ordinamento internazionale semplicemente non esiste e la cui assenza dovrebbe fare pensare che un ordine giuridico ivi non esista. Che è l'idea di Hart, che con tutto il rispetto è molto discutibile e ci tornerò, dato che dipinge il diritto internazionale come un "set of rules", privo di norme secondarie, che, direi io nella logica appena accennata, sono proprio quelle destinate a garantire la natura di "rules" del "set", un circolo vizioso non molto perspicuo. E invece, come vedremo nel corso del lavoro, una autorità, "logica" ma non ordinatoria, di certo la Comunità stessa in senso astratto (quella talvolta definita "*International Community as a whole*"¹²) in qualche modo (come vedremo molto particolare) la svolge esercitando, in particolare, proprio quella garanzia dei diritti e delle libertà individuali dei soggetti, ritenuta giustamente da Durkheim¹³, come base di una società umana, anzi dello stato, ma, appunto, non solo di esso.

Al proposito va rilevato che è significativo, come vedremo, che quasi tutte le analisi sociologiche (ma spesso anche quelle giuridiche) siano centrate sullo stato e la sua organizzazione, cioè proprio su ciò che strutturalmente e deliberatamente manca nella Comunità internazionale, il che rende spesso difficile utiliz-

¹² Che peraltro, in quanto tale non è accettabile, v. *infra* § 26.

¹³ DURKHEIM E., *Lezioni di sociologia. Per una società politica giusta*, Napoli (Orthotes Editrice) 2016, trad. italiana di *Leçons de sociologie. Physique des meures et du droit*, 1950, p. 125 ss. *quarta lezione*.

zare quelle costruzioni per la Comunità internazionale, che, però, pure condivide con le società interne, molte caratteristiche. Mentre, infatti, per dirla in altri termini, la caratteristica di questo sistema giuridico e cioè di questo Ordinamento giuridico internazionale, è che quella autorità che in uno stato è costituita dagli organi dello stato e dalle sue norme – poco importa se frutto o meno di un contratto sociale o altro – nella Comunità internazionale è, invece, la Comunità internazionale stessa, che, però, pur essendo una entità astratta, esiste come luogo in cui si formano le norme, come è dimostrato dalla esistenza – rilevabile nella prassi e nelle *dichiarazioni* dei soggetti della comunità stessa oltre che in certa giurisprudenza – ad esempio, di quegli obblighi *erga omnes*¹⁴, dove gli *omnes*, “sono” appunto la Comunità internazionale *e non i singoli soggetti o la loro somma*, ma nemmeno una forma di autorità. I soggetti, infatti, collettivamente o individualmente, sono al tempo stesso gli autori e gli eventuali “esecutori” della coercizione al rispetto dell’obbligo la cui esistenza e il cui contenuto sono accertati e pretesi, magari coercitivamente *ma non autoritativamente*, dai soggetti di diritto internazionale stessi.

Cerco di spiegarmi meglio, utilizzando come esempio il riferimento all’art. 48.1(b) dei ben noti *Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*, dove, al di là della notevole labilità e approssimazione concettuale¹⁵, si determina un sostanziale circolo vizioso, quando si afferma, all’art. 42 pres-

¹⁴ È ovvio il riferimento alla famosa sentenza *Barcelona*, dove per la prima volta in un organismo giudiziario (sia pure arbitrale, ma su ciò v. più avanti) il discorso è presentato in maniera organica: CIG, *Belgium v. Spain, Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 24.7.1964, 5.2.1970. è appena il caso di ricordare come il concetto fosse stato elaborato, assai meglio che nella versione definitiva di Crawford, nel famoso art. 19 del Progetto di Roberto Ago di articoli sulla responsabilità degli stati, in AGO R., *Scritti sulla responsabilità degli Stati*, Napoli (Jovene) 1986, II.

¹⁵ Ben altro dai precedenti Rapporteur AGO e ARANGIO-RUIZ, con le complesse analisi, appunto, degli obblighi assoluti, tra i quali, e non è certo cosa marginale, trovava posto saliente la autodeterminazione dei popoli, ignorata, invece, nel Progetto definitivo.

soché incidentalmente (n. 1 lett. *b*) che lo stato può reagire sia a una offesa a lui fatta direttamente sia fatta a un «group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation» che (II) «Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation», mentre all'art. 48 afferma «Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: ... (*b*) The obligation breached is owed to the international community as a whole», mentre le “contromisure” (già solo questo termine è a dir poco ambiguo) possono essere svolte anche da uno stato non direttamente colpito (art. 54): insomma non gran che, ma, a questo stadio del discorso, ciò che importa sottolineare è solo che, come dicevo, è sempre, solo, direttamente e se vuole un singolo stato, quello che può reagire ad una violazione del diritto internazionale. Che poi vi si possa intorno elaborare teorie su organi di fatto della Comunità internazionale o di delega o altro, non cambia la realtà concreta: sta ai soggetti non solo agire, ma decidere se sia legittimo farlo, con la conseguenza per cui, in ogni caso, di autorità della Comunità internazionale, se si vuole *as a whole*, non è luogo di parlare.

Insomma: parlare di autorità o di verticalizzazione o altro, non mi sembra il caso. Sono sempre e solo direttamente, e sotto la propria responsabilità, i soggetti quelli che possono agire e decidere anche *se* agire, alla luce, però, di norme, nate (e, ribadisco: non prodotte) per così dire da un certo numero di singoli soggetti e di fatto. Anarchia, dunque?

1.1. *Comunità internazionale e anarchia*

Anarchia, sì, ma razionale e finalizzata: cerco, infatti, di spiegare qui, prima di approfondire nello sviluppo di questo lavoro, attraverso un esempio e in termini banalissimi, e quindi necessariamente semplificati, quanto ho detto sinteticamente più sopra.

Pensiamo alle giovani, descritte nel Decamerone di Boccaccio, che si incontrano a Firenze durante la peste e decidono di recarsi in campagna per sfuggirle, e concordano *di fatto* di andarci e, successivamente, di andarci in forma mista, ma *decidono esplicitamente e concordemente ma su suggerimento di Dioneo a Pampinea che la mette in pratica ancora di fatto* di affidare, una volta lì, quotidianamente ad un “re” («principale», dice Pampinea) la gestione della loro giornata¹⁶: realizzando concretamente, in altre parole e da quel momento in cui decidono/accettano di nominare un capo, quel “contratto sociale” di cui parlerà Rousseau, grazie al quale devolvono, con regole precostituite, incidentalmente *da loro stessi*, il potere a qualcuno (e, col tempo se avessero continuato, a qualcosa) fuori di sé e a sé stessi *sovraordinato*, cioè “maggiore”, come dice Pampinea. Viceversa: immaginiamo un gruppo di persone che si trovi, che so, su un pullman

¹⁶ Su proposta di Pampinea sollecitata da Dioneo: «... estimo che di necessità sia *convenire esser tra noi alcuno principale*, il quale noi e onoriamo e ubidiamo come maggiore, nel quale ogni pensiero stea di doverci a lietamente vivere disporre» per poi giungere alla conclusione «Queste parole sommamente piacquero, e a una voce lei per *reina del primo giorno elessero ...*» nel senso letterale del termine “scelsero”, e quindi non votarono, BOCCACCIO G., *Decameron*, (a cura di QUONDAM A., FIORILLA M., ALFANO G.), Milano (BUR) 2013, edizione Kindle, *Introduzione*, posizioni, rispettivamente, 3548 e 3557 corsivo mio. “Elessero”, appunto: qui nasce la società organizzata. Per completezza, riporto il brano integrale: pos. 3542 «Ma per ciò che *le cose che sono senza modo non possono lungamente durare*, io, che cominciatrice fui de’ ragionamenti da’ quali questa così bella compagnia è stata fatta, pensando al continuar della nostra letizia, estimo che di necessità sia convenire esser tra noi alcuno principale, il quale noi e onoriamo e ubidiamo come maggiore, nel quale ogni pensiero stea di doverci a lietamente vivere disporre. E acciò che ciascun pruovi il peso della sollecitudine insieme col piacere della maggioranza e, per conseguente da una parte e d’altra tratti, non possa chi nol pruova invidia avere alcuna, dico che a ciascuno per un giorno s’attribuisca e il peso e l’onore; e chi il primo di noi esser debba nella elezion di noi tutti sia. Di quegli che seguiranno, come l’ora del vespro s’ avvicinerà, quegli o quella che a colui o a colei piacerà che quel giorno avrà avuta la signoria; e questo cotale, secondo il suo arbitrio, del tempo che la sua signoria dee bastare, del luogo e del modo nel quale a vivere abbiamo ordini e disponga. ... piacquero, e a una voce lei per *reina del primo giorno elessero ...* alcuni rami colti, ne le fece una ghirlanda onorevole e apparente; la quale, messale sopra la testa, fu poi mentre durò la lor compagnia manifesto segno a ciascuno altro *della real signoria e maggioranza*». V. più ampiamente anche *infra* p. 95 ss.

e “decida” di usarne per una scampagnata, senza decidere formalmente o votare, *ma solo di fatto* come le giovani di Firenze, per cui, ad esempio, uno dei passeggeri si mette a guidare l'auto-bus, un altro sceglie il percorso, un terzo prepara il cibo, ecc.; qualcuno, in realtà, non vorrebbe andare in quel posto o mangiare quel cibo, ma il pullman è in moto, non può scendere e quindi deve adattarsi alle “regole” non concordate né imposte, ma note, regole che pure non ama, facendo, per dir così buon viso a cattivo gioco, benché in realtà partecipi di fatto, ma scientemente, a quel gruppo magari contribuendo con propri suggerimenti e quindi in maniera *dialettica* ma non regolamentata ad esempio in una votazione, che so, alla scelta della strada o del cibo, all'accensione dell'aria condizionata, ecc. Ipotesi, quest'ultima, che non invento per caso, ma proprio perché richiama alla mente il fatto che nel diritto internazionale odierno, e deliberatamente, qualcosa del genere avviene effettivamente e anche molto spesso in maniera addirittura “procedurale” e talvolta addirittura indicata come da preferire ai normali metodi di assunzione delle decisioni, e si chiama *consensus*. Tornando all'esempio dunque, in questo secondo caso non si prendono decisioni “formalizzate”, né si “decide” di scegliere un capo, però di fatto si decide usando la procedura del *consensus*: si agisce, pur se nessuno dei partecipanti può evitare di fare parte, almeno in quella situazione particolare, di quel gruppo ormai in viaggio, del quale, dunque, segue regole di comportamento non *concordate* ma in qualche modo accettate come regole (dovute in quanto necessarie a quella convivenza) e quindi perfettamente conosciute e alla formazione delle quali, magari, in parte contribuisce col suo suggerimento o comportamento, ma che di fatto, dal punto di vista di ciascuno dei membri del gruppo, sono *in*-poste. E quindi, per tornare al linguaggio giuridico, “poste”, sia pure non da un “re” ma nemmeno da un “processo democratico” e *meno che mai dalla natura o dalla religione*: anzi, un membro del gruppo che potrebbe, in astratto, desiderare di ritirarsi, sottraendosi così alle regole “poste”, non può farlo, la comitiva è già partita e le porte sono chiuse.

Questo secondo caso, dunque, è, benché banalmente e rapidamente descritto, il caso dell'Ordinamento internazionale che infatti non si "risolve" come nel Decamerone, dopo un processo simile, in una organizzazione dotata di autorità: non *decide* di fatto di avere un re da eleggere dopo il primo, ma per *consensus* agisce, *decide* di agire. Da ciò, detto incidentalmente, consegua in modo lampante, è bene dirlo subito, che uno dei concetti strutturalmente inapplicabili al diritto internazionale è il concetto di *fonte* della norma proprio perché inesistente è appunto la fonte sia in senso fisico, che astratto: in un tale ordinamento, insomma, si verifica nella realtà l'idea che la fonte sia in realtà il processo che porta a determinare la formazione di norme di diritto: cioè la sequenza di atti e comportamenti e affermazioni non espressi come comandi, ma vissuti come obblighi. Perché, infatti, l'ordinamento giuridico ipotizzato, quello internazionale insomma, non dispone di organi che "emettano" le norme, o meglio, non dispone di organi che, sia pure consensualmente, siano *abilitati ad emettere autoritativamente* le norme, ma nemmeno le pone per accordo tra le parti, fedele alla logica secondo cui in questo caso esse, le regole concordate, non solo varrebbero solo per le parti attuali, ma avrebbero (come nella realtà del diritto internazionale vigente, hanno) bisogno di essere *garantite* nella loro "obbligatorietà"¹⁷ da una norma, *necessariamente* non concordata, per iscritto o tacitamente. Le norme, dunque, non derivando da un potere abilitato ad emetterle, purtuttavia sono norme, sono "comandi" obbligatori. Per di più, anche la stessa afferenza alla Comunità, internazionale, è un dato di fatto, proprio perché non è "voluta", ma imposta dalle circostanze: ti trovi su quel pullman e non puoi scenderne, oppure, per un soggetto di diritto internazionale, sei sulla Terra. L'*autorità* insomma da cui derivano le norme è la Comunità stessa, ma in senso astratto, non dunque né la somma, né la giustapposizione, né la presun-

¹⁷ Nel senso indicato sopra e riferito a Durkheim (*supra* nt. 13), ma anche, me lo si permetterà, nel senso indicato da me molti anni orsono in GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984.

zione di una “volontà comune” formata nel tempo: cioè un *processo* o una *procedura*. O anche, per dirlo meglio, una modalità di formazione della norma, solo per chiarire che “processo” o “procedura” non alludono né intendono alludere in alcun modo ad uno sviluppo progressivo, diacronico, che porti, alla fine del processo, alla norma. Per cui la stessa idea dell'*International Community as a Whole* è solo una astrazione e magari un espediente logico, o meglio, è la conseguenza logica del *fatto* che una certa norma è ritenuta e accettata come *esistente*, come *già esistente*. Da ciò consegue, di nuovo come vedremo più avanti, una conclusione assai importante: la stessa impossibilità logica, e quindi giuridica, della figura, per lungo tempo assai “di moda” nella letteratura e nella prassi internazionalistiche, del *persistent objector*, cioè di quel soggetto che durante un presunto¹⁸ periodo di formazione della norma, vi si oppone comportandosi diversamente dalla *futura* norma. Impossibilità logica dico, perché è impossibile immaginare che una norma non scritta si formi un po' alla volta, per successivi tentativi, cioè attraverso un processo, appunto, se non altro perché ciò, posto pure che permetta di ipotizzare l'obiettore, impedisce di definire la posizione dei soggetti che, invece, eseguono un comportamento che, legittimamente, l'obiettore rifiuta perché non *ancora* obbligatorio. Come possono darsi due comportamenti opposti, ma entrambi legittimi, anzi giuridici? Perché è proprio questo il punto, al di là delle più o meno sofisticate discussioni sulla formazione delle norme “consuetudinarie”: durante l'ipotetico periodo di formazione della norma, come si qualifica il comportamento di chi si comporti come quella “futura” norma richiederà e come potrebbe *pretendere* dagli altri soggetti di considerare quel comportamento non solo lecito, ma doveroso; ma altresì, come può definirsi una situazione in cui un soggetto pretenda legittimamente da un altro un comportamento che l'altro legittimamente rifiuta?

Ciò che, infatti, voglio sottolineare è proprio che, nel diritto internazionale non scritto, la norma non *si forma* nel tempo, non

¹⁸ Secondo me inesistente, come spiego più ampiamente *infra* § 13.

può logicamente esistere una *norma* che sia *in itinere*: o non c'è, o c'è, in quel preciso momento in cui l'interprete o l'agente la "scopre" per la prima volta, magari senza rendersene conto perché "si limita" ad applicarla, cioè a comportarsi nel modo che si scoprirà, prima o poi, che *era* dovuto e quindi *era* lecito, e cioè, che è la cosa più importante di tutte, che *era ed è* illecito il comportamento contrario. Del resto, la cosa non è poi così strana se si pensa che anche una norma scritta non si forma durante la discussione sulla sua redazione, ma è norma nel momento in cui, adottata, entra in vigore¹⁹.

Sono queste ultime le caratteristiche principali, concettualmente difficili o almeno singolari certo, dell'Ordinamento internazionale, in quanto tale formalmente e sostanzialmente diverso nonché da un qualunque altro sistema sociale (à la Durkheim, per intenderci), da un qualunque altro ordinamento giuridico, sia esso l'ordinamento di uno stato, sia l'ordinamento di una società, all'interno dello stato come una società per azioni, sia esso anche l'ordinamento di una società, composta di stati e soggetti di diritto internazionale (come le NU o la UE, ecc.). Tutte società o associazioni nelle quali, cioè, i soggetti, che ne fanno parte per loro scelta "libera" (che cioè ne possono uscire sempre²⁰), defini-

¹⁹ Interessante la visione di HEGEL G.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1822, edizione a cura di CICERO V., Firenze (Bompiani) 2017, p. 366 (§ 211): «Gewohnheitsrechte selbst, da nur die Tiere ihr Gesetz als Instinkt haben, nur die Menschen aber es sind, die es als Gewohnheit haben, enthalten das Moment als Gedanken zu sein und gewußt zu werden. Ihr Unterschied von Gesetzen besteht nur darin, daß sie auf eine subjektive und zufällige Weise gewußt werden, daher für sich unbestimmter [sind,] und die Allgemeinheit des Gedankens getrübt; außerdem die Kenntnis des Rechts nach dieser und jener Seite und überhaupt ein zufälliges Eigentum Weniger ist» che sottolinea con quel *gewußt* che la norma non „ufficializzata“ (consuetudinaria) è norma perché, appunto, conosciuta.

²⁰ Anche qui, vale solo la pena di ricordare come l'inesistenza di una disposizione sul recesso dalle NU, non abbia impedito all'Indonesia di uscirne (sia pure solo di fatto) al momento in cui ha voluto farlo, così come potrebbe decidere di non accettare le credenziali del Myanmar dopo il colpo di stato. Analogamente per l'UE, l'uscita dalla quale è stata solo resa più complicata con l'introduzione, nel testo di Lisbona, della disposizione sul recesso, usata dalla Gran Bretagna: e si è visto con quali problemi.

scono concordemente e preventivamente delle regole di convivenza tali che una certa "autorità", tale perché *legittimamente e in modo "trasparente"* costituita, possa *legittimamente* emettere le regole valide per tutti. *Legittima e trasparente* vuol dire costituita con regole predeterminate, seppur fittiziamente, da tutti i soggetti e note a tutti i soggetti, presenti e futuri, insomma fondate su una autorità, che manca nella Comunità internazionale ma che negli stati è la Costituzione. Tanto vero che la violazione di quest'ultima o il suo stravolgimento, come vedremo, *abilitano* contrariamente a ciò che afferma Rousseau²¹, alla rivoluzione: *abilitano* dal punto di vista del diritto internazionale!

Per cui nella Comunità internazionale, all'apparenza *anarchica*, ma in realtà dotata di regole, *esse definite in maniera anarchica*, può addirittura accadere che i soggetti internazionali, possano, con una sorta di solo apparente capriola logica, perfino ... *definire organizzativamente l'anarchia*: confluendo, per esempio e solo *di fatto*, in una entità da loro esplicitamente costruita, ma priva della struttura normativa fondata su una autorità, come accade in quelle Conferenze internazionali periodiche o Organizzazioni internazionali non formalizzate in trattati come la CSCE e poi l'OSCE o il G7, (non a caso, flessibilmente, G7, 8, 20!) ecc. dove, però, ugualmente regole esistono e sono note e riconosciute (perfino scritte in testi *non accettati come* trattati) e addirittura possono dare luogo ad atti e fatti concreti e operativi. Regole che, benché non formalizzate, sono anch'esse *legittimate* da strumenti *esterni* ad esse: cioè dalle stesse regole che, come legittimano i diritti dei soggetti di diritto internazionale e l'esistenza di un ente come le NU, legittimano anche quella di un ente come l'OSCE, dove informalmente i soggetti partecipanti, perfino essi opinabili, sanno perfettamente sia quali siano gli altri partecipanti, sia quali siano le regole, sia, infine, come farle valere: anarchia, ripeto, nella procedura di formazione delle regole, ma non nelle regole. Un ibrido, si potrebbe dire, un *tertium genus* tra i soggetti strutturati intorno ad una autorità e la Co-

²¹ *Infra* § 26.2.

munità internazionale: e invece, solo una forma particolare di espressione di una Comunità internazionale più ristretta, magari nelle funzioni piuttosto che nei partecipanti. In qualche modo, ma lo dico solo come un suggerimento per eventuali approfondimenti, la manifestazione di varie Comunità internazionali, che, strutturate come la Comunità internazionale universale, vi confluiscano a loro volta, ma che sono prive della caratteristica unica della Comunità internazionale: *la necessarietà e quindi l'unicità*.

Solo per convenzione terminologica, userò, d'ora in avanti, il termine Ordinamento interno con riferimento a quegli ordini che siano strutturati o legittimati nel modo descritto intorno ad una autorità e che quindi non costituiscono oggetto di queste pagine.

1.2. *E quindi: la diversità della struttura dei soggetti interni e internazionale*

Ho delineato brevemente due possibili manifestazioni di quelle che potremmo chiamare “concrezioni” umane. Una, quella fiorentina, in cui un gruppo di individui, si riunisce, senza alcun accordo preventivo né accordandosi *nella* riunione, e decide informalmente certi comportamenti, l'altra, quella casualmente su un pullman. In entrambi i casi, il gruppo di fatto “decide” certi comportamenti, nel senso che, in entrambi i casi, le “decisioni” da cui derivano i rispettivi comportamenti, non conseguono ad alcuna scelta formalizzata, ma sono solo di fatto, benché perfettamente, coscienti e consapevoli, solo che, nel primo gruppo, la scelta sia di partecipare che di “decidere” è del tutto libera, mentre nel secondo i partecipanti si trovano in quella situazione, che la vogliano o meno: sono coscienti perfettamente, come i primi, di fare parte di un gruppo, nel quale vi sono delle “decisioni” di fatto, ma non hanno via di uscita, nessuno può rifiutare di fare parte del gruppo, semplicemente perché è lì, sul pullman, e non ne può scendere e nemmeno può non rispettarne le regole. Ma poi, le differenze tra i due gruppi si ap-

profondiscono perché, mentre il gruppo dei fiorentini, sempre perfettamente di fatto cioè senza assumere alcuna decisione formale (come un voto ad esempio) decide di nominare un capo e per di più a scadenza e modalità ben precise e periodicamente, il secondo non lo fa, ma continua il viaggio, comprensivo, mi si perdoni il termine, di “divisione del lavoro”.

Il primo gruppo, a questo punto, dal momento in cui *di fatto* ha deciso di nominare un capo, crea un sistema organizzato, cioè per quanto ci riguarda qui, giuridico, nel quale *necessariamente* i partecipanti conoscono sia le regole di comportamento reciproco, durante e specialmente dopo il periodo, diciamo così, *anarchico*, sia anche le modalità attraverso le quali quelle regole andranno poste e quei capi andranno nominati, ecc., attraverso quello che potremmo, con una certa cautela, definire un contratto sociale.

In entrambi i gruppi, dunque, le regole ci sono e sono coscienti, ma mentre il primo le struttura, dopo essersi formato ed avere cominciato ad esistere come gruppo, in un sistema gerarchico (un capo e gli altri, le regole e le modalità per definirle), l'altro non lo fa, ma le regole di convivenza continuano ad esserci.

Una ulteriore differenza distingue i due gruppi: da quello fiorentino, sia prima che dopo la nomina del capo, chi ne faccia parte può, in qualunque momento lo voglia, uscirne, ma, beninteso, *uscire* da quel gruppo implica *necessariamente* che di fatto chi ne esca entri in un altro; inoltre, almeno in astratto, è possibile a quel gruppo associare (o prendere atto della esistenza di) altri individui, che dunque si assocerebbero a quel gruppo *già* formato con *quelle* regole, salve le successive modifiche, per così dire, ordinarie. Non così per il secondo, su un pullman in movimento, dal quale quanto meno non si può scendere, né salire, ma che, non diversamente dall'altro, ha regole che ad eventuali nuovi membri (che possono essere solo e necessariamente “frutto” di associazioni varie e scomposizioni dei membri in viaggio) vengono egualmente imposte, salvo modifiche successive, che, peraltro, sono implicite già solo per il fatto che nuovi soggetti si sono aggiunti.

Ancora, nella misura in cui il gruppo fiorentino ha deciso la nomina del capo con tutte le conseguenze che ne derivano, può anche accadere che una parte dei partecipanti o anche tutti, vogliano cambiare le regole ad esempio grazie alle quali lo stesso capo viene scelto e magari anche le eventuali norme che conseguono dalla scelta stessa. Ora: finché le regole predisposte siano sufficienti, quella pretesa viene soddisfatta applicando le regole predisposte. Quando, però, quelle regole non bastino, i membri del gruppo potrebbero essere indotti a ribellarsi al capo e alle sue regole, sia a quelle decise “dal” capo che alle altre preesistenti ad esso. *Mutatis mutandis* la stessa cosa potrebbe fare il gruppo sul pullman.

Dalla ribellione, meglio “rivoluzione”, nascerebbe, sia nel caso fiorentino che nell’altro, un nuovo regime del gruppo (anzi, tecnicamente un nuovo gruppo), ma la domanda da porsi sarebbe se la stessa rivoluzione sia stata legittima e il conseguente nuovo regime sia legittimo. *Legittimi*, rispetto all’unico elemento rilevante e cioè la volontà effettiva e coerente di *tutto* il gruppo sociale, o almeno di una parte sufficientemente adeguata di esso.

E qui, si concretizza una differenza di fondo tra le due ipotesi. Sulla prima, quella fiorentina, la società più ampia della quale il gruppo è parte può esprimere la valutazione di cui sopra: *legittimità* della pretesa rivoluzionaria, *adeguatezza* del consenso e del suo contenuto rispetto ai membri del gruppo. Che poi, una eventuale valutazione negativa possa determinare una reazione qualsivoglia dell’ordinamento più ampio è ovvio ma, a questo stadio del discorso è irrilevante.

Sul secondo gruppo, invece, le cose cambiano. Anche lì, una “rivoluzione” è possibile al presunto regime consolidato di regole di fatto, ma lì non vi è un gruppo esterno più ampio in grado di valutare, per cui la *legittimità* in questo caso è, per dir così, *autodefinita*. In altre parole, è lo stesso gruppo sociale quello che stabilisce da sé se il nuovo “regime” che nasca sia legittimo o meno e debba o meno perdurare. Anzi: in quest’ultimo gruppo è difficile anche valutare se si sia in presenza del cambiamento di qualche regola o di una vera e propria rivoluzione.

Qui, in qualche modo, l'anarchia è *autogestita*, nel senso che alla fine le regole, rivoluzionate, sono quelle che risulteranno accettate, in assenza di qualsivoglia valutazione esterna.

Come avremo modo di vedere, ciò sarà molto rilevante per definire lo "status" del gruppo sociale: se, cioè, sia in stato di entropia o di evoluzione, oppure, in altre parole, se ciò che vi accade rientri o meno nella autopoiesi del sistema.

Inoltre, chi non aderisca alle regole del gruppo sociale fiorentino può uscire dal gruppo stesso, rientrando nella più ampia società fiorentina. Ciò può sempre e in qualunque momento lo voglia "riappropriarsi della propria autonomia"²². E quindi, per uscire dall'esempio, ma restando in termini di teoria generale, così come ogni individuo, con maggiori o minori difficoltà, può uscire da uno stato del quale faccia parte, così come *pretendere* di esserne parte come nel caso Nottebohm²³ o nel caso dell'individuo che rivendichi il diritto all'asilo (dove l'accento è sul termine "diritto"), egualmente uno stato (o in generale un soggetto di diritto internazionale) può entrare o uscire da una organizzazione di soggetti di diritto internazionale, *in assoluta libertà*. E quindi, così come un individuo può uscire da uno stato fatalmente entrando in un altro, anche un soggetto di diritto internazionale, che sia membro di un sistema di tipo interno (una Or-

²² Il che, rappresenta il fondamento logico dell'affermazione per la quale l'individuo che "fugge" (in senso giuridico) da uno stato ha *diritto* ad essere accolto in un altro stato, quale non importa, purché uno ve ne sia. GUARINO G., *Migrazioni e migranti: un paradigma dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in DI STASI A., FAUCEGLIA G., MARTINO G., PENNETTA P., *Liber amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2020, p. 249 ss.

²³ Vale la pena di citare la famosa sentenza della CIG nel caso Nottebohm, quando afferma: «Nationality serves above all to determine that the person upon whom it is conferred enjoys the rights and is bound by the obligations which the law of the State in question grants to or imposes on its nationals. This is implied in the wider concept that nationality is within the domestic jurisdiction of the State. ... It does not depend on the law or on the decision of Liechtenstein ... To exercise protection, to apply to the Court, is to place oneself on the plane of international law. It is international law which determines whether a State is entitled to exercise protection and to seise the Court», v. CIG, *Nottebohm Case* (Guatemala v. Liechtenstein), seconda fase, 6.4.1955, CIG *Recueil*, 1955, p. 20 s.

ganizzazione internazionale, ad esempio) può farlo se e quando voglia, *in assoluta libertà* restando però comunque membro della Comunità internazionale. Sottolineo così questa “identità” di situazioni per evidenziare due aspetti. Un individuo che lasci uno stato (o voglia entrarvi) può essere ostacolato in vario modo, ma alla fine è l’Ordinamento internazionale quello che decide sulla legittimità della cosa, in quanto “ordinamento di garanzia”²⁴. Se, invece un soggetto di diritto internazionale, vuole lasciare una Organizzazione internazionale, può essere richiesto di vari adempimenti e risarcimenti, ma alla fine nulla può impedirgli di farlo, non tanto in ragione del principio di sovranità, quanto dell’assenza di un Ordinamento “di garanzia”.

Viceversa, diversamente da quanto detto per quanto riguarda un gruppo sociale di tipo “interno”, qui il membro del gruppo del pullman può ribellarsi, lottare, protestare, ma non uscire dal ... pullman: fuor di metafora, un soggetto di diritto internazionale non può uscire dalla Comunità internazionale, se non altro perché un’altra non ve ne è. E questa differenza non è da poco, per comprendere sia la natura e il fondamento della Comunità internazionale, sia per comprendere come e perché non sia possibile parlare in essa di *fonte* normativa nel diritto internazionale. E non solo. Perché se è vero che un soggetto di diritto internazionale non può non essere parte della Comunità internazionale, è consequenziale che di essa faccia necessariamente parte, nell’ambito e nel rispetto delle regole internazionali in tema di autodeterminazione dei popoli, perché esse, mentre sono quelle che *giustificano* giuridicamente la stessa esistenza del soggetto di diritto internazionale in quanto tale, sono anche quelle che spiegano perché nessun soggetto di diritto internazionale può considerarsi *indifferente* alle norme del diritto internazionale vigente²⁵.

²⁴ V. più ampiamente *infra* § 4.

²⁵ È interessante citare l’opinione, alquanto sconvolgente della CIG se si pensa a come sia radicalmente cambiata in pochi anni, dal caso del Mandato sul Sud-Africa, a quello del muro in Palestina. Nel primo la Corte afferma (ICJ, *Advisory Opinion, International Status Of South-West Africa* 11.7.1950), p. 132, «The “Mandate” had only

Ma una ulteriore breve considerazione va fatta, e ne riparerò alla fine di questo lavoro. Perché la differenza tra i due gruppi sociali delineati ha un ulteriore aspetto molto rilevante.

Se, infatti, è vero, come ho detto, che del gruppo sociale fiorentino fanno parte individui che liberamente hanno scelto di farne parte, è anche vero il contrario, e cioè che il gruppo (o, se si preferisce quella parte di gruppo già formata) può a sua volta liberamente decidere se e quali individui accettare nel suo seno: indicandone le caratteristiche e, quindi, definendone *preventivamente* le qualità accettate dal gruppo originario per farne parte. Viceversa, nulla del genere può fare l'altro gruppo, dove gli individui presenti sono *quelli e sono quello che sono* e di ciascuno di essi si dovrà, perciò, tenere il debito conto, *quali che ne siano le caratteristiche, le qualità, ecc.*

In altre parole e per uscire di metafora, in uno stato, la “semplice” nascita di un bambino, determina la attribuzione ad

the name in common with the several notions of mandate in national law. The object of the Mandate regulated by international rules far exceeded that of contractual relations regulated by national law. The Mandate was created, in the interest of the inhabitants of the territory, and of humanity in general, as an international institution with an international object – a sacred trust of civilization. It is therefore not possible to draw any conclusion by analogy from the notions of mandate in national law or from any other legal conception of that law. The international rules regulating the Mandate constituted an international status for the Territory recognized by all the Members of the League of Nations, including the Union of South Africa», da cui, poi, nasce la discussione sia sulle analogie e influenze reciproche tra diritto interno e diritto internazionale, sia sulla possibilità o meno che certe prassi interne potessero creare norme generali di diritto internazionale: v. WALDOCK H., *General Course, RCADI*, 1962, p. 62. Nel caso del Muro (CIG, *Parere Consultivo 9.7.2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*) la Corte afferma § 155: «The Court would observe that the obligations violated by Israel include certain obligations *erga omnes*. As the Court indicated in the *Barcelona Traction* case, such obligations are by their very nature “the concern of all States” and, “In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection.” ...The obligations *erga omnes* violated by Israel are the obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination, and certain of its obligations under international humanitarian law» e aggiunge, § 159: «... It is also for all States, while respecting the United Nations Charter and international law, to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end».

esso (per certi versi addirittura già prima della sua nascita) di alcuni diritti e doveri, per il solo fatto di essere nato e di essere nato lì, a cominciare dalla cittadinanza, e cioè dal riconoscimento del fatto che quel nuovo nato (o nuovo arrivato) non solo esiste, ma gode di diritti, dispone di certe qualità, è destinatario di certi obblighi e garanzie o solo di alcuni di essi o di nessuno di essi.

Ma ciò, nel diritto internazionale (nel pullman) è impossibile: i soggetti sono quelli che, in quanto tali si presentano come soggetti e che vengano “accettati” come tali, non perché se ne possa stabilire la possibilità o meno di farne parte, ma semplicemente perché riescano (e finché riescano) a “farsi accettare” come tali, sia pure *obtorto collo*, perché uscire non possono, ci sono e l’unico modo di eliminarli è sopprimerli. Dei soggetti di diritto internazionale, insomma come vedremo meglio più avanti, non si può *decidere* se e che esistano, si può solo prendere atto che vi sono, ma specialmente che “contano” per quanto “conta” la loro presenza, anzi la loro capacità di essere presenti: *né più né meno*.

Non a caso, per venire al concreto, la Convenzione di Montevideo sui diritti e doveri degli stati, del 26.12.1933, comunemente ritenuta come quella in cui si indicano i *cdd. requisiti* per la nascita e l’esistenza di *uno stato*, afferma all’art. 1: «The state as a person of international law should possess the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) government; and d) capacity to enter into relations with the other states». Che vuol dire che il soggetto c’è di fatto, prima e a prescindere dall’aver soddisfatto a requisiti di sorta, ed è *perciò* già titolare di diritti ed obblighi, tanto che può, *soddisfacendo determinate caratteristiche o rispondendo a determinati requisiti*, “diventare” un soggetto-stato oppure, *mutatis mutandis*, un soggetto-organizzazione internazionale, o restare un soggetto di diritto internazionale puro e semplice o non essere né l’uno né l’altro. Con la ovvia conseguenza per cui *nel momento e dal momento* in cui taluno di detti requisiti venga a mancare, quell’ente potrà *non essere più uno stato*, ma non cesserà perciò di essere

un *soggetto* di diritto internazionale, *se già lo era*. Perché, come vedremo tra un momento, potrebbe anche non essere un soggetto, pur essendo “chiamato” stato.

Beninteso, vale la pena di precisare, la “logica culturale” di quella Convenzione, come dell’art. 38 dello Statuto della CPGI e poi della CIG (le «civilized nations»), risponde ad una logica, appunto, post-ottocentesca, nella quale gli stati e gli imperi, diciamo così, del “concerto europeo allargato”, si ritengono gli unici detentori di quella “civiltà” che consente loro di essere parte della Comunità internazionale (peraltro comunque l’unica possibile secondo loro) e che, per conseguenza, consente loro di “scegliere” chi ammettere in quella Comunità. Il tenore, clamorosamente esplicito dell’art. 22 del *Covenant* ne è un esempio palmare, quando afferma, co. 1, che ai «peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world» occorre (generosamente?) garantire, co. 2 «the tutelage of such peoples» da affidare a «advanced nations who by reason of their resources, their experience or their geographical position can best undertake this responsibility, and who are willing to accept it», per cui, co. 6, quei territori «owing to the sparseness of their population, or their small size, or their remoteness from the centres of civilisation, or their geographical contiguity to the territory of the Mandatory, and other circumstances, can be best administered under the laws of the Mandatory as integral portions of its territory», come precisato anche all’art. 24,b.

Va solo aggiunto per completezza, che dal punto di vista logico, tra i due soggetti (l’individuo e il soggetto internazionale, stato o non) non vi è differenza alcuna. Entrambi sono titolari di diritti “assoluti” per quanto attiene al proprio “interno”: l’individuo sui propri “organi” e la sua sfera privata e nei confronti con gli altri individui, il soggetto di diritto internazionale, nell’ambito della sua competenza, sugli individui a lui riferibili o sui soggetti di diritto internazionale che lo compongono e nei rapporti con gli altri soggetti di diritto internazionale. In entrambi i casi, quei diritti “assoluti” sono suscettibili di cambiamento (non di “limitazioni”) sulla base delle normative *legittime* e vigenti. Insomma:

è la norma interna o internazionale quella che stabilisce, di volta in volta, il contenuto dei diritti soggettivi dei soggetti. “Limitare” presuppone che vi sia già una situazione di un certo tipo, che venga delimitata. In un ordinamento interno ciò può accadere: ad un cittadino, tale perché una norma stabilisce che quello è cittadino e che alla cittadinanza competono certe prerogative e diritti, ad un cittadino, dico, cui si possono “limitare” i diritti, da *tutti* quelli che ha *ab origine* a quelli che gli vengano lasciati, ad esempio a seguito di un arresto o altro. Ad un soggetto di diritto internazionale, le prerogative o diritti, non vengono *attribuiti* da qualcosa di superiore ad essi, ma sono semplicemente la descrizione dello stato di fatto, di ciò che realmente esso è, in relazione agli altri (lett. *d* dell’art. 1 della Convenzione di Montevideo) e dunque ciò che può accadere è soltanto che lo *status*, la qualità, la quantità di quelle relazioni risulti diversa (maggiore o minore di *prima*) ma dunque sia oggi *quella* e non altra: come tale frutto dell’incontro dialettico tra le qualità dei soggetti: non ampliabile o limitabile, ma tale come dialetticamente determinata dalla storia.

E pertanto, solo per concludere su questo punto fondamentale: se è certamente possibile “creare” uno stato, cioè un ente che abbia o cerchi di avere o a cui “si” attribuiscono certe caratteristiche, che soddisfi insomma a certi requisiti²⁶, perfino indipendentemente dal fatto che l’ente “creato” riesca ad esistere effettivamente come tale, cioè sia un soggetto di diritto internazionale, non è assolutamente possibile *creare* un soggetto di diritto internazionale. Per cui può darsi il caso di uno “stato”, creato, formalizzato ed esistente, ma non soggetto di diritto internazionale con le conseguenze ovvie che, non essendo un soggetto, ha

²⁶ Per usare ancora la terminologia del *Covenant*, art. 22 co.3: «Certain communities formerly belonging to the Turkish Empire have reached a stage of development where their existence as independent nations *can be provisionally recognized* subject to the rendering of administrative advice and assistance by a Mandatory until such time as they are able to stand alone...», dove la famosa “incomprensibile” frase in corsivo, significa in realtà che l’affermazione del loro *status* è opera unica degli stati ... veri, per così dire!

il nome di stato, ma in realtà non ha uno *status* internazionale corrispondente: per l'assenza di certe qualità, non per una loro limitazione. E quindi, viceversa, può ben darsi il caso che un soggetto di diritto internazionale non sia uno stato.

Basterebbe per fare degli esempi, pensare al caso dello "stato dell'Isola delle rose"²⁷, o ad Andorra, o al Principato di Monaco, a San Marino, a Nauru, fino al recentissimo presunto stato del Kosovo. Che sono enti "creati" per essere "stati", ma che non riescono ad essere soggetti di diritto internazionale, pur ricevendo, per così dire, tutti i "salamelecchi" normalmente "dovuti" allo stato, ma, appunto solo salamelecchi, che arrivano fino alla *membership* delle NU, per alcuni dei citati. Non, ad esempio nemmeno quello e non è un caso, per il Kosovo²⁸ o per l'Isola

²⁷ Più precisamente Repubblica Esperantista dell'Isola delle Rose e, in esperanto, *Esperanta Respubliko de la Insulo de la Rozoj*, fondata il 1.5.1968 e ... "occupata" dalla polizia italiana il 26.6.1968 e poi distrutta nel Febbraio 1969. Difficile mettere in dubbio non solo che il soggetto non c'è, ma anche che mai è nato, pur avendo emesso i rituali francobolli e addirittura battuto moneta: il *Milo*. Sta in fatto però, che la questione non fu trattata giuridicamente, cioè il proprietario, il sig. Rosa, non fu imputato né accusato di alcunché, per cui, in qualche modo, è legittimo pensare che la vicenda sia stata trattata come una vicenda internazionale ... una vera e propria guerra con occupazione del territorio e sua distruzione: *debellatio*, con il Capo di Stato ... graziato!

²⁸ La cui *Dichiarazione di indipendenza*, del 17.2.2008, afferma proprio la *non* soggettività internazionale, quando al punto 9 dice: «We hereby undertake the international obligations of Kosovo, including *those concluded on our behalf* by the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK)» (corsivo mio), rispetto alla quale la stessa CIG, nella sua sentenza, afferma al punto 77: «the Republic of Serbia informed the Secretary-General that it had adopted a decision stating that declaration represented a forceful and unilateral secession of a part of the territory of Serbia, and did not produce legal effects either in Serbia or in the international legal order», ma la cui conclusione ambigua conferma appieno la discutibile natura nonché di stato, anche solo di soggetto di diritto internazionale del Kosovo, punto 122: «The Court has concluded above that the adoption of the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law, Security Council resolution 1244 (1999) or the Constitutional Framework. Consequently the adoption of that declaration did not violate any applicable rule of international law», CIG, *Parere consultivo, Accordance with international law of the unilateral Declaration of independence in respect of Kosovo*, 22.7.2010, ICJ *Recueil*, 2010, p. 403 ss. Sta in fatto che a tutt'oggi il Kosovo non è membro delle NU, e non partecipa neanche come osservatore.

delle Rose, semplicemente nemmeno preso in considerazione dalle NU, il primo, spazzata via da un gruppetto di Finanziari, la seconda. Così come può, invece, accadere l'inverso come ad esempio per l'OLP-Palestina, soggetto indiscutibile di diritto internazionale che stipula accordi internazionali con Israele e non solo²⁹, citato come tale ripetutamente nel *Parere consultivo* sul Muro in Palestina, poi "nominato" stato non-membro delle NU³⁰, che, grazie alla qualifica (inconsistente nella effettività dei fatti) di "stato" può, però, aderire ad Organizzazioni internazionali dove la *membership* è limitata agli stati in senso formale. Ma, si può anche pensare al *Dā'ish* o ISIS, per un certo tempo sicuramente soggetto di diritto internazionale ma non certo *stato* benché autonomatosi tale³¹. O, infine, alla Santa Sede, osservatore permanente alle NU, sicuro soggetto di diritto internazionale in quanto Santa Sede, ma, verosimilmente, non stato-soggetto di diritto internazionale Città del Vaticano³², capace di stipulare accordi internazionali veri e propri con molti stati, ma non con tutti, priva, nell'ottica di Josip Stalin, di divisioni³³, ma ricca di influenza anche decisiva sui comportamenti delle persone in maniera trasversale.

²⁹ V. GUARINO G., *La questione della Palestina nel diritto internazionale*, Torino (Giappichelli) 1994. Che poi Israele, dopo averli regolarmente sottoscritti, non consideri quegli accordi internazionali dei trattati è cosa diversa, ma non cambia la realtà. Anche Theobald Bethmann Hollweg, se non sbaglio, dopo averli regolarmente sottoscritti, parlava dei trattati sulla neutralità come *chiffon de papier* prima di invadere il Belgio neutrale nel 1914! Né l'una né l'altro, penso, passeranno alla storia come fondatori preclari del diritto internazionale moderno.

³⁰ Con la A/RES/67/19 del 29.11.2012.

³¹ V. GUARINO G., *Il conflitto in Siria tra guerra rivoluzione e terrorismo: alla ricerca di una logica (... normativa?)*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2017.

³² È appena il caso di ricordare la suggestiva ipotesi di QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli (Liguori) 1968, p. 509 ss., che attribuisce la soggettività alla Chiesa Cattolica, piuttosto che alla Santa Sede, e non certo alla Città del Vaticano.

³³ V. RICCARDI A., *La potenza profonda*, in *Limes*, 2009, n. 2, osservazione sarcastica alla quale, pare, Pio XII abbia risposto, alla morte di Stalin: «Ora Stalin vedrà quante divisioni abbiamo lassù!», osservazione, invero, un po' troppo livorosa per un Papa!

CAPITOLO SECONDO

SOCIETÀ UMANA, DIRITTO E “MACCHINA” GIURIDICA

SOMMARIO: 2. Società e Comunità: il peso della razionalità. – 3. Alcuni elementi strutturali per un’analisi della società e della comunità umane come “macchina”.

2. *Società e Comunità: il peso della razionalità*

Nel proporre i due esempi di cui al capitolo precedente, ho in sostanza ipotizzato due raggruppamenti umani, l’uno casualmente e l’altro elettivamente tale, dove quest’ultimo predispone un meccanismo di funzionamento del raggruppamento stesso, attraverso la scelta cosciente e *deliberata* di strumenti per la gestione della stessa convivenza: in particolare la nomina del re o capo, e quindi, perché ne è una conseguenza, la creazione della gerarchia, sia dei poteri che delle norme. Insomma, qualcosa di molto simile ad uno stato o ad una qualunque altra organizzazione strutturata e quindi gerarchizzata, “ideale”, in cui inoltre, le regole, costruite *ad hoc*, sono modificabili, e cioè si evolvono, *secondo meccanismi precostituiti e riconosciuti come adeguati*. Per cui in quest’ultimo, la modifica formale delle norme, avviene *a. - esplicitamente* grazie alle regole che la consentono e la regolamentano e, *b. - non esplicitamente*, attraverso la loro interpretazione: meccanismi entrambi *previsti* come parte, parte integrante e ineliminabile, del sistema³⁴.

³⁴ V. FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, Milano (Giuffrè) 1996, p. 493: «Sono questi fattori problematici [la inevitabilità delle lacune] che spiegano, con

L'altro, invece, pur essendo *coscientemente* un gruppo sociale, benché non elettivamente composto – perché unito solo di fatto, *dal fatto* di trovarsi necessariamente a convivere, che è, appunto, il caso della Comunità internazionale dove i membri di essa (quelli che giuridicamente si definiranno i soggetti) sono obbligati alla convivenza sulla Terra – determina altrettanto di fatto, regole di convivenza indispensabili per la convivenza stessa, pur se conflittuale, regole che perciò, proprio perché necessarie alla convivenza ma in nessuna maniera formalizzabili, sono anch'esse in continua “evoluzione”, non, però, grazie a meccanismi formali, che non esistono, ma in ragione delle *spinte individuali dei soggetti stessi*: i soggetti, infatti, non solo non si possono “aggregare” elettivamente dato che sono aggregati *di fatto* per essere attivi ed operanti sulla Terra, ma non *riconoscono* né accettano né nominano un “capo” e nemmeno definiscono *direttamente* le regole. Ma costoro, accettano, magari *obtorto collo*, la necessità di applicare e, specialmente, pretendere di *fare applicare* talune regole in quanto utili e necessarie alla sopravvivenza del gruppo e pertanto obbligatorie (insomma regole giuridiche) e permanenti, almeno fin tanto che non cambino³⁵. E pertanto, per dirla in termini giu-

specifico riguardo alla legge, l'inevitabile ... differenziarsi del linguaggio giuridico in due linguaggi o livelli linguistici di importanza e dignità normativa diseguali, ma entrambi indispensabili ...: il linguaggio *della* legge e il linguaggio *sulla* legge, che è il linguaggio dell'interpretazione ... è suo il compito di recuperare al diritto tutte le sue norme e specialmente quelle imperfettamente e incompiutamente manifestate dalla prassi sociale e dalla legge ...». Appunto, nel lucidissimo discorso di Falzea, il recupero (non la costruzione soltanto!) di tutte le sue norme, cioè anche di quelle “nascoste”, frutto della interpretazione, che, aggiungo io e lo approfondisco nel testo, *in parte* scopre quelle nascoste (cioè interpretandole le porta alla luce piena: *autopoiesi*) e *in parte* innesca un meccanismo di “costruzione” di norme nuove e quindi *evolve* (mi si perdonerà l'uso transitivo di un verbo abitualmente intransitivo) il sistema, grazie alla ragione che vi svolge un ruolo decisivo.

³⁵ Si potrebbe ricordare al proposito la definizione di DURKHEIM E., *Lezioni di sociologia*, cit., p. 129, che, sia pure a proposito della formazione di società primitive, ma, come le definisce l'Autore, “solidali”, per creare una società più ampia, afferma che i vari gruppi «*si condizionano mutualmente*. Le parti non si sono prima organizzate per formare un tutto, che si è organizzato in seguito a loro immagine, ma *il tutto e le parti si sono organizzati allo stesso tempo ... poiché le società politiche implicano l'esistenza di un'autorità* e poiché questa autorità non appare se non laddove le società

ridici, quelle regole di fatto si devono definire *legittime* e, in quanto suscettibili di legittimare la pretesa a vederle applicate, sono definibili anche come *valide*: esistono e c'è chi può pretendere legittimamente che vengano applicate.

Ragion per cui, anticipando quanto dirò più, avanti, i soggetti obbligati di fatto alla convivenza, non si caratterizzano per il loro potere, la cosiddetta sovranità – che, in quanto tale, non ha senso veruno se non in confronto dialettico con “quella” di un altro³⁶ – ma per la loro eguaglianza appunto dialettica e quindi “paritaria”, perché la pur possibile “maggior forza” materiale dell'uno non si impone formalmente all'altro, per il fatto che è proprio, o anche, quell'uno che nega e rifiuta la possibilità di un sistema imperativo e gerarchico tale che, benché possa imporre con la forza la propria volontà al più debole, esclude che un altro possa legittimamente imporgli la propria volontà, se non con la forza e quindi *non legittimamente*. Non a caso i soggetti di diritto internazionale nascono – o, più precisamente, diventano riconoscibili come enti separati, distinti e diversi dai soggetti di diritto internazionale già esistenti, e quindi *altri*, ma uguali – quando, secondo il noto brocardo, il *Rex, in regno suo superiorum non recognoscens*, diventa (*est*) *imperator*, cioè quando affermano, non contrastati o non contrastati a sufficienza, la propria esistenza e la propria autonomia, al punto che, come dicevo nel precedente capitolo, lo stesso Papa Innocenzo III, già nella Decretale *per venerabilem* ne riconosce nonché l'esistenza, l'autonomia, sia pure limitatamente a certe funzioni, l'accettazione dell'autonomia delle quali è accettazione del *fatto compiuto* e con quali conseguenze “epocali” lo abbiamo visto sopra. Il *Rex*, dun-

comprendono in sé una pluralità di società elementari, le società politiche sono necessariamente poli-cellulari o poli-segmentarie» (corsivo mio). Difficile non fare scattare alla mente una relazione con la teoria dei frattali e quindi con la loro strutturale identità, B. MANDELBROT, *Les objets fractales*, Paris (Flammarion) 1975, pur nella molteplicità, teoricamente infinita, delle loro aggregazioni: tutte “calcolabili”, la calcolabilità, mi si permetta di sottolineare, del caos, che dunque non esiste come tradizionalmente inteso nel senso di confusione e casualità. Il caos, in altre parole, non è.

³⁶ Non diversamente, a ben vedere, dalla libertà di un individuo, delimitata solo dalla libertà di un altro o *degli* altri.

que, nel dichiarare di esistere e di non riconoscere un superiore, afferma, certo, la propria esistenza, ma anche quella dell'altro (*in regno suo*, quindi non quello di un altro) anzi, degli altri, dei quali perciò non può che essere uguale. Il Papa o l'Imperatore pretendono di regnare su *tutto* e magari litigano violentemente, *il Rex* no, solo sul *suo*. E quindi il *rex*, dato che diventa *imperator* solo quando non riconosce una autorità superiore *in regno suo*, è "sovrano" rispetto agli altri, non superiori né inferiori a lui e quindi uguali. Ma, infine, dato che è sovrano nel regno *suo* dà per scontato che in qualche maniera il "suo" debba trovare un fondamento di legittimità, non solo nella imposizione degli stivaloni: Filippo, infatti, afferma che il regno è suo come da cento anni di "pacifico" possesso.

Ciò posto, una società o comunità che sia, in tanto esiste in quanto sia, in qualche maniera "organizzata": nel senso che sia fatta in modo tale che sia sempre razionalmente, nel nostro caso *giuridicamente*³⁷, prevedibile il modo in cui la società/comunità stessa (e per essa, se del caso, i suoi organi) reagisce e reagirà ad un fatto o ad un comportamento. In altre parole, in ogni società/comunità, formalmente organizzata o strutturata che sia e indipendentemente dalla sua "dimensione" ed eventuale "collocazione" *in* un altro ente social-comunitario, la *logica* del suo funzionamento è sempre necessariamente la medesima: 1. comando-disposizione, 2. obbligo-facoltà, 3. garanzie: non diversamente (e non è un caso) dalla struttura degli oggetti frattali di Mandelbrot e della omotetia³⁸. Ogni società, in altre parole, contiene o può contenere nel suo seno altre società strutturalmente analoghe, e reciprocamente ogni società fa necessariamente riferimento ad una più grande della quale è parte, che non vuol dire che ne sia succube: tutte, meno la Comunità internazionale, che è la, attuale, massima (per ampiezza) struttura sociale conosciuta, che, insomma, "contiene" società/comunità più piccole, ma non

³⁷ V. sul punto le interessanti e ben note pagine di FALZEA A., *Introduzione*, cit., p. 19 e *passim*.

³⁸ MANDELBROT B., *Les objets fractales*, Paris (Flammarion) 1984 (ma 1975), p. 43 ss.

è contenuta a sua volta in un'altra più grande, che, però, se vi potesse essere, condividerebbe la stessa struttura logica. Ragion per cui, quando anche manchi (apparentemente) la regolarità o la prevedibilità dei comportamenti di cui sopra, quella regolarità e prevedibilità non può non essere ricostruibile, esattamente nello stesso modo in cui è ricostruibile, secondo un modello matematico/geometrico l'andamento di una costa o così come è possibile, grazie ad un altrettale modello, “prevedere” gli eventi meteorologici cioè ricostruire la logica di quegli eventi e delle “forze” che li determinano. In altre parole, sto dicendo, così come è possibile “calcolare” il caos pervenendo cioè a negare l'esistenza stessa del caos, che in sé è un concetto impossibile, *eventi esterni imprevedibili a parte*³⁹ e quindi, in una società umana, *volontà esterna a parte*, è possibile ricostruire in termini normativi la struttura di ogni singolo sistema sociale, anche di quello (come è quello internazionale) dove regna, almeno apparentemente, l'anarchia, ma non il caos. Anarchia, quindi, a sua volta, ricostruibile razionalmente, posto che è la stessa anarchia ad essere parte integrante dello stesso sistema giuridico, nel caso, internazionale: l'anarchia, dunque, gioca un ruolo simile a quello, cui accennavo prima, dell'interpretazione. Può, in sostanza, mancare lo *strumento* per la creazione e la realizzazione del comando, non il comando.

3. *Alcuni elementi strutturali per un'analisi della società e della comunità umane come “macchina”*

Ai fini di questo lavoro pur senza volere minimamente entrare in una analisi di tipo sociologico che non mi compete, mi limito a definire la prima delle due ipotesi di società esemplificate nell'*Introduzione*, una società umana – suscettibile anche di diventare un soggetto di diritto internazionale e quindi anche uno

³⁹ Dove, nel caso dei fenomeni naturali, l'*imprevedibile* è solo, come nella società umana, la volontà umana. Insomma, in una società umana è ovvio e mi accingo a spiegarlo, in “natura” è, ad esempio il riscaldamento globale, quello che determina nei cambiamenti *imprevisti* nel “sistema ordinato” del caos.

stato – e la seconda una comunità umana – per quanto ci riguarda, composta di soggetti di diritto internazionale *tra cui* gli stati; dove “umana” non esclude che nella seconda i soggetti destinatari delle norme siano entità astratte come i soggetti di diritto internazionale, che pur sempre gestiscono attività umane. Mi riferisco, con quella distinzione, alla definizione ben nota del Tönnies, secondo il quale: «Il rapporto in sé, e quindi l’associazione, viene concepito o come vita reale e organica – e questa è l’essenza della comunità – o come formazione ideale e meccanica – e questo è il concetto della società»⁴⁰, con, mi si permetta, la sostanziale notazione aggiuntiva per cui la “associazione”, di cui parla Tönnies, non ha nulla di volontario, nel caso della Comunità internazionale, pur essendo come perfettamente intuito dal Tönnies, una entità di vita reale e, specialmente, “organica” e razionale. Per quanto ci riguarda in questo studio, ciò che importa è che, mentre una società presuppone, magari solo in astratto, la *scelta* di farne parte e di contribuire in qualche modo al suo funzionamento, la comunità è un dato di fatto: se ne è parte che lo si voglia o no o perché le circostanze creano la comunità. Ma, trattandosi come vedremo, di una comunità umana e quindi razionale, dal punto di vista giuridico non vi è nulla di “naturale” nella Comunità internazionale. Insomma non vi è in quella espressione né vi sarà nel corso del lavoro, alcun riferimento al “diritto naturale”; anche parlando, come faccio tra un momento di “macchina” essa è sempre una macchina razionale che “crea” le proprie regole “meccaniche”.

⁴⁰ TÖNNIES F., *Comunità e Società*, Roma Bari (Laterza) 2014 (ma 1887, trad. italiana di RICCIARDI M.) ed. Kindle, pos. 848, dove prosegue (pos. 853) «Ogni convivenza confidenziale, intima, esclusiva (così scopriamo) viene intesa come vita in comunità; la società è invece il pubblico, è il mondo. In comunità con i suoi una persona si trova dalla nascita, legata a essi nel bene e nel male, mentre si va in società come in terra straniera. Il giovane viene messo in guardia contro la cattiva società; ma parlare di «cattiva comunità» è contrario al senso della lingua». *Mutatis mutandis*, si potrebbe dire che la Comunità internazionale non è né buona né cattiva, perché è solo la collocazione concettuale e fisica in cui si trovano i soggetti di diritto internazionale, che sono, in quanto tali, delle società. Nella Comunità internazionale, appunto, ci si *trova* dalla nascita del soggetto, non si sceglie di farne parte, *ma non si può non farne parte*.

In termini giuridici, ogni raggruppamento umano, sia esso una comunità, come quella internazionale dei soggetti di diritto internazionale, sia esso una società umana eretta in stato o costituita *in* uno stato, è giuridicamente rilevante in quanto e finché sia identificabile in un tempo, in uno spazio e nei suoi membri, i quali dunque, dal punto di vista del diritto, sono in quanto tali tutti identificabili *a priori* come tali, e cioè parti di una comunità di soggetti di diritto internazionale o di una società di diritto interno, cioè di uno stato o di una entità umana che mira a diventare uno stato o altro⁴¹ e che perciò “si” organizzano per lo svol-

⁴¹ Affermo ciò, alla luce della ricostruzione a mio parere più attendibile del principio della autodeterminazione dei popoli, ove, appunto, il “diritto” del popolo (virgolettato perché un popolo non essendo soggetto di diritto internazionale, non è titolare di diritti, ma destinatario di garanzie, appunto grazie alla esistenza della Comunità internazionale) è condizionato dalla identificazione e delimitazione fisica del popolo al quale riconoscere e garantire il diritto stesso: e non solo nello spazio e nella identità dei suoi membri, *ma anche in un tempo*, i tempi del diritto internazionale. Questo è un punto molto importante, sul quale tornerò più avanti e che aiuta a comprendere meglio il discorso che segue, perché parlare di diritto, di ordinamento giuridico, della sua natura e struttura e della sua collocazione sociologica, presuppone che si parli di un certo popolo e del relativo diritto o di una certa società e della relativa organizzazione, ma la dottrina in genere, poco o punto si cura di accertare *quale e perché quello e non altro* sia il popolo come entità significativa per il diritto internazionale e pertanto, se del caso, lo *stato* di cui si parli. Magari trascurando il fatto che lo stesso concetto di stato va predefinito (almeno nella sua identità) per poterne studiare la struttura anche giuridica. Sul punto, v. il mio *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984 e più di recente in sintesi, *Autodétermination des peuples et respect de la volonté populaire*, in *Consulta Online*, 2013 www/giurcost.org/studi-new2013.htm, entrambi anche in academia.edu. Lo stato, a mio parere, è l'ente organizzativo risultante *da* e che definisce una “certa società umana”, che appunto non è un semplice gruppo umano, dato che si organizza o viene organizzato in stato. In entrambi i casi, lo stato è un possibile soggetto di diritto internazionale, *ma non lo è necessariamente*, nella misura in cui, ad esempio, non riesca effettivamente a svolgere le sue funzioni, in particolare se e quando *non corrispondente alla effettiva volontà ed aspirazioni popolari* (*supra* § 1.2). Soggetto di diritto internazionale, è, invece a mio parere, un ente purchessia capace di farsi valere sul piano dei rapporti internazionali sia o meno organizzato nella forma dello stato. Dal punto di vista della legittimità di diritto internazionale, dunque, lo stato può non essere legittimo, pur godendo delle prerogative di uno stato finché resti o gli si consenta di restare tale, mentre un ente non stato, purché sappia e riesca a svolgere le proprie funzioni, può ben essere un soggetto di diritto internazionale. Con l'ulteriore finale corollario per cui è il soggetto di diritto

gimento delle proprie attività, definendo i comportamenti dei propri membri, in vista del funzionamento della società stessa o più semplicemente delle attività che quella entità intende svolgere. Ciò del tutto indipendentemente dal fatto che quel gruppo sociale intenda realizzare o sia destinato a realizzare un determinato fine, ed indipendentemente altresì dal fatto che quel gruppo umano (società o comunità che sia) voglia deliberatamente organizzarsi (darsi un re, ecc.) o non voglia, sempre deliberatamente, farlo in termini strutturali. Quello che, infatti, interessa rilevare e quindi analizzare nel corso di questo studio è l'*organizzazione* (à la Tönnies, insomma), che è destinata a garantirne il funzionamento, il "buon" funzionamento, appunto nel senso della efficienza non della "bontà" dei fini, tanto più che parlare di fini in una comunità non avrebbe senso e, come vedremo, non ne ha nel caso della Comunità internazionale. Il *fine* in una società/comunità umana può, naturalmente, esistere e spesso esiste effettivamente, ma l'analisi dei fini prescinde dalla *struttura oggettiva della società/comunità* e cioè dalla sua organizzazione, che è ciò che, *unicamente*, costituisce l'oggetto dello studio giuridico.

Ma anche il termine *organizzazione* va precisato, perché non mi riferisco necessariamente ad un sistema *deliberatamente* organizzato, dato che può ben darsi il caso (che, poi, è esattamente quello della Comunità internazionale) in cui una organizzazione di fatto vi sia, sia rilevabile, ma non derivi da una serie di scelte organizzative deliberate dei soggetti di essa, benché i soggetti stessi non solo ne siano perfettamente coscienti, ma sappiano anche altrettanto perfettamente come fare per cercare di modificare l'organizzazione specifica esistente in *quel determinato momento*. E dunque, deliberata o meno che sia, sia la *composizione* della società/comunità che la sua organizzazione attuale, quel

internazionale (stato o non stato) quello che può, e *il solo che può*, definire le proprie funzioni e il proprio ambito di competenza, se del caso in via contrattuale. Cosicché, l'ambito spaziale di competenza dello stato, è definito dal popolo che si identifica in quello stato o soggetto di diritto internazionale, con il solo limite della eventuale contrattualità di detta definizione. Su ciò *infra* § 24.

raggruppamento umano può (e deve) essere definito e analizzato per ciò che è, visto per così dire dall'esterno: e cioè una “macchina” che funziona di per sé e autonomamente se, quando, secondo e in conseguenza dei modi in cui le sue singole parti “funzionano”, determinando ciascuna parte il funzionamento delle altre parti e quindi del complesso della macchina. Che, però, non ha un “fine” suo proprio: è solo chi la usa che può determinare quel fine, ma, quindi, solo dall'esterno⁴².

Per usare, quindi, la terminologia e le immagini adoperate brillantemente da Hart⁴³, quello che dobbiamo studiare è un raggruppamento umano e il suo funzionamento, in quanto “oggetto” per così dire guardato dall'esterno, cosicché quel “certo raggruppamento umano”, osservato dall'esterno, può apparire ed essere definito una società, piuttosto che un semplice gruppo umano non organizzato (cioè una Comunità) ma *del tutto indipendentemente dal modo in cui lo stesso gruppo umano definisce sé stesso*: per cui dal suo punto di vista può accadere che esso si autodefinisca come società, mentre, analizzato dall'esterno “oggettivamente”, tale non appaia e viceversa. E inoltre, a mio pa-

⁴² V. sul punto GOTTLIEB G., *The Logic of Choice: an investigation of the concepts of Rule and Rationality*, London (George Allen and Unwin Ltd.) 1968, p. 105 ss. e p. 116, dove, applicando però il tema alle norme tipicamente di diritto interno, costruisce il tema della gerarchia, su cui dovrò tornare più avanti: «Standing orders belong to the same category of inference, guidance devices. They may be couched in more general language than specific orders for immediate action. Such standing orders are designed however to trigger obedience upon the occurrence of certain events. Thus a ballistic attack on a U.S. base in Germany may call for the automatic launching of Polaris missiles. The addressee of the order is not expected to be cognizant with the policy behind it, but merely to do as he is told, to launch the missile upon the happening of certain events. A 'doomsday machine' does not follow a rule, it is designed to carry out standing orders... The concept of command involves moreover a hierarchical relationship between superior and inferior». Corretto. Ma, la gerarchia non c'entra: la base USA risponde al fuoco perché il meccanismo prevede una certa risposta ad un certo stimolo. È certo che chi comanda è razionale, ma la sua razionalità, la sua reazione, anche la possibilità di scelta nella sua reazione, è *parte della meccanica della macchina sociale de qua*. L'evento esterno, quindi, sarebbe la *decisione di non rispondere secondo regola* all'attacco: questa decisione di libera scelta razionale, avrebbe un effetto evolutivo sul sistema, finora statico, *entropico*.

⁴³ HART H.L.A., *The concept of Law*, Oxford (Un. Press) 1961, edizione Kindle.

rere, può e, pertanto, deve essere analizzato per quello che è, per quello che fa, per quello che può fare, ma non mai per quello che, in ipotesi, “vuole fare”, né per quello che qualcuno o qualcosa “voglia fargli fare”.

In altre parole, non credo che occorra la *rivoluzione* (peraltro, come stiamo vedendo, necessaria allo scopo di ridurre l'entropia del sistema giuridico) per rispondere alle cdd. “scelte tragiche”⁴⁴, né restare nell'inazione⁴⁵. Mi riferisco all'ipotesi fatta brillantemente da Luhmann⁴⁶, che analizza la famosa “scelta tragica” dell'ipotesi “di scuola” del terrorista che ha nascosto una bomba atomica che esploderà in un certo momento, e che, stanti le norme che fanno divieto di tortura, in nome del rispetto della dignità umana o, se si preferisce, dei diritti fondamentali dell'uomo (nel caso il GG tedesco art. 1⁴⁷ ma certo la cosa vale anche per altri ordinamenti moderni), non potrebbe essere torturato come unico mezzo per conoscere la collocazione o il modo per disattivare la bomba, con la conseguenza di potere solo attendere, impotenti e immobili, l'esplosione della bomba. Ma in realtà, questo discorso trascura il fatto che, indipendentemente da un eventuale intervento esterno in quanto tale evolutivamente rivoluzionario, le stesse norme interne, molto probabilmente (anzi, direi, certamente) così come sono basterebbero a superare l'ostacolo insormontabile della dignità umana, ad esempio facendo riferimento alla necessità di evitare una strage, che è sicuramente un reato gravemente lesivo anch'esso della dignità umana (o più semplicemente, dei diritti dell'uomo), previsto nel codice penale, sottoposto, a sua volta, alla Costituzione. Ma il

⁴⁴ CALABRESI G., BOBBITT P., *Scelte tragiche*, Milano (Giuffrè) 2006.

⁴⁵ V. un accenno in JEHRING R., *La lotta per il diritto*, Bari (Laterza) 1960, p. 43.

⁴⁶ LUHMANN N., *Esistono ancora norme indispensabili?*, Roma (Armando editore) 2013, p. 49 ss.

⁴⁷ Germania, *Grundgesetz*, art. 1: «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt./ Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt».

punto è che, indipendentemente dalle gerarchie formali tra le norme, è l'interpretazione complessiva dell'ordinamento quella che prevale “razionalmente”, dato che la gerarchia normativa è solo uno strumento organizzativo del sistema giuridico: in quanto tale non razionale né necessariamente logico⁴⁸. E ciò del tutto a prescindere dalla giustizia o ingiustizia di evitare la tortura o evitare il massacro, di cui molto parla Luhmann, a mio parere, poco a proposito⁴⁹.

La “giustizia”, infatti, è cosa del tutto fuori dell'ambito di interesse e di competenza del giurista: il giurista si occupa di norme, di quelle norme che vengono fatte dal legislatore, magari con l'aiuto di un filosofo o di un sacerdote: lì, e solo lì, stanno sia la politica che l'etica. Del resto, un astronomo osserva come, sulla base delle “leggi” della natura un pianeta sarà investito da un satellite, ma non si domanda se ciò sia buono e giusto. Sono, invece, i sacerdoti eccetera di cui parlavo prima, che scelgono quelle che giudicano norme “giuste”: il giurista, poi, le applica. Ma, e qui le strade tra l'astronomo e il giurista si dividono per non più incontrarsi, il giurista le interpreta anche, e l'interpretazione guarda alla funzionalità e all'efficienza del sistema e, se del caso, ignora le gerarchie, nella misura in cui possano falsare o deviare le dette efficienza e funzionalità, cioè danneggiare l'interesse generale, per cui l'intero sistema giuridico è *necessariamente* concepito. Non diversamente, per tornare all'inizio di questo paragrafo, di una macchina che avendo un pezzo mal funzionante, fa di tutto fin che può per funzionare egualmente; per non parlare di una macchina biologica, come il corpo umano, che in presenza di un organo mal funzionante, fa di tutto per adattarsi e funzionare egualmente, prima e a prescindere dall'intervento del chirurgo, che invece sarà, appunto, l'elemento

⁴⁸ Cosa che, se mi si permette, è in qualche modo corrispondente all'esempio portato da Jehring (*supra* nt. 45, p. 111 ss., ma v. già prima, p. 57, sul diritto come eterno divenire) di Shylock, che, nell'ottenere giustizia formale e piena, che rivendica e ottiene, non può soddisfarsene, grazie potremmo dire ad un “cavillo”. Più “avvocatescamente”: *dura lex sed lex!*

⁴⁹ *Ibid.*, p. 74 ss.

esterno, rivoluzionario, che impedisce l'entropia cioè la morte della macchina biologica. Così come eventi esterni, dal legislatore alle rivoluzioni alle guerre, possono "servire" a bloccare la "mortale" o almeno noiosa entropia del sistema.

Limitandomi perciò, senza ulteriori approfondimenti, a definire società solo un "gruppo umano deliberatamente organizzato", e quindi gerarchizzato, ben si comprende perché, come osservavo sopra, quella internazionale resista alla definizione di società, autodefinendosi con il termine, che preferisco usare a mia volta, di "Comunità" in quanto priva, allo stato dei fatti e più o meno esplicitamente, *ma deliberatamente*, dell'elemento della "organizzazione gerarchica" benché sia anch'essa, come vedremo, inevitabilmente di fatto "organizzata": nel senso che i vari "pezzi" della macchina/comunità funzionano sia per fare funzionare l'intera macchina/comunità, sia ciascun "pezzo" allo scopo di determinare il funzionamento di un altro. Il che, però, non vuol dire che la "macchina" Comunità internazionale manchi di "comandi", ma solo di gerarchia tra i "pezzi" che la compongono, per cui il funzionamento della macchina/comunità è determinato non da una gerarchia ma *dalla successione logica delle azioni delle sue varie componenti*. Con l'intesa, però, come si vedrà appresso, che se è vero che "vista dall'esterno" quella macchina ha un suo funzionamento oggettivo, ciò non toglie che, essendo quel funzionamento quello di una macchina umana esso contiene sempre un elemento imprevedibile ma "misurabile" di razionalità, *del quale va studiata la capacità di svolgere una funzione evolutiva*.

Perciò, società o comunità che si voglia chiamare quella internazionale, anch'essa è sempre definibile strutturalmente e analizzabile come una "macchina" – o meglio, con un po' più di sofisticazione terminologica, di "sistema complesso" – a prescindere dal fatto che la sua "organizzazione" sia o meno deliberata. Dove, quindi, occorre differenziare, come dicevo, tra il funzionamento puro e semplice di essa e la *finalizzazione*, eventuale, della stessa. La macchina funziona secondo quello che fanno le sue varie parti, ma può essere finalizzata a scopi diversi: a muo-

versi, a sollevare, a pompare, ecc. o, per quanto ci riguarda, per essere lo strumento di gestione di uno stato, quello di organizzazione di attività economiche, quello di coordinamento delle attività di soggetti di diritto internazionale, ecc. E quindi, importantissimo, anche ad esempio, del *modo* per creare regole di comportamento, del *modo* di svolgere l'uso della forza, del *modo* di redigere trattati e così via: modo, cioè procedure.

La “singolarità”, mi si perdoni il termine, della Comunità internazionale rispetto a qualsiasi società, è che, riferendomi alle citate tesi di Gottlieb, il “comando” esiste, ma *non determina una gerarchia*⁵⁰.

Una macchina siffatta, “naturale” o artificiale che sia, si definisce, come è noto e quindi non è il caso di approfondire ulteriormente, “sistema complesso”, per intendere, sostanzialmente, che il meccanismo “funziona” solo se, quando e in quanto tutte e ciascuna delle sue parti svolgano le funzioni per le quali “sono fatte”: deliberatamente, per lo più, nel caso di una società, non deliberatamente nel caso di una comunità. Tornando al riferimento ai frattali, si può dire che una società e a maggior ragione una comunità come quella internazionale, è la somma di molte diverse macchine – “governate” da una logica sostanzialmente uguale⁵¹ – il cui funzionamento simultaneo determina il funzionamento “corretto” della comunità o società che sia, ma dove quindi, il mancato o “inaspettato” funzionamento di una o più delle sue parti, determina il mancato funzionamento della mac-

⁵⁰ V. sulla questione WEISS P.A., *The basic Concept of Hierarchic System*, in ID. (a cura di), *Hierarchically organized systems in theory and practice*, New York (Hafner) 1971, p. 13 ss., e COLEMAN J.S., *Social Systems*, *ibid.*, p. 73 s.

⁵¹ Nel senso di MANDELROT B., *Les objets fractales*, cit., p. 15: «Tous les objets naturels déjà cités sont des “systèmes”, en ce sens qu'ils sont formés de *beaucoup de parties distinctes, articulées entre elles*, et la dimension fractale décrit un aspect de cette *règle d'articulation*. Mais la même définition s'applique également à des “artefacts”. Une différence entre les systèmes naturels et artificiels est que, pour connaître les premiers, il est nécessaire d'utiliser l'observation ou l'expérience, tandis que, pour les seconds, *on peut interroger le réalisateur*.», cioè gli autori del sistema giuridico, o i soggetti del sistema cui appartengono, pur non essendone gli autori.

china o il suo funzionamento “inaspettato”. Ma, come vedremo subito, se è evidente che, essendo la comunità composta di entità razionali, è il comportamento deliberato di uno o più dei suoi membri quello che può determinare il funzionamento “inaspettato” di una parte di essa e per conseguenza il diverso funzionamento complessivo della comunità stessa, è altrettanto evidente che, mancando un qualsivoglia “meccanismo” deliberato per determinare il diverso comportamento della comunità, l’azione con cui si modifica il comportamento di una parte non determina un cambiamento “voluto” del funzionamento della intera comunità⁵².

Ad evitare, peraltro, la facile critica di meccanicismo, è bene sottolineare subito che, diversamente da una società naturale, vale a dire ad esempio, un complesso di cellule e organismi vari più o meno, a loro volta, complessi, la società umana è dotata di ragione, o meglio è composta di esseri capaci di ragionare e quindi di scegliere (i “realizzatori” di Mandelbrot), nel senso che può fare – diversamente da una singola cellula, da un complesso organico di cellule o da un motore – delle *scelte non determinate soltanto dalla struttura della “macchina-società” stessa*, dai suoi meccanismi per così dire, ma da una espressione di volontà, appunto da una scelta⁵³ per dir così “esterna”, che può perfino determinare *a.* - un diverso funzionamento della stessa macchina – insomma il cambiamento di parte o di tutto il meccanismo – e,

⁵² Citando MAO ZEDONG, si potrebbe parafrasare la famosa frase, in *Il libretto rosso*, Enna (Gaeditori) 2019, edizione kindle, pos. 144 («... la rivoluzione non è un pranzo di gala, ... La rivoluzione è un atto di violenza, è l’azione implacabile di una classe che abbatte il potere di un’altra classe») per dire semplicemente che per cambiare le funzionalità della macchina occorre una volontà deliberata di modificarla, come ad es. la rivoluzione, che non può essere contemplata tra le regole proprie della macchina-comunità o, specialmente, società.

⁵³ *Sia interna, che esterna*, nel senso della provenienza che implica una ulteriore distinzione rispetto alla macchina pura e semplice, dato che, l’intervento delle scelte razionali incide *sempre dall’esterno* sulla macchina sociale *a meno che non sia essa stessa, parte integrante del sistema*, con tutte le conseguenze su cui anche più avanti. Sul punto specifico, v. le fondamentali osservazioni di LASZLO E., *Evolution, the Grand Synthesis*, Boston (Shambala, New Science Library) 1987 specialmente p. 38 ss.

b. - l’assegnazione a quella società/conunità di fini o obiettivi etici o politici, che possono incidere anche sul funzionamento della macchina/società stessa. Solo che, nella misura in cui i meccanismi sociali sono anche razionali, nel primo caso, per lo più, i cambiamenti sono nella e della struttura stessa della macchina sociale, come potrebbe essere il meccanismo di emendamento costituzionale. Al contrario, in entrambi i casi – nel secondo, sempre, nel primo talvolta – agiscono *dall’esterno* sul funzionamento della società per determinare così nuove regole (come potrebbe essere il caso o di una “revisione” costituzionale o di una *rivoluzione*⁵⁴), che divengono *le* “nuove regole” di quella che in qualche maniera si definisce e deve essere definita come una *nuova* macchina, o, per restare all’ambito sociale, una “nuova società”⁵⁵.

In altre parole e per chiarire meglio quanto dico, una macchina qualsiasi o anche un organismo vivente, non dotato di “ragione” – e quindi, benché non priva di capacità evolutiva⁵⁶, non dotata di “libero arbitrio” – funziona per quello che è, per i meccanismi di cui dispone: un motore non ha e non fa “scelte”,

⁵⁴ Piace, per la suggestione che mi offre, riferirmi al recente volume di SCHIAVONE A., *Eguaglianza: una nuova visione sul filo della storia*, Torino (Einaudi) 2019, p. 20 ss., e v. anche p. 59 ss., per un riferimento ad una sorta di “sclerosi” dell’ordinamento giuridico, cui in qualche modo faccio riferimento quando parlo del “pericolo” dell’entropia, combattuto dalla funzione evolutiva della rivoluzione.

⁵⁵ Voglio dire che una società qualsiasi dispone (può disporre) di strumenti destinati a cambiare, almeno in parte, il funzionamento della macchina sociale partecipando, così, al processo evolutivo della stessa, ma può anche *subire* le richieste di cambiamento, sia imposte da un altro, esterno, gruppo sociale, sia imposte in violazione delle “regole evolutive” proprie della società. In termini giuridici, è ovvia la differenza tra i meccanismi di cambiamento, ad esempio delle norme o dell’ordinamento giuridico di uno stato nel rispetto delle procedure costituzionali previste nell’ordinamento stesso, e i cambiamenti, per dir così traumatici, imposti sia dall’esterno (la conquista, ad esempio, detto ovviamente in senso atecnico, la conquista non essendo contemplata come legittima nel diritto internazionale) che dall’interno (la rivoluzione).

⁵⁶ Che è cosa caratteristica degli organismi viventi (oltre che, come vedremo tra poco, della società umana) anche se si cominciano ad intravedere delle macchine, ad esempio dei computer, in grado di evolversi in maniera sempre più simile ad una macchina vivente, *ma sempre nel quadro dei propri meccanismi*.

muove i suoi meccanismi, ma non può fare altro, *neanche se lo "volesse"*, e nemmeno può *non fare* ciò che "è fatto per fare", ben diversamente, come vediamo tra poco, da una macchina dotata di ragione umana⁵⁷. Può invece, *essere utilizzata* per funzioni diverse, ma ciò non "dipende" dalla macchina, ma da chi la utilizza. Così come, in sostanza, lo stesso motore può essere utilizzato per muovere un'automobile o per produrre elettricità, un organismo vivente, come sopra privo di libero arbitrio, analogamente ad un motore fa solo ciò per cui è predisposto, salva l'utilizzazione "finalizzata" di esso: come ad esempio un batterio, che può essere dannoso o utilizzato (quindi grazie ad una scelta dall'esterno) per guarire una malattia. Fin qui è "semplice" e ben nota realtà sperimentale e misurabile⁵⁸.

E dunque, prima di passare oltre, va sottolineata l'assoluta necessità di tenere sempre ben distinto ciò che è *proprio della macchina* (e quindi dei suoi meccanismi) da ciò che *dall'esterno* viene chiesto, o meglio imposto, alla macchina stessa. Per esem-

⁵⁷ Lo sviluppo sempre più avanzato di "macchine pensanti", capaci di incidere in qualche misura su sé stesse, non credo che permetta, allo stato dei fatti, di porre sullo stesso piano qualitativo una macchina per quanto sofisticata e un essere umano e la relativa società. Basterebbe ricordare ad esempio le fantastiche invenzioni di un ASI-MOV I., *Runaround*, in *I Robot*, New York (Harper Voyager) 2013 (ma 1950), che, appunto descrive chiaramente i limiti della macchina enunciando (ma, forse non a caso, imponendo alla macchina-robot) le famose tre leggi: «1. A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm. 2. A robot must obey any orders given to it by human beings, except where such orders would conflict with the First Law. 3. A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law», destinate ad impedire, appunto, che la macchina creata dall'uomo, diventi come l'uomo, ammesso e non concesso che possa, e lo danneggi.

⁵⁸ E per di più, mi permetto di aggiungere, e non è poca differenza, *ripetibile*: è, in altre parole, il secondo ben noto principio della termodinamica: «l'entropia di un sistema isolato lontano dall'equilibrio termico tende a salire nel tempo, finché l'equilibrio non è raggiunto». Per ora vale solo osservare che, viceversa, una realtà sociale, oltre ad essere difficilmente (anzi, mai) "misurabile" è anche sicuramente *non ripetibile* e quindi non suscettibile di essere sperimentalmente "provata" per vedere se e come funziona o se e come *potrebbe o avrebbe potuto* funzionare se diversamente fatta. La storia, per ripetere una frase fatta, non si fa con i "se". Ma ciò vuole anche dire che, *in linea di massima*, l'entropia non è propria di una società umana.

pio, come accennavo sopra: lo stesso motore può essere utilizzato per muovere una automobile o una barca e dunque, in quanto posto nell’una o nell’altra più grande macchina (e quindi più *complessa*) può ricevere, dall’utilizzatore, compiti diversi, ma può anche “automaticamente” svolgere compiti diversi, tanto più numerosi quanto maggiore sarà la complessità della macchina risultante dalla “somma” delle macchine meno complesse e dagli eventuali input di chi la controlli. E dunque, con l’aumentare della complessità, aumenta anche la “capacità di scelta” del sistema più complesso, e così via⁵⁹.

E allora, per aggiungere un ulteriore riferimento, è la *ragione*, intesa come capacità di scelta razionale, quella che differenzia la macchina/società umana dalla macchina/società ad esempio animale. Ora, se è vero che la gran parte (tutti?) degli animali sono privi di ragione paragonabile a quella umana, almeno allo stato attuale delle conoscenze (di noi umani!) gli animali possono essere considerati ed utilizzati come strumentali rispetto all’uomo cioè come parti della macchina destinata al benessere dell’uomo o meglio al funzionamento della società umana. E quindi, immaginare la necessità di garantirne il benessere come esigenza oggettiva della società umana, è solo una sovrastruttura concettuale, che somiglia molto ad un tentativo (maldestro, me lo si consenta) di “lavarsi la coscienza” per le sofferenze e limitazioni ad essi imposte per la loro dichiarata, *dagli uomini*, strumentalità per l’uomo. Difficile, anzi, sottrarsi al dubbio o se preferite all’ironia, che certe “attenzioni” e perfino complesse analisi sociologiche, filosofiche e etiche fino al parlare di interessi globali, per sorvolare sugli “standard normativi”⁶⁰ sottrandano il dubbio: e se avessero la ragione e ... si ribellassero?

⁵⁹ PRINGLE J.W.S., *On the Parallel between Learning and Evolution*, in *Behaviour*, 1951, 3, p. 174 ss., SIMON H.A., *The Logic of Rational Decision*, in *The British Journal of the Philosophy of Science*, 1965, p. 169 ss.

⁶⁰ V. PETERS A., *Tierwohl als globales Gut: Regulierungsbedarf und - Chancen*, in *mpil research paper series* no. 2016-03, dove si afferma, p. 1 s.: «Meine Grundthese ist, dass ein globales Tierrecht als Rechtskorpus und als wissenschaftliche Disziplin zeitgemäß ist und entwicklungsfähig und – bedürftig ist, und zwar aus einem Dreischritt

Si potrebbe forse aggiungere, a chiosa delle riferite dottrine, che, comunque si voglia intendere una *Tierrechtswissenschaft*, si determinerebbe solo un sistema giuridico sovrastrutturale nel senso peggiore del termine e cioè, *imposto* e quindi per definizione non qualificabile come “sistema giuridico”, che è tale solo se concretamente, non solo formalmente, *originario* nella, ben nota, accezione completa del termine.

E dunque in conclusione, nella particolare società umana che è la Comunità internazionale, il fenomeno della autopoiesi⁶¹ garantisce la perdurante funzionalità della macchina per “forza propria” della macchina stessa⁶², fino alla riproduzione (replica-

heraus: Erstens ist das Tierwohl eine Angelegenheit des globalen Interesses. Zweitens fehlen trotz des sich herausbildenden Problembewusstseins weitgehend (aber nicht vollständig) normative Standards zur Verbesserung des Tierwohls auf der internationalen Ebene. Als Beispiel für Wirkungsweise europäischer Standards und für die zweischneidigen Auswirkungen des geltenden Völkerrechts auf das Tierwohl werde ich näher auf den WTO-Seehundproduktefall eingehen. Drittens muß – und zwar aus mehreren, sich überlappenden Gründen – die Rechts- und Standardsetzung zur Verbesserung des Tierwohls *global* in puncto Struktur und in ihrem Regelungsbereich sein. Was ich unter globalem Recht mit der damit einhergehenden Internationalisierung des nationalen Rechts verstehe, erläutere ich am Ende und skizziere abschließend das begleitende Forschungsfeld, nämlich die *globale Tierrechtswissenschaft*», addirittura! Sul diritto all'immagine della scimmia statunitense, forse meglio sorvolare: United States District Court, Northern District of California, No. 15-cv-04324-WHO, *Naruto, et al.*, Plaintiffs, v. *David John Slater, et al.*, Defendants, 28.1.2016, dove, solo per completezza di informazione conviene sottolineare come NARUTO, sia un Macaco (*Macaca nigra*, altrimenti noto come *cinopiteco*) di sei anni, autore di un *selfie* con un cellulare ... non di sua proprietà.

⁶¹ Sulla questione, molto importante, v ampiamente TEUBNER G., *Recht als autopoietisches System*, cit., specialmente p. 36 ss.

⁶² Per una suggestiva analisi di questa problematica dal punto di vista sociologico, v., per il legame forte allo sviluppo tecnologico della “intelligenza artificiale” (uso il termine in maniera atecnica) BRAIDOTTI R., *Il postumano: la vita oltre l'individuo, oltre la specie, oltre la morte*, Roma (Derive Approdi) 2020 (trad. da *The Posthuman*, 2013), p. 93 ss. e p. 98 s.: «In contrasto con le idee classiche, lineari e teleologiche di evoluzione ... mi piace evidenziare il progetto collettivo di trovare una più appropriata interpretazione della complessità di fattori che strutturano il soggetto postumano: la nuova prossimità agli animali, alla dimensione planetaria, agli alti livelli di mediazione tecnologica. L'autopoiesi macchinica indica che la tecnologia è un luogo del divenire postantropocentrico, una soglia per altri possibili mondi», dove siamo, beninteso, le mille miglia lontani da quanto attiene al *Tierrecht* su cui v. *supra* nt. 60.

zione) di parte di essa o anche di tutta, oltre a consentire una modificazione progressiva delle proprie funzionalità, ma sempre grazie ai suoi stessi meccanismi, cosa su cui tornerò più avanti. L'elemento della razionalità, invece, in quanto “agente esterno” e l'interconnessione tra i vari sistemi sociali, ne assicurano *l'evoluzione* e impediscono, o almeno rallentano, l'inevitabile processo verso l'entropia del sistema⁶³.

⁶³ Per richiamare il senso di quanto affermo, in termini di entropia del sistema sociale, v. WIENER N., *The human use of human beings: cybernetics and society*, Jackson (Da Capo Press, Perseus Books Co.) 1988, p. 30 s.: «In a system which is not in equilibrium ... entropy need not increase ... Perhaps this non-equilibrium of the world about us is merely a stage in a downhill course which will ultimately lead to equilibrium. *Sooner or later we shall die, and it is highly probable that the whole universe around us will die...* But we are not yet spectators at the last stages of the world's death ... Therefore in the world with which we are immediately concerned there are stages which ... are of great significance for our purposes, for *in them entropy does not increase and organization and its correlative, information, are being built up*» (corsivi miei). In termini analoghi si potrebbe citare il ben noto VON BERTALANFFY L., *Perspectives on general system theory: scientific philosophical studies*, New York (Braziller) 1975, ad esempio, p. 138 s.: «...the problem of *unorganized complexity* appeared which is essentially answered by statistical laws. *The paradigm of laws of unorganized complexity is the second principle of thermodynamics*. Now however we are confronted with problems of *organized complexity* at all levels of the hierarchic structure of the universe... *the laws of organized complexity are essentially system laws*» (corsivi miei).

CAPITOLO TERZO

SOCIETÀ E DIRITTO

SOMMARIO: 4. Società, stato, diritto. La società fondata sul diritto: i sistemi sociali giuridici e il diritto come fatto dall'uomo per servire l'uomo. – 4.1. L'improponibilità della relazione tra diritto e morale. – 5. Il problema della "creazione" e della riconoscibilità della norma. – 5.1. La formazione dell'ordinamento interno e di quello internazionale. – 5.2. La consequenziale impossibilità di una fonte procedurale materiale di diritto internazionale: l'innocenza di Caino. – 6. La "forza" della legge. – 7. Il problema delle fonti del diritto e della concatenazione delle norme: la sanzione.

4. *Società, stato, diritto. La società fondata sul diritto: i sistemi sociali giuridici e il diritto come fatto dall'uomo per servire l'uomo*

Cerchiamo ora di approfondire il discorso tratteggiato nel precedente capitolo. E dunque, come detto, ogni società umana o comunità che sia, formata e definita, come abbiamo visto, tra i meccanismi che ne consentono il funzionamento, *crea immancabilmente* non diversamente dai giovani del Decamerone, dei particolari meccanismi, e precisamente delle regole *giuridiche*, frutto sia di una qualche "naturale" logica interna di quella specifica società o comunità, magari di più o meno presunta formazione consuetudinaria – ma vedremo più avanti come ciò vada letto in una maniera molto specifica – sia di quella "ragione" e quindi di quella capacità di scelta, che differenzia la società umana da altre società o "macchine" che dir si voglia⁶⁴. *Crea*, dunque, non *trova*

⁶⁴ È chiaro, credo, che i rapporti tra individui dotati di ragione, sono fondati e guidati da questa, ma è altrettanto indubbio che non sempre le regole, pur esistenti e

o *ricosce* o *accetta* (il diritto è sempre opera creativa dell'uomo⁶⁵); crea, dico, delle norme che, non solo sono *finalizzate* razionalmente al funzionamento di quella società o comunità che sia, ma che, *diversamente* da quelle morali o politiche o, diciamo così, genericamente sociali – anch'esse, beninteso, *create*, ma per lo più non strutturate razionalmente in modo *programmato* o, se si preferisce *sistematico*, insomma non si “decide” che ci si “debba” stringere la mano incontrandosi, però si fa in alcune società, in altre si fa altro, ecc. – sono obbligatorie nel senso che la mancata osservanza di esse determina, una conseguenza caratterizzata dal fatto *a.* - di essere *prevedibile* e, per lo più, *predeterminata* e, *b.* - di essere affidata, nell'esecuzione e nell'accertamento, ad organi o strumenti a ciò esplicitamente e *preventivamente* abilitati, ma specialmente *c.* - di contenere un giudizio⁶⁶:

riconoscibili, derivano da una *scelta* razionale finalizzata alla fissazione di quelle specifiche regole. Colpisce l'intuizione di DURKHEIM E., *Lezioni*, cit., p. 129, v. il testo riportato a nt. 35, rispetto al quale, dal mio punto di vista, non è condivisibile, applicata alla Comunità internazionale, la conclusione per cui: «... le società politiche sono necessariamente poli-cellulari o poli-segmentarie». La sostanza del problema del diritto internazionale, infatti, è proprio la mancanza, ma *la mancanza deliberata di una autorità*. Ma, di nuovo differenziando rispetto a Durkheim, la Comunità internazionale non è definibile o classificabile come *società primitiva*, al contrario è una società in cui la *scelta* è di non avere *autorità* ma non di non avere diritto! La particolarità, lo si voglia o no, del diritto internazionale è proprio che una autorità, che in *ogni* altra società c'è sempre, se non altro di fatto (tanto per dire: anche nella mafia una autorità c'è, è inevitabile) nella Comunità internazionale, invece, non c'è a causa, come vedremo meglio più avanti, dell'istituto della sovranità, che è, anticipando ciò che dirò in seguito, un istituto “dialettico”, ma che di per sé impedisce, o meglio rifiuta, una qualsivoglia autorità, *ma non il diritto*.

⁶⁵ Solo per dire che sono agli antipodi anche solo di una supposizione ad esempio di “diritto animale” o naturale. Ma, appunto, gli animali, la natura *trovano* regole preesistenti e non *create* da loro, ma neanche accettate e meno che mai discutibili, trovano insomma quello che si chiama istinto, che risponde a meccanismi naturali. Nell'uomo e nella sua società, anche l'istinto ha una base razionale e riconoscibile come tale: non occorre citare Freud o Jung per ricordare il concetto di inconscio collettivo ecc.

⁶⁶ Con le parole di KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 3: «Was diesen Tatbestand zu einem Rechts-(oder Unrechts-) Akt macht, das ist nicht seine Tatsächlichkeit, nicht sein natürliches, das heißt kausal-gesetzlich bestimmtes, im System der Natur beschlossenes Sein, sondern der objektive Sinn, der mit diesem Akt verbunden ist, die

*lecito/illecito*⁶⁷ e pertanto, in un sistema giuridico – diversamente da quanto accade in un sistema morale o religioso o, ripeto, genericamente sociale – non esiste l'antinomia *giusto/ingiusto*⁶⁸. Vi sia o meno, anche una “reazione” di un qualunque tipo, il sistema tende, una volta definito il fatto come illecito, ne abbia o meno i mezzi, ad ottenere un comportamento adeguato alle prescrizioni della norma⁶⁹, ma non, assolutamente non, a violarla quando ci si trovi in una contraddizione “insanabile” come nel caso delle “scelte tragiche”⁷⁰. Poi, come dicevo, per ottenere quel

Bedeutung, die er hat. Den spezifisch juristischen Sinn, seine eigentümliche rechtliche Bedeutung, erhält der fragliche Tatbestand durch eine Norm, die sich mit ihrem Inhalt auf ihn bezieht, die ihm die rechtliche Bedeutung verleiht, so daß der Akt nach dieser Norm gedeutet werden kann. Die Norm fungiert als Deutungsschema. Mit anderen Worten: Das Urteil, das ein in Raum und Zeit gesetzter Akt menschlichen Verhaltens ein Rechts- (oder Unrechts-) Akt ist, ist das Ergebnis einer spezifischen, nämlich normativen, Deutung», e v. anche p. 29 ss., dove si completa con il ben noto discorso sul „Sein“ e „Sollen“.

⁶⁷ Anzi per essere precisi, *illecito* dato che il *lecito* non richiede di essere definito giuridicamente, rientrando per lo più nella categoria dell'*indifferente al diritto*. Insomma, le norme giuridiche definiscono l'illiceità e le sue conseguenze, oltre a regolamentare diritti e istituti, come ovvio.

⁶⁸ Anche se, poi, creando a mio parere molta confusione, il concetto di giusto e quindi quello di morale non mancano di tornare. A parte gli scritti ben noti e qui solo da citare per la loro profondità, ma certamente non da analizzare a fondo di RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, trad. it. di *A Theory of Justice*, Cambridge (Harvard Un. Press) 1971, 1999, Milano (Feltrinelli) 1998 ed. Kindle, v. DWORKIN R., *Taking Rights seriously*, Cambridge (Harvard Un. Press) 1978, dove, ad es. a p. 147 si afferma «Our consitutional system rests on a particular moral theory, namely, that men have moral rights against the state. The difficult clauses of the Bill of Rights, like the due process and the equal protection clauses, must be understood as appealing to moral concepts rather than laying down particular conceptions... [149] Constitutional law can make no genuine advance until it isolates the problem of the rights against the state and make that problem part of its own agenda. That argues for a fusion of constitutional law and moral theory, a connection that, incredibly, has yet to take place. It is perfectly understandable that lawjers dread contamination with moral philosophy...».

⁶⁹ In senso analogo già WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, 1921 ed. Kindle, Parte I, Cap. 1, II, § 6, pos. 762 ss. e Cap. IX, sezione 8.

⁷⁰ Dissento, cioè, fortemente da quanto afferma, pur nella cristallina lucidità delle sue elaborazioni affascinanti, LUHMANN N., *Esistono*, cit., p. 75, quando afferma «Ma anche dopo tutto quanto detto, il problema delle scelte tragiche rimane il problema del diritto di violare la legge (cioè il conflitto tra il diritto ed altri valori). Da

comportamento si può ricorrere *eventualmente anche* a strumenti coercitivi, ma *non necessariamente* e indipendentemente dal *fatto* che vi siano o meno organi o strumenti per realizzare l'obiettivo⁷¹, ma anche indipendentemente dal fatto che vi sia un meccanismo coercitivo o, se vogliamo usare la terminologia kelseniana, sanzionatorio dato che: *perché*, almeno in termini teorici, *una norma sia definibile come giuridica basta che sappia definire il fatto o l'atto "lecito" o "illecito"*, il resto, come la sanzione e la coercizione, non è indispensabile a definirne la giuridicità. In altre parole, ma con molta chiarezza: la reazione sanzionatoria, la punizione o quel che sia, è solo eventuale: il diritto prescinde, nella valutazione della liceità, dalla eventuale conseguente sanzione-coercizione, che, infatti, può mancare, ma la cui mancanza non invalida la norma.

Nego, insomma, con tutto il rispetto dovuto, la fondamentale premessa logico-necessaria di Kelsen, quando afferma⁷²: «Wird das Recht als eine Zwangsordnung ... dann erscheint der das Recht beschreibende Rechtssatz als die Aussage: daß unter bestimmten, das heißt von der Rechtsordnung bestimmten, Bedingungen ein von der Rechtsordnung bestimmter Zwangsakt

Kant, fino ad Habermas si può osservare una ricerca di soluzioni, che si avvicinano al concetto di autonomia del sistema. Per Kant la "pace perpetua" può essere garantita solo da Stati che garantiscono la protezione legale dei cittadini. Habermas aggiunge a questo *desideratum* la partecipazione democratica e interessata delle persone nei procedimenti costituzionali». Non occorre precisare che le due citazioni sono di KANT I., *Zum ewigen*, cit. e HABERMAS J., *Fatti e norme: Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Bari (Laterza) 2013, sul concetto di "co-originatezza" dei diritti dell'uomo e della sovranità popolare, ci sarebbe molto da discutere, ma non è qui il luogo. Per quanto mi riguarda, però, credo di avere bene mostrato, anche qui più avanti, come tali diritti o categorie di diritto, vanno ascritte al diritto internazionale e all'oblio dei soggetti di realizzarli, se del caso con leggi, all'interno, dove comunque sono validi. V. in particolare il mio GUARINO G., *Per una ricostruzione in termini di sistema dei diritti dell'uomo*, in *Studi Lanza*, cit., p. 279 ss.

⁷¹ La reazione, in altre parole, non richiede necessariamente una "polizia" *ad hoc*. Sulla problematica, ben nota e non qui suscettibile di approfondimenti, della differenza tra regole etiche e giuridiche, v. ampiamente ALEXY R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg (Alber) 2011 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷² KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 114.

gesetzt werden soll. Zwangsakte sind Akte, die auch gegen den Willen der davon Betroffenen und ... unter Anwendung von physischer Gewalt zu vollstrecken sind. ... zwei Arten von Zwangsakten unterschieden werden: Sanktionen, das sind Zwangsakte, die als Reaktion gegen eine von der Rechtsordnung bestimmte Handlung oder Unterlassung statuiert sind, wie z. B. ... Gefängnisstrafe; und Zwangsakte, die nicht diesen Charakter haben, wie z. B. die zwangsweise Internierung von Individuen, die mit einer gemeingefährlichen Krankheit behaftet sind oder wegen ihrer Rasse, politischen Gesinnung...», la nego, proprio in termini logici, dappoiché, mi sembra, il fatto che un sistema giuridico sia obbligatorio (sia cioè una Zwangsordnung) non implica, ripeto in termini strettamente logici, che vi sia una sanzione a seguito della violazione di una norma. O meglio ancora, per essere più precisi il solo giudizio di illiceità è *la sanzione*, tale che il sistema, proprio perché è tale, cioè un sistema complesso, mantiene la propria funzionalità, magari adattandosi, “assorbendo”, per così dire, quel malfunzionamento, che può rivelarsi esattamente ciò cui accennavo prima: uno strumento o una occasione di evoluzione. Sulle possibili implicazioni negative del pensiero di Kelsen sul punto, non è qui luogo di dibattere.

Qui, credo però, si gioca la grande e fondamentale differenza (su cui fin qui in qualche maniera ho sorvolato) tra una società umana fondata sul diritto e un semplice organismo (meccanico o vivente) come descritto fin qui. Le regole che governano le macchine, infatti, sono, per così dire, “naturali”, “automatiche” e permettono a quella macchina, ma anche le richiedono, solo di funzionare. In quanto tale, la macchina agisce e si rigenera secondo le proprie potenzialità e secondo i propri meccanismi, per così dire “acriticamente”: non sceglie, non valuta, non decide, funziona e solo fin tanto che *tutte* le sue parti funzionino a loro volta. Un organismo vivente o una macchina svolgono le proprie funzioni, perché *sono* così. Che poi siano o meno “stati fatti” per essere così è irrilevante: “fanno” determinate cose e, nei casi più complessi, come vedremo tra poco, possono perfino “scegliere” tra comportamenti alternativi, ma soltanto o perché

sono state *predisposte* per farlo o perché qualche agente *esterno* interviene sui loro meccanismi, modificandoli: due ipotesi, come ovvio, profondamente differenti.

Le regole sociali, sono, invece, sempre e comunque fondate sulla ragione, sulla razionalità (magari “inconsapevole” di applicare regole della società) o, forse per dirlo meglio, che includono sempre la razionalità, quelle giuridiche, in quanto, essendo regole sociali esse stesse, esprimono sempre un “ordine” sociale specifico, razionale e fondato su obblighi e pretese⁷³. Che determinano, appunto ma diversamente dalle regole sociali diciamo così “comuni”, un “ordine” e cioè un sistema coordinato – magari solo di fatto, come nel caso del diritto internazionale – di regole, inteso anche a regolare lo stesso potere di emetterle e di farle valere⁷⁴. In altre parole, per seguire il ragionamento di Habermas ad esempio, le regole fondano innanzitutto in senso kantiano «il ragionevole vincolarsi a norme generali, discorsivamente fondate»⁷⁵, che, se vogliamo, si può interpretare come una forma più moderna del “vecchio” contratto sociale rousseauiano, mentre i diritti dell’uomo, e non i diritti umani, di Habermas,

⁷³ In qualche modo, mi pare, non sto concludendo in maniera troppo difforme da HABERMAS J., *op. ult. cit.*, pos. 11458: «Il diritto positivo non può più ricavare la sua legittimità da una superiore legge morale, ma soltanto dal processo formativo di una opinione e di una volontà presuntivamente razionali».

⁷⁴ Ridotto così all’osso, si potrebbe richiamare qui la definizione di sistema sociale di PARSONS T., *Sistema politico e struttura sociale*, Milano (Pigreco edizioni) 2014 (*The Social System*, 1951), p. 13: «Ridotto ai suoi termini elementari, un sistema sociale consiste pertanto di una pluralità di soggetti individuali inter-agenti tra loro in un sistema che presenta perlomeno un aspetto fisico o ambientale, i quali sono spinti dalla tendenza all’«ottimizzazione della gratificazione» e la cui relazione con le rispettive situazioni, inclusive di ogni altra situazione, è definita e mediata nei termini di un sistema di simboli culturalmente strutturati e condivisi». Tenuto conto che sorprende non poco che, viste le premesse, nel grosso contributo non si dedichi una parola al diritto come fenomeno sociale almeno, è evidente come proprio il diritto internazionale, per la sua caratteristica *anorganica* e “*anautoritaria*” (ci si passi il neologismo) sia esattamente quel sistema di simboli condivisi di cui parla l’A. e quindi, possa essere analizzato come tale.

⁷⁵ HABERMAS J., *op. ult. cit.*, ed. Kindle pos. 195 s. ma v. anche la *Postfazione*, 1 pos. 11251 ss.

lungi dall'essere «visti come datità morali preesistenti, bensì come diritti fondamentali ben costruiti, suscettibili (in un discorso pratico) di trovare l'approvazione di tutti i potenziali interessati»⁷⁶ sono molto più “semplicemente”, ma molto più concretamente, norme di garanzia addirittura della stessa legittimità dell'ordine giuridico *de quo*, fondate, disposte, *imposte* dal diritto internazionale, attraverso la partecipazione necessaria (*automatica* per così dire) dell'ordinamento interno all'Ordinamento internazionale, siano o meno “approvate”: e non mi sembra poco⁷⁷. Nello specifico, scrivevo “non diritti umani”, perché non si tratta di diritti collettivi offerti graziosamente dallo stato agli uomini che vengano in contatto con esso, ma sono il risultato del fatto, *del dato di fatto* per cui il diritto internazionale, non diversamente dal diritto interno, è *fatto dall'uomo per servire l'uomo*, in quanto “precipitato” (mi si passi il termine un po' azzardato) razionale della costruzione di quella macchina razionale che è il diritto, *tutto il diritto*, comprese dunque le sovrastrutture di potere come la *sovranità* il cui contenuto verrà dialetticamente definito dal confronto tra gli enti (e quindi non solo gli stati, ma anche i soggetti di diritto internazionale e gli organi della Comunità internazionale e degli stati: amministrazioni, tribunali, ecc.) che aspirano alla sovranità⁷⁸. Ciò, beninteso, differenzia potentemente il diritto (interno o internazionale) dalla sociologia, dato che solo il primo tratta di *norme*, per di più *poste*.

Ciò significa, dunque ancora, che la parte sostanziale delle regole di una società/comunità umana giuridica, non si differenziano nella sostanza dai meccanismi di una macchina: sono “fatte” per funzionare in quel modo, interpretazione inclusa, come vedremo fra poco. E ciò, indipendentemente, lo sottolineo fin da ora, dal fatto che siano scritte, ordinate in un sistema ge-

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ V. sul punto qualcosa di analogo, se pure con intenti diversi, in PANEBIANCO M., *La società globale: imperi, stati e nuovi soggetti*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2020, n. 66, p. 11 ss. In senso contrario v. SINAGRA A., *In difesa della sovranità dello Stato*, *ibid.*, p. 129 ss.

⁷⁸ V. più ampiamente *infra* §§ 16, 17, 19.

rarchico “coordinato” e per di più non necessariamente grazie ad un sistema di organi che esercitino poteri giuridici, come è appunto il caso specifico del diritto internazionale. I vari *diritti*, i vari ordinamenti giuridici interni, dunque, si trovano a convivere necessariamente e a confrontarsi, ma non si coordinano né si ordinano deliberatamente in un sistema gerarchico, ma nella convivenza “si” (nel senso che lo fanno razionalmente ma di fatto) creano delle regole “di” convivenza, *razionali*, ma non coordinate né gerarchizzate, purché funzionali al funzionamento della macchina Comunità internazionale, che dunque è il frutto del funzionamento, se vogliamo dell’incontro, *dialettico* dei vari sistemi giuridici interni, tanto che le regole sono regole razionali di funzionamento della macchina che non è altro, perciò, che la somma, in qualche modo algebrica, delle sue parti; occorre insomma, che tutte le sue parti possano funzionare per fare funzionare la macchina complessiva, per cui occorre che tutti, ma proprio tutti i “pezzi” della macchina (a loro volta “macchine”), salvo quelli necessariamente espunti perché dannosi per il funzionamento della macchina, possano funzionare e quindi necessariamente trovino di fatto un “*modus vivendi et operandi*” (se mi si consente l’invenzione del brocardo!) che perciò contempla anche modi per fare convivere le varie parti, costruendo quei modi con le sue stesse strutture, e quindi attraverso l’autopoiesi, che è un “meccanismo” di questa comunità. Con la conseguenza, però, che le sue norme tendono all’entropia, fin tanto che fatti “esterni” o “rivoluzionari” non ne evolvano il contenuto⁷⁹. Per dirlo con un esempio: la seconda guerra mondiale ha fatto “scoprire” la possibilità di considerare taluni diritti (fino ad allora non “diritti”, ma al massimo pulsioni morali) come diritti universali, al punto di definire la possibilità di perseguirli direttamente *sulle* persone autrici degli atti in questione, al di là, appunto, delle singole sovranità ... *dialetticamente costrette* ad accettare questo fatto, *anche* attraverso l’istituzione della Corte

⁷⁹ PARSONS T., *op. ult. cit.*, p. 528 ss., dove se ne tratta ampiamente, sia pure solo (e non può non sorprendere) dal punto di vista sociologico.

Penale Internazionale: che è, per dir così, la manifestazione concreta della dialettica delle sovranità di volta in volta coinvolte. La contraddizione in termini è deliberata (dialetticamente e costretta ad essere tale) perché serve ad indicare che la norma in questione è esattamente il frutto di una scelta deliberata (e quindi rivoluzionaria e razionale) che *ri-organizza* le sovranità dei soggetti evolvendo il contenuto della sovranità stessa: il contenuto complessivo, come ovvio, non solo quello dei soggetti interessati, dato che la Comunità internazionale è una e complessiva. Dico “anche”, perché oggi come oggi i diritti dell’uomo sono *obbligatoriamente* parte degli ordinamenti interni, per la logica sistematica (su cui anche più avanti) che obbliga a considerare l’unitarietà del diritto e, per conseguenza, la non valenza delle velleità dualistiche. In un quadro che non può non essere unitario, dato che è dipinto dalla coesistenza cosciente, benché inevitabile, di sistemi che, per quanto “isolati”, per il solo fatto di esistere *determinano* norme e cambiamenti di norme e li subiscono.

In conseguenza, quale che sia il modo in cui quelle regole vengano prodotte, e quindi anche quando siano tali solo di fatto, sono sempre frutto, *per definizione*, di una scelta razionale, magari tacita ma non necessariamente concordata (insomma, nulla a che vedere con la *Vereinbarung* di Triepel), ma comunque razionale e dunque “cosciente”, contrariamente a ciò che si afferma da chi parla, nel caso del diritto internazionale, di norme “spontanee”⁸⁰. Come vedremo, la consuetudine, sia nel diritto interno che in quello internazionale, non è solo la ripetizione, benché cosciente, di un certo comportamento, ma la ripetizione *deliberata* di un comportamento già praticato da altri (o che si ritiene che sia stato già *ben* praticato da altri, come vedremo a proposito della *Paquete Habana*) in quanto e finché si ritenga che sia (e quindi forse già la prima volta) giuridicamente legittimo e obbligatorio e salva l’interpretazione di esso nell’utilizzazione nel caso

⁸⁰ Non vi è nulla di *spontaneo* in una norma giuridica, per definizione, perché la norma è comunque e sempre un “comando”, che non può crescere come un fiore su un albero.

di specie⁸¹. E quindi ciò porrà il problema di valutare il valore giuridico della *prima* azione *corrispondente* alla norma, *non alla futura* norma. La norma, insomma, determina un meccanismo, che funziona secondo quanto previsto dalla norma stessa, fin tanto che un qualcosa di “esterno” non intervenga, ad esempio modificando o annullando la norma.

La volontà, o l’ente, o il meccanismo, che pone le norme, possono anche essere invisibili e invisibilmente regolati, ma quando ad esse, in quanto “poste” (cioè coscienti e deliberatamente intese come norme) non vi sia una opposizione capace effettivamente di impedirle, le regole sono tali, sono lì, sono ... regole; e quando trovino “opposizione” adeguata quei comportamenti conducono ad altre regole, ma non all’assenza di regole. E quindi sono “poste”, cioè frutto di scelte coscienti, il che, tra l’altro, spiega con nettezza la coerenza delle rispettive logiche, assieme alla *assoluta* distanza tra una struttura sociale umana e una macchina, meccanica o biologica. E dunque il vuoto normativo, cioè il caos, non esiste⁸²: non a caso ciò che non è regolato dalla norma è *indifferente* al diritto, non è lecito.

4.1. *L'improponibilità della relazione tra diritto e morale*

In questo senso, sia consentita la breve digressione, non basta affatto, a mio parere, definire la legittimità come la pura e

⁸¹ È interessante notare che c’è ancora chi dubita che una norma di diritto internazionale generale sia addirittura suscettibile di interpretazione “in quanto non scritta”. V. la discussione sul punto, francamente un po’ surreale, di AMMAN O., *On the Interpretability of Customary International Law: A Response to Nina Mileva and Marina Fortuna*, in *Opinio Juris* 7.10.2019 in http://opiniojuris.org/2019/10/07/on-the-interpretability-of-customary-international-law-a-response-to-nina-mileva-and-marina-fortuna/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+opiniojurisfeed+%28Opinio+Juris%29 e v. anche MILEVA N., FORTUNA M., *Emerging Voices: The Case for CIL Interpretation—An Argument from Theory and an Argument from Practice*, *ibid.* 23.8.2019 in <http://opiniojuris.org/2019/08/23/emerging-voices-the-case-for-cil-interpretation-an-argument-from-theory-and-an-argument-from-practice/>.

⁸² A prescindere dal fatto che, in quanto tale, il caos non esiste, è anch’esso misurabile, come dimostrano gli studi citati di MANDELBROT. Ma, a parte ciò, il tema è molto importante, perché esista o meno il caos, il problema è di distinguere, come ve-

semplice corrispondenza della norma al “dettato” (che, peraltro come detto, esso stesso deve “dimostrare” di essere legittimo) della Costituzione, magari in quanto moralmente accettabile.

E quindi per chiarire: la norma, scelta razionale deliberata dell'uomo, instaura un meccanismo che funziona finché un'altra norma non intervenga a cambiare le carte in tavola, ma in ogni caso la norma non fa altro che creare o contribuire a fare funzionare una macchina, una macchina giuridica. Ciò significa, che anche quando manchi (come nel diritto internazionale) chi, soggetto, organo, gruppo, ecc., *ponga formalmente* la norma, questa non solo è *posta* da altri che non sia un ente a ciò deputato, ma instaura, *in perfetta coscienza di chi la applica*, quel meccanismo di cui sto parlando, che funzionerà fin tanto che non *sia posta*, allo stesso modo, un'altra norma. Ma c'è di più, perché non basta a legittimare il sistema, la presenza di una Costituzione, adottata magari con tutti i “crismi” della ufficialità corrente, perché la domanda che resta ancora senza risposta, che è la domanda fondamentale, è chi legittima la formazione, il contenuto e la permanenza della Costituzione⁸³. Cioè chi stabilisce o garantisce che quella Costituzione o comunque quella norma sia *legittima* e quindi nonché *valida* legittimamente applicabile?

Anche qui in termini di prima approssimazione, e fatti salvi gli ulteriori approfondimenti che potranno venire, per “valida” intendo una norma frutto di un *procedimento* predeterminato nel

dremo più avanti, il caos dall'anarchia: che è il modo di funzionare della Comunità internazionale.

⁸³ DWORKIN R., *Law's Empire*, Oxford (Hart) 1998, p. 191: «A state is legitimate if its constitutional structure and *practices* are such that its citizens have a general obligation to obey *political* decision that purport to impose duties on them. An argument for legitimacy need only provide reasons for that general situation. It need not show that a government, legitimate in that sense, therefore has *moral authority* to do anything it wants to its citizens, or that they are obligated to obey every decision it makes. I shall argue that a state that accepts integrity as a *political* ideal has a better case for legitimacy than one that does not ... It provides, in particular strong argument for a conception of law that takes integrity to be fundamental ... Our claim for integrity are thus tied into our main project of *finding an attractive conception of law*» (corsivi miei). Il rischio, così, è di *giustificare* qualunque regime, purché ben funzionante: il contrario di ciò che suggerisco qui e oltre nel testo.

sistema e svolto regolarmente, e quindi, dal punto di vista dello specifico ordinamento, in termini giuridici perfettamente “efficace”. Per “legittima” intendo una norma che risponda alla pretesa di contenuti *predeterminata* nel sistema, ma indipendentemente dal fatto che sia il risultato di un certo procedimento destinato a produrla. Tra di essi anche, ovviamente e come già accennato, i mezzi di interpretazione giudiziaria della norma, che se non vi fossero (e non fossero “legittimi”) cioè se non fossero contemplati dall’ordinamento, la norma non sarebbe suscettibile di interpretazione valida alcuna e quindi, verosimilmente, potrebbe addirittura essere condannata all’estinzione, per effetto dell’entropia⁸⁴. In effetti, è vero che, posto che la “macchina” vi sia, questa è l’unica ragione della sua esistenza e quindi della sua legittimità (formale); ma la ragione della sua legittimità formale non può, a mio parere, mai essere disgiunta da quella *della sua legittimità sostanziale*.

La domanda da porsi, a questo punto è, a mio parere: posta la legittimità formale della norma derivante, come dice Dworkin, dalla Costituzione che come elemento formale basterebbe a legittimarla, la domanda, è, chi “può” legittimamente *porre* quella Costituzione e quindi (ancora più importante, molto più importante) *chi può legittimamente pretendere di cambiarla?* Preten-

⁸⁴ Su cui più avanti. Ma per ora, mi pare del tutto insoddisfacente la conclusione di Dworkin, p. 410: «I proposed ... law as integrity which unites jurisprudence and adjudication. It makes the content of law depend not on special conventions or independent crusades but on more refined and concrete interpretation of the same legal practice *it has begun to interpret*» (corsivo mio). Ovviamente per completezza, riporto, sempre con corsivi miei, la frase chiave a p. 176: «We have two principles of political *integrity*: a legislative principle, which asks lawmakers to try to make the total set of law *morally coherent*, and an adjudicative principle which instructs that the law be seen as coherent in that way *as far as possible* ... I argue that the legislative principle is so much part of our political practice that no competent interpretation of that practice can ignore it ... *We ask whether the assumption, that integrity is a distinct ideal of politics, fits our politics and then whether it honours our politics*». Per riferirmi a quanto dico nel testo: non basta dire che una regola è “morale” né per dire che è valida né per affermare che è legittima. Posto anche che si voglia accettarlo: chi stabilisce e come che *quella* morale è legittima? Il regime nazista e quello fascista, ecc. erano perfettamente morali per nazisti, fascisti ecc. Erano, dunque anche legittimi?

dere, certo, non solo desiderare o sperare, contando sulla moralità del legislatore! Il punto è qui, a mio parere, un punto spesso trascurato. Proprio perché non affronta il tema di fondo, che è quello nonché della legittimità stessa della Costituzione, quello della legittimità della pretesa di modificarla, cioè del *diritto* (a mio parere *certo*, ma evidentemente per altri, come Dworkin, tutt'altro che certo) a vederla modificata o almeno a discuterne obbligatoriamente. La domanda di fondo, cioè, è: *chi legittima l'ordine giuridico, ogni ordine giuridico?* La risposta abituale (già a cominciare da Rousseau) è che la norma costituzionale legittima la norma materiale e che, al massimo, i procedimenti predisposti per la modifica della stessa norma costituzionale, bastano di per sé: il *regime*, dunque, sarebbe perfettamente autoreferenziale. Ma questo è un puro e semplice circolo vizioso.

A prescindere, infatti, dal, discutibile, fondamento morale dell'ordine giuridico, e posto che comunque un ordine deve essere fondato sul consenso popolare (ma anche questo è un concetto solo politico, se *ridotto* al suo aspetto formale) resta da vedere quando il consenso che dà luogo a quel regime è legittimo o meno: *diversamente, ogni regime sarebbe legittimo* e ciò è palesemente improponibile. In altre parole: posto che vi sia il consenso necessario (popolare, degli organismi formali, ecc.) si può ritenere che qualunque Costituzione sia legittima, o anche, guardando il problema dall'altra parte, la legittimità della stessa Costituzione è suscettibile di verifica? È ovvio che questa "verifica" dello stesso ente, organo, procedimento, ecc. che la costruisce, non basta se non vi siano principi o meglio meccanismi ordinatori più generali. Non per caso, la "soluzione" di Rousseau è *tranchante*, quando afferma seccamente: «Si donc, lors du pacte social, il s'y trouve des opposants, leur opposition n'invalide pas le contrat, elle empêche seulement qu'ils n'y soient compris: *ce sont des étrangers parmi les citoyens*»⁸⁵. Il che implicherebbe, e sarebbe ancora il meno, che qualora una "minoranza" non si riconosca nella norma, quella minoranza sarebbe, nel linguaggio

⁸⁵ ROUSSEAU J.J., *Du Contrat Social*, § 4.2, e v. *infra* § 26.2.

di Rousseau, una minoranza di “stranieri”. E già su ciò vi sarebbe molto da discutere. Ma, se la maggioranza volesse qualcosa di illecito? O, meglio ancora, come si fa a stabilire (conseguenze a parte) che cosa sia lecito per la maggioranza? A meno di affermare che la maggioranza ha sempre ragione.

Per fare un esempio banalmente concreto ed attuale (all’atto della redazione di queste righe). Il regime della Bielorussia di Lukaschenko o quello della Turchia di Erdogan o, infine, in modo più sfumato, quello ungherese, sono ritenuti dalla sostanziale unanimità della Comunità internazionale, regimi illegittimi, pur essendo perfettamente formati e validati dalle procedure e dalle norme previste per la formazione “legittima” di quei regimi (come, del resto, fu il caso del regime nazista in Germania e fascista in Italia)⁸⁶. Al di là, dunque, del fatto che un certo gruppo di stati ritenga di dichiarare quei regimi illegittimi e magari di agire contro di essi, in termini assoluti l’unica entità in grado di valutare e decidere, una volta e per tutti, sulla loro legittimità è la Comunità internazionale e *solo* la Comunità internazionale. *E non sulla base di principi etici, ma sulla base di norme giuridiche*, altrimenti si tornerebbe fatalmente alla *Grundnorm* kelseniana, metagiuridica, o alla norma primaria non determinata dalla norme secondarie hartiana o infine alla petizione di principio dworkiniana per cui la Costituzione voluta dal popolo è la fonte di ogni legittimità. Se fosse così semplice!

Sulla base di norme giuridiche, dico, il che vuol dire che non basta nemmeno la volontà o l’azione della maggioranza (e perfino della totalità) dei soggetti di diritto internazionale per stabilire se quel regime sia legittimo o meno: è la norma che va ricostruita e quindi riconosciuta come tale, e nel diritto internazionale la norma non è frutto della volontà di una maggioranza.

⁸⁶ Non per caso, allo “sgarbo” (perfettamente voluto) del Presidente del Consiglio italiano che lo chiama esplicitamente “dittatore”, il 8.4.2021, il Governo turco obietta che Erdogan è stato “regolarmente” eletto: il che è assolutamente indubbio, se solo si descriva adeguatamente il contenuto di quel “regolarmente”, tanto più che quei “regolari” citano ad esempio il regime fascista italiano ... a sua volta, almeno all’inizio, del tutto “regolare”.

Il che pone, dunque, il problema della *riconoscibilità* della norma e della relativa eventuale sanzione, intanto come tale, ma principalmente come “valida” e, prima ancora, come legittima.

5. *Il problema della “creazione” e della riconoscibilità della norma*

Riconoscibilità, dicevo, cioè il fenomeno per il quale il soggetto “vede” nella richiesta di un certo comportamento, una norma, cioè un ordine, la cui mancata esecuzione determina la conseguenza (quella che, *sola*, realmente conta in termini teorici) della definizione di quel comportamento come lecito o illecito, o meglio, nella realtà, come illecito, perché se è lecito non occorre definizione alcuna: la norma, come ovvio, in linea di massima non definisce la liceità, ma l’illiceità, anzi come dicevo sopra, la liceità è indifferenza per il diritto.

Deve, dunque, esistere un modo per poter sapere, sia da parte del soggetto interessato che da parte dell’ordinamento in quanto tale, che il comportamento richiesto è legittimamente richiesto per cui può essere “riconosciuto”, cioè scoperto, come obbligatorio e quindi valido. Il che presuppone che esista un meccanismo grazie al quale il soggetto veda in quel comando un ordine legittimamente posto: ciò che, in un qualunque ordinamento di tipo “interno” si risolve nel fatto che esistono delle norme che indicano il modo e le procedure attraverso le quali si determini un comando valido come norma, e anche legittimo, e che quindi permette di distinguerlo da un altro eventuale comando, ma non rispondente alle caratteristiche necessarie a renderlo un comando giuridico e legittimo e quindi valido.

In un ordinamento di tipo interno, quel “meccanismo” per la formazione legittima di comandi legittimi è definito dalle norme strutturali dell’ordinamento stesso, quelle che appunto stabiliscono come si formino le norme perché siano legittime. Per lo più quel meccanismo è indicato in quelle norme strutturali dell’ordinamento in genere definite “Costituzione”, dove, ovviamente, sono anche indicate le norme procedurali per garantire, sempre e solo dal punto di vista interno, la *validità* della norma posta.

Ciò pone però due domande: 1. - cosa possa permettere di valutare la *perdurante* legittimità degli stessi meccanismi destinati (scritti, non scritti, parzialmente scritti) a formare la norma e altresì, 1.1. - la legittimità del risultato normativo dell'uso di quei meccanismi; 2. - se e come possa esistere un ordinamento che, senza disporre di meccanismi formali per la creazione delle norme, possa egualmente *garantire* la legittimità delle stesse norme poste dall'ordinamento e quindi 2.1. - *garantire* la legittimità delle norme di cui sopra in 1 e 1.1. Quest'ultimo, in realtà, è il cuore del problema del diritto internazionale, rispetto al quale le teorie numerose sulla "costituzionalizzazione" del diritto internazionale attraverso disposizioni scritte o giurisprudenza internazionali, trascurano il fatto che quelle disposizioni o interpretazioni sono la *prova* dell'esistenza di una norma generale di cui quella specifica norma così come la stessa giurisprudenza, sono una manifestazione non *la* norma.

5.1. *La formazione dell'ordinamento interno e di quello internazionale*

Innanzitutto si deve rilevare che, al di là delle teorie filosofiche più complesse o più semplici, sulla formazione degli ordinamenti giuridici, quali la teoria del contratto sociale o altro, esiste, *e può esistere*, solo in un ordinamento diverso ed esterno (non superiore) e cioè nell'Ordinamento internazionale, una norma che garantisca al popolo, ad ogni popolo – una volta definito il popolo interessato, se pure non necessariamente attraverso il territorio, come vorrebbe Durkheim – la possibilità giuridica, cioè lecita, di costruire un ordinamento giuridico corrispondente alla propria volontà e capace di imporsi legittimamente agli individui. Talché solo l'Ordinamento internazionale è quello che può (lo faccia o non effettivamente, non importa) *definire* legittimo un certo Ordinamento interno, e per converso, garantire ai soggetti (nel caso, gli individui come collettività *e come singoli*, cioè uno per uno) anche il *diritto*, e cioè la legittimazione, a *ribellarsi* ad un ordinamento che non soddisfi le proprie aspirazioni: posto

che gli eventuali meccanismi interni disponibili a quello scopo, siano stati regolarmente esperiti senza successo. Come, ben chiaramente, afferma la norma di diritto internazionale, tutt'altro che peregrina, dell'*obbligo del previo esaurimento dei ricorsi interni*, che è una norma procedurale (non scritta) dell'Ordinamento internazionale, ma assolutamente fondamentale. Salvo, sempre, a valutare la legittimità delle stesse ... legittime aspirazioni del popolo. Diciamolo nettamente: un popolo che, nella sua interezza, voglia un regime razzista, per quanto interamente sia concorde il popolo, esprime una pretesa che *non può essere legittima e quindi non può essere garantita*. E ciò non può essere stabilito, dal popolo stesso, ovviamente, ma nemmeno da uno o più o anche tutti gli altri popoli: tutti, anche la loro somma, *per definizione* "uguali" al popolo *de quo*: per dirla con una formula *par in parem non habet iudicium*. L'unico a poterlo (e doverlo) fare, è solo il diritto internazionale. Detto incidentalmente è solo il diritto, e quello internazionale in particolare, quello che può servire a superare la diatriba politica, grazie alla quale ciascun "sistema" *giudica* l'altro: il diritto è, per definizione, neutro, che è ben diverso da neutrale. Ciò che il sistema deve, infatti, garantire è, per citare la disposizione chiarissima e netta dell'art. 1.2 della Carta: «equal rights and self-determination of peoples», unaendiadi indissolubile, in uno Statuto, che pone "solo" al n. 3 del medesimo articolo il rispetto dei diritti dell'uomo.

In altre parole, come accennavo sopra, solo un ordinamento esterno e più "vasto" (non più rilevante gerarchicamente) rispetto a quello interessato, può definire la legittimità di una Costituzione, attraverso, se del caso, la definizione del popolo a cui quella Costituzione si applichi, perché anche l'individuazione dello stesso popolo e poi della entità che lo "rappresenta" – ad esempio nel caso di soggetti non o non ancora territoriali – e quindi anche del suo eventuale territorio, compete e può essere fatta solo dall'ordinamento internazionale. La secessione⁸⁷, come noto, è illecita nel diritto internazionale, in ragione del principio

⁸⁷ Che in qualche modo ha una valenza anche rivoluzionaria nel senso di cui ho parlato più sopra. V. MARGIOTTA C., *Secession in Law: A Revolutionary or a Conser-*

della integrità territoriale dello stato e dell'autodeterminazione dei popoli, ma è suscettibile di essere “superata” – non essere cioè quel comportamento qualificabile come secessione, cioè illecito – in ragione *soltanto* dello stesso principio di autodeterminazione dei popoli, che garantisce ad ogni popolo, che sia tale, la possibilità di definirsi in un ente suo proprio, cioè in uno stato⁸⁸. Insomma, in questa ipotesi, si tratta di vedere se e, in caso affermativo, a chi spetti la pretesa all'autodeterminazione: se al soggetto-stato rispetto all'intero territorio *e* popolo, o se a *parte* di quello stato o a *parte* di quel territorio *e* popolo, e così via⁸⁹. Non per caso, il tema più delicato di analisi in materia di autodeter-

vative Concept?, in BELOW M., *Territorial Politics and Secession: Constitutional and International Law Dimensions*, Sofia (Palgrave, Macmillan) 2021, p. 45 ss.

⁸⁸ Che è, alla fine, la motivazione per cui in nessun caso si parla di secessione, con riferimento alla decolonizzazione e non solo. Vale la pena di segnalare come, *mutatis mutandis*, il Principio V dell'Annesso alla A/RES/1541, 15.12.1960, è molto chiaro pur nella sua ragione occasionale relativa al cap. XI della Carta delle NU, quando dice: «Once it has been established that such a *prima facie* case of geographical and ethnical or cultural distinctness of a territory exists, other elements may then be brought into consideration. These additional elements may be, *inter alia*, of an administrative, political, juridical, economic or historical nature. If they affect the relationship between the metropolitan State and the territory concerned in a manner which arbitrarily places the latter in a position or status of subordination, they support the presumption that there is an obligation to transmit information under Article 73 e of the Charter», dove, come noto, l'obbligo di trasmissione delle informazioni è la prova del fatto che quel popolo non gode dell'autodeterminazione. Ma ancora di più, con il primo comma del capitolo quinto «*The principle of equal rights and self-determination of peoples*» della A/RES/2625, 24.10.1970, si afferma esplicitamente: «All peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter», dove ciò che rileva è l'attacco “all peoples”: qui non ci si limita alle colonie! Non per caso il “diritto” all'autodeterminazione è riconosciuto sia al Cile (dopo il colpo di stato di Pinochet) sia a East Timor, ecc.

⁸⁹ Come, ad esempio, nel caso del Cameroon e del Cameroun (l'uno sotto dominazione coloniale britannica e l'altro francese) per i quali si pose il problema se dovessero diventare indipendenti in un unico stato, in due diversi o in parte in uno stato autonomo e in parte aderire alla Nigeria, come alla fine è avvenuto. V. CIG, *Case Concerning the Northern Cameroons* (Cameroon v. United Kingdom), 2.12.1963, e cfr. GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli*, cit., p. 111 ss.

minazione dei popoli, è quello della *definizione* del popolo, di *ogni* popolo, concetto ben distinto sia dagli abitanti di un certo territorio, sia da gruppi umani, unificati da storie culturali specifiche, *insufficienti* a renderli definibili come popoli: elemento che, ad esempio è tale da impedire di considerare popolo il “popolo lombardo”, non diversamente da come non fu sufficiente a farli definire popolo gli abitanti del Québec.

Ciò, sia chiaro, non perché manchino *tout court* in un Ordinamento interno delle norme che legittimino o regolamentino ad esempio, al limite, la stessa rivoluzione, ma per un motivo teorico necessario benché ovvio: e cioè perché solo un ordinamento esterno, e inoltre più vasto (e, ribadisco, non superiore) può definire la legittimità degli ordinamenti più “piccoli” che facciano capo ad esso, in quanto parti di esso. Non perché *gerarchicamente* superiore, ma perché *strutturalmente* più vasto e quindi in grado di valutare, devo ripeterlo?, “dall’esterno” e in maniera globale⁹⁰, che poi vuol dire semplicemente: non in maniera *imperativa* ma di affermazione di terzietà, cioè di legittimità.

Per tornare all’esempio della macchina: i singoli Ordinamenti interni (nel caso dei soggetti di diritto internazionale) sono parti della macchina nel suo complesso e pertanto è la macchina più grande che reagisce, ed è la sola che possa farlo, al “malfunzionamento” delle sue parti. Un meccanismo complesso, nella sua complessità può essere visto nel suo insieme e valutato nel suo corretto funzionamento complessivo, solo da un osservatore esterno dell’intera macchina-Ordinamento: alla luce sia delle *proprie* regole sia del *confronto* con altri ordinamenti simili a quello in esame. Resta però il fatto per cui l’Ordinamento internazionale, diversamente da quelli “interni”, non ha, a sua volta, possibili confronti con enti ad esso analoghi o più ampi. Anche se non si può sottacere l’ulteriore tema, peraltro relativamente margi-

⁹⁰ Per dirla in termini scherzosi, l’amministratore del condominio firma le regole condominiali e le applica ai condomini, ma non perché sia a loro “superiore”, tanto che gli stessi condomini possono liberarsi delle regole imposte, eliminando l’amministratore. E nemmeno, beninteso, in quanto *primus inter pares*, ma semplicemente in quanto “esterno” rispetto al condominio.

nale ai fini di questo studio e quindi mi limito a citarlo, per cui l'Ordinamento internazionale essendo un ordinamento (un "sistema") più generale, più vasto di quello dei singoli organismi che coordina, è, al tempo stesso, *necessariamente* più "semplice" degli ordinamenti che coordina, secondo il ben noto assioma per cui tanto più elevato è il "livello" della decisione, tanto minore è l'analiticità delle informazioni e quindi la *generalità* delle norme in base alle quali si decide, perché tanto maggiore ne è necessariamente la sintesi⁹¹: la norma è destinata a funzionare per l'intera comunità, per tutti i soggetti di essa, e quindi necessariamente sarà meno precisa ed analitica di quanto non lo sia la norma interna *corrispondente* caso per caso. Appunto, corrispondente, ma anche *necessariamente* corrispondente, dato che ogni norma di diritto internazionale ha un senso solo se e nella misura in cui trovi (là dove necessario, come ovvio) corrispondenza negli ordinamenti interni. I quali, però, potranno precisare, ampliare rendere più analitica la norma stessa, per renderla più *adeguata* alla situazione specifica di quel soggetto, di quel popolo, ecc., ma non contravvenirvi, come è il caso, fondamentale su cui torno più avanti, dei diritti dell'uomo.

Ciò, incidentalmente, è un ulteriore motivo per negare la primitività del diritto internazionale, che, dovendo essere il luogo della sintesi delle esigenze di numerose soggettività (innanzitutto statali) deve, come ho spiegato, *necessariamente* produrre norme

⁹¹ È questa, benché solo accennata, la Grand Synthesis di cui in LASZLO E., *Evolution*, cit., specialmente pp. 87 ss. (ma v. già MELOGRANI P., *Saggio sui potenti*, Bari (Laterza) 1977) p. 89: «Society is neither a natural system, like an atom, a molecule or a cell, or an artificial system such as a machine or a computer. It is the result of human action and interaction, *but not of conscious human design* ... Society, though composed of human beings, is not reducible to the sum of their behaviours and attributes: it evolves functions and acquires attributes *that are typical of its own societal level of organization*. Such spontaneously emerging features include the capacity to replicate [*autopoiesi*] principal components ... and to renew any part of the structure that may have been impaired by internal or external fluctuations. Self-organization is another feature of society» (corsivi miei). Quanto ciò influisca sul contenuto e il funzionamento della autopoiesi, sarà discusso più avanti.

sufficientemente generali, per essere adeguate a tutti i membri della Comunità internazionale: generali, non generiche.

E quindi, si deve aggiungere, anche i cambiamenti di regime o altro (senza addentrarci qui nella analisi del tema) non sono affatto nella piena ed esclusiva disponibilità – o almeno non lo sono oggi – del soggetto che cambia o anche del suo popolo, magari intero, perché comunque è il diritto internazionale quello (e, a mio parere l'unico) cui compete di valutare la legittimità del cambiamento di regime. E quindi se è vero che uno degli effetti della cd. “globalizzazione” è stato quello di “perforare” la adamantina corazza degli stati, imponendo, per lo più di fatto, regole a valere perfino all'interno degli stessi stati⁹², è anche innegabile che taluni dei comportamenti dei soggetti di diritto internazionale non sono legittimamente adottabili per la presenza di regole della, più ampia, Comunità internazionale, che li impediscono⁹³ valutandoli illegittimi. E inoltre, a parte lo stesso regime, ciò vale, ad esempio oggi, per l'inquinamento ambientale, o per la scarsa protezione dei beni culturali, ecc., oltre che per gli effetti di taluni fatti rivoluzionari, svolti magari con il consenso della intera popolazione⁹⁴, quando non consoni a certe regole in-

⁹² Salvo, poi, a “ribellarsi” mediaticamente alle regole imposte da enti derivanti da accordi dai soggetti medesimi sottoscritti ed imposti ad altri.

⁹³ Sul punto sono pienamente condivisibili gli studi di PICONE P., in materia di obblighi *erga omnes* e delle conseguenze logiche della loro affermazione, in particolare: *Unilateralismo e guerra contro l'ISIS*, in *Rivista dir. Int.* 2015, p. 5 ss. e *Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno stato individualmente leso*, *ibidem*, 2013, p. 5 ss., che è forse lo studio chiave e gli altri noti scritti precedenti, entrambi rispettivamente anche in <http://www.iusexplorer.it./Dottrina/Dottrina?idDocMaster=4541313&idDataBanks=13&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=0&NavId=1138708804&pid=19&IsCorr=False> e <http://www.iusexplorer.it./Dottrina/Dottrina?idDocMaster=3771894&idDataBanks=13&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=0&NavId=184538645&pid=19&IsCorr=False>.

⁹⁴ E anche su ciò ci sarebbe molto da approfondire, dato che, almeno nei tempi più recenti, il diritto internazionale è tutt'altro che indifferente alle regole della democrazia interna ai soggetti: il principio della assoluta inderogabilità del limite degli affari interni, è ormai largamente superato, sia attraverso meccanismi di natura contrattuale, che anche attraverso la formazione di norme di diritto internazionale generale. Basterebbe, per fare solo un caso, riferirsi all'Egitto e all'altalena dei suoi regimi. In termini contrattuali, basterebbe il riferimento all'art. 7 TUE.

ternazionali. Tanto che, e questa è un'ipotesi ulteriore, può anche darsi il caso che sia in realtà proprio la stessa Comunità internazionale ad "imporre" un cambiamento di regime di uno stato, quando o il regime vigente sia giudicato illegittimo, o illegittima venga considerata *proprio* la rivoluzione: qualcosa di simile a ciò che viene preteso per la Siria o in precedenza per l'Iraq, per la Libia, ecc. Non è un caso, ad esempio⁹⁵, che si condanni al risarcimento del danno procurato da insorti ad uno stato terzo, dopo che la rivoluzione sia stata sconfitta⁹⁶.

Il che determina l'ulteriore conseguenza per la quale tutti gli ordini giuridici non possano non essere parte, lo vogliano o no, quindi necessariamente, di un unico sistema giuridico "universale", che legittima e indirizza i singoli sistemi giuridici via via più particolari⁹⁷.

⁹⁵ Cfr. ARANGIO-RUIZ G., *Second Report on the International Responsibility of States*, p. 42, UN Doc., A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, ora in <http://www.gaetanoarangioruiz.it/publications/second-report-on-state-responsibility/>.

⁹⁶ Noto, ad es. è il caso Montijo, in MOORE J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the US has been a party*, Washington (Gov. Print. Off.) 1898, vol. II, p. 1421 ss., Case of the "Montijo": Agreement Between the United States and Colombia of August 17, 1874, dove l'arbitro (l'"Umpire" BUNCH R., affiancato dagli arbitri KOPPEL B., per gli USA e TANCO M., per la Colombia) afferma, p. 1444: «It was, in the opinion of the undersigned, the clear duty of the President of Panama, acting as the constitutional agent of the government of the Union, to recover the Montijo from the revolutionists and return her to her owner. It is true that he had not the means of doing so, there being at hand no naval or military force of Colombia sufficient for such a purpose; but this absence of power does not remove the obligation. The first duty of every government is to make itself respected both at home and abroad. If it promises protection to those whom it consents to admit into its territory, it must find the means of making it effective. If it does not do so, even if by no fault of its own, it must make the only amends in its power, viz, compensate the sufferer» (corsivo mio). E non è certo un caso, qui, il riferimento (*ibid.* p. 1441) al famoso e decisivo caso Caroline tra USA e Gran Bretagna, in https://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp e *ibid.* vol. III, p. 2419 ss. (McLeod). Per la situazione inversa, di un Governo alla fine vincente, v. il caso *Claim of the Venezuela Steam Transportation Company: Convention Between the United States and Venezuela of January 19, 1892*, *ibid.*, p. 1693 ss., con la curiosa difficoltà di trovare un *umpire* disponibile!

⁹⁷ Non diversamente, ci sia consentito di insistere nella banalizzazione, dai singoli condomini che del condominio fanno parte, lo vogliano o no. Piace citare qui, come esempio significativo, la splendida recente *Sentenza* del Tribunale di Roma

Solo così, per fare un esempio, solo ragionando così si può comprendere come abbiano potuto addivenire ad un accordo di pace duraturo e “modernissimo” Ramses II e Khattushili III (parliamo del 1270 A.C., circa) consci, ciascuno, della propria “dimensione”, consci, ciascuno, del controllo dei propri vassalli, consci, ciascuno, della necessità della convivenza nel rispetto, ciascuno, dei “diritti” non delle prevaricazioni dell’altro. Se non avessero riconosciuto tutto ciò (e quindi non si fossero anche riconosciuti a vicenda come pari, e quindi uguali di fronte a certe regole appunto di convivenza⁹⁸) non avrebbero redatto, dopo 14 anni dallo scontro decisivo a Qadesh, un trattato per definire i propri comportamenti *reciproci e assoluti*, nell’ambito di una *necessaria* convivenza⁹⁹, nella quale erano inclusi, come ad essi *sottoposti* le entità vassalle, delle quali nel trattato non si fa parola, pur essendo stata la “divisione” di essi realizzata a ridosso della citata battaglia: Yalta, insomma, non è una novità!

Posto, dunque che anche l’ordinamento costituzionale di un popolo che si costituisce in stato deve “dimostrare” la propria legittimità, sia nella sua origine sia nel suo contenuto, occorre comprendere quale sia la norma che regola la legittimità, innanzitutto della individualità del popolo, poi della sua costituzione in stato (e quindi solo ora della sua territorialità) e infine della

Prima Sez. Civile n. 22917/2019, RG n. 5615/2016, 28/11/2019, dove le connessioni tra l’Ordinamento interno e quello internazionale nei suoi vari aspetti sono nitidamente delineate. V. anche la *Ordinanza* del Giudice per le Indagini Preliminari di Agrigento, 2.7.2019 n. 3169/19 R.G.N.R., n. 2592/19 R.G.GIP.

⁹⁸ Ben diversamente, solo per ricordarlo, da come reagì Shuppiluliuma I all’affronto della uccisione del figlio Zanzana ad opera, forse, della vedova e sorella di Tutankamon, Ankhesenamon grosso modo poco dopo il 1323 A.C.

⁹⁹ V. sul punto GUARINO G., *Il trattato di Qadesh: dimostrazioni di forza, appeasement, propaganda. Alle origini del diritto internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, II, p. 185 ss. in http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/1_Guarino.pdf Sulle modalità di stipulazione dei trattati tra pari o tra non considerati pari v. per tutti, di recente CHRISTIANSEN B., DEVECCHI E., *Die hethitischen Vasallenverträge und die biblische Bundeskonzeption*, in *Biblische Notizen*, 2013, n. 156, p. 70 e v. anche DEVECCHI E., *Suppiluliuma’s Syrian campaigns in light of the documents from Ugarit*, in DE MARTINO S., MILLER J.L., *New results and new questions on the reign of Suppiluliuma I*, Vicchio (Logisma Editore) 2013, p. 81 ss.

permanenza della legittimità della sua costituzione e dei suoi contenuti¹⁰⁰.

E perciò è l'Ordinamento internazionale il solo che possa *garantire* all'individuo il rispetto del suo *diritto* a fare parte di uno stato – o di un ente purchessia soggetto di diritto internazionale – del quale *attualmente* condivide i fondamenti e la struttura¹⁰¹ pur non avendo l'individuo stesso in alcun modo effettivamente partecipato (come oggi praticamente tutti gli individui, sostanzialmente in tutti gli stati) alla decisione sulla formazione di quello stato del quale fa parte e di quella Costituzione, al punto che ne *garantisce* anche il diritto nonché a modificarne la struttura, specialmente a rovesciarlo come un guanto o, liberamente, a non farne più parte¹⁰², ma solo e sempre *alle condizioni da esso*, diritto internazionale, *poste*: in altre parole è l'Ordinamento internazionale quello che definisce e regola le *competenze* dei soggetti di diritto internazionale. Ma, sta in fatto che la partecipazione dell'individuo ad uno stato, non è frutto realmente oggi di nulla di simile ad un “contratto” (*fittiziamente* stipulato dai suoi antenati), ma semplicemente della, *oggi*, “appartenenza”, letteralmente, di esso all'attuale stato, che addirittura, nel definirne i diritti, stabilisce anche che non può legittima-

¹⁰⁰ Mi permetto, dunque, di dissentire sul punto in maniera radicale da HABERMAS J., *op. ult. cit.*, pos 2439: «L'idea che mi ha guidato è presto detta: lo Stato democratico di diritto è stato inizialmente costituito dai suoi cittadini per via deliberativa come autonoma associazione di “liberi ed eguali”, in maniera tale che, nel variare delle situazioni storiche, questi stessi cittadini possono confermare e sviluppare il loro status civico nella modalità (costituzionalmente garantita) della politica deliberativa, ovvero: possono sforzarsi di raggiungere la garanzia dell'autonomia privata e pubblica di ciascuno attraverso un esercizio adeguato delle loro libertà comunicative». Posto pure che si sia formato così uno stato, la sua legittimazione non può derivare solo da sé stesso: l'Isola delle Rose non era solo inesistente, era illegittimo che esistesse, non diversamente, mi spiace di sottolinearlo, dal regime tedesco nazista.

¹⁰¹ E non è un caso che il diritto internazionale, attraverso l'AG delle NU abbia a suo tempo riconosciuto il “diritto all'autodeterminazione” del popolo cileno, così come oggi gran parte della Comunità internazionale, difende il simile diritto di quello bielorusso.

¹⁰² *Considerando III e Art. 13 Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo A/RES/217 (III) 8.12.1948.*

mente sottrarsi alle sue norme. E dunque delle due l'una: o si accetta l'idea dell'individuo "proprietà" dello stato (cioè suddito come nel diritto internazionale classico) o si ammette l'idea che l'individuo possa "liberarsi" dello stato cui appartiene: ma allora, l'unico garante di questa libertà, non può che essere la Comunità internazionale, esterna allo stato, proprio perché esterna. Non per caso, sono le Convenzioni internazionali in materia di diritti dell'uomo quelle che *garantiscono* a tutti gli individui il diritto di abbandonare il proprio stato, e, sempre non per caso, quella garanzia supera il contingente e si trasforma in *obbligo* per gli altri stati di accogliere, perché altrimenti il diritto ad andare via resterebbe senza oggetto¹⁰³. Anzi, a volere essere pignoli, non le Convenzioni, ma le norme generali che quelle Convenzioni mettono, parzialmente, per iscritto, norme che, con accenti diversi, sono rinvenibili fin dai tempi di Sinhue, anzi, prima ancora, dai tempi di Unamon¹⁰⁴.

Al contrario, gli stessi principî non valgono per gli stati e più in generale per i soggetti di diritto internazionale, dato che, per necessità, tutti i soggetti di diritto internazionale fanno parte, lo vogliano o meno, della Comunità internazionale e ne rispettano le regole, che pure anch'essi, come gli individui nell'ambito della competenza dei soggetti di diritto internazionale, non hanno contribuito esplicitamente a creare, mentre nulla esiste fuori della Comunità internazionale che, diversamente dai soggetti di diritto internazionale dagli stati insomma, *garantisca* ad essi gli strumenti per una modifica, anche fondamentale, per un sovvertimento, cioè, della Comunità internazionale stessa. I soggetti di

¹⁰³ V. sul punto GUARINO G., *Migrazioni e migranti*, cit.

¹⁰⁴ BETRÒ M.C., *Racconti di viaggio e di avventura dell'antico Egitto*, Brescia, 1990, p. 39 ss. e v. il mio *Il trattato*, cit., p. 232, dove va segnalato che, posto che quello di Sinhue è probabilmente un testo letterario, l'altro è la "relazione" di un fatto reale, dell'epoca di Ramses XI (1098-1069 a.C.) e contiene la descrizione un vero e proprio caso di protezione diplomatica mancata e violazione della immunità diplomatica, ma specialmente, segna plasticamente un periodo di forte diminuzione del potere imperiale faraonico in terra di Canaan, unitamente, invece, al fortissimo legame con il regime cretese.

diritto internazionale, perciò, sono in qualche modo “auto-garantiti”, dato che la Comunità internazionale non garantisce, *né potrebbe* garantire, la possibilità di uscirne ... per andare dove? In altre parole: il sovvertimento della Comunità internazionale (*questo sì*) è *garantito* solo dalla stessa Comunità internazionale, che ne predispose le regole che non richiedono *garanzie esterne di legittimazione* per la semplice e banale assenza di un “esterno”, ma che ci sono e consistono nel *fatto* per il quale i comportamenti *eversivi* dei soggetti valgono di per sé, quando non contestati o sufficientemente contestati, a *rivoluzionare* il sistema. In realtà, ogni *nuova* norma di diritto internazionale è, magari in piccolo, una forma di rivoluzione, perché modifica la struttura del sistema in quel momento, e ne garantisce l'evoluzione: interrompe l'entropia.

5.2. *La consequenziale impossibilità di una fonte procedurale materiale di diritto internazionale: l'innocenza di Caino*

Ne deriva necessariamente dunque, che alla domanda sul fondamento, sulla origine, sulla fonte delle norme del diritto internazionale (non scritto, ovviamente), e quindi sulla loro legittimità rispondono innanzitutto individualmente e direttamente i singoli soggetti *decidendo* di agire, nelle modalità proprie della Comunità internazionale e cioè alla luce della propria esperienza, della prassi eccetera, perché *ritengono che sia prescritto dalla norma*, che, per così dire, mostra di esistere, si appalesa, proprio grazie ai “tentativi” successivi, i quali, se, ma specialmente nella misura in cui non determinano reazioni contrarie *adeguate*, sono l'espressione della norma, dimostrando con ciò che *la norma c'è* non che *si crea* grazie all'azione del soggetto: l'esatto opposto della *opinio iuris ac necessitatis*. In altre parole, penso che si possa concordare, con la prima parte della tesi di Hart secondo cui, come noto «international law ... lacks the secondary rules of change and adjudication which provide for legislature and courts», ma non con la seconda parte del suo discorso, quando continua «but also a unifying rule of recognition specifying

'sources' of law and providing general criteria for the identification of its rules». Se è vero, come afferma Hart, che ogni gruppo sociale non può non avere alcune regole primarie, come quella "non uccidere" (o, in diritto internazionale "non usare la forza"), ciò che va mostrato, e nel caso del diritto internazionale la cosa è particolarmente pressante, è *perché* quella regola esiste, non perché è primaria.

Se, per esempio, le regole secondarie che, nella terminologia hartiana, determinano la formazione delle regole primarie, dovessero determinare una regola primaria che dica "uccidi", quella regola, seguendo puntualmente Hart, sarebbe perfettamente valida e quindi operativa e obbligatoria: non c'è, almeno nel diritto internazionale, alcun modo per *assicurare* che un eventuale meccanismo secondario costruisca una norma primaria di un certo contenuto. A qual titolo si può dire, allora, che quella eventuale regola "cattiva" non è valida (non solo non legittima), altro che sulla base di motivi etici, propri di alcune società, ma non di tutte e comunque non propri del diritto? E sorvolo sul fatto (che poi sarebbe determinante) che secondo alcune "moralì" uccidere è perfettamente legittimo, a parte che in guerra e per legittima difesa, per condanna a morte! Ma così si "scade" nella morale o nel diritto naturale, che è l'esatto contrario del diritto *posto*. Tanto più che, essendo la morale "variabile", la legittimità di certe norme deriverebbe da regole morali diverse caso per caso o stato per stato. Ma il *diritto*, e quindi in particolare il diritto internazionale non può ammettere che le regole (quelle fondamentali, almeno) siano valide in un luogo e non in un altro. E quindi, voglio dire, *proprio l'etica o la morale* sarebbero quelle che giustificherebbero, badate bene giustificherebbero giuridicamente, regole che, invece, il diritto internazionale e solo esso può mostrare che *sono* universali¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Un tema del genere è stato approfondito già in GUARINO G., *La Charte Arabe des droits de l'homme dans le système universel des droits de l'homme*, in ZANGHÌ C., BEN ACHOUR R., *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme*, dialogue italo-arabe 2004, Torino (Giappichelli) 2005, *passim* e p. 88 ss.

Invero il fatto è, almeno nel diritto internazionale, che la regola primaria è tale non dopo essere stata dichiarata tale, attraverso la regola secondaria che la determina, ma fin dal primo momento, perché fin da allora il soggetto “si accorge”, o vede, o sa che quella regola *già* esiste: il primo omicidio è *già* omicidio, cioè illecito, altrimenti non sarebbe “omicidio”. In altre parole, non esistendo nel diritto internazionale, un *procedimento di formazione delle norme* non solo non c'è modo di “costruire” le norme materiali, ma meno che mai è possibile ipotizzarne una *Costituzione*¹⁰⁶!

Altrimenti si dovrebbe affermare che, visto il primo omicidio, qualcuno abbia deciso che *d'ora in poi* l'omicidio sia vietato: *ma allora Caino è innocente!*

La norma che vieta qualcosa o che impone qualcosa, è norma prima che la prima volta qualcuno faccia ciò che “sarà” vietato o non faccia ciò che “sarà” imposto. Nella lunga discussione tra il Ministro degli Esteri USA Webster e lord Ashburton (in rappresentanza della Gran Bretagna) si discusse a lungo sulla effettiva applicabilità di norme *già* esistenti e riconosciute, sia con riferimento alla immunità di persone che agiscono per conto di uno stato, sia con riferimento al concetto di legittima difesa¹⁰⁷.

¹⁰⁶ È esattamente ciò che non condivido nelle varie ipotesi (in sé molto interessanti) legate al movimento del “*Global Constitutionalism*”, che cerca di “trarre” (o addirittura “*costruire*”, ma qui mi pare eccessivo) da norme, diciamo così operative e per di più scritte, il fondamento per individuare *frammenti* di Costituzione del sistema, che invece, a mio parere, per essere fondato sulla deliberata volontà di non avere struttura istituzionale e formalizzata, può da quelle norme ricavare solo elementi di *governance* (come sostengono i sostenitori di quella tesi) di gestione, di, amministrazione, non, dunque, di fondamento normativo. Per tutti v. ad es. PETERS A., *Constitutionalisation*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941412, o anche e specialmente ID., *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), pp. 579 ss. in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1564125.

¹⁰⁷ Nella lettera del 27.7.1842, WEBSTER afferma testualmente: «But the extent of this right is a question to be judged of by the circumstances of each particular case; and when its alleged exercise has led to the commission of hostile acts, within the territory of a power at peace, nothing less than a clear and absolute necessity can afford ground of justification. Not having, up to this time, been made acquainted with the views and reasons, at length, which have led Her Majesty's Government to think the

Che poi parte della dottrina non manchi di affermare che da quel caso in poi si *crea* la norma vigente (allora) sulla legittima difesa, è solo, mi sembra una contraddizione in termini. Se, infatti, affermare che «It was in the Caroline case that self-defence was changed from a political excuse to a legal doctrine»¹⁰⁸ vuol dire qualcosa è solo, e non potrebbe essere altrimenti, dire che la norma *era già vigente* quando fu affondata la nave Caroline, altrimenti il suo affondamento o sarebbe stato un atto lecito, ma utile a far “nascere” la norma da quel momento in poi, o che si fosse trattato di un atto indifferente al diritto internazionale!

Beninteso ciò vale per le regole fondamentali dell'ordinamento, non per tutte e non certamente per quelle contrattuali. Quelle norme, per definizione non elencabili perché sempre da *ricostruire* di volta in volta, si potrebbero anche chiamare le *norme costituzionali della Comunità internazionale* se il termine non rischiasse di diventare equivoco a seguito dei tentativi di ricavare “norme costituzionali” dell'Ordinamento internazionale, da norme di natura pattizia o dalla prassi (la cd. “prassi creatrice di diritto”) che, per definizione, possono al massimo essere la

destruction of the “Caroline” justifiable as an act of self-defence», il 28.7.1842 lord ASHBURTON risponde chiaramente: «It is so far satisfactory to perceive that we are perfectly agreed as to the general principles of international law applicable to this unfortunate case. Respect for the inviolable character of the territory of independent nations is the most essential foundation of civilization. It is useless to strengthen a principle so generally acknowledged by any appeal to authorities on international law, and you may be assured, Sir, that Her Majesty's Government set the highest possible value on this principle, and are sensible of their duty to support it by their conduct and example for the maintenance of peace and order in the world...Every consideration therefore leads us to set as highly as your Government can possibly do this paramount obligation of reciprocal respect for the independent territory of each. But however strong this duty may be it is admitted by all writers, by all Jurists, by the occasional practice of all nations, not excepting your own, that a strong overpowering necessity may arise, when this great principle may and must be suspended. It must be so for the shortest possible period, during the continuance of an admitted overruling necessity, and strictly confined within the narrowest limits imposed by that necessity. Self defence is the first law of our nature and it must be recognized by every code which...», *ibid.*, loc. Cit. *supra* nt. 97.

¹⁰⁸ Cito il famoso scritto di JENNINGS R.Y., *The Caroline and Mcleod Cases*, in *AJIL*, 1938, p. 82, corsivo mio.

prova dell'esistenza della norma. Se si accettasse l'idea, invero assai diffusa specie nella "dottrina" anglosassone per cui la prassi crea diritto, si dovrebbe affermare (come infatti qualcuno fa e ha fatto) che il regime politico-istituzionale imposto in Iraq dopo l'occupazione del territorio iracheno da parte delle Potenze Occidentali, addirittura già quello realizzato attraverso un "governatore" americano era ed è stato legittimo. Che poi, lo sia *diventato* quello attuale è possibile, ma tutto da verificare in base al principio di effettività e, cioè, dell'affermazione in fatto della, oggi, originarietà del regime! La *debellatio* in altre parole, non legittima l'imposizione di un regime, ma, al contrario, obbliga alla attuazione di tutte le procedure necessarie e sufficienti per fare nascere (e quindi non creare) un regime rispondente ai principi cardine (da nessuno negati, neanche da chi li nega attivamente) dell'autodeterminazione dei popoli: rispetto della volontà *effettiva* della popolazione *legittimamente* parte del territorio *legittimamente definito* e titolare esclusivo delle relative *risorse naturali*. In questo senso, sia detto solo incidentalmente, la riunificazione della Germania è legittima, proprio *e solo* in virtù del principio di autodeterminazione.

E dunque, sia chiaro, ciò che ho definito "tentativo" è in realtà una *valutazione cosciente, libera e razionale* da parte del soggetto, dello *stato dell'arte* e della possibilità o opportunità, di intervenire o non intervenire sullo stato dell'arte per applicarlo o modificarlo: mai, credo, come nel caso citato di Webster e lord Ashburton si è vista la "constatazione" congiunta di una norma ad opera di due soggetti di diritto internazionale. La "reazione", a sua volta, non è o non è solo il fatto che qualcuno reagisca, ma il fatto, molto più rilevante, che l'equilibrio, e quindi il *buon funzionamento* del meccanismo complesso "Comunità internazionale", permanga invariato o funzioni meglio, grazie alla reazione o alla assenza di reazione. Non vi è nulla di etico in tutto ciò, né di naturale, ma solo di razionale: una comunità/società razionale non può esistere senza regole, già prima che si stabilisca come "fare" quelle regole.

Diversamente, ripeto, Caino sarebbe innocente.

6. La “forza” della legge

Un altro dei temi classici sul fondamento e sulla efficacia degli ordinamenti giuridici è quello dell’effetto della vigenza della norma legittima, quello che si potrebbe definire (come, del resto, si fa nel linguaggio corrente) la “forza” della legge, dove, secondo talune interpretazioni, quanto prima affermato in tema di validità ecc., andrebbe letto in termini di “imposizione”, “enforcement” nel senso che (il che è del tutto ragionevole) ogni norma è, in sostanza, “imposta con la forza”¹⁰⁹. Ciò, come noto è anche spiegato in un interessante e famoso studio di Jacques Derrida¹¹⁰, dove

¹⁰⁹ Il contratto sociale, ammesso che esistesse, è stato stipulato da altri: se io oggi sono chiamato ad applicarlo, subisco una violenza. Questo discorso, sia ben chiaro e al di là della critica specifica alle tesi di Derrida (o meglio a talune sue conseguenze) è molto importante, specie per il diritto internazionale, cui, appunto, spetta e compete di valutare se e in che misura quella “violenza” sia legittima (alla luce del diritto internazionale) *anche se, magari, accettata e voluta dalla maggioranza*.

¹¹⁰ DERRIDA J., *Force de loi: le “fondement mystique” de l’autorité*, in *Cardozo Law Review*, 1989-90, p. 920 ss., dove l’importanza del tema della mistica (come noto riferita in parte a Montaigne e Pascal) merita di essere spiegata con le stesse parole dell’A., p. 928: «Puisque ce colloque est consacré à la déconstruction et à la possibilité de la justice, je rappelle d’abord que dans de nombreux textes dits deconstructifs, et en particulier certains de ceux que j’ai publiés moi-même, le recours au mot de “force” est à la fois très fréquent, j’oserai même dire décisif en des lieux stratégiques, mais toujours accompagné d’une réserve explicite, d’une mise en garde. J’ai très souvent appelé à la vigilance, je m’y suis rappelé moi-même, sur les risques que ce mot fait courir, soit le risque d’un concept obscur, substantialiste, occulto-mystique, soit le risque d’une autorisation donnée à la force violente, injuste, sans règle, arbitraire. Je ne vais pas citer ces textes, ce serait complaisant et nous ferait perdre du temps, mais je vous demande de me faire confiance. Une première précaution contre les risques substantialistes ou irrationalistes que je viens d’évoquer tient justement au *caractère différentiel de la force*. Il s’agit toujours pour moi de la force différentielle, de la différence comme différence de force, de la force comme différence ou force de différence (la différence est une force différée-différente), du rapport entre la force et la forme, la force et la signification, de force “performative,” force illocutionnaire ou perlocutionnaire, de force persuasive et de rhétorique, d’affirmation de signature, mais aussi et surtout de toutes les situations paradoxales ou la plus grande force et la plus grande faiblesse s’échangent étrangement. ... [942] Le discours rencontre là sa limite: en lui-même, dans son pouvoir performatif même. C’est ce que je propose d’appeler ici le mystique. Il y a là un silence muré dans la structure violente de l’acte fondateur. Muré, emmuré parce que ce silence n’est pas extérieur au langage. Voilà en quel sens je serais

però l'analisi decostruttivista, a mio parere, impedisce di vedere la logica del sistema, la logica, intendo, *interna* del sistema, quella per cui, in una società, qualunque società, le regole giuridiche (proprio nel modo indicato sopra, *enforcement* incluso) “si” formano a prescindere o anche a prescindere dalla volontà *esplicita* di formarle: cioè di formare dei comandi obbligatori e quindi, sostanzialmente espressivi di una “violenza”, della imposizione con la forza. Pur restando assolutamente razionali e tutt'altro che mistiche perché coscienti: la prassi, che spesso genera norme (e nel diritto internazionale la maggior parte di esse) è scelta cosciente di fare e voler fare in un certo modo perché quel “fare” si ritiene o si rivela o si desidera che sia giuridicamente lecito. Che quel “fare” diventi norma, deriva solo da circostanze esterne, ma comunque di fatto, cui scientemente nessuno si opponga o voglia opporsi efficacemente. Divenuta tale, nel modo descritto sopra, la norma, magari adottata plebiscitariamente o solo da una esigua minoranza, è *enforced*, ma nel diritto internazionale non è *enforced* grazie ad un *potere* di imporre sia pure frutto di specifiche procedure e garanzie, dato che, diversamente dagli ordinamenti interni, non esiste nel diritto internazionale una autorità riconosciuta e imposta (magari auto-imposta) in grado di garantire la forza della legge¹¹¹, che si imponga all'individuo, determinando

tenté d'interpréter, au-delà du simple commentaire, ce que Montaigne et Pascal appellent le fondement mystique de l'autorité. ... L'origine de l'autorité, la fondation ou le fondement, *la position de la loi ne pouvant par définition s'appuyer finalement que sur elles-mêmes, elles sont elles-mêmes une violence sans fondement*. Ce qui ne veut pas dire qu'elles sont injustes en soi, au sens de “illégal”. Elles ne sont ni légales ni illégales en leur moment fondateur. Elles excèdent l'opposition du fondé et du non-fondé, comme de tout fondationnalisme ou anti-fondationnalisme» (corsivo mio). Cfr. Anche CAPUTO J.D. (ed.), *Deconstruction in a Nutshell, a conversation with Jacques Derrida*, New York (Fordham Un. Press) 1997.

¹¹¹ Sarebbe interessante approfondire il discorso alla luce delle analisi di WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, Heidelberg 1925, ed. Kindle, I, cap. III, pos. 4130 ss. «1. „Herrschaft“ soll, definitionsgemäß, die Chance heißen, für spezifische (oder: für alle) Befehle bei einer angebbaren Gruppe von Menschen Gehorsam zu finden. Nicht also jede Art von Chance, „Macht“ und „Einfluß“ auf andere Menschen auszuüben. Herrschaft („Autorität“) in diesem Sinn kann im Einzelfall auf den verschiedensten Motiven der Fügsamkeit: von dumpfer

così quello che si può definire un sorta di principio di autorità. Certamente la mancanza di una “formalizzazione” della capacità di imposizione dell’Ordinamento internazionale, è spesso utilizzata per mostrarne addirittura la inesistenza come sistema giuridico o, almeno, la sua “primitività”.

In altre parole: una norma è tale, se e quando (e solo se e quando) esprime un comando obbligatorio, dotato o meno che sia di sanzione. Quel comando, però, va sottoposto sia al test di *validità*, che a quello di *legittimità*. Dal punto di vista della validità, tutto dipende (e ciò è evidente nel diritto interno, ma non così nascosto anche nel diritto internazionale) dal modo in cui la norma viene “fatta” e cioè, per definizione, “imposta”. Se, cioè, la norma viene posta secondo le regole proprie di quell’ordinamento (*qualunque* esso ed esse siano) la norma è valida e quindi obbligatoria. Il che basta, nell’immediato, per dire che quel comportamento richiesto dalla norma – anche se la norma “comanda” l’assassinio! – è validamente imposto. E ciò, nella più gran parte dei casi è sufficiente per definire un ordinamento giuridico e le sue norme.

Ma, dal punto di vista della *legittimità*, il discorso diventa molto più complesso e articolato. La “correttezza” formale della produzione della norma, infatti, non basta a legittimarla, con particolare riferimento a quella, che, nella maggior parte degli ordinamenti interni si definisce come una “norma *di base*”, insomma la norma chiave: la Costituzione. Una norma prodotta nel rispetto delle procedure costituzionali è *prima facie* valida e legittima, ma solo *prima facie*. La sua legittimità, infatti, può essere messa in discussione, se non altro nella misura in cui la

Gewöhnung angefangen bis zu rein zweckrationalen Erwägungen, beruhen. Ein bestimmtes Minimum an Gehorchen wollen, also: Interesse (äußerem oder innerem) am Gehorchen, gehört zu jedem echten Herrschaftsverhältnis. Nicht jede Herrschaft bedient sich wirtschaftlicher Mittel. Noch weit weniger hat jede Herrschaft wirtschaftliche Zwecke. Aber jede Herrschaft über eine Vielzahl von Menschen bedarf normalerweise (nicht: absolut immer) eines Stabes von Menschen, d.h. der (normalerweise) verlässlichen Chance eines eigens auf Durchführung ihrer generellen Anordnungen und konkreten Befehle eingestellten Handelns angebbarer zuverlässig gehorchender Menschen».

stessa norma costituzionale sia messa in discussione. Cosa che, ben può accadere, ma ha un limite ben preciso e “insuperabile” e cioè quello della messa in discussione della Costituzione stessa. Perché la legittimità della messa in discussione della stessa Costituzione, esauriti gli eventuali procedimenti interni, che però per definizione sono solo di modifica più o meno profonda, può essere confermata (o negata) solo in modo “traumatico”, diciamo pure rivoluzionario: che, beninteso, non vuol dire solo con l’uso delle armi¹¹². E dunque: chi e come stabilisce se il “trauma” è legittimo? Orbene, la legittimità del “trauma”, per dir così, è valutata e, se del caso, garantita compiutamente solo dal diritto internazionale: che è l’unico, *esterno*, che possa farlo¹¹³. In altre parole: posto che un processo di revisione costituzionale adeguato alla volontà del popolo (e già questo è un punto tutto da accertare e, certo, non basta un voto per garantirne la corrispondenza) non soddisfi il popolo stesso, quest’ultimo (e sorvolo sul fatto che invece del popolo, potrebbe agire un altro stato, complicando ulteriormente l’ipotesi) può solo ricorrere alla “rivoluzione”, che è un atto perfettamente legittimo solo se e quando corrisponda, *sia nelle motivazioni che nei risultati*, alla volontà *effettiva* del popolo. L’unico ente che possa “controllare” che quella effettività vi sia è la Comunità internazionale.

Cerco di essere ancora più chiaro e netto. Nulla esclude che il popolo, *tutto* il popolo di uno stato (parlando di uno stato, che

¹¹² Voglio dire, qualora ne sia il caso, nulla impedisce in astratto che la modifica della Costituzione sia tanto profonda da determinare, che so, il cambiamento di regime politico da repubblicano a monarchico, da liberale a comunista, ecc. Ma il problema della legittimità resta per questa come per qualunque altra modifica costituzionale, come vediamo nel testo, per una modifica rivoluzionaria, armata o pacifica che sia.

¹¹³ Non per caso, infatti, il co. 7 del capitolo sull’autodeterminazione della cit. A/RES/2625, recita testualmente, per citare solo quello: «Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour».

comunque è l'ipotesi più "semplice"!)) *decida* un cambiamento radicale della Costituzione, che, per usare il riferimento fatto sopra alle tesi di un grande come Habermas, comporterebbe la perfetta legittimità di quella decisione. Ma, mi si permetta, non è così, è, per così dire, troppo semplice. Se non altro perché, anche nell'ipotesi della unanimità, la modificazione avrebbe effetto anche, anzi principalmente, *de futuro*. E chi può *garantire* che la modifica sia *legittimamente* imponibile anche alle successive generazioni di quelli che hanno votato per non parlare di quelli che non abbiano votato perché ad esempio, minori? Coloro che la hanno fatta per sé? È lo stesso identico discorso che si fa, ad esempio, in materia di conservazione e difesa dell'ambiente, quando si afferma che i proprietari dell'ambiente non siamo noi, ma i nostri nipoti. E dunque, una valutazione della legittimità di quegli atti, *così come già comunque della Costituzione vigente*, può soltanto essere data da un ente "terzo" ed esterno rispetto al soggetto agente: tolto Dio, che dubito se ne occupi, non resta che il diritto internazionale, e in maniera più che concreta. Quando si discute, come accennerò più avanti¹¹⁴, di R2P si dice esattamente questo, così come quando si parla di Corte Penale internazionale o, anche, come quando si parlò, di Processo di Norimberga, come vedremo tra poco.

A questo punto, dunque, la domanda diventa un'altra quanto più complicata: come sia possibile realizzare qualcosa del genere anche con riferimento alla Comunità internazionale stessa. In essa, mi sembra, il medesimo processo può accadere, e spesso nella storia è accaduto, si pensi per esempio alla pace di Westfalia! Solo che l'assenza di procedure formali alternative e di gerarchia rende il processo rivoluzionario stesso, più "vicino" alla volontà stessa dei soggetti: in qualche modo, lo dico forzando volutamente l'affermazione, il processo rivoluzionario nella Comunità internazionale è permanente, ed è perciò l'espressione materiale *dell'anarchia, che "regola"* la Comunità internazionale: dove per "anarchia" si intende "mancanza di auto-

¹¹⁴ *Infra* § 24.

rità” ma non, assolutamente non, “caos”. Per dirlo con una frase scherzosa: l’anarchia è governabile, il caos è forse prevedibile ma non governabile.

Per concludere con un esempio tanto noto quanto ovvio, le leggi tedesche che garantivano il massacro di ebrei, gitani, comunisti ecc., non diversamente da quelle anche più disgustose, italiane, erano dal punto di vista della forma perfettamente valide e quindi *enforceable*. Dal punto di vista del diritto internazionale, e pertanto della loro legittimità, no. Ma attenzione, non è così semplice. Il diritto internazionale, o meglio la Comunità internazionale, ha perseguito quei comportamenti sia con la guerra sia con il processo di Norimberga e con i processi italiani contro qualche “criminale” nazista e fascista, quello di Tokio, ecc.

Ora, la guerra è stata come la rivoluzione di cui accennavo prima, anche se è stata una rivoluzione imposta da una parte della Comunità internazionale, ma cui, poi, ha risposto l’acquiescenza del resto del mondo. Ma come noto ogni rivoluzione è “fatta” da una parte della popolazione, spesso (anzi per lo più) una minoranza, spesso una sparuta minoranza, le “avanguardie” che poi, se riesce, trascina il resto della popolazione. Ma, per dirla con i luoghi comuni correnti: se non riesce, le avanguardie sono criminali, se riesce i criminali sono chi vi si oppone. Ma non è così, perché è al diritto internazionale che “compete” di valutare, per dir così chi avesse (non chi abbia) ragione. Una rivoluzione è legittima o no: non può essere legittima se vince. *Mutatis mutandis*, inoltre, anche nel diritto internazionale è così: fatti significativi hanno effetto profondo sulle norme, mentre la “vita normale” influisce molto meno.

Il processo di Norimberga in questo senso è appunto una sorta di rivoluzione, perché dichiara quelle leggi, e chi le ha fatte e le ha applicate, illecite e quindi perseguibili i comportamenti che ne derivano e i comportamenti di chi le ha fatte: *ora per allora*¹¹⁵. Ma, indipendentemente dal merito della ricostruzione dei

¹¹⁵ Ipotesi, non per caso, ripresa dallo Statuto della Corte Penale Internazionale, art. 27.1: «This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based

fatti nella discussione della quale non è ora il luogo di entrare, a meno di affermare che i giudici hanno giudicato e condannato in base ad una legge creata *ad hoc* cioè retroattiva (e quindi *per definizione* non valida e *meno che mai legittima*) non resta che affermare che ciò accadde in base ad una norma della quale si constatava nell'occasione la *preesistenza*¹¹⁶. Il processo condannava cioè comportamenti *già fundamentalmente criminosi*, anche se fino a quel momento poco "praticati" e mai condannati o giudicati. In questo senso, in questo preciso senso, quello che a tutti gli effetti è stato un atto formalmente illecito, ha avuto l'effetto "rivoluzionario" non tanto e non solo di affermare che si possono perseguire i responsabili di certi comportamenti, ma, e principalmente, che certi comportamenti *sono* illeciti, *perché erano illeciti ab initio*: come Caino, Hitler e Mussolini *erano* colpevoli, non sono diventati colpevoli. E infatti, il processo di Norimberga era teso innanzitutto a punire *il complotto per arrivare alla guerra*¹¹⁷, insomma la ricerca deliberata della guerra, e, accanto a ciò (anche se poi ha finito per assumere la valenza maggiore, ma non era esattamente così nelle intenzioni dei "giudici") ha rilevato le gravissime violazioni dei diritti fondamentali¹¹⁸.

Molto similmente, di recente, il Tribunale per la ex Jugoslavia, utilizzava come base processuale le esistenti norme in mate-

on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence».

¹¹⁶ Sul punto v. LUHMANN N., *op. cit. supra* nt. 46, p. 77, dove parla di «casi di condanna retroattiva di "crimini", che al momento in cui furono commessi erano coperti dal diritto positivo ... Ne consegue che, invece di una società globale che comunica ovunque e ha interdipendenze estese in ogni settore funzionale, i postulati di autonomia funzionale ... possono essere implementati solo in poche regioni», sul che, come stiamo vedendo e vedremo più avanti sono in totale dissenso.

¹¹⁷ Poi un po' furbescamente attribuita dall'accusa ai dirigenti tedeschi e non al popolo, la cui estraneità alle scelte e alla ideologia nazista è tanto improbabile quanto quella italiana al fascismo, come dimostrato negli studi di De Felice.

¹¹⁸ Al di là di ogni valutazione politica, forse ciò spiega "meglio" perché in Italia non ci sia stato nulla del genere: la base del problema era la volontà di fare guerra, e l'Italia, alla fine, era divenuta alleata proprio di quelli che, infatti, non la hanno processata.

ria di diritti dell'uomo e di condotta della guerra, ma quanto alle pene l'art. 24 era a dir poco molto "sfumato", limitandosi ad un riferimento al diritto penale iugoslavo «*the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia*», quanto di più lontano si possa pensare rispetto al diritto penale dei paesi civili e alle norme, o almeno alla loro sostanza, in materia di diritti dell'uomo. Diversamente ancora, infine, il Tribunale Penale Internazionale, che *istituisce* i reati e stabilisce di perseguirli *a partire da quel momento* e per gli atti compiuti dopo l'istituzione del Tribunale, anche se poi l'art. 21 dello Statuto, è alquanto vago in materia di pene, facendo addirittura riferimento ad usi generali: nulla a che vedere con il ferreo principio del nostro diritto penale, reso nel brocardo *nulla poena sine lege*, forse (anzi certamente) non per caso "dimenticato" dal legislatore nella legge di esecuzione dello Statuto di Roma.

Solo per dire che "in punto di diritto" in senso generale, mentre i primi due casi integrano una possibile illiceità, se non altro per la violazione del principio, di diritto dell'uomo e di diritto umanitario, *nulla poena sine lege* e *nullum crimen sine poena*, ma non *nullum crimen sine lege*, il Tribunale penale internazionale, risponde ai criteri giuridici fondamentali degli ordinamenti giuridici del mondo civile: almeno limitatamente alla non retroattività della responsabilità. Peraltra tra il Tribunale di Norimberga e le due Corti di cui ho accennato, esiste una ulteriore non marginale differenza, dato che le seconde sono state istituite la prima dalle NU¹¹⁹ la seconda da un accordo di natura tendenzialmente universalistica.

Ma su ciò, non vale qui ora insistere. Anche se, però – e non si può qui sottacere la questione – la mancanza di una pena chiara, prevedibile e predisposta, in un ordinamento interno per

¹¹⁹ Sia pure, come dirò più avanti, in violazione dello Statuto e trasformando le azioni coercitive del cap. VII in azioni punitive (anzi processual-punitive) non previste dalla Carta. Sul punto v. anche gli acuti commenti di BERNARDINI A., *Dall'Iraq e Jugoslavia all'Ucraina: contro la sovranità statale e l'autodeterminazione dei popoli*, in GUARINO G. (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2016, p. 11 ss. e ivi ulteriori ampi riferimenti.

quei reati, rende a dir poco difficile e forse perfino illecito perseguirli, almeno con riferimento all'ordinamento italiano. Dato infatti che, nella Corte Penale Internazionale, il procedimento è complementare con quello degli stati, in prima istanza sono gli ordinamenti giuridici interni a dover giudicare il crimine o a rinunciare alla giurisdizione. Ma, posto che la rinuncia alla giurisdizione nel nostro ordinamento sarebbe alquanto difficoltosa (anche se fondamentalmente politica) il giudizio e la condanna sarebbero impossibili dato che (come dicevo, forse furbescamente?) la legge italiana di ratifica ed esecuzione dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, omette accuratamente di definire le pene per i reati ivi previsti: c'è dunque il reato (introdotto con la ratifica e l'ordine di esecuzione) ma manca la procedibilità. E forse, ma mi fermo qui, anche la eventuale rinuncia a giudicare in Italia, potrebbe essere addirittura incostituzionale, nella misura in cui permetterebbe di processare qualcuno il cui reato in Italia non sarebbe procedibile.

Per concludere sul punto in forma sintetica anche per evitare malintesi: è chiaro che il discorso fin qui fatto si riferisce sostanzialmente alle norme non scritte e alle norme fondamentali di un ordinamento giuridico: ma di qualunque ordinamento giuridico e non solo di quello internazionale. Voglio dire che, posto che si tratti di un ordinamento interno (secondo il modo in cui ho inteso sopra il termine) cioè di un ordinamento "codificato", scritto, la gran parte (la gran parte, quindi non tutti) degli ordinamenti determina l'illiceità a partire da quando la norma viene materialmente posta: ne accennavo parlando della illiceità del Processo di Norimberga. Ciò, però, non toglie, che vi siano dei comportamenti, degli obblighi, ecc., che esistono a prescindere dalla eventuale apparizione "visibile" della norma, perché sono definiti, o meglio definibili, come illeciti, già prima che di essi sia sanzionato materialmente il compimento. Caino, cioè, è colpevole già a prescindere (nemmeno "prima") che il divieto di uccidere sia stato posto da Dio, oppure da uno stato. E non perché uccidere sia contrario al diritto naturale o allo stato di natura: anzi in natura l'uccisione è normale. Ma perché uccidere è un

comportamento da sempre, nella società umana o almeno nella maggior parte di esse, considerato e perseguito come illecito perché contrario all'equilibrato svolgimento della convivenza civile: quindi su basi razionali, uccidere è una scelta sempre e da sempre coscientemente illecita¹²⁰. Perché uccidere contravviene ad un principio di convivenza pratica e universale che viene infatti, talvolta goffamente, reso in norme internazionali e non solo: nella norma, ad es., dell'art. 3 («right to life») della *Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo*, ma più correttamente da un punto di vista giuridico all'art. 6.1 del *Patto delle NU sui diritti civili e politici* del 1966 («Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law»), dove quindi si pone correttamente il tema in termini di *obbligo di protezione*, sia pure definendo il diritto come “inherent”, quindi “naturale”, o, infine, analogamente ma ancora più “naturalmente” all'art. 2.1 *Convenzione europea sui diritti dell'uomo* («Everyone's right to life shall be protected by law»¹²¹) ecc. Per dirla in altro modo, insomma, affermare un “diritto alla vita”, vuol dire affermare che quel diritto c'è, non che nasce in quel momento, pur a prescindere dal fatto che “diritto alla vita” significa, in termini giuridici cioè là dove si affermano le illiceità, divieto di uccidere.

E infatti, altrettanto universale è considerato anche che uccidere sia ritenuto lecito in caso di guerra o di legittima difesa, ecc. Il fatto di affermare che il diritto alla vita è protetto, vuol dire quindi né più né meno che quel diritto precede la norma che ne *garantisce* la tutela: preesiste alla norma che lo tutela materialmente, mentre, quindi, la norma che ne *esclude* l'illiceità ad esempio in caso di guerra, è *la prova della esistenza della norma*

¹²⁰ Razionale, come dico, e di equilibrio. Non diversamente da come non avrebbe senso razionale tagliarsi un braccio, perché ciò “squilibrerebbe” il corpo, lo priverebbe di una funzione ecc. Insomma: uccidere squilibra il sistema, a prescindere dal fatto che sia o meno sanzionato.

¹²¹ Sul senso della disposizione che pone lo stato come “mediatore” del rispetto di quel diritto, v. GUARINO G., *Per una ricostruzione, in termini di sistema, dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli (Editoriale scientifica) 2009, p. 279 ss., anche in <http://www.giurcost.org/studi/guarino.html>.

che fa divieto generale di uccidere, ed è quindi da interpretare come norma speciale. In altre parole, uccidere è illecito, perseguito o meno che sia l'atto di uccisione: ripeto, "perseguito" o meno è irrilevante, ciò che conta è che sia considerato *illecito*, al diritto questo basta. Anche quando il diritto è proprio quello che razionalizza il fatto, affermando, per esempio nel diritto romano e già nel diritto greco, che l'omicidio è perseguibile a richiesta della parte offesa o che l'omicida è consegnato alla famiglia dell'ucciso. Cambiano, insomma, la procedura e le conseguenze, non il giudizio di illiceità.

7. *Il problema delle fonti del diritto e della concatenazione delle norme: la sanzione*

E dunque riassumendo quanto fin qui detto, è chiaro che nella concezione "classica" degli Ordinamenti giuridici interni, il diritto si forma grazie al fatto che una certa autorità costituita, o attraverso la volontà in qualche modo accertata della collettività – ad esempio "democraticamente" – o per sua forza propria – il monarca assoluto – determini le norme, assegnando, se del caso, alla violazione di ciascuna di esse una sanzione. Quindi il tema diventa, innanzitutto, quello dell'accertamento della esistenza della "fonte" da cui promanano i "comandi" e della sua legittimità sia come fonte che come entità capace di elaborare i comandi validi. Se la fonte è quella "giusta", la norma è valida, come dice ripetutamente Hart, ma, a mio parere, come ho spiegato sopra, benché valida non è necessariamente anche legittima.

E infatti, nella concezione "comune" di un ordinamento giuridico, e più precisamente di uno stato e del suo ordinamento giuridico, il punto di partenza è sempre quello della identificazione del comando, e quindi della legittimità dei meccanismi usati per realizzarlo¹²², con l'aggiunta della constatazione del fatto

¹²² E infatti mi pare da non condividere l'idea negativa della autorità, del comando, parlando addirittura di "potere sovrano letale", in BRAIDOTTI R., *Il Postumano*, cit., p. 125 s.

per cui un comando è giuridico, e non soltanto ad esempio morale, solo se è dotato del connotato della obbligatorietà formale¹²³, che può anche, *ma non necessariamente*, comprendere un meccanismo per ottenerne coercitivamente l'esecuzione: quel meccanismo che si definisce con una parola, sanzione. Oppure che sia in grado di stabilire che l'efficacia (e quindi la validità) di un certo atto sia condizionata dallo svolgimento effettivo e corretto di determinate procedure e di determinati atti preparatori.

E dunque i problemi alla base della analisi della effettiva esistenza e della efficacia di un ordinamento giuridico interno sono, da un lato, l'identificazione e il riconoscimento della legittimità della fonte materiale del comando: il re, il Parlamento, l'assemblea delle persone che fanno capo a quell'ordinamento. E, dall'altro, della concatenazione giuridica dei comandi e quindi della legittimità dell'uno in relazione all'altro, che porta come ho notato sopra, al concetto per cui dal punto di vista giuridico quel gruppo sociale si può definire *Rechtsgemeinschaft*¹²⁴.

Ma in realtà ciò non è sufficiente, dato che le persone che, in ipotesi, facciano parte di un certo gruppo, che per convenzione definiamo società, in tanto eseguono i citati comandi, in quanto sono convinti della loro necessità e legittimità, ma non della loro inevitabilità e non necessariamente perché e quando dotati di sanzione. Ciò che rileva è che il comando sia accompagnato dalla constatazione della *legittimità* di esso come comando pertanto obbligatorio¹²⁵. Di nuovo, la sanzione non serve a defi-

¹²³ *Zwangsordnung*, direbbe Kelsen, *infra* nt. 124. È nota la discussione sulla stessa concepibilità di comandi-raccomandatori, come ad esempio in quegli strani ircoverti giuridici spericolati espressi nei molteplici DPCM (come ad es. il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, in Italia) del 3.11.2020 (in GU 4.11.2020, *suppl. ord.* n. 41, *serie generale* 275) in cui accanto a ordini si fanno anche "raccomandazioni": art. 1 lett. *nn*, (come è vero che talvolta è il Fato ad occuparsi di descrivere la realtà!) p. 8 «in ordine alle attività professionali si *raccomanda* che ...»!

¹²⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 196 ss.

¹²⁵ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit. Giova sottolineare che nella sua complessa elaborazione, Hart si pone il problema della Autorità da cui proviene il comando e del perché lo si esegua, come al Cap. IV, pos. 1672 ss. quando afferma «we shall inquire whether such a habit is sufficient to account for two salient features of

nire il comando come tale. In altre parole, il membro di una certa società, di una *Rechtsgemeinschaft*, in tanto esegue, o per dirla in termini più sofisticati, *riconosce* in quel comando un comando obbligatorio in quanto ne riconosca la *autorità* della fonte.

Quando dico autorità della fonte del comando, però, do per scontato sia che vi sia una fonte/autorità, sia che quel comportamento, che il soggetto ritenga dovuto, sia un comando legittimo. Ma, mentre il comando implica di per sé che vi sia un “chi” che ordina, eventualmente imponendo la sanzione per la mancata esecuzione del comando, l’autorità implica il potere, comunque generato, in quel “chi” di imporre il comando, che solo così è valido e legittimo. Implica, cioè, che vi sia un chi “superiore”, per amore o per forza, perché altrimenti il comando non sarebbe tale. E ciò vale sia per chi concepisca il comportamento come frutto di una autorità capace di *imporre* una sanzione, sia per chi concepisca quel comportamento come dovuto perché *riconosciuto* come comando. In entrambi i casi, vi è un “chi” cui spetta o viene riconosciuto come atto, adatto o competente ad imporre il comando.

Ma, è la domanda che sottende tutte le righe che seguono, se quel “chi” non c’è, per il semplice *fatto* che materialmente non esiste, o se quel “chi” non è riconosciuto come abilitato a imporre il comando, di nuovo per il fatto che non è *riconosciuto* come quel “chi”, cosa succede?

most legal systems: the continuity of the authority to make law possessed by a succession of different legislators, and the persistence of laws long after their maker and those who rendered him habitual obedience have perished. Our second point concerns the position occupied by the sovereign above the law: he creates law for others and so imposes legal duties or ‘limitations’ upon them whereas he is said himself to be legally unlimited and illimitable» perché se è vero che l’autorità del Re è autoimposta, è anche vero che, tolto il caso della imposizione violenta del potere assoluto del “Re”, appunto, la legge, la norma corrisponde ad un interesse o bene comune da cui promana, altrimenti è, prima o poi, illegittima. Il fatto per cui un comando permanga nel tempo anche se non più “attuale” (Hart fa l’esempio del Witchcraft Act del 1735, che proibiva la chiromanzia) deriva dal fatto che la legge, il comando, assume un aspetto formalizzato, appunto in una legge scritta, che risponde alle regole procedurali sulla formazione e l’abrogazione delle leggi.

Se si prova ad uscire dalla logica kelseniana della *Grundnorm* da cui scaturirebbe tutto, tanto più che Kelsen la identifica nella norma *pacta sunt servanda*, si deve dedurre che in quel caso si determina una comunità/società *an-archica* dove, mancando chi comanda o “ordina”, c’è il caos, a meno che la stessa anarchia non venga *ordinata* dal fatto che una regola si impone, non in maniera assembleare – perché così l’autorità sarebbe l’assemblea – ma in quanto discendente dal confronto *dialettico* tra i membri della comunità/società, che induca a riconoscere l’esistenza e la necessità di quella regola. Necessità logica e di sopravvivenza, perfettamente cosciente e presente alla mente dei soggetti come frutto della necessità cosciente e deliberata dei soggetti stessi di disporre di regole che allontanino il caos, grazie al confronto dialettico tra di essi, che non concretizza mai, *mai per definizione*, una regola come definitiva e *certa* in senso formale, perché ogni regola è *la regola di quel momento*, frutto di quella dialettica. Con la conseguenza ulteriore, per la quale la regola, questo particolare tipo di regole, non può mai sclerotizzarsi in qualcosa di immutabile e definitivo, proprio perché frutto della necessità e della volontà *permanenti* dei soggetti di osservarla e di adattarla, il che dunque ne impedisce l’entropia. Dove, perciò, vanno tenuti ben distinti due momenti: quello dell’auto-poesi che, solo talvolta, allontana l’entropia, quello, invece, della “rivoluzione”, cioè dell’evoluzione, che la impedisce¹²⁶. “Talvolta”, dico, perché il sistema prevede esattamente che l’auto-

¹²⁶ *Mutatis mutandis* e con tutte le precauzioni del caso, viene alla mente quanto affermava SCHMITT C., *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, trad. it. di *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, Berlin, 1934, Bologna (Il Mulino) 1972, p. 41 «Solo una filosofia della vita concreta non può ritrarsi davanti all’eccezione e al caso estremo, anzi, deve interessarsi ad esso al più alto grado. Per essa l’eccezione può essere più importante della regola, e non in base ad una ironia romantica per il paradosso, ma con tutta la serietà di un punto di vista che va più a fondo delle palesi generalizzazioni di ciò che comunemente si ripete. L’eccezione è più interessante del caso normale. Quest’ultimo non prova nulla, l’eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell’eccezione. Nell’eccezione, la forza della vita reale rompe la crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione».

poiesi funzioni e quindi adatti, modifichi, perfino crei norme, *certe* norme: quelle che, insomma, è il sistema stesso che, per dir così, prevede come meccanicamente possibili, per esempio attraverso la “meccanica” dell’interpretazione giudiziale, che, in quanto tale, è *perfettamente* prevista nell’ordinamento: cioè *fa parte del meccanismo* comunità internazionale. L’interpretazione della norma, specialmente quella giudiziale, “fa parte” del sistema, ne è un meccanismo e dunque, nella misura in cui “interpreta” la norma, lo fa all’interno del sistema e quindi non lo modifica radicalmente, quanto basta insomma a garantirne l’evoluzione. Il che non esclude affatto che, in talune ipotesi, l’interpretazione, cioè una parte della meccanica di quella società giuridica, possa determinare anche evoluzione (diversamente da ciò che può accadere in un macchina vera e propria) nella misura in cui stiamo parlando di una macchina, meglio di un sistema, fondato sulla ragione: l’interpretazione, insomma, non è soltanto l’adattamento al caso con le regole dell’adattamento stesso, ma può essere anche lo strumento che modifica o magari “crea” una norma. E quindi, posto che attraverso l’auto-poiesi si adatta il sistema alle esigenze del momento, e premesso altresì che la valenza razionale di essa può renderla anche capace di evolvere il sistema, solo un intervento esterno, cioè una volontà esplicita e quindi razionale di cambiamento, determina l’evoluzione del sistema, cioè lo “rivoluziona”. Ciò vale, in verità, sia per una società interna che per la Comunità internazionale.

Per quanto attiene, però ad un ordinamento interno, dove il tema della autorità si pone in concreto dato che vi è un ente che *pone* autoritativamente le norme, accertare se quel “potere” sia rubato o usurpato è altro discorso. Ma se e finché esiste, nel senso di essere formalmente (se pure “abusivamente”) legittimato, magari *a posteriori*, ma sempre dal punto di vista del diritto interno, non può in nessun caso essere legittimamente scalzato, starei per dire: per definizione, ma *solo* dal punto di vista del diritto interno. Ciò non toglie, infatti, che chi di quella autorità non condivide le decisioni, la volontà o il potere, quale che ne sia il motivo, non è qui il luogo per approfondire, è concepiti-

bile che possa ad essa ribellarsi *legittimamente*: dal punto di vista interno, diciamo così in prima battuta, attraverso le stesse regole dell'ordinamento se ci sono e sono adeguate o meglio finché siano adeguate. Ma, come ho detto prima, è verosimile, anzi è prevedibile, che adeguate non siano (se non altro perché difficilmente un sistema può prevedere la propria stessa distruzione) e allora in causa è chiamato il diritto internazionale in applicazione, ad sempio, del principio di autodeterminazione dei popoli: ma, come già osservato sopra, il suo "intervento" può accadere solo se ed in quanto sia l'Ordinamento internazionale a valutare legittima quella pretesa. Anzi, in tal caso, il popolo in questione può addirittura essere aiutato a farlo, come alla fine suggerisce ad esempio la ben nota *Risoluzione sulle relazioni amichevoli tra gli stati*, purché comunque e sempre in applicazione del principio di autodeterminazione. Non sto dicendo, insomma, che la rivoluzione è sempre legittima, al contrario. Sto dicendo che *solo la Comunità internazionale* può valutare, con gli strumenti che le sono propri, la legittimità della pretesa rivoluzionaria e quindi, ma solo in questo caso, *garantirla*, o, se si preferisce, proteggerla, o, perfino, aiutarla¹²⁷. E inoltre, quando scrivo "aiutarla" lo scrivo alla luce e nell'ambito di un ordinamento giuridico come quello internazionale, nel quale gli strumenti coercitivi, sono esercitati in regime di *autotutela*, almeno se e finché il sistema continuerà a restare come è l'attuale, cioè fondato sulla gestione "organica" dell'anarchia.

Beninteso, il caso di cui qui sopra, è solo il caso estremo, ma la logica è sempre la stessa: *mutatis mutandis*, al momento del conflitto estremo, quando cioè il sistema non soddisfa più le aspirazioni legittime, cioè *i diritti alla luce dell'Ordinamento internazionale* anche quindi quelli individuali, è quest'ultimo che interviene, che *deve* intervenire secondo quanto dico subito. Proprio perché, quando si parla, quando il diritto internazionale parla di diritti dell'uomo (e non, perciò, "diritti umani", secondo

¹²⁷ Su ciò rinvio ampiamente al mio *Autodeterminazione dei popoli*, cit., *passim* e specialmente p. 186 ss.

me) lo fa in senso preciso e tecnico, per alludere alla funzione che gli compete, di garanzia dei diritti affermati in relazione a ciascun uomo, che, non potendo “azionarli” direttamente, va *garantito* nella sua realizzazione, in particolare, come ho accennato sopra, affermando l’obbligo dei soggetti di diritto internazionale di assicurarli, sotto il controllo (*garanzia*) dell’Ordinamento internazionale.

Il tema, infatti, che è solo apparentemente più complesso, diventa quello che attiene, in linea generale e permanente, al rapporto tra le norme di un ordinamento nazionale, di ogni ordinamento interno insomma – e quindi non solo di un soggetto di diritto internazionale come uno stato, ma di qualunque ente di tipo interno, come lo ho definito sopra, che è come tutti assoggettato al controllo, o meglio alla garanzia dell’Ordinamento internazionale – e le norme di diritto internazionale, dove la “prevalenza” della norma internazionale (che, come spiego nei prossimi paragrafi, non è una “prevalenza” necessariamente in senso formale) è legata alla affermazione di principî di valore generale se non assoluto, che possono, anzi *debbono*, perfino, come vedremo, fare *apparentemente* premio sulla sovranità dello stato, che in realtà è essa stessa il prodotto dialettico del confronto tra i soggetti, come ho cercato di mostrare in uno studio recente¹²⁸, ma su cui tornerò più avanti. Solo, per concludere con un rinvio, sottolineo che come vediamo più avanti, quando parlo di prevalenza, non intendo in alcun modo né riferirmi ad una prevalenza gerarchica, *che nei rapporti tra l’Ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni non esiste*, né, anzi meno che mai, in una prevalenza strutturale, insomma in una limitazione della sovranità, che è concettualmente oltre che tecnicamente impossibile.

¹²⁸ V. GUARINO G., *Migrazioni e migranti*, cit.

CAPITOLO QUARTO

DALL'ORDINAMENTO INTERNO ALL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 8. Le caratteristiche di base degli Ordinamenti giuridici interni e le differenze rispetto al sistema internazionale. – 8.1. I temi salienti di differenziazione tra ordinamenti interni e Ordinamento internazionale. – 8.1.1. La presenza del diritto internazionale negli ordinamenti interni. – 8.1.2. La legittimità degli ordinamenti interni alla luce del diritto internazionale. – 8.1.3. L'effettività del diritto internazionale nel diritto interno. – 8.1.4. L'effettività del cambiamento nell'Ordinamento internazionale.

8. *Le caratteristiche di base degli Ordinamenti giuridici interni e le differenze rispetto al sistema internazionale*

E dunque, se torniamo all'esempio proposto all'inizio di questo lavoro, quello dei giovani fiorentini che, per sfuggire alla peste, si organizzano per trasferirsi fuori di Firenze, vediamo che Pampinea propone di andare e gli altri accettano e "si recano" in un posto determinato scelto di fatto, vi si organizzano rapidamente e, da quel momento, ma solo da quel momento, *decidono*, questa volta in modo formale, di creare un capo, cui viene conferito il potere di "legiferare" perché le "cose senza modo" non funzionano bene¹²⁹. Si costruisce cioè, perché se ne sente la necessità, una Autorità dalla quale soltanto promaneranno legittimamente le norme, fin tanto che l'Autorità non cambi. Finora tutto è andato da sé, senza bisogno di comandi, e neanche di de-

¹²⁹ G. BOCCACCIO, *Decameron*, cit. *supra* nt. 16.

cisioni: lo stesso luogo di destinazione è prescelto di fatto, eccetera, “si” fanno le cose non si decidono formalmente, fino al momento della elezione del capo, anzi del *secondo* capo, *ma non* già dalla “decisione” di eleggerlo, anzi di “indicarlo”. Fino a quel momento, si è in presenza di un ordinamento giuridico tutto *di fatto* e del tutto privo di *gerarchia* normativa. Dal momento della prima “entrata in carica” del capo, invece, l'*ordinamento diviene gerarchico*. Dopo l’indicazione è “l’eletto” che *decide*. Ma fino alla decisione della elezione, si sono applicate norme *di fatto*, ma certamente ben chiaramente *poste*, cioè conosciute, accettate e alle quali è chiara la necessità (che così diviene obbligo) di ubbidire: per dirla con Weber «in vista delle chances (soggettivamente) calcolate per l’effetto del proprio agire»¹³⁰. La nomina,

¹³⁰ V. WEBER M., *Il metodo nelle scienze sociali*, (a cura di ROSSI P.) Torino (Einaudi) 2003 Einaudi, (trad. Di *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, in «Logos», IV (1913), *Alcune categorie della sociologia comprendente*), pos. 3969 ss. «Di “agire in comunità” noi parliamo quando l’agire umano è riferito, in modo soggettivamente dotato di senso, al comportamento di altri uomini. Uno scontro involontario di due ciclisti, per esempio, non costituisce per noi un agire in comunità. Ma ben lo costituiscono i loro eventuali tentativi precedenti di evitarsi l’un l’altro, oppure, dopo uno scontro, il loro eventuale “accapigliarsi” o la “trattativa” per un “accomodamento amichevole” ... Un importante elemento normale – per quanto non indispensabile – dell’agire in comunità è rappresentato, in particolare, *dal suo orientamento dotato di senso verso le aspettative di un determinato comportamento di altri individui*, e quindi in vista delle chances (soggettivamente) calcolate per l’effetto del proprio agire», viceversa, pos. 4000 ss.: «Intendiamo chiamare col nome di agire associato (“agire in società”) un agire in comunità quando, e nella misura in cui: 1) esso è orientato in maniera dotata di senso in vista di aspettative nutrite sulla base di certi ordinamenti; 2) la “statuizione” di questi ha avuto luogo, in modo puramente razionale rispetto allo scopo, in riferimento all’agire degli individui associati che è atteso come sua conseguenza; 3) l’orientamento fornito di senso avviene in modo soggettivamente razionale rispetto allo scopo ... Che un certo agire sia “orientato”, in maniera soggettivamente dotata di senso, *in vista di un ordinamento statuito*, può anzitutto significare che *all’agire soggettivamente previsto dagli individui associati corrisponde oggettivamente anche il loro agire effettivo*» e poi, con maggior precisione, pos. 4009 ss.: «Un ordinamento statuito nel senso puramente empirico che qui si intende ... è o una richiesta *unilaterale*, e nel caso-limite razionale anche esplicita, fatta da uomini ad altri uomini, oppure una dichiarazione *bilaterale* reciproca, e nel caso-limite anche esplicita, con il contenuto soggettivamente intenzionato che *si prevede o ci si aspetta* un determinato tipo di agire. ... Il senso di un ordinamento statuito, e quindi il proprio agire previsto o l’a-

che, in realtà, è una scelta di fatto del primo re è né più né meno che, come accennato¹³¹, l'esercizio del meccanismo del *consensus*, istituto tipico del diritto internazionale.

Nel primo schema di ordinamento, tra le norme iniziali così create, non è *necessaria* alcuna autorità o gerarchia, l'ordinamento, però, è composto di norme: *si* agisce, ma si agisce sapendo perfettamente che ci si deve comportare in quel modo, si è cioè coscienti del *fatto* che quella norma, è stata effettivamente prodotta nel modo corretto e che, pertanto, *legittima e valida come è*, si debba logicamente e strumentalmente coordinare con le altre analoghe, ma senza che le norme stesse entrino, tra di loro, in un rapporto gerarchico: *si* prende il mezzo di trasporto perché è necessario, ma se non *si* prende quello non si può accedere alla villa e, in conseguenza, non *si* possono fare le pulizie, e così via. Lo si voglia o no, quello è un sistema giuridico, anzi un ordinamento perché ciascuno sa esattamente cosa fare e sa che *deve* farlo: è un sistema giuridico dove le norme sono "ordinate", ma in modo logico-strumentale, non gerarchico, la gerarchia non serve, i vari atti sono coordinati strumentalmente e logicamente: cioè le norme si applicano "a cascata" in ragione della *strumentalità* delle une rispetto alle altre e della *logica* per cui l'una richiede prima l'applicazione dell'altra per potere essere applicata a sua volta. Ma, specialmente, quelle norme non hanno nulla di consuetudinario, come potrebbero? Nascono allora e si sostanziano nella prassi: *la prassi è la manifestazione operativa, la prima, della norma, ed è già norma*, ma palesemente non è la risultante di una serie di atti analoghi.

Un sistema organizzato interno, invece, nasce dal fatto che uno specifico gruppo umano "decide" in qualche modo di unirsi in un gruppo organizzato: "intorno" ad un capo o in altro modo,

gire che ci si aspetta da altri, può però essere inteso – o, più tardi, essere *interpretato* – in maniera diversa dai singoli individui associati, di modo che un agire orientato in forma corrispondente in vista di un certo ordinamento (ritenuto soggettivamente identico dai partecipanti) *non è di necessità un agire anche oggettivamente uniforme nei medesimi casi*» (corsivo mio).

¹³¹ V, *supra* § 1 e *infra* § 19.2.

che comunque conduce ad un vertice decisionale o a una procedura decisionale “verticale”. Che poi, storicamente e razionalmente ciò accada perché qualcuno assuma il potere con la forza¹³² o venga nominato o eletto ad esercitarlo, sta in fatto che viene così formato un sistema dotato di regole che si impongono ai membri del gruppo. Regole che, dotate o meno che siano di sanzione, determinano una gerarchia non solo istituzionale, ma anche fra le norme poste dall’autorità¹³³ e che tanto più sono gerarchicamente poste e accettate, da quando gli ordinamenti interni si sono dati una Costituzione¹³⁴. Una Costituzione, proprio perché tale, è per sua natura (magari solo logica) prevalente sulle altre norme, almeno sotto due profili: quello della prevalenza normativa, in quanto norma che determina i principî dell’intero ordinamento, e, quello che deriva dal fatto che è una norma procedurale generale, nella quale cioè si fissano (*sub specie aeternitatis*) i meccanismi per il funzionamento dello stato e del suo sistema normativo. Se e quando, all’interno del sistema, si determini o si rilevi una stortura, il sistema stesso può essere cambiato, ma solo qualora sia possibile superare le “resistenze” del sistema stesso, la sua tendenza all’entropia¹³⁵, se vogliamo.

¹³² Il monarca è espressione di forza, di violenza, benché dica e voglia dire di essere “giustificato” da ragioni ereditarie o magari da Dio in persona. I trattati di Westfalia dedicano quasi più spazio all’elencazione dei “titoli” dei contraenti che alle decisioni operative: dove i “titoli” sono i possessi, i dominî, le discendenze: le “ragioni” del potere. Le persone sono ignorate, ma ciò non toglie che contano eccome!

¹³³ V. sul punto le belle e dense pagine di JHERING R. VON, *Lo scopo nel diritto* (*Der Zweck im Recht*, 1877) Torino (Einaudi) 1972, pp. 179 ss. e 226 ss.

¹³⁴ Non a caso ottenuta proprio grazie al conflitto tra il popolo (magari a sua volta dei “piccoli” potentati) e il “sovrano”, che magari, a sua volta, afferma la sua indipendenza dal papato, come nella *Magna Charta Libertatum* del 1215, il cui art. 1 è proprio dedicato, dopo una lunga premessa che elenca i titoli del sovrano ed i titoli dei potentati destinatari della Carta stessa, alla affermazione della autonomia dal Papa Innocenzo III (quello, appunto, della Decretale *Per venerabilem supra* § 1) se non altro della Chiesa inglese.

¹³⁵ Lo rilevava anche JHERING R. VON, *Lo scopo*, cit., p. 189: «Questa concezione del diritto ha come ideale il congegno dell’orologio, che segue un suo corso interamente prestabilito, senza l’intervento di mani disturbatrici», per cui, e non per caso, poi sottolinea la opportunità, talvolta, di “violare” il diritto per un fine di miglioramento della vita.

Perché se le regole del sistema non lo permettono o non sono sufficienti allo scopo, l'unica soluzione al conflitto che ne deriva è quella che si può definire logicamente come “rivoluzione”¹³⁶.

Ma quel conflitto, può anche essere interno al sistema, riguardare, insomma la applicazione delle singole norme, magari gerarchizzate ma sullo stesso piano, e risultare, perciò tecnicamente irrisolvibile. È l'ipotesi, già fatta, della “scelta tragica” che, entro certi limiti, si risolve all'interno dell'ordinamento solo se e fin tanto che l'interpretazione propria dell'ordinamento stesso lo consenta. Oltre, però, non esiste altro modo che non sia il sovvertimento del sistema. Ma, sempre per restare all'esempio della “scelta tragica” tra la tortura per evitare lo scoppio di una bomba, e l'esplosione inevitabile, posto che l'unica soluzione è ottenibile “scardinando” il sistema, si dovrà, però, decidere preliminarmente quale delle due scelte debba prevalere e perché. In questo caso, appunto, il problema è proprio quello della presunta gerarchia: si tratta di due norme fondamentali, si dice, rispetto alle quali si determina una inevitabile ingiustizia (direbbe Luhmann) scegliendo l'una o l'altra, come abbiamo visto prima. Ma, a ben vedere, non è così, se si ragiona in termini di graduazione non gerarchica, ma logica o strumentale. Sta all'interprete, infatti, valutare quale norma prevalga logicamente e quindi l'altra non risulta violata, ma solo non applicata perché prevale *logicamente* la prima. L'ordinamento, però, potrebbe invece stabilire che tra le due norme ne prevalga, *legislativamente*, una. Seguendo il ragionamento di Luhmann e di Calabresi-Bobbitt, si dovrebbe concludere che in questa ipotesi la scelta tragica non vi sarebbe più? Ma questo, come vedremo

¹³⁶ In tutti i sensi in cui viene utilizzato il termine in relazione, non in contrasto, con il diritto, ad es.: «The recoupling of law with revolution ... has to do with this agenda, not with the specific political forms of revolutionary movements in the twentieth century. As with the preceding topics of a paradigmatic discussion of law, the recoupling of law with revolution also requires some excavation into the suppressed or marginalized traditions of modernity», BOAVENTURA DE SOSA S., *Toward a new legal common sense: Law Globalisation and Emancipation*, Cambridge (Un, Printing House) 2002, p. 92 e v., p. 90 ss.

fra un momento, è inammissibile, e non per motivi etici, ma strettamente giuridici.

Il problema, in ipotesi, non è quale sia la scelta eticamente corretta, ma quale sia la scelta giuridicamente corretta. Posto anche che l'ordinamento interno abbia deciso nell'ipotesi fatta sopra, attraverso una norma superiore alle due in contrasto (come ad esempio la Costituzione), quale si debba scegliere e, per esempio la scelta indichi (come argomenta Luhmann) lo scoppio della bomba, la domanda resta: chi e come decide se quella norma (che *contiene* una scelta) è giuridicamente non più soltanto valida, ma *legittima* e quindi da applicare? Lo vedremo meglio fra un momento, la domanda da porsi in altri termini è: la norma che indica una gerarchia tra due norme e che, pertanto, indica come *obbligatoriamente* applicabile quella di "grado" maggiore, posto beninteso che determini una scelta tragica in senso più ampio rispetto a quella "normale" descritta sopra, è *legittima* o no? Perché valida è sicuramente. Il punto reale, vorrei spiegare, è questo, non il "semplice" contrasto tra due norme gerarchicamente pari. Quest'ultimo non è un problema di scelte tragiche, ma "solo" di interpretazione, se vogliamo "ordinamentale". Il problema più complicato, si pone, come ho argomentato, quando la scelta non c'è, a termini stretti di ordinamento, perché una norma sia gerarchicamente superiore all'altra, e quindi, la domanda diviene: la dignità dell'uomo prevale sulla sopravvivenza di una intera città¹³⁷?

A questo punto, è qui che voglio arrivare, tolta l'etica, non resta che il diritto internazionale a risolvere il dilemma; il diritto internazionale con le norme in tema di diritti dell'uomo o in tema di uso della forza, ecc.: insomma quell'ordinamento giuridico più "ampio" e generale e, solo perciò, "globale".

¹³⁷ Così direbbe, mi pare LUHMANN N., *Esistono*, cit., p. 76: «Entrambi i consigli [la pace universale di Kant e la partecipazione democratica di Habermas] sono pure caratterizzati dalla ignoranza e dalla oltre-mondanità della legge. Né Kant né Habermas si pongono il problema del diritto di rompere la legge. Per entrambi la soluzione del problema sta in dispositivi che permettono l'accesso alle intuizioni della ragione».

8.1. *I temi salienti di differenziazione tra ordinamenti interni e Ordinamento internazionale*

E allora, in un ordinamento interno è l'autorità quella che fissa le regole gerarchizzandole, e tra queste in particolare quelle di procedura destinate a consentire validamente la formazione delle norme materiali, nella rispettiva gerarchia. Tra le norme, sempre create grazie ad una procedura *pre*-definita, è compresa anche la eventuale norma fondamentale, la Costituzione, alla quale è attribuibile o meno un rango prevalente sulle norme ordinarie, ma quel rango è sempre legato e dipendente dalle regole di procedura, quelle che possono, cioè, condurre alla modifica delle stesse norme costituzionali. Per cui: nulla osta, in astratto come in pratica, a modificare sia le norme della Costituzione che le stesse norme procedurali, salvo che, finché ci sono, vanno applicate, dato che servono proprio anche a modificare le stesse norme costituzionali e quelle ordinarie. Per dirla in una parola: la *gerarchia* è la *declinazione* della autorità, l'autorità, se vogliamo, della legge, che, perciò, giustifica la "forza" della legge. Il rispetto della gerarchia e del procedimento, garantiscono la validità delle norme, *ma non la loro legittimità*¹³⁸, se non beninteso la legittimità, per così dire, *intranormativa*: quella norma è *fatta bene* e in tal senso è legittima oltre che valida, perché fatta seguendo quella procedura e nell'ambito di quella norma gerarchicamente superiore, il che non significa che sia legittima da un punto di vista più generale, nella misura in cui determini situazioni in contrasto con i criteri fondamentali, intanto dello stesso ordinamento in cui si trovi (dignità o bomba?) e-o (cioè, *in sostituzione*, in quanto "prevalente" logicamente o strumentalmente,

¹³⁸ V. anche WEBER M., *Alcune categorie della sociologia comprendente*, (Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie, in *Logos* 1913), ora in *Il metodo delle scienze sociali*, Torino (Einaudi) 1958 (1922), ed. Kindle, pos. 4501: «all'analisi sociologica del potere interessano in maniera decisiva i diversi fondamenti possibili, soggettivamente dotati di senso, di quell'intesa «di legittimità» che determina in modo decisivo, ovunque l'obbedienza non dipende dal semplice timore dell'impiego della forza minacciato direttamente, il suo carattere specifico».

o *invece* di in quanto l'altra è legittimamente inapplicabile) di un ordinamento più vasto, come quello internazionale: in altre parole, la legittimità dell'ordinamento in sé non può logicamente dipendere solo da sé stesso¹³⁹.

E dunque, per quanto attiene alla autorità, per citare anche la posizione ben nota di Hart, è qui che si determina la fondamentale differenza tra i due "tipi" di ordinamento: quello "interno" e quello internazionale. Seguendo le tesi di Hart e di Kelsen il tema è quello della sanzione: un ordinamento giuridico è tale in quanto le sue norme possano essere garantite attraverso una sanzione, che, però, in tanto c'è in quanto vi sia una autorità che la imponga. Quando ciò manchi, come nel caso dell'Ordinamento internazionale, la gerarchia tra le norme, sanzione a parte che ne è però una conseguenza, manca¹⁴⁰.

¹³⁹ Per dirla in altri termini. L'autorità di Mussolini in Italia era perfettamente valida sul piano formale dell'ordinamento italiano del momento, così come modificato per volontà e iniziativa dello stesso Mussolini e dei suoi alleati, addirittura nel rispetto delle procedure vigenti. Ma, la *legittimità del regime* e quindi di Mussolini stesso come autorità, poteva e doveva essere valutata, per così dire "dall'esterno". Il che è poi puntualmente avvenuto, legittimando, o meglio constatando la legittimità della rivoluzione o ribellione al regime e quindi alla autorità formalmente legittima in Italia, e legittimando al tempo stesso la guerra contro il regime: sia quella "esterna" delle forze armate alleate, *sia quella interna*, dei partigiani, formalmente delinquenti, ma, in quanto legittimati dal diritto internazionale, legittimi combattenti sia pure *a posteriori* e, *a posteriori*, legittimati dalla stessa giurisprudenza italiana. Non per caso è proprio da queste situazioni che nascono gli artt. 2.2 e 3 comuni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e in particolare della quarta. Dal che derivava e deriva, in questo come in altri casi, la legittimità del superamento del limite degli affari interni, che giustifica l'aiuto alla rivoluzione, nei termini esatti della A/RES/2625(XXV) 24.10.1970, *Annex: The principle of equal rights and self-determination of peoples*. Non diversamente, del resto, da come oggi è possibile considerare non illecita l'interferenza negli affari interni della Bielorussia o dell'Ucraina, sulla base di una asserita "illegittimità" dei regimi in questione, e cioè delle autorità che le governano.

¹⁴⁰ Vale forse la pena di citare proprio HART H.L.A., *The concept*, cit., pos. 4379 ss. (Cap. X.1): «Both forms of doubt [sulla natura di "diritto" del diritto internazionale] arise from an adverse comparison of international law with municipal law, which is taken as the clear, standard example of what law is. The first has its roots deep in the conception of law as fundamentally a matter of orders backed by threats and contrasts the character of the rules of international law with those of municipal law. The second form of doubt springs from the obscure belief that states are fundamen-

Il problema, però, della giuridicità dell'Ordinamento internazionale starebbe – anche alla luce delle tesi di Hart che esclude, come del resto ho affermato io stesso, la necessità della sanzione¹⁴¹ per definire la giuridicità di un sistema normativo – nel fatto per il quale i soggetti di diritto internazionale non potrebbero essere destinatari di obblighi giuridici («subjects of legal obligations») in quanto dotati di sovranità e per il fatto che comunque gli stati ricorrono mal volentieri all'uso della forza, data la gravità del fatto in sé¹⁴².

Ciò, come in parte si è visto più sopra, è uno dei grandi equivoci del e sul diritto internazionale perché attribuisce alla sovranità, che è un istituto di diritto internazionale, un valore assoluto e quasi sovraumano, oppure lo svaluta al livello di semplice autonomia, e dunque indipendenza giuridica da altri ordinamenti, e quindi del soggetto che ne è titolare. Dove, però va detto subito, la “dipendenza giuridica” non si misura solo con norme o atti giuridici formali: anche il “semplice” fatto di dipendere (magari solo psicologicamente) da un altro può valere a negare la soggettività di diritto internazionale di quell'ente, come vedremo più avanti¹⁴³.

tally incapable of being the subjects of legal obligation, and contrasts the character of the subjects of international law with those of municipal law», per poi precisare, come ho affermato io sopra, pos. 4414: «To argue that international law is not binding because of its lack of organized sanctions is tacitly to accept the analysis of obligation contained in the theory that law is essentially a matter of orders backed by threats».

¹⁴¹ V. anche FALZEA A., *Introduzione*, cit., p. 269 ss.

¹⁴² HART H.L.A., *op. ult. cit.*, pos. 4456: «no simple deduction can be made from the necessity of organized sanctions to municipal law, in its setting of physical and psychological facts, to the conclusion that without them international law, in its very different setting, imposes no obligations, is not 'binding', and so not worth the title of 'law'», e poi, pos. 4730: «Different interpretations of the phenomena to be observed are of course possible; but it is submitted that there is no basic rule providing general criteria of validity for the rules of international law, and that the rules which are in fact operative constitute not a system but a set of rules, among which are the rules providing for the binding force of treaties».

¹⁴³ Che è come dire che la persistenza della sovranità non è un fatto formale, ma sostanziale: può esservi la forma, ma mancare la sostanza, *anche per ragioni di carattere non giuridico-formale*.

8.1.1. *La presenza del diritto internazionale negli ordinamenti interni*

Ma, tornando al tema della Costituzione e dell'autorità tipici degli ordinamenti interni, il problema che si presenta spesso è quello di conciliare le eventuali scelte "antidemocratiche" di certi regimi con la loro legittimità dal punto di vista giuridico. Il problema è che, dal punto di vista interno, il regime in questione, nella misura in cui corrisponde ad una Costituzione regolarmente costruita e a norme di merito correttamente formulate è legittimo. Ma dunque la critica o la condanna a detti regimi, giuridicamente non avrebbe fondamento, anzi ne avrebbe solo uno etico o di forza brutta, se si guardasse solo alla forma dell'ordinamento interno¹⁴⁴.

Sta, però, in fatto, che l'Ordinamento internazionale all'occasione non solo condanna certi regimi, ma opera attivamente per contrastarne la legittimità¹⁴⁵, ad esempio, lo abbiamo visto, con atti del tipo del processo di Norimberga, ma specialmente con l'istituzione di strutture del tipo della Corte penale internazionale. E dunque delle due l'una: o si accetta l'idea per la quale

¹⁴⁴ Ma v. l'interessante analisi, in gran parte riferita proprio alle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale, in THORNHILL C., *Legal Revolutions and the Sociology of Law*, in *Sociology. & Legal Studies*, 2014, p. 491 ss. e specialmente 507: «states began to interact with, and in fact to produce, international law as an instrument for overcoming their inner structural contradictions, for generating compensatory reserves of legitimacy, and – ultimately – for performing their basic inclusionary functions».

¹⁴⁵ V. sul punto, per una discussione molto articolata della materia, MADSEN M.R., *Sociological Approaches to Constitutional Law*, in *University of Copenhagen, iCourts working Papers* n. 212, 2020, specialmente p. 12 ss., che sottolinea tra l'altro che, p. 15: «Yet, we do not find the coupling between democracy – as the will of the people – and the various constitutional devices (checks-and-balances, rule of law, etc.). In other words, the notion of *legitimate authority*, where legitimacy is ultimately based on democratic values, input and output, is not yet there as the coupling has not taken place ... these couplings cannot be assumed to automatically occur as an inevitable societal evolution. This allows for non-democratic constitution-making and governance that might rely on the rule of law – or, perhaps more accurately, rule *by* law – but without the inclusion of human rights and democracy». Appunto, ma la *legittimità* di simili ordinamenti è, a mio parere, negate dal diritto internazionale, come spiego nel testo.

quei fatti sono solo atti violenti e del tutto arbitrari, o si conviene sul fatto che esistono delle norme, di diritto internazionale appunto, capaci di stabilire se e quali ordinamenti interni siano legittimi. Che poi lo faccia anche valere è altro discorso, specie perché i modi attraverso i quali il diritto internazionale si adopera per il rispetto delle sue norme non sono solo e necessariamente legati all'uso della forza: il che, però, non vuol dire affatto, come sostiene con qualche "ingenuità" Hart, perché gli stati siano restii ad usare la forza!

8.1.2. *La legittimità degli ordinamenti interni alla luce del diritto internazionale*

Ciò non toglie, per passare al tema della legittimità in relazione all'Ordinamento internazionale, che, un ordinamento giuridico interno abbia al suo interno delle *rigidità*¹⁴⁶, che tendono ad impedirne modifiche sostanziali (cioè tendono all'entropia) e impongono, quindi, di tenere distinti i concetti della legittimità *dell'ordinamento stesso*, insomma della stessa Costituzione, da quello della sua validità. In termini di validità, infatti, lo abbiamo appena visto, la stessa Costituzione e le norme in base ad essa formulate, nel rispetto delle regole formali previste, sono perfettamente valide, perfino se contravvengano sia alla volontà di una parte della popolazione (al limite di tutta!), sia se contravvengano a principi fondamentali, ad esempio di civiltà, non fondati, almeno formalmente, nell'ordinamento interno.

¹⁴⁶ Che, secondo alcuni critici, Luhmann include nel concetto di sistema dotato di un proprio sistema di comunicazione, ma che, secondo BOURDIEU P., *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, in *The Hastings Law Journal*, 1987, p. 816 s.: «it does not contain within itself the principles of its own dynamic. I propose to distinguish this symbolic order from the order of objective relations between actors and institutions in competition with each other for control of the right to determine the law. For in the absence of such a distinction, we will be unable to understand that, while the juridical field derives the *language* in which its conflicts are expressed from the field of conceivable perspectives, the juridical field *itself* contains the principle of its own transformation in the struggles between the objective interests associated with these different perspectives».

Ma, la legittimità di quelle stesse norme e, pertanto, della stessa Costituzione nella sua interezza, può essere valutata solo dal diritto internazionale. Al quale compete di valutare innanzitutto l'ipotesi della non corrispondenza del regime, definiamolo così per intenderci più semplicemente, alla volontà della popolazione, o di una parte di essa¹⁴⁷. Che può essere la maggioranza la quasi totalità o una minoranza¹⁴⁸.

In tutti e tre i casi, la parte, pur minima, che "detiene" il potere, lo mantiene e pertanto, le norme emesse attraverso quella Costituzione sono perfettamente valide ed efficaci. Ma sulla legittimità il discorso è del tutto diverso dato che non dipende in alcun modo dalla *quantità* di persone che sostengano (effettivamente o meno) quel regime e le sue attività. In realtà, dal punto di vista del diritto internazionale, la questione è duplice: da un lato, la valutazione sull'effettivo rispetto della volontà della maggioranza della popolazione (*maggioranza* da intendere come la pone il diritto internazionale, e cioè non in senso "fisico" ma *effettivo*¹⁴⁹) e, dall'altro, la valutazione del contenuto delle norme emesse dal regime, indipendentemente dalla volontà della popolazione.

Per quanto attiene alla prima questione, è ovvio che, alla luce delle norme vigenti di diritto internazionale, è all'Ordinamento internazionale che compete di valutare se ed in che mi-

¹⁴⁷ Pur senza nascondersi, marxismo incluso, che gli ordinamenti interni sono in larga parte il frutto dell'opera delle "classi" o se si preferisce dei "gruppi" o ancora degli "interessi" dominanti, come scrive anche BOURDIEU R., *The Force*, cit., p. 848.

¹⁴⁸ Per usare le parole di JEHRING R., *Lo scopo nel diritto*, Torino (Einaudi) 1972 (1877), p. 229 «L'esperienza insegna che il potere dello stato può avere contro di sé quasi tutta la popolazione e tuttavia essere in grado di conservare la posizione dominante», ma, p. 228, «Caratteristiche completamente diverse dall'anarchia ha invece la rivoluzione ... anch'essa rappresenta uno sconvolgimento dell'ordine statale ... non nega l'ordinamento in sé, ma soltanto l'ordinamento esistente», per concludere lucidamente «se riesce nel suo intento, la chiamiamo rivoluzione; se non vi riesce la chiamiamo sommossa o insurrezione. *Il successo della prima contiene la condanna del potere statale esistente ...*» (corsivo mio), io aggiungerei: quando la Comunità internazionale ne riconosca la legittimità.

¹⁴⁹ Per tutto ciò, sia consentito rinviare ora e per tutto al mio *Autodeterminazione dei popoli*, cit.

sura la volontà *effettiva* della popolazione sia stata adeguatamente rispettata, in termini di sostanza cioè di effettività, perfino nelle modalità di espressione di detta volontà e, sempre più spesso, anche di modalità di formazione di essa e cioè all'uso degli strumenti di comunicazione di massa. È, ad esempio ben noto che poco prima dell'invasione (per molti versi del tutto illegittima) degli USA in Iraq, il regime iracheno tenne un *referendum* a seguito del quale il 95% della popolazione si espresse a favore del regime di Hussein, sulla libertà della espressione di volontà nel quale, è a dir poco lecito dubitare, ma, lungi dall'uso di quel *referendum* per giustificare l'intervento statunitense, considerare il regime di Hussein legittimo *solo a causa del referendum* non era, né fu possibile. Non diversamente da come, al di là della vera o presunta "democrazia" dello stato di Israele, le sue pretese alla acquisizione di territori "destinati" (dal *diritto internazionale*, non da qualche più o meno discutibile organismo internazionale o stato!) allo stato di Palestina, benché formalizzate in leggi validissime e in sentenze paludatissime del regime israeliano, sono palesemente illecite. E in quest'ultimo come nel primo e come in molti altri casi, la Comunità internazionale si è pronunciata e in certi casi ha anche agito, o ritenuto non illegittimo agire. Anzi, nel caso di Israele, è l'intera Comunità internazionale, che ha rifiutato e rifiuta di prendere atto di quella illecita acquisizione, rifiutando il trasferimento delle ambasciate a Gerusalemme, territorio illecitamente occupato e addirittura annesso¹⁵⁰.

Dal secondo punto di vista, la Comunità internazionale non manca di valutare i regimi interni nei loro contenuti, per quanto

¹⁵⁰ È appena il caso di ricordare che l'occupazione militare di un territorio, alla luce delle Convenzioni di Ginevra, non consente l'annessione. Quanto al diritto internazionale generale, basta riferirsi al *Parere Consultivo* della CIG sul Muro, cit. Quanto alle rappresentanze diplomatiche è appena il caso di ricordare che perfino quella italiana, nonostante le pressioni della amministrazione statunitense del Presidente Trump, al quale il Governo italiano era particolarmente affezionato, ha mantenuto la sede a Tel Aviv. Quanto all'Europa nel suo complesso, basta anche qui ricordare solo la sentenza della CGUE nel caso *Brita GmbH*, cit.

attiene al mancato rispetto di norme che, dal punto di vista del diritto internazionale, sono inderogabili. Siano esse norme in materia di diritti dell'uomo, siano esse norme in materia di rispetto delle minoranze, o altro. Basterebbe, del resto, tenere a mente il regime, ormai largamente e chiaramente consolidato, del controllo internazionale sui diritti dell'uomo in Europa, che determina una "invadenza" estrema del diritto internazionale nell'ordinamento interno degli stati europei. Ma non solo, se si tiene conto della permanente "presenza" normativa del diritto internazionale negli ordinamenti interni degli stati, anche quando, stolidamente, rifiutata¹⁵¹.

8.1.3. *L'effettività del diritto internazionale nel diritto interno*

Tutto ciò sostanzialmente alla luce e grazie all'istituto fondamentale dell'autodeterminazione dei popoli, che affida, come ho ripetutamente detto, alla Comunità internazionale la *garanzia* ai popoli, anche silenti¹⁵², del suo rispetto¹⁵³: a quegli stessi popoli che la stessa Comunità internazionale definisce nella loro individualità non in quanto soggetti di diritto internazionale. Diritto

¹⁵¹ V. sul punto il mio GUARINO G., *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in *Consulta Online*, 2014 (4.12), p. 10 ss. v.lo in <http://www.giurcost.org/studi/index.html>, v. anche gli studi recenti in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2020, 3-4, p. 257 ss., CHITI M., dove il tema viene trattato con riferimento alla "devastante" sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco 5.502020, 2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15 e 980/16, sul *Quantitative Easing* europeo, finora, e non per caso, restata lettera morta.

¹⁵² E questo è molto importante, perché appunto attesta del fatto che si sta parlando di diritti e obblighi assoluti (non a caso *erga omnes*). Se a un popolo "spetta" l'autodeterminazione, quel popolo ha la legittima aspettativa di vedersela garantita, anche se non sa, o non vuole (perfino se non vuole) rivendicarla. Sul punto v. ripetutamente nei miei lavori in tema, a cominciare dal volume, cit. *Autodeterminazione dei popoli*. Del resto, all'interno di uno stato, il fatto che un cittadino, in ipotesi, non rivendichi i propri diritti, che so di libertà, non vuol dire che ne sia privo!

¹⁵³ V., per una situazione recente, con riferimento al Venezuela, PUMA G., *Riconoscimento di Governi, rottura della relazioni diplomatiche e trattamento della sede della missione: il caso della crisi costituzionale venezuelana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 462, il punto da approfondire, infatti è proprio quello di valutare su quale base giuridica generale, certi comportamenti siano legittimabili.

internazionale che, attraverso le garanzie dei diritti dell'uomo, offre ormai protezione anche ai *sudditi* tradizionalmente considerati semplice oggetto della potestà dello stato¹⁵⁴.

E detta garanzia, ove possibile, è, o meglio *deve* essere assicurata dagli stati, o meglio ancora, *attraverso* gli stati, come risulta anche testualmente ad esempio, nei documenti contrattuali e non in materia di diritti dell'uomo, dove, accanto alla affermazione dell'astratto "diritto" di ogni persona alla vita (solo per fare un esempio) si afferma l'*obbligo* (questo sì perfettamente esigibile dalla Comunità internazionale) di assicurare ai cittadini-sudditi non soggetti di diritto internazionale, certi diritti. In sostanza, il diritto internazionale *trasforma* il diritto dell'individuo verso il proprio stato, in un *obbligo* dello stato verso il diritto internazionale a favore del suo cittadino; e dunque, se vogliamo per la proprietà transitiva, ma, giuridicamente nel diritto interno italiano *ex art. 10.1 Cost.*, il *diritto* del cittadino a *pretendere* dallo stato un certo comportamento, derivante dal diritto internazionale¹⁵⁵.

Solo così si possono spiegare le disposizioni, e le relative terminologie, delle quali accennavo, sia della *Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo*, sia dei *Patti sui diritti dell'uomo*, sia della *Carta africana sui diritti dell'uomo*, ecc. In quest'ultima in particolare questa alternanza terminologica e concettuale è particolarmente evidente, quando, con formulazioni diverse, da un lato, si affermano e distinguono i diritti degli individui in quanto tali, diritti affermati come diritti assoluti – il diritto alla vita, il diritto ad un processo equo, ecc. – e, dall'altro, si afferma l'obbligo per gli stati di *assicurare* agli individui quei diritti, cioè di garantirli. Qui, mi pare, la distinzione è chiarissima: l'individuo è tito-

¹⁵⁴ Come, solo per citare un testo famoso in QUADRI R., *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova (CEDAM) 1936, specialmente p. 100 ss.

¹⁵⁵ Diritto estensibile allo straniero, attraverso l'applicazione del divieto di *refoulement*, a sua volta recepito *ex art. 10.1 Cost.*, come spiegato in GUARINO G., *Sovranità dello Stato, Diritti Fondamentali e Migrazione: gli elementi di una Contraddizione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3.5.2015, e anche ID., *Migrazioni e migranti: un paradigma dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, cit.

lare di alcuni diritti assoluti, che, rivendica dallo stato e dei quali chiede la garanzia al diritto internazionale, mentre lo stato ha l'obbligo, di diritto internazionale in senso stretto cioè capace di determinare responsabilità dello stato, di realizzare quei diritti per gli individui, completato oggi dalla cd. *responsibility to protect*, che ne è l'esplicitazione, seppure utilizzata spesso a fini opposti. Insomma, la *garanzia* di quei diritti spetta alla Comunità internazionale, la *realizzazione* agli stati.

E dunque e non per caso, quei diritti dell'individuo possono essere sia rivendicati *attraverso* gli stati, sia direttamente *all'interno* degli stati, nella misura in cui, come vedremo più avanti nell'approfondire il tema dei rapporti tra diritto internazionale e ordinamenti interni degli stati, il singolo può rivendicare il diritto garantito dalla Comunità internazionale in quanto l'obbligo di assicurarglielo è un obbligo dello stato: lo stato *assicura obbligatoriamente* il diritto posto da un ordinamento diverso.

In questo senso è particolarmente significativa la modalità con cui questo strumento viene realizzato, proprio nella citata Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, dove, all'art. 1 si definisce l'obbligo per gli stati parte di "riconoscere" quei diritti che vengono elencati analiticamente negli articoli successivi¹⁵⁶ e ai quali si aggiungono, cosa molto significativa, anche, *da un lato*, i diritti dei popoli in particolare all'autodeterminazione (artt. 19 ss.) che si conferma così essere la premessa necessaria e ineliminabile per la efficace garanzia dei diritti dell'uomo¹⁵⁷ e, *dall'altro*, cosa molto rara e significativa, a partire dall'art. 27, sono elencati i *doveri* degli individui, non solo verso lo stato, la

¹⁵⁶ Art. 1, *African Charter of Human and Peoples' Rights*, Nairobi 27.6.1981 «The Member States of the Organization of African Unity parties to the present Charter shall recognize the rights, duties and freedoms enshrined in this Charter and shall undertake to adopt legislative or other measures to give effect to them».

¹⁵⁷ Il che contribuisce a chiarire perché l'autodeterminazione *non* è un diritto dell'uomo, ma è lo strumento giuridico per garantire la soddisfazione di quei diritti, per definizione non garantibili senza autodeterminazione, come ho cercato di spiegare io stesso, v. GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli*, cit., e ID., *Autodétermination des peuples et respect de la volonté populaire*, in Consulta Online2013, in <http://www.giurcost.org/studi/guarino5.pdf>.

famiglia, ecc., ma, art. 27.1 anche verso la Comunità internazionale: «Every individual shall have duties towards his family and society, the State and other legally recognised communities and the international community»¹⁵⁸.

Per discutibili e discusse che siano dette disposizioni, è un dato incontrovertibile che l'individuo, pur restando certamente non soggetto di diritto internazionale, viene investito di aspettative che attraverso lo stato di appartenenza divengono diritti interni in senso stretto, con il conseguente obbligo di garantirli, così come deriva, esattamente con le medesime modalità, l'obbligo di garantire che parimenti ne siano rispettati i doveri¹⁵⁹.

E siccome di un *obbligo* dello stato in senso tecnico si tratta e, parimenti all'individuo spetta, all'interno, il corrispondente diritto che ovviamente può "azionare" a norma del diritto interno, l'esistenza o meno di procedimenti interni di "trasformazione" o di "incorporazione" delle norme di diritto internazionale nell'ordinamento interno è perfino irrilevante, perché ciò che conta è, dal punto di vista della Comunità internazionale, la soddisfazione effettiva di quei diritti: *riconosciuti agli individui attraverso gli stati*.

¹⁵⁸ Sul punto, v. di recente, PASCALE G., *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Napoli (Jovene) 2017, specialmente p. 57 ss., che, però non sembra cogliere la sostanziale novità e profonda differenza, tra il riconoscimento dei diritti dei gruppi (sostanzialmente su base etnica) e il principio di autodeterminazione dei popoli, che è invece la premessa necessaria al godimento dei diritti dell'uomo, appunto definita così nell'art. 1 comune dei Patti del 1966. Su ciò, ampiamente il mio *Per una ricostruzione in termini di sistema*, cit.

¹⁵⁹ V. sul punto le interessanti considerazioni, con particolare riferimento alla Costituzione tedesca e ai suoi collegamenti con le "pressioni" internazionali, di THORNHILL C., *A sociology of Constitutions: Constitution and State legitimacy in historical-sociological perspective*, New York (Cambridge Un. Press) 2011, p. 337 ss. «... it was intended to ensure that principles of international law were reflected in legal findings of ordinary Courts, to integrate veto players in the political system to check laws against constitutional norms, and ... to protect the rights-based "free democratic basic order" from any political party or group of actors which might reject or undermine it» (corsivo mio), che, però, grazie alla effettività dell'azione e degli atti, *non determina quella non-indipendenza* del regime, che pure, almeno nella prima fase della sua esistenza (almeno fin tanto che è durata l'occupazione militare) era almeno lecito inferire.

Ma un rilievo fondamentale va riconosciuto al fatto che, sempre come abbiamo visto quando si parla di diritti dell'uomo, la premessa per lo più esplicita è l'affermazione del principio di autodeterminazione dei popoli¹⁶⁰: non allo scopo di affermare che l'autodeterminazione sia un diritto dell'uomo, ma per chiarire che *in assenza di autodeterminazione*, una garanzia di diritti dell'uomo è impossibile, inefficace, ma, specialmente, giuridicamente insufficiente. La assenza di realizzazione in atto dell'autodeterminazione, in altre parole, *impedisce* la realizzazione dei diritti dell'uomo.

8.1.4. *L'effettività del cambiamento nell'Ordinamento internazionale*

Diventa, pertanto questo, accertato che alla Comunità internazionale spetta l'onere e il diritto di *fare* rispettare le norme di diritto internazionale da parte dei soggetti, il problema di chi e come possa garantire che la Comunità internazionale stessa svolga, a sua volta, in maniera legittima le proprie funzioni. Il tema, qui, è complicato dal fatto che, mentre in un ordinamento interno esistono mezzi vari per agire, che culminano nell'intervento della Comunità internazionale o nella "rivoluzione" legittima o legittimata dalla Comunità internazionale, la Comunità internazionale, invece, non dispone di alcun mezzo esterno per valutare la legittimità del proprio comportamento, dato che fuori di essa non vi è nulla.

La legittimità degli atti della Comunità internazionale, pertanto, è valutata solo ed esclusivamente dalla stessa Comunità internazionale, *sia* con i propri strumenti interni anche giudiziali (autopoiesi), *sia* grazie al e nel confronto e nella interferenza tra

¹⁶⁰ L'unica eccezione, mi pare, è quella della Carta di Bogotà, che non ne fa cenno. Quanto alla *Convenzione europea sui diritti dell'uomo* l'assenza del riferimento si potrebbe (sottolineo il congiuntivo) spiegare con il fatto che quel documento fu redatto tra popoli sulla realizzazione della cui autodeterminazione non esistevano dubbi significativi. Cosa, peraltro, largamente negata dall'evoluzione storica, con particolare riferimento alla Turchia.ma non è qui il luogo per approfondire il tema.

l'Ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni (interferenza biunivoca), *sia*, infine, con lo stesso strumento, *mutatis mutandis*, individuato per gli ordinamenti interni in situazioni limite: la rivoluzione, a sua volta, sia pacifica, come talvolta accade con e in grandi conferenze internazionali particolarmente "rivoluzionarie" (si pensi alla convenzione sul clima oltre che, ovviamente, alla Conferenza sulle Nazioni Unite!) sia, purtroppo ma perché no, violenta e dunque la guerra, che non diversamente dai rivolgimenti interni agli stati, può determinare la "nascita" di nuove norme o nuovi ordini. In altre parole, non diversamente da un ordinamento interno, quello internazionale *si* legittima perfettamente con la stessa logica di quelli interni, ma senza definirne l'esistenza di una autorità¹⁶¹.

L'Ordinamento internazionale, in conclusione, è l'ordine dove l'autorità non è né collettiva né diffusa o "decentrata"¹⁶², per usare l'espressione di Kelsen poi divenuta di uso corrente, ma è autoprodotta dalla collettività, che ne nega nonché l'esistenza, la volontà di averla. Determinando, così, un ordinamento giuridico privo di autorità. Cosa, ne convengo, difficile da accettare e perfino da concepire, se non fosse, né più né meno, la semplice, perfino banale, realtà.

Privo di autorità, ma non per questo un ordinamento di natura solo contrattuale. Per l'ottimo e fondamentale, benché spesso ignorato, motivo per il quale un accordo ha una valenza giuridica, solo se chi lo contrae sa che la violazione di esso comporta conseguenze giuridiche, non semplicemente violente. Se,

¹⁶¹ In senso analogo, ma riferito alle Costituzioni interne, v. THORNHILL C., *A sociology*, cit., p. 374, che, curiosamente, non coglie che il "salto" sociologico tra la Decretale *per venerabilem* di Innocenzo III e la moderna Comunità internazionale, ha fatto venire meno l'espressione dell'autorità, anzi l'autorità stessa, ma non la logica del sistema: come Innocenzo III (sia pure in grande difficoltà dopo le vicende di Worms, ma ciò non rileva) si dichiara in possesso delle due spade, una delle quali magari un po' spuntata, oggi la Comunità internazionale, *anorganica* (ma in realtà *an-autoritaria*) usa entrambe le spade, mettendo bocca con decisione (appunto, per ora almeno, un po' spuntata) in ciò che accade *all'interno* degli ordinamenti interni.

¹⁶² *Supra*, nt. 153.

infatti, fosse così, l'Ordinamento internazionale sarebbe ormai da gran tempo il dominio di uno o due stati forti più degli altri. Non che non ne sia mancata l'intenzione, perché certo la realizzazione, e l'idea della *suzeraineté* è stata tutt'altro che peregrina¹⁶³.

¹⁶³ Uso il termine nel suo significato "tradizionale" (V. anche *Enciclopedia Treccani online*: <https://www.treccani.it/enciclopedia/vassallaggio/>) con riferimento al medievale vassallaggio, reso in francese (dove l'istituto ebbe, come noto, maggiore successo) con i termini *suzerain* e *suzeraineté*, ma v. anche la definizione che segue: «La suzeraineté est la qualité, le pouvoir ou le territoire du suzerain. Elle revêt une forme contractuelle et volontaire entre le suzerain et son vassal qui est un homme libre. Par analogie, un État suzerain est une puissance qui a une autorité protectrice et de domination sur un autre État qui dispose cependant de quelques autonomies limitées de gouvernance», in <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Suzerain.htm#:~:text=Le%20vassal%20d'un%20vassal,ou%20le%20territoire%20du%20suzerain>.

CAPITOLO QUINTO

LA STRUTTURA NORMATIVA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 9. La Comunità internazionale come Ordinamento giuridico di fatto. – 10. I caratteri tipici dell'Ordinamento internazionale. – 11. Nello specifico l'Ordinamento internazionale come sistema generale. – 12. La struttura generale dell'Ordinamento giuridico e di quello internazionale in particolare: le relazioni tra i sistemi. – 12.1. La obbligatorietà e la sanzione come strumenti di riequilibrio del sistema. – 12.2. Il “fondamento normativo” del sistema e il persistent objector.

9. *La Comunità internazionale come Ordinamento giuridico di fatto*

La Comunità internazionale, dunque, è, come appena detto, una comunità di fatto dove manca l'organo che eserciti lo specifico potere: manca l'autorità, dunque non il *potere*, se non altro perché, è impensabile che una comunità umana, per quanto “anarchica” non crei di fatto, per il fatto stesso di essere un gruppo di individui che convivono e operano, delle regole di comportamento, benché del tutto di fatto, e cioè nemmeno “dichiarate” tra i soggetti; regole che ciascuno dei soggetti, tacitamente, riconosce, nel senso che esegue come tali senza che uno di essi o un gruppo di essi si affermi, né possa (benché spesso *voglia*) affermarsi come titolare della potestà di imporre le regole. Che, però, ci sono e vengono riconosciute da tutti come tali, anche, anzi starei per dire specialmente, da quelli che le violano.

Vale ricordare due frasi del “fondatore” (secondo i più) del diritto internazionale moderno Hugo Grotius, che nel suo ma-

stodontico *De iure belli ac pacis*, dopo avere parlato nella prefazione delle comunità delle quali intende occuparsi in una maniera di una modernità unica, quando spiega che allo: «*Ius civile, sive Romanum sive quod cuique patrum est ... aggressi sunt multi*», mentre: «*ius illud quod inter populos plures aut populorum rectores intercedit sive ab ipsa natura profectum, aut divinis constitutum legibus, sive moribus et pacto tacito introductum, attigerunt pauci, universim ac certo ordine tractavit hactenus nemo: cum tamen id fieri intersit humani generis*»¹⁶⁴, esordisce al capitolo 1 con una frase molto significativa, quando scrive: «*Controversiae eorum quos nulla iuris civilis tenet communio quales sunt et qui in gentem nondum colerunt et qui inter se diversarum sunt gentium, tum privati, tum reges ipsi, quique par regibus ius obtinent, sive illi optimates sunt, sive populi liberi, aut ad belli, aut ad pacis tempora pertinent. Sed, quia bellum pacis causa suscipitur, et nulla est controversia unde non bellum oriri possit, occasione bellici iuris quaecumque tales solent incidere controversiae recte tractantur: ipsum deinde nos bellum ad pacem ut finem suum deducet*». Dove, va sottolineata la lucidità con cui già Grozio considerava la possibilità di una guerra (ma anche, quindi, di un “sistema” giuridico) condotta da un “popolo” e non solo da un sovrano. Anzi di più (e sorprende quanto poco sia sottolineato questo passaggio) perché tra i possibili “soggetti” in guerra Grozio cita anche «*qui in gentem nondum colerunt*», oggi diremmo, i “popoli” non autonomi¹⁶⁵. E più avanti, in un altro passaggio famoso definisce il diritto internazionale, lo *ius gentium*: «*Probatur*

¹⁶⁴ Altro che diritto dei monarchi assoluti. Grozio, distingue nettamente, e pi lo ripete anche, tra i *popoli* e i *populorum rectores* e li chiama, siamo ai tempi di Luigi XIV!, “reggitori”, non sovrani e meno che mai padroni.

¹⁶⁵ Quei popoli cioè, riconoscibili perché, lottando, determinano di sé una rilevanza giuridica, magari ma perfino non necessariamente espressa in un *Movimento di Liberazione nazionale*, e che pertanto *oggi* godono del diritto (*qui senza virgolette*) alla applicazione a loro delle norme sul diritto della guerra (*ius in bello* e *ad bellum*), ma specialmente del divieto di uso della forza nei loro confronti anche da parte dello stato che ne detenga (anche legittimamente!) il territorio. V. sul punto i miei ctt. *Autodeterminazione dei popoli*, e *Autodétermination, passim*, anche con riferimento ai “popoli silenti”, che sono egualmente destinatari della garanzia dell’autodeterminazione.

*autem hoc ius gentium pari modo quo ius non scriptum civile, usu continuo et testimonio peritorum. Est enim hoc ius ... repertum temporis et usus ...»*¹⁶⁶.

E quindi, al di là della fondamentale allusione allo *ius respondendi ex auctoritate principis*¹⁶⁷, già in Grozio si ipotizza ciò che Romano attribuisce alla “istituzione”, e cioè che non si formino norme giuridiche se non nella cosciente volontà dei soggetti di costruirle o prenderne atto, dato specialmente che i soggetti dell’Ordinamento internazionale (che anche Romano, definisce chiaramente tale, e non solo sistema) ritenendosi, tra l’altro, dotati di sovranità, non possono che ritenersi assoggettati a norme di fatto, ma che essi abbiano, in astratto magari, inteso di formare o “riconoscere”, cioè scoprirle già norme fino a quel momento e rispettarle, salva la possibilità che l’azione di uno e ciascun soggetto ne modifichi il contenuto, *de futuro*.

E dunque, oltre quanto detto fin qui, già dalle impostazioni groziane si evince la assoluta particolarità di un ordinamento giuridico dove manca, appunto, nonché l’Autorità, la volontà stessa di costruirne una, talché le norme possono solo essere o contrattuali, o di derivazione, o meglio ancora di formazione, come si sul dire, consuetudinaria, anche se, come abbiamo già visto sarebbe meglio dire che sono di *conseguenza* consuetudinaria: una volta *formate* vengono per consuetudine rispettate, finché una nuova norma non si affermi e sostituisca l’altra per ricominciare il medesimo processo. Garantite, le prime dalla norma *pacta sunt servanda*, e le seconde dalla norma corrispondente *consuetudo est servanda*, che possono essere semplicemente riconosciute come norme, ma non come metanorme o, à la Kelsen, *Grundnorm*.

Ciò impone, quindi, di tornare al discorso di prima circa il fatto che una norma può essere riconosciuta solo se già c’è, altri-

¹⁶⁶ HUGONI GROTII, *De iure belli ac pacis libri tres. In quibus ius Naturae et Gentium, item iuris publici praecipua explicantur*, Amsterdami (apud Johannem Blaev) 1670, *Prolegomena*, 1 e Cap. I, I e XIV,2. Certo, poi, come Filippo il Bello, fonda tutto, o almeno moltissimo, sulla consuetudine, sulla quale io esprimo molte perplessità, v. *infra* § 18.

¹⁶⁷ Su cui più avanti ampiamente Cap. 7.

menti si tornerebbe all'assurdo della innocenza di Caino¹⁶⁸, il che consente anche di riconoscere nell'Ordinamento internazionale un ordinamento e non un "semplice" *set of rules*¹⁶⁹.

10. *I caratteri tipici dell'Ordinamento internazionale*

A questo punto, introdotto con le parole di Grozio il fenomeno dell'Ordinamento internazionale, cerco di mostrarne le caratteristiche salienti e, specialmente di mostrare un po' più compiutamente di quanto fatto finora, le interrelazioni tra gli ordinamenti interni e quello internazionale: rispetto al quale problema, come ho argomentato sopra, il tema non è quello di descrivere o ricavare una gerarchia tra sistemi, ma solo di delinearne la logica, diciamo così, "integrale", cioè complessiva. Anzi: complessa.

E dunque per analizzare il sistema giuridico che si chiama diritto internazionale, inteso come *ordine giuridico di una comunità di soggetti, non organizzata in maniera autoritativa intorno a, o per opera di un potere centrale o superiore, che ne definisca i diritti e gli obblighi – che peraltro sono riconosciuti come tali e quindi effettivi anche quando non concretamente applicati* – è utile cercare preliminarmente di comprendere, in termini generali e quindi anche in termini comparativi, come funzionino in generale i sistemi giuridici attualmente esistenti, e in conseguenza quello internazionale, posto che anche quest'ultimo è, senza dubbio alcuno, un ordinamento giuridico¹⁷⁰: peraltro, va sottoli-

¹⁶⁸ V. *supra* § 5.2.

¹⁶⁹ Secondo la definizione di HART H.L.A., *The Concept of Law*, cit., pos. 4729: «... the rules which are in fact operative constitute not a system but a set of rules, among which are the rules providing for the binding force of treaties».

¹⁷⁰ Basta citare solo le lucide e basilari, insomma classiche, affermazioni di OPPENHEIM L., *International Law a treatise*, London (Longmans) 1905, I, dove, dopo avere affermato a p. 5: «They define law as a body of rules for human conduct set and enforced by a sovereign political authority. If indeed this definition of law be correct, *the Law of Nations cannot be called law*. For International Law is a body of rules for the relations of Sovereign States between one another. And there is not and cannot be a sovereign political authority above the Sovereign States which could enforce such rules», a p. 8, definisce il diritto: «We may say that law is a *body of rules* for human

neato, il significato ultimo dei due termini “ordinamento” e “sistema” finiscono sostanzialmente per coincidere al punto che, come mostrato, sono almeno qui perfettamente fungibili. Il tema merita di essere richiamato, almeno perché è fin troppo frequente l’idea secondo la quale, date le sue caratteristiche, quello internazionale non sarebbe un ordinamento giuridico. Anche se, poi, mentre molti lo sostengono, quanto a dire che cosa sia, visto che un ordinamento giuridico non sarebbe, se ne guardano bene. Basterebbe riferirsi alla tesi, indubbiamente molto ben argomentata di Hart¹⁷¹, secondo il quale, visto che al sistema internazionale, mancherebbe, a suo parere gran parte dell’essenziale, a cominciare da un meccanismo di produzione delle norme (e vedremo subito che non è così) l’ordinamento internazionale sarebbe solo un «set of rules». Che dice molto poco, se non altro perché, posto che sia così, occorre dire chi le pone o le fa queste “rules”; e se fosse la consuetudine, lo vedremo tra breve, saremmo molto fuori strada.

Se poi, detto ordine internazionale debba definirsi “weak” o primitivo¹⁷², oltre ad essere questione di valutazione soggettiva è

conduct within a community which by *common consent* of this community shall be *enforced by an external power*» (corsivi miei) per poi indicare la “debolezza” del diritto internazionale rispetto al diritto interno, a p. 13, affermando: «It is inevitable that the Law of Nations must be a weaker law than Municipal law, as there is not and cannot be an international Government above the, national ones which could enforce the rules of International Law in the same way as a National Government enforces the rules of its Municipal Law. But a weak law is nevertheless still law and the Law of Nations is by no means so weak a law as it sometimes seems to be».

¹⁷¹ V. HART H.L.A., *op. cit.*, pos. 4730: «Different interpretations of the phenomena to be observed are of course possible; but it is submitted that there is no basic rule providing general criteria of validity for the rules of international law, and that the rules which are in fact operative constitute not a system but a set of rules, among which are the rules providing for the binding force of treaties... A basic rule of recognition could then be formulated which would represent an actual feature of the system and would be more than an empty restatement of the fact that a set of rules are in fact observed by states. Perhaps international law is at present in a stage of transition towards acceptance of this and other forms which would bring it nearer in structure to a municipal system» (corsivo mio).

¹⁷² Con talvolta, sia consentita la critica, una visione molto unilaterale, come ad esempio ancora in OPPENHEIM L., *The Future of international Law*, Oxford (Claren-

irrilevante se, e nella misura in cui le norme di esso valgono e funzionano quanto basta: e sul quanto basta, soli giudici sono i soggetti stessi di quell'ordine, che, nella misura in cui lo ritengono tale, per debole che sia lo rispettano. Tanto più che la valutazione in questione è del tutto soggettiva e per di più imprecisa, dato che presuppone il confronto con altri ordinamenti "forti" o "moderni": una petizione di principio.

Tutto ciò, però, obbliga a porsi la domanda, su chi siano i soggetti in questione, salvo ad anticipare fin da ora che, se si afferma che non esiste potere o autorità *superiore* manca anche chi possa stabilire chi siano i soggetti, per cui è per definizione che si deve dedurre che il soggetto si *auto-definisce* tale e che pertanto non ha bisogno di essere "ammesso al club" dei soggetti, per il semplice motivo che, come postulato, quel club non esiste: non c'è un ente superiore. E quindi, *da un lato* anche il fatto che un soggetto sia riconosciuto come tale da parte di un altro soggetto, non solo è irrilevante per l'esistenza come tale del soggetto "riconosciuto", ma è improprio del tutto, anzi è giuridicamente irrilevante, perché la esistenza come soggetto dello stesso ente

don) 1921, p. 2 s.: «But even if we may speak of a law resembling in many aspects modern international law as prevailing between the states of ancient Greece, this law must nevertheless be limited to Greek states, foreign states and peoples standing outside this community as barbarians. On the other hand Roman law, possessed, it is true a mass of legal rules for the intercourse between the Roman Empire and all foreign states, but these rules were *Roman law* and not rules of an international law...», sovrapponendo, a mio parere, al diritto internazionale concetti diversi quali quello che potremmo oggi chiamare diritto internazionale privato. Per non parlare del fatto che, se uno definisce un altro "barbaro", ciò non impedisce per nulla che anche l'altro faccia parte della comunità, dato che la sua presenza è un dato di fatto. Con una punta di ironia, si potrebbe anzi andare oltre, ricordando che quanto a "barbari" già Remses II considerava gli Achei (che, periodicamente distruggevano Troia!) dei barbari. Vale la pena di sottolineare come analoga finisca per essere la tesi di Bartolo da Sassoferrato, per il quale, come noto, rileva solo il popolo cristiano la sua collettività (sotto il controllo del Papa) e non il resto: il *populus romanus* e i *populi extranei*, mentre lo stesso popolo cristiano si scinde tra due organizzazioni universali: la Chiesa e l'Impero. V. ampiamente sul punto lo scritto di ERCOLE F., *Studii sulla dottrina politica e sul diritto pubblico di Bartolo. I Impero universale e stati particolari. La "civitas sibi princeps" e lo stato moderno*, in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 1917 (Gennaio) Athenaeum, estratto. V., peraltro, proprio sul punto, il mio *Il trattato di Qadesh*, cit.

“riconoscente” è tutta da dimostrare e quindi indimostrabile né è la capacità (o addirittura il potere) di riconoscere. Insomma i soggetti di diritto internazionale nonché non definibili in base ad un riconoscimento, non sono nemmeno identificabili perché “creati” dalla stessa Comunità internazionale (diversamente da un soggetto di diritto interno) ma *si pongono da sé come parti di essa*.

Dall'altro lato, per conseguenza, la Comunità internazionale, priva com'è di centro di autorità, è una entità “naturale”, cioè non costruita da un numero predeterminato e determinabile di entità (chiamate ad esempio stati) ma che esiste di fatto come struttura astratta aperta all'accessione di chiunque valga o sappia valere, di per sé, come soggetto. Al quale, per di più, è devoluta anche la funzione di mettere concretamente in opera la legittimazione o la condanna dei comportamenti di essi stessi¹⁷³.

Va peraltro precisato che ove si potesse e volesse decidere (magari anche solo di fatto) di costruire anche nella Comunità internazionale un sistema di gestione centralizzato e autoritativo del potere, *a.* - anche l'Ordinamento internazionale sarebbe definibile come ordine interno ma, *b.* - non cambierebbe il fatto che esso resterebbe definibile, in termini di teoria dei sistemi, come un “sistema chiuso”, che ingloba *tutti* gli altri sistemi, a loro volta invece *tutti* tecnicamente “aperti” in un processo di permeabilità piena tra di essi e tra di essi e il sistema internazionale e viceversa.

Beninteso, non intendo minimamente entrare qui nella complessa e delicata discussione su quali si definiscano sistemi aperti e quali chiusi, dal punto di vista della teoria dei sistemi e dei suoi tumultuosi aggiornamenti, ma solo prenderne spunto per affermare una relazione, credo evidente e non contestabile: sta in fatto che i sistemi giuridici interni, entrano *sistematicamente* in relazione tra di loro, influenzandosi in qualche modo a vicenda, da cui la conseguenza che la loro autopoiesi è da intendersi come relativa, nella misura in cui non si limitano a riprodurre e con-

¹⁷³ V. *infra* Cap. 9.

servare sé stessi, ma si *evolvono* grazie *anche* a fattori esterni (oltre a quelli interni propri della razionalità degli agenti di essi) vale a dire: gli altri ordinamenti interni *e* quello internazionale¹⁷⁴. Al contrario, se è vero ed evidente che lo stesso sistema internazionale si evolve, esso lo fa per forza propria (e magari per volontà, quindi razionalità, dei suoi *propri* soggetti) dato che, al suo livello, non incontra né potrebbe mai incontrare altri sistemi internazionali, mentre i sistemi interni sono, già, parte di esso e della sua autopoiesi¹⁷⁵. Per cui, tornando ad un discorso già accennato, il fatto per cui un singolo ordinamento cerchi di affermare la propria individualità non rappresenta una forma eversiva o involutiva, ma al contrario, e per definizione, rappresenta uno dei meccanismi dell'autopoiesi del sistema universale: l'elemento della razionalità, e quindi anche quello del conflitto, contribuiscono all'evoluzione dell'intero sistema, solo "dopo" che l'autopoiesi abbia svolto fino in fondo il suo compito.

L'evidenza, peraltro, della profonda differenza – forse addirittura la massima – tra i sistemi giuridici di tipo interno rispetto a quello internazionale è data proprio dal fatto che *sempre* un sistema "interno" dispone di un meccanismo purchessia predisposto *normativamente e autoritativamente* alla formazione delle norme, da cui consegue *inevitabilmente* una qualche gerarchia tra di esse. Ciò vale, sia per i sistemi giuridici di tipo statale in senso stretto e in senso lato (gli enti cioè non strutturati nella forma dello stato, ma ad essi molto simili, come ad esempio i Movimenti di liberazione nazionale, gli insorti, ecc.), sia anche per i sistemi giuridici di enti tipicamente "internazionali", che *dal* diritto internazionale traggono legittimità, ma che sono retti da sistemi di

¹⁷⁴ Per sintetizzare, sia pure in modo incompleto, con la terminologia classica si direbbe: diritto internazionale privato e adattamento.

¹⁷⁵ Rispetto a quanto nel testo, merita solo di essere ribadito che ove mai un altro Ordinamento internazionale esistesse il loro (inevitabile) incontro genererebbe "un unico" Ordinamento internazionale. Non "super" ordinamento, come non *sovranazionali* possono essere gli ordinamenti internazionalistici rispetto agli stati o l'ordinamento internazionale *sovraordinato* rispetto a questo ultimi: di *supremazia* come di *sovrnanazionalità* non sarebbe il caso di parlare nemmeno in questa ipotesi. Allo stato dei fatti, però, un *altro* Ordinamento internazionale non è dato.

norme predeterminati e normativamente (gerarchicamente, quindi) organizzati, come ad esempio le organizzazioni internazionali e gli altri enti ad esse assimilabili¹⁷⁶. In questo tipo di enti, infatti, esistono delle norme *gerarchicamente organizzate*, tra cui anche quelle, fondamentali, che stabiliscono *come produrre legittimamente le norme stesse*, quelle che la dottrina classica definisce “norme di terzo o secondo grado”, e chi e come sia abilitato a produrle e tenuto ad eseguirle e rispettarle. Dove si deve segnalare che in questi casi: *da un lato* i soggetti che fanno capo a que-

¹⁷⁶ E infatti, anche un sistema giuridico interno di una Organizzazione internazionale o di un'altra entità simile ad uno stato, è fondato su una autorità centrale pur non essendo necessariamente uno “stato” in senso stretto. Ma, con riferimento agli altri enti simili agli stati, si pensi alla Palestina, che, definita “stato” dalle NU, tale sicuramente non è, pur essendo a tutti gli effetti un soggetto di diritto internazionale, dotato di un sistema autoritativo di posizione delle norme. V. il mio *Palestina e territorio della Palestina: un problema lungi dall'essere risolto*, in *Studi in onore di A. Sinagra*, Roma (Aracne) 2013 e v. anche di recente la complessa problematica suscitata dalla adesione alla ICC e dalla sottoscrizione dell'emendamento sulla aggressione, che, sostiene parte della dottrina, se sottoscritto da un ente non stato non avrebbe valore, mentre c'è chi sostiene al contrario che la definizione della Palestina come stato non membro, basta a qualificarla come stato. V. per tutti di recente ZIMMERMANN A., *Palestine and the International Criminal Court QuoVadis? Reach and Limits of Declarations under Article 12(3)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, II, p. 303, ss., RICHEMOND-BARAK D., *Double Duty at the ICC*, in *EJIL blog*, in <http://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc/>, A. ZIMMERMANN, *Does 19 + 11 Equal 30?: the Nitty Gritty of the Law of Treaties and the Kampala Amendment to the Rome Statute on the Crime of Aggression*, *ibid.*, ma specialmente, A. ZIMMERMANN, *29 + 1 = 30 – The Kampala Amendment on the Crime of Aggression and the Recent Accession by Palestine*, *ibid.* tutte discussioni, sia chiaro, perfettamente legittime, ma legate ad una concezione formalisticamente miope del diritto internazionale (benché forse utile a stimolare una migliore conoscenza dell'aritmetica) in quanto non vede, né “riconosce”, un soggetto, che è tale, solo perché non si suppone che risponda a certi requisiti di non chiara provenienza, ma poi ne accetta la “qualifica”, solo perché così è stato definito da un organismo (l'AG delle NU) privo di potere obbligatorio! Sia chiaro, anche io sono perfettamente convinto che la Palestina sia un soggetto di diritto internazionale, e da molto prima della risoluzione dell'AG (e anche del Prof. ZIMMERMANN!) ma che sia uno stato è impossibile affermarlo, così come, è altrettanto assurdo legare la possibilità di un soggetto a partecipare ad una organizzazione internazionale, al solo fatto che in una disposizione si usi il termine “stato”. Ribadisco: un soggetto è tale perché “riesce a fare” il soggetto e in quanto tale ha tutti i diritti che competono ad un soggetto, che sono esattamente gli stessi che competono ad uno stato, *mutatis mutandis*, posto, però, che non esiste una autorità che stabilisca chi può fare parte ... del club.

gli enti ne sono, magari solo convenzionalmente, i “padroni”¹⁷⁷ e, dunque, formalmente hanno il potere di farne le norme e, *dall’altro*, che la stessa *identificazione dei soggetti abilitati a fare parte dell’Ente*, con quel che ne consegue, è definita dalle norme predisposte all’uopo dall’ordinamento particolare stesso¹⁷⁸, che dunque se può concorrere alla formazione delle norme del sistema generale (o più generale) attraverso l’autopoiesi eccetera, non può in nessun caso essere ad esso superiore e da esso indipendente.

11. *Nello specifico l’Ordinamento internazionale come sistema generale*

In termini di teoria dei sistemi, dunque, l’interconnessione tra i vari sistemi, è definibile semplicemente come la interconnessione tra sistemi giuridici di tipo interno, definiti perciò *sistemi aperti* e il sistema internazionale definito come un *sistema chiuso*.

I due ordini o classi di sistemi giuridici si influenzano reciprocamente determinando o contribuendo a determinare l’uno le norme dell’altro e viceversa, in altre parole si integrano, anzi sono integrati¹⁷⁹. Detto in altri termini, il flusso delle informa-

¹⁷⁷ Tanto che, all’occasione, si ribellano e possono legittimamente ribellarsi al ... tiranno.

¹⁷⁸ *Convenzionalmente* perché, ad esempio in uno stato, i cittadini sono, per convenzione o, se si preferisce, per finzione di un ipotetico “contratto sociale”, i “padroni” del sistema, come gli stati lo sono – molto più realisticamente, a dire il vero – di una Organizzazione internazionale, ecc. Ma inoltre, e questo è un punto centralissimo di distinzione, sia in uno stato consolidato, sia in una Organizzazione internazionale come in qualunque altro ente (dalla società di persone di diritto interno ai membri di un *Movimento di liberazione nazionale* o anche, perché no, di una organizzazione criminale) esistono meccanismi predisposti a riconoscere o assegnare la qualità di membro o cittadino agli individui che si aggiungano (per dire così) a quelli originari.

¹⁷⁹ Incidentalmente è chiaro come le interrelazioni, l’interscambio, ecc., portino anche a definire i limiti e il contenuto delle eventuali lacune, e quindi a definire il campo della “indifferenza” al diritto internazionale stesso, secondo uno schema logico simile a quello indicato da FALZEA A., *I principî generali di diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, I, p. 455 ss., ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano (Giuffrè) 1999, p. 351 s., schema che porta ai principî generali, prima di definire l’indifferenza. Ma che porta ad allargare notevolmente sia il campo di interesse del diritto interno, civile nella specie, che quello del diritto internazionale, pas-

zioni è biunivoco, per cui così come l'Ordinamento internazionale coordina e in parte determina le norme degli Ordinamenti interni, questi ultimi contribuiscono a costruire le norme del diritto internazionale. Con l'unica particolarità ulteriore, che discende dal fatto che l'Ordinamento internazionale svolge anche una funzione di garanzia della legittimità sia degli ordinamenti interni in quanto tali che, per la connessione appena descritta, della loro legislazione interna.

Il che, appunto, pone la questione della eventuale struttura gerarchica dei rapporti tra di essi e, nell'ambito del sistema internazionale, pone la questione del rapporto gerarchico tra le sue stesse norme, resa più complessa dal fatto dell'assenza di una autorità centrale dotata del potere legislativo. Più precisamente, infatti, se quelli che ho definito sistemi interni sono *tutti* e sempre fondati su un sistema "autoritativo", quello internazionale appare l'unico a non esservi fondato, anche, benché non solo, sulla base della esplicita volontà dei soggetti, di non volere un sistema autoritativo.

E dunque, la domanda da porsi, e che molti si pongono, è: *a.* - se l'Ordinamento internazionale *prevalga* sugli ordinamenti interni, *b.* - se nell'Ordinamento internazionale vi siano norme gerarchicamente "superiori" ad altre (come ad esempio le presunte norme di *ius cogens* o i *principi* di cui si è accennato sopra) e cosa ne consegue¹⁸⁰.

sando attraverso il complesso discorso sulla analogia (*ibid.*, p. 358 s.): tutto ciò, peraltro, non esce dal terreno dell'autopoiesi fin tanto che non arricchisca, ampliandolo razionalmente cioè *grazie all'intervento della ragione* come elemento "esterno" e in questo senso evolutivo, il terreno del diritto interno e non, poco importa.

¹⁸⁰ In altre parole, almeno allo stato dei fatti del presente lavoro, permane piena la alternativa posta da KELSEN H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Aalen (Scientia) 1960 (1927), p. 104: «Mit dem naiven Augen der Durchschnittsvorstellung gesehen, scheinen sich auf den ersten Blick, drei Grundmöglichkeiten zu bieten. Entweder die beiden Normsysteme sind voneinander gänzlich verschieden und *unabhängig*... Oder es besteht eine solche Beziehung, und dies ist dann das Verhältnis der *Über- und Unterordnung* zwischen beiden Systemen; oder das der *Koordination*, hergestellt durch eine gemeinsam über beiden koordinierten Ordnungen aufgebaute, beide als Teilordnungen gleichermaßen umfassende höhere Ordnung». Quanto alla prima ipotesi, ho dato per scontato che le

A mio parere, invece, stante la comprovata assenza nell'Ordinamento internazionale di un principio autoritativo e gerarchico delle sue norme, ma stante anche il dato di fatto per il quale, magari *obtorto collo*, tutti i soggetti di diritto internazionale *riconoscono* l'esistenza di norme a loro dirette – pur a prescindere da tutto quanto fin qui discusso – non resta che optare, come già ipotizzato in passato con riferimento al campo dei diritti dell'uomo, per una *visione strettamente strumentale del sistema*, più consona, anzi l'unica possibile, per la logica dei sistemi complessi¹⁸¹, dove le norme non si impongono sulle altre perché superiori o più importanti o più “forti”, ma perché *strumentalmente necessarie quando non addirittura indispensabili, per la realizzazione delle altre* oltre che, ovviamente, per il funzionamento corretto dell'intero sistema: tali che, dunque, le une “dipendano” dalle altre a prescindere da un loro “grado” gerarchico, che, come cerco e in parte ho cercato, di mostrare non è dimostrabile nel diritto internazionale, e comunque *non è voluto dai soggetti*¹⁸².

due classi di sistemi *non sono affatto* indipendenti l'una dall'altra. Quanto alle altre due ipotesi, alla luce della teoria dei sistemi, il problema a mio parere non può essere posto in termini di superiorità gerarchica dell'una sulle altre: cosa che, alla fine, porta all'idea della *sovranazionalità* o, come ancora oggi M. AINIS, V. SGARBI, *La Costituzione e la bellezza*, Milano (La Nave di Teseo) 2017, *Commento* art. 10 pos. 1386, del «primato del diritto sovrastatale», che, al di là della ridondanza, presuppongono l'ipotesi, contraddittoria in termini, di una *sovranità* assoggettata ad un'altra ... sovranità! Ma su ciò ovviamente si dovrà molto approfondire non certo in questa sede.

¹⁸¹ Nei quali, insomma, l'uso del termine e del concetto di gerarchia non allude alla capacità di un organo di “ordinare” ad un altro di fare qualcosa, ma alla strumentalità logica dell'un atto rispetto all'altro. Cito, fra le tante possibili, la definizione di WEISS P.A., *The Basic Concept*, cit. *supra* nt. 50, p. 14, che definisce un sistema, come riportato testualmente *infra* § 26.

¹⁸² In qualche modo è la stessa domanda che si pone vigorosamente e da par suo D'AMATO A., *Groundwork*, cit., nt. 198, p. 660, quando paragona la cosa alla discussione su chi sia nato prima tra l'uovo e la gallina, per concludere: «Thus, we may derive from this example [l'ipotesi di un “incontro” tra uno stato primevo A con uno stato primevo B, che, riconoscendosi come tali, iniziano relazioni] the answer to the original question. The state and the system came into being simultaneously (and symbiotically) when foreign relations first began between two proto-states». In realtà, a me pare che qui sia un limite di questa ricostruzione, nella misura in cui l'A. dà per scon-

Con il corollario per il quale, essendo quelli giuridici sistemi sociali, fondati cioè non sul semplice meccanismo di causa ed effetto ma anche sulla *ragione* (che, beninteso, non vuol dire necessariamente ragionevolezza) e, in gran parte sul suo corollario, la *volontà* e cioè sulla scelta, le opzioni del sistema e quindi *la scelta delle norme da applicare prima di altre o da applicare tout court*, è appunto almeno in parte, *una scelta razionale*, cioè, per dirla con von Bertalanffy¹⁸³, è una conseguenza o un portato di natura *culturale* e quindi non naturale e quindi ancora, aggiungo, non fondata sul solo principio di causalità, ma decisa e quindi, trattandosi di norme giuridiche, *posta*.

E, infine, con l'ulteriore corollario per il quale, essendo l'Ordinamento internazionale il sistema più vasto, le scelte necessarie alla funzionalità ultima del sistema e in particolare alla sua sicurezza e quindi alla stessa sopravvivenza non solo del sistema internazionale ma anche di *tutti* i sistemi interni, spettano necessariamente ad esso e solo, sia pure in ultima istanza, ad esso, per l'interconnessione necessaria di *tutti* i sistemi, come vediamo subito.

12. *La struttura generale dell'Ordinamento giuridico e di quello internazionale in particolare: le relazioni tra i sistemi*

E dunque, posto che è impossibile nonché praticamente, teoricamente immaginare gruppi umani isolati e autosuffi-

tato che i soggetti del diritto internazionale siano gli stati, ma non dimostra a fondo, forse, perché loro e proprio loro siano i soggetti. Così, però, si indebolisce, temo, la bella ricostruzione del "sistema" in termini di società complessa (qui forzo un po' le parole di D'Amato che si formerebbe per opera congiunta di molti fattori, dai soggetti, ai giuristi, ai diplomatici, ecc.: una società, direi io, puramente di fatto, ma organismo unitario, universale, *struttura complessa*. Il problema è, a mio parere, che una società siffatta, che tenderebbe, come vuole D'Amato ad evitare e superare i conflitti, sarebbe una società tendente all'entropia negando così la stessa sua evoluzione. Il che forse è in contraddizione con la sua stessa "Proposition 2" (p. 660): «The rules of the international legal system are created by the system and not by individual states», come, appunto, ho cercato di mostrare nei precedenti paragrafi. Il punto è, ripeto per l'ennesima volta, che *evoluzione* discende solo da un intervento "eserno".

¹⁸³ VON BERTALANFFY L., *Teoria generale*, cit., p. 297 ss.

cienti¹⁸⁴, e posto altresì che la formazione e la struttura di un ordinamento giuridico, in quanto fenomeno sociale, sia esso interno o internazionale, sono nonché fondati su logiche analoghe, anche strettamente, *giuridicamente*, interconnessi, tale collegamento si sostanzia:

a. - in un rapporto gerarchico, quale potrebbe essere quello tra lo stato e la Regione o tra lo stato e una società per azioni o un individuo, o, *mutatis mutandis*, tra le NU e l'UNHCR, ecc., dove dunque esiste un ente-autorità cui *compete*, perché ne ha il potere (dovunque esso si sia originato) sia di definire i comportamenti dei soggetti che vi fanno capo, sia di identificare, e quindi definire, i soggetti stessi, oppure

b. - in un sistema di relazioni *necessario in quanto inevitabile*, ma non necessariamente gerarchico, quando non riconducibile ad una autorità centrale riconoscibile, che, come segnalato più volte, sono proprio i soggetti di diritto internazionale innanzitutto a non volere.

Come ho argomentato fin qui, non si può non prendere atto della realtà, per la quale, nella seconda delle due ipotesi di cui sopra, *non esiste una gerarchia*, fondamentalmente *perché manca una autorità*. Il che, come ho mostrato prima, non esclude che, pur senza gerarchia, un sistema giuridico possa esistere, come infatti esiste.

Ciò perché una gerarchia non è necessaria perché in un sistema complesso come quello ipotizzato per disegnare l'Ordinamento internazionale in quanto tale e i suoi rapporti con gli Ordinamenti interni, è la logica (e, per certi versi, le necessità) del sistema generale quella che regola i comportamenti delle sue parti in termini ordinatori, obbligatori e *strumentali*.

Per di più, è largamente documentato dalla prassi e dalla

¹⁸⁴ Perfino la *Dichiarazione* delle NU sui popoli indigeni (A/RES/61/295, 13.9.2007, un documento, a mio parere, di un razzismo sconvolgente) afferma, tra l'altro, il diritto di quei popoli ad uno sviluppo, anche economico, analogo a quello degli altri popoli, pur se ne conferma ambigualmente lo *status* di dipendenza, art. 3, autodeterminazione, e art. 4 autogoverno, cioè *non* indipendenza!

storia che i soggetti di diritto internazionale, cioè innanzitutto gli stati, pur perfettamente coscienti degli obblighi e dei diritti assoluti e reciproci, quella gerarchia semplicemente *non la vogliono*. Non vogliono né una gerarchizzazione del sistema normativo (che quindi resta “orizzontale” come ama ripetere molta parte della dottrina) né una struttura organica, capace di fare valere le norme, così come di “crearle” capaci di valere per tutti. Come già detto, le ipotesi di “verticalizzazione” (altro termine caro a parte della dottrina) se pure valgono per *talune parti* del sistema, non valgono per il sistema nella sua interezza, se non altro per il semplice banale motivo *che non ci sono organi capaci di gestirlo e intesi a farlo*: l’unico tentativo esplicito di verticalizzazione, le NU, è visibilmente fallito. Basta leggere (e verificarne la prassi) il vago e ambiguo art. 42 e la mancata realizzazione delle misure di cui agli artt. 43 e seguenti, per vederlo, ma anche la netta chiusura dell’art. 2.7, per confermarlo. D’altra parte è indubbio il valore guida assunto dal principio dell’eguaglianza dei diritti dei popoli e dell’autodeterminazione di cui all’art. 1.2, nonostante i capp. XI e XII della Carta.

Ciò vuol dire che la mancata capacità impositiva, cioè autoritativa del sistema e dei suoi organi, quando ci sono, non determinando mancanza di obblighi e di diritti, va interpretata e ricostruita in maniera diversa dalla “normale” impostazione di tipo statalistico, kelseniano, insomma. La diversità è assoluta, totale e deliberata, e pertanto la descrizione dell’ordinamento deve necessariamente prescindere da una qualunque impostazione tradizionalmente gerarchica: *la gerarchia non c’è*. Il potere o la volontà di potere, che taluni soggetti esercitano o pretendono di esercitare è *abuso di potere* perché non c’è nulla che lo legittimi. Ma la soggezione alla norma, in quanto norma, cioè, posta e *già* esistente, ma non *imposta* è indubbia: ma, appunto, soggezione non “accettazione”, che è solo il modo diplomatico di affermare l’obbligo del soggetto di diritto internazionale, che, insomma, si descrive come se “accettasse graziosamente l’imposizione” di un organismo astratto, che invece semplicemente non c’è, mentre non fa altro che applicare le norme!

Ciò, dunque, non vuol dire che nel sistema non esistano diritti ed obblighi secondo la terminologia corrente, anzi! Ciò vuole solo dire che quelli che comunemente descriviamo come diritti ed obblighi, in realtà sono *elementi di funzionamento del sistema complesso Comunità internazionale*, che, determinano l'obbligo – nel senso che se non viene seguito o viene eseguito scorrettamente il sistema non funziona o funziona male – e, pertanto, se del caso, è il sistema che o “reagisce” (cioè agisce secondo i propri meccanismi per riportare al buon funzionamento l'ente-organo-meccanismo “danneggiato” o, se vogliamo “recalcitrante”) o agisce *nel sistema sulle parti “non funzionanti”* per farle funzionare come dovuto, *oppure*, terza ma fondamentale possibilità, per modificare il sistema in corrispondenza al funzionamento di quella parte di esso, il cui comportamento diverso dal previsto, si riveli adeguato ad un suo miglior funzionamento (autopoiesi), o sia in grado di modificarne “felicitemente” la struttura (evoluzione). Da cui ancora deriva, che mentre l'autopoiesi è strutturale al sistema, ne è parte logica integrante, l'evoluzione richiede (si tratta di un sistema sì “meccanico” ma razionale) il *consensus* o l'accordo, o l'accettazione delle altre parti del sistema, o, infine, *la rivoluzione*.

12.1. *La obbligatorietà e la sanzione come strumenti di riequilibrio del sistema*

Il sistema, dunque, dato che c'è e non si può né cancellarlo né sostituirlo anche se nessuno lo ha “costruito”, *deve* funzionare, ripeto *deve*, perché sta lì proprio per quello, per funzionare, e non può non funzionare al punto che quando parti di esso divergano dalla funzione, o attività che dir si voglia, cui sono destinate e dai compiti che sono ad esse connaturati, il sistema come ho detto più volte in termini, come ovvio, “immaginifici”, reagisce *difendendosi*, per cui il compito dell'osservatore e dell'interprete è quello di analizzarne e descriverne il funzionamento, così come è, non come si vorrebbe che fosse, magari ipotizzando sovrastrutture sofisticate e inconsistenti e, meno che

mai, su base etica o religiosa: il sistema non ha né etica, né religione e nemmeno sovrastrutture.

La descritta difesa (*auto-difesa*) del sistema, non può in alcun caso essere letta nei termini normativi classici: obbligo, violazione, sanzione, autorità, pena. *L'obbligatorietà*, si risolve in realtà nella necessità di adeguamento a quanto "pre-disposto" dal (o meglio, nel) sistema generale: in quanto i singoli sistemi particolari (gli stati ad esempio, per intenderci) in quanto parte di una struttura ampia di cui essi sono elementi *necessari ma non unici*, definiti nelle proprie funzioni rispetto al sistema generale, devono adeguarsi ad esso. In altre parole l'obbligatorietà è in realtà l'esercizio necessario delle proprie funzioni, sia interne che esterne: necessario al punto, che ove non svolte il sistema reagisce, *ri-adattandosi*.

Reagisce, insomma, come può, reagisce per quella macchina che è, con gli strumenti che ha. Come una entità organica reagisce a un colpo di coltello coagulando il sangue e all'intrusione di un agente patogeno isolandolo e, solo se necessario, uccidendolo, così fa l'Ordinamento internazionale come può, affermando l'illecito, isolando il colpevole, mediando: cioè, come ho già osservato, utilizzando la *politica* come strumento di *mediazione, meglio, di comunicazione* giuridica. Perciò non occorre la sanzione, basta il riequilibrio del meccanismo. Che, in assenza di meccanismi autoritativi o centralizzati, può solo avvenire affidando quella reazione alle singole parti di esso, se e quando siano disponibili e in grado di farlo: *ed in questo caso la loro è di per sé una reazione* legittima, purché legittimamente condotta e legittimamente iniziata, anche se, nell'occasione, *svolta con mezzi in sé illegittimi*.

E quindi, siamo di nuovo alla necessità di distinguere tra azioni proprie della macchina-Ordinamento internazionale, e azioni "esterne", cioè deliberatamente "rivoluzionarie".

Ragione per la quale, se sono le sue parti, insomma i soggetti di diritto internazionale, ad agire, occorre che agiscano secondo le modalità proprie del sistema, per dir così, in quanto *strumenti* del sistema e quindi, *non in nome e per conto di esso*. Non diver-

samente da un ordinamento interno, anche se il soggetto difende o pretende un diritto o interesse legittimo individuale, lo fa nei limiti e nei termini dell'ordinamento del quale fa parte. Per cui se si tratta dell'Ordinamento internazionale, ciò accade nei termini e nei limiti di quest'ultimo, e quindi nei termini della ricostituzione, fin dove possibile, della situazione giuridica lesa, dove la sanzione svolge una funzione opzionale e ancillare per la ricostituzione della situazione *quo ante*, spesso solo vendicativa, tanto che essa stessa può divenire un illecito.

In altre parole. In un sistema giuridico di tipo interno, l'illecito è "perseguito" (in genere da un organo terzo) dai meccanismi del sistema che affidano al privato l'esercizio dell'azione risarcitoria e allo stato (all'organo che esercita l'autorità nella struttura in questione) l'esercizio della parte afflittiva, la pena: economica o fisica, che sia. Anzi, in un ordinamento giuridico moderno (pulsioni populiste e "giustizialiste" a parte, che poi significano, invariabilmente, autoritarie) la differenziazione è rigorosa: al privato spetta il risarcimento, ma il privato non ha alcuna voce in capitolo nonché sull'entità, sulla stessa attribuzione di una pena. Nel diritto internazionale, in assenza di una struttura del genere, è al singolo che compete, in pratica, sia l'azione risarcitoria che quella sanzionatoria, che però non è tale perché "punizione" implica autorità di punire¹⁸⁵. Tanto vero che un soggetto offeso così come lo cerca direttamente e così può rinunciare è comunque innanzitutto il "risarcimento" che cerca, sia nella forma del risarcimento "classico" e della *restitutio in integrum*, sia nella forma della *soddisfazione*. Se, al contrario, l'inte-

¹⁸⁵ E la constatazione di detta mancanza, non può essere trascurata quando si cerca di implicare che non c'è diritto e quindi nemmeno diritto internazionale senza sanzione, come tipicamente scrive KUNZ J., *Sanctions in international law*, in *AJIL*, 1960, p. 324 ss., p. 346: «But legal positivism does state that legal norms must have validity, that they are prescriptions; that the character of being legally binding means that conduct contrary to that prescribed by the norm is put under a sanction that shall be executed, by physical force if necessary. A condition of the validity of legal norms is that they are, in general, by and large effective. A legal norm must contain a sanction»: il fatto è che nell'Ordinamento internazionale manca il principio fondamentale degli ordinamenti interni: *il monopolio dell'uso della forza*.

resse leso è un interesse collettivo, insomma se si tratta di violazione di obblighi *erga omnes*, la comunità si esprime sostanzialmente *legittimando* l'azione individuale tesa alla *ricostituzione* o alla *costituzione* della situazione lesa o illegittima. Nel caso, ad esempio, dell'autodeterminazione dei popoli, la Comunità internazionale non *punisce* gli stati che la abbiamo lesa, pretende la cessazione dell'illecito e l'eventuale risarcimento o *restitutio in integrum*. Quando dopo la prima guerra mondiale le potenze vincitrici impongono alla Germania le cosiddette "sanzioni", le impongono come risarcimento dei danni di guerra e come garanzia di non bellicosità futura, impedendone il riarmo.

Insomma: i modi per il "riequilibrio" del sistema, possono essere e sono formalmente diversi, ma, nella sostanza e da un punto di vista teorico, sono solo gli strumenti necessari al riequilibrio stesso. Non è, insomma, azzardato leggere così, sia gli atti violenti di qualche soggetto di diritto internazionale, tesi (almeno ufficialmente) a riequilibrare il sistema che si suppone violato, sia, in particolare e per fare un esempio significativo, la possibilità che ha la ICC di iniziare indagini e perseguire fatti di propria iniziativa.

Ma, per concludere sul punto, il fatto che, nella realtà, siano sempre e solo i soggetti stessi quelli che agiscono, sia in "difesa" di interessi diretti lesi, sia anche in "difesa" di interessi collettivi, non implica alcuna conseguenza sulla natura del sistema¹⁸⁶. Non ha, insomma, questa realtà, alcun effetto sulla definizione del sistema del diritto internazionale come sistema orizzontale o verti-

¹⁸⁶ È il punto, questo, trattato da FALK R., , *International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order*, in *Temple Law Quarterly*, 1959, p. 295 ss., p. 320, che scrive (come sempre acutissimo): «The essence of horizontal order is the rational self-delimitation of competence by each State. The process of self-delimitation should seek to take maximum account of the existence of other States and give effect to a mutually satisfactory standard of reciprocity», ma pi, a mio giudizio, non trae compiutamente le conseguenze, quando scrive: «Because of the decentralization of legal authority it is important that the delimitation of legal authority be expressed in persuasive form so that it induces other States to accept it willingly, and to cooperate with its implementation. As a result of incompatible policies towards matters that concern more than a single State some friction is unavoidable».

cale: non è né l'uno né l'altro. Il principio di autorità manca comunque, per cui nessun ente "esercita" il potere o la funzione ordinatoria, né direttamente né per delega o simili, come quando si definisce il soggetto che agisce per la ricostituzione di una situazione giuridica lesa, come "organo" della Comunità internazionale. La Comunità internazionale non ha organi, ha solo funzioni.

12.2. *Il "fondamento normativo" del sistema e il persistent objector*

Il punto ora è che, se è possibile ed usuale concepire che un ordinamento (cioè un sistema) giuridico sia fondato su una norma base (meglio, *di* base) o meglio su una serie di norme che costituiscano la base legittimante e *causa della validità* (e pertanto della obbligatorietà su base gerarchica) delle altre norme che *da essa dunque dipendono*, ciò presuppone un sistema (già) organizzato¹⁸⁷ nel quale, sia pure sulla base di un più o meno fit-

¹⁸⁷ O, da un altro punto di vista, un sistema complesso, tale che la stessa teoria pura del diritto, finisce in realtà per essere incapace di descrivere la complessità del fenomeno del diritto come fenomeno sociale. Su ciò v. ampiamente VAN DE KERCHOVE M., OST F., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris (PUF) 1992, p. 9: «Et pourtant – c'est le mérite immense de cet œuvre –, la *Theorie pure* ne finissait-elle pas par dévoiler, comme par-devers elle, l'impureté de son objet, dès lors que la remontée, par degrés successifs, de la pyramide normative débouchait sur une norme fondamentale qui ne laissait que deux issues: soit poursuivre à l'infini la remontée, qui commande d'obéir à la norme fondamentale et évoquer ainsi en pointillé, l'image de Dieu; soit, au contraire, redescendre de la face cachée de la pyramide et finir par admettre que *la norme fondamentale se modifie chaque fois que se transforme le régime juridique qu'elle habite* – autrement dit: *le bas détermine le haut*, le fait commande au droit». E, in effetti, proprio questa, come vedremo tra poco, mi sembra essere la caratteristica del diritto internazionale non "tutto" centrato su questa relazione, ma in cui questa relazione predominante *non perviene* all'identificazione né di una norma base, né di un *potere* base. Ma, a ben vedere e come detto sopra, questa logica vale per *tutti i sistemi* giudici, in quanto frutto di società aggregate *di fatto*; anche se poi, *di diritto* e quindi razionalmente, abbiano costruito (quando ad esse non sia stato imposto, che è la normalità assoluta per un individuo oggi nel "proprio" stato) un sistema gerarchico, altrimenti e più correttamente definibile come un *sistema di potere*. A ben vedere, infatti, anche la più "democratica" delle società giuridiche, permette (appunto: "permette") agli individui di scegliere e decidere; in limiti per lo più angusti ed eterodiretti, quando non

tizio “contratto sociale”¹⁸⁸, una determinata norma o serie di norme (o, per la verità, una determinata persona o gruppo di persone) siano alla base del sistema¹⁸⁹; o meglio, per usare le parole di Kelsen, dei *fatti capaci di determinare delle norme*, quelli che, nell’esempio riferito di Hart, sono descritti come la volontà della regina, che rende le norme da ella emesse valide, semplicemente perché da lei promananti. Si potrebbe forse solo aggiungere che, se nel caso di Hart la volontà della Regina è la norma, in un certo senso è la norma base, l’ipotesi kelseniana (molto più complessa e articolata) conduce alla ricerca di quella *Grundnorm*, che rischia di essere irraggiungibile, secondo l’ipotesi avanzata da van de Kerchove. A ciò si aggiunga, se mi è permesso, che in tutti e tre i casi, *ogni ordinamento viene valutato per sé* e ha o trova la sua Grundnorm o la sua regina: mentre ciò che cerco di dimostrare è che il diritto è uno e il “fondamento”

volgarmente dirigistici, come, purtroppo, vorrebbero, duole dirlo, la CEDU e la nostra Corte Costituzionale, come osservato in passato nel mio GUARINO G., *Corte costituzionale e leggi elettorali: note di un internazionalista a margine di una recente sentenza*, in *Consulta Online*, 2014 (20.9) in <http://www.giurcost.org/studi/>. Secondo le quali corti, infatti, posto che un cittadino nasce e vive in uno stato già esistente, che deve necessariamente accettare (anche perché gli si impone) deve, secondo entrambe le corti, anche accettare che il suo voto sia manipolato per “garantire la governabilità” ... magari a sue spese! E qui torna il discorso già fatto, per il quale alla fine, l’unico rimedio sta proprio nel diritto internazionale e nelle sue normative, dato che il diritto internazionale potrebbe essere “scoperto” come quello che, appunto come ho cercato di articolare nello scritterello citato, vuole garantire il diritto di ciascuno “a danno” dell’interesse dello stato.

¹⁸⁸ Sempre più oggi teso alla «privatizzazione del pubblico», secondo la nota affermazione di BOBBIO N., *Contratto sociale oggi*, Napoli (Guida) 1980, p. 20 ss.

¹⁸⁹ Si potrebbe sul punto citare testualmente ALEXY R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München (Alber) 2011, p. 143: «Die Tatsache, ... schließt nicht aus einen Begriff der rechtlichen Geltung in engeren Sinn zu bilden, der sich ausschließlich auf spezifische Eigenschaften der rechtliche Geltung bezieht und auf diese Weise einen Kontrastbegriff zu den Begriffen der sozialen und der moralischen Geltung bildet. Ein derartiger Begriff der rechtlichen Geltung ist gemeint, wenn gesagt wird, daß eine Norm rechtlich gilt, wenn sie von einem dafür zuständigen Organ in der dafür vorgesehene Weise erlassen worden ist und nicht gegen höherrangiges Recht verstößt, kurz: wenn sie ordnungsgemäß gesetzt ist» (corsivi miei). Sulla distinzione tra il „gesteztes Recht“ e il „Richterrecht“, v. IDEM, *Theorie der Grundrechte*, Berlin (Suhrkamp Taschenbuch Verlag) 1994 (1985), p. 24 e *passim*.

di tutto si trova, come vedremo nel diritto internazionale, privo di regine e di Grundnorm.

Tornando, peraltro al discorso di cui sopra, esso, va detto subito, implica necessariamente che l'affermazione del "potere" di emettere norme (il *sein* di Kelsen) sia o assunto *di fatto* da un autocrate purchessia, o sia l'espressione "democratica" della volontà popolare, comunque manifestata in o attraverso un ente o persona che esercita il *potere*. Per entrambe le quali ipotesi, fin dal tempo di Bartolo, ma oggi sicuramente con l'affermazione del principio di autodeterminazione dei popoli, lo stesso popolo, assoggettato o anche autore non più soddisfatto del regime in cui vive, è considerato (ma in astratto) *legittimato* a rovesciarlo: *legittimamente*, ma allora necessariamente grazie ad un ordine giuridico diverso da quello che si intende rovesciare, al quale, unico, "compete" di legittimare (e di *garantire*) o meno quel processo.

Ciò che, dunque, distingue profondamente, anzi radicalmente, il diritto internazionale dal diritto interno, è *il fatto per cui, mancando sia l'organo* (sia pure autocratico) che emette la norma, che il *procedimento di formazione della norma* stessa – ovviamente parlo delle norme generali, per le altre non c'è il problema – è *logicamente* impossibile qualificare la norma in termini di *validità formale*¹⁹⁰ ma anche in termini di efficacia, dato che una norma può essere *effettiva*, cioè obbligatoria, senza essere efficace, quando, ad esempio, *di fatto*, non trovi applicazione concreta, ma esista anche qualora "violata", perché il diritto internazionale ci ha insegnato e ci insegna, che anche una norma mai applicata ma violata una sola volta è violata: cioè quella norma *c'era e c'è*. Per cui quella norma, esiste benché non sia valida e validabile sulla base di un *procedimento*, che nel diritto interna-

¹⁹⁰ Il che, ne sono ben cosciente, finisce per trovarsi in contrasto con la gran parte della dottrina giuridica sul fondamento del diritto e del diritto internazionale in particolare. V. ad es. e per tutti per ora, A. Ross, *A textbook*, cit., p. 79 ss. Credo però, che il fatto per il quale, e come detto più volte, *deliberatamente infra*, nt. 326 l'Ordinamento internazionale è privo di autorità e quindi di procedimenti formali, renda inevitabile questa conclusione: della norma, dunque, è predicabile solo l'effettività, il fatto, cioè, che c'è e che, all'occasione, verrebbe applicata o è stata applicata o *non è stata ancora* applicata.

zionale manca del tutto, tanto che io preferisco parlare di formazione dialettica della norma¹⁹¹. Beninteso, della norma (pur di quella non scritta) è comunque predicabile la legittimità, che è tale in quanto rispettosa di altre norme dell'ordinamento, dei suoi principi, ecc.

Ciò significa, come vedremo meglio più avanti, che non solo occorre riesaminare profondamente la tradizionale teoria circa la formazione *consuetudinaria* delle norme di diritto internazionale nella sua formulazione classica della *opinio iuris sive*¹⁹² *necessitatis* più *diuturnitas*, ma anche il consequenziale istituto del *persistent objector*, che a mio parere, infatti, è del tutto improponibile seguendo la mia ricostruzione della logica del sistema internazionale.

E, infatti come già rilevato, è proprio e solo nell'Ordinamento internazionale, inteso come ordinamento nel quale le norme sarebbero di formazione consuetudinaria, nel senso che si formerebbero con la ripetizione costante di un certo comportamento, che è possibile immaginare la figura, altrimenti anche solo astrattamente impraticabile in un ordinamento giuridico codificato, del *persistent objector*. Cioè della figura di un soggetto legittimato, come afferma la dottrina dominante, a non applicare la norma *in formazione* alla quale si oppone, fin tanto, *ma* solo fin tanto, che la norma non “nasca”¹⁹³ e divenga obbligatoria per tutti. Anzi non a caso, per la dottrina più antica strettamente contrattualistica, tale facoltà persisterebbe addirittura anche dopo che la norma sia nata¹⁹⁴.

¹⁹¹ Solo per fare un esempio banale: la norma che fa divieto di inquinamento, “nasce”, come norma non scritta, proprio perché la violazione continua di essa (il fatto che molti inquinano) ha “indotto” la formazione della norma che, da un certo momento in poi, vieta un comportamento finora tenuto, e rispetto al quale esiste soltanto prassi di violazione.

¹⁹² O *ac*, che ovviamente cambia un po' il senso dell'espressione.

¹⁹³ Ma di nuovo: è solo lo stesso ordinamento internazionale quello, e l'unico, che può stabilire *se e quando* la norma c'è e quindi *quando* il soggetto non può più sottrarvisi.

¹⁹⁴ Come noto la tesi è fatta per lo più risalire alla sentenza CIG, *Fisheries Case (United Kingdom V. Norway)* Judgment Of December 18th, 1951, p. 131: «In these cir-

Ma se, invece, si accetta la mia tesi, e cioè della inesistenza della *consuetudine* intesa in quel senso, e invece del fatto che il comportamento del soggetto *la prima volta* determina la constatazione del *fatto* che la norma *c'è ed è in vigore*¹⁹⁵, la semplice idea del *persistent objector* non trova fondamento alcuno¹⁹⁶.

Tanto più, che quella ipotesi ne rende necessaria un'altra, secondo la quale, in sostanza, vi sarebbe una sorta di regola maggioritaria nella formazione delle norme di diritto internazionale non scritto: una regola, cioè, grazie alla quale, completato che sia il necessario percorso, la norma *c'è* e vale per tutti purché però *un certo numero di soggetti la ritenga tale*. Perché il discorso, in realtà, è più complesso. Infatti, pur a prescindere dal fatto che a mio parere la norma generale si deve considerare come nata in maniera istantanea o più precisamente in un determinato mo-

circumstances the Court deems it necessary to point out that although the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law. In any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast», dove, invero, mi pare che la Corte parli di una norma non ancora affermata (e infatti, poi, la norma sarà quella delle 12 miglia). Comunque successivamente non sembra che vi siano altri casi di applicazione di detta regola. In letteratura, v. tra gli altri., STEIN T., *The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, in *Harv. Int'l. L. J.*, 1985, p. 4577 ss., BRADLEY, C., *The Costs of International Human Rights Litigation*, in *Chi. J. Int'l L.*, 2001, p. 4588 ss., COLSON D., *How Persistent Must The Persistent Objector Be?*, in *Washington Law Review* 1986, p. 957 ss., DUNBERRY P., *Incoherent And Ineffective: The Concept Of Persistent Objector Revisited*, in *ICLQ*, 2010, p. 779 ss., LAU H., *Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law*, in *Chicago J. Int'l L.*, 2005-06, p. 495ss., LOSCHIN L., *The Persistent Objector And Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework*, in *U.C. Davis Journal Of International Law & Policy*, 1996, p. 148 ss., WEIL P., *Towards Relative Normativity In International Law?*, in *AJIL*, 1983, p. 413 ss. e molti altri.

¹⁹⁵ Del resto, è la definizione romana della consuetudine che lo conferma, quando ad es. afferma in D. 1.3.32 (*Iulianus, libro 84 Digestorum*): «1. *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum.*» e poi confermato da *Ulpianus, libro primo de officio proconsulis*, D. 1.3.33: «*Diu-turna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.*»

¹⁹⁶ *Infra* § 14 e 16.

mento, quella relazione logica tra la nascita della norma e la sua obbligatorietà generale, non indica affatto il *quando*: quale cioè sia il momento in cui quel “progetto” di norma diventa norma, segnando così il momento in cui il comportamento (o la pretesa) ad esso contrario diventi illecito, insomma il momento in cui l’opposizione alla norma diventa non più irrilevante, ma illegittima: è il tema di Caino¹⁹⁷. Il problema, in fondo, è quello della “certezza del diritto”, in un sistema nel quale, *apparentemente*, di certezza del diritto non è luogo parlare. Ma, ciò è inammissibile: non esiste sistema giuridico che non abbia come base imprescindibile la certezza del diritto. La sua mancanza, non per caso, è la principale caratteristica degli ordinamenti autoritari e, ribadisco su un tema che mi è caro perché preoccupante, populistici.

Orbene, se è vero che proprio questa ipotesi ha potuto essere vantaggiosamente utilizzata per dipingere il diritto internazionale come un sistema a base strettamente contrattuale (che appunto permetterebbe a chi non voglia di non adeguarsi alla pretesa) è altrettanto vero che non può in alcun modo dimostrare quando e come quel comportamento in sé non legittimo ma indifferente per il diritto internazionale, divenga illecito, in assenza di un rapporto contrattuale tra le parti. Pur a prescindere dal fatto che lo stesso rapporto contrattuale ha un senso solo se è garantito da una norma preesistente non certamente contrattuale!

¹⁹⁷ V. *supra* § 5.2.

CAPITOLO SESTO

I PRINCIPALI ELEMENTI DELLA STRUTTURA NORMATIVA DELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 13. Le norme generali. – 13.1. Il “riconoscimento” come strumento di validazione della norma, conseguente all’assenza di gerarchia. – 13.2. La constatazione dell’esistenza della norma generale e della sua validità. – 13.2.1. La liceità della II guerra mondiale? – 14. L’originalità e la funzionalità dell’Ordinamento internazionale: sovranità e Costituzioni. – 14.1. La logica dell’ordinamento internazionale: l’interpretazione, l’entropia e l’evoluzione del sistema internazionale. – 14.2. Le connessioni tra sistemi: l’universalismo del sistema giuridico. – 15. Il diritto internazionale come sistema non primitivo e obbligatorio.

13. *Le norme generali*

Premesso che, come rilevato sopra, l’uso del termine “ordinamento” serve solo a definire il fatto per il quale il sistema è dotato (o meglio, *si* dota) di regole coordinate sia di merito che procedurali, ivi comprese quelle destinate a formare le regole stesse – anzi, innanzitutto quelle – e, premesso anche, che il concetto di “ordinamento” corrisponde perfettamente al concetto di sistema illustrato in precedenza, ma non presuppone una gerarchia o una autorità fonte del diritto, un tale ordinamento non persegue altro “fine” che non sia quello di funzionare e cioè: funziona o non funziona, *tertium non datur*.

E quindi, è suscettibile di essere analizzato per ciò che oggettivamente è, sia dal punto di vista strettamente strutturale che, per così dire dal punto di vista *funzionale*, cioè in relazione

al modo in cui funziona e agli effetti che su di esso producono gli, eventuali, impulsi esterni, che può sempre ricevere sia da altri sistemi sia da fenomeni “esterni” secondo la terminologia di cui più sopra e cioè dalla volontà razionale e deliberata di *influire* sul sistema: i quali impulsi, perciò, ne modificano la stessa struttura e, in conseguenza, anche le funzioni magari non interessate dall’intervento esterno.

Per tornare all’immagine della macchina su cui si è discusso sopra, si potrebbe dire che come in una macchina, ad esempio un motore, le singole parti sono collegate tra di loro per la funzione finale di funzionare ne consegue anche che (come si è detto per gli ordinamenti interni) è impossibile definire tra le varie parti un rapporto che non sia “semplicemente” funzionale: ogni singolo pezzo, anzi ogni singolo meccanismo della più complessa macchina (e dentro ciascuno di essi, a loro volta le singole parti di essi) non solo *contribuisce* alla funzionalità della macchina *complessa*, ma, da un lato, se cessa di funzionare è tutta la macchina che funziona male o si blocca, e se funziona male è tutta la macchina che funziona male. Per dirla in altri termini, è il principio di causalità quello che “regola” il sistema, fino ad una eventuale sua rottura e, eventuale, conseguente modificazione o addirittura ricostruzione, quindi in termini evolutivi¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Per usare le parole di D’AMATO A., *Groundwork for International Law*, in *AJIL*, 2014, p. 650 ss., 651: «The internal coherence of the international legal system is evidenced by the fact that it can be viewed *anthropomorphically*. This coherence is sometimes hard to see from the phenomenological perspectives of one’s home state. General systems theory provides a top-down vantage point that helps, first, in providing an efficient *descriptive* model of the international system incorporating minimalist empirical assumptions of state behaviour; second, in providing explanatory *theories of causation* for its set of norms; and third, in *predicting* generally the system’s acceptance or rejection of *new putative norms of customary international law...*», 652: «What make the present project feasible are two non-subjective factors. First is the coherence of the international legal system itself. Its rules are well boned and well tested. It *resembles a biological system that has evolved* over time [*che, a mio parere, impedisce di distinguere, come invece cerco di fare io, tra l’autopoiesi del sistema e la sua evoluzione*]. The system strives to preserve itself by providing a normative peace-tilting check upon contested issues of international relations and diplomacy. Mutant conflict-stimulating rules that led to warfare have been replaced – in the *Darwinian struggle to survive* over

Questa logica, se vogliamo banale, è alla base del metodo di analisi che cerco di portare avanti con riferimento all'Ordinamento internazionale, ma che verosimilmente potrebbe valere per qualunque ordinamento giuridico, quindi anche interno. Questa metodologia ha il pregio di permettere di prendere atto della realtà di un ordine giuridico, che non solo non dispone, perché tra l'altro non vuole disporre, di una autorità centrale, ma nemmeno dispone, *ma perché non ne ha bisogno*, di una gerarchia normativa.

13.1. *Il "riconoscimento" come strumento di validazione della norma, conseguente all'assenza di gerarchia*

Tutto ciò che ho detto permette, anzi obbliga a rilevare che almeno alcune delle regole del sistema dell'Ordinamento internazionale *possono* in astratto essere, e, nel caso *sono* da considerare regole *proprie del sistema*, regole cioè che sono funzionali alla sopravvivenza, anzi già all'esistenza del sistema internazionale, che, per essere caratterizzato dal richiamato rifiuto dei suoi soggetti di costruire una struttura autoritativa di tipo statale, può disporre solo di norme prodotte in maniera diversa da quella tipica della produzione legislativa statale e anche di quella delle

the centuries – by cooperation-enabling rules. The second factor is the nature of law itself. Law is inherently conservative; its rules of decision emphasize adhering to precedents from the past. [*che, di nuovo a mio parere, illustra una visione tipicamente anglosassone del sistema giuridico, che ignora eccessivamente sia la formazione, ovviamente razionale, della legge, sia l'eversione dal sistema, attraverso la rivoluzione e perciò definisce il sistema giuridico come conservativo, trascurando la funzione della legge. E infatti*] A peaceful past is a presumptive guide to a peaceful future. Stability can be seen as a function of rule preservation. Thus, the struggle for survival of the international legal system through time is coterminous with *maintaining the integrity of the majority of its rules, norms, and principles...*». Significativamente, nella estremamente interessante elaborazione dell'Autore, il primo assioma da lui proposto, recita: «The primary purpose of the international legal system is *not to regulate international relations but to preserve itself*» (corsivo mio). Nel linguaggio da me utilizzato, si potrebbe dire, con un bisticcio voluto, che «la funzione primaria dell'Ordinamento internazionale è di funzionare», aggiungendo: «un sistema giuridico non ha fini, ma solo regole ... autopoietiche» anzi, *solo* autopoietiche, l'evoluzione essendo sempre derivata da un fattore esterno: «rivoluzionario».

organizzazioni internazionali e delle strutture contrattuali come quella di una società: e questa maniera è propria solo dell'Ordinamento internazionale, che quindi più di ogni altro *funziona* proprio come una macchina in cui le varie parti sono solo funzionali l'una all'altra.

Del resto, a ben vedere, anche a voler costruire nell'Ordinamento internazionale una gerarchia formale à la Kelsen, essa presuppone ciò che nell'Ordinamento internazionale non c'è: un procedimento per la formazione delle norme generali. Non esiste, in altre parole, una procedura in assenza della quale la "norma" prodotta non sarebbe, appunto, una norma obbligatoria. La logica profonda del diritto internazionale (e probabilmente del diritto in genere) è molto simile a quella della lingua, dove nessuno "dispone" il rispetto di certe regole grammaticali o sintattiche, ma ciò non toglie che qualora non siano rispettate, si cade in un "errore" fino a non venire compresi, così come, molto più importante, ciò non toglie che quelle regole possano essere "razionalizzate" in un sistema organico, ma in nulla gerarchico e, in qualche modo *a posteriori*.

Ciò, perché una struttura autoritativa o gerarchica che dir si voglia, può esistere solo se è creata *ad hoc* o se una norma generale sulla produzione giuridica è dimostrabile in modo incontrovertibile. Autonomamente, di per sé, una struttura non autoritativa non crea gerarchie ma solo *successione di funzioni*, che ben possono essere l'una indispensabile perché l'altra possa funzionare, ma non in un ordine gerarchico bensì in una *necessaria* successione strumentale o logica. Una gerarchia in senso giuridico-sociale, che quindi determini il fatto per il quale una funzione venga svolta perché qualcuno o qualcosa *ordini* di svolgerla, o, a seguito della quale in assenza dell'ordine, la funzione non venga svolta, potrebbe esservi solo se venisse costruita razionalmente, da coloro che di quella struttura fanno parte o, se si preferisce, della quale sono i padroni; ma, aggiungo, potrebbe essere costruita solo attraverso una norma generale, ma non mai, in nessun caso, allo stadio di evoluzione attuale della Comunità internazionale, attraverso una norma contrattuale. Ma se i "padroni"

non vogliono, le funzioni interagiscono solo in maniera strumentale o procedimentale (*if x, else y*) ma non autoritativo-gerarchica: la gerarchia, insomma, è costruzione volontaria, di un sistema organizzato gerarchicamente da o attraverso un *caput*, non semplicemente un capo, ma un punto di origine (o una procedura come in un ordinamento moderno) dotato del potere di normare. Per dirla scherzosamente: se il capo non c'è, non c'è, perfino se qualcuno “finge” di esserlo e qualcun altro “crede” che lo sia; oppure, come per i ragazzi della Via Pal, se tutti sono capi ... nessuno è capo. Questo, ripeto incontrovertibilmente è il caso del diritto internazionale.

E allora: il termine “riconoscere”, che ho usato più volte per indicare lo strumento attraverso cui conferire o riconoscere formalmente la validità delle norme (o meglio, la loro effettività o esistenza, come direbbe Hart) va inteso nel senso letterale del termine: accorgersi che quella è una regola e riconoscerla come tale, perché *già* esistente e conosciuta o simile ad altre analoghe, senza alcuna attribuzione al concetto di riconoscimento di una valenza costitutiva della regola stessa ad opera del *fatto* di averla, o di essere stata, riconosciuta come tale. Talché, la norma, nel diritto internazionale, si forma, solo in due modi possibili: *a.* - contrattualmente, ma a valere solo tra le parti, salvo che non *divenga* generale nel senso di averne stimolato, indotto, la formazione: ma, occorre dirlo per evitare equivoci, senza che si possa trarre alcuna relazione diretta di contenuto tra la norma scritta e quella non scritta “conseguenziale”, salvo in termini interpretativi. Basterebbe, al proposito citare la *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, in gran parte frutto di norme non scritte precedenti, certamente base per la precisazione di molte di quelle norme, “proponente” di nuove, magari di scarso successo operativo: lo *ius cogens* ad esempio. Il che mostra come l'intreccio tra le norme scritte e non scritte sia strettissimo, ma anche come il trascorrere del tempo, giochi un ruolo irrilevante nella formazione delle norme non scritte.

Oppure, *b.* - non contrattualmente, per il *fatto* che un soggetto agisca in un certo modo nella convinzione che si tratti di

un comportamento obbligatorio (o indifferente) sempre che non venga considerato illecito, sia pure successivamente. Ma, lo ripeto, nel momento in cui agisce, il soggetto agisce coscientemente, non magari ritenendo che il proprio comportamento sia in realtà indifferente al diritto, ma nella convinzione cosciente di credere di applicare o di voler fondare una norma, salvo a verificare se poi accade davvero (è il caso di Enrico IV, di cui spesso ho parlato) o almeno perfettamente conscio del fatto che, invece potrebbe essere il “primo” atto di affermazione o esecuzione di una norma, o il “primo” a commettere un atto illecito rispetto a quella non-norma, magari solo supposta o desiderata tale. Altrimenti si dovrebbe immaginare che nel diritto internazionale i soggetti *agiscano a caso* e che poi, *talvolta* qualche loro atto *contribuisca* a formare una norma. Ora, con questa logica conseguirebbe che il primo che, “casualmente”, svolga un atto che poi si consoliderà in un illecito la “faccia franca” e continuino gli altri finché la norma, appunto, non *si consolidi*, non si capisce come e quando: sarebbe, questa, la definizione dell’innocenza di Caino, ma specialmente trasformerebbe il diritto in una specie di gioco dell’oca!

Inoltre, la utilizzazione della norma cioè la sua applicazione, è, di per sé trattandosi di una norma non scritta, realizzata *attraverso* una interpretazione, che è regolata dall’ordinamento, a sua volta mediante norme non scritte: il cui effetto può essere sia di *usare* le norme, sia di *modificarle*, sia di *crearne di nuove* (aggiuntive), cioè di intervenire sul contenuto normativo mediante il meccanismo dell’autopoiesi, che, per così dire, *aggiorna* il sistema in continuazione, ma *non ne determina l’evoluzione*, che invece è sempre il frutto di interventi esterni, appunto, “creativi” e quindi, come ho detto più su, di “tipo” rivoluzionario. L’interpretazione, a sua volta, è regolata, come dicevo, sia da eventuali norme contrattuali, sia, per lo più, da norme generali, cioè a loro volta non scritte le quali ultime funzionano con le stesse modalità ed effetti di cui sopra.

Tornando ora al discorso sulla formazione delle norme aggiungo che il fatto che la regola così riconosciuta (quindi, a mio

giudizio, riconosciuta come tale in quanto *già esistente* prima che io la riconosca) sia di origine legislativa (*Gesetzt*, nella terminologia di Kelsen ed Alexy) o giurisprudenziale, o interpretativa e anche “autorevolmente” interpretativa¹⁹⁹, ecc., ai fini del presente discorso, non rileva. Rileva solo, infatti, che il soggetto, pur in assenza di una autorità, *sappia* che la regola c'è e che è quella e *non altra*.

Insomma, per *riconoscere* che una norma c'è *ora* e che è efficace *ora*, occorre che essa si sia già formata, coscientemente, ma indipendentemente (se vogliamo in maniera fittizia) dalla volontà esplicita del singolo soggetto di costruire una norma, che infatti *riconosce* come già esistente e valida, e quindi la norma non esiste solo da quando e finché il soggetto la riconosca come tale e continui a riconoscerla, perché, ripeto, *non è lo stesso soggetto quello che la crea ma è solo quello che ne riconosce l'esistenza*: anche se fosse, come ipotizzavo qui sopra, *il primo* ad applicare quella norma (o addirittura a volerla) dato che, per definizione logica, il comportamento del soggetto o è illecito e quindi resta tale o è lecito, ma non *diventa* lecito da quel momento in poi. In qualche modo, si può dire che nel momento in cui, attraverso il comportamento del soggetto, la norma viene *riconosciuta*, e quindi per definizione viene riconosciuta in quanto già esistente, al tempo stesso, quel riconoscimento svolge una sorta di validazione, ma meglio dire “constatazione” *retroattiva* per chi in precedenza la abbia già applicata – cioè si sia comportato, magari senza nemmeno rendersene conto, in maniera coerente rispetto alla norma – e assume un valore *costruttivo* con riferimento alle modifiche o integrazioni che il soggetto stesso e eventuali altri insieme a lui ne determini applicandola di nuovo. Per cui, la verifica della effettiva esistenza, valenza e contenuto attuali della norma e quindi del riconoscimento della legittimità del comportamento del soggetto, avviene, o meglio si manifesta, *logicamente*

¹⁹⁹ Mi riferisco alla particolarità tipica del diritto internazionale, indicata nell'art. 38 dello Statuto CIG, per cui anche le opinioni dei giuristi, vanno prese in considerazione, e quindi hanno un risvolto “autorevole”. V. *infra* § 17.

a posteriori con valore di constatazione retroattiva anche per chi avesse applicata in precedenza la stessa norma o meglio lo stesso comportamento poi riconosciuto come norma, sia che lo abbia fatto *di fatto*, sia che lo abbia fatto *nella convinzione che quella regola fosse già tale* perché in tale ultimo caso la norma era ed è *effettivamente già tale*. Per così dire, sinteticamente, il soggetto agente, oggi, è parte o strumento di una *procedura* di validazione di una norma che esiste, oggi, a prescindere sia dal suo comportamento, sia dalla sua eventuale volontà di creare la norma, dato che, nel diritto internazionale, nessun soggetto, e meno che mai alcun organo, dispone del *potere* di creare una norma, ma nemmeno, sia chiaro, della *volontà* di farlo; ed infatti ciò servirà a tenere ben distinti, in un ordinamento *anarchico* come quello internazionale, la volontà e l'azione politiche, dalla creazione del diritto. Ciò proprio perché, come accennato sopra, la Comunità internazionale è una comunità anarchica nel senso più pieno del termine, dove quindi non è, allo stato degli atti, nemmeno concepibile l'esistenza di *procedimenti* per la formazione delle norme, ma è perfettamente concepibile sia la volontà di applicare le norme, sia di averne.

Per riferirmi, ad esempio, a due casi classici e ben noti, nel caso *Paquete Habana* della Corte Suprema USA, se è vero che la corte decide sulla base del fatto che, per lo più, in passato ci si è comportati in un certo modo²⁰⁰, quello scelto dalla Corte, non

²⁰⁰ Sia pure sulla base di un accordo, reso operativo in Inghilterra da Enrico IV nel 1403 *De securitate pro piscatoribus*, v. US Supreme Court, *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 8.1.1900, p. 687 ss., p. 695 s. «Wheaton, in his Digest of the Law of Maritime Captures and Prizes, published in 1815, wrote: "It has been usual in maritime wars to exempt from capture fishing boats and their cargoes, both from views of mutual accommodation between neighbouring countries, and from tenderness to a poor and industrious order of people. This custom, so honourable to the humanity of civilized nations, has fallen into disuse; and it is remarkable that both France and England mutually reproach each other with that breach of good faith which has finally abolished it." ... This statement clearly exhibits Wheaton's opinion that the custom had been a general one, as well as that it ought to remain so. His assumption that it had been abolished by the differences between France and England at the close of the last century was hardly justified by the state of things when he wrote, and has not since been borne out».

spiega perché, appunto, gli altri soggetti e in particolare il primo si siano comportati in quel modo; per definizione o per necessità logica, si deve, dunque, dire che “quel modo” era già un obbligo giuridico altrimenti, il comportamento del primo non avrebbe una spiegazione giuridica e men che mai quello degli altri, e ciò è *logicamente* e quindi anche giuridicamente inammissibile.

Quando, per citare un altro caso famoso, rilevante per le relazioni tra diritto interno e diritto internazionale, la Corte statunitense sequestra la nave *La Jeune Eugenie* per illecito commercio di schiavi, lo fa alla luce di una norma generale di diritto internazionale²⁰¹, che fa – quindi fa già – divieto di quel commercio, anche qualora la legge interna lo consentisse. Cioè, ed è cosa estremamente importante, la legge interna per quella Corte, non prevale sulla norma internazionale, accertata in quanto norma non scritta, benché riferita a Convenzioni internazionali.

E quindi, sempre per restare in qualche esemplificazione sommaria, non si può non ricordare il ben noto caso della nave *Lotus* deciso dalla CPGI, dove la Corte nell'analizzare il contenuto dell'istituto della sovranità territoriale, ne ricostruisce la valenza per quanto attiene alla sovranità sul cd. territorio galleggiante dello stato, affermando: «Il s'ensuit que, même à ce point de vue, avant de rechercher s'il y a éventuellement une règle du droit international permettant expressément à la Turquie d'insti-

²⁰¹ V. U.S. v. *The La Jeune Eugenie*, Circuit Court Massachusetts, 1.5.1922, (2 MASON 409, 22 F Cas. 832), p.834 «The argument on the part of the libellants proceeds on some, or all of these grounds. (1) The law of nations is founded on the principles of justice and humanity. This law must forbid slavery, because slavery is inhuman and unjust. (2) The law of nations, if it does not forbid slavery, universally, forbids the African slave trade; because, that trade is unjust, inhuman, and barbarous. (3) The municipal prohibitory laws of our own nation and of the nations of Europe, the recent negotiations in Europe, and the treaties, which have followed them, are evidence that the slave trade is illegal by the law of nations.» e poi il giudice Story afferma, p. 846 s.: «It does not follow, therefore, that because a principle cannot be found settled by the consent or practice of nations at one time, it is to be concluded, that at no subsequent period the principle can be considered as incorporated into the public code of nations. Nor is it to be admitted, that no principle belongs to the law of nations, which is not universally recognised, as such, by all civilized communities, or even by those constituting, what may be called, the Christian states of Europe».

tuer des poursuites contre un étranger pour un délit qu'il aurait commis hors la Turquie, *il faudrait commencer par démontrer en même temps le bien-fondé du système et son applicabilité à l'espèce*. Or, la première de ces démonstrations doit consister, ainsi qu'on vient de le voir, précisément dans la *preuve de l'existence d'un principe du droit international limitant la liberté des États en matière de législation pénale*» afferma, cioè, che si tratta di vedere se il principio esiste *già*. E giustamente: la Corte, come ogni Tribunale, *accerta* il diritto non lo crea, o almeno, non lo crea direttamente²⁰².

Non diversamente, per citare un ultimo esempio, quando la stessa Corte, nel caso del Vapore Wimbledon, pur accertando la limitazione contrattuale *dell'esercizio della* sovranità tedesca sul Canale di Kiel, ribadisce la pienezza della sovranità stessa affermando: «La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. *Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État*», mentre ricostruisce, sulla base dei precedenti del Canale di Suez e di quello di Panama, l'inapplicabilità al caso delle norme in materia di neutralità, invocate dalla Germania²⁰³.

13.2. *La constatazione dell'esistenza della norma generale e della sua validità*

In tutti i casi citati qui sopra, l'elemento comune è sempre quello della differenziazione tra ciò che è concordato tra i soggetti, che possono concordare ciò che vogliono, e ciò che è norma generale, non concordata, ma *riconosciuta* come esistente e valida.

²⁰² CPGI, *Affaire du «Lotus»*, *Recueil des Arrêts Serie A*, n. 10, 7.9.1927, p. 21.

²⁰³ CPGI, *Affaire du Vapeur Wimbledon»*, *Recueil des Arrêts*, Serie A, n. 1, 17.8.1923, p. 25 e 30.

E pertanto, si tratta di comprendere che, in termini giuridici, la norma si forma logicamente solo nel momento in cui: *a.* - un soggetto la applichi, sia che dica o non dica che sta applicandola; *b.* - un soggetto ne riconosca l'esistenza cioè dichiarare che c'è, indipendentemente dal fatto che la applichi o meno; *c.* - un "giudice"²⁰⁴, internazionale o interno, "si accorga" che esisteva e la utilizzi o ne neghi l'utilizzo, senza incontrare resistenza sufficiente e infine, ma è solo un corollario, *d.* - un soggetto affermi che la norma esiste o che qualcuno la ha violata o la sta violando.

In altre parole, posto che una norma generale non nasce, non può nascere, grazie a un procedimento, dato che il procedimento non esiste neanche di fatto, non può nemmeno nascere perché o quando un soggetto la "ponga" formalmente, ma solo perché e quando un soggetto, individuale o collettivo, riconosca, cioè si accorga, si renda conto, che quella norma c'è, c'è già, applicata o meno che sia, previa verifica della sua *effettiva* esistenza. Ciò non pertanto, come ho mostrato²⁰⁵, la norma generale, non scritta e non, a mio parere, di formazione consuetudinaria, è, in termini giuridici, *posta* in quanto comunque nasce dal fatto che i soggetti fanno e decidono coscientemente di considerare quel comportamento dovuto, legittimo o violato.

In altre parole, tornando al caso *Paquete*, quando Enrico IV decide di non sequestrare la nave lo fa perché: *a.* - ritiene di potere fare ciò che vuole, *b.* - perché ritiene di volere creare la norma, *c.* - perché ritiene che una norma in tal senso già esistesse, e *c.1.* - comunque perché ritiene di non violare in quel modo una norma preesistente. In ogni caso, dunque, il suo comportamento è, consapevolmente, definibile come *dovuto* in termini giuridici e comunque classificabile in termini giuridici. Per dirla in altro modo, posto che sia stato davvero il primo a comportarsi in quel modo, ha dato inizio a quella che comunemente

²⁰⁴ Solo per precisione, la parola è virgolettata per ricordare che nel diritto internazionale il concetto di *giurisdizione* non è utilizzabile, e per conseguenza la parola tecnica "giudice", per la mancanza del corrispondente potere e quindi per l'impossibilità di ricorso unilaterale, se non in termini contrattuali.

²⁰⁵ *Supra*, § 4.1.

viene definita una prassi, che, ripetendo quel comportamento o affermandone la legittimità o, infine, non dichiarandolo illegittimo, ha confermato la norma come valida e legittima, per così dire *retroattivamente* per dire cioè che anche la prima volta in cui è stata applicata cioè *ritenuta*, sia pure solo di fatto, era già esistente, valida e legittima. Beninteso ho scritto *retroattivamente* non per intendere che la situazione venga “sanata”, ma il contrario: che si constata oggi che la norma era già valida allora, dato che oggi si pone il problema di sapere se quel comportamento può essere tenuto o suggerito come dovuto da altri soggetti²⁰⁶.

L'idea per la quale, invece, sarebbe la prassi (intesa come *diuturnitas*) quella che crea la norma, cioè l'idea per cui la norma “nacerebbe” quando un certo comportamento sia stato ripetuto per un certo numero di volte, determina inevitabilmente come conseguenza che il comportamento del soggetto, in attesa della formazione della norma, o sia definibile solo come *indifferente* per il diritto, oppure sia stato fondato sulla convinzione di applicare una norma, come elemento fondante di quella volontà di comportamento o, addirittura, sia del tutto casuale. Nel primo caso, quello dell'indifferenza, non si vede come e perché un comportamento indifferente per il diritto possa crearne. Nel secondo, sintetizzabile nella nota formula *opinio iuris sive necessitatis*²⁰⁷, si dovrebbe ritenere che l'opinione *de qua* sarebbe stata erronea dato che la norma ancora non c'era oppure, meglio, che quell'opinione e il corrispondente comportamento fossero dispositivi: intendessero cioè, coscientemente, formare diritto, come per Enrico IV, ma ciò implicherebbe comunque che quel comportamento in quel momento è diritto e quindi è lecito, se, *a posteriori*, sia stato confermato da comportamenti analoghi oppure sia illecito se sia stato, sempre di fatto, negato da comportamenti successivi contrari. Insomma, se volessimo ammettere l'”az-

²⁰⁶ *Supra* § 6.

²⁰⁷ Non è qui il caso di entrare nel merito della differenza tra *opinio iuris* e *opinio necessitatis*, su cui v. CANALE D., *Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività. Ovvero, Deleuze e il problema della ripetizione*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2009, 2, p. 64.

zardo” di Enrico IV nel voler tentare di creare una norma (non avendone il potere perché Enrico IV del diritto internazionale è un soggetto sovrano in quanto tale uguale agli altri) e non semplicemente di ritenere di applicarla, delle due l’una: o la norma, *a posteriori* viene riconosciuta come esistente e quindi non solo legittima il comportamento di chi la riconosce in quel momento ma *constata* che quello di Enrico IV *era* un comportamento legittimo; oppure il comportamento non trova successivo riscontro, nel senso che in circostanze analoghe non viene seguito, e quindi il comportamento di Enrico IV *era* illecito o giuridicamente irrilevante. A ben vedere, inoltre, se si volesse utilizzare intero il brocardo “classico” *opinio iuris sive necessitatis*, aggiungendovi anche la *diuturnitas*, la cosa apparirebbe ancora più inaccettabile. Si dovrebbe infatti ipotizzare che *ripetutamente* nel tempo vari soggetti di diritto internazionale (o anche uno solo, per la verità) abbia agito in un certo modo, convinto, erroneamente, di applicare una norma, che si forma solo dopo *varie* ripetizioni. Come dire: *errare humanum est, perseverare diabolicum* ma produttivo di norme!

Da ciò, e cioè dal fatto che in termini logici non è la prassi (cioè la ripetizione nel tempo di un certo comportamento) quella che determina le norme, come vedremo meglio più avanti, consegue innanzitutto la negazione della stessa concepibilità, giuridica, dell’istituto del *persistent objector*, o più precisamente la negazione della sua stessa logica. L’istituto, infatti, presuppone che una norma si formi nel tempo grazie a una più o meno lunga “pratica” durante la quale il soggetto che non la vuole non è obbligato, mentre l’obbligo scatta quando la norma si sia formata²⁰⁸. È ben nota, infatti, la tesi che vede nella prassi qualcosa di casuale, non significativo, a meno che non si ripeta a sufficienza (salvo a definire il numero delle volte in cui deve verificarsi per essere “sufficiente”) non necessariamente per diventare (finalmente) norma, ma solo per diventare quello che in parte della

²⁰⁸ Sorvolo qui su tutta la problematica legata al principio di buona fede e di certezza del diritto.

dottrina anglosassone si definisce come “usage”, che poi conduce, ma non necessariamente, alla formazione della norma consuetudinaria²⁰⁹. Ma, posto che questa distinzione ulteriore appare poco comprensibile, resta il fatto per cui se pure si accettasse l’idea che la norma nasca dalla prassi effettiva e ripetuta, non spiega né come mai, cioè a qual titolo, chi, “nel frattempo”, la applichi lo faccia, né se lo faccia perché è obbligato o solo *casualmente*, cioè secondo quella logica per la quale le norme consuetudinarie si formano in maniera inconscia, non deliberata, anzi che la stessa *opinio iuris* è qualcosa di inconsapevole. Il punto invece è, ribadisco, che se un soggetto si comporta in un certo modo, a parte che ovviamente lo fa sapendo benissimo di farlo, agisce in quel modo perché *logicamente* il suo comportamento è *giuridico*, qualunque cosa pensi perfino lo stesso soggetto che agisce.

13.2.1. *La liceità della II guerra mondiale?*

Per cercare di spiegare meglio: si pensi al “divieto di uso della forza” nelle relazioni internazionali. Si tratterebbe, secondo la dottrina tradizionale di una norma di formazione consuetudinaria. Ora, a parte il fatto che la consuetudine in realtà sarebbe l’opposto vista la frequenza dell’uso della forza, affermare ciò vuol dire che, posto che una norma del genere si sarebbe formata solo dopo la II guerra mondiale – visto anche che il Patto della SdN contempla esplicitamente l’uso della forza, anzi la “guerra” come opzione legittima per gli stati²¹⁰ – fino alla ipote-

²⁰⁹ V. per tutti, McCLANE J.B., *How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object?*, in *ILSA Journal of International Law*, 1989, p. 11 «a distinct entity, referred to as a usage, may exist because of the conceptual void in international law between the status of a mere state practice, and the status of a customary norm in international law». Anche qui sorvolò sulla estrema opinabilità di una tesi del genere, che differenzerebbe la prassi a seconda del suo risultato, salvo a spiegare come si distinguano l’una dall’altra. Mi limito a ricordare, con un pizzico di ironia, l’affermazione, ben più consistente, di un noto uomo di Governo italiano, che distingueva, saggiamente, il debito in “buono” e “cattivo”.

²¹⁰ Oltre al ben noto art. 15, è importante citare la seconda frase dell’art. 12: «and they agree in no case to resort to war until three months after the award by the arbitrators or the judicial decision, or the report by the Council».

tica data di formazione della norma, l'uso della forza era legittimo. Per cui, l'aver scatenato la II guerra mondiale, *non* potrebbe essere considerato illecito. Se invece si accetti la tesi per cui il divieto è tale da sempre o almeno da prima della seconda guerra mondiale²¹¹, anche se ci se ne accorge più tardi, sarebbe del tutto ragionevole *sia* considerare illecita la II guerra mondiale, *sia* non considerare una illecita violazione del principio di non retroattività il Processo di Norimberga²¹².

Che poi per così dire l'*accertamento* del fatto che quel comportamento è giuridicamente legittimo accada *a posteriori*, non cambia il fatto che o quel comportamento *era* legittimo e quindi produttivo degli effetti giuridici conseguenti, o *non lo era allora e non lo è ora*. E quindi il soggetto che abbia agito o agisca in maniera difforme da quanto era legittimo commette un illecito; viceversa se abbia agito in maniera conforme. E quindi, il "tempo" durante il quale, secondo la dottrina del *persistent objector* il soggetto possa mostrare, senza conseguenze giuridiche, il proprio dissenso manca del tutto, oppure contribuisce alla formazione *a posteriori* della convinzione della illegittimità di quel comportamento, che quindi *non era e non è* lecito.

Del resto, appare ovvio come immaginare che una norma giuridica si formi *col* trascorrere del tempo in cui un certo com-

²¹¹ Ad es. riferendosi al *trattato Briand Kellog*, Parigi 27.8.1929, accordo tra Germania, USA, Belgio, Francia e Gran Bretagna, il cui art. I recita testualmente: «The High Contracting Parties solemnly declare in the names of their respective peoples that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it, as an instrument of national policy in their relations with one another».

²¹² Nell'atto di accusa del Processo di Norimberga, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, 14.11.1945-1.10.1946, Nuremberg 1947, vol. I, al Capo 1, § III, p. 27 si afferma infatti: «The common plan or conspiracy embraced the commission of Crimes against Peace, in that the defendants planned, prepared, initiated, and waged wars of aggression, which were also wars in violation of international treaties, agreements, or assurances», l'art. 6 della *Charter of the International Military Tribunal*, fondato nell'Accordo di Londra del 8.8.1945, all'art. 6 stabilisce: «Crimes Against Peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a Common Plan or Conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing», *ibid.* p. 11.

portamento si ripete in condizioni di *indifferenza* giuridica, varrebbe come affermare che il soggetto agente nel modo che diventerà norma, non solo non può legittimamente pretendere da chi agisca in modo difforme e non lo faccia, ma, di fronte ad un comportamento difforme che lo danneggi, non possa nemmeno rivendicare la responsabilità dell'altro soggetto, mentre potrebbe poi un altro soggetto, poco dopo, pretendere quel comportamento e quant'altro. Si tratta, in realtà di una concezione ottocentesca del diritto internazionale come struttura puramente contrattuale, quella che, appunto, immagina che durante un "mitico" periodo di formazione per successivi *input* della norma di formazione consuetudinaria un soggetto possa legittimamente²¹³ non applicare la norma, finché non sia cristallizzata. Tesi, da quanto detto fin qui, inaccettabile e profondamente illogica se non altro perché in contraddizione con la natura stessa del sistema, anche nelle concezioni più risalenti del diritto internazionale²¹⁴. E infatti, la sola affermazione di una tale regola equivale

²¹³ Così, abbastanza incredibilmente, il Rapporto della ILC, in materia di rilievo delle norme consuetudinarie (A/CN.4/682, 7.8.2015, WOOD M., *Third Report on Identification of Customary International Law*), che propone una disposizione visibilmente derivante da una interpretazione strettamente contrattualistica del diritto internazionale: «*Draft Conclusion 16: A State that has persistently objected to a new rule of customary international law while that rule was in the process of formation is not bound by the rule for so long as it maintains its objection*». Non è certo qui il luogo e lo spazio per approfondire il discorso, ma, a parte il fatto che una parte della prassi riportata, si riferisce a disposizioni, magari non scritte, ma di evidente natura contrattuale (il caso *Asylum* e *Fisberies*, ad es, e v. infatti la nt.194) l'affermazione nonché improbabile appare illogica. Basterebbe, infatti, citare l'attacco del capitolo, p. 59, dove l'illustre autore del rapporto afferma: «While rules of (general) customary international law "by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour", it is widely held that a State that has persistently objected to an *emerging* rule of customary international law, and maintains its objection after the rule has crystallized, is not bound by it. This is referred to as the "persistent objector rule"». Francamente mi sfugge come una norma che deve avere forza equivalente per tutti i membri della Comunità, poi possa non essere applicata da chi non è d'accordo ... ma allora non ha "equal force" oppure forse non è una norma consuetudinaria!

²¹⁴ Molto chiaro, FITZMAURICE Sir G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*, in

a negare l'esistenza stessa del sistema e quindi del diritto internazionale *tout court*²¹⁵.

British Y.B. Int'l L., 1958, che, appunto, con riferimento al caso *Fisheries*, sottolinea, p. 26: «The effect of the Court's finding in the above-quoted passage is therefore an acceptance of the Norwegian contention that Norway had always dissented from certain rules *even at their inception*, and had therefore acquired an exemption from them. The essence of the matter is dissent from the rule *while it is in process of becoming one, and before it has crystallized into a definite and generally accepted rule of law*. The Court's finding is not therefore to the effect that a State can at any time exempt itself from an established rule by opposing the application to itself of that rule» e più avanti, poco citato ma come sempre lucidissimo, aggiunge: «The general consent of States may be a source of rules of international law, and such consent may be necessary before a rule can be said to be accepted as such. *But this is not to say that States* subject to international law *can 'contract out' of its rules*, so to speak, by purporting to revoke their consent. Consent can indeed be withheld, but this can only be in the formative period, when general consent is still necessary to the validity of the rule. That is why dissent must be expressed at that stage in order to confer exemption: otherwise it is too late» (questa volta il corsivo è mio).

²¹⁵ Torna utile, citare la immaginifica spiegazione di D'AMATO A., *International Law* cit., p 44 s.: «The main reason for predicting that the *International Law System* will reject the doctrine of the persistent objector is that it would undermine the role of the *International Law System* and hence jeopardize its self-perpetuation. *For it is the International Law System that creates rules of international law, and not any individual state*. By the same token, an individual state is powerless to create an exception to the rules of international law. *Exceptionalism entails anarchy*. Exploring this issue on a deeper level, we see that something is wrong with formulation of the doctrine. The doctrine claims to exempt the persistent objector from a discrete and particular rule that is in the process of becoming customary law. But, given the *International Law System*, there is no such thing as a discrete and particular rule; *all the norms of international law are interconnected*. They are interconnected because they all bear the mark of the same internal machinery of the *International Law System* through which they were processed, and because in the course of the processing they were compared to and modified by other rules in the database. The array of norms in international law is like a rugged fitness landscape. Each peak on the three-dimensional landscape represents a norm. There are intermediate peaks around the tallest peaks that represent nearby norms. The heights of the peaks are a rough measure of the importance and frequency of the norms. The depth of the valleys between peaks represents the conceptual distance between norms. If one peak were demolished – that is, if the doctrine of the persistent objector were to be actualized – all the measurements of the other peaks and valleys would be affected. The values of nearby norms would be compromised, and there would be a rippling effect across distant norms. It is even possible that inconsistencies might arise: for example, *the existence of a rule that affects all states except the persistent objector might clash, in respect of the persistent objector, with other nearby rules that affect all states including the persistent objector*. To state the

In una parola per concludere: immaginare che un diritto o un obbligo siano *in itinere* non ha senso logico²¹⁶, salvo beninteso, in una concezione strettamente “contrattualistica” del diritto internazionale, che, però, riduce il diritto a contratto e, quel che è peggio, a semplice reciprocità. Che poi, a ben vedere, anche così poco soddisfa se solo si pensi che ormai è acquisito non solo l’istituto della efficacia provvisoria degli accordi internazionali, quanto l’obbligo di buona fede durante la stipulazione degli accordi stessi.

E invece, quella che ho cercato di abbozzare è la spiegazione logica e giuridica di un fenomeno sociale non organizzato ma organico, anarchico ma non caotico²¹⁷, anzi è proprio il caos quello che garantisce la mancata entropia dell’Ordinamento internazionale.

14. *L’originalità e la funzionalità dell’Ordinamento internazionale: sovranità e Costituzioni*

E dunque, riassumendo ancora una volta quanto abbiamo visto, l’originalità del sistema giuridico internazionale (che già solo da quanto si è fin qui visto appare tutt’altro che “primitivo”²¹⁸) rispetto agli altri sistemi statali e non, sta, come detto ri-

matter differently, *the removal of a norm from the fitness landscape would contradict the original assumption of the persistent-objector doctrine that the objector can escape from a particular rule and yet leave intact the remainder of its international-law obligations*» (corsivo mio).

²¹⁶ V. anche sul punto, esaustivamente e con riferimento alla giurisprudenza statunitense DUMBERRY P., *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 779 ss.

²¹⁷ Perché anche il caos, come noto, è in realtà perfettamente organizzato, cioè è in realtà un caos apparente. Per citare una bella frase di GLEICK J., *Chaos: Making a New Science*, New York (Open Road Media) 2008 ed. Kindle: «Those studying chaotic dynamics discovered that the disorderly behavior of simple systems acted as a creative process. It generated complexity: richly organized patterns, sometimes stable and sometimes unstable, sometimes finite and sometimes infinite, but always with the fascination of living things. That was why scientists played with toys».

²¹⁸ Colpisce, sul punto, la concezione di JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin (Häring) 1914, p. 375, che definisce il diritto internazionale «das jüngste Glied

petutamente fin qui, nei fatti che, *a.* - manca (*deliberatamente*) un ente-organo investito-dotato del *potere*, e quindi anche della capacità, di emettere norme generali valide per tutti, e *b.* - la formazione delle norme generali non deriva nemmeno dal consenso, più o meno tacito, dei soggetti e neanche da una esplicita volontà di *porre* la norma.

Il comportamento dei soggetti è la norma, magari *riconosciuta* dopo, oppure è *il contrario della norma, l'illecito*, sia pure, di nuovo, per constatazione *a posteriori*. Trattandosi, però di comportamenti razionali di entità dotate di volontà, le norme risultanti da detto meccanismo, sono *poste*, nel senso almeno che sono *altro* dal soggetto che le applica. È infatti, indimostrabile che i soggetti dell'Ordinamento internazionale (quali che essi siano) *vogliono* e dunque *pongano esplicitamente* le norme non contrattuali, perché ciò varrebbe a ipostatizzare una accordo tacito (del tipo della *Vereinbarung*) o una norma base ipotetica che lo permetta, cioè una sorta di contratto sociale. Nulla impedisce, come ovvio, che i soggetti *pongano* d'accordo una norma non scritta, ma questa resterebbe una norma contrattuale e quindi, questa sì, valida solo per chi la voglia e non per chi e finché *non* la voglia.

Ciò, mi pare descrive una ulteriore fondamentale differenza tra il sistema internazionale e quelli interni (statali in particolare). I sistemi statali, benché suscettibili di essere immaginati come frutto di un contratto sociale, sono in realtà, sistemi in larga misura "imposti" se non altro dal susseguirsi di vicende storiche, ma, come è d'uso affermare, garantiscono la perdurante volontà popolare (cioè quella dei contraenti del contratto stesso o meglio, dei loro eredi) attraverso un meccanismo chiamato, oggi per lo più, democrazia²¹⁹, da cui deriva uno strumento per lo più noto come Costituzione.

der Rechtsordnung» ... neanche primitivo, infantile! Ma v., in tempi contemporanei, ancora MORELLI G., *Nozioni di diritto internazionale*, Padova (Cedam) 1955, p. 14 ss.

²¹⁹ Sul quale certamente non ci si può soffermare, salvo a richiamare per ora al fondamentale studio di BOBBIO N., *Stato governo e società*, Torino (Einaudi) 1978. È

Posto, dunque, e sorvolato sul fatto che la gran parte delle democrazie sono a dir poco imperfette, sta in fatto che quello strumento garantisce ciò che si vuole, *tranne la possibilità di rovesciare il regime e cancellare lo stato*. Questa garanzia (che a stretto rigore dovrebbe essere *la fondamentale*) è data invece solo dal diritto internazionale, che dispone delle norme atte a regolarla *anche quindi contro la volontà dell'ente da rovesciare*, al quale, dal punto di vista dei soggetti, è lo stesso Ordinamento internazionale che si adopra per garantire, ad esempio, la illegittimità della secessione e cioè la integrità (salvo, per così dire, prova contraria) *sostanziale* del soggetto²²⁰.

Ma queste norme, non essendo *poste* da un ente purchessia abilitato a porle e capace di farle rispettare, nascono, innanzitutto dalla *necessità delle norme stesse*: necessarie perché altrimenti la comunità non esisterebbe, la macchina non potrebbe funzionare. Il che vale anche per quei soggetti che neghino la norma, o che non la applicano²²¹. In altre parole, si potrebbe dire che il diritto internazionale utilizza una forma particolare (diciamo pure, avanzata) di democrazia, dato che in esso le norme sono anche tese a garantire la stessa democrazia interna dei soggetti che compongono la Comunità internazionale: l'autodeterminazione dei popoli, i diritti dell'uomo, ecc., la cui violazione è

però un fatto che, a parte il fatto che l'individuo non può sottrarsi all'autorità dello stato (salvo ad emigrare se può) la sua capacità di esprimersi sia nella scelta, che nel proporsi come scelta, dei governi del proprio stato, è fortemente compressa, a dir poco, da sistemi elettorali per lo più studiati proprio *per non rispecchiare* la volontà popolare ... e in Italia, in ciò, siamo all'avanguardia.

²²⁰ Principio fondamentale di diritto internazionale, a sua volta *logicamente* definito dal (ripeto: *dal*) principio di autodeterminazione dei popoli.

²²¹ Piace riportare la frase ironica, ma estremamente profonda, di D'AMATO A., *International Law as an Autopoietic System*, lezione al M. Planck Inst. für Völkerrecht, 15.11.2003, p. 5: «The major differences in the International Law System model compared to the domestic model are the absence of a judge and the absence of a definitive text. This does not make the International Law System a simple model; in fact, it makes it moderately more complex». Va senza dire che il concetto di "complessità" va letto in termini di teoria della società o meglio in termini di teoria dei sistemi, appunto, complessi, LUHMANN N., *Rechtssoziologie*, Wiesbaden (Verlag für Sozialwissenschaften) 2008, p. 27 ss.

condannata dalla stessa Comunità internazionale. E per di più fissa quei principî a prescindere dalla volontà proprio della maggioranza dei soggetti di diritto internazionale: che, notoriamente, non rispettano quei diritti, che l'Ordinamento internazionale (evidentemente non a maggioranza) gli impone. Ma c'è di più. Perché la norma "democraticamente" formata (sia pure nel modo atipico descritto) si adatta continuamente e con una rapidità sconosciuta agli ordinamenti interni, ai cambiamenti di "umore" della comunità, magari non espressi dalla collettività o da una maggioranza di soggetti.

Anzi, a conferma della assenza di un principio di maggioranza nel sistema internazionale di formazione della norma, la stessa norma generale è tale, è norma, "al minimo" quando, anzi anche prima, che anche solo un soggetto affermi, *validamente*, che un altro soggetto la stia violando²²². E quando dico *validamente*, intendo mettere in evidenza che non basta che un soggetto di diritto internazionale affermi la violazione da parte di un altro, occorre che la sua affermazione corrisponda, *nella realtà effettiva*, ad una convinzione o accettazione della comunità nel suo insieme: solo così quella affermazione è l'affermazione di

²²² Si potrebbe parafrasare la frase di RAWLS J., *The Law of Peoples*, Cambridge Mass. (Harvard Un. Press) 1999, riferita ai principi del liberalismo politico, p. 15: «Insofar as liberal conceptions require virtuous conduct of citizens, the necessary (political) virtues are those of political cooperation, such as a sense of fairness and tolerance and a willingness to meet others halfway. Moreover, liberal political principles and ideals can be satisfied by the basic structure of society even if numerous citizens lapse on occasion, *provided that their conduct is outweighed by the appropriate conduct of a sufficient number of others*. The structure of political institutions remain just and stable (for the right reasons) over time» (corsivo mio). Con la sola precisazione che, a mio parere, il riferimento non è da intendersi ad una sorta di principio di maggioranza, dato che nel diritto internazionale è spesso possibile ipotizzare, o meglio constatare l'esistenza di norme, che sono in realtà effettivamente applicate e riconosciute da pochi, ma che, ciò non pertanto, sono norme generali. Non a caso, molto spesso si corrisponde a questa esigenza strettamente logica, ipotizzando norme speciali, diverse dalle altre, come le cdd. norme di *ius cogens*. Non si può, peraltro, non precisare, che faccio fatica ad ipotizzare un ordinamento giuridico fondato sulla *fairness* o sulla *tolerance*, per non parlare della *willingness to meet others halfway*: queste sono cose da Papa, non da legislatore.

una norma valida, dato che, come ovvio, in un sistema in cui la formazione della norma non consegue allo svolgimento di *procedimento* alcuno, la validità stessa è tale solo se *effettiva*.

Non si potrebbe, altrimenti solo per fare un esempio, affermare l'esistenza di una norma come quella del divieto dell'uso della forza, la cui validità e la cui stessa esistenza si constata solo quando qualcuno la viola, perché gli altri soggetti "condannano" quel comportamento, magari essendo essi stessi autori di un comportamento analogo altrove. Come si fa, dunque, ad *accertare* che quella norma esiste? Solo attraverso il fatto che i soggetti la affermano e che quando la violano (o ritengono che altri la violino) si affannano a cercare di dimostrare *non che la norma non esiste, ma che non la stanno violando*.

Nulla quindi, contrariamente alla rigida costruzione kelseniana degli ordinamenti giuridici, impedisce di concepire un sistema giuridico, dove la formazione delle norme valide, non derivi da un procedimento formale *pre-disposto*, ma da una situazione di fatto per la quale la violazione di una norma determini conseguenze giuridiche legittime benché non predeterminate.

La sovranità, così, lungi dall'essere l'affermazione assoluta del proprio potere ovunque e purchessia, diventa lo spazio (giuridico, cioè giuridicamente delimitato dal diritto internazionale) entro il quale il soggetto si muove autonomamente, e cioè quello spazio nel quale norme di diritto internazionale non richiedano direttamente determinati comportamenti. Ed è, appunto, il sistema internazionale quello che, logicamente, definisce il contenuto di quella sovranità, modificandolo a seconda delle esigenze generali del sistema: che il soggetto lo voglia o no. Salvo che, la natura del tutto anorganica del sistema e quindi la incapacità nonché di legiferare, attraverso un organo *ad hoc*, di fare eseguire (coercitivamente) sempre attraverso un organo a ciò deputato le norme stesse, ne rende difficile l'accertamento.

Ma, se questa affermazione è valida, ne consegue necessariamente che l'ambito della sovranità del soggetto (del soggetto stato, innanzitutto) non è, rispetto ad un ipotetico potere assoluto, auto-limitata o auto-limitabile dal soggetto stesso, ma ha il

contenuto e *solo il contenuto che in quel determinato momento storico-giuridico, la sovranità ha alla luce del diritto internazionale e solo di esso*. Premesso che una “limitazione” *tout court* della sovranità è inconcepibile perché il soggetto nonché non limitato, non esisterebbe affatto come soggetto, una auto-limitazione di essa è possibile solo contrattualmente e quindi in termini di reciprocità. In altre parole, se un soggetto limita la propria ipotetica massima possibilità di azione, o lo fa perché una norma definisce il campo reale in cui può svolgere la propria libertà e quindi in realtà non limita né è limitato, ma agisce nell’ambito della *propria* sovranità, *oppure* lo fa su base contrattuale: diversamente non si capisce perché mai dovrebbe farlo, è l’ipotesi descritta nel citato caso del vapore *Wimbledon*. E quindi, e questa credo sia una conseguenza logica da non trascurare, parlare di *sovranazionalità* o di *limitazione* della sovranità e, quindi anche di *controllimiti* non ha senso logico.

La sovranità, infatti, non è altro che l’ambito di libertà del soggetto, così come definito *in quel determinato momento storico*, che vuol dire, in quella determinata temperie giuridica e quindi, è il risultato dialettico delle diverse pretese di estensione della sovranità. Non credo che sia un caso che una Corte Costituzionale strettamente legata alla positività rigorosa del diritto e al “potere costituente” del popolo, come unico e sommo produttore di diritto e in particolare di diritto costituzionale, poi non possa non riconoscere e prendere atto del fatto che esistono “principi giuridici che vanno al di là del diritto positivo” interno²²³, e che, a meno di non tornare ai vecchi feticci del diritto naturale o dell’etica e quant’altro, non sono e non possono essere altro che principi, o più semplicemente norme generali di

²²³ Lo scrivo proprio anche nel senso di LUHMANN N., *Complessità e democrazia*, in ID., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli (Guida) 1978 (trad. it. di *Politische Planung* Opladen 1971, e lo scritto cit. è *Komplexität und Demokratie*, in *Politische Vierteljahresschrift*, 1969 (X) p. 314), p. 68, dove a proposito del diritto positivo afferma: «Gli scopi dell’agire statale non vengono più soltanto raggiunti o non raggiunti nella politica, *ma vengono anche scelti*» (corsivo mio).

diritto internazionale²²⁴: quelle che definiscono la sovranità e il suo ambito di esplicazione.

È chiaro infine come già accennato, che, alla luce di ciò, lo stesso concetto di sanzione va meglio definito. Anche quando, come affermato ripetutamente in alcuni studi recenti, la sanzione viene imposta con la forza e magari unilateralmente: è il sistema che agisce con i propri meccanismi contro la parte “impazzita” di esso.

E pertanto, dal punto di vista che ho cercato di illustrare fin qui, la sanzione, *anche unilaterale*, può e deve essere interpretata come *una* delle possibili forme di reazione dell’organismo Comunità internazionale (e quindi lo ripeto ancora una volta: la Comunità internazionale in senso stretto e *tutti* gli ordinamenti interni, che in essa sono inglobati) alla violazione di una sua norma, non diversamente da *un* anticorpo o *un complesso coordinato* di anticorpi, che reagisce alla “intrusione” di un elemento estraneo o alla malattia di una cellula o anche al suo mal funzionamento e perfino all’inserimento, *in sé benefico ma non ancora*

²²⁴ Mi riferisco, ad esempio, alla ben nota sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, BVerfGE 1,14, 23.10.1951, E, § 16, dove la Corte afferma «Das Gesetz sieht, wie es der demokratischen Entstehung eines Staates entspricht, die Einberufung einer verfassungsgebenden Landesversammlung vor. *Eine verfassungsgebende Versammlung hat einen höheren Rang als die auf Grund der erlassenen Verfassung gewählte Volksvertretung.* Sie ist im Besitz des “pouvoir constituant”. Sie schafft die neue, für den werdenden Staat verbindliche, mit besonderer Kraft ausgestattete Verfassungsordnung. *Mit dieser besonderen Stellung ist es unverträglich, daß ihr von außen Beschränkungen auferlegt werden. Sie ist nur gebunden an die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätze und – als verfassungsgebende Versammlung eines werdenden Gliedes des Bundesstaates – an die Schranken, die die Bundesverfassung für den Inhalt der Landesverfassungen enthält.* Im übrigen ist sie ihrem Wesen nach unabhängig. Sie kann sich nur selbst Schranken auferlegen. Jeder verfassungsgebenden Versammlung ist außerdem eigentümlich, daß ihr Auftrag gegenständlich beschränkt ist. Sie ist nur berufen, aus dem verfassungslosen Zustand den verfassungsmäßigen Zustand herzustellen, also “die Verfassung” des neuen Staates, das ist die Verfassung im formellen Sinn, und die Gesetze zu schaffen, die für die Übergangszeit und die Zukunft notwendig sind, damit der Staat durch seine Verfassungsorgane wirksam handeln und funktionieren kann» (corsivo mio). Affermazione, come si vede, importantissima e molto moderna; peccato che poi sia stata fortemente limitata ad esempio dalla sentenza *Lissabon* e ancora successivamente (non diversamente purtroppo dalla Corte Costituzionale italiana), in base a difficilmente contestabili, scelte di tipo “sovranista”.

distinguibile come tale, di un elemento esterno: anzi dovrei dire, e non solo con riferimento al fatto biologico, che non si cura né sa distinguere, perché agisce in termini di autopoiesi, e non di razionalità, che è quella che permettendo di distinguere l'intruso come benefico, determina l'evoluzione dell'intera entità. Insomma, in questa logica, la sanzione va per lo più intesa come strumento per il riequilibrio del sistema, salvo ciò che vi sia contrattualmente aggiunto.

E dunque in altre parole, e sempre per mantenermi nella logica dell'esempio appena proposto, così come un *intervento esterno* nel caso descritto impedisce all'organismo di distruggere l'"intruso benefico", nel caso della società umana, quell'elemento di razionalità²²⁵, insito, come più volte rilevato, nel sistema sociale, agisce o può agire per *consentire* ad un cambiamento positivo e cioè per impedire o bloccare una reazione negativa.

E allora, per sintetizzare conclusivamente, in termini sistemici quanto fin qui ipotizzato con riferimento all'ordine giuridico universale, le norme generali non scritte del diritto internazionale costituiscono la "macchina" dell'intero sistema che agisce mediante l'*autopoiesi*, esattamente così come le varie parti di esso sono a loro volta da leggere nel medesimo senso. Gli elementi di *razionalità "esterna"* dati dal diritto pattizio, e dalla interpretazione del diritto stesso, così come da una parte significativa della legislazione e della giurisprudenza degli ordinamenti interni²²⁶,

²²⁵ E quindi più in generale della "cultura", v. di recente BONCINELLI E., *Noi siamo cultura: perché sapere ci rende liberi*, Milano (Rizzoli) 2015 edizione Kindle specialmente pos. 1776 ss., dove però, con qualche perplessità, vengono escluse del tutto le ben note affermazioni junghiane.

²²⁶ Purché conforme alle norme generali di diritto internazionale, o nella loro consistenza di agenti del cambiamento del diritto internazionale. Si pensi solo all'effetto costruttivo della giurisprudenza italiana in materia di immunità, che ha condotto alle norme vigenti in materia di trattamento dei dipendenti di legazioni straniere, cittadini dello stato ospite di organismi esteri. E ciò, di nuovo, spiega il perché della mia critica delle più volte citata sentenza 238/14 della nostra Corte Costituzionale, come un elemento di effetto deliberatamente distruttivo, che, invece di "fare giurisprudenza" semplicemente mette il diritto internazionale fra parentesi! Che poi ciò possa indurre, come io ho ipotizzato più sopra, un giudice italiano a "*disapplicare*" la citata sentenza, è solo un corollario, affidato alla buona volontà dei giudici italiani.

dalla prassi di fatto e dichiarativa dei soggetti, ecc., e naturalmente le *azioni* orientate proprio a modificare il sistema sono gli elementi che contribuiscono alla evoluzione del sistema stesso, solo grazie a ciò ben lontano dall'entropia.

14.1. *La logica dell'ordinamento internazionale: l'interpretazione, l'entropia e l'evoluzione del sistema internazionale*

Avendo, come ho fatto, paragonato e interpretato l'ordinamento giuridico in generale, e quello internazionale in particolare, come una "macchina", meccanica o biologica, ho implicitamente affermato che il funzionamento della macchina avviene secondo le sue proprie regole interne, e cioè secondo il funzionamento complessivo dei suoi propri meccanismi. Fondati, dunque, sul principio di causalità, con la conseguenza per cui il funzionamento di questa "macchina" porta *inevitabilmente* all'entropia: è il secondo principio della termodinamica, applicato al diritto, che descrive questo fenomeno.

La "macchina" comunità/società-giuridica, però, cioè la *Rechtsgemeinschaft*, che è come spiegato una particolare forma di società di cui ancora più particolare forma è la comunità sociale giuridica nota come Comunità internazionale, che ingloba le diverse *Rechtsgemeinschaft* interne, dispone di elementi tali da portarla a differenziarsi da una qualunque macchina meccanica o biologica che sia. La possibilità di inserire nel meccanismo, durante il suo funzionamento, elementi di razionalità, e di libera scelta, permette o meglio obbliga la macchina e i suoi meccanismi ad andare oltre il "semplice" strumento dell'*if* e dell'*else*. E quindi si tratterà di capire fino a che punto quei meccanismi agiscono "meccanicamente", portando verso l'entropia e quando e come e fino a che punto il "libero arbitrio", conduce all'evoluzione, che ferma l'entropia.

L'ordinamento giuridico, dunque, in quanto "macchina" funziona nei limiti e secondo quanto "previsto" dalle sue stesse funzionalità. Dunque in questo senso, la stessa sanzione è niente più che una funzione della macchina stessa: una funzione com-

plessa, perché da un lato tende a “rimettere in funzione” la macchina danneggiata dall'illecito, ad esempio mediante la riparazione di un pezzo danneggiato (la *restitutio in integrum* ad esempio, o le scuse, o l'omaggio alla bandiera o, anche la repressione violenta) e dall'altra sostituendolo (magari anche con la guerra in funzione “rivoluzionaria”, come ho ipotizzato più sopra). Che poi ciò lo si voglia o meno chiamare sanzione è altra cosa, ma la macchina giuridica è e funziona a prescindere dalla sanzione, invece indispensabile nella visione di Kelsen²²⁷. La sanzione, infatti, è solo espressione della meccanica del sistema quando deve funzionare in presenza di ostacoli: il sistema, per farlo, “costringe” la parte riottosa ad eseguire un certo comportamento, non per punire, ma per funzionare, anzi, pur di funzionare in molti casi “aggira” l'elemento riottoso o mal funzionante (è il caso di ricordarlo? L'interruzione delle relazioni diplomatiche, ed economiche, la chiusura delle frontiere, ecc.), perché privilegia, per dir così la propria sopravvivenza, piuttosto o in attesa di attardarsi nella “riparazione”. Ciò, sia chiaro, non toglie che la punizione possa esservi, ma non è necessaria al buon funzionamento del sistema o addirittura alla stessa esistenza del sistema, ed è, infatti, fondata su una scelta contrattuale, aggiuntiva, per così dire, alle operazioni necessarie a fare funzionare l'ordinamento. A ben vedere, anche in presenza della violazione di obblighi *era omnes*, come potrebbe essere l'autodeterminazione dei popoli, l'ordinamento internazionale si “contenta” di obbligare il soggetto che la impedisce a soddisfarla. Che poi, in termini reciproci, anche lo stesso risarcimento possa contenere un *quantum* di satisfattorio è relativamente marginale. Perfino le forme estreme come la rappresaglia, la ritorsione, l'interruzione delle relazioni diplomatiche, hanno un contenuto più contrattuale o negoziale, che sanzionatorio. Ciò non toglie che possa esistere una sanzione *garantita* dall'Ordinamento internazionale, il punto è che non è essenziale, ai fini del riequilibrio del sistema.

²²⁷ KELSEN H., *The Essence of International Law*, in DEUTSCH K.W., HOFFMANN S., *The relevance of International Law. A Festschrift for Prof. Leo GROSS*, Cambridge (Schenkman) 1968, p. 86. V. *supra* §.

Tra le funzionalità del sistema, è inclusa, tra l'altro, la possibilità dell'adattamento progressivo del sistema, mediante l'interpretazione delle norme, *svolta secondo le regole stesse* dell'ordinamento: fin qui, dunque, l'interpretazione delle norme non è altro che *una delle funzioni proprie* della macchina-ordinamento e pertanto non ha effetto alcuno di tipo *evolutivo*. L'ordinamento "funziona" e, funzionando, crea norme diverse in base alla prassi e cioè grazie alla *effettiva* interpretazione delle norme, ovviamente all'atto della loro applicazione: qualunque "atto" esecutivo di una norma è, per definizione, interpretazione della norma. Essendo, però, l'interpretazione né più né meno che un algoritmo incluso nella stessa macchina, l'autopoiesi (frutto dell'interpretazione) determina modificazioni all'interno della macchina-società "previste" dalla macchina stessa, che dunque continua sulla strada dell'entropia. Ma, e qui è una prima differenza rispetto alla semplice macchina-meccanica o biologica, qui agisce il fatto che la stessa interpretazione prevista dalla macchina, in quanto viene fatta da esseri razionali, e quindi non, o non solo, da o attraverso algoritmi, può portare, anzi porta molto spesso ad interventi, per così dire, "eversivi" del sistema, rivoluzionari, e dunque tali da innovare e cioè fare *evolvere* il sistema, che così, e solo così, blocca l'entropia. Il passaggio dalla normalità dell'uso della forza al divieto generale di uso della forza è altrettanto esemplare quanto l'avvento a valanga dei diritti dell'uomo nel sistema internazionale e in quelli interni.

L'interpretazione della norma così, determina sia una "normale" attività autopoietica del sistema, sia un'attività innovativa, creatrice, insomma evolutiva. In altre parole, il sistema progredisce (in senso diacronico, come ovvio) in parte secondo strade previste e prevedibili, per cui l'operatore giuridico può "facilmente" prevedere quali saranno le conseguenze della applicazione di una norma (la certezza del diritto); in parte, però, può progredire e progredisce (e la storia del diritto dimostra che lo fa) grazie alla volontà e alla capacità innovativa degli operatori giuridici, che, nell'ambito delle regole eventualmente fissate dallo stesso ordinamento, innovano, ovviamente in ragione di

una valutazione razionale dell'ambiente sociale in cui la norma vive²²⁸.

14.2. *Le connessioni tra sistemi: l'universalismo del sistema giuridico*

L'altro strumento fondamentale per bloccare l'entropia del sistema, è, a sua volta, bifronte: meccanico e razionale. E attiene al fenomeno, irresistibile, delle *connessioni* (non quindi solo dei rapporti) sia tra l'Ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni, che tra gli ordinamenti interni. Poi lo si può anche chiamare *globalizzazione*, ma in realtà è "solo" la *universalità* del diritto come struttura sociale!

Quest'ultimo, come si vede, comprende il tema, tra l'altro, del diritto internazionale privato in senso lato, grazie al quale, l'influsso esterno di un altro ordinamento giuridico modifica (o meglio, può modificare) *strutturalmente* l'ordinamento "ricevente". Di nuovo in due modi: l'uno strettamente meccanico, nella misura in cui è l'ordinamento ricevente quello che decide se e quali norme, e quando, dell'altro ordinamento applicare, intervenendo così sul contenuto dell'ordinamento ricevente, il cui influsso può essere (e normalmente è) non soltanto limitato al caso specifico, grazie in particolare di nuovo all'interpretazione e alla prassi: il "caso" si potrebbe dire "fa giurisprudenza". L'altro, e qui appunto si "esce" dalla semplice meccanica, quando e se l'influsso di questa vicenda non induca l'interprete stesso o il legislatore ad agire usando di quell'altro ordinamento per quanto necessario a modificare il proprio. Il sistema diviene poi particolarmente significativo e innovativo quando le normative interne permettono (o addirittura sollecitano) il cd. *forum shopping*, che di per sé, proprio per la forte presenza di una scelta razionale e non meccanica, ha evidenti contenuto e funzione evolutivi. Tanto più che, a ben vedere, alla fine di questo complesso processo, sia l'ordinamento ricevente può risultare modificato evolutivamente,

²²⁸ Dell'ambiente, dico, per intendere la possibilità di una valutazione su base sociale della norma.

sia, proprio per il modo in cui la norma straniera è stata “letta” e applicata nell’ordinamento ricevente, può contribuire o indurre a modificare la stessa norma dell’ordinamento richiamato.

Ma non basta perché al sistema ed alle sue modificazioni, bisogna aggiungere la forza evolutiva della “interpermeabilità” degli ordinamenti interni e di quello internazionale. Interpermeabilità perfetta, nel senso che è strettamente bilaterale: l’uno permea gli altri, così come gli altri permeano l’uno, anche in assenza di una norma che ne disponga la permeabilità.

Esemplarmente preliminarmente a tutto ciò, come ovvio, è il meccanismo già citato, messo in opera, sia dall’art. 38.1 dello Statuto CIG, sia dalle altre norme analoghe in altre Organizzazioni internazionali, come in particolare il troppo trascurato art. 6 TUE, ma anche a ben vedere l’art. 7 del medesimo, ecc. Per non parlare del meccanismo esplosivo prodotto dalla prassi in materia di diritti dell’uomo, derivante, per esempio, dal corretto funzionamento della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Ma il meccanismo funziona anche in assenza di norme ordinarie o permissive del tipo indicato.

Qui, infatti, di “meccanico” c’è solo l’input del meccanismo, perché poi il suo concreto svolgimento determina innovazioni molto significative, quando non “semplicemente” rivoluzionarie, specialmente negli ordinamenti interni, che sono fortemente influenzati dalla normativa internazionale, che ne può modificare profondamente i contenuti. Non è erto un caso che, in tempi di sempre più spinti “nazionalismi” (per lo più molto rozzi) molti Tribunali interni cerchino di scrollarsi di dosso il diritto internazionale stesso e la sua giurisprudenza, opponendo un improbabile “splendido isolamento”, dal quale deriverebbe una sorta di vero e proprio *estoppel*. Tentativo miope, perché l’interconnessione dei sistemi giuridici (quella che ho chiamato interpermeabilità, appunto per sottolineare l’impossibilità di sottrarsene) è troppo forte per essere cancellata, tanto più che è frutto della rigorosa e incontrovertibile, logica del sistema universale²²⁹.

²²⁹ Sul punto, v. di recente l’ampio lavoro di RASI A., *Lo sviluppo dei principi*

In tutto questo movimento e ribollire di norme e prassi (mai come in questo caso strettamente collegate) è chiaro che l'entropia non ha vita facile e i sistemi giuridici cambiano profondamente e velocemente, ma non però e non solo grazie ai meccanismi di cui sopra, ma anche per ovvie scelte razionali e perfino ideali, la cui funzione rivoluzionaria (secondo il concetto di rivoluzione che ho indicato prima) è evidente e porta ad una evoluzione continua dei sistemi giuridici, sempre più irresistibilmente integrati, e non solo coordinati. Che poi, di nuovo, si voglia parlare di globalizzazione o di altro, non cambia la natura del fatto per cui la rivoluzione delle norme è irrefrenabile.

E vorrei sorvolare, ma non posso tacere un accenno agli aspetti significativi non solo e non tanto del funzionamento di Organizzazioni internazionali forti e tendenzialmente "centralizzanti", come la UE, quanto delle prassi intergovernative che, senza passare attraverso leggi e decisioni politiche, pure portano ad applicazioni e tecniche analoghe le diverse amministrazioni statali interessate, determinando di fatto vere e proprie trasformazioni normative, capaci di influire sia sui sistemi giuridici nazionali²³⁰ sia su quello internazionale, nella misura in cui la prassi interna conseguente a quella menzionata cooperazione, determini il contenuto stesso della norma internazionale da cui quella prassi è scaturita.

Questo ribollente sistema non può non essere guardato sia nella sua interezza, che anche nella sua complessità.

Capisco, certo, quanto possa apparire "eversiva" questa costruzione universalista dell'Ordinamento giuridico, appunto, universale. Perché tale è esattamente la conclusione logica di questo discorso, che necessariamente però, portato alla sua ultima logica conseguenza, scardina non solo le vecchie tranquille culture dello stato onnipotente e impermeabile, e cioè della sovranità *Totem* assoluto e incontrastato dell'individualismo nazio-

generali di diritto nel tempo, in *RDI*, 2020, p 959 ss. e specialmente 966 ss., per l'elencazione di situazioni assimilabili a quelle descritte nel testo.

²³⁰ Per alcuni interessanti suggerimenti, v. CASSESE S., *Chi governa il mondo?*, Bologna (il Mulino) 2013.

nale (e quindi pericolosamente nazionalistico) ma fa anche emergere prepotente e, diciamo pure inatteso, l'uomo come artefice e destinatario di tutto. Altro che "ragione di stato" e simili concetti tradizionali²³¹. E altro, altresì, che doppio corpo del re²³², e altro ancora dalla questione del *persistent objector* di cui sopra!

²³¹ V. GUARINO G., *Per una analisi critica delle basi dell'ordinamento internazionale come sistema*, in GUARINO G. (a cura di), *Il Diritto Internazionale Alla Prova Del Caos*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2016, p. 404 ss.

²³² V., sulla intera complessa e affascinante questione, TEUBNER G., *The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy*, in *Law and Society Review*, 1997, 783 s.: «If this is so, then a "constitution" for polycontextural law cannot simply extend the historical experiences of the political constitutions per analogiam. Curbing abuses of power: that great formula of the legal tradition will not help in "civilizing" the King's Many Bodies. We must face the impossibility of constitutionalizing legal multiplicity in the language of legal restraints on the arbitrariness of the sovereign. The new reality, it is true, is lack of a *métaréçit*, lack of society's comprehensive political rationality. However, systems theory would urge us to realize that in spite of all deconstruction, social subsystems relentlessly stick to their institutionalized "iron laws" of super specialized rationalities. They are highly rational in themselves, *but with regard to the whole society, they are blind*, uncoordinated, selfish, chaotic, expansive, and imperialistic. In its double fragmentation, world society tends to develop self-destructive tendencies. Thus, a "constitution" for polycontextural law would need to redefine its focus: from the sovereignty of politics to the domination of the many environments and from the sovereign's abuse of power to self-destructive tendencies of colliding discourses» (corsivi miei). Ebbene, uno degli scopi principali di questo lavoro è esattamente questo: mostrare come quella policentralità non significhi frammentazione, ma permetta, anzi obblighi, alla ricerca dell'unità del sistema e all'analisi, credo fruttuosa, della sua provvidenziale autoreferenzialità. Non diversamente, certo, ma in un contesto più complesso, dei due corpi del re del famoso fondamentale libro di KANTOROWICZ E.H., *I due corpi del Re*, Torino, 2012 (ma 1957), dove la possibilità di condannare la persona in quanto barone ma non in quanto Vescovo precede (siamo nell'alto Medioevo, *ibidem*, 44 e *passim*, per parlare più concretamente della coesistenza nella stessa persona del Re, sovrano, immortale, stato e dell'uomo, mortale) con lucida razionalità le idee alquanto peregrine di certi frammentatori oggi di gran moda: come dire, niente di nuovo sotto il sole la parabola della teoria dei due corpi si chiude oggi, invece, nella teoria dei sistemi. Nella dizione del ANONIMUS (probabilmente normanno: NORMAN ANONYMUS), si potrebbe dire: «*Secundum summi pontificis personam super omnes homines est, secundum hominis personam inter homines, secundum peccatoris personam infra homines. Secundum summi pontificis personam non peccat sed potens est remittere peccata, et secundum hanc super omnes homines reverendus est et honorandus et a nemine iudicandus. Secundum hominis vero personam, et si non peccat, non tamen remittit peccata, et secundum hanc tanquam homo reverendus est et honorandus atque etiam iudicandus. Secundum personam autem peccatoris peccat, et secun-*

L'interconnessione che ho descritto per abbozzi qui sopra, supera quei limiti e quei confini tradizionali, perché riconosce nel fatto oggettivo dell'universalismo giuridico, il superamento di quei concetti ormai solo fittizi e giuridicamente obsoleti.

15. *Il diritto internazionale come sistema non primitivo e obbligatorio*

Quanto ciò che precede risponda alla domanda sempre presente in chi guarda al diritto internazionale con spirito critico, sul cosa siano fondate le norme e la stessa *forza della legge* lo giudichi il lettore. A me sembra che, utilizzando la logica di cui fin qui, non solo appare ovvio che l'Ordinamento internazionale non può avere esclusivamente natura contrattuale²³³, ma, a mio parere, si supera largamente l'obiezione di Hart²³⁴, non tanto e non solo sulla presunta primitività del diritto internazionale, quanto sulla

dum hanc nec reverendus est nec honorandus, sed tanquam inferior homine iudicandus», in GINTHER J.R., O'SULLIVAN T. (edd.), *The Electronic Norman Anonymous Project*. with Software Development by DEERING J., St Louis: Center for Digital Theology, Saint Louis University, 2010, <http://normananonymous.org/ENAP/index.jsp?view=edition&tract=1>.

²³³ Sul punto restano, mi sembra, fondamentali le critiche del Kelsen H., *Das Problem der Souveränität*, cit., p. 169 s.: «Soferne die „Theorie“, daß alle Pflichten des Staates auf einer „Selbstbindung“ beruhen, zur Konstruktion des Völkerrechts verwendet wird, läuft sie auf die Vorstellung vom Primat der staatlichen Rechtsordnung hinaus und besagt – aller Hypostasierung entkleidet – daß völkerrechtliche Pflichten – des Staates – nur als Normen der staatlichen Rechtsordnung, daß das Völkerrecht, sofern es Recht sein soll, nur als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung gedacht werden kann».

²³⁴ V. HART H.L.A., cit., pos. 4705: «...we cannot ask: 'From what ultimate provision of the system do the separate rules derive their validity or "binding force"?' For there is no such provision and need be none. It is, therefore, a mistake to suppose that a basic rule or rule of recognition is a generally necessary condition of the existence of rules of obligation or 'binding' rules. This is not a necessity, but a luxury, found in advanced social systems whose members not merely come to accept separate rules piecemeal, but are committed to the acceptance in advance of general classes of rule, marked out by general criteria of validity. In the simpler form of society we must wait and see whether a rule gets accepted as a rule or not; in a system with a basic rule of recognition we can say before a rule is actually made, that it will be valid if it conforms to the requirements of the rule of recognition».

sua forza vincolante o meglio obbligatoria, anche qui sottolineando che in certa letteratura non si fa distinzione tra vincolatività e obbligatorietà: altro è, invece a mio parere, l'obbligatorietà di una norma il cui mancato rispetto determina un malfunzionamento della "macchina giuridica" di cui fin qui, e per il quale basta la semplice constatazione della violazione, e altro, ben altro, è la possibilità o meno di punire effettivamente il violatore, che a mio parere è del tutto irrilevante: ciò che conta per il diritto è sapere che l'omicidio è illecito, non che l'omicida sia stato condannato. Del resto, per riferirmi a certe concezioni sciatte della prassi su cui al prossimo capitolo, se si utilizzassero, l'omicidio sarebbe premiato. E sorvolo così sulla primitività. Il contrario: l'Ordinamento internazionale è talmente sofisticato da non avere bisogno di meccanismi sanzionatori per definire l'illiceità.

Per dirla in una sola parola: il sistema del diritto internazionale è fondato sull'anarchia, non sul caos²³⁵. O meglio ancora, nelle parole certo più autorevoli delle mie di Antony D'Amato²³⁶: «... it is the International Law System that creates rules of international law, *and not any individual state* ... They are interconnected because they all bear the mark of the same internal machinery of the International Law System». Ed essendo l'Ordinamento privo di Autorità, è altresì privo sia di fonti di produzione giuridica, sia di normazione formale, se non contrattuale. E infine non ha gerarchia tra le norme (e tra gli ordinamenti) appunto perché la gerarchia non serve al sistema: anzi, potrebbe essere un ostacolo allo sviluppo del diritto internazionale.

²³⁵ O, se si preferisce, ed è il mio caso, sul caos di Mandelbrot, cioè sulla complessità estrema ma perfettamente ricostruibile nella sua logica, sia pure nel suo caso matematica. Trattandosi di un fenomeno sociale e non naturale, se ne potrebbe parafrasare la logica dicendo che il caos della comunità internazionale e quindi la sua estrema complessità e complicazione (anche nell'Ordinamento internazionale come nella natura, le variabili sono molte, ma non infinite) sono razionalmente risolti attraverso la anarchia. Quest'ultima, infatti, potrebbe essere semplicemente e positivamente la forma *razionalmente* (attenzione, non ragionevolmente à la Rawls) necessaria della convivenza, in una società priva di gerarchia e andrebbe studiata a fondo proprio in questa prospettiva.

²³⁶ *Supra* nt. 221, corsivo mio.

CAPITOLO SETTIMO

LA FUNZIONE DELLA PRASSI NELLA FORMAZIONE DELLE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 16. La funzione della prassi nel diritto internazionale. – 17. Diritto internazionale e fatto. La differenza tra la norma e la prassi. – 18. La formazione dialettica della norma, anche attraverso la prassi, e la funzione evolutiva della prassi. – 18.1. Prassi e “tempo” di formazione delle norme generali: l’accertamento della effettività della norma, lo iato tra l’esistenza e l’inesistenza della norma. – 18.2. Il significato dell’art. 38.1.b dello Statuto della CIG e la cd. consuetudine istantanea.

16. *La funzione della prassi nel diritto internazionale*

In tutto quanto detto fin qui, il riferimento alla “prassi” è stato molto frequente, anche se va rilevato subito come la prassi sia, benché fondamentale, “solo” il principale strumento di accertamento e valutazione del contenuto delle norme comunemente usato, invero non solo nel diritto internazionale, ma in esso largamente prevalente. Dove per prassi si intende: *a.* - il modo in cui i soggetti di diritto internazionale tutti, stati e non, *effettivamente* agiscono o dichiarano che si debba agire, posto che il loro comportamento corrisponda ad un “modo di fare o di pensare” generalizzato o supposto tale, oppure dovuto o supposto tale, ma anche, *b.* - il modo in cui i soggetti stessi, valutano quel comportamento in termini giuridici, specie se quel comportamento è accompagnato dalla dichiarazione di volerlo, appunto, seguire in quanto considerato legittimo o non seguire perché considerato illecito. Perché solo se, un certo comportamento – come vedremo non necessariamente comune, basta usarne o par-

larne una volta sola! – è considerato giuridicamente valido e lecito, non solo dai soggetti che lo mettono in atto, né solo dagli altri soggetti, né da entrambi, ma *anche nella logica che “regola” il sistema*, o meglio, che si desume dal sistema, quel comportamento *può* diventare una sorta di “fonte di produzione” di diritto, ma meglio e più semplicemente un elemento utile per la deduzione della esistenza di una norma, che corrisponda al “sentire comune” della Comunità internazionale, cioè, che è più corretto, “fonte di cognizione”: è il caso di Enrico IV di cui alla sentenza sulla *Paquete Habana*, di cui ho parlato ripetutamente.

Un elemento costitutivo di detta prassi, definendola così in termini più ampi e omnicomprensivi, è costituito anche dalle dichiarazioni, affermazioni, valutazioni, ecc., dei soggetti di diritto internazionale e degli organismi, per esempio organizzativi e giudiziari, esistenti sulla scena (di nuovo spesso solo di fatto) in quanto espressioni sia della volontà di determinare una norma, sia del riconoscimento della sua esistenza, sia anche del rifiuto della sua esistenza o della sua validità. Come accade ad esempio nel caso del, più volte ribadito, divieto generale dell’uso della forza, a proposito della effettiva esistenza del quale mentre non vale certo la prassi, è un dato di fatto che tutti i soggetti di diritto internazionale che usano la forza si affannano sempre ad affermare che, *in quel caso*, non stanno usandola o che la stanno usando lecitamente, mentre gli *altri* soggetti in genere la condannano, quando non usata da loro, o che la usano solo come *extrema ratio* o come legittima difesa. Mentre, dunque, dicevo, in questo caso, ma anche nella più parte degli altri, non vale certo la prassi concreta, occorre ricostruire in maniera più articolata la modalità logico-normativa per la ricostruzione di quel divieto generale come di altre norme generali. Tutto ciò che ho descritto, insomma, è parte della prassi che determina la norma, e quindi la prassi non è altro che *uno dei processi* attraverso i quali si forma la norma²³⁷, mentre il semplice ripetersi di un comporta-

²³⁷ Per usare una espressione abbastanza famosa: «Customary law, like all law, is positive, man-made law. Law regulates its own creation. Treaty and custom are two

mento *non* determina la norma o almeno non basta a determinarla²³⁸. Di nuovo, solo per completare il discorso, è la macchina comunitaria quella che crea nel tempo la norma sul divieto della guerra, esclusa nettamente fino almeno alla seconda guerra mondiale²³⁹, e, ammessa con grandi limitazioni, quasi “fra i denti” per

different, independent procedures for creating international legal norms ... custom can lead to norms of particular or general international law: but we speak of custom here only as a procedure for creating rules of general international law», KUNZ J.L., *The nature of customary international Law*, in *AJIL*, 1953, p. 666, e in critica a AGO R., *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano (Giuffrè) 1950, che, come noto, definisce la consuetudine come una norma che sorge *spontaneamente* nella coscienza dei soggetti: «the science of law is here occupied only with the ascertainment of the principle, not with its source».

²³⁸ La cosa non sembra molto perspicua, per citare uno scritto recentissimo, ad es. a AKANDE D., *The Diversity of Rules on the Use of Force: Implications for the Evolution of the Law*, in *EJIL Talk* 11.11.2019, in <http://www.ejiltalk.org/the-diversity-of-rules-on-the-use-of-force-implications-for-the-evolution-of-the-law/>, quando afferma, pasticciando un po', a mio modesto parere, sui concetti e sugli istituti, «Indeed ..., it is typical to see extensive reference to state practice over time with the implicit suggestion (often implicit) being that as practice evolves so will the rules [cosa che a me, invece, sembra ovvia]. However, when one stands back to think about the structure and position of the rules in question – the diverse nature of those rules – it becomes clear that the issue of how they may or how they have changed is not that simple. Even if the rules relating to the use of force by states are contained in customary international law, they remain nonetheless treaty rules. Moreover, they are not just rules in any old treaty – these are rules in the UN Charter which claims superiority over other treaties». E sorvolo sul fatto che non capisco che voglia dire che la Carta “claims” cioè pretende o ha (?) superiorità sugli altri trattati: da cosa risulti questa prevalenza, non saprei dire. Altresì non comprendo bene cosa implichi che una norma consuetudinaria è “purtuttavia” una norma contrattuale.

²³⁹ Non può, infatti, esservi altra interpretazione (a parte la prassi che certo di guerre priva non è) di una disposizione come quelle dell'art. 12 del *Covenant*, dove l'ineluttabilità dell'uso della forza e la sua, almeno, non illiceità, traspare chiaramente nella frase: «... they agree in no case to resort to war until three months after the award by the arbitrators or the judicial decision, or the report by the Council ...», ma nemmeno vanno sottaciuti i co. 6 e 7 dell'art. 15: «If a report by the Council is unanimously agreed to by the members thereof other than the Representatives of one or more of the parties to the dispute, the Members of the League agree that they will not go to war with any party to the dispute which complies with the recommendations of the report./ If the Council fails to reach a report which is unanimously agreed to by the members thereof, other than the Representatives of one or more of the parties to the dispute, the Members of the League reserve to themselves the right to take such action as they shall consider necessary for the maintenance of right and justice».

dir così, nella Carta, anche con l'uso "pudico" della perifrasi «use of force»²⁴⁰. Poi, forse solo a partire dalla sentenza *Nicaragua-Stati Uniti* la coscienza della generalità del divieto è divenuta palese in quanto tale alla Comunità internazionale.

Si potrebbe riassumere sinteticamente, dicendo: la prassi è lo strumento di accertamento dell'esistenza di una norma, indipendentemente dal fatto che il comportamento che si rileva come normativo sia ripetuto o meno e indipendentemente anche dal fatto che chi agisce sia inteso a costruire col suo comportamento una norma.

17. *Diritto internazionale e fatto. La differenza tra la norma e la prassi*

E dunque.

Che, nel diritto internazionale, "*ius est factum*"²⁴¹ è un dato, a mio parere, scontato specialmente nel diritto internazionale moderno dove i tentativi di fornire a quell'ordinamento istitu-

²⁴⁰ Sorvolo qui sulla distinzione tra il concetto di guerra come istituto di diritto internazionale e quello di uso della forza. Mi limito a richiamare la definizione sufficientemente esaustiva dell'art. 2, co. 1, comune, delle Convenzioni di Ginevra del 1948: «In addition to the provisions which shall be implemented in peace-time, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them», con le esclusioni di cui all'art. 1.2 del Protocollo II alle predette convenzioni, del 1977.

²⁴¹ V. sul punto le belle e famose pagine del QUADRI R., *Le fondement du caractère obligatoire du droit international public*, in *RCADI*, 1952 vol. 80, p. 622: «Le droit appartient au monde des réalités empiriques et psychologiques et non au monde abstrait des valeurs ... p. 624 ss. Si on laisse de côté les dogmes abstraits et rationalistes de l'état de nature, inventés de toutes pièces, et que l'on considère la Communauté internationale telle qu'elle existe historiquement, on s'aperçoit facilement que non seulement *ubi societas ibi ius*, mais encore *ubi societas ibi auctoritas* ... En effet, dans chaque société les éléments individuels qui la composent se trouvent être subordonnés à l'entité collective dont la volonté et l'action sont décisives pour eux. *Devant et au-dessus de chaque entité individuelle il y a l'entité collective, le corps social, dont la force irrésistible est appelée autorité* ... C'est pourquoi il est absurde de regarder la souveraineté comme quelque chose d'absolu. Aucun Etat au monde, même le plus puissant, n'est *legibus solutus*» (corsivo mio).

zioni capaci di funzionare sembra del tutto fallito, ma, come ho più volte ripetuto per esplicita e concreta volontà degli stessi soggetti della Comunità internazionale, nei quali, peraltro, risiede, a mano a mano che si formano, il “potere” di formare le norme e di pretenderne il rispetto²⁴². Per cui la Comunità internazionale è semplicemente il luogo astratto nel quale si formano, e fin tanto che si formino, sia le norme sia i soggetti di diritto internazionale, e pertanto non preesiste o viene costruita successivamente ai soggetti: c'è perché e quando vi sia più di un soggetto capace, di fatto, di agire. Per così dire: nasce e scompare con i soggetti, che, a loro volta come vedremo fra poco, nascono e si propongono alla collettività *per forza propria*, visto che nessuno può “porli”, cioè crearli. In essa risiede quindi anche una sorta di *autorità*, che però non si esprime imponendo regole, anzi non

²⁴² Con un linguaggio forse più risalente come la Comunità internazionale cui si riferisce, ma del tutto lucido, si potrebbero ripetere, *mutatis mutandis*, le belle, e ancora più famose, osservazioni di ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, cit. pp. 52 ss., dove l'A. osserva come la Comunità internazionale sia *logicamente* preesistente ai soggetti (agli stati, nelle terminologia dell'A.) nel senso che il soggetto è tale perché una regola giuridica (un ordinamento, appunto) stabilisce chi e come debba e possa diventare soggetto: oggi diremmo, *l'effettività* dell'essere capace di “fare” il soggetto. Che, poi, quegli stessi soggetti non vogliano (come affermo io nel testo) che la Comunità internazionale sia organizzata gerarchicamente è altro discorso. Ma, sono importanti (benché per certi versi risalenti) le parole di ROMANO, p. 60 ss., quando afferma: «Il procedimento con cui si forma uno Stato è, senza dubbio, *pregiuridico*; ma, quando lo Stato effettivamente ha vita, esso è *già un ordinamento di diritto*, del quale fanno parte gli organi ... Non altrimenti è a ritenersi per la comunità internazionale: la sua formazione, con l'attuale sua struttura sarà stata un fatto svoltosi lentamente e certo non governato dal diritto, ma *una volta essa costituitasi* com'è attualmente, è *divenuto giuridico il principio che gli Stati dovranno contribuire con la propria volontà all'emanazione di nuove norme* ... Il momento dunque in cui sorge la prima pietra di quest'ultimo [il diritto internazionale], fondamento delle altre che vi si accumuleranno ulteriormente, non è segnato ... da questi accordi, ma *dal sorgere della stessa comunità internazionale odierna*. Il che vuol dire che gli accordi medesimi *non hanno ... una virtù propria indipendente dalla preesistenza del diritto oggettivo* ... essi invece poggiano su un principio che si è posto col porsi della comunità internazionale e si è connaturato con la sua costituzione, con i suoi attuali caratteri istituzionali» (corsivo mio) da cui l'affermazione invece difficilmente condivisibile, p. 63, per cui lo stesso principio per cui in certi casi l'uso della forza è ammesso nel diritto internazionale è connaturato al sistema perché nessuno mai lo ha posto.

si esprime affatto, restando una entità del tutto astratta, ma non ipotetica, bensì reale. Tanto che, nel progetto di norme sulla responsabilità internazionale degli stati della *International Law Commission*, si può legittimamente usare un'espressione, in sé fantasiosa, come "international Community as a whole".

Ius est factum, però, non vuole certamente dire, che ogni fatto (o serie di fatti) è sempre dritto. Se, infatti, così fosse, la società o Comunità internazionale sarebbe, in pratica, *legibus soluta* così come, per conseguenza, i soggetti di essa. È, invece, – preciso e ribadisco, è non "crea": cioè quel fatto è diritto, quando giuridicamente rilevante, oppure non lo è, nel senso che non ha rilevanza alcuna ai fini giuridici – è, invece dico, diritto quel fatto che, in qualche modo, riesca ad assurgere alla dignità di norma: *a.* - per constatazione *di fatto* del suo valore normativo, *b.* - per espressione normativa – di natura contrattuale, o anche contrattuale ma assurta a norma generale, a prescindere dalla categoria superata dei trattati-legge – ma anche *c.* - per espressione solo propositiva – come nel caso della Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo o della Risoluzione sulle Relazioni Amichevoli degli Stati – o *d.* - per affermazione giudiziaria o, anche, *e.* - per "riconoscimento" come norma (generale o particolare) da parte *dei* soggetti e quindi da parte della Comunità internazionale, per astratta che ne sia la definizione come società giuridicamente organizzata²⁴³, o infine, *f.* - attraverso una sorta di

²⁴³ V. GUARINO A., *Dal diritto romano ai diritti moderni*, in *Labeo*, 1962, p. 98 ss. e in *Pagine di diritto romano*, Napoli (Jovene) 1993, vol. 1, p. 142 ss., ora anche in <http://www.antonio guarino.it/wp-content/uploads/2016/11/Pagine-di-diritto-romano-I-Dal-diritto-romano-ai-diritti-moderni-.pdf>, p. 144: «Significativa è l'autorità autogena rivestita in Roma dai *iuris prudentes* repubblicani, anche dopo la fine della giurisprudenza pontificale e prima della introduzione del *ius respondendi ex auctoritate principis*. Significativa è l'affermazione dell'*auctoritas principis extra ordinem* nella fase augustea del periodo classico, quando ancora non era avvenuto l'esautoramento delle istituzioni del *ius vetus*. A posteriori noi oggi diciamo, in ordine a taluni dei fenomeni dianzi accennati, che essi non furono *ius*, né furono considerati *ius* se non quando risultarono chiaramente confermati da consuetudini o da provvedimenti di governo. In parte è vero: la qualificazione «tecnica» del *ius Quiritium*, del *ius honorarium*, del *ius novurn* come tali, cioè come «*ius*», e così la inserzione tra i *iura populi Romani* delle *sententiae et opiniones eorum, quibus pmissum est iura condere*, vennero operate dai

ius respondendi – che non a caso nel diritto romano solo nel tempo aggiunse *ex auctoritate principis*²⁴⁴ – dove, però, nella Comunità di cui parliamo, manca, mancava e mancherà ancora il *princeps*. La Comunità internazionale, infatti, essendo una società *complessa*, non ha bisogno di una struttura gerarchica, e nemmeno di un criterio che attribuisca a questo o a quello – soggetto, fatto o atto – una funzione dominante nella formazione della norma, che perciò resta alla fine sempre e solo il frutto del “riconoscimento”, quindi *a posteriori*, di quella regola, magari grazie alla “autorevolezza” di chi la propone o la “dice” o la determina, perfino senza la deliberata volontà di costruire una norma²⁴⁵. Che poi tutti questi modi di manifestazione della

giuristi romani solo a congrua distanza di tempo dalla loro prima formazione. Ma se anche l’acuta riflessione giuridica opportunamente tardò sta di fatto che *la coscienza popolare immediatamente avvertì quale fosse il diritto cui si dovesse obbedienza*, e ne fanno prova, proprio perché si tratta di fonti atecniche i poeti i retori, Cicerone», ma, aggiunge l’A. a p. 146: «Se è insufficiente basare la ricostruzione del diritto romano sulle sole fonti di cognizione cd. tecniche, è peraltro antimetodico e fuorviante *fare un unico fascio delle fonti tecniche e di quelle atecniche*, rifiutandosi di sottoporre queste ultime ad un particolare esame critico, onde stabilire *quanto vi è in esse di giuridicamente «vero»* (cioè di genuina intuizione e rappresentazione della realtà del diritto coevo) e quanto vi è in esse di erroneo, di derivato da altri ordinamenti, di influenzato da concezioni filosofiche astratte o, se si vuole, di anticipato e di profetico» (corsivo mio).

²⁴⁴ Colpisce, lo dico da incompetente di diritto romano, ma colpisce Pomponius, *libro singulari enchiridii*, in D.1.2.2, 12: «*Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur*», 49: «*Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet*», colpisce dico, la vicinanza di questa affermazione con l’art. 38.1.d.

²⁴⁵ Solo in questo senso, perciò, è accettabile la definizione di AGO, *supra* nt. 237, perché ben può darsi il caso che un soggetto, un giudice, ecc. costruisca una

prassi, in quanto utili a formare o riconoscere la norma, vadano tenuti in debito conto a seconda della loro rilevanza formale e sostanziale, è semplicemente evidente. Ma la considerazione di tutti quegli elementi è indispensabile, senza che essi vengano rilevati in termini gerarchici²⁴⁶.

In altre parole, posto che certamente la prassi è, nel diritto internazionale, una delle principali “*fonti di cognizione*” del diritto medesimo, *non è la sola prassi di per sé* a costituire diritto, non è cioè la prassi “*fonte di produzione*” unica e assoluta del diritto internazionale, ma, pur concorrendo a produrre le norme essa è *prova* della possibile, solo possibile²⁴⁷, esistenza di quella norma, *tanto che*, sia pure in casi limite, *anche il comportamento di un solo soggetto o di un giudice o altro che sia*²⁴⁸ può determinare, o meglio accertare, la nascita della norma: il “meccanicismo”, per dir così, che è invece tipico della letteratura anglosassone (quello, cioè, che traduce quasi automaticamente un certo comportamento, ripetuto “qualche” volta o magari nemmeno, viste le teorie in tema di *consuetudine istantanea*, in una norma)

norma, non *proponendosi* di farlo, ma agendo coscientemente *in quello che ritiene essere un comportamento già giuridicamente corretto* e in questo senso “giusto”, nel senso di cui *supra* nt. 67 § 4.

²⁴⁶ Con la precisazione, aggiungo solo in via incidentale, che la norma contrattuale non può essere considerata prevalente nella ricostruzione della norma generale, proprio perché “solo” contrattuale. Quando si fonda la costruzione del concetto di *ius cogens* sull’art. 53 della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, per di più tenendo in grande considerazione le osservazioni degli USA e la loro giurisprudenza, non si può tenere in non cale il fatto che gli USA quella Convenzione non la hanno ratificata! V. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en, testo aggiornato al 24.11.2019. O almeno si deve affermare, come credo sia corretto, che il contenuto (e quindi non le parole specifiche) di quella Convenzione sono norma generale, perciò obbligatoria anche per chi non la abbia ratificata o magari nemmeno firmata.

²⁴⁷ È implicito ma vale la pena di ripeterlo: «international custom, as *evidence of a general practice accepted as law*», art. 38.1.b Statuto della CIG.

²⁴⁸ Basti pensare alla formazione del concetto di obbligo *erga omnes*, proposto da una sentenza della CIG (la ben nota *Barcelona Traction*) e poi ripresa di mala voglia nel progetto sulla responsabilità degli Stati, con l’idea dell’interesse della *International Community as a whole*, che non fa altro in fondo che riprendere la proposta, scartata da CRAWFORD, di AGO, per l’impossibilità di farne a meno.

finisce per falsare grandemente la realtà e per essere addirittura (spesso deliberatamente) “ideologico” quando considera prassi consolidata in diritto non la prassi *tout court*, ma *certa* prassi e non altra (tanto più quando non c’è una Corte Suprema che *scelga* tra i casi della prassi come nel caso *Paquete*, essendo, *peraltro*, *essa stessa*, *la Corte*, *prassi*) e quando comunque dà per assodato che *la prassi è diritto*²⁴⁹, e tanto più infine quando, come vedremo più avanti, qualcuno affermi, “questo è il mio comportamento e da questo momento esso è norma consuetudinaria”.

Voglio dire che in questo caso, il fatto per cui una *certa* prassi sia orientata in un *certo* senso (ad esempio nel caso particolarmente significativo dell’intervento armato in stati considerati dall’agente “unwilling or unable” di agire contro il terrorismo o, ancora di più, nei casi di “occupazione trasformativa”²⁵⁰) diventa, per parte della dottrina e nella convinzione di alcuni soggetti, *meccanicamente* la norma e quindi quei comportamenti sono considerati di per sé legittimi.

Mi sia consentito di ripetere, sinteticamente, il mio punto di vista assolutamente opposto: la prassi *può* essere solo o la prova della esistenza *già chiara* di una norma – che infatti viene applicata – oppure la contestazione di una norma, la validità e l’efficacia della quale essendo tutta da provare, benché ripetuta e accettata, si riveli *non essere legittima e cioè non essere norma*. Diversamente il diritto internazionale diventerebbe ciò che molti critici superficiali di esso definiscono, e cioè il regno della forza, della prevaricazione e nemmeno della violazione delle norme, perché quella che si può considerare violazione della norma, sarebbe invece *la norma*.

²⁴⁹ Quanto alla “rilevazione” delle norme consuetudinarie (che io insisto a chiamare *norme generali*), rinvio alle, invero un po’ confuse, osservazioni della ILC, nel rapporto, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, 2018, Doc. A/73/10, sulla base dei rapporti di WOOD M., A/CN.4/663, 682, 695, 717.

²⁵⁰ Qualunque cosa ciò significhi, ma, confesso, l’espressione mi sembra alquanto surreale e preferisco non approfondirne il “contenuto” e nemmeno ricordare le Convenzioni dell’Aja e di Ginevra in materia.

18. *La formazione dialettica della norma, anche attraverso la prassi, e la funzione evolutiva della prassi*

La prassi, dunque, va letta e razionalizzata in maniera che il discernimento dell'interprete permetta di discriminare tra la prassi, mi si passi il termine, "buona a determinare e quindi a permettere di *rilevare* il diritto, il fatto normativo" e quella "cattiva o inutile a identificare il diritto"²⁵¹: per permettere, in altre parole, di capire se quel comportamento o quella pretesa di comportamento costituisca norma o sia solo un fatto irrilevante o addirittura illecito. Cioè, per continuare nel ragionamento, non è legittima la condotta di chi è più forte o più veloce ad adottare un certo comportamento, e nemmeno quella più frequentemente ripetuta, ma quella più e meglio corrispondente agli interessi e alla volontà della Comunità internazionale in senso lato, insomma se vogliamo della *international community as a whole*²⁵².

²⁵¹ Per spiegarmi con un esempio tanto banale quanto secondo me perspicuo, è prassi "buona" o prassi "cattiva", l'intervento USA in Afghanistan, concordato con gran parte della Comunità internazionale dopo un attentato che si presunse orchestrato dal Governo di quel paese, o quello in Iraq alla ricerca di armi di distruzione di massa mai reperite o quello "indiretto" contro il Nicaragua? Se una prassi qualsiasi bastasse a stabilire se l'uso della forza è lecito o meno, si dovrebbe concludere che l'uso della forza è *sempre* lecito, così come sarebbe sempre lecito imporre ad uno stato (agredito) un regime politico voluto dall'aggressore (l'*occupazione trasformativa* sulla quale molto si è discettato, CARCANO A., *The Transformation of Occupied Territory in International Law*, The Hague (Nijhoff) 2015): il contrario esatto della legittimità del soggetto che è tale solo se dotato di un regime politico autonomo e indipendente. Tenere conto di questo, del resto elementare, principio, rovescia *ab imis* ogni discorso sulla legittimità delle singole "trasformazioni", rendendo il tutto illegittimo, nel diritto interno diremmo *nullo*, appunto *ab imis*. Non si può, però, sottacere, nella specie, che non di rado sia accaduto (e addirittura considerato legittimo da de Martens) che in taluni casi (ivi compresi taluni italiani, difesi dallo stesso Anzilotti, con la nota tesi sulla differenza tra occupazione con o senza *animus possidendi*) che il rovesciamento del regime locale e delle sue usanze, fosse considerato legittimo: v. ampiamente sul punto KOROWIN E.A., *Das Völkerrecht der Übergangszeit: Grundlagen der volkerrechtlichen Beziehungen der Union der Sowjetrepubliken*, Berlin (Walther Rotschild) 1929, pp. 135 ss. Ma proprio questa idea, difesa purtroppo nientemeno che da Anzilotti, è la prova evidente che la volontà soggettiva di uno stato forte o più forte di altri (l'*animus possidendi*) non basta a determinare la norma, ma solo a imporre, *illegittimamente*, la propria volontà.

Dove, perciò, quando dico “l’interprete”, intendo la valutazione e quindi la rilevazione del modo in cui quel comportamento si colloca razionalmente in un sistema razionalmente inteso a funzionare, soddisfacendo gli interessi e le esigenze dei soggetti, sia per determinare, direbbe Ulpiano, il *neminem laedere*, sia per *garantire* (il termine chiave sempre per definire i compiti e la funzione della Comunità internazionale) il fondamentale *suum cuique tribuere*: in un sistema in cui nessuno può dire né quale sia il “*suum*” né chi sia il “*neminem*”. Come avrebbe fatto, altrimenti, la Corte Suprema USA ad *accertare* (perché di accertamento si tratta: cioè dichiarazione che *una norma esiste, già esiste*²⁵³) la norma in materia di sequestro di navi neutrali in zona di guerra, nel caso *Paquete Habana*, se non *scegliendo* tra i casi favorevoli e contrari all’una o all’altra tesi, quelli da privilegiare come giuridicamente attendibili, per *poi* decidere? Dove per “attendibili”, intendo corrispondenti agli interessi della intera Comunità inter-

²⁵² Nel senso degli artt. 25.1,b e 33.1 del *Progetto ILC sulla responsabilità degli stati*: «The obligations of the responsible State set out in this Part *may be owed* to another State, to several States, or *to the international community as a whole*, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach», 42: «A State is entitled as an injured State *to invoke the responsibility of another State* if the obligation breached is owed to: (a) that State individually; or (b) a group of States including that State, or *the international community as a whole*, and the breach of the obligation», e infine 48: «1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the *protection of a collective interest* of the group; or (b) *the obligation breached is owed to the international community as a whole*» (corsi miei).

²⁵³ È, questo, un implicito riferimento a quanto sopra riportato nelle affermazioni di ROMANO S. Un giudice non *fa* il diritto, lo interpreta e, specialmente nel diritto internazionale, aiuta a rilevarlo e, attraverso l’interpretazione lo integra, lo precisa, lo *ri-costruisce*. La prassi, a sua volta, aiuta a costruire le norme, quando quella prassi (quindi *a posteriori*) si *ri-conosce* valida e “accettata”. Ma non basta che un soggetto (o anche *più* soggetti e perfino, arrivo a dire, *la maggioranza* dei soggetti) *faccia* qualcosa perché quel *fare* diventi diritto: il rischio è che ciò che fa il soggetto del quale l’interprete condivide il pensiero sia *visto* come diritto a discapito di ciò che fa un altro e così la prassi (e per sua via il diritto) diventa ideologica quando non addirittura ideologia: cioè il contrario del diritto.

nazionale, così come valutati al momento dell'analisi. È fin troppo evidente che *quella* sentenza contribuisce a consolidare la norma già rilevabile dalla prassi precedente, ma la norma *applicata* dalla corte *era già* norma tanto più che a un Tribunale competente di *applicare* il diritto, non di *crearlo*²⁵⁴. Diversamente non saprei come definire il comportamento di Enrico IV di Inghilterra, che nel 1403, per primo afferma quel comportamento, motivan-

²⁵⁴ Sul tema, v. CPGI caso *Lotus* (Serie A, n. 10, 1927, p. 18, «According to the special agreement, therefore, *it is not a question of stating principles which would permit Turkey to take criminal proceedings, but of formulating the principles, if any, which might have been violated by such proceedings*» e poi, ma vale la pena di citarla completa: «*The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims*») v. sul punto il lucido breve studio di SOHN L.B., «*Generally Accepted International Rules*», in *Washington Law Review*, 1986, p. 1073 ss., che non a caso e significativamente precisa, *ibid.*: «It is the purpose of this paper to investigate how a rule becomes “generally accepted” as a part of customary international law». Come cerco di spiegare nel testo, si tratta di una *norma* della quale si constata che è *accolta* in maniera generale. Ma ciò che conta alla fine è, per usare di nuovo le parole di SOHN, p. 1074: «*acquiescence by other states*», che, infatti, è dimostrata anche dal fatto che molto spesso, quegli stessi stati che si sono opposti strenuamente alla affermazione di una norma del genere, ne divengono successivamente i maggiori sostenitori (*ibid.* p. 1079). V. anche la ben nota sentenza CIG, *North Sea Continental Shelf*, 20.201969, Federal Republic Germany v. Denmark e v. Netherlands, che, a conti fatti afferma, riportato in corsivo, appunto quanto accennato nel testo con riferimento al fatto che al comportamento individuale di applicazione di una presunta norma generale, corrisponda un simile comportamento o accettazione da parte, nel caso, degli stati più interessati, *ibid.* § 74: «As regards the time element, the Court notes that it is over ten years since the Convention was signed, but that it is even now less than five since it came into force in June 1964, and that when the present proceedings were brought it was less than three years, while less than one had elapsed at the time when the respective negotiations between the Federal Republic and the other two Parties for a complete delimitation broke down on the question of the application of the equidistance principle. Although the passage of *only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; – and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved*».

dolo ampiamente, come *dovuto*, sia pure, dal suo punto di vista, per ragioni di “graziosa” opportunità²⁵⁵. Anche se l’interprete, nella specie il Re e successivamente altri Re e tribunali, si accorgono solo *a posteriori* che quel comportamento di Enrico *era dovuto*. Sta in fatto, infatti, che il comportamento di *altri* che hanno adottato comportamenti diversi da quello di Enrico IV, *non è valso a costituire norma*, evidentemente, a fil di logica, perché quell’altro comportamento *non corrispondeva* agli interessi in senso lato della Comunità internazionale: interessi anche etici, se vogliamo. Non per caso, parlando di morale e diritto, si distingue tra i due concetti, per dire che la morale può indirizzare il diritto, *non è il diritto*²⁵⁶.

La prassi, del resto, quasi mai è univoca e quindi sceverare tra i casi e scegliere quelli significativi per la *ri-costruzione* della norma *vigente* è compito del giurista, inteso come *interprete* anche se privo dello *ius respondendi ex auctoritate principis*, dato che il principe, nel diritto internazionale, è assente, come tale. Nel diritto internazionale, però come accennavo più sopra, il “principe” è, in qualche modo, la stessa Comunità internazionale, è quella, per così dire, che pone il diritto. E lo pone in base all’*id quod plerumque accidit*, si noti, *plerumque non magis*, insomma la scelta nella prassi giuridicamente corretta non è della *maggioranza*. Perché, come ho detto più volte, anche il diritto internazionale è *diritto positivo*, cioè *coscientemente e deliberatamente posto*, quindi *scelto*, dai soggetti²⁵⁷ (come nel caso di En-

²⁵⁵ *Paquete Habana*, cit., p. 165. Enrico IV, insomma, esprime in sostanza una *opinio necessitatis*, sia pure in veste “graziosa”, facendo per primo una scelta, sempre che sia stato effettivamente il primo! E quindi o *aplica* una norma che ritiene esistente, oppure *determina* una norma, che nasce in quel momento e che, poi, diventa *consuetudinariamente accettata* da altri, che implicitamente considerano irrilevanti le obiezioni di chi non la ritenesse esistente.

²⁵⁶ *Supra* §§ 44.1.

²⁵⁷ Magari per effetto di quello che SCHARF M., con una espressione molto allusiva e di successo, definisce un “Grotian Moment”, per intendere appunto quel fenomeno (proprio così, quasi magico) in cui si forma la (ma secondo me si constata l’esistenza della) norma consuetudinaria per impulso di qualcuno o di qualcosa, che è ciò che appunto nego nel testo (v.lo in *How the War Against ISIS Changed International*

rico IV, di cui alla sentenza *Paquete*²⁵⁸), attraverso la Comunità internazionale, e quindi non dalla semplice *somma* dei soggetti, e meno che mai dalla *somma* del loro potere, ma *dalla sussunzione della volontà, più meno chiara e univoca*, dei soggetti, *di quei sog-*

Law, in *Case W. Res. J. Int'l L.*, 2016, p. 15 ss., p. 19: «But because these changes occur largely outside a constitution or treaty framework, elsewhere I have made the case that a more apt term for this phenomenon is “Grotian Moment,” named for Hugo Grotius, the 15th Century Dutch scholar and diplomat [*sic!*] whose masterpiece *De Jure Belli ac Pacis* helped marshal in the modern system of international law»). Il “processo” di formazione della norma, se tale si può chiamare, è sempre descritto come l’azione e reazione di diverse pretese nelle quali chi agisce, “suppone” di applicare (o magari di creare) una norma fino a prova del contrario. Questo processo è descritto con vigore in un altro scritto spesso citato, dove si parla esplicitamente, appunto, di pretese e reazioni all’origine della “possibile” nascita della norma: MCDUGAL M., SCHLEI N., *The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security*, in *Yale L.J.*, 1954-1955, p. 648, ss., ad es., p. 656: «... but rather a living, growing, customary law, grounded in the claims, practices, and sanctioning expectations of nation-states, and changing as the demands and expectations of decision-makers are changed by the exigencies of new social and economic interests, by the imperatives of an ever developing technology and by other continually evolving conditions in the world arena. From the perspective of realistic description, the public order of the high seas is not a mere body of rules, but a whole decision-making process, including both a structure of authorized decision-makers and a body of highly flexible, inherited prescriptions: The competing claims asserted by nation-state decision-makers to the use of the high seas, the events to which the “regime of the high seas” is a response, vary enormously in the comprehensiveness and particularity of the interests sought to be secured, in the location and size of area affected, and in the duration of the claim».

²⁵⁸ In questo la sentenza *Paquete*, cit. è chiarissima, v. p. 687 s. con riferimento alla prassi, in parte contrattuale, di Enrico IV di Inghilterra nel 1403, del quale riporto l’interessante frase iniziale: «In 1403 and 1406, Henry IV issued orders to his admirals and other officers, entitled “Concerning Safety for Fishermen - *De Securitate pro Piscatoribus*.” By an order of October 26, 1403, reciting that it was made pursuant to a treaty between himself and the King of France; and for the greater safety of the fishermen of either country, and so that they could be, and carry on their industry, the more safely on the sea, and deal with each other in peace; and that the French King had consented that English fishermen should be treated likewise; it was ordained that French fishermen might, during the then pending season for the herring fishery, safely fish for herrings and all other fish, from the harbor of Gravelines and the island of Thanet to the mouth of the Seine and the harbor of Hautoune». Da questo caso, nasce, secondo la Corte, poco a poco, la norma di formazione consuetudinaria, come accenno nel testo ... per imitazione o, come dico nel testo, per “tentativi”.

getti, a norma²⁵⁹. E non ho usato a caso il termine “volontà”, perché è, mi sembra, ovvio che, *almeno la prima volta*, la scelta operativa, nella misura in cui è *consapevolmente* priva di precedenti (o almeno ignara di essi) esprime una volontà, una scelta dell’agente, esprime, insomma, quel “tentativo” di cui parlavo più sopra, che, non “ostacolato” dalla prassi successiva, conferma all’interprete (mentre l’agente ne era già convinto, altrimenti non avrebbe agito in quel modo) che quell’atto *era* legittimo e viene solo, oggi, *constatato* essere (ancora) tale²⁶⁰. Il tema, insomma, è sempre quello della “prima volta”, che non può, logicamente e consequenzialmente, essere fondato sull’etica, sulla natura, sulla parola rivelata, su una *Grundnorm* (metagiuridica, quindi non giuridica), su una *Vereinbarung* (che non c’è), o su una consuetudine (che *ancora* non c’è): e dunque può solo essere fondata sulla struttura stessa della comunità sistema complesso e cioè sulla sua logica interna, insomma sulla sua *dialettica*, o meglio ancora, sulla *dialettica* dei suoi soggetti e organi.

²⁵⁹ In questa prospettiva, dunque, ha relativamente poco senso cercare il modo di formazione e la prova dell’esistenza delle norme “consuetudinarie”, perché ciò che conta è l’indicazione dei criteri logici per *discriminare* nella prassi tra ciò che è norma e ciò che non lo è. Condivido, peraltro, la indicazione del *Rapporteur* della ILC, WOOD M., *First report on formation and evidence of customary international law*, UN Doc. A/CN.4/663, 2013, n. 14, quando scrive: «the aim of the topic is to offer some guidance to those called upon to apply rules of customary international law on how to identify such rules in concrete cases».

²⁶⁰ V. sul punto le interessanti considerazioni di KADENS E.Y., YOUNG E.A., *How Customary is Customary International Law?*, in *William and Mary Law Review*, 2012-2013, p. 885 ss., che fa risalire – a mio giuizio correttamente ma non è qui il luogo per approfondire – proprio questa ipotesi al 1200, con la citazione, molto interessante, di De RÈVIGNY J. «On the other end of the spectrum, the thirteenth-century French law professor Jacques de Rèvigny (c. 1230-1296) effectively foresaw the concept of “instant custom” when he offered this hypothetical about the creation of the custom of primogenitor: “Assume that the whole population of a city, or a majority of it, tacitly performs one act. We are at the beginning of the introduction of that custom by which the oldest son inherits everything. At a certain time, that whole city went to war. All or almost all the men were killed. On one day [their] sons adopt the usage that the oldest son takes everything, and thus the people, or a majority of them, have tacitly consented by one act. Is this legislation? Certainly not, because something becomes a statute by the means of express discussion among the community about what shall be law in the future».

Mi sia consentito un breve inciso. Nella sua teoria è proprio Kelsen che riconosce che «general international law is created by custom constituted by acts of States»²⁶¹, ma poi conclude, e su questo dissento «This [la norma *pacta sunt servanda*] is a norm of general international law and general international law is *created* by custom *constituted by acts of States*. The basic norm ... might be formulated as follows “the States ought to behave as they have customarily behaved”». Pur a prescindere dal fatto per cui se gli atti degli stati creano la norma, come fanno gli stati a comportarsi come sempre in precedenza? è un gatto che si morde la coda. Ma, in aggiunta a tutto ciò, il fatto di comportarsi come sempre in precedenza è la più perfetta possibile definizione dell'immobilismo: nulla cambia, l'entropia è l'unica possibilità. Ma ciò, mi pare, contraddice la realtà, che invece è in continua evoluzione, dove, insomma, nulla vi è, specie nel diritto, di definitivo.

Orbene, il diritto della Comunità internazionale è, invece, dialettica continua, permanente, ininterrotta, non tra poteri e meno che mai tra autorità, ma tra azioni e agenti, tutti senza eccezione individui inclusi quindi, nel confronto, permanente, con la collettività. In questo senso, a mio parere, va interpretata l'idea per cui la consuetudine non è un “semplice” procedimento per la formazione²⁶² della norma, ma è il processo, di durata assolutamente variabile, dai secoli agli istanti, di *riconoscimento* di quella norma come parametro valido dei comportamenti dei soggetti: oggi come ieri, salvo a vedere *se anche* domani. Ragion per

²⁶¹ Cito Kelsen H., *General Theory of Law and State*, New Brunswick and London (Transaction Publishers) 2007, p. 369, la frase è riferita all'identificazione della norma *pacta sunt servanda* come Grundnorm dell'Ordinamento internazionale (i corsivi sono miei).

²⁶² O per la sua identificazione, come suggerisce il medesimo *Rapporteur* di cui sopra, il cui ulteriore ragionamento, dunque, non mi sembra più condivisibile, quando afferma, n. 15: «In the English version of the title, the terms “formation” and “evidence” were intended to indicate that, in order to determine whether a rule of customary international law exists, it is necessary to consider both the requirements for the formation of a rule of customary international law, and the types of evidence that establish the fulfilment of those requirements».

cui, va precisato ben chiaramente, è appena il caso di ripeterlo benché ora sembrerà evidente: “ri-costruzione” non è usato a caso, ma per sottolineare, o meglio ricordare, che *ogni volta che se ne usi, la norma va ri-costruita ab imis*, dato che la norma applicata *oggi*, grazie alla prassi “prova” della sua esistenza, è *per definizione* diversa da quella applicata *ieri* e, molto probabilmente, da quella che sarà applicata domani. Prassi che, a sua volta, è solo *possibile* prova del contenuto della norma, perché ben potrebbe essere *oggetto* dell’illecito: la prassi, di per sé è solo prassi, se costruttiva o meno della norma, se lecita o illecita, è tutto da valutare di volta in volta.

18.1. *Prassi e “tempo” di formazione delle norme generali: l’acertamento della effettività della norma, lo iato tra l’esistenza e l’inesistenza della norma*

Da quanto detto al paragrafo precedente, deriva tanto logicamente quanto inevitabilmente una conseguenza certa: la norma generale, la cosiddetta norma consuetudinaria o di formazione consuetudinaria è in realtà, necessariamente, un norma che, come ogni altra norma anche scritta, si forma, cioè “nasce” nel momento in cui per la prima volta si applica o, per così dire, ci si accorge che c’è. La “norma consuetudinaria” anzi più correttamente *la norma di formazione consuetudinaria* è, come tutte le altre, una norma di formazione istantanea: ora non c’è, un istante dopo c’è. È, cioè, semplicemente inconcepibile ciò che in dottrina si afferma comunemente circa un “processo di formazione” di una norma consuetudinaria. Non può esistere un “processo”, perché non può esistere discussione della o sulla futura norma, dato che essa non risulterà dalla discussione, resa in una legge, in un trattato, in un accordo tacito ... in un ammiccamento, perché se così fosse sarebbe *sempre e comunque* norma contrattuale: magari non scritta, ma contrattuale. Se, invece, contrattuale non è, come dicevo “ora c’è, un istante fa non c’era”. E quell’istante è il momento preciso in cui la norma viene validamente ed efficacemente applicata. È il momento in cui Enrico IV

decide di non sequestrare il battello straniero, e lo fa: non il momento in cui stipula il trattato con il Re di Francia!

Ma c'è anche di più. Perché mentre una norma generale nasce istantaneamente e, altrettanto istantaneamente, si “modifica”, cioè si ricostruisce continuamente in una *nuova* norma, un *processo* di formazione della norma, cioè di “avvicinamento” progressivo a ciò che sarà norma, si può verificare invece proprio (e solo!) per le norme scritte, se solo si pensi all'applicazione provvisoria dei trattati internazionali, o agli obblighi di buona fede in attesa della entrata in vigore di norme contrattuali. Come dire che se di norme *in itinere* si può parlare, esse sono le norme contrattuali, non, *anzi mai quelle generali*.

E quindi, tornando alle norme generali, il tema diventa quello dell'accertamento non della norma in sé, resa nel comportamento (o nell'affermazione, ecc.) ormai avvenuto *ma della sua legittimità*. Accertamento che scopre, *anche e non solo attraverso la prassi*, la reale “volontà” normativa della Comunità internazionale, non organizzata, non gerarchizzata, ma espressa in quel comportamento e nella valutazione della sua legittimità, necessariamente perciò *a posteriori*, sia pure di un battito di ciglia, ad opera della Comunità internazionale. La prassi di un istante può essere consolidata in norma, così come una prassi secolare può non esserlo, ma anche la prassi di un istante può essere “consolidata” in un *illecito*.

Ragione per la quale, per approfondire ulteriormente: la valutazione, e quindi l'accertamento, della norma effettivamente vigente è fatta, e deve essere fatta, in ogni singolo momento, per valere in quel singolo momento se la norma c'è e quale ne sia il contenuto. La “diacronicità” della prassi non basta a identificare e definire la norma, che anzi può essere, in quel momento almeno, *il contrario della prassi* consolidata, *storica*, anzi, può creare confusione dato che la norma va accertata in maniera rigorosamente *sincronica*. Solo per fare un esempio banale, già usato poco più sopra: la prassi ha per secoli mostrato e ribadito non solo la necessità, ma la piena legittimità dello schiavismo e, in esso e per esso, del razzismo, fino a pochi anni fa presente in

leggi di stati e in stati esattamente su di esso fondati, e presente oggi stesso nella mentalità di moltissime persone e anche istituzioni, eppure, immagino, nessuno (beh, quasi!) oggi oserebbe dubitare che il razzismo²⁶³ e lo schiavismo *sono illeciti ed erano illeciti* e quindi *andavano e vanno* perseguiti perfino penalmente, salvo a vedere *a partire da quando*: sia nel diritto internazionale, sia nel diritto interno di qualunque soggetto di diritto internazionale²⁶⁴, *ma sempre e necessariamente dal momento in cui, nella prassi della Comunità internazionale, si è formata la convinzione della esistenza e della necessità di quella norma*²⁶⁵. Una prassi secolare dimostrerebbe il contrario, mentre una timida e ambigua prassi degli ultimi due secoli vi si oppone, *fortemente contrastata*, ma vincente, *alla fine* vincente.

Attenzione, non sto negando la storia, il contrario! È più che ovvio per non dire banale, restando all'esempio dello schiavismo, che la schiavitù è stata a lungo parte legittima e "normale" del comportamento sociale. Magari da sempre osteggiata, se non altro dagli schiavi. Ma non importa: a lungo è stata praticata legittimamente. Salvo che, ecco il punto centrale, un evento, una serie di eventi hanno determinato *quel fatto evolutivo*, che ha trasformato la "normale" schiavitù in un fatto illecito: da quel momento, la norma è cambiata e un comportamento lecito tale non è più. Non occorre citare Darwin per ricordare che l'evolu-

²⁶³ Con riferimento proprio a questo la cosa è di una evidenza plateale. Se c'è una cosa presente nella mentalità e spesso nella legislazione di molti soggetti, è il razzismo, ma se c'è una cosa negata con forza assoluta e con assoluta certezza nella Comunità internazionale è, esattamente, il razzismo!

²⁶⁴ Talché, come ho già sostenuto, un soggetto che non lo preveda o che addirittura preveda la possibilità di esercitare lo schiavismo, verrebbe per questo solo fatto condannato dal diritto internazionale, che pretenderebbe l'annullamento di quelle disposizioni. Del resto è esattamente ciò che è accaduto nella lotta pluridecennale agli stati razzisti. Ma v. sul punto ampiamente la *Sentenza* della corte di Boston *La Jeune Eugenie*, cit. *supra* nt. 201.

²⁶⁵ Anche su ciò, in realtà, vi sarebbe assai da discutere, nella misura in cui lo schiavismo per lungo tempo è stato considerato del tutto normale, oltre che forma organizzativa del sistema di produzione dell'epoca. Il "democratico" Pericle, in altre parole, era tale, ma solo per il ceto abbiente di Atene, ricco di schiavi. V. anche SCHIAVONE A., *Eguaglianza*, cit., *passim*.

zione avviene per fatti esterni che modificano la situazione, che altrimenti, appunto, condurrebbe all'entropia.

È, dunque, l'evoluzione del diritto, che in un sistema organizzato verticalmente si dimostrerebbe attraverso una nuova legge, che nella Comunità internazionale non esiste (anche i trattati intesi a porre principi e norme generali sono sempre solo norme contrattuali, sono pochi, e spesso a partecipazione tutt'altro che universale e per di più illusori) ma il cambiamento (e in questo senso sì, tecnicamente, l'evoluzione) delle norme accade anche nel diritto internazionale, a prescindere dalla prassi, combattendo l'entropia del sistema, che infatti è tutt'altro che immutabile²⁶⁶: se, infatti, si utilizzasse la tesi corrente della norma consuetudinaria frutto delle ripetizioni nel tempo del medesimo comportamento, la norma non cambierebbe mai. E invece, nulla come le norme generali di diritto internazionale è più mutevole.

Che da questa impostazione possa derivare la conseguenza per la quale la valutazione, *oggi* della illegittimità di quel comportamento *allora*, implichi la condanna *oggi* del comportamento di allora è faticoso ma coerentemente inevitabile, salvo, naturalmente, a definire bene quell'*allora*. *Cum grano salis*, certo lo ho appena spiegato, ma solo così, come già detto sopra, si può accettare o meglio *accertare*, ad esempio, la legittimità sia dei Processi di Norimberga, sia (invero con maggiore difficoltà) dei processi del Tribunale sulla *ex* Jugoslavia²⁶⁷. Con l'ulteriore corollario, per il quale mentre un ordinamento interno è in grado attraverso la legge, di determinare quello *iato* per cui ciò che prima era lecito resti tale anche in presenza di una illiceità legi-

²⁶⁶ Come rischierebbe di essere, entropico intendo, se si seguisse pedissequamente l'indicazione della cit. sentenza *Paquete Habana*, per la decisione a proposito della quale, si parte dal 1403 per affermare, p. 175, sulla base della sola prassi e dopo avere analizzato e discusso la legge e la giurisprudenza «By an ancient usage among civilized nations, beginning centuries ago and gradually ripening into a rule of international law, coast fishing vessels pursuing their vocation of catching and bringing in fresh fish have been recognized as exempt, with their cargoes and crews, from capture as prize of war». Saremmo proprio certi che anche oggi quella "norma" consuetudinaria e consolidata in quattro secoli per la Corte Suprema USA, sia valida e accettata?

²⁶⁷ Anzi, come detto, sicuramente illeciti.

slativa sopravvenuta oggi, quello *iato* nell'Ordinamento internazionale manca, o meglio può mancare nella forma *ma non* nella sostanza, ad esempio *della storia*. Il che, cioè, non vuol dire assolutamente che in questo ordinamento non valga il principio fondamentale della irretroattività della legge, ma vuol dire che l'analisi diacronica della norma, deve saper cogliere il *momento* in cui quello *iato* si determina: quando cioè, il fattore esterno che ferma l'entropia innescando l'evoluzione, è quello che *istituisce* quello *iato* e determina la norma e quindi l'eventuale *inizio* della illiceità di un certo comportamento. Dove, ma lo ho detto già più volte, per "fattore esterno" intendo innanzitutto la razionalità.

E la certezza del diritto? Facile concludere, come con qualche sprezzo non pochi fanno, da tutto quanto fin qui detto che, visto il processo²⁶⁸ di "formazione" della norma generale che ho

²⁶⁸ E non si possono sottacere, benché inaccettabili, quelle posizioni dottrinali che legano ad un "minimo" decorso di tempo la "nascita" della norma (dove inizi e quanto duri il minimo è tutto da chiarire), con la conseguenza, inoltre, per cui se un "minimo" non è "fissato" non si può parlare di nascita della norma. Tipica in questo senso è la deliberazione della ILA, (*London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, 2000, Resolution No.16/2000) II.C.12 (i)(ii): «(i) General customary international law is created by State practice which is uniform, extensive and representative in character. ..., (ii) Although normally some time will elapse before there is sufficient practice to satisfy these criteria, no precise amount of time is required», per poi spiegare, p. 21: «Even in the present era of easy and instantaneous communications, if a State or group of States adopts a practice, others will need to consider how (if at all) they wish to respond. These responses may give rise to further responses, and so on. All of this will usually involve some delay» per poi spiegare, introducendo una nuova figura di diritto non scritto, *ibid.*: «it has been argued that there are some principles of unwritten international law which are axiomatic and which therefore do not need to be supported by practice over time. Examples might be the principles of sovereign equality, and of non-intervention. To some extent, this point could be met by observing that the notion of customary international law is not necessarily coterminous with that of unwritten law, so that these other forms of unwritten law are perhaps not really "customary law" at all», francamente la confusione sembra massima, anche perchè fatico a comprendere che tipo di norme siano quelle "assiomatiche", anzi invero cosa mai sia una norma assiomatica. V. infatti anche DANILENKO G.M., *Law-Making In The International Community*, The Hague (Brill) 1993, p. 97 (cit. in GUZMAN A., *Saving Customary International Law*, in *Michigan J. Int'l L.*, 2005-2006, p. 157 nt. 189) dove riporta il pensiero di DANILENKO: «stating that the practice requirement "presupposes duration of custom-generating

descritto, quella norma apparirebbe a dir poco “instabile”. Il che è vero, nella misura in cui la norma si accerta nel suo contenuto *effettivo* in ogni momento, per il semplice fatto che non è scritta (né “scrivibile”, per definizione) né posta da un autorità, ma dalla Comunità internazionale in quel momento e *di* quel momento. Ma non è il contenuto della norma che conta ai fini della certezza del diritto, ma la certezza del meccanismo descritto, che permette strutturalmente ed invariabilmente di conoscere la norma di quel momento per quella fattispecie, e perfino di prevederne il contenuto per una fattispecie analoga e moderatamente futura. Per dire, con un pizzico di ironia, che il soggetto agente nel diritto internazionale non è, poverino, disarmato di fronte ad un diritto incerto: stiamo parlando di stati, non di “barboni”, magari di stati un po’ trogloditi, ma non certo ignari e “disarmati” di fronte alla storia e cioè alla prevedibile *evoluzione* nonché della società, delle sue norme.

L'accertamento di tutto ciò, certo non è cosa facile, ma, appunto, è possibile solo tenendo conto di *tutto ciò* che, tecnicamente o anche a-tecnicamente ma *mai ideologicamente*, contribuisce a costruire una norma; come, guarda caso, nel vecchio diritto romano, non solo i giuristi, ma la «coscienza popolare ... i poeti, i retori, Cicerone»!

Difficile? certo. Incerto? sicuramente. Ma fin tanto che la Comunità internazionale non troverà il modo, o meglio *deciderà* di trovarlo, per creare un sistema centralizzato di formazione autoritativa delle norme, dato che i soggetti potrebbero se volessero costruirlo ma non lo vogliono costruire, l'unico modo per *accertare* le norme generali di diritto, e non pretendere o imporre la propria volontà o ideologia, è, ancora una volta, questo: «coscienza popolare ... i poeti, i retori, Cicerone», e ciò vale, sostanzialmente, anche per le norme contrattuali. Incerta, insomma, è la norma generale nel momento in cui la si cerca, ma certo e chiaro è *il metodo* per cercarla.

practice over a certain period of time,” and that “it follows that there can be no such thing as ‘instant’ customary international law”», ma la presunzione è tutta da dimostrare.

18.2. *Il significato dell'art. 38.1.b dello Statuto della CIG e la cd. consuetudine istantanea*

Una analisi più approfondita va ora necessariamente fatta, in riferimento al contenuto dell'art. 38.1.b dello Statuto CIG, cui spesso, per non dire sempre, si fa riferimento per definire non solo il significato della norma di formazione consuetudinaria, cioè della norma generale, ma anche il processo per la sua formulazione.

Come noto, infatti, la formula dell'art. 38.1.b dello Statuto CIG, dispone: «international custom, as evidence of a general practice accepted as law»²⁶⁹, e dunque, secondo lo Statuto, la norma consuetudinaria c'è e se ne trova prova nella prassi degli stati. La formulazione contorta della disposizione, non trova maggiore, chiarezza nella formulazione del testo francese che recita: «la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit» che dunque sottolinea che la consuetudine è la prova di una prassi *accettata* come norma esistente. Ma forse qualche parola di maggior chiarimento merita di essere aggiunta.

La disposizione, come noto, parla di “consuetudine” per intendere ovviamente la “norma” di formazione consuetudinaria, quella che giustamente Kelsen chiama semplicemente norma generale²⁷⁰. “Generale”, appunto, perché è l'unica norma nel di-

²⁶⁹ Credo sia significativo e utile ricordare come la formulazione sia molto diversa (e a mio parere, molto più corretta) nella sentenza USA *Paquete* cit. che, incidentalmente afferma: «For this purpose, where there is *no treaty*, and no controlling executive or legislative act or judicial decision, resort must be had to the customs and usages of civilized nations; and, *as evidence of these, to the works of jurists and commentators*, not for the speculations of their authors concerning what the law ought to be, but for trustworthy evidence of what the law really is»: la prova è l'interpretazione, non la norma!

²⁷⁰ KELSEN H., *The Essence*, cit., che non manca anche qui di definire il sistema del diritto internazionale come un sistema primitivo, ma che nettamente afferma: «International law as a coercive order, shows the same character as national law, i.e., the law of a state, but differs from it and shows a certain similarity with the law of primitive, i.e., stateless society in that international law (as a general law that binds all states) does not establish special organs for the creation and application of its norms. It

ritto internazionale capace di valere per tutti i membri della Comunità internazionale attuali e futuri: con tutte le difficoltà e i dubbi del caso, una volta *crystallizzata* è norma generale, in altre parole, la norma è *nata* o semplicemente *non è*.

Ma dunque, non è possibile logicamente che la norma in questione, sia *essa* la prova di una prassi generale. È esattamente il contrario. E dunque la prassi costante, cioè la consuetudine ad un certo comportamento sono *accertate* in quanto prova della *già* esistenza della norma, non come “motore” della formazione della norma: *Paquete Habana docet*.

Ciò inoltre, conduce, e la rende ragionevole, all’idea, a mio parere tutt’altro che peregrina, della possibilità, come ho spiegato nel paragrafo precedente, di una “consuetudine istantanea”²⁷¹ (non, peraltro, elaborata, come sostiene qualcuno, solo di recente in relazione alla cd. “dottrina Bush”²⁷²) che è solo, a mio parere, la logica conseguenza del fatto che, specie nell’epoca attuale, posto che la norma generale è frutto della convinzione dell’esistenza della norma, oggi le convinzioni generali richiedono se non minuti, pochi giorni a formarsi. La convinzione, non la “convinzione generalizzata”²⁷³. Ma al di là di ciò, che comunque

is still in a state of far-reaching decentralization. It is only at the beginning of a development which national law has already completed. General norms are created by custom or by treaty which means: by the members of the legal community themselves, not by a special legislative organ». È la visione statualista del diritto, di ogni diritto, che impedisce a Kelsen di ragionare diversamente.

²⁷¹ Fortissimamente negata da molti, ma solo per citare due scritti recenti, v. D’AURIA M., *Le norme del diritto internazionale e la loro formazione*, Corso Pegaso, p. 10, in http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/annoIV/DirInt_DAuria/ModII/Lezione_II.pdf e anche CATALDI G., *La formazione delle norme internazionali: le consuetudini*, *ibidem*, p. 15 http://video.unipegaso.it/Materiali/LMG-01/Cataldi/Lezione_IV.pdf.

²⁷² Sul punto, cfr. LANAGILLE B., *It’s “Instant Custom”: How the Bush Doctrine Became Law after the Terrorist Attacks of September 11, 2001*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2003, p. 145 ss. e specialmente 156.

²⁷³ Similmente anche ad es. REISMAN M., *The Cult of Custom in the late 20th Century*, in *California Western Int’l Law J.*, 1987, p. 133: «Custom ... concerns the implicit creation of norms through the behavior of a few politically relevant actors who are frequently unaware that law is being, or has been, made», che significativamente riferisce il fatto che, proprio il rifiuto degli USA di applicare il trattato sul diritto dell

sconta un'idea a mio giudizio superata della norma di formazione consuetudinaria, come norma *frutto* della ripetizione nel tempo di un certo comportamento, solo se si accetti l'idea per la quale il comportamento di cui si discute è norma fin dall'inizio cioè è quel *tentativo* di successo, per così dire, di cui ho parlato sopra, si può parlare di norma consuetudinaria: per cui il comportamento in parola, essendo *a posteriori* dimostrato "vincente" (nel senso di corrispondente alla coscienza, per così dire, della Comunità internazionale), *era e quindi* è norma e, in questo senso quel comportamento, cioè quella prassi, è *prova* della esistenza della norma fin dall'inizio della sua ... ripetizione.

Il punto è che ci si sofferma sempre sul significato letterale della parola consuetudine, che implica un comportamento ripetuto nel tempo senza tenere conto del fatto che la norma è *di formazione consuetudinaria*, come sinonimo di *non scritta*. Ciò che rileva è il fatto che la norma non sia scritta e non lo sia mai stata. Sorvolando pure sulla "dottrina Bush"²⁷⁴, non credo sia difficile trovare altri casi: al limite, la teoria del "complotto" per scatenare la seconda guerra mondiale come crimine internazionale, potrebbe essere citata molto meglio all'uopo.

Insomma, lo ripeto ancora una volta: quando si afferma un comportamento come frutto di una norma generale, non si fa al-

mare ha freso le norme ivi contenute, di fatto, diritto consuetudinario, per ...stessa ammissione degli USA! Di opinione diversa del tutto v. KONTOROVICH E., *Inefficient Customs In International Law*, in *William & Mary L. Rev.*, 2006-2007, p. 913 ss.

²⁷⁴ Che peraltro si suppone che abbia determinato la formazione istantanea della norma, ma che in realtà la affermò e specialmente la applicò, dopo avere "sentito" molti altri stati, importanti e meno, che concordarono. A ben vedere, più che di una consuetudine istantanea sarebbe opportuno parlare di accordo tacito! Con quella "dottrina", a ben vedere, si è "solo" deciso di agire contro l'Afghanistan direttamente, dopo l'attentato terroristico in USA, in ragione del "principio" per il quale, questa è in soldoni la "dottrina Bush", può essere colpito lo stato che ospita o ha ospitato i terroristi. Premesso che la storia non permette di essere ripetuta, per vedere cosa si sarebbe detto all'epoca degli attacchi al Nicaragua da parte di entità ospitate altrove ... sta in fatto che, questa volta, la dottrina, prima di essere applicata, fu verificata attraverso il consenso esplicito di moltissimi stati, compresi tutti i più importanti. Nulla osta a definire ciò consuetudine istantanea, a me sembra un banalissimo accordo tacito. *Se poi, l'eventuale accordo tacito, sia o fosse legittimo, è tutto da verificare.*

tro che affermare che *la norma già c'è* e che pertanto la si applica, facendo così, me lo si perdoni, “giustizia” della discussione ormai trita, sulla norma consuetudinaria fondata inizialmente sulla erronea convinzione di applicare una norma che *ancora non c'è*. Icasticamente: Enrico IV ha *applicato* una norma che già era tale, il che vuol dire che *non la ha creata* per il suo potere, ma nemmeno *ne ha iniziato la consuetudine* perché altrimenti il suo comportamento sarebbe stato, nella migliore delle ipotesi, in quel momento giuridicamente irrilevante e quindi certo non capace di fondare una *futura* norma.

CAPITOLO OTTAVO

DI TALUNE NORME GENERALI DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELLA LORO FORMAZIONE

SOMMARIO: 19. La formazione “dialettica” delle norme generali. – 19.1. La norma sulla uguaglianza sovrana. – 19.2. Le chiavi del sistema: *pacta sunt servanda* e *consuetudo est servanda*. – 19.2.1. La struttura del *consensus*. – 19.2.2. *Consensus* e norme generali. – 19.3. *Ius non est factum*.

19. *La formazione “dialettica” delle norme generali*

Abbiamo dunque visto che ciò che caratterizza il “processo” di formazione delle norme generali, è che tutti i soggetti, ma proprio tutti, pur essendo per definizione formalmente uguali, contribuiscono, per la loro capacità e volontà, alla formazione della *volontà comune* della Comunità internazionale. Volontà, lo ripeto ancora per l’ennesima volta (e me ne scuso) per dire che non vi è nulla di casuale, di spontaneo, di naturale, di divino, nei comportamenti dei soggetti: sono sempre tutti voluti e razionali, magari “sbagliati”, ma scelti. E dunque volontà comune non significa nemmeno, che si voglia affermare che le norme si formano grazie ad una sorta di “democrazia diretta” di soggetti uguali e sovrani, perché, *pure a volere prescindere dal fatto che non sono solo i comportamenti e le volontà dei soggetti a costruire le norme*, i singoli soggetti, *uguali*, partecipano, sì tutti, però, in maniera *differenziata* alla formazione di quella volontà comune²⁷⁵, che, ol-

²⁷⁵ Tesi, come noto, fortemente avversata da KELESN H., *General Theory*, cit., p. 250 ss., che interpreta l’espressione “volontà comune” in senso letterale, e cioè come

tre tutto non ha nulla nonché di formale, di assembleare, ma è *una volontà* perché tutti i comportamenti dei soggetti sono deliberati e perfettamente coscienti, così come anche quelli delle entità non soggetti che partecipano alla formazione della norma: *della norma generale di quel momento in quel momento*, e comunque del fatto che agendo, tollerando le azioni, commentandole e quant'altro *contribuiscono effettivamente* nonché alla formazione della norma, alla definizione del suo contenuto effettivo. Quei soggetti ed enti, cioè, non si riuniscono, non si consultano, non si scambiano "opinioni" sulla norma *da creare o creata*: ma, in fatto, "qualcuno" la usa, la "inventa", la applica (non per caso ho parlato di "tentativo"), "pensa sia giusto così" come Enrico IV: insomma si comporta così perché pensa di farlo non solo in maniera legittima (e questo è banale) ma giuridicamente obbligatoria: e ciò significa che la *norma già c'è*. Ma gli altri, *tutti gli altri enti*, non devono necessariamente prenderne atto o notizia e meno che mai approvarla, concordarvi; basta, però, che l'eventuale opposizione alla norma non sia tale da essere significativa quanto basta, per impedire che quell'atto *sia* (non diventi) una norma. Ragione per la quale, nulla impedisce, parlando in termini di teoria generale, che il comportamento dell'ente venendo *a posteriori* valutato come illegittimo, ne consegua che la norma non c'è e non *c'è mai stata*, oppure, venendo quel comportamento considerato insufficiente a determinare la norma il comportamento stesso *era ed è giuridicamente irrilevante*. Non diversamente da come, *a posteriori*, si constata che quel comportamento era legittimo, era cioè una norma e se ne valuta il contenuto, e quindi la si applica di nuovo e di fatto la si modifica, applicandola secondo gli intendimenti dell'ente che lo fa, ma specialmente per chi la abbia applicata, se ne traggono le conseguenze. E quindi da ciò riparte, per così dire, "il ciclo" per la norma modificata: la norma generale ha una stabilità molto rela-

effettiva espressione di detta volontà, che, dunque, correttamente viene ascritta ad un accordo tacito, ad una *Vereinbarung* nel senso elaborato dal TRIEPEL H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig (Hirschfeld) 1899.

tiva, perché è sensibilissima ad ogni mutamento, ad ogni sua applicazione e cioè, necessariamente, interpretazione. Non va mai dimenticato che, non trattandosi di una norma scritta, non esiste mai un testo di riferimento dal quale partire per la interpretazione: ogni volta, in altre parole, che la si richiama e la si “interpreta” (tra virgolette per sottolineare che lo si fa in assenza di un testo) in realtà *la si fonda*.

Beninteso, inoltre, quando ho parlato di *ente*, mi riferisco a qualunque entità capace, in fatto, di creare norma con il proprio comportamento: il diritto internazionale non è solo questione di stati. E perciò, non soltanto gli stati (certamente soggetti primari di diritto internazionale, dove per primario intendo, principale) e non soltanto in genere i soggetti di diritto internazionale, ma anche la giurisprudenza internazionale e interna, le dichiarazioni dei soggetti/enti, e, perché no, perfino gli atti di bande criminali, e infine le opinioni dei giuristi, che, privi di *ius respondendi*, sono tanto importanti da essere citati esplicitamente nel più volte richiamato art. 38 CIG: evidentemente perché la loro interpretazione o lettura o “scoperta” della norma, aiuta a definirne il contenuto: per dirla scherzosamente, i giuristi sono un po’ gli speleologi delle norme generali. Per cui, mentre Enrico IV fonda, forse senza rendersene nemmeno conto convinto, come è, di applicare un comportamento utile o necessario o dovuto, la norma sulla cattura delle navi neutrali: lui, ma la Comunità internazionale, o meglio i soggetti/enti interessati di volta in volta, invece se ne rendono perfettamente conto, replicando quel comportamento proprio in quanto norma vigente. Bush invece, cui viene attribuita la creazione di una consuetudine istantanea in materia di uso della forza contro stati presunti pericolosi in occasione della aggressione all’Iraq, se pure abbia inteso di farlo non ha creato nulla, se non altro perché la gran parte della Comunità internazionale vi si è opposta: ha fatto, cioè, esattamente quello che dicevo prima, ha dimostrato o mostrato nei fatti che quella norma, pretesa da Bush, non c’era e non c’è. D’altra parte, così come la sentenza sulla *Paquete Habana* consolida la norma in materia di cattura di navi, la giurisprudenza di alcuni stati (Italia

inclusa, anzi per certi versi in testa) ha “costruito”, ad esempio, la norma sulla immunità diplomatica relativa, poi esplicitata anche nella Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, che, dunque, ha preso “solo” atto di una modificazione già *avvenuta* della norma sulla immunità diplomatica assoluta: già avvenuta perché la norma poi inserita nella Convenzione era già prassi abituale di varie giurisprudenze nazionali. Era cioè *già* norma generale modificata rispetto a quella precedente, poi “consolidata” per iscritto nella Convenzione, il cui testo, a sua volta, vale solo per i contraenti, ma, di nuovo, *contribuisce* col suo contenuto alla probabile formazione di una norma generale valida certamente per i soggetti non firmatari della Convenzione, ma, in via interpretativa anche per gli altri. Così si mostra in maniera plastica la differenza profonda tra una norma scritta, sclerotizzata nel suo testo magari capace di generare prassi ulteriore, e la norma generale che *da quel testo* può trarre spunto per la ricostruzione di una nuova o diversa norma generale. E così via.

Ma allora la partecipazione del singolo soggetto/ente, nella concretizzazione di quella, chiamiamola così solo per semplicità dialogica, volontà collettiva, “pesa”, sul contenuto effettivo della norma in quel momento, in ragione della sua capacità di fare valere le proprie istanze normative, nel confronto con le altre eventuali istanze normative in maniera, ebbene sì, *dialettica*: non, dunque, confronto, discussione, dibattito, trattativa, *Vereinbarung*, ma (mi si permetta l'apparente astrattezza) *la coscienza della complessità*. Dove, però diversamente da tutta la tradizione culturale internazionalistica, la dialettica internazionale, in questo caso come sempre, non è espressa con il fuoco dei cannoni, nel senso che la norma generale risultante da quel processo, per lo più, mi sembra ormai chiaro, *logicamente istantaneo*, non corrisponde necessariamente alla volontà del o dei più forti²⁷⁶: il di-

²⁷⁶ È appena il caso di sottolineare quanto questa affermazione contrasti con le tesi “classiche” in materia, come quella famosa di OPPENHEIM L., *International Law a treatise*, London (Longmans) 1912, p. 16: «Common consent can therefore only mean the express or tacit consent of such an overwhelming majority of the members that

ritto internazionale non è, dunque, il “diritto del più forte”, ma il risultato dell’agire dialettico della “volontà comune”. In altre parole, mancando un procedimento, formalizzato per la creazione della norma, le volontà e le convinzioni dei soggetti/enti utili a determinarne la nascita interagiscono, dialetticamente appunto, per la formazione di quella *volontà comune*, che, lo si voglia o no, costituisce la norma: *quella* norma *in quel determinato* momento, che si rivela nel *fatto* di essere usata da un soggetto/ente.

E quelle volontà interagiscono con il peso *dialettico* che hanno, non con il peso militare o economico. Un soggetto può cercare di imporre la propria volontà agli altri e può riuscirci, ma, facendolo, non impone loro una *norma*, ma solo un atto di sopraffazione, suscettibile di condanna e cioè, tornando a quanto detto più sopra, di valutazione di *illiceità*: che è tutto ciò che serve al diritto internazionale per essere diritto. La “Dottrina Bush”, non solo non forma una norma consuetudinaria istantanea, è *un illecito internazionale*. Insomma, la norma generale, si forma esattamente nel momento in cui il comportamento, che sarà oggetto successivamente della convinzione generale che quel comportamento sia norma, viene svolto, per cui così come, per ritornare all’esempio fatto sopra, Caino è, non diventa colpevole, il soggetto ha applicato una norma vigente, anche se la Comunità internazionale se ne accorge successivamente.

Solo così, del resto, si può “spiegare”, ad esempio, come possa essere accaduto, in quella determinata temperie politico-giuridica in cui è accaduto, che un paese importante e fortissimo come gli USA, abbia potuto essere “condannato” per aggressione, cioè per avere violato le norme di diritto internazionale in materia di non aggressione e di non interferenza negli affari interni di un altro stato, non ostante che rivendicasse *a gran voce*, *in quanto pretesa legittima*, *il proprio diritto a fare valere la pro-*

those who dissent are of no importance whatever, and disappear totally from the view of one who looks for the will of the community as an entity in contradistinction to the wills of its single members».

pria volontà di interferire. Non solo: ma venendo il preteso stato più forte del mondo, giudicato in contumacia! È troppo facile l'obiezione secondo cui, alla fine, quella condanna in contumacia non abbia prodotto effetti particolarmente dannosi o negativi per gli USA: ciò che conta è l'accertamento dell'illecito.

19.1. *La norma sulla uguaglianza sovrana*

In questo senso, perciò, il principio della “uguaglianza sovrana” degli stati (o meglio, dei soggetti di diritto internazionale²⁷⁷), che ha finito storicamente per essere un elemento negativo per lo sviluppo di una forma organizzata della Comunità internazionale, ed è certamente ciò che, come noto, ha depotenziato in maniera drammatica le stesse NU, viene risolto in una forma non ugualitaria, ma anche sempre meno legata alla potenza dei soggetti egemoni. È fin troppo evidente, infatti, che il “peso” dei soggetti nel processo di formazione delle norme non scritte è diverso da soggetto a soggetto e non si esprime quindi nella uguaglianza formale, ma non è nemmeno necessariamente legato alla grandezza o alla potenza del soggetto, proprio perché è il frutto dialettico delle volontà normative dei soggetti²⁷⁸.

²⁷⁷ Rinvio al mio GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli*, cit. e specialmente *Palestina*, cit. e *Il conflitto in Siria*, cit., a proposito della soggettività di diritto internazionale del *Movimento di Liberazione nazionale*, dell'OLP, e dello stesso *Dā'ish*. Per quanto attiene alla “sovrantà” di enti altri che gli stati, oltre a quanto dico nel testo, rinvio al mio scritto, cit., *Pr un'analisi critica*, cit.

²⁷⁸ È significativo come, pur da stati e da giurisdizioni così fortemente legate ai principî della assolutezza della sovranità, lungi dal prospettare limitazioni si ragioni, *mutatis mutandis*, in maniera analoga a quanto faccio io nel testo: v. ad es. in *US Supreme Court, The Schooner Exchange*, 11 U.S. 116; 3 Ed. 287 (7 Cranch 116) 24.2.1812 le parole del giudice Marshall, p. 136, che dopo avere scritto «The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving validity from an external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction», aggiunge «The world being composed of distinct sovereignties, possessing equal rights and equal independence, whose mutual benefit is promoted by intercourse with each other, and by an interchange of those good offices which humanity dictates and its wants require, all sovereigns have consented to a re-

Per cui l'uguaglianza formale dei soggetti di diritto internazionale, resta una regola valida, ma confinata nei rapporti contrattuali tra gli stati, dove, non per caso, viene quotidianamente erosa dalla necessità di tenere conto della valenza effettiva dei soggetti stessi, rispetto al fine perseguito. Basta pensare alla struttura del FMI o della UE, dove la cosa avviene senza particolari problemi, anche se il principio di sovranità svolge ancora un ruolo ostativo alla accettazione della menzionata differenziazione legata alla valenza dialettica delle posizioni degli stati, e in generale dei soggetti, nella formazione delle norme generali di diritto internazionale. Voglio dire che, se è vero come è vero che i soggetti accettano (contrattualmente) di partecipare in maniera "ponderata" a talune situazioni, per lo più in Organizzazioni internazionali, è vero anche che, da un lato, la rivendicazione del principio della uguaglianza sovrana gioca un ruolo ostativo alla ponderazione, dall'altro, che la pretesa dei soggetti ad esprimere un valore corrispondente al loro effettivo "peso dialettico" anche quando contrattualmente ponderato, può condurre ad una prevalenza di fatto, o ad una pretesa di prevalenza di fatto, del "peso dialettico" del soggetto a prescindere dalla ponderazione. E siccome le norme di diritto internazionale, anche quelle contrattuali, sono sempre suscettibili di essere interpretate in maniera corrispondente alla capacità dialettica dei vari soggetti, può accadere che la stessa ponderazione risulti di fatto modificata nella prassi. Per farne un esempio, basta riferirsi a ciò che accade nel Consiglio Europeo, dove il "gioco" della uguaglianza sovrana e della ponderazione, ma anche della capacità e della volontà politica (cioè dialettica) dei soggetti (e non solo dei soggetti, ma anche, a ben vedere, degli stessi funzionari ed organi di persone) determina soluzioni diverse da quelle che risulterebbero dalla "semplice" applicazione delle regole. È il "peso" della politica²⁷⁹

laxation in practice, in cases under certain peculiar circumstances, of that absolute and complete jurisdiction within their respective territories which sovereignty confers».

²⁷⁹ Del resto, così come prima facevo rilevare il "peso della politica" nell'uso sistematico dell'unanimità invece della maggioranza nei lavori del Consiglio UE, è viceversa evidente al contrario come il "peso dialettico" di una parte dei membri della

che, nel diritto internazionale, svolge un ruolo direttamente normativo e rende l'Ordinamento internazionale quel sistema originale che è²⁸⁰.

Da ciò consegue, dunque, che il “principio sacrosanto” della eguaglianza sovrana degli stati (e io, ribadisco: dei soggetti, nella loro articolazione specifica) è molto meno sacrosanto di quanto non si pensi. Ma, almeno in relazione al processo di formazione delle norme di diritto internazionale generale, non è legato, o almeno non necessariamente, alla forza militare, o alla forza economica del soggetto. Ma alla sua capacità, appunto dialettica, di fare valere idee e proposte e atti, utili alla costruzione della norma.

D'altra parte, il principio della uguaglianza sovrana svolge e ha svolto un duplice ruolo al tempo stesso negativo e positivo nella formazione delle norme di diritto internazionale. Nel caso delle NU ad esempio come accennavo sopra, l'uguaglianza dei membri, che finiva per mettere sistematicamente in minoranza le potenze maggiori, ha anche finito per depotenziare la funzione e l'autorevolezza delle NU. Per cui, mentre quel meccanismo è valso a garantire in larga misura il processo di decolonizzazione e l'autodeterminazione dei popoli²⁸¹, ha portato al progressivo “allontanamento” delle grandi potenze dalle NU e più precisamente dalla AG, anche se, per un po', ha potenziato il ruolo del CdS²⁸², a sua volta poi bloccato dall'uguaglianza sovrana dei

BCE abbia superato l'opposizione degli stati più forti nell'adozione del meccanismo del “quantitative easing”.

²⁸⁰ Per un discorso in parte analogo, v. FISCHER-LESCNO A., TEUBNER G., *Reply to Andreas L. Paulus Consensus as Fiction of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 1073.

²⁸¹ Ad es. la ben nota e fondamentale Risoluzione A/RES/1514 1960 sulla decolonizzazione e l'autodeterminazione dei popoli, è stata adottata a maggioranza di 89 membri con 9 voti contrari (delle grandi potenze, appunto), v. UN/Doc. A/L.323 Add. 1-6 e A/PV.947, così come la immediatamente successiva A/RES/1541, 1960, A/PV.948.

²⁸² Che ha potuto agire, sia pure per interposti stati, contro l'Iraq all'epoca della occupazione del Kuwait, ma poi si è progressivamente “spento” se solo si pensi al silenzio imbarazzante sulla situazione in Israele.

membri permanenti, i cui veti incrociati hanno finito per mettere a tacere lo stesso CdS. Ma, d'altro canto, non sembra dubbio che quel principio abbia svolto un ruolo decisivo nel permettere la decolonizzazione e più in generale l'affermazione della autodeterminazione dei popoli, nella misura in cui i nuovi stati hanno potuto avvalersene per affermarsi nelle relazioni internazionali e per rivendicare, con alterno successo, ad esempio la fondamentale sovranità sulle risorse naturali.

19.2. *Le chiavi del sistema: pacta sunt servanda e consuetudo est servanda*

Da quanto detto fin qui, emerge credo con sufficiente chiarezza che una norma generale di diritto internazionale non solo non si può determinare in forma scritta, cioè contrattuale, ma neanche in forma, per dir così, traslata cioè, come spesso si suggerisce in letteratura, attraverso atti di Organizzazioni internazionali, che benché fondati “solo” su una norma contrattuale, sono in grado di *generare* norme generali, espresse spesso in dichiarazioni più o meno collettive dei soggetti, che se talvolta esprimono una intenzione, poco più che propagandistica, in altri casi pesano in maniera decisiva sui comportamenti dei soggetti. Vale a dire che nessuno di quegli atti “in sé” costituisce *la* norma, il cui contenuto dunque è ricavabile *anche* dal testo scritto, ma *non* è il testo scritto, e *anche* da molti altri atti e comportamenti e sentenze, ecc., che “contribuiscono” tutti alla formazione della norma generale. Tanto più che sempre è necessario distinguere tra le norme non scritte generali e quelle “particolari”, attinenti cioè a situazioni particolari di determinati soggetti²⁸³. Ma su ciò non è qui luogo di approfondire.

²⁸³ Basta riferirsi al caso “classico” della CIG, *Case Concerning Right Of Passage Over Indian Territory* (Portugal V. India) *Merits* 12.4.1960, dove ad es., a p. 44, si afferma nettamente: «Where therefore the Court finds a practice clearly established between two States which was accepted by the Parties as governing the relations between them, the Court must attribute decisive effect to that practice for the purpose of determining their specific rights and obligations. Such a particular practice must prevail over any general rules».

Data la struttura dell'Ordinamento internazionale e data la sua logica come fin qui descritta, le norme generali possono, dunque, solo essere il frutto di comportamenti effettivi dei soggetti/enti, che trovino consenso da parte degli altri o almeno non trovino significative opposizioni. Questo, è un punto fondamentale che credo fin qui di avere illustrato, con la precisazione per la quale quel comportamento non ha natura consuetudinaria, nel senso che, ripetuto o meno che sia, il comportamento seguito, quale ne sia il motivo, nel momento in cui se ne riconosce la valenza giuridica, è da considerare logicamente, e pertanto giuridicamente, legittima espressione di una norma, quando non semplicemente irrilevante. Orbene, va solo aggiunto che, pur volendo ammettere, come la gran parte degli autori fa a cominciare dal Kelsen, che i soggetti del diritto internazionale siano gli stati e solo gli stati²⁸⁴, è comunque un dato di fatto, quello per cui un accordo tra gli stati, scritto o tacito che sia, è sì norma, ma norma tra i contraenti e solo tra di essi e in quanto contrattuale fonda la propria validità sulla norma, non contrattuale, *pacta sunt servanda*, che assicura ai soggetti che i trattati vanno rispettati²⁸⁵. Ma il fondamento di quella norma, resta "metagiuridico", dice

²⁸⁴ Colpisce che in Hegel lo stato, tra l'altro monarchico, è identificato attraverso il popolo, HEGEL G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, Firenze, Milano (Bompiani Giunti) 2017, a cura di CICERO V., § 279, n. 287, p. 478: «Volkssouveränität kann in dem Sinn gesagt werden, daß ein Volk überhaupt nach außen ein „selbständiges“ sei und einen eigenen Staat ausmache, wie das Volk von Groß Britannien, aber das Volk von England, oder Schottland, Irland, oder von Venedig, Genua, Ceylon usf. kein souveränes Volk mehr sei, seitdem sie aufgehört haben, eigene Fürsten oder oberste Regierungen für sich zu haben», per cui il popolo (e ciò, dal mio punto di vista è sorprendentemente moderno) è considerato tale solo se ha un "proprio" sovrano. Al di là del merito, che va letto nella sua chiave storica, è importante, credo, la sottolineatura del fatto che un popolo ha una sua identità separata solo se dispone di un sovrano, cioè di una organizzazione statale autonoma. Che, poi, per Hegel l'unico sovrano possibile sia il re, è qui irrilevante: colpisce la intuizione della differenza tra un popolo (u584so una terminologia moderna come ovvio) libero e autonomo e uno non libero e infatti privo di un proprio re.

²⁸⁵ KELSEN H., *Principles of International Law*, (Revised by TUCKER W.), New York (Holt Reinhart and Winston) 1967 (1952), p. 454 ss.

Kelsen, ma poi, aggiunge, consuetudinario²⁸⁶. Ma, se la consuetudine consiste nella ripetizione di un certo comportamento in quanto e fin quando ritenuto obbligatorio²⁸⁷, resta da chiarire come sia possibile affermare che la norma *pacta sunt servanda* non sia suscettibile della modifica che subisce qualunque norma consuetudinaria nel corso della sua vita. È perciò, dunque, che la tesi di Kelsen assegna a quella norma la qualità di norma meta-giuridica, cosa che trasforma quella norma in una sorta di *deus ex machina* immutabile, che impedisce di porsi la domanda fondamentale: perché la norma *pacta sunt servanda* è obbligatoria e come mai non sia suscettibile anch'essa di modificazione ad opera della prassi.

E invece, a mio parere, il fondamento di quella norma, così come delle altre norme di diritto internazionale generale, sta nel fatto che la norma *pacta sunt servanda* è un norma necessaria perciò *voluta come norma* in perfetta coscienza dalla Comunità internazionale, intesa come il complesso di *tutte le sue parti* (non diversamente, per intenderci, da come è *voluta* lo stato dai cittadini autori, sia pure fittizi, di un contratto sociale purchessia che “legittima” lo stato) e quindi, in quanto voluta e in quanto norma generale, occorre che a sua volta sia sostenuta da un'altra norma, la norma *consuetudo est servanda*.

Quest'ultima, per seguire il ragionamento che ho fatto sopra, non è altro che l'espressione di fatto della stessa “volontà collettiva”, di nuovo non espressa né manifestata necessariamente dalla collettività stessa, anzi: per definizione e al tempo stesso, *non espressa, né esprimibile* dalla collettività, *ma in quanto norma voluta in perfetta coscienza* da tutti i soggetti e enti che

²⁸⁶ KELSEN H., *Principles*, cit., p. 564: «The states ought to behave as they have customarily behaved. Customary international law, developed on the basis of this norm, is the first stage within the international legal order. The next stage is formed by the norms created by treaties. The validity of these norms is dependent upon the norm *pacta sunt servanda*, which itself is a norm belonging to the first stage of general international law, which is customary law. The third stage is formed by norms created by organs...».

²⁸⁷ KELSEN H., *Principles*, cit., p. 444 ss.

fanno capo alla comunità, non solo è *norma*, ma è *suscettibile di tutte le modificazioni o integrazioni* che gli stessi soggetti vogliono apportarvi. Insomma, anche la Comunità internazionale come la comunità statale, come ho spiegato più sopra, è una comunità *necessaria* nel senso sia che non può non esservi in quanto è il frutto del *fatto* che i soggetti vivono e agiscono sulla Terra, sia il fatto, altrettanto implicito e altrettanto fittizio quanto quello degli individui parte di uno stato, che i soggetti del diritto internazionale vogliono, sia pure perché non possono non volere, fare parte della Comunità internazionale; per dirla con un brocardo famoso *coactus voluit tamen voluit* anche se la “costrizione” è solo derivante dal fatto di essere parte della comunità e di non avere modo di uscirne.

Beninteso, le differenze tra il diritto internazionale e il diritto interno vi sono. Uno stato, contratto sociale a parte, è *legittimato dal fatto* che una certa collettività vi abita e quindi si può trovare sottoposta alla volontà (al potere) di un ente purchessia: il sovrano²⁸⁸, la Costituzione, ecc. Solo che, diversamente da ciò che accade nella Comunità internazionale, il soggetto parte di uno stato può (almeno in astratto) allontanarsene, entrando a fare parte di un altro stato, benché non, non più, di nessuno stato. Un soggetto di diritto internazionale, invece, dalla Comunità internazionale non può uscire, perché *al di là* non c'è nulla. Resta, però ciò posto, senza risposta la domanda sulla legittimità della esistenza di quello specifico soggetto di diritto internazionale stato o non che sia. Ebbene: affermare che la legittimità di quel soggetto deriva dalla Costituzione o dal monarca legittimo, non dice nulla sulla legittimità nei confronti in particolare degli individui che vi fanno capo, ai quali, in un modo o nell'altro, l'autorità viene imposta. Salvo che, proprio in *relazione diretta* alla volontà dei singoli individui, la *legittimità* di quello specifico Ordinamento interno, viene riconosciuta o disconosciuta dall'Ordinamento internazionale, ad esempio attraverso l'uso dell'istituto dell'autode-

²⁸⁸ *Supra*, nt. 284.

terminazione²⁸⁹. Insomma la legittimità del soggetto di diritto internazionale, deriva *solo ed* esclusivamente, dal diritto internazionale. Nell'Ordinamento internazionale, invece rispetto al quale nulla fuori esiste, la verifica della legittimità sia dei soggetti che delle norme, accade continuamente e direttamente ad opera dei soggetti di diritto internazionale: che quindi, allo stato dell'arte, non solo non vogliono, ma *non possono avere* una Costituzione non diversamente da come non possono avere un re.

Le norme di cui stiamo parlando, dunque, la norma *pacta sunt servanda* e quella *consuetudo est servanda*, non sono né norme fondamentali, né superiori, né metagiuridiche, ma solo le norme strumentalmente necessarie, *oggi*, alla Comunità internazionale *per esistere, dato che esiste*: sono, per dirla scherzosamente, il motorino di avviamento della intera macchina, ma comunque parte della macchina e quindi non sono imposte dall'esterno alla Comunità e pertanto non sono nemmeno metagiuridiche. Il loro fondamento, in altre parole, è solo logico e di necessità e quindi perfettamente e completamente giuridiche. Perché, se non vi fossero la Comunità internazionale sarebbe una comunità selvaggia: ipotizzabile in astratto, ma *impossibile* nella realtà, perché, come spiegato all'inizio, qualunque "concrezione" umana trova di fatto delle logiche di comportamento giuridiche. E per conseguenza, nulla osta, non trattandosi né di norme fondamentali né metagiuridiche, che possano risultare esse stesse modificate o superate, ad esempio qualora si dovesse addivenire ad una strutturazione "verticale" dell'Ordinamento internazionale, finora non voluta dai soggetti. Ma ciò vuole dire anche che, così come non si può parlare di verticalizzazione della Comunità internazionale (e quindi di Costituzione o altro) nemmeno è possibile parlare di *decentralizzazione* della Comunità internazionale stessa: il "potere" di governo, di emettere norme non è decentra-

²⁸⁹ In tutte, si badi, in tutte le sue manifestazioni. Per cui, ad es., è possibile che la volontà del "popolo" delle Falkland/Malvinas non venga presa in considerazione in termini di autodeterminazione dei popoli, per cui il problema si risolve in un conflitto di sovranità territoriale. Sul punto cfr. il mio *Autodeterminazione dei popoli*, cit., p. 82 s. e *passim*.

lizzato, ma semplicemente riposto nella volontà collettiva, nel senso spiegato qui sopra. Anzi, a stretto rigore, è tutto fuor che decentralizzato²⁹⁰. Tanto più che un “centro” manca e quindi un potere di fare norme e di “imporle”, nonché non decentralizzato, è semplicemente diffuso, per cercare un termine indicativo²⁹¹.

Detta volontà quindi non è espressa da tutti coloro che possono, dialetticamente, contribuire a fare nascere la norma, anche perché la norma c'è, come ho proposto più sopra, nel momento in cui la sua prima applicazione si verifica, anche se viene constatata successivamente, *a posteriori*. Con l'ulteriore precisazione per cui il meccanismo descritto non è una sorta di sanatoria retroattiva della validità di una norma e quindi del relativo comportamento, ma solo la constatazione che la norma c'era e che pertanto chi la ha usata ha agito correttamente e che è norma generale, sia pure in un contenuto mai definito in maniera precisa, dato che deriva e si modifica dalle e attraverso le sue successive applicazioni.

²⁹⁰ Il che, mi pare, supera la concezione tradizionale, espressa seccamente da un grande studioso, MORGENTHAU H., *The Problem of Sovereignty Reconsidered*, in *Columbia Law Review*, 1948, p. 343, che scrive: «International law is a decentralized legal order in a dual sense. Its rules are, as a matter of principle, binding only upon those states which have consented to them, and many of the rules that are binding by virtue of the consent given are so vague and ambiguous and so qualified by conditions and reservations as to allow the individual states a very great degree of freedom of action whenever they are called upon to comply with a rule of international law». Idea, peraltro, largamente ripresa anche da altri, Kelsen incluso. V. anche PAULUS A.L., *Commentary to Andreas Fischer-Lescano & (and) Gunther Teubner - The Legitimacy of International Law and the Role of the State*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 1047 ss.

²⁹¹ Poco convincente, perciò, mi pare la complicata costruzione di McDOUGAL M.S., *The Impact of International Law upon National Law: A Policy-Oriented Perspective*, in *South Dakota Law Review*, 1959, p. 25 ss., p. 42: «In a decentralized world arena some such dichotomy ... appears inescapable. When authority is effectively distributed between a central community and various component communities, appropriate technical words are required to describe the distribution. It should be clear, however, that words at the level of abstraction of “international concern” and “domestic jurisdiction” are more labels for describing the consequences of decision than explanatory factors accounting for decision, and that such words do not refer to “irreducible spheres of rights” or to “impenetrable barriers” precluding a moving and variable line between inclusive and exclusive competences».

Quella norma non può dunque, essere espressa in maniera formalizzata, perché se lo fosse, sarebbe l'espressione dei soggetti/enti che in quel momento la esprimono e quindi non sarebbe altro che un accordo, magari tacito, ma un accordo tra i soggetti/enti in quel momento presenti nella Comunità internazionale, con conseguente esclusione di chi ancora non vi sia, ma specialmente di chi non sia d'accordo: sarebbe un ritorno alla ipotesi del *persistent objector*. Conferma di questa costruzione, ad esempio, ne è il fatto pacifico, per il quale, all'atto della nascita di un nuovo soggetto, quest'ultimo, se è vero che non "eredita" tutti gli impegni contrattuali del suo predecessore (salve le ben note eccezioni come i "trattati localizzati", ecc.) che sono appunto norme "formalizzate", è invece vero che *deve* applicare *tutte* le norme generali vigenti a cominciare da quella che afferma che i trattati precedenti non vanno tutti applicati. Solo a quel punto, con il suo comportamento, potrà contribuire a modificare *da quel momento in poi*, le norme generali pur non avendo potuto contribuire in alcun modo alla loro formazione, compresa quella che gli permette di nascere in quel modo e di *essere* (non diventare) un soggetto titolare di diritti e di obblighi. Ciò solo per confermare che le norme generali sono l'espressione di una cosciente constatazione della necessità, per la sopravvivenza della comunità e dei singoli soggetti di essa, di garantire determinati comportamenti e quindi della volontà di farlo.

19.2.1. *La struttura del consensus*

Non è quindi un caso, che l'unico modo in cui i soggetti di diritto internazionale riescano ad esprimere – talvolta molto contro voglia a riprova del fatto che si tratta della espressione di una norma generale non necessariamente accettata benché "subìta" o meglio accettata *ob torto collo*, da tutti – una valutazione formalizzata, insomma scritta o comunque esplicita, della volontà normativa, a valenza collettiva, sia il meccanismo del *consensus*²⁹².

²⁹² Che poi il meccanismo non possa esprimere una norma giuridica perché i soggetti che partecipano al *consensus* medesimo in realtà non vogliono costruire una

Che consiste in una manifestazione di volontà collettiva *non* espressa attraverso un voto²⁹³, di soggetti uguali e sovrani, che però si riuniscono allo scopo di discutere determinate questioni, in genere di natura molto importante e delicata e, talvolta, di principio. L'obiettivo, insomma è quello di risolvere un tema controverso, senza giungere ad una manifestazione di volontà esplicita attraverso un voto, che avrebbe l'effetto di costringere le parti, da un lato ad opporsi se necessario, e dall'altro a mostrare comunque la propria posizione, con le conseguenze che ne derivano, specie in termini di politica interna.

Il voto, infatti, esprimerebbe un consenso o un dissenso non negabili dei singoli soggetti con quella proposizione nella sua interezza e che quindi sarebbe, questa sì, una forma di accordo sia pure sempre contestabile: si pensi al dibattito in materia di significato delle risoluzioni delle NU, se siano o meno una forma di accordo, con tutto ciò che ne consegue. Al di là dell'approfondimento di questo tema, è difficile negare che un voto favorevole ad una risoluzione, almeno non può significare contrarietà ad essa. Invece, il *consensus* permette, in qualche modo, di "salvare la faccia" non impedendo l'adozione di atti, sentiti da molti come molto importanti e di principio, anche a chi sia in realtà contrario, ma preferisca non esprimere platealmente la propria contrarietà. Il meccanismo, infatti, si risolve in una approvazione senza voto di una decisione (risoluzione, raccomandazione, decisione, o quel che sia) *ma non adottato né all'unanimità né a maggioranza*, nella quale così come non si può definire l'uno o l'altro

norma, è tutto da dimostrare caso per caso, dato che se i soggetti partecipano a una decisione e non vi si oppongono, vorrà almeno dire che contrari non sono. Per la tesi qui sommarizzata, v. ARANGIO-RUIZ G., *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, in *Recueil des Cours*, 1972, vol. III, p. 457, così anche SCHWEBEL S.M., *Confrontation, Consensus and Codification in International Law, Proceedings of the American Branch of the International Law Association*, 1979, p. 141 ss.

²⁹³ È significativo che, ad es., mentre le prime due A/RES/2200, 1966 siano state adottate all'unanimità dei votanti (UN Doc. A/PV.1496, 1966) la ben nota *Dichiarazione* sulle relazioni amichevoli, A/RES/2625, 1970 (A/PV.1883, A/8082) sia stata adottata «senza voto», cioè mediante *consensus*.

soggetto favorevole, nemmeno lo si può definire contrario: ad un atto che, però, formalmente è un atto perfetto. Cioè, determina tutte le conseguenze che quell'atto avrebbe se fosse stato votato normalmente: e quindi in particolare è opponibile, è cioè in grado di determinare la rivendicazione, legittima, del suo rispetto, e, certamente, la legittimità della pretesa a non essere ostacolati nella sua applicazione.

Insomma, il meccanismo del *consensus* non obbliga a “contarsi”, permettendo però di produrre egualmente un atto giuridico normativo, realizzato mediante un meccanismo politico, dove cioè l'uguaglianza sovrana formale viene sostituita, una volta di più, dalla capacità e dalla autorevolezza (e, perché no, dalla forza) politica dei soggetti; come dicevo, *dialetticamente*. Nell'adozione di un atto mediante *consensus*, dato che non si vota e che di nessuno può essere detto che sia favorevole o contrario, valgono mille motivazioni, salvo quella del voto formale e cioè della manifestazione della uguaglianza sovrana, che viene sostituita dalla capacità di convincere (o di ricattare, come ovvio) e quindi di realizzare una vera e propria *mediazione dialettica* (che, beninteso, non vuol dire compromesso, ma sintesi, talvolta perfino “alta”), dove la politica diventa parte nonché integrante, determinante della formazione della norma, a scapito della forza.

E allora, quel meccanismo è il caso più evidente di connessione della politica con il diritto; cosa che in un sistema formalizzato e organizzato gerarchicamente non può mai accadere, ma che in qualche misura è *democratico* in senso sostanziale, dato che se l'opposizione all'adozione dell'atto di un solo stato basta per rendere necessaria la votazione, la “mediazione” politica, l'ambiguità, il detto e non detto, permettono di affermare cose altrimenti impossibili, si pensi solo alla Risoluzione sulle relazioni amichevoli tra gli stati, 2625 del 1970.

La politica, insomma nel diritto internazionale e solo nel diritto internazionale, *assume le vesti di un elemento formale nella formazione delle norme* capace, però, di impedire ad un singolo soggetto di bloccare l'adozione dell'atto stesso. Non è certo un caso che l'uso di quel meccanismo sia esplicitamente richiesto,

magari come preferito o addirittura esclusivo, negli Statuti di alcune Organizzazioni internazionali oltre che in una *non Organizzazione* come l'OSCE, che, a sua volta, non ha alcuna forma concreta: è essa stessa frutto di un *consensus*, realizzato con la redazione materiale di un documento, *esplicitamente* dichiarato un "non-accordo", ma che, poi, determina la nascita di una vera e propria Organizzazione internazionale *non*-Organizzazione internazionale, in quanto fondata su un *non*-statuto. E la non organizzazione OSCE, come si è già accennato²⁹⁴, è talmente non-esistente (!), da disporre di strumenti coercitivi e da potere fare accordi, per la cooperazione in vari settori, basti pensare alla partecipazione agli accordi di Minsk²⁹⁵ e alla supervisione della loro attuazione, alla presenza in Kosovo, in Bosnia, ecc., tanto che viene trattata, non ostante tutto, come un soggetto di diritto internazionale Organizzazione internazionale, ad esempio nel momento in cui stipula un vero e proprio accordo di sede con l'Austria²⁹⁶.

Così come, però, è indiscutibile e resta tale, il fatto che la norma nasce e specialmente funziona se corrisponde alla volontà (e ripeto: volontà) effettiva dei soggetti, per cui può bene accadere, che una risoluzione adottata per *consensus*, non trovi corrispondenza nella *volontà* di tutti i soggetti: di nuovo, *dialetticamente*, ma che sono gli stessi che avendo partecipato alla discussione avrebbero potuto bloccare la decisione col loro voto

²⁹⁴ V. ad es. *supra* § 1.

²⁹⁵ Significativo nel Protocollo di Minsk del 8.9.2014 (<https://www.osce.org/home/123257>) il co. secondo, che afferma testualmente: «Upon consideration and discussion of the proposals put forward by the participants of the consultations in Minsk on September 1, 2014, the Trilateral Contact Group, consisting of the representatives of Ukraine, the Russian Federation and the Organization for Security and Co-operation in Europe [OSCE], reached an understanding with respect to the need to implement the following steps ...». V. anche HAUG H., *The Minsk Agreements and the OSCE Special Monitoring Mission: Special Issue: OSCE Mediation and Conflict Management: Unraveling Complexities in OSCE Mediation*, in *Security and Human Rights*, 2016, p. 342 ss.

²⁹⁶ V. ad es. TICHY H., QUIDENUS C., *Consolidating the International Legal Personality of the OSCE, A Headquarters Agreement with Austria*, in *International Organization Law Review*, 2017, p. 403 ss., e specialmente, p. 406 s.

contrario, ma non lo hanno fatto. Non conta, dunque, il numero e la potenza, conta la capacità di concretizzare la volontà reale dei soggetti. Per cui, per fare un esempio: è indubbio, e non viene contestato da nessuno seriamente, che la risoluzione sulle relazioni amichevoli degli stati (A/RES/2625, 1970) costituisce lo strumento di base per la definizione in particolare dei “diritti” dei popoli e di taluni doveri degli stati, richiamata e citata continuamente da tutti gli stati – al limite per dire che una parte di essa non va bene o è superata – e quindi *effettiva*: insomma, è norma riconosciuta come tale. In nessun modo, invece, un effetto del genere è stato raggiunto dalla risoluzione sul nuovo ordine economico internazionale (A/RES/3201 S-VI, 1974), che, adottata addirittura in una solenne sessione speciale della AG, convocata su richiesta del Presidente del gruppo dei Paesi non allineati alla AG, Houari Boumediene (Presidente della Repubblica di Algeria) il 5.2.1974 e convocata quasi subito a Maggio 1974, è rimasta lettera morta, almeno nella sua grande parte.

D'altra parte, può bene accadere che una Risoluzione delle NU, in sé in nessun modo obbligatoria, e votata convintamente dagli stati, ma, rispetto ad oggi, da una minoranza di stati, che erano quelli in quel momento membri delle NU (48 con 8 astensioni) come la *Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo*, di fatto diventi una norma assolutamente pacifica di diritto internazionale generale dei diritti dell'uomo, riconosciuta anche dalla gran parte degli stati che nemmeno esistevano al momento della sua adozione²⁹⁷.

19.2.2. *Consensus e norme generali*

Il diritto internazionale generale, dunque, non è costituito affatto da norme consuetudinarie ricavabili da una prassi prolungata nel tempo con la convinzione che quella prassi costituisca norma²⁹⁸, ma è quel fenomeno complesso che ho descritto,

²⁹⁷ UN Doc. A/PV 183, 10.12.1948.

²⁹⁸ Di cui nel precedente capitolo ho mostrato la inconsistenza. Non è mai un male ricordare come questa definizione della consuetudine sia stata messa un po' in ri-

dove la prassi e la consuetudine sono *due* dei modi o meglio dei procedimenti per costruire, o più precisamente come ho spiegato sopra per *constatare l'esistenza* della norma. Sono perciò quelle, quelle non scritte, le sole norme generali possibili, in quanto norme che, non avendo un "padrone" contrattuale, sono di fatto le norme per tutti e da tutti, mentre il complesso di quelle contrattuali è garantito dalla norma *pacta sunt servanda*, a sua volta non scritta e che viene dimostrata esistente tutte le volte che il soggetto che, platealmente e magari ostentatamente, viola la norma pattizia dichiara di *non* violarla: cioè riconosce, ammette, che quella norma c'è ed è dimostrata esistente tutte le volte in cui chi abbia subito la violazione dell'accordo *pretenda* che l'accordo venga rispettato. Per *pretendere*, bisogna avere (o immaginare di avere) il diritto di pretendere e questo diritto è conferito dalla norma generale *pacta sunt servanda*.

Da ciò deriva, mi pare, che la "norma consuetudinaria", semplicemente "norma generale", non è, né può essere, frutto diretto della prassi, intesa come comportamento effettivo di uno o più soggetti. La prassi è solo un elemento, certo importante ma solo uno, per la ricostruzione di una eventuale norma generale, quale che sia il processo o la logica della sua formazione, un elemento che potrebbe rivelarsi irrilevante per la formazione effettiva della norma, e che potrebbe addirittura anche mancare. Insomma per fare un esempio banale: il *fatto* per cui gli USA, la Russia, la Turchia (beninteso a diversi titolo e motivazione) entrano ed escono liberamente sparando e bombardando nella Siria, così come la pervicace occupazione e annessione da parte israeliana dei territori palestinesi²⁹⁹, non credo che possano avere determinato la formazione di una norma che consente atti del

dicolo dal QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli (Liguori) 1988, p. 130 s. quando afferma che se così fosse ogni consuetudine sarebbe fondata su un errore: l'errore di credere che una norma vi sia, laddove, invece, è in via di costruzione.

²⁹⁹ Definiti tali, tra l'altro, dal Parere della CIG sul muro (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9.7.2004) e dalla sentenza della CGUE C-386/08, 25.2.2010, *Firma Brita GmbH vs. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*.

genere³⁰⁰, indipendentemente dal fatto che vengano o meno “perseguiti” dalla Comunità internazionale. Così come, il *fatto* importantissimo per il quale la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati definisce esplicitamente l’istituto dello *ius cogens*³⁰¹, non ne determina l’esistenza certa come norma generale di diritto internazionale³⁰². Anzi, quella norma è molto probabilmente inesistente ed incoerente con il sistema, nella misura in cui inserisce un elemento gerarchico là dove gerarchia non vi è, né vi vuole essere.

Il che non vuol dire affatto che non possano esistere, e non esistano in fatto, delle norme fondamentali e strutturali per la vita della Comunità internazionale, ma solo (e, però, non è poco) che l’idea stessa della esistenza di una norma inderogabile contrasta con la natura dell’Ordinamento internazionale, come sistema: se le norme di diritto internazionale generale sono il frutto della volontà collettiva (se vogliamo dire così nel modo in cui la ho ricostruita, quella “volontà”) o della accettazione da parte dei soggetti o, come ho argomentato io, del riconoscimento della sua esistenza *ex tunc* nel momento in cui ci si rende conto della necessità di acquisirne l’esistenza e di valutarne il valore o di applicarla da parte di altri soggetti, sta in fatto che la norma deriva dalla volontà *attuale* della Comunità internazionale perché nel momento in cui se ne constati l’esistenza, oggi, se ne afferma la validità *ex tunc* e, magari modificandola, se ne conferma l’esistenza e dato che nel diritto internazionale, di inderogabile non può, né deve esservi nulla, la si modifica *adattandola* alla situazione *de qua*. Insomma, in un ordinamento come quello in-

³⁰⁰ Anche se non manca chi ne è convinto. *Supra* § 18.

³⁰¹ Sul cui contenuto e consistenza il dibattito è ancora più che aperto, come è ben dimostrato dalle improbabili proposte della ILC, che tutte ruotano intorno alla prova della accettazione della norma da parte della Comunità internazionale “as a whole”, senza poter mai definire quale detta prova possa essere. V. UN Doc. A/74/10, 2019, p. 147 ss.

³⁰² V. ad es. di recente SALERNO F., *L’obbligo di non riconoscimento di situazioni territoriali illegittime dopo il Parere della Corte Internazionale di Giustizia sulle isole Chagos*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 729 ss., specialmente 746 ss.

ternazionale, la stessa ipotesi di una norma inderogabile non ha senso logico e meno che mai sistematico.

Ciò non toglie che anche il comportamento negativo dei soggetti, che ad esempio insistano nell'affermare che *non* stanno violando la norma, finisce per confermare indirettamente proprio che la norma esiste: anzi è proprio quello che costituisce quella *prova* di cui al citato art. 38 CIG.

Per questa via, posto che come ovvio nel diritto internazionale parlare di fonte di produzione giuridica è impossibile, la prassi finisce per essere l'unico modo attraverso il quale si può costruire, nel consenso generale, una norma o constatare se una norma sia o meno già nata, *ma non in via di nascere*, o, anche, se una presunta norma non sia affatto nata. In questo delicato e complicato processo, si inserisce anche la figura del *persistent objector*, di cui ho già parlato, per negarne nonché la legittimità, la stessa possibilità logica di esistere. Il punto è che l'intero procedimento di identificazione della possibile norma e di prova della sua accettazione è interamente devoluto, certamente alla prassi come detto sopra (e quindi sia in quanto quel comportamento venga seguito, sia perché venga combattuto, ecc.) ma poi in larga e determinante misura all'interprete, e non potrebbe essere altrimenti³⁰³. Ma dato che, o nella misura in cui, la norma

³⁰³ Del resto la conclusione della ILC sull'accertamento delle norme di diritto internazionale consuetudinario non a caso sembra chiusa in un circolo vizioso, Conclusione 2: «To determine the existence and content of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice that is accepted as law (*opinio juris*)», e, Conclusione 2: «1. In assessing evidence for the purpose of ascertaining whether there is a general practice and whether that practice is accepted as law (*opinio juris*), regard must be had to the overall context, the nature of the rule and the particular circumstances in which the evidence in question is to be found, 2. Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element». Si potrebbe aggiungere la sorpresa di vedere che secondo il *Rapporteur*, l'accertamento della prassi riguarda solo gli stati e, eccezionalmente, le Organizzazioni internazionali! Peraltro va sottolineato che nella conclusione 8, il *Rapporteur* immagina: «2. Provided that the practice is general, no particular duration is required» e la prassi sarebbe generale (*ibid.*) «1. ..., meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent», v. ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, UN Doc. A/73/10, 2018.

nasce nel senso che se ne percepisce l'esistenza, appunto, da una qualche forma di riconoscimento (ma non di accettazione) della sua esistenza (la norma dunque *già c'è!*) vuol dire innanzitutto e necessariamente, che la norma nasce in base ad una valutazione della opportunità che quella norma vi sia, indipendentemente dal fatto che il corrispondente comportamento sia seguito o meno: è questa la dialettica cui mi riferivo sopra, che diventa determinante ed esclude in maniera certa e definitiva che il comportamento che origina la norma o la convinzione della opportunità che quella norma vi sia possano essere "spontanei", nel senso di non volontari e non deliberati, addirittura «unconscious»³⁰⁴. Che questo ragionamento sminuisca moltissimo, quando non cancelli del tutto, il valore della figura del *persistent objector*, sembra evidente.

E quindi, dicevo, non di accettazione della norma si può parlare perché la accettazione della norma implica che essa sia imposta, e che non sia soltanto un comportamento di uno o più soggetti, insomma una prassi, perché la accettazione anche di una prassi non è creazione di diritto, ma sottomissione alla volontà altrui³⁰⁵ o anche, rovesciando il ragionamento, potrebbe essere una sorta di "concessione" ad uno o più soggetti di una titolarità di un processo autoritativo di formazione di norme, che,

³⁰⁴ *Contra* v. Kelsen H. (Revised by Tucker R.W.), *Principles*, cit., p. 441.

³⁰⁵ Quello della "accettazione" è sempre uno dei punti salienti nella definizione delle norme generali (termine adottato dal redattore dei rapporti sullo *ius cogens*, finalmente!) e nel loro accertamento, il che inevitabilmente conduce ad un circolo vizioso. V. ad es., Tladi D., *Second Report on jus cogens*, ILC, UN Doc., A/CN.4/706, p. 18, § 37 e *passim*, che, in riferimento all'art. 53 *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, afferma: «First, the relevant norm must be a norm of general international law. Second, this norm of general international law must be accepted and recognized as having certain characteristics, namely that it is one from which no derogation is permitted and one which can be modified only by a subsequent norm of *ius cogens*». Ciò che lascia estremamente perplessi in tutta questa discussione è il fatto di volere affermare che una norma inderogabile è tale se è sia una norma di diritto internazionale generale (quindi non scritta o se si preferisce di formazione consuetudinaria, benché magari derivante da una norma scritta) sia una norma accettata (e riconosciuta) dalla Comunità internazionale "as a whole". Sorvolo sull'idea della «*opinio juris cogentis*» di cui a p. 40, § 78.

per definizione come ho mostrato, non esiste, e violerebbe proprio il principio cardine per il quale un soggetto è tale solo in quanto *superiorem non recognoscens*.

Delle due l'una, insomma: o la norma è *ri-conosciuta* in quanto quindi già esiste, o si agisce coscientemente per determinare la nascita di quella norma³⁰⁶ o, anche, per confermarla perché la norma, così formata, persiste e funziona nella misura in cui sia riconosciuta dalla Comunità internazionale, non necessariamente attraverso la ripetizione di quel comportamento, ma nel riconoscimento, all'occasione, che quel comportamento è (ancora) dovuto³⁰⁷. Ciò rafforza l'idea per cui la nascita della norma prescinde interamente dal trascorrere del tempo. Ed altresì dal fatto che sia o meno praticata o riconosciuta da un numero rilevante di soggetti dato che il procedimento di formazione della norma non è democratico in senso formale (l'espressione della volontà della maggioranza dei soggetti uguali) ma *democratico in senso sostanziale*³⁰⁸: è frutto della dialettica di cui parlavo più so-

³⁰⁶ Interessante citare il caso famoso *La Jeune Eugenie*, dove il difensore del comandante della nave accusato di commercio di schiavi, ritenuto contrario al diritto internazionale, afferma, p. 14: «I propose to show: 1. That there is no other principle to which to refer national law, in a court having jurisdiction of the law of nations, than the *assent of nations*; and that such assent can be known only by custom or usage. 2. That as to slavery generally, or the African slave trade in particular, *nations have expressed no opinion, no assent*, which can be noticed in a national court», *Circuit Court of the United States*, Boston, Dicembre 1821, MASON W.P., *Report of the Case of the Jeune Eugenie*, Boston (Wells and Lilly) 1922.

³⁰⁷ V. sul punto già BETTI E., *Problematica del diritto internazionale*, Milano (Giuffrè) 1956, p. 39: «... la peculiare struttura della consuetudine esige che la sua massima di condotta sia mantenuta in vigore, non già con un mero processo interpretativo (come la legge), ma con un processo confermativo, di continua ripetizione: forze della medesima natura di quelle che la generarono, sono anche chiamate a mantenerla in vita e ad assicurarne la continuità nella comunione dei consociati. Che la credenza individuale del singolo partecipante possa divergere dalla convinzione collettiva, è un fenomeno che dipende dall'inevitabile differenziarsi dello spirito individuale dei singoli rispetto alla vivente spiritualità della loro comunione, e anche dal naturale diverso atteggiarsi della funzione sociale degli istituti e dell'interesse individuale di coloro che in concreto ne perseguono l'attuazione».

³⁰⁸ In complete dissenso quindi, dalle conclusioni del *Rapporto* di cui *supra* p. 48, *Draft conclusion 7.3*: «Acceptance and recognition by a large majority of States is

pra. E ripeto, *democratico*, dato che la norma è tale perché corrisponde ad una coscienza sociale diffusa, che è anche di più di una presunta volontà della *international community as a whole* e che, per di più, prescinde del tutto dalla *effettiva* pratica di quella norma.

19.3. *Ius non est factum*

È un passaggio, questo, sul quale vale ora la pena di soffermarsi un momento. Che il diritto internazionale sia o meno considerato un ordine giuridico *primitivo*, sta in fatto che le norme di maggiore rilevanza, perché di riconoscimento/applicazione generale e, per dir così, collettiva, sono tali non perché “gradite” ad una maggioranza, ma perché valide ed efficaci nel senso che ho descritto: a prescindere dalla o da una maggioranza. In altre parole, le norme non sono efficaci (cioè, dal mio punto di vista, valide) perché una maggioranza (più o meno tacita) le imponga ad una minoranza (più o meno silente) ma perché ritenute valide dalla collettività, che, in quanto tale, non è “numerabile”, ma è un “tutto”, dove non si distinguono i singoli né individualmente né come membri di gruppi. È questo, per dir così, il “segreto” del diritto internazionale e anche della sua *democrazia*: la prevalenza del *valore normativo* di una proposizione in ragione della sua *logica* giuridica in senso stretto ed *esclusivo*³⁰⁹. In altre parole,

sufficient for the identification of a norm as a norm of *jus cogens*. Acceptance and recognition by all States is not required».

³⁰⁹ Il contrario, se mi è permesso, di quanto afferma HART, cit., quando scrive, pos. 2331 ss.: «Secondly, though such a society may exhibit the tension, already described, between those who accept the rules and those who reject the rules except where fear of social pressure induces them to conform, it is plain that the latter cannot be more than a minority, if so loosely organized a society of persons, approximately equal in physical strength, is to endure: for otherwise those who reject the rules would have too little social pressure to fear». E infatti, è difficile non essere in disaccordo con quanto afferma poco dopo quando dice: «It is plain that only a small community closely knit by ties of kinship, common sentiment, and belief, and placed in a stable environment, could live successfully by such a regime of unofficial rules... the rules by which the group lives will not form a system, but will simply be a set of separate stan-

ciò che rileva nel diritto internazionale per garantirne il rispetto, non è il timore della imposizione di sanzioni, quanto la convinzione della *necessità* di adeguarsi a quel comportamento, perché socialmente corrispondente agli interessi ed alle esigenze generali, non solo della, appunto, “international community as a whole”, ma della *comunità umana in quanto tale* espressa nella Comunità internazionale.

Quella che ho chiamato “formazione dialettica” della norma generale, dunque, se, da un lato, significa che la norma è risultante dal *fatto* che un soggetto *in quel determinato momento* si comporta in quel modo che *quindi* è norma, dall’altro significa che il soggetto agente, determina (validamente) la nascita della norma solo se e quando il suo comportamento sia il risultato dialettico dello “stato dell’arte” fino a quel momento del diritto internazionale di quel momento, e quindi sia frutto di una sintesi implicita di una volontà, se vogliamo, o di una necessità collettiva, nonché reale, effettiva. Perché se quel comportamento non è tale cioè non sia legittimo in quanto *ponga* una norma valida, la prassi (o naturalmente l’interpretazione, magari giudiziaria) immediatamente o meno successiva a quel comportamento, lo sconfessa come legittimo e quindi valido, o lo subisce come prevaricazione: quel comportamento, cioè, non determina l’effettività della norma, al punto da rendere quel comportamento *illecito*. Infatti: in caso di giudizio sulla legittimità di quel comportamento, se giudicato illegittimo, lo è *ex tunc*!

Per fare un caso. Se è vero come è vero che il bombardamento dell’Afghanistan è l’affermazione della norma che fa divieto ad uno stato di proteggere e/o di organizzare azioni eversive o terroristiche in altri stati e quindi ne è la sanzione legittima³¹⁰, la

dards». Si potrebbe, peraltro notare, che la Comunità internazionale è una comunità ristretta, molto ristretta, dove quindi quel meccanismo potrebbe, proprio secondo quanto dice HART, funzionare.

³¹⁰ Tanto più che, come dicevo, concordata dalla quasi unanimità dei soggetti di diritto internazionale: non perché la *maggioranza* governi, ma perché quel consenso diffuso *potrebbe* essere un indice attendibile di una *volontà collettiva* della Comunità internazionale, legittima.

successiva invasione e occupazione militare dell'Afghanistan non lo è, se non altro per "eccesso di legittima difesa", si potrebbe dire. Così come, invece, la guerra scatenata dagli USA e altri stati, Italia inclusa, contro l'Iraq, non ha nulla di legittimo benché praticata senza significative opposizioni e portata a termine fino alla "sostituzione" dello stato, o meglio del regime giuridico/sociale preesistente con uno nuovo, nella misura in cui il possesso di armi di distruzione di massa (ammesso pure che sia illecito, ed è tutto da dimostrare, alla luce del principio di uguaglianza) non è *stato dimostrato*, e inoltre non ha alcuna legittimità l'occupazione del territorio iracheno, seguito, in violazione delle norme consolidate sul diritto di guerra ecc., dal rovesciamento del regime e dall'instaurazione di un regime eterodiretto (da cui consegue la non originarietà del soggetto che ne è derivato e quindi verosimilmente la sua non statualità) e quindi (questo è ciò che conta) la *prassi* per la quale si è costruito un nuovo regime in base all'affermazione della presunta norma sulla "occupazione trasformativa": l'occupazione è illecita e, per conseguenza, quand'anche fosse concepibile, la pretesa norma non esiste. Del resto, con riferimento al caso in questione, il CdS si limita a prendere atto del fatto che l'Iraq è stato occupato e ne trae le conseguenze, ma si guarda bene dall'affermarne la legittimità³¹¹.

³¹¹ Mi riferisco al ben noto n. 1 della S/RES/1511, 16.10.2003, dove, dopo avere affermato nel *considerando* 2: «*Underscoring* that the sovereignty of Iraq resides in the State of Iraq, *reaffirming* the right of the Iraqi people freely to determine their own political future and control their own natural resources, *reiterating* its resolve that the day when Iraqis govern themselves must come quickly...», afferma «*Reaffirms* the sovereignty and territorial integrity of Iraq, and *underscores*, in that context, the temporary nature of the exercise by the Coalition Provisional Authority (Authority) of the specific responsibilities, authorities, and obligations under applicable international law recognized and set forth in resolution 1483 (2003), which will cease when an internationally recognized, representative government established by the people of Iraq is sworn in and assumes the responsibilities of the Authority, inter alia through steps envisaged in paragraphs 4 through 7 and 10 below», dove la parola importante è, ovviamente, "temporary" riferito all'esercizio delle responsabilità e poteri previsti dal diritto internazionale vigente, e quindi nei termini della occupazione militare, che

Ius, allora, non est factum. Il fatto produce diritto, anzi è diritto, solo se e quando corrisponda alla volontà collettiva, o meglio, sia il risultato dialettico dello “stato dell’arte” in quel momento e *di* quel momento della Comunità internazionale.

esclude radicalmente la “trasformazione del regime giuridico e politico del territorio occupato!”

CAPITOLO NONO

UNA DEFINIZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E CENNI SUI SOGGETTI DELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 20. Una definizione del diritto della Comunità internazionale e dei suoi soggetti. – 21. I soggetti dell'Ordinamento internazionale: la formazione dei soggetti.

20. *Una definizione del diritto della Comunità internazionale e dei suoi soggetti*

Tirando le somme di quanto fin qui esposto circa la natura e il modo di funzionare della Comunità internazionale, prima di passare ad una sintetica analisi conclusiva della e sulla soggettività di diritto internazionale, vale la pena di sintetizzare tutto ciò in una sorta di definizione. E dunque.

Quella internazionale è una comunità³¹² di fatto³¹³ fondata *su* e che fonda *un* sistema di norme generali interamente non scritto e non gerarchizzato³¹⁴ per l'assenza voluta di una autorità

³¹² E non società, *supra* § 1.1.

³¹³ E non di diritto, vale a dire, non costruita e costituita *per* costruire una società giuridicamente organizzata, ma esistente di fatto.

³¹⁴ Perciò ho parlato di "macchina" come paragone della Comunità internazionale. Il riferimento, insomma è, come si è visto, ai fondamentali lavori di VON BERTALANFFY L., *Perspectives on General System Theory*, New York (Braziller) 1975, e v. anche PRINGLE J.W.S., *On the Parallel between Learning and Evolution*, in *Behavior*, 1951, 3, p. 174 ss., ma v. anche, in termini sociologici molto più sofisticati, LUHMANN N., *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. it. di *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 1965, Bari (Dedalo) 2002, p. 65 s.

dotata del potere di normare (cioè di gestire normativamente la comunità stessa), dove inoltre, trattandosi di una comunità, i soggetti o enti che potrebbero, se volessero, “aggregarla”³¹⁵ per trasformarla in una società in senso tecnico, *per definizione e per scelta deliberata*, non intendono farlo e non lo fanno, e dove quindi gli enti agenti, cioè i soggetti³¹⁶, diversamente da quelli di ogni ordinamento giuridico interno, non solo non sono *pre-determinati*, ma non sono *determinabili*, non possono cioè essere creati né essere autoritativamente determinati in quanto soggetti dato che, non essendovi una autorità, manca anche il potere di *creare* soggetti di diritto internazionale, ma anche di *riconoscere* l’esistenza *efficacemente*, vale a dire allo scopo di attribuire loro la soggettività giuridica; ciò, di nuovo, per definizione perché: se sono i soggetti (quali che essi siano) quelli che *fanno* le norme e sono i soli che possano farle, gli stessi soggetti possono farle solo in quanto *preesistano logicamente* ad esse e quindi non sono da esse *creati*.

Ciò, come appare evidente, distingue nettamente l’Ordinamento giuridico internazionale da un qualunque ordinamento giuridico interno, dove, invece³¹⁷, esiste una autorità *autodefinita*

³¹⁵ Burocratizzarla per parafrasare il «Bureaucratic Empire», di EISENSTADT S.N., *The political Systems of Empires*, London-New York (Routledge) 1963, in particolare p. 10 ss. Dove “burocratizzare” significa appunto *procedimentalizzare* la formazione delle norme, come accade in un sistema giuridico interno, *ma non* in quello internazionale.

³¹⁶ I soggetti, che sono i soli che *possono porre e pongono di fatto* le norme generali (che dunque sono da leggere come norme *poste*), il cui contenuto è frutto anche dell’attività di chi, applicandole e interpretandole, le modifica, cioè sono fondate e si sviluppano con il meccanismo della *autopoiesi*.

³¹⁷ Che ciò accada, grazie ad un fittizio contratto sociale e quindi, comunque nella realtà storica dei fatti, grazie alla imposizione di qualcuno o qualcosa che ne sia il frutto, o grazie alla ribellione e conseguente nuova struttura normativa e processuale, o alla imposizione o anche mantenimento violento del potere da parte di qualcuno (uno, o più non importa,) che quindi magari “*usurpa*” il potere, ma, che, come spiegato sopra, mantiene la forma della legittimità della produzione normativa e quindi la validità operativa *attuale* della stessa. Non va mai dimenticato che, da un punto di vista strettamente formale, anche le norme create e quindi *imposte* con strumenti “*democratici*”, sono imposte e lo sono grazie alla forza dei meccanismi, *democratici*, che le costruiscono. La democrazia, insomma, non esclude il “*comando*”, ma la

e quindi originaria, dal punto di vista esterno, e autoreferenziale, dal punto di vista interno, che, *finché sia legittima* da entrambi i punti di vista, in modo giuridicamente *valido*: a. - pone le norme, b. - abilita le funzioni, c. - sceglie i soggetti individuali che ne fanno e possono farne parte³¹⁸ e li qualifica come persone giuridiche, cittadini o sudditi³¹⁹ atti ad agire nei *suoi*: territorio e, più in generale, ambito di interessi e funzioni. Ambiti, a loro volta, autodefiniti³²⁰, ma validi ed efficaci proprio perché e finché *ga-*

sua “arbitrarietà”. Che ciò sia il modo per definire lo *stato* in quanto ente internazionale e interno, è evidente, e corrisponde alla definizione dello stato che, ad esempio, si trova nelle pagine di JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, cit. pp. 137 ss. e in particolare p. 173.

³¹⁸ Ivi compresi, dunque, i “mitici” fondatori della società *de qua*, che possano anche essere stati coloro che, con la forza (insomma non “democraticamente”) abbiano imposto il proprio potere sulla società umana in questione. La quale società comunque è logicamente e *presuntivamente* frutto di una qualche forma di scelta di convivenza espressa o meno che sia stata in un “contratto sociale” o altro, ma solo grazie alla quale scelta può *legittimamente* esistere in termini giuridici. Beninteso, questa non è una scelta dogmatica o filosofica sulla origine degli ordinamenti interni, ma solo una descrizione della pratica, almeno formale, degli ordinamenti interni, ma oggi *teoreticamente* necessaria in ragione del principio generale di diritto internazionale dell’auto-determinazione dei popoli, che lega inscindibilmente il soggetto di diritto internazionale alla volontà del popolo e quindi, non solo *presume* che la volontà vi sia, ma, alla verifica, se ne constata la mancanza, interviene per garantirne la soddisfazione. Nessun ordinamento, infatti, pur imposto con la violenza più brutale, affermerà mai, oggi, di essere *contro* la volontà popolare o di essere al potere a prescindere dalla volontà stessa. Perciò, parlare di contratto sociale è solo un modo per dire che, in qualche maniera, quella specifica società è nata e, beninteso fittiziamente, corrisponde alla volontà almeno dei, appunto mitici, fondatori di essa.

³¹⁹ Ivi, obbligatoriamente, compresi quelli che, stante anche la partecipazione necessaria del soggetto di diritto interno all’Ordinamento internazionale, deve accettare o accetta a partecipare alle predette autodefinte funzioni e quindi anch’essi ricevono la capacità di agire nell’ambito del soggetto/stato.

³²⁰ I medesimi concetti, sempre invariabilmente riferiti allo stato, sono resi ad esempio molto lucidamente da PERASSI T., *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1912, n. 3-4, Parte I, pp. 1 a 8 dell’estratto, dove si introduce la figura del “paese” come distinto da: «Il territorio dello Stato (*Staatsgebiet*) vien dalla dottrina inteso il paese (*Land*), sul quale è stabilita la comunità statale. Lo Stato è una collettività di uomini stabilita su una regione della superficie terrestre ed organizzato sotto un supremo potere ... [p. 5: 148 dell’originale] Il paese dello Stato è la parte di superficie terrestre che resta delimitata dall’esercizio della si-

rantiti dal diritto internazionale. “*Suoi*” dico, *cittadini-sudditi-persone e territorio-finalità-funzioni*, in quanto siano ad esso riferibili inequivocabilmente, come tali, perché e finché l’Ordinamento internazionale li *riconosca di fatto* e quindi li *legittimi* come *suoi* oggetto e spazio di esercizio delle proprie attività³²¹. Oggetto e spazio che, però proprio perché riconosciuti *dalla* Comunità internazionale, come *esclusivi* rispetto all’oggetto e spazio di altri, non sono isolati e autonomi, dato che: *da un lato*, l’Ordinamento internazionale gli consente di svolgervi liberamente le azioni che ritiene utili e opportune, stabilendone, però, i limiti, sia nei confronti degli altri soggetti (ad esempio con il divieto di interferenza, l’obbligo di estradizione, il divieto di occupazione, la non “non negoziabilità” dei confini, ecc.), sia nei confronti della stessa Comunità internazionale (ad esempio con il divieto di uso della forza, il divieto di inquinare, l’obbligo del rispetto della legittima pretesa all’indipendenza, l’obbligo di rispetto dei diritti dell’uomo, ecc., quelli che, insomma, la dottrina moderna definisce obblighi *erga omnes*), *dall’altro* definisce quell’ambito, spaziale e umano, come l’ambito esaustivo ed esclusivo (cioè tutto quello ma solo in quello, da cui, ad esempio l’illiceità dell’esercizio delle potestà sovrane, fuori del territorio dello stato o meglio dell’ambito di competenza del soggetto) in cui, rispetto a ciò che vi insiste (gli individui in particolare, ma anche i beni, la natura, gli strumenti, la potestà penale, ecc.) svolgere le proprie funzioni, cioè in cui esercitare, in via esclusiva e fin tanto che il soggetto permanga tale, la propria *competenza*. Che, a sua volta, si chiama così perché è *necessariamente* definita, controllata e convalidata/legittimata dalla Comunità internazionale, che è la

gnoria statale entro di essa ... [7, 150] Nella dottrina dominante il territorio si trova confuso col paese, sì che i due termini sono ritenuti sinonimi. È inesatto. Il paese è una realtà geografica ... è la parte di superficie terrestre compresa nel territorio dello Stato ... [8,151] Lo Stato non ha una signoria perché ha una base materiale, costituita da una determinata zona di superficie terrestre, ma ha un paese perché ha un territorio, ossia una signoria, il cui ambito di esercizio delimita una regione geografica».

³²¹ Si tratta, insomma, né più né meno di ciò che rivendicava Filippo il Bello di Francia contro il Papa Bonifacio VIII, *supra* nt. 2 e *passim*.

sola che possa stabilire non solo chi è soggetto, ma cosa possa fare il soggetto e dove³²².

Se è vero, infatti, come è vero, che è il soggetto di diritto internazionale quello che si autoafferma³²³ *sia* soggettivamente *sia*, se del caso, territorialmente *sia*, infine, rispetto ai suoi membri (individui, persone giuridiche), è altrettanto vero che è il diritto internazionale quello che, riconoscendone la soggettività, definisce – alla luce del diritto internazionale vigente – i termini e i limiti della sua azione, che è dunque il suo ambito di competenza, cioè quello nel quale potrà fare e farà ciò che è nella sua propria scelta, visto che solo esso stesso può decidere cosa fare (insomma, che tipo di soggetto essere come vedremo fra un momento), ma nei limiti e nei termini *imposti* dal diritto internazionale. Il soggetto, per fare un esempio banalissimo, dispone di un certo territorio, che la Comunità internazionale gli riconosce come “suo”, ma non può cercare di prendere territorio altrui, così come la Comunità internazionale gli garantisce la protezione del suo!

³²² La già cit. *Convenzione di Montevideo sui diritti e doveri degli stati*, 1933, mentre afferma all'art. 1 che lo stato *in quanto persona* deve possedere (cioè *già* possiede) territorio, ecc., all'art. 3 specifica al co. 1, che «The political existence of the state is independent of recognition by the other states. Even before recognition the state has the right to defend its integrity and independence, to provide for its conservation and prosperity». Beninteso la disposizione va letta alla luce della concezione cui si riferisce specialmente in materia di funzione del riconoscimento.

³²³ V. il caso, interessante, *US Supreme Court, American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909) - 29 S. Ct. 511. 26.4.1909, su cui, si esprime spiegando molto chiaramente l'aspetto, appunto, della auto-limitazione (self-restraint) della competenza statale, quella che io definisco “dialettica”, insomma, FALK R., *International*, cit., p. 306 s.: «It would appear that *American Banana* requires a State to make a spatial delimitation of legal competence. The State where the primary action took place is given exclusive legal competence to exercise control; another State can either refrain from asserting legal control or it must apply the law of the State of occurrence. From such a viewpoint it does indeed seem absurd to challenge the validity of conduct performed by the territorial sovereign... The decision expressed horizontal self-restraint (a restrictive interpretation of the reach of a United States statute); it did not purport to be a consequence of vertical requirements (that is, the application of a prohibitive norm of international law of the *Lotus* variety)».

Beninteso: questa è una definizione *logica*, da leggere in maniera rigorosamente *sincronica*, dello “stato dell’arte”, che prescinde dalla storia per rendere staticamente, vista dall’esterno, la struttura e la meccanica della “macchina” Comunità giuridica internazionale.

In questa definizione emergono due concetti particolari, sui quali articolare le prossime righe: quello di *soggetto* autodefinito nella qualità e nella sostanza ma parte della Comunità che lo regola e lo “denomina” tale; quello di *competenza* come ambito di attività autodefinito ma “attribuito” dalla Comunità internazionale, cioè riconosciuto come legittimamente suo (in quanto *già*, ma *già* legittimamente, suo) ma, sincronicamente, non modificabile se non dalla Comunità stessa, al limite con quell’atto rivoluzionario del quale ho più volte parlato, come strumento³²⁴, sia pure estremo, di evoluzione del sistema, di contrasto, insomma, all’entropia altrimenti inevitabile.

Ciò che cercherò di spiegare, insomma sarà, *a.* - innanzitutto, la apparentemente contraddittoria natura e la fenomenologia di un soggetto di diritto che *non può per definizione* essere definito e delimitato come tale da una autorità, che non esiste, ma che *effettivamente* è regolato, ma da un ente anorganico che definiamo Comunità internazionale e dalla sua prassi che costituisce, in qualche modo, l’asse portante sul quale si formano e si verifica la legittimità delle norme³²⁵, *b.* - la natura e il significato,

³²⁴ Strumento anche giuridicamente definibile in termini normativi, come ad esempio elaborato, sia pure senza seguito, nella redazione della Costituzione italiana, su cui MADDALENA P., *La rivoluzione costituzionale. Alla riconquista della proprietà pubblica*, Reggio Emilia (Diarkos) 2020, p. 121 ss.

³²⁵ Vale la pena di sottolineare il possibile parallelo con la concezione della “opinione pubblica” elaborata, come noto, in ORTEGA Y GASSET J., *La ribellione delle masse*, Milano (SE) 2001 (1929), p. 152 ss., tema che sarebbe molto interessante approfondire in questa chiave, anche posto che, per seguire Luhmann ma non solo, le norme giuridiche non sono nulla più e nulla meno che atti di *comunicazione*. Non a caso, per fare un collegamento forse alquanto ardito, come ho osservato in passato Ramses II, dopo la battaglia di Qadesh sostanzialmente perduta ma fondamentale per il riassetto politico del mondo di allora, inonda l’Egitto di descrizioni eroiche di quella battaglia, verosimilmente anche per contrastare il possibile mugugno popolare (i reduci della campagna militare erano molte migliaia, certo non muti!) per il riassetto

di nuovo apparentemente contraddittori, di un concetto di *competenza* autodefinita ma regolata.

Che ciò possa portare ad escludere concetti come il possesso del territorio come diritto assoluto (*proprietà* dello stato), il diritto altrettanto assoluto sugli individui, l'intangibilità assoluta della competenza o del potere dello stato, ecc. lo vedremo punto per punto svilupparsi nell'analisi che segue, per quanto fin qui non ancora mostrato, sulla scia del discorso per il quale nulla vi è nel diritto, e in quello internazionale in particolare, che sia immutabile o definitivo, presunto *ius cogens* incluso.

21. *I soggetti dell'Ordinamento internazionale: la formazione dei soggetti*

Continuando e portando alle sue conseguenze logiche il ragionamento fin qui fatto, appare chiaro che i soggetti della Comunità internazionale, non possono in alcun modo essere "creati" o "costituiti", dato che manca alla Comunità internazionale stessa il potere di farlo o meglio, manca *nella* Comunità internazionale un organo in grado di farlo in quanto dotato del relativo potere, pur a prescindere dal fatto che, detti enti se costituiti o creati dalla stessa Comunità internazionale o da altri soggetti, sarebbero enti non originari e pertanto non autonomi e incapaci di esistere come soggetti a sé. Perché, come immagino risulti ormai chiaro a questo punto, un soggetto, un soggetto che di fatto è il "costitutore"³²⁶ della stessa Comunità internazionale,

regressivo dell'impero. Ma v. sul punto, anche le fondamentali considerazioni di LUHMANN N., *I diritti fondamentali come Istituzione*, cit., p. 225 ss. in tema di voto.

³²⁶ Rispondo, così, in qualche modo alla nota obiezione di ROSS A., *A Textbook of International Law*, London (Longmans) 1947, che definisce molto bene il tema: «Hence International law is a separate legal system associated with a certain human society. But this society is now a *new* society co-ordinate with the British, German or Danish society; it is a larger more comprehensive community embracing all these as part of a whole. On the current view it is further supposed that the sum of the national systems plus International Law is exhaustive...», ma che poi "denuncia" un circolo vizioso (pp. 12 ss.) derivante dalla identificazione dei soggetti di diritto internazionale negli "stati sovrani" «for, as a rule, the term "state" is defined by its sovereignty ... and

della quale fa parte, può essere tale solo se e finché sia (e resti) originario, cioè se e finché la sua costituzione non derivi *giuridicamente* né da un altro soggetto né da un ente che lo “crei” dato che un ente del genere non esiste. Ma, specialmente, è tale nella misura, e solo nella misura, in cui *riesca* ad agire come tale e a obbligare gli altri soggetti a *tenerne* conto come tale. L'elemento, o meglio il “requisito” più importante e significativo dell'art. 1 della citata Convenzione di Montevideo, benché riferito solo agli stati, come vedremo più avanti, è l'ultimo: quello della capacità di entrare in relazione con gli altri, *che lo vogliano o meno* e, perciò, *limitatamente alle competenze prescelte* ad essi *uguale*. Curiosamente o forse no, quest'ultimo è il “requisito” più trascurato nelle trattazioni di diritto internazionale.

Ciò perché, ribadisco, non esiste, nel senso che *logicamente non può esistere*, nella Comunità internazionale un organo delegato ad esercitare il potere di creare, tra l'altro, il soggetto di di-

this term again by the relation of the state to International Law... We have here a vicious circle: in order to determine whether or not a certain rule is international we must know whether or not the legal community bound by it is a state. But in order to decide this question we must know precisely whether or not the rule in question is international. The term “International Law” is defined with reference to the term “state” and the definition of the term “state” again refers back to the term “International Law”» (corsivo mio). Per la edizione tedesca, cit. *infra* nt., v. p. 14, ma v. anche ID., *Towards a realistic Jurisprudence*, Copenhagen 1946, ora Aalen (Scientia Verlag) 1989, p. 67. È chiaro, dunque, come ciò porti inevitabilmente all'affermazione per cui (p. 17) «... the rules which traditions conceives as coming under International Law are not as such valid in the national legal communities, but are only valid on these as collective units». Tornano invece attuali come non mai le parole di LAUTERPACHT Sir H., *Private law sources and analogies of International Law: with special Reference to International Arbitration*, London (Longmans) 1927 (The Lawbooks Exchange, Clark, 2013), p. 71 ss., p. 76 s.: «It is therefore not surprising that the conception hitherto predominant of States as the only possible subjects of international law is now being abandoned by positivist writers as being at variance with a fact of international life, and as incapable of including the new institution of international organization». V. anche GRAY J.C., *The Nature and Sources of the Law*, New York (Columbia Un. Press) 1909, e naturalmente v. anche le belle e ben note pagine di ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale, Introduzione e teorie generali*, Padova (Cedam) 1964 (ma 1927), p. 111 ss. Sul punto v. già GUARINO G., *Corte costituzionale e diritto internazionale: noterelle a margine della Sentenza 49/15*, in *Consulta Online*, 2015, II, p. 567 ss., specialmente p. 571 ss., in www.giurcost.org/studi/guarino8.pdf.

ritto internazionale, così come le sue norme. Ed, inoltre, il suo *riconoscimento* come tale, cioè la *presa d'atto* del fatto che il soggetto c'è, agisce e la sua azione determina conseguenze giuridiche, non *dipende* in alcuna maniera dalla volontà o dalla disponibilità di un organo qualsivoglia e, meno che mai, di un altro soggetto. In un Ordinamento interno, invece è la Costituzione (o magari il re o l'autocrate, ecc.) che delega ad organi *ad hoc* il potere di creare soggetti e norme, dato che in un Ordinamento interno è la Costituzione il luogo di tutto il potere, che invece, nella Comunità internazionale non c'è. Perché, ripeto ancora, la Comunità internazionale non è il luogo in cui *risieda* il potere, dato che è proprio l'autorità che eserciti il potere che manca.

Per uscire da ogni ambiguità, dunque, quando parlo di originarietà e autonomia, mi riferisco sostanzialmente al concetto di indipendenza, nel senso pieno del termine: la mancanza, cioè, di alcuna relazione di dipendenza, di origine e di causa *giuridiche* da un altro soggetto o ente, Comunità internazionale inclusa, dato che, come mi accingo a mostrare, i soggetti di diritto internazionale, definendosi sovrani, definiscono per ciò stesso la propria originarietà, il che non implica mancanza di ordinamento della Comunità internazionale, bensì assenza di potere ordinatorio nell'ordinamento: per cui, alla fine, sovranità coincide con originarietà. Ciò che può, e deve, fare invece la Comunità internazionale è verificare se l'ente che si manifesti per essere un soggetto, possa validamente essere tale, cioè *sia* validamente tale e *pertanto* possa, dalla Comunità internazionale, essendo titolare di certi "requisiti", *dover* essere riconosciuto come soggetto di un certo tipo. Quei requisiti, quelli della Convenzione di Montevideo relativi allo stato, ad esempio, dunque, non possono essere né imposti dalla Comunità internazionale o, appunto, richiesti obbligatoriamente come condizione per ottenere quella qualificazione, né imposti da altri soggetti, perché in tal caso gli enti in questione non sarebbero originari³²⁷, per cui quei requisiti pos-

³²⁷ Né, vorrei aggiungere, dalla collettività dei soggetti, perché in tal caso, pur a prescindere dal fatto che i futuri soggetti non avrebbero "partecipato" alla indicazione

sono solo essere accettati e accertati come adeguati, in quanto effettivamente *rilevabili, per la specifica qualificazione voluta dal soggetto stesso*. Perché come vedremo subito appresso, è il soggetto stesso quello che indica e, nei termini del diritto internazionale, *sceglie* le proprie competenze: è, cioè, il soggetto stesso, ed è lui il solo che possa farlo, quello che sceglie le proprie competenze, mentre alla Comunità internazionale spetta “solo” di regolarle e cioè di coordinarle con quelle degli altri soggetti, salvo a vedere a quale *tipo* di soggetto quelle competenze si attaglino.

In altre parole, il motore dell'intero meccanismo, è, e non può che essere il soggetto stesso, esattamente così come, lo dico incidentalmente, in un ente stato o simile ad uno stato, insomma interno, sono i soggetti, gli individui, il motore di quel sistema. Sono gli individui, insomma gli esseri umani, quelli che determinano (per fittiziamente che si voglia!) la formazione dello stato, indipendentemente dal fatto che quegli individui siano sottoposti, con o senza il loro consenso, al potere di qualcuno o di qualcosa. Per dirla brutalmente: uno stato senza popolo e un soggetto senza individui semplicemente non esistono.

E dunque così come l'individuo determina la formazione del soggetto di diritto internazionale, a loro volta i soggetti di diritto internazionale sono quelli che determinano la formazione, anzi l'esistenza stessa, della Comunità internazionale. Con la conseguenza non certo marginale, per la quale, il diritto della Comunità internazionale, “fatto” per i soggetti di essa, è per una sorta di proprietà transitiva il diritto degli individui che sono parte dei soggetti di diritto internazionale. Il che spiega perché ho usato più sopra la definizione del diritto come fatto dall'uomo per servire l'uomo³²⁸. L'individuo, dunque, che *non* è soggetto di diritto internazionale, è, però, sia il destinatario ultimo delle norme, sia il “promotore” di esse. Non per caso si parla di “*diritti dell'uomo*” (espressione che va preferita alla

di quei requisiti, sarebbero i soggetti stessi a definire i propri stessi requisiti, il che presupporrebbe una comunità chiusa, dove l'accesso sarebbe condizionato alla volontà degli altri, il che, come si è ben visto, per definizione non è.

³²⁸ *Supra* § 4.

molto più generica “diritti umani”, di provenienza anglo-americana), non di concessioni graziose degli stati agli uomini che ne fanno parte.

Il soggetto di diritto internazionale, dunque, propone sé stesso alla Comunità internazionale, e per essa agli altri soggetti, *sia* per affermare e vedere riconosciuta (in termini di pura e semplice presa d’atto) la propria esistenza, *sia* per definire e, di nuovo, vedere riconosciute le proprie attività. Allo stesso modo, perciò, la Comunità internazionale nel riconoscere all’ente che gli si proponga la qualità, *di fatto*, di soggetto, lo legittima anche *giuridicamente* in quanto tale, agli occhi degli altri soggetti. E inoltre, è sempre la stessa Comunità internazionale quella che riconosce in maniera analoga, cioè che legittima, la scelta delle attività del soggetto, che, in quanto tali sono, dal punto di vista della Comunità internazionale, che le legittima, e degli altri soggetti, che ne riconoscono la legittimazione, delle vere e proprie *competenze*. Nel senso che il soggetto può, dal punto di vista della Comunità internazionale, legittimamente fare determinate cose, ma, a seconda del tipo di soggetto di cui si tratti, quelle e non altre, almeno fin tanto che non acquisisca le relative competenze, ma quelle cose può farle in maniera nonché valida, efficace: cioè giuridicamente *opponibile*.

In altre parole, non è, come già detto sopra, la prassi quella che *decide* la norma, ma la prassi è il “luogo” (mi si passi la forzatura) dove la Comunità internazionale per così dire *sceglie* tra ciò che vi accade, ciò che è lecito per escludere ciò che, come sopra, è illecito: “*sceglie*” perché non dispone, non decide di rendere illecito questo o quello, perché ciò è già così³²⁹: la Comunità internazionale, e per essa i soggetti, non *crea* la norma, riconosce che esiste. Oppure, per dirlo diversamente con un esempio, se è vero che è il soggetto-stato così come il *Movimento di Liberazione nazionale*, quello che definisce il proprio territorio e se è anche vero che lo fa *liberamente*, d’accordo o non con i confinanti se ce ne sono, è anche vero che è la Comunità internazio-

³²⁹ Come già argomentato *supra* § 5.2.

nale quella che “dice” (perché accerta e legittima) agli altri soggetti quale è il *legittimo* territorio di quel soggetto, e con ciò, implicitamente, definisce illecito, e lo fa *erga omnes*, l’eventuale acquisizione o tentativo di acquisizione di altro territorio da parte di esso, così come definisce illecito il tentativo di altri di impossessarsi di quel territorio. Insomma, un soggetto-stato, definisce i propri confini “liberamente” nel senso che lo fa, alla luce delle norme di diritto internazionale, della storia e dell’accordo sia con i confinanti che con la Comunità internazionale in generale. Ma se l’accordo manchi sia con gli altri stati che con la Comunità internazionale, è quest’ultima che decide se quel territorio, e in caso affermativo quale parte di esso, è preteso illecitamente: né più né meno ciò che ha fatto la Comunità internazionale, attraverso la CPGI, nel decidere sul caso Wimbledon o, più di recente, la CIG nel Parere sulla questione del Muro in Israele-Palestina. Non a caso, infatti, esiste la norma generale per la quale le decisioni derivanti da trattati di pace non sono suscettibili di annullamento in quanto imposte con la forza, se non altro perché, diversamente, le guerre (o meglio le controversie) non avrebbero mai fine.

E quindi, nella stessa logica, è la Comunità internazionale, quella che “dice” che e quando un certo regime coloniale deve cessare e che un certo popolo ha “diritto” alla formazione di uno stato indipendente, e lo fa *erga omnes*, definendo *illecito* l’uso della forza per mantenere la colonizzazione³³⁰ e perfino *lecito* l’uso della forza da parte di un ente *terzo* (non necessariamente uno stato, ma ad esempio un *Movimento di Liberazione nazionale*) e comunque non *riconoscibile* la sovranità su quel territorio o su un territorio acquisito con la forza. E così via³³¹. Non per

³³⁰ Stracciando così, per così dire, il divieto di interferenza negli affari interni, come nella cit. A/RES/2625.

³³¹ È, né più né meno, il caso di Gerusalemme rispetto agli stati terzi, che, non *potendone legittimamente* riconoscere la legittimità del possesso, non vi trasferiscono le proprie ambasciate. Ciò, beninteso, serve da un lato a chiarire come l’estensione della sovranità territoriale non è solo contrattuale, ma solo per *accidente* lo è, così come serve a aggiungere un tassello per la negazione della natura strettamente contrattuale del diritto internazionale.

caso, ancora, la Comunità internazionale non ha mai riconosciuto nella controversia tra Gran Bretagna e Argentina a proposito delle isole Falkland/Malvinas, la natura di controversia sulla autodeterminazione dei popoli, bensì “solo” quella di controversia sulla sovranità territoriale, dato anche che il “popolo” delle isole, oltre ad essere praticamente inesistente, rivendica la sovranità inglese, visto che è composto da cittadini inglesi³³² e, altrettanto non per caso la Gran Bretagna, forse per la prima volta nella sua esistenza, non solo ha riconosciuta l’esistenza dell’istituto della autodeterminazione dei popoli, ma ne ha rivendicato la realizzazione, attraverso il meccanismo (frequente in quei casi) del *referendum*³³³.

In termini concreti, dunque, l’unica cosa che conta, dal punto di vista della Comunità internazionale, è la capacità dell’ente che, per dir così, ad essa si propone, *sia* di essere in grado di svolgere effettivamente quelle attività (quali che esse siano) *sia* di svolgerle efficacemente cioè di svolgerle effettivamente nei confronti degli altri soggetti di diritto internazionale. In entrambi i casi, gli “altri” non sono necessariamente né obbligatoriamente *tutti* gli altri.

Solo così, dunque, è possibile “qualificare” i soggetti in ragione delle loro attività, con la conseguenza non solo di poter distinguere tra il soggetto-stato e il “semplice” soggetto-non-stato, ma anche di poter definire la qualificazione internazionale, pun-

³³² V. anche *supra* nt. 290.

³³³ Solo per completezza di informazione, ricordo che, dalla prassi internazionale emerge chiaramente che ai fini della identificazione del popolo “abilitato” alla pretesa all’autodeterminazione, l’elemento etnico non è ritenuto rilevante (v. il mio già cit., *Autodeterminazione dei popoli*, Napoli, 1984) ma nemmeno quello legato al concetto di “nazione” nei termini, per intenderci, dell’odierno “sovranoismo”. Non per nulla resta fondamentale la geniale intuizione di CHABOD F., *L’idea di nazione*, Bari (Laterza) 1961 (ma 1943), con quella, per l’epoca davvero unica, dell’idea di Europa. Valga per tutto citare le dure e “dolenti” parole conclusive, a p. 81: «Il sempre più accentuato spostarsi dei valori costitutori della nazione, della “volontà” e della “coscienza” in un *a priori* fisso e immutabile, di carattere infine forzatamente etnico: il sorgere dei vari nazionalismi, che partivano dalla nazione ma per concludere nuovamente in essa, ed in essa sola: tutto ciò portò, rapidamente, all’exasperarsi del senso nazionale e al suo allontanarsi da ogni altro sentimento, europeo-umanitario».

tuale per così dire, di altri enti quali ad esempio le Organizzazioni internazionali. Con la ulteriore conseguenza per la quale non basta la definizione o auto-definizione formale dell'ente per definirne sia la soggettività che le competenze. Per dire che, possono ben esistere stati non soggetti di diritto internazionale, così come esistono soggetti di diritto internazionale non stati e, ancora, con l'ulteriore corollario per il quale non tutte le Organizzazioni internazionali sono per definizione soggetti di diritto internazionale, ma solo quelle pochissime che "guadagnano" la propria autonomia (che non è altro che l'originarietà degli ordinamenti giuridici degli stati), nei limiti e quindi nei contenuti, e solo in essi, in cui la guadagnano: e, dunque, sono soggetti *in* quei limiti, non diversamente da un *Movimento di Liberazione nazionale*, o dalla Santa Sede o forse, più verosimilmente, della Chiesa Cattolica³³⁴.

³³⁴ *Supra*, nt. 32.

CAPITOLO DECIMO

SOVRANITÀ, SOGGETTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE E STATI

SOMMARIO: 22. L'acquisizione della soggettività: il caso delle Filippine e non solo. – 23. Di talune differenze tra il soggetto di diritto internazionale e lo stato: le limitazioni di sovranità. – 24. Nascita e fenomenologia del soggetto di diritto internazionale, con particolare riferimento allo stato. – 24.1. Soggetto, stato e popolo. – 24.1.1. La rilevanza del popolo e l'autodeterminazione dei popoli come istituto di diritto internazionale. – 25. La formazione del soggetto-stato. – 25.1. Soggettività e sovranità: il freno all'entropia.

22. *L'acquisizione della soggettività: il caso delle Filippine e non solo*

L'elemento decisivo per la qualificazione del soggetto come soggetto di diritto internazionale, è dunque la sua capacità effettiva di *porsi* sul terreno dei rapporti e della vita internazionali ottenendo così la rilevanza effettiva e sufficiente allo svolgimento efficace delle funzioni *a.* - che il soggetto stesso *desidera di e riesce ad attribuirsi*, *b.* - che la Comunità internazionale riconosce che si sia attribuite e *c.* - che, ancora la stessa Comunità internazionale, delimita rispetto alle funzioni degli altri soggetti, definendo così, come ho detto sopra, l'ambito di *competenza* del soggetto stesso³³⁵. Che può essere, quindi, territoriale, funzionale,

³³⁵ Per riferire di una definizione icastica e netta, si potrebbe riportare quella di ARANGIO-RUIZ G., *Gli enti soggetti dell'Ordinamento internazionale*, Milano (Giuffrè) 1951, p. 377: «Gli enti soggetti in questione sono delle unità di fatto, enti (giuridica-

umana, ecc., e i cui limiti (ad esempio territoriali come per uno stato, o funzionali come per una Organizzazione internazionale o semplicemente politici come per un *Movimento di liberazione nazionale*) sono *garantiti*, una volta *riconosciuti* e cioè accertati come effettivi e legittimi, dalla Comunità internazionale, nei confronti di *tutti* gli altri soggetti. Purché una condizione preliminare *sine qua non* sia soddisfatta: l'originarietà giuridica della struttura normativa fondativa dell'ente, cioè l'indipendenza che può ben essere *acquisita* diacronicamente – si pensi ad un popolo che, dotato da altri di un sistema costituzionale suo proprio se ne attribuisca la piena disponibilità³³⁶ – o che può essere acquisita solo per parti delle proprie funzioni o grazie a parte delle proprie funzioni: per cui, ad esempio, la *sovranità* di un *Movimento di Liberazione nazionale* non è la stessa di uno stato, ma nemmeno la stessa di altri *Movimenti di Liberazione nazionale* o di una Organizzazione internazionale, ecc.: sempre ciascuno nei termini delle proprie riconosciute competenze. Gli esempi potrebbero essere molti, ma basterebbe riferirsi al movimento *Vietcong* e alle sue attività durante l'occupazione statunitense (si parlava di “Governo notturno”, ad esempio³³⁷), che, combattuto come una organizzazione terroristica, sedette al tavolo della pace, a Parigi, con gli USA e il Vietnam del Nord e, invece, il Vietnam del Sud, a sua volta “stato” sulla carta, ma in realtà solo lo strumento espressivo di quello che nel diritto internazionale si

mente) semplici. Si tratta, beninteso, di enti collettivi ... Anziché “creazioni” dell'Ordinamento internazionale (*dover essere*) essi sono i prodotti della causalità storico-sociale e di tutti i fattori di cui essa si compone».

³³⁶ Un riferimento, per così dire “classico” alla fattispecie, potrebbe essere la fantasiosa e ambigua definizione dell'art. 22 del *Covenant*, quando con riferimento ai territori del Medio Oriente, i cdd. Mandati A, afferma: «Certain communities formerly belonging to the Turkish Empire have reached a stage of development where their existence as independent nations can be provisionally recognized subject to the rendering of administrative advice and assistance by a Mandatory until such time as they are able to stand alone...». Sul punto, v. ampiamente i miei già ctt. *Autodeterminazione*, e *La Questione*.

³³⁷ V. per tutti la monumentale opera di FALK R. (a cura di), *The Vietnam War and International Law*, Princeton (Un. Press) 1968.

chiama un *Governo fantoccio*, ma di una della parti contraenti che a quel tavolo sedeva. Oppure, ancora più chiaro, il caso dell'OLP, che riesce ad affermarsi e ad assumere competenze indiscusse su una parte del territorio della Palestina, nella forma della *Autorità* palestinese identificata per l'unione personale con l'OLP, fino a concludere un vero e proprio accordo di pace con Israele³³⁸, che poi ne ha, illecitamente, disconosciuta la validità, sulla base del fatto che, secondo Israele, non essendo l'OLP uno stato, con una entità non stato non si possono concludere accordi validi: il che non trova riscontro veruno nonché nella prassi, nella teoria generale. Il tentativo, di cui parleremo fra poco, di superare l'*impasse* con l'espedito di essere denominato "stato" dalla AG delle NU, è valso, infatti, a vari effetti, salvo quello desiderato: cioè di fargli riconoscere la qualità effettiva di stato, soggetto di diritto internazionale.

Ma, prima di concludere su ciò, vale la pena di fare un esempio, molto significativo della complessità del problema in assenza di categorie giuridiche chiare ed inequivoche, ricordando brevemente la complicata vicenda delle Filippine³³⁹. In essa, il 4.7.1946, gli Stati Uniti d'America e delle Filippine, stipulano un accordo con il quale gli Stati Uniti, detentori a titolo di possesso coloniale delle Filippine, e le Filippine stesse «riconoscono», d'accordo tra loro, l'indipendenza delle Filippine³⁴⁰, dove è evidente che il sog-

³³⁸ Sul punto, rinvio per tutti al mio GUARINO G., *Palestina e diritto internazionale*, Torino (Giappichelli) 1994.

³²⁹ Su cui già v. GUARINO G., *Personalità giuridica di diritto internazionale: il caso della Organizzazione per la Liberazione della Palestina*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2004, p. 86.

³⁴⁰ V. *Treaty of General Relations between the United States of America and the Republic of the Philippines*, Manila 4.7.1946, in *UNTS*, 1947, n. 88, le cui norme salienti ai fini del discorso di cui nel testo, recitano: «The USA and the Republic of the Philippines being animated by the desire...to provide for the recognition of the independence of the Republic of the Philippines as of July 4, 1946 and the relinquishment of American sovereignty over the Philippines Islands, have agreed upon the following articles: I: The USA agree to withdraw and surrender...» (*corsivi miei*). Il trattato, insomma, viene stipulato con uno stato che diviene tale solo successivamente alla sua stipulazione ed entrata in vigore provvisoria...retroattiva! Al di là del funambolismo descritto, è evidente che gli USA stipulano un trattato con una entità che uno stato non

getto Repubblica delle Filippine, che sottoscrive l'accordo, è, allo stato dei fatti, nella migliore delle ipotesi un soggetto non stato. Il trattato e l'annesso protocollo, infatti, entrano in vigore il 22.10.1946, all'atto dello scambio delle ratifiche, ma *entrano in vigore provvisoriamente* in base ad uno scambio di note del 10-12.7.1946, con effetto retroattivo al 4.7.1946, data di stipulazione dell'accordo: sia lo scambio di note che lo scambio delle ratifiche avviene tra lo stato USA e il non-stato Filippine, solo che quest'ultimo, per poter stipulare un trattato, scambiare ratifiche, ecc., è, *deve essere* un soggetto di diritto internazionale, altrimenti non potrebbe farlo, o meglio, quegli atti non avrebbero valore alcuno e invece il trattato viene ratificato da entrambi, ma specialmente ritenuto valido dagli interessati, Stati Uniti in testa³⁴¹. Nel trattato, gli Stati Uniti cedono ogni potere sovrano alla Repubblica delle Filippine, che dunque solo da quel momento dovrebbe essere uno stato indipendente e sovrano, nella misura in cui la sua costituzione da quel momento, benché *fatta* dagli USA è svincolata da essi e perciò acquisisce la qualità della originarietà³⁴². Invero, vi sarebbe da aggiungere che la *sovranità* abbandonata dagli USA, non sarebbe tale in ragione del principio per il quale lo stato detentore di una colonia non ne detiene la sovranità, almeno non della medesima qualità di quella del cd. "territorio metropolitano", ma anche su ciò non è qui il luogo.

Ma allora gli USA, stipulando un vero e proprio trattato internazionale con un ente che non è uno stato, hanno affermato

è, ma che, per poter concludere un trattato almeno la capacità di stipulare deve ben averla. Se non bastasse ciò, l'art. III del medesimo trattato prevede che, nelle more della costituzione degli organismi necessari (il Ministero degli Esteri) gli USA curano le relazioni esterne delle Filippine.

³⁴¹ E ciò non deriva dalla forma degli atti, ma dal valore effettivo degli stessi. Non diversa è la situazione per quanto riguarda l'OLP, a sua volta capace di stipulare accordi, tanto che lo fa con Rabin, anche se poi Israele disconosce il "valore legale" dell'accordo, sottoscritto proprio dal capo del suo Governo!

³⁴² Anche se non sempre gli USA hanno fatto così, se solo si pensi alla situazione di sostanziale non indipendenza degli stati nati dalla separazione in più stati dell'arcipelago della Micronesia, stati tutti legati a complicati *compact* con gli USA da cui non possono non discendere seri dubbi sulla loro sovranità. Per non parlare della ambigua situazione di Portorico, ecc. Sul punto v. il mio cit. *Autodeterminazione dei popoli*.

implicitamente che esso si trovava, quando non ancora *stato*, su un piede di perfetta, se pure non formale, parità e dunque, *almeno limitatamente alla stipulazione del trattato*, era un soggetto di diritto internazionale non stato, tanto che le relazioni esterne dell'ente stesso erano ancora curate dagli Stati Uniti. La realtà concreta di ciò non può essere mascherata dal complicato intreccio semantico e cronologico di date e di effetti retroattivi³⁴³: il risultato è che un ente non autonomo e non originario, una colonia, non solo attraverso i suoi rappresentanti *pro tempore* ha potuto stipulare un accordo internazionale del tutto regolare (nel caso, depositato alle NU!) con uno stato vero e proprio, ma può anche considerarlo concordemente *già* in vigore per gli effetti del caso, prima che esso possa essere ratificato dal nuovo stato, che ancora stato non è, visto che solo il 22 Ottobre 1946, lo diventa. In altre parole, quell'ente, le Filippine, è, già prima di diventare uno stato, un soggetto di diritto internazionale, capace quindi di stipulare accordi, nell'ambito, appunto, delle proprie competenze: se vogliamo, cioè capace solo di stipulare accordi su quel tema e, verosimilmente, con quell'altro soggetto, gli USA. La retroattività della "statualità" (molto simile, duole dirlo, alle prassi italiane in materia di "sanatorie") giuridicamente non ha senso: o un ente è, e quindi era già, uno stato, o lo è solo da oggi, ma in precedenza non era uno stato, bensì, magari, un "semplice" soggetto di diritto internazionale non stato. E infatti, in quanto soggetto non stato, non è capace di svolgere tutte le *competenze* pro-

³⁴³ Per dirla con BRIGGS H.W., *Recognition of States: some Reflections on Doctrine and Practice*, in *American Journal of International Law*, 1949, p. 116: «...although the policy of the United States made it possible for the people of the Philippines to organize themselves as a state, neither the United States nor international law 'created' that state», dato che, *ibidem* p. 113 s., «Although it is possible to conclude by induction from the practice of states, that states achieving recognition possess people, territory an effective government, independence and the capacity for international relations, that same practice seems to indicate that states have no "legal" origin. A colony revolts or is permitted to secede from the parent country and establishes its independent control over its territorial domain...No rules of international law prescribe or proscribe the creation of such a new state; nor...can the state be said to have had a "legal" origin».

prie di uno stato, in particolare con riferimento alla gestione del territorio, rispetto al quale, infatti, i due enti si accordano perché l'uno lasci all'altro le funzioni che *attualmente* esercita e il possesso del territorio, che *attualmente* l'altro detiene. La curiosa “sanatoria”, serve solo a soddisfare l'incapacità degli USA – ma non solo perché la dottrina di lingua inglese in materia appare tetragona – di accettare che esistano soggetti di diritto internazionale non stati, perfettamente paragonabili (*uguali*, insomma, ma nella differenziazione delle competenze) agli stati, ma titolari solo di talune competenze: quelle che in quel determinato momento hanno o riescono ad avere.

La ricerca, insomma, di quella *statehood* di difficile definizione, diventa uno strumento fittizio e formalistico per svolgere determinati atti, come accade nel caso dell'OLP, definito “stato” al solo scopo di consentirgli, tra l'altro, di accedere alla ICC, il cui statuto permette l'accesso alla Corte agli “stati”, come quello delle NU, ecc. Anzi, è utile aggiungere che proprio quelle stesse NU, che “concedono” all'OLP, con la risoluzione A/RES/67/19, 2012³⁴⁴, d'ora in poi Palestina, la qualifica di stato (senza, però, ammettere la Palestina alle NU come membro a tutti gli effetti!) sono proprio quelle che non lo considerano tale, tanto è vero che l'OLP, stato, non partecipa come “membro-stato” alle NU, ma con uno statuto speciale (e molto oscuro) che potremmo definire di osservatore-operativo-stato. Esattamente come la Santa Sede, che però non è nemmeno definita “stato”, ma partecipa come os-

³⁴⁴ Con la quale, dicono le NU (in <https://www.un.org/en/sections/member-states/non-member-states/index.html>) the General Assembly *accorded* non-Member Observer State status to Palestine. La risoluzione, dopo avere tra l'altro ricordato la /A/RES/181 (II) che “fondava” gli stati di Israele (che, a sua volta, si “fonda” sulla risoluzione medesima) e Palestina, afferma al punto 2: «Decides to accord to Palestine non-member observer State status in the United Nations, without prejudice to the acquired rights, privileges and role of the Palestine Liberation Organization in the United Nations as the representative of the Palestinian people, in accordance with the relevant resolutions and practice», a conferma del fatto che si tratta della attribuzione di una qualifica formale. Ma uno stati è tale non per motivi formali, ma sostanziali! Mentre l'OLP resta, secondo le NU, quello che è, e cioè un Movimento di Liberazione nazionale, rappresentante del *popolo* della Palestina.

servatore, nell'elenco degli osservatori³⁴⁵, in cui fu inclusa a suo tempo anche l'Italia. Orbene, se l'OLP fosse *realmente* uno "stato", potrebbe tranquillamente partecipare, avrebbe insomma la piena "membership"; e invece, viene formalmente chiamato stato, ma non è ... pienamente stato: le mezze misure come le eccezioni sono inconcepibili in un sistema giuridico. Il punto è che, ma non è qui il luogo per approfondire il tema, il termine "stato", utilizzato sia nella Carta che nella maggior parte degli altri Statuti di Organizzazioni internazionali in realtà dovrebbe corrispondere, in via interpretativa, a "soggetto" di diritto internazionale: è un fatto, comunque, che da allora l'OLP è parte di varie Organizzazioni internazionali e vuole aderire alla ICC, della quale sollecita l'attività, per quanto attiene alle questioni legate al territorio della Palestina, in virtù dell'art. 12.2 dello Statuto.

È appena il caso di aggiungere che, per quanto attiene alle Filippine, ciò che ho riassunto sopra è accaduto in plateale contrasto con la ben nota tesi dell'*Institut de Droit International*³⁴⁶, secondo cui con gli *insorti* si possono avere rapporti paritari, solo se e quando riconosciuti come belligeranti, cioè come soggetti di diritto internazionale attori in un conflitto internazionale, e perciò (e solo perciò) assoggettati alle norme di diritto interna-

³⁴⁵ V. la definizione che dei «Permanent observers» danno le stesse NU: «The status of a Permanent Observer is based purely on practice, and there are no provisions for it in the United Nations Charter» (in <https://www.un.org/en/sections/member-states/about-permanent-observers/index.html>).

³⁴⁶ V. la risoluzione di cui nel testo, 8.9.1900, in AIDI 1897-1904, Sessione di Neuchâtel 1900, pag. 637, in https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1900_neu_02_fr.pdf (DESJARDINS M.A., OLIVART, Marquis de, *Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection*) art. 4: «§ 1. Le gouvernement d'un pays où la guerre civile a éclaté peut reconnaître les insurgés comme belligérants, soit explicitement par une déclaration catégorique, soit implicitement par une série d'actes qui ne laissent pas subsister de doute sur ses intentions. § 2. Le seul fait d'appliquer aux insurgés, par un sentiment d'humanité, certaines lois de la guerre, ne constitue pas, par lui-même, une reconnaissance de l'état de belligérance. § 3. Le gouvernement qui a reconnu, soit explicitement, soit implicitement, ses nationaux révoltés comme belligérants, devient non recevable à critiquer la reconnaissance qui serait opérée par une tierce Puissance».

zionale relative alla condotta della guerra e capaci, per converso, di pretenderne validamente il rispetto nei loro confronti. Non è probabilmente un caso (ma su ciò non è qui il luogo per approfondire) che gli USA non usino mai il termine *Movimento di Liberazione nazionale* o *rivoluzione* ecc., ma sempre preferibilmente quello di *insorti*, che quindi trattano spesso come delinquenti comuni.

Per l'altra ipotesi, basta pensare al caso che più classico non si può, delle NU con riferimento alle vicende del bilancio e delle spese militari di cui al *Parere Consultivo* della CIG³⁴⁷ ed al caso *Bernadotte*, con il conseguente sviluppo della dottrina della responsabilità funzionale. In questo, come in altri casi, le NU, sulla cui "statualità" è lecito dubitare, ma specialmente sulla sua soggettività, vista la scarsa autonomia di cui godono su questioni determinanti, hanno mostrato di potere decidere da sé, almeno in quei casi; e cioè, *limitatamente ad essi*, possono essere considerate soggetto di diritto internazionale. Ma fin tanto che, per essere chiari, la loro autonomia effettiva resta tale, si può parlare solo di un soggetto di diritto internazionale con competenze ben definite e delimitate, ma, in quei limiti, sovrane.

Lo stesso discorso, del resto, vale per la UE, certamente capace di grande autonomia e quindi sicuramente soggetto di diritto internazionale, limitatamente alle funzioni ed ai poteri di cui dispone. Soggetto, *pari*, agli stati che ne fanno parte. Del resto ancora, così come il fatto per cui in una società per azioni le decisioni vengano prese dai soci azionisti non impedisce di considerare la società una persona giuridica (e cioè un soggetto, sia pure di diritto interno), il *solo* fatto che le decisioni di un organismo internazionale (come la UE) siano adottate grazie al voto dei suoi membri (dei suoi "cittadini" o "azionisti" a ben vedere) non inficia la sua soggettività, *nella misura in cui* e solo nella misura in cui l'ente in questione possa e voglia, sia pure saltuariamente, esprimere una volontà propria e quindi, in questo senso originaria.

³⁴⁷ CIG, *Parere consultivo, Certain Expenses Of The United Nations*, 20.7.1962.

Così si può apprezzare il fenomeno di stati che non sono soggetti di diritto internazionale: si pensi al Principato di Monaco o al Kosovo, che, definiti stati, nel caso del Kosovo perfino dalla CIG, certo stati non sono e forse nemmeno soggetti, almeno allo stato dei fatti. Egualmente, così come esistono soggetti che non sono stati, sia perché non possono (si pensi all'OLP o al Vietcong, cui accennavo sopra) sia perché non vogliono (si pensi alla S. Sede) esistono Organizzazioni internazionali, soggetti di diritto internazionale (magari limitati, come appunto le NU o la UE) e altre che certamente non lo sono, come le tante Organizzazioni internazionali tecniche o di generico servizio (l'OMS, L'Organizzazione meteorologica mondiale o UPU, ecc.).

Essendo inevitabilmente, per conseguenza logica intendo, necessario che il soggetto per essere tale, sia o diventi "originario" – cioè, ribadisco, la cui origine ed esistenza giuridica non dipenda giuridicamente da altri soggetti – non solo è chiaro come non basti il *nomen* per attribuire la qualità (se uno "stato" non è in grado di esistere da solo, o non può intrattenere relazioni con gli altri, ecc., non può essere considerato uno stato, e nemmeno un soggetto) perché occorre, accanto alla capacità effettiva di *fare* il soggetto, la piena auto-costruzione, perché in qualunque altro modo, il soggetto sarebbe derivato da altri e quindi non capace di essere tale per sé stesso.

23. *Di talune differenze tra il soggetto di diritto internazionale e lo stato: le limitazioni di sovranità*

Da quanto detto fin qui, consegue che, non diversamente da quello di sovranità, il concetto di soggettività, sia come *status* dell'ente che nel suo contenuto, ha una formazione e in conseguenza un contenuto strettamente *dialettici*, consegue, cioè, in ogni momento e per ogni atto dalla situazione di fatto dialetticamente designata dalla circostanza storica, *sincronicamente* determinata, di quell'ente in quel determinato momento³⁴⁸. I *requisiti*

³⁴⁸ Ciò, in qualche modo, va detto anche in opposizione, in questo caso, alle tesi di LUHMANN N., *I diritti*, cit., 245 ss. sulla "detemporalizzazione" del diritto. Afferma-

dell'ente soggetto, perciò, sono anch'essi dialetticamente definiti e validati dalla comunità, per cui può, nel diritto internazionale, essere concepibile che i requisiti della soggettività siano differenti o differenziabili soggetto per soggetto, talché non sarebbe inconcepibile, come in fatto non è, che un soggetto-stato disponga in un determinato momento storico “solo” della autonomia (e cioè della sovranità) che in quel momento abbia o decida dialetticamente di avere (ad esempio per la partecipazione ad una Organizzazione internazionale dotata di potere impositivo o, meglio, sostitutivo), così come non peregrino è immaginare che, contro la sua volontà, un soggetto venga limitato nella sua autonomia, col consenso o nell'indifferenza della intera comunità, come nel caso dei Paesi parte dei vari “blocchi” politico-militari³⁴⁹. Ma anche così come è possibile immaginare che, in assenza di territorio e popolo, esistano e permangano in vita stati rappresentati solo da un Governo in esilio, mentre tale qualità non avrebbero i Governi dei territori da cui il Governo legittimo sia stato cacciato o si sia allontanato.

Al di là, dunque, del discorso marginale sui blocchi che dette luogo alla lunga discussione sulle “sovranità limitate” di cui alcuni stati (Italia inclusa) sarebbero stati dotati, la conseguenza logica principale di questo discorso è che la sovranità, in quanto appunto, definibile solo dialetticamente nel confronto con “le altre sovranità”, non può né essere auto-limitata, né etero-limitata: sovranità è, infatti *superiorem non parem, non recognoscere*. Una limitazione, cioè, implicherebbe logicamente la sovrapposizione alla sovranità dell'ente di quella di un altro ente: che sarebbe una contraddizione in termini o, più semplicemente, la negazione

zione perfettamente corretta in sé, in termini di aspirazione teorica, ma che, almeno nel diritto internazionale vigente, va rovesciata, nella tesi, di cui nel testo, sulla sincronità di ogni singola fattispecie, in ogni singolo fattore temporale.

³⁴⁹ Ne è un esempio plateale l'incredibile lettera “congiunta” del Ministro degli Esteri Italiano e di quello statunitense, in cui si “riconosce” la leadership statunitense con la formula ambigua della «Le soluzioni alle sfide di oggi richiedono una leadership coraggiosa e unità di intenti all'interno della comunità transatlantica», in https://www.esteri.it/mae/en/sala_stampa/interviste/2021/04/usa-italia-le-sfide-comuni-la-repubblica.html.

della sovranità del soggetto “limitato”, che non avrebbe più la qualità fondamentale della originarietà. Ciò che, invece, può cambiare è il contenuto della sovranità, che risulta, a sua volta, *dialetticamente definito* tra i soggetti interessati, per cui la piena “democraticità” di quel processo è garantita, nel senso che la “limitazione” della sovranità è voluta dal soggetto, *in condizione di parità* con gli altri. Talché, la partecipazione ad esempio ad una Organizzazione internazionale “sovranaazionale” (concetto di per sé insensato, come ovvio) non implica una limitazione, voluta o imposta, della sovranità dei soggetti che partecipano, ma una *ri-definizione dialettica* della sovranità di ciascuno (e quindi, come abbiamo visto, delle competenze) che, essendo non limitabile in quanto tale (non si può essere più o meno sovrano) implica solo una definizione, anzi una *auto-definizione* delle competenze di quel soggetto, che partecipa alla sovranità, per così dire residuale, del soggetto “sovranaazionale”, o se vogliamo federatore. Non quindi cessione o perdita o limitazione di sovranità, ma semplice trasferimento di alcune competenze da un ente ad un altro, che assorbe le sue competenze: non perdita, insomma, ma acquisizione di una sovranità condivisa e più ampia, che quindi è essa stessa originaria. E ciò vale anche per la sovranità in senso interno, insomma la sovranità del popolo dello stato, nei confronti di quest’ultimo: la sovranità appartiene al popolo, per citare la Costituzione italiana. Il popolo, infatti, non “perde” porzioni di sovranità, al contrario, ne acquista per la parte in cui “partecipa” alla sovranità “sovranaazionale”, talché le sue pretese legittime non sono perdute, ma sono garantite da una entità differente.

Che da ciò si debba dedurre che il termine “sovranaionalità”, così come la proposizione “limitazione di sovranità”, siano da considerare del tutto impropri mi sembra evidente.

24. *Nascita e fenomenologia del soggetto di diritto internazionale, con particolare riferimento allo stato*

È, comunque, lo stato il soggetto principale di diritto internazionale oggi, come in passato, anche se la formazione dell’ente

stato come lo intendiamo oggi, passa a dir poco attraverso la lunga evoluzione delle varie forme di potere sui popoli. Come, però, per il diritto internazionale il centro motore del sistema sono i soggetti (stati e non stati) anche per i soggetti di diritto interno e in particolare per lo stato sono gli individui, persone fisiche o giuridiche che siano, che, in un modo o nell'altro sono al centro della sua evoluzione, nella loro accezione di popolo, specie nella misura in cui è comunque stata l'aggregazione di persone quella che ha costituito i gruppi sociali da cui sono nate le aggregazioni sociali più sofisticate, nelle quali e sulle quali si sono via via consolidate forme di potere più o meno assoluto che però, dal popolo, prescindere mai hanno potuto. Ciò solo per sottolineare che, alla fine, il diritto come l'organizzazione sociale nascono dal popolo, dagli individui, che, però, scompaiono come tali dalla scena del diritto internazionale perché incapaci, come già sottolineato di "azionare" le norme internazionali. Ma non a caso, perché così come i soggetti di diritto internazionale non hanno mai voluto saperne di costruire una comunità organizzata verticalmente e quindi gerarchicamente³⁵⁰, mai hanno voluto conferire ai singoli individui la possibilità di agire sul piano dei rapporti giuridici internazionali: la scelta è deliberata ad opera di quei soggetti che hanno costruito e si sono autonominati soci, diciamo così, del "club" esclusivo della Comunità internazionale: fin dagli albori dell'umanità. Ciò, però, non impedisce che gli individui ricompaiano come destinatari di garanzie *obbligatorie* da parte del diritto internazionale, sia, ad esempio, nella forma delle garanzie dei diritti dell'uomo, sia in quella dell'obbligo riconosciuto dello stato di assicurare le libertà e i diritti

³⁵⁰ Sovviene sul punto la notazione realistica di MOSLER H., *The International Society as a Legal Community*, Corso Generale Accademia dell'Aja, 1974, I, p. 21: «The trend of history is towards *relative* sovereignty. International law as it has developed historically may one day disappear if these trends bring about a world State», che però a p. 18 affermava: «The need to develop such a general legal system between equals never arose in ancient times because there was always only a limited number of institutions sufficiently organised to be called States in modern terminology», dove, implicitamente, si afferma quanto dico anche io, circa il fatto che la volontà di costruire una comunità esiste, ma non di crearla verticale e gerarchizzata.

necessari alle persone: come la cd. *responsibility to protect*, spesso resa nella forma scherzosa di una formula “R2P”³⁵¹, anche se poi lo strumento è servito a giustificare tra l’altro l’aggressione all’Iraq³⁵². Ma anche nei confronti degli individui aggregati, dei popoli, con gli istituti fondamentali legati all’autodeterminazione dei popoli, e infine anche nei confronti delle persone giuridiche, specie attraverso le organizzazioni economiche a cominciare dall’OMC, dalla UE, ecc. A ciò, fa da contraltare la definizione del principio non più tanto sacrosanto e inviolabile come un tempo, del “limite degli affari interni”³⁵³, non a caso sempre associato al principio di sovranità e a quello dell’autodeterminazione dei popoli: che in qualche modo ne sono i due confini estremi.

Al di là, comunque, delle ricostruzioni storiche, più o meno artificiose, e al di là anche della presunzione, peraltro comune ma da me respinta, secondo cui il diritto internazionale sarebbe “nato” intorno alla metà del seicento, una semplice osservazione della Comunità internazionale odierna, nella sua vita e attività quotidiana, mostra come, una giustificazione giuridicamente accettabile della legittimità della nascita e della legittimità della

³⁵¹ V. ad es. la A/RES/60/1 16.9.2005, n. 138 ss., con una formula alquanto generica, ma significativa: «Each individual State has the responsibility to protect its populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity».

³⁵² V. ad es. YAMAGATA H., *Responsibility to Protect Democracy as a Robust International Legal Order*, in *Ritsumeikan International Affairs*, 2009, p. 21 ss., EVANS G., *From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2002, vol. 24, 3, p. 703 ss., EVANS G., SAHNOUN M., *The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, 2001.

³⁵³ Su cui v. ampiamente, per una separazione netta tra diritto interno e diritto internazionale, ARANGIO-RUIZ G., *Le domaine réservé l’organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, Cours Général de l’Académie du DI, 1990, ma 1984, p. 391: «...la compétence nationale (domestic jurisdiction) consiste en la sphère des relations d’ordre interindividuel-national dans laquelle ... les organes internationaux sont censés ne pas pénétrer en s’interposant de façon directe entre l’État, d’une part, et ses sujets ou ses fonctionnaires, d’autre part. La raison d’être des réserves de la compétence nationale est en effet de préserver de toute immixtion étrangère directe – d’un organe international ou des autres États – l’exclusivité du pouvoir de chaque État dans la sphère interindividuelle relevant de l’État donné», ma v. anche p. 42 e *passim*.

permanenza in vita – per non parlare del modo di formazione – dei soggetti di diritto internazionale, oltre al fatto concreto per il quale quell'ente, quel singolo preciso ente, esiste e si comporta efficacemente come un soggetto, strutturalmente non esiste: come abbiamo visto, infatti, il soggetto e anche il soggetto stato si costituisce da sé e si definisce stato, o qualunque altra cosa equivalente nella sostanza, si sia storicamente utilizzata.

E dunque i cosiddetti “requisiti”, di cui ad esempio nella citata Convenzione di Montevideo, sono in realtà né più né meno che una ricostruzione *a posteriori* del “fatto” stato, ente di fatto che, in quanto soggetto di diritto internazionale, può essere uno stato. Ma (e del resto la storia lo dimostra *ad abundantiam*) nulla e nessuno può disegnare i requisiti del soggetto-stato, nel senso di decidere *a priori* che solo l'ente che risponda ai predetti requisiti, si possa considerare tale e *pertanto* possa godere di determinati diritti o avvalersi di determinate facoltà, e così via. È, infatti, la semplice ma rigidissima logica del sistema che lo impedisce: là dove non esiste una autorità da cui promanano le norme, non esiste un organo, una autorità o un potere che possa stabilire che “stato” sia solo quell'ente che risponda a determinate caratteristiche. Ciò che può, perciò, accadere è che, al contrario, il fatto per cui certi enti, dotati di certe caratteristiche si comportino in un certo modo e pretendano efficacemente determinate prerogative, determina l'individuazione di quella o quelle qualità come quella o quelle del soggetto e del soggetto-stato in particolare.

E altresì, come abbiamo anche visto, le concrezioni sociali di tipo statale, si sono a loro volta formate da sé e, molto spesso, in opposizione ad una autorità preesistente alla quale si ribellano. Ciò è vero dai tempi di Benteshina, il sovrano-vassallo ondeggiante tra Ramses II e Muwatalli e poi Khattushili III, al restio riconoscimento di autonomia di Innocenzo III con la decretale *per venerabilem*, alla rivendicazione arrogante e violenta di autonomia di Filippo il Bello nei confronti di Bonifacio VIII³⁵⁴.

³⁵⁴ Ed è già Bartolo da Sassoferrato che lo afferma e ne elabora (forse per la prima volta) la logica interna nel conflitto tra i nascenti stati (nazionali, in realtà in

Ma è vero altresì che con la formazione della prima “Costituzione” inglese, la Magna Charta, si delinea il fatto per cui un sovrano, per quanto di investitura divina³⁵⁵, in realtà governa per una sorta di contratto col popolo³⁵⁶: al quale, per esempio, non era molto propenso lo stesso James, VI di Scozia (ma I di Inghilterra), a cui, proprio in questo senso, si rivolge duramente la Camera dei Comuni, nel 1603 con una famosa *Apology*³⁵⁷.

quel momento i comuni) e il Papato o l'Impero. V. il saggio di ERCOLE F., cit. *infra* nt. 172, e il famoso scambio di “insulti” tra Filippo il Bello di ... Francia (?) e il Papa Bonifacio VIII, riportato da CALASSO, cit., nt. 2.

³⁵⁵ È il caso ben noto, di James VI, poi I di Inghilterra, con il suo famoso *The True Lawe of Free Monarchies: or, the reciproock and mutuall dutie betwixt a free King, and his natural Subiectes*, in <https://www.bl.uk/collection-items/the-true-law-of-free-monarchies-by-king-james-vi-and-i>.

³⁵⁶ BUCHANAN G., MAITLAND T., *De jure Regni apud Scotos, or A Dialogue concerning the Privilege of Government in the Kingdom of Scotland*, Translated out of the original Latin into English by PHILALETES, London (Richard Baldwin) 1689, insegnante proprio di Giacomo VI!

³⁵⁷ *Form of Apology and Satisfaction*, 1604, in <https://www.coursehero.com/file/21617900/FORM-of-APOLOGY-and-SATISFACTION/>, che è una sorta di reazione duramente polemica al discorso di “insediamento” del Re il 22 Marzo 1604 (secondo la datazione Gregoriana), quando il re disse: «What God hath Enjoyed then lett noe Man separate; I am the Husband and all the whole Island is My Lawfull Wife, I am the Head, and it is My Body, I am the Shepheard, and it is my Flock», cui l'Apology risponde duramente ad es. Affermando: «Against which assertions, most gracious Sovereign, tending directly and apparently to the utter overthrow of the very fundamental privileges of our House, and therein of the rights and liberties of the whole Commons of your realm of England which they and their ancestors from time immemorable have undoubtedly enjoyed under your Majesty's most noble progenitors, we, the knights, citizens, and burgesses of the House of Commons assembled in Parliament and in the name of the whole commons of the realm of England, with uniform consent for ourselves and our posterity, do expressly protest, as being derogatory in the highest degree to the true dignity, liberty, and authority of your Majesty's High Court of Parliament, and consequently to the rights of all your Majesty's said subjects and the whole body of this your kingdom: And desire: that this our protestation may be recorded to all posterity... And that the Chancery, though a standing Court under your Majesty, be to send out those writs and receive the returns and to preserve them, yet the same is done only for the use of the Parliament, over which neither the Chancery nor any other Court ever had or ought to have any manner of jurisdiction». Su cui v. HEXTER J.H., *Power Struggle, Parliament, and Liberty in Early Stuart England*, in *The Journal of Modern History*, 1978, 1, p. 1 ss., TEICHMAN R.J., *King James I, Parliament and the Great Contract, 1603-1610*, Loyola University Chicago Dissertations, 1973.

È, comunque, certo e fuori di discussione che la pace di Münster-Osnabrück, che avrebbe, secondo molta letteratura internazionalistica, determinato la “nascita” del diritto internazionale, vede l’incontro e l’accordo per la prima volta tra sovrani i cui nomi, patronimici e titoli occupano intere pagine, e che, proprio per questo e realisticamente starei per dire, si riconoscono come tali nel dividersi l’Europa territorio per territorio, riconoscendo, cioè, ciascuno la sovranità dell’altro e quindi riconoscendo l’altro come pari, nel cercare soluzioni a guerre di religione, fino a superare anche la regola espressa nel brocardo *cuius regio eius religio* della Pace di Augusta, che implicava una “scelta” obbligata del popolo, che ora ne viene “liberato”. Ma, nel mostrare la non irrilevanza del popolo (a qual pro’ se no, tra l’altro sia chiaro, pretendere che segua la religione del sovrano?), metteva in soffitta anche il fondamento religioso del proprio potere, ormai trasformato in potere puramente temporale delle grandi dinastie europee accanto, però, alla Repubblica delle province unite, certo non di formazione o derivazione divina o dinastica, e quindi, di nuovo, prendendo atto di una realtà politica non di natura divina, bensì dinastica³⁵⁸: il soggetto, insomma, anche allora era tale perché c’era, non o non solo, perché aveva una corona sul capo. Ma in ciò, come ho mostrato, non vi è nulla di strutturalmente e logicamente diverso da quel trattato concluso dopo la battaglia di Qadesh, che vede, appunto, il riconoscimento reciproco del dato di fatto per il quale in quella zona due sovrani esistono e si ritengono uguali, ma diversi dai rispettivi vassalli.

24.1. *Soggetto, stato e popolo*

Resta il fatto per cui il riferimento alla motivazione della nascita del soggetto-stato fondata sul fatto che un certo “popolo”

³⁵⁸ E infatti a Münster il 30.1.1648, il trattato è stipulato tra il re di Spagna e gli Stati Generali, con la formula (art. 1): «*In primis declarat dictus Dominus Rex et agnoscit dictos Dominos Ordines Generales unitarum provinciarum belgicarum ...*» e già nella premessa: «... *Collimantes ad tam bonam metam praedicti Domini Philippus quartus Rex Hispaniae, et Ordines Gnereales unitarum Belgii provinciarum commiserunt ac*

abbia deciso di costituirsi in stato, non solo varrebbe solo a “giustificare” la nascita di quell’ente dal solo punto di vista degli individui che abbiano deciso di costituirlo ma non di tutti gli altri, ma non legittima comunque di per sé quella entità nei confronti di altre eventuali entità analoghe, né spiega perché *quel* popolo composto di *quelle* persone e non altre costituisca *quell’*ente e non un altro. Va infatti riconosciuto che, storicamente nei fatti, la costituzione dei soggetti-stati precede l’eventuale (solo eventuale, infatti) volontà o consenso degli individui-popolo, ma poi addirittura, come è la regola, ne fa puramente e semplicemente a meno. Come conferma lo stesso Hegel quando, nell’affermare la sovranità del popolo, poi lega quella sovranità al monarca, sulla cui legittimità neanche Hegel³⁵⁹ fa parola, lasciando intendere da un lato che la legittimità del sovrano (persona o istituzione-ente-stato, che sia) sta solo in sé stesso, e dall’altro che, da un punto di vista esterno, quella legittimità va verificata e affermata da qualcosa, appunto, di esterno³⁶⁰. Che, però, sin dai tempi più antichi, ne *riferisce* l’origine ad una, sia pure indimostrata, volontà del popolo, cioè degli individui. Torno, in altre parole, a quanto detto prima, circa il fatto per cui sono gli individui, aggregati in “popolo”, quelli che determinano il soggetto-stato: uno stato senza popolo non esiste, anche se può esistere uno stato senza territorio.

Tornando ad Hegel, può essere utile, per precisare appena un po’ il discorso, partire proprio da una sua affermazione, quando, a proposito della sovranità e del popolo afferma: «*Volkssouveränität* kann in dem Sinn gesagt werden, daß ein Volk überhaupt *nach außen* „ein selbständiges“ sei und einen ei-

deputarunt...», il cui art. V è dedicato alla libertà di commerci nelle Indie orientali e occidentali.

³⁵⁹ HEGEL G.W.F, *Grundlinien*, cit., p. 476 ss.

³⁶⁰ Che è come dire che la formula famosa «L’État c’est moi» è, nella sostanza, una sovrastruttura politica, che all’interno descrive il potere assoluto (fino alla rivoluzione, appunto!) ma serve a definire il proprio rapporto di parità con altri sovrani, che implica, la capacità di negoziare accordi credibili perché tra uguali, garantiti dalla norma *pacta sunt servanda*.

gene Staat ausmache ... Man kann so auch von der *Souveränität nach innen* sagen, daß sie im *Volke* residiere, wenn man nur überhaupt vom *Ganzen* spricht, ganz sowie vorhin gezeigt worden ist, daß dem *Staate* Souveränität zukomme», dove va sottolineata innanzitutto la distinzione bene intuita da Hegel tra la valenza “esterna” della sovranità e quella interna. Ma anche, merita rilevare come sia posto in luce che, alla fine, secondo Hegel, lo stato è il popolo, sia pure, come argomenta nel prosieguito, per poi riconoscere la necessità del potere monarchico *sul popolo su quel popolo*, tanto più che il popolo senza organizzazione è una astrazione e la democrazia, secondo Hegel, non sarebbe una forma politica adeguata³⁶¹. Al di là della democrazia, però, sia consentito rilevare, come già accennato, il fatto che il popolo, in quanto entità astratta, proprio perché tale non può direttamente azionare il diritto e quello internazionale in particolare, se non attraverso, se vogliamo, l’hegeliano Monarca o il più moderno stato, che, a sua volta è lo strumento per garantire all’individuo i diritti che gli spettano all’interno dello stato. Diritti che, assicurati o meno dallo stato, sono *garantiti*, direttamente – è questa la “novità” del diritto internazionale moderno, si pensi alla Corte europea dei diritti dell’uomo – o indirettamente – si pensi al citato R2P – dal diritto internazionale nei confronti dello stato, fino al punto di legittimare la stessa rivoluzione degli individui nello stato – come nella Risoluzione sulle relazioni amichevoli

³⁶¹ *Op. ult. cit.*, p. 480: «Das Volk, ohne seinen Monarchen und die eben damit notwendig und unmittelbar zusammenhängende Gliederung des Ganzen genommen ist die formlose Masse, die kein Staat mehr ist und der keine der Bestimmungen, die nur in dem in sich geformten Ganzen vorhanden sind. Souveränität, Regierung, Gerichte, Obrigkeit, Stände und was es sei mehr zukommt. Damit daß solche auf eine Organisation, das Staatsleben, sich beziehende Momente in einem Volke hervortreten, hört es auf, dies unbestimmte Abstraktum zu sein, das in der bloß allgemeinen Vorstellung Volk heißt. Wird unter der Volkssouveränität die Form der Republik und zwar bestimmter der Demokratie verstanden... In einem Volke, das weder als ein patriarchalischer Stamm noch in dem unentwickelten Zustande, in welchem die Formen der Demokratie oder Aristokratie möglich sind, noch sonst in einem willkürlichen und unorganischen Zustande vorgestellt, sondern als eine in sich entwickelte, wahrhaft organische Totalität gedacht wird, ist die Souveränität als die Persönlichkeit des Ganzen, und diese in der ihrem Begriffe gemäßen Realität, als die Person des Monarchen».

degli stati A/RES/2625, 1970 – ma, intanto, potere legittimamente pretendere che quei diritti siano rispettati *nello stato* – si pensi, solo per fare un esempio, all’art. 8 dello statuto del CdE o all’art. 7 TUE, ecc., o anche al molto più sofisticato art. 6 TUE, dove, nell’affermare che i diritti dell’uomo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo *sono parte del diritto* europeo e, *insieme ai principî generali di diritto* dei singoli stati (*tutti*) costituiscono *principî generali di diritto della UE*, cioè (ciò che sembra non capire la nostra Corte Costituzionale e non solo) afferma che sono perciò principî di diritto dei singoli stati, di *rango* necessariamente costituzionale, strutturalmente intendo, non formalmente che è marginale. Necessariamente: cioè a prescindere dal fatto che vi sia o meno una norma costituzionale specifica che lo permetta³⁶².

24.1.1. *La rilevanza del popolo e l'autodeterminazione dei popoli come istituto di diritto internazionale*

Tutto ciò, ma non è qui il luogo per approfondire il discorso, spiega perché è impensabile che vi sia una incomunicabilità, non a caso spesso rivendicata dagli stati autoritari, tra il diritto internazionale e il diritto interno: il diritto internazionale è diritto interno (come, del resto affermano le costituzioni di common law, ovviamente per le norme generali, che poi i rispettivi stati spesso lo straccino è altro discorso) quali che siano, almeno negli ordinamenti codificati dualisti, i meccanismi per realizzare quel risultato, a prescindere dai numerosi ostacoli frapposti a questa realtà (che determina la norma) dalla smania di potere dello stato (o se si preferisce delle sue classi dominanti) sugli individui.

Prescindendo, infine, dalle conclusioni discutibili di Hegel specie in tema di democrazia, è importante sottolineare la rile-

³⁶² V. ampiamente sul punto il mio GUARINO G., *Per una ricostruzione in termini di sistema dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di UMBERTO LEANZA*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2009, p. 279 ss., ma v. anche ID., *Costituzione italiana e adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Grotius*, 2008, p. 69 ss.

vanza da Hegel attribuita al popolo e l'osservazione per la quale il concetto di popolo "in sé" è una astrazione.

Che è precisamente ciò che deriva da una analisi accurata del diritto internazionale odierno, che riconosce al popolo *garanzie*, ma non diritti, mentre assicura a chi lo rappresenta (oltre allo stato, come ovvio) il possesso della qualità di soggetto di diritto internazionale e l'obbligo di rispettarne le norme.

Ed, in questo senso, è lo stesso diritto internazionale, alla luce delle indicazioni e delle pretese dell'ente-soggetto, quello che definisce i requisiti indispensabili per riconoscere ad esso, la qualità di stato, o *Movimento di liberazione nazionale*, o di ente soggetto di natura diversa (la Santa Sede ad esempio), o di Organizzazione internazionale, ecc. Dove, beninteso, lo stato è il soggetto, storicamente e quindi dal punto di vista della prassi, più noto e consistente, che definisce per quanto attiene alla sua attività rivolta verso l'interno, la necessaria autorità³⁶³ e i necessari strumenti di azione³⁶⁴.

³⁶³ Bella la definizione di MORTATI C., *La Teoria del Potere Costituente*, Macerata (Quodlibet) 2020 (ma 1945), p. 32 «Cosi, in primo luogo, l'esigenza di armonizzare tra di loro tutti i diversi, ed a volte contrastanti, bisogni degli associati, porta alla creazione di un centro unico di autorità ed all'attribuzione ad esso di una supremazia, che importa l'esclusione di interventi da parte di poteri estranei più elevati, perché questi, contrastando con il primo, verrebbero ad introdurre elementi di disarmonia, e ad impedire quella unificazione sistematica dei rapporti associati, nella quale si sostanzia l'azione statale», è una raffinata "traduzione" *ante litteram* delle idee di Durkheim.

³⁶⁴ Come direbbe BÖCKENFÖRDE E.W., *Stato, Costituzione, Democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, (*Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und Verfassungsrecht*, Frankfurt, 1991) Milano (Giuffrè) 2006, p. 6, che definisce lo stato come l'ente che, tra l'altro, ha il «diritto di porre il diritto». Che, a mio parere, non risolve il problema che pongo in queste righe, dato che lo stesso Autore in *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Säkularisation und Utopie*, in *Ebracher Studien E, Forsthoff*, Stuttgart 1967, ora in *Id., Staat Gesellschaft Freiheit, Studien zur Staatstheorie zum Verfassungsrecht*, Frankfurt M. (Suhrkamp) 2016, p. 42 quando scrive «Wir wissen... wie sich der Staat langsam aus der ganz un-staatlich strukturierten Herrschaftsbeziehungen und-ordnungen des Mittelalters herausgebildet hat», con l'acquisizione del diritto sul territorio, grazie anche al trattato di Osnabrück, art. VIII.1: «Ut autem provisum sit ne posthac in statu politico controversiae suboriantur, omnes et singuli Electores ... in antiquis suis iuribus, praerogativis, libertate, privilegiis, libero juris territorialis tam in Ecclesiasticis

Secondo la stessa logica e solo grazie ad essa, è anche possibile, caso per caso, definire qualità, qualifiche e poteri di tutte le varie possibili situazioni “intermedie” tra l’ente soggetto-stato fino all’ente non soggetto, delle quali la storia è ricca. Ad esempio, definire lo *status* giuridico di uno stato governato da un cd. “governo fantoccio”, oppure di uno stato insediato su una parte del territorio dello stato originario (si pensi alla Francia di Vichy, o all’Italia di Salerno) o anche di uno stato “usurpatore” ma insediato su parte del territorio originario (si pensi alla Repubblica Sociale italiana) e così via.

Perché di volta in volta, il problema sarà quello di valutare, e trarne le conseguenze del caso, la validità degli atti compiuti dai vari enti in questione.

Determinante, in ogni caso in cui si tratti di enti che gestiscono persone, e quindi popoli, sarà la valutazione (e quindi l’accertamento) della volontà del popolo: cosa che compete strettamente all’Ordinamento internazionale, che è il solo cui possa competere di valutare non solo quali “diritti” abbia il popolo, in sé hegelianamente entità astratta e quindi non soggetto, ma anche *quale sia il popolo* cui garantire i diritti *de quibus*. Il che, sia chiaro, implica necessariamente una concezione, di tipo, se vogliamo, kantiana³⁶⁵, del diritto internazionale cui non sono estranei, anzi il contrario, gli individui.

Ulteriore inevitabile conseguenza è quella, cui già si è accennato sopra, per la quale nessun soggetto di diritto internazio-

quam in Politicis exercitio...ut a nullo umquam sub quocunque praetextu de facto turbari possint vel debeant».

³⁶⁵ V. per tutti, sul punto TESÓN F.R., *The Kantian Theory Of International Law*, in *Columbia Law Review*, 1992, p. 53 ss., che sintetizza così, p. 54, le posizioni kantiane: «In this way, the notion of state sovereignty is redefined: the sovereignty of the state is dependent upon the state’s domestic legitimacy; and therefore the principles of international justice must be congruent with the principles of internal justice». V. perciò, KANT I., *Zum Ewigen Fieden*, Königsberg (F. Nikolovius) 1795, Ed. Kindle, cap. *Zweyter Definitivartikel zum ewigen Frieden* pos. 245, *Das Völkerrecht soll auf einen Föderalism freyer Staaten gegründet seyn*, e poi, nelle conclusioni, pos. 385 ss. *Von der Garantie des ewigen Friedens*. BRUGGER W., *Das Menschenbild der Menschenrechte in Jahrbuch fur Recht und Ethik*, 1955, p. 121 ss.

nale può essere considerato “estraneo” a quel diritto, dato che esso “regola”, con le modalità sue proprie, ma regola effettivamente la vita dei soggetti di diritto internazionale, tutti, che, nella loro attività interna, dunque, *non possono prescindere dal diritto internazionale* (e quindi anche, in particolare dal diritto internazionale dei diritti dell’uomo) indipendentemente dal fatto, come accennavo prima, che organizzino il proprio sistema giuridico interno in termini dualisti o monisti rispetto all’Ordinamento internazionale. Meno che mai, ovviamente, quando le stesse costituzioni degli stati in questione, lo prevedano esplicitamente, come nel caso dell’art. 10.1 e 117.1 della Costituzione italiana³⁶⁶, o l’art. 25 del Grundgesetz tedesco, ecc. In tal senso non possono non dispiacere, ma principalmente stupire, le frequenti posizioni “nazionaliste” di talune Corti, a cominciare da quella italiana e da quella tedesca.

L’integrazione è talmente evidente che, è lo stesso diritto internazionale, e solo esso, quello che può perfino intervenire nella definizione dei membri dello stesso popolo dello stato e dei loro diritti³⁶⁷.

Una diversa concezione della Comunità universale, la concezione insomma contrattualistica, equivarrebbe a dipingere il caos o meglio il disordine in senso letterale: ogni soggetto, infatti, sarebbe totalmente libero (in quanto sovrano *superiorem non recognoscens* e cioè per definizione) di definire il proprio territorio e le proprie competenze: ciò determinerebbe conflitti continui e quant’altro, ma specialmente l’impossibilità di una soluzione giuridica di quei conflitti, perché l’obbligo di rispettare i trattati non sarebbe predicabile. Ma, come anche ricordavo sopra, così come in natura, nella società umana il caos non esiste. Come per i giovani del Decamerone l’essere insieme forma delle regole, non consuetudinarie, nella Comunità internazionale il diritto internazionale identifica – alla luce della situazione di fatto

³⁶⁶ E stendiamo un velo pietoso sulla stravagante teoria dei controlimiti, che è una pura contraddizione in termini.

³⁶⁷ Di nuovo BÖCKENFÖRDE E.R., *Stato*, cit., p. 7.

dell'*intera comunità* in quel momento – l'ambito legittimo di competenze di ciascun soggetto e la sua estensione. E così come le riconosce e definisce, può, all'occasione, ridefinirle, non limitarle.

25. *La formazione del soggetto-stato*

E dunque, nell'Ordinamento internazionale, la stessa identificazione dei soggetti agenti e direttamente o indirettamente produttori delle norme, non è definita da una norma o da una procedura certa, nota e predeterminata, né è affidata ad una autorità investita o auto-investita del potere di identificare, "nominare" o anche discriminare tra i soggetti stessi. Uno dei problemi principali del diritto internazionale, anzi come abbiamo visto, è proprio quello di identificare chi siano i soggetti dell'ordinamento, allo scopo di comprendere se e, in caso affermativo, come quei soggetti – o eventualmente quali di essi – concorrano, insieme a tutto il resto come ho spiegato fin qui, a determinare le norme stesse³⁶⁸.

E quindi, detto del tutto incidentalmente, il soggetto stato, autoproclamato sovrano e perciò auto-dotato di sovranità, non può in nessun caso invocare la propria immutabile identità ed espressione territoriale altro che in termini storici e quindi di fatto, specie con riferimento al territorio sul quale pretende un diritto assoluto, che non gli viene da altri che dalla storia.

³⁶⁸ Con le ben note conseguenze, per cui, ad esempio, mentre certi enti percorrono ansiosamente la strada per essere definiti stati nella convinzione di potere così concorrere alla formazione delle norme di diritto internazionale, dall'altro, posto che sicuramente tali non sono, ne viene contestata (anche violentemente) la natura non solo di stato, ma di soggetto di diritto internazionale, come se, negandola, si impedisse al diritto internazionale di progredire grazie anche al comportamento e alla volontà di quegli enti! Anzi, in certi casi, si arriva al punto di affermare che sia proprio la pretesa di essere definiti stato un motivo di ostilità nei loro confronti o addirittura una giustificazione per non "trattare" con loro, come nel caso della Palestina, su cui v. tra l'altro il mio più recente: *Palestina e territorio della Palestina: un problema lungi dall'essere risolto*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Roma (Aracne) 2013.

L'immutabilità del soggetto *non dipende da una norma di diritto internazionale*, ma solo dalla capacità del soggetto stesso di restare, appunto, immutato. Capacità rispetto alla quale il diritto internazionale si limita a fornire la *garanzia* del rispetto della sua identità attuale, dello *status quo* insomma³⁶⁹, non diversamente da come garantisce al popolo, ai popoli, la loro autodeterminazione, di nuovo, dopo averne constatato l'esistenza, la consistenza e la collocazione geografica. Sono infatti anche i popoli a doversi affermare come tali, non diversamente dagli stati: così come uno stato si afferma e si insedia alla luce della garanzia con la quale il diritto internazionale (o meglio la Comunità internazionale) conferma che *quello* è lo stato, *quello* è il territorio, *quello*, il popolo: anche quest'ultimo, cioè, deve potersi affermare e definire per essere riconosciuto e garantito come tale dal diritto internazionale. Beninteso, dato che il diritto internazionale garantisce tutti i soggetti, e quindi tutti gli stati, li garantisce nella misura in cui la loro esistenza e la loro consistenza (territoriale e umana, innanzitutto) non ledano la, a sua volta, legittima esistenza e consistenza di un altro soggetto. Lo stesso, *mutatis mutandis* per i popoli.

È chiaro che, se tutto si fermasse qui, avrei descritto la perfetta entropia. Ma, e ritorno così all'inizio di questo lavoro, oltre alla descritta autopoiesi, che "gestisce" l'entropia (se mi si permette questa figurazione) la razionalità ("rivoluzionaria" come ho detto più volte) agisce continuamente per "provocare" quei mutamenti, che modificano la stessa struttura (giuridica, ovviamente) della Comunità internazionale, fermandone l'entropia attraverso l'immissione di elementi nuovi che ne determinano l'evoluzione, per un nuovo processo entropico e una nuova evoluzione, e così via.

³⁶⁹ Salvo a rivendicarne l'immutabilità del territorio, l'integrità territoriale fin tanto che ... la storia non dimostri che il territorio non è più quello o che lo stato non è più quello. Le ultime risoluzioni del CdS su una Libia di fatto divisa e non governata, o sulla Siria, parte del territorio della quale si cerca di acquisire da Israele approfittando della "distrazione" della Comunità internazionale, altra parte del quale di fatto separata per diventare verosimilmente parte di un futuro stato curdo e così via.

25.1. *Soggettività e sovranità: il freno all'entropia*

Tanto premesso, nel caso dell'Ordinamento internazionale, i soggetti stessi sono, o pretendono di essere, dotati della prerogativa o qualità *immanente*, della sovranità³⁷⁰, che mal si concilia, d'acchitto, con l'idea di un ordine giuridico capace di "regolare" il comportamento dei soggetti che ne fanno parte. D'acchitto, appunto per sottolineare, nel valore etimologico del termine, che quel concetto (la sovranità) è spesso, ma a mio parere del tutto erroneamente, assunto come punto di partenza del "gioco" del diritto internazionale, inteso come l'ordine giuridico di soggetti sovrani, *superiorem non recognoscentes*³⁷¹. Ma poi, quello stesso diritto internazionale, nella accezione teorica definita, viene da gran parte della dottrina descritto come l'ordine che, *da un lato* pretende di disporre di norme atte a stabilire chi sia soggetto e dunque sovrano, il che appare come una contraddizione in termini³⁷², mentre *d'altro canto*, la sovranità stessa, nella quotidia-

³⁷⁰ Sulla quale occorrerà dilungarsi alquanto in altra occasione, per definire il contenuto odierno dell'istituto. Il punto, però e va detto subito, è che se uno stato afferma di essere soggetto sovrano, resta tutto da definire perché tale sia quello stato, o, viceversa, chi possa stabilire, e perché, che quello proprio sia uno stato e quindi un soggetto e come faccia un soggetto a divenire uno stato anzi come si faccia ad essere un soggetto o, se si preferisce, chi sia soggetto. È a partire dal papato di Innocenzo III, che si comincia a scardinare l'idea dell'impero e dello stesso papato come enti supremi (e già comunque sono due, e quindi costituiscono una prima Comunità internazionale), con l'affermazione (che giunge al suo culmine con lo scontro tra Bonifacio VIII e Filippo il Bello, di Francia ... appunto) del brocardo *rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*, quando insomma Filippo e Bonifacio si scambiano le affermazioni (o meglio, diciamolo francamente, gli insulti) di cui ho accennato *supra* nt. 354. In altre parole, ripeto ancora una volta, è il soggetto che si pone da sé come tale e, affermando di essere sovrano, dichiara che da ciò scaturiscono diritti (e pretese), verso altri soggetti ... sovrani.

³⁷¹ Già da Bartolo, la ricerca della collocazione istituzionale, prima dei comuni e poi via via degli stati, tutti, appunto *superiorem non recognoscentes*, come bene spiegato in CALASSO F., *Origini italiane della formola rex in regno suo est imperator*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1930, p. 213 ss., e specialmente i notissimi, per non dire famosi, studi di ERCOLE F., come ad esempio *Da Bartolo all'Alibusio: saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del rinascimento italiano*, Firenze (Vallecchi) 1932, specialmente p. 42 ss.

³⁷² Se, infatti, la sovranità è una prerogativa del soggetto, una sua *qualità* intrinseca, nulla e nessuno può stabilire a chi quella qualità compete, altrimenti non sarebbe

nità della sua prassi, sempre più si articola, piuttosto che come una qualità o prerogativa del soggetto, in qualche modo “immanente” ad esso, come un *istituto giuridico* complesso posto e definito *dalle* norme dello stesso diritto internazionale³⁷³, rispetto alle quali non è, né può essere, il soggetto stesso, nonché “promotore sovrano” del sistema – sia o meno esso “superiore” al sistema – anche (e contemporaneamente) suscettibile di esserne vincolato³⁷⁴; sarebbe infatti questa la ripetizione del circolo vi-

intrinseca e sovrana! Sorprende, infatti, che talvolta il tema venga invertito, come ad esempio, in HART H.L., *op. cit.*, p. 220 dove afferma: «Great Britain, Belgium ... have rights and obligations under international law and so are among its subjects». A me sembra, che il *quid demonstrandum* sia proprio che gli stati (o meglio Enti) in questione abbiano obblighi, qualunque ne sia la motivazione. V. anche *supra* nt. 326.

³⁷³ Basterebbe, ma solo come esempio, riferirsi al diverso e quasi conflittuale “attacco” dei due libri, in qualche modo più famosi nella nostra disciplina. Dal TRIEPEL H., *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 9: «In welchem Sinne nun kann Landesrecht und Völkerrecht als Gegensätze betrachten? ... Der Gegensatz ist einmal Gegensatz der normierten Lebensverhältnisse; das Völkerrecht regelt andere Beziehungen als das staatliche. Der Gegensatz ist ferner Gegensatz der Rechtsquellen...» al KELSEN H., *Das Problem der Souveränität*, cit., p. 6 ss.: «Die naturalistische Richtung der modernen Staatslehre drängt dieser immer wieder ... das Souveränitätsproblem im Wege sozialer Tatsachenforschung, die Souveränität als Faktum auf naturwissenschaftlich-empirische Weise womöglich induktiv zu erfassen...». Il che conduce, mi pare, alla visione problematica di ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze (Sansoni) 1977 (ma 1945), p. 114 s.: «... in sostanza la teoria adesso più comunemente accettata, oscilla, senza trovare il suo assetto, tra due affermazioni contraddittorie ... Ma resta da osservare che il diritto internazionale appare veramente diritto *solo in quanto vincola e domina la volontà statale*, cioè in quanto la trascende e si afferma come entità a sé, che secondo noi è l'ordinamento della comunità internazionale, cui i singoli Stati sono, sia pure limitatamente, subordinati. La costellazione massima dell'universo giuridico non è dunque lo Stato, ma tale comunità ...» (corsivo mio). Se sostituiamo le parole “vincola” e “domina” con “coordina” e “organizza” siamo a quanto detto fin qui. Corre alla mente la citazione della sentenza CIG *Fisberies*, 1951, p. 132: «The delimitation of sea areas has always an international aspect; it cannot be dependent merely upon the will of the coastal State as expressed in its municipal law... the validity of the delimitation with regard to other States depends upon international law».

³⁷⁴ Osservo solo, del tutto *en passant*, che ragionando così potrebbe venire meno la stessa necessità di porsi la questione della supremazia dell'un ordine sugli altri o viceversa: insomma monismo o dualismo. L'aberrazione, mi si perdoni il termine, cui può condurre una concezione del genere (che, alla fine, si riduce all'idea per cui ciascun ordinamento è autonomo e indipendente dagli altri e rispetto agli altri rigorosamente “chiuso”, cioè all'anarchia) sta, ad esempio, nella assurda sentenza della nostra

zioso segnalato dal Ross cui accennavo prima³⁷⁵. E tanto più ciò non funziona, in quanto e nella misura in cui si osservi che anche il contenuto della sovranità oggi, non più ipotizzabile come un potere assoluto e incontrollabile, si articola in numerose diverse manifestazioni “regolate” anche *processualmente* dal diritto internazionale. La sovranità, perciò, lungi dall’esserne l’origine, è un “semplice” istituto di diritto internazionale, che, appunto, ne definisce il contenuto e i connotati.

Non più, dunque, va detto con fermezza, sovranità uguale al diritto-potere assoluto di fare ciò che si crede³⁷⁶, ma il diritto di

Corte costituzionale (238/14, su cui v. GUARINO G., *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in *Consulta Online*, 2014 v. <http://www.giurcost.org/studi/guarino7.pdf>) a proposito della validità e della applicazione della sentenza CIG in tema di immunità, che si inquadra nella pervicace e presuntuosa pretesa della nostra Corte (tutt’altro che isolata, a onore del vero) di poter, anzi di voler, porre sé stessa a parametro dell’ordine giuridico universale. Se solo riuscisse a dimostrarlo! Senza intenti polemici, ma solo per chiarire quello che sto dicendo, la dichiarazione del Presidente del Consiglio dei Ministri italiano del 16.1.2015, secondo cui l’Italia decide in piena e “sovrana” autonomia il proprio bilancio, al di là dell’intento politico, è, tecnicamente, nonché superflualmente sbarazzina, errata dal punto di vista giuridico: *a.* - perché, con riferimento alla UE, quest’ultima ha (*contrattualmente*) il potere di intervenire in materia, e *b.* - la sovranità non è più ormai, posto che lo sia mai stata, in grado di esprimersi in assoluta indipendenza dalle situazioni oggettive in cui il soggetto opera. Se una Corte o un politicante qualsiasi possono affermare la assoluta autonomia della “sovranità sacrosanta dello stato”, come potrà quella medesima Corte o quel medesimo politicante aspettarsi che le norme del diritto internazionale vengano applicate anche allo stato? Se si afferma una così radicale “idea” contrattualistica del diritto internazionale, quando non vi sia contratto non vi è diritto. *Contra* (anche se non lo cita) v. di recente SCOVAZZI T., *Come se non esistesse*, in *RDI*, 2021, p. 167 ss.

³⁷⁵ E ripreso da HART H.L.A., *op. cit.*, p. 214 ss. Se sovranità, di nuovo molto sinteticamente detto, significa *superiorem non recognoscere*, non esisterebbero norme, non ne esisterebbero di alcun genere, nemmeno contrattuali o implicitamente contrattuali (*Vereinbarung*, insomma) perché lo stato così come sarebbe libero di stringere l’accordo che vuole, *sarebbe libero di non rispettarlo*. A costo di essere ingenuo, ma, il solo fatto di accettare un accordo come vincolante, vuol dire non essere sovrano dato che almeno un obbligo vi sarebbe, quello di eseguire: derivante, dunque, da chi o da cosa? La sottoscrizione dell’accordo, implica l’accettazione del fatto che l’altro possa *legittimamente pretendere* di ottenere l’esecuzione, attraverso la norma, non contrattuale, *pacta sunt servanda*.

³⁷⁶ Pur ammesso e, francamente non concesso, che ciò sia mai stato. Fin dal ’300, da Bartolo Da Sassoferrato a Coluccio Salutati, si definisce il concetto di tiran-

fare ciò che è lecito, perfino nel proprio stesso ambito di competenza esclusiva: e la *liceità* è definita dal sistema e *non* dallo stesso soggetto.

In questo senso le norme generali in materia ambientale sono un caso lampante nella misura in cui, ad esempio, impediscono ad uno stato di poter disporre in maniera assoluta del proprio territorio, anche in assenza di norme contrattualmente vincolanti in quella direzione: non a caso oggi, sempre più spesso si identificano dei veri e propri “regimi giuridici”, definiti sì, da un complesso di norme coordinate, ma principalmente dalla consapevolezza della necessità che quel regime si debba costruire essendo il frutto *a.* - di norme contrattuali, *b.* - di norme più o meno esplicitamente “esortative”, *c.* - di norme non scritte³⁷⁷.

Non a caso, proprio non tenendo conto di ciò (e cioè che le norme non sono soltanto di natura contrattuale) parte della dottrina ha creduto e crede di identificare dei non meglio definiti “self-contained regime”, sul significato dei quali il mistero è assoluto. E infatti, commentando molto sinteticamente: che un sistema possa creare le proprie norme è esattamente ciò che ho inteso mostrare in queste pagine, ma delle due l’una: o quel sistema è universale e allora è appunto lo stesso diritto internazionale, oppure è particolare, ma allora si trova immerso in un altro sistema (quello internazionale per l’appunto) che ne definisce la legittimità, sia della nascita, sia del procedimento per farlo nascere, sia delle sue norme “interne”. Diversamente, più che un regime apparirebbe una sorta di mina vagante, di entità sfuggente ... una sorta, mi si consenta l’ironia, di inafferrabile goccia di mercurio caduta sul tavolo³⁷⁸.

nide, cui consegue il diritto al rovesciamento del tiranno. In termini moderni potremmo parlare di illegittimità dello stato-sovrano, che dunque, potendo essere legittimamente abbattuto, sovrano *superiorem non recognoscens* non è o non è più.

³⁷⁷ Sul punto v. molto ampiamente PONTECORVO M.C., *Climate change mitigation and international trade: conflicts and resolution mechanisms*, Napoli (Satura) 2013.

³⁷⁸ Altro, infatti, è un “regime” e cioè un sistema di norme autosufficiente (o, meglio, autopoietico), altro è un regime auto ... reggente nello spazio.

CAPITOLO UNDICESIMO

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 26. Società e comunità umane giuridiche. Norme e rivoluzione. – 26.1. Comunità internazionale e soggetti di diritto interno. – 26.2. La Comunità internazionale. – 27. La colpa di Caino. – 28. I rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e la struttura di base della Comunità internazionale. – 28.1. Soggetti di diritto internazionale e competenza. – 29. Il diritto interno e internazionale come strutture complesse: entropia ed evoluzione. – 29.1. Entropia e evoluzione. – 30. Norme e soggetti di diritto internazionale. – 30.1. Il soggetto di diritto internazionale come ente di fatto. La sovranità.

26. *Società e comunità umane giuridiche. Norme e rivoluzione*

Al termine di questo studio, che si è proposto di descrivere, molto sommariamente, il “sistema” diritto internazionale, cioè l’Ordinamento giuridico della Comunità internazionale e quindi quello del suo ordinamento positivo, ma lo ha fatto nell’intento di ricostruirne la logica più che gli specifici istituti che di quella logica sono il frutto, si possono tentare alcune conclusioni, per l’appunto di natura strettamente logico-giuridica. Un “sistema”, dunque, che, in quanto tale, è caratterizzato dal fatto che ogni parte è parte progressivamente delle parti sempre più vaste che compongono l’intero sistema, e cioè, nel linguaggio di Weiss si potrebbe definire quel sistema come: «a complex unity in space and time so constituted that its component subunits, by “systematic” cooperation, preserve its integral configuration of structure and behavior and tend to restore it after non-destructive disturbances». Cui si potrebbe forse solo aggiungere, che la logica delle varie parti che compongono il sistema essendo la

stessa, il suggerimento di un richiamo ai frattali non sia peregrino, almeno perché permette di escludere il timore del caos. Ma specialmente che, la “logica” del sistema e dei sistemi giuridici è sempre analoga e le varie componenti di esso sono parti “coordinate”, razionalmente benché non deliberatamente, in un sistema unitario, tanto che ho potuto parlare di sistema universale.

E dunque, come si è visto partendo dall’esperienza dei giovani fiorentini di cui nel Decamerone, la semplice concrezione di un gruppo umano, di una società umana, determina *illico et immediate* – e sottolineo *illico et immediate*, cioè di per sé a prescindere dalla volontà di costruirle – due conseguenze non “naturali”, bensì logiche e di prospettiva, ma inevitabili: 1. - la formazione *di fatto e concordemente* di regole di comportamento, almeno inizialmente implicite salvi gli ulteriori loro sviluppi, regole che servono (e perciò sono strettamente *funzionali e logiche*, ma non gerarchiche) a permettere al gruppo umano, sia di agire verso un fine comune che non è altro che il funzionamento del sistema, sia di evitare aggressioni, interne o esterne, e sopraffazioni o anche semplicemente allontanamenti o rotture del gruppo sociale; 2. - la assunzione, ancora *di fatto e concordemente* di regole esplicite di comportamento reciproco e collettivo, che possono giungere (anzi, che giungono sempre) quando la “concrezione” umana si struttura divenendo perciò una società, attraverso la *creazione* di una autorità unitamente alle regole per crearla, insieme ai meccanismi per permettere a quella autorità di “comandare”, cioè “ordinare” (nel senso di mettere in ordine, di sistematizzare) e quindi di organizzare la collettività, i singoli e la loro attività. Beninteso, il passaggio dalla comunità (l’ipotesi *sub 1*) alla società (l’ipotesi *sub 2*) non è indispensabile, per cui accade che le comunità convivano con le società, fatte salve le inevitabili interconnessioni.

Ribadisco, “inevitabile”, nel senso che, lo si voglia o no *ma sempre in piena coscienza*, la convivenza determina la formazione di regole che, essendo poste da e tra esseri razionali, non possono essere né *naturali* né *inconsce* e che dunque sono perfettamente consapevoli. E, proprio per questa loro natura dico “po-

ste”, perché le regole inevitabili, non deliberate, non votate, non imposte, sono perfettamente coscienti e corrispondenti alle necessità sociali: *poste*.

Quando, inoltre, dico “concordemente”, alludo al fatto che il gruppo sociale *de quo* decide la linea di condotta di cui parlavo sia senza nemmeno discuterne perché, per dir così, le trova già (pro)poste, sia eventualmente grazie ad una scelta maggioritaria (o unanime), sia grazie ad una scelta imposta, sia grazie ad una scelta concorde, ma non esplicitata né in un voto né in una espressione manifesta di consenso. “Scelta”, perché in termini logici non è ipotizzabile un regime giuridico che non sia fondato sul consenso, inteso come riconoscimento delle norme imposte e dei suoi meccanismi, per quanto fittizio possa essere quel consenso.

Nulla osta che il gruppo di cui al numero 1, resti tale, senza determinarsi nel gruppo successivo, demandando, quindi, il suo funzionamento alle modalità di sistema del tipo indicato sopra, dove la *gerarchia* delle norme è essenzialmente logica, ma con la sostanziale differenza (e non è poco) che le regole (e la loro “gerarchia” non formale ma logica) sono, benché di fatto, fondate sulla ragione, cioè su “scelte” razionali dei soggetti, creatori e destinatari delle norme.

26.1. *Comunità internazionale e soggetti di diritto interno*

Con riferimento, pertanto, principalmente all’ipotesi di cui in 2, da un lato, può accadere che quel gruppo decida, col voto o senza, l’instaurazione di una autorità, dall’altro può accadere che al gruppo venga *imposta* una autorità: il che, di nuovo, non esclude l’elemento della “decisione” nella misura in cui, seppure in astratto, sia il gruppo che il singolo possono rifiutare quella autorità, con tutte le conseguenze del caso. È, questo, il tema di cui parlavo quando ho accennato al problema, fondamentale, della “rivoluzione”, la cui legittimità può solo essere garantita dall’esterno, visto che la rivoluzione si oppone ad una autorità sgradita, ma presente e formalmente valida e lecita. Benché, infatti, sia possibile affermare che è il popolo o chi per esso quello

che decide della legittimità della propria rivoluzione (nel senso che appartenga primariamente al popolo di valutare in ultima analisi del proprio destino), posto che molto difficilmente un regime giuridico può prevedere il proprio stesso rovesciamento, sta in fatto che non necessariamente ogni rivoluzione sia legittima, anche quando tutti i possibili meccanismi formali siano stati utilizzati con successo e perfino se corrispondente alla reale volontà del popolo. Perché, spiego meglio, deve trattarsi di *volontà legittima*, perché, ad esempio, un popolo che voglia effettivamente, cioè in piena e totale concordia, un regime, che so, razzista, esprimerebbe una volontà, formalmente valida e perfino efficace, ma giuridicamente *illecita* e dunque non suscettibile di recepimento nella e *dalla* Comunità internazionale. Ci si troverebbe, in altre parole, di fronte a quella che ho richiamato come una “scelta tragica”: *tutto* un popolo vuole una cosa, che è in contrasto con valori giuridici (attenzione: *giuridici*) fondamentali, non superiori.

E perciò, è solo dall'esterno, insomma dalla Comunità internazionale, che è possibile affermare se quella rivoluzione sia legittima: non in quanto “ente superiore”, ma in quanto entità più larga e pertanto espressiva di una volontà in qualche modo universale. Quando, per ricordare un esempio fatto sopra, in Iraq poco prima dell'aggressione statunitense si tenne un *referendum* che affermò, in maniera formalmente valida, la piena legittimità del regime o più precisamente il totale appoggio del popolo al regime, solo dall'esterno, dalla Comunità internazionale insomma, fu possibile affermare che quel *referendum* non esprimesse la volontà reale del popolo, pur a prescindere dall'uso della forza che fu una scelta unilaterale degli USA, chiaramente illecita.

È, cioè, solo la Comunità internazionale quella che può legittimamente e razionalmente decidere se quella volontà espressa dal popolo sia: *a.* - sufficiente ad indicare la scelta, *b.* - corrispondente alla volontà *reale* del popolo, secondo i criteri espressi nel principio e nelle procedure dell'autodeterminazione dei popoli. Non diversamente, del resto, fu la Comunità internazionale

attraverso la AG delle NU ad affermare l'illegittimità del primo *referendum* in Togo o anche è stata la stessa Comunità internazionale attraverso la CIG, che ha deciso della legittimità della pretesa popolare all'indipendenza delle isole Chagos, in dissenso dalla Gran Bretagna, affermando seccamente, dopo aver dichiarato, § 167: «The General Assembly also monitors the means by which the free and genuine will of the people of a non-self-governing territory is expressed, including the formulation of questions submitted for popular consultation», § 172: «Having reviewed the circumstances in which the Council of Ministers of the colony of Mauritius agreed in principle to the detachment of the Chagos Archipelago on the basis of the Lancaster House agreement, the Court considers that this detachment was not based on the free and genuine expression of the will of the people concerned».

In altre parole, nella realtà della vita della comunità umana, si possono ipotizzare, sia un regime giuridico interno "ideale" dove tutti sono contenti della situazione, sia (che è certamente il caso più comune) un regime giuridico che sia sgradito ad una parte o a tutta la popolazione. Ebbene: un ordinamento giuridico interno adeguatamente evoluto dispone (o almeno può disporre) di meccanismi che consentano, senza traumi, alla popolazione, o comunque ad una parte dei membri di essa, di ottenere soddisfazione del proprio dissenso. Se ciò non è, il popolo (o quella parte di esso che agisce) ha solo la strada della rivoluzione per ottenere ciò che vuole. Ma, qualora detti meccanismi siano adeguati, si determinano due ulteriori possibilità: che la realizzazione della pretesa corrisponda effettivamente al desiderio della ragionevole maggioranza del popolo o addirittura di tutto il popolo, o meno. Posto quindi che, in questo secondo caso, i meccanismi interni non siano bastati a risolvere in maniera soddisfacente la situazione, si pone, come nel primo caso, il problema di sapere chi (e come) decida *a.* - quale sia la effettiva volontà del popolo; *b.* - chi decida della legittimità della stessa pretesa, a prescindere dalla eventuale mancanza di uno strumento interno adeguato; *c.* - chi decida anche della stessa corret-

tezza dell'eventuale strumento interno utilizzato per risolvere il problema. È appena il caso di ricordare che la "volontà reale" del popolo (quella che spesso si definisce «free and genuine will») non corrisponde né necessariamente né meccanicamente alla "volontà espressa dalla maggioranza"; basterebbe a confermarlo, la mancata accettazione nel diritto internazionale moderno, dell'idea di, diciamo così, "una etnia uno stato", come ho ampiamente dimostrato altrove. A questo punto, perciò, solo un ente/ordinamento esterno può risolvere (che poi per lo più significa decidere) la questione: e questo ordinamento è precisamente quello internazionale, nella misura in cui lo stesso ordinamento interno non può decidere della legittimità di sé stesso.

Non quindi come direbbe Rousseau, che al capitolo 4.2 del *Contrat* scrive: «Si donc, lors du pacte social, il s'y trouve des opposants, leur opposition n'invalide pas le contrat, elle empêche seulement qu'ils n'y soient compris: *ce sont des étrangers parmi les citoyens*. Quand l'État est institué, le consentement est dans la résidence; habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. Hors ce contrat primitif, la voix du plus grand nombre oblige toujours tous les autres; c'est une suite du contrat même. Mais on demande comment un homme peut être libre et forcé de se conformer à des volontés qui ne sont pas les siennes. Comment les opposants sont-ils libres et soumis à des lois auxquelles ils n'ont pas consenti? Je réponds que la question est mal posée. Le citoyen consent à toutes les lois, *même à celles qu'on passe malgré lui*, et même à celles qui le punissent quand il ose en violer quelqu'une. La volonté constante de tous les membres de l'État est la volonté générale: c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres. *Quand on propose une loi dans rassemblée du peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale, qui est la leur: chacun en donnant son suffrage dit son avis là-dessus; et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale*».

E invece, come ho cercato di dimostrare io, qui interviene il diritto internazionale, con la sua strettissima e inscindibile inter-

connessione tra Ordinamenti interni e Ordinamento internazionale. Quando, per un qualsiasi motivo, il meccanismo in questione non funziona, si determinano conseguenze, prevedibili, benché per lo più mal gestite. È il caso, citato, del Kosovo, che nasce da una “imposizione” dell’Europa e degli USA, e ... non nasce. Ma anche, per un caso più generale, è il caso della stessa Jugoslavia, smantellata per imposizione esterna su base vagamente etnico-religiosa, dove si ripropone puntualmente il problema, con le aspirazioni annessionistiche degli stati confinanti con l’artificio instabile Bosnia-Erzegovina. Ciò solo per mostrare come molto spesso le formazioni statali artificiali e artefatte, finiscono per non decollare o per implodere.

Ciò posto, dunque, tornando a quanto dicevo, la seconda ipotesi di cui sopra (la creazione della autorità su una aggregazione sociale) è quella che normalmente si definisce nell’istituzione dello stato o, comunque, di una forma di convivenza sociale organizzata verticalmente (e quindi anche di una Organizzazione internazionale, di una società per azioni, ecc.) che si definisce perciò tecnicamente come *società*, in quanto distinta dalla Comunità internazionale.

26.2. *La Comunità internazionale*

La quale (la prima di cui al paragrafo precedente), invece, non ha, né può, né vuole avere una autorità non è “verticalizzata”, perché non solo se la avesse non sarebbe altro che la società di cui in 2, ma perché vuole e può funzionare egualmente, dato che di fatto, ma del tutto coscientemente come ho spiegato, “si” formano regole di comportamento riconosciute come tali dai membri del gruppo e perciò vissute come obbligatorie (cioè come norme giuridiche) indipendentemente dal fatto che siano o meno garantite nel loro funzionamento da una “minaccia”, una sanzione: la sanzione *non* è necessaria al diritto. Questa è l’ipotesi di concrezione sociale, che si definisce (dal punto di vista che ci interessa e cioè dal punto di vista giuridico) col termine di *comunità*.

Beninteso, nulla osta ad immaginare o costruire il fenomeno della autorità, come attributo della astratta Comunità internazionale, magari espressa nella formula, in sé priva di significato come ho spiegato, della *International Community as a Whole*. Ma si tratterebbe sempre e solo di una astrazione concettuale: ma una astrazione non “comanda”. E quindi l’astrazione Comunità internazionale (*as a whole* o no) non “comanda” tanto più che la gran parte delle norme di diritto internazionale generale (o almeno molte di quelle più importanti) *non* corrispondono alla volontà reale della maggioranza dei soggetti. Se si votasse davvero, se ci si interpellasse sul serio ad esempio sulla norma, fondamentale, della autodeterminazione dei popoli o sui diritti dell’uomo, le maggioranze, a dir poco, sarebbero ondivaghe: e per citare solo queste due norme. La realtà è che una volontà, che per comodità di espressione definisco “collettiva”, della Comunità internazionale, si esprime nel fatto che certi comportamenti vengano “pretesi” o seguiti nella convinzione di pretendere e seguire un comportamento dovuto, seppur malvolentieri, ma che specialmente venga riconosciuto come obbligatorio: riconosciuto, cioè “scoperto” tale. Non è un caso quindi, come ho detto nel corso del lavoro, che una delle forme più utilizzate di *dichiarazione* di volontà collettiva della Comunità internazionale, sia il *consensus*, cioè una espressione formalizzata (per lo più, scritta) di volontà, *non votata*, non accettata, *ma condivisa*. È intorno a ciò, per dirla in sintesi, che ruota tutto il diritto internazionale.

Avendo così delineato sommariamente la natura e le funzioni di una società e di una comunità giuridiche, e quindi le loro profonde differenze, non resta che aggiungere che nulla osta che più società, convivendo di fatto in un medesimo ambito spaziale, finiscano per stabilire tra di loro, regole di fatto, riconosciute come tali, vissute come obbligatorie, ma non imposte da una autorità, che, infatti, non esiste e, specialmente, non si intende creare, per cui tra di esse si costituisce “solo” una comunità.

E, per conseguenza, quanto più le varie società sono vicine ed interconnesse (cioè, necessariamente, interdipendenti, ormai tutte) tanto maggiori sono le possibilità che molte società con-

fluiscano di fatto, ma necessariamente, in una comunità, fino al punto da costituire, sempre di fatto ma necessariamente, una comunità universale.

Solo per fare un esempio: le varie società della cosiddetta “Mezzaluna fertile” sono una comunità nella quale i “sovrani” si riconoscono e si combattono, convivono e si dividono i vassalli, convinti di essere l’universo, salvo a dovere via via fare i conti con i “popoli del mare”, con gli Achei, i nomadi che vengono dall’Oriente, ecc., allargando così progressivamente quella comunità, mentre altre ne esistono altrove (reciprocamente sconosciute) con le quali, col tempo si sarebbe giunti all’incontro e alla formazione di una più ampia comunità, fino alla odierna universale Comunità internazionale.

27. *La colpa di Caino*

Se dunque è vero che una società costruisce le proprie regole grazie al fatto che una autorità è in grado di farlo sulla base di procedimenti predeterminati e noti, una comunità invece, per definizione priva di una autorità, costruisce le sue regole interamente e solo di fatto, ma nella piena coscienza e conoscenza sia che *quelle* regole esistono sia *da quando* esistono. Nulla, insomma, può esservi di inconsapevole nella formazione-riconoscimento-accettazione delle regole: la regola è tale, proprio perché è voluta e conosciuta fin dall’inizio, fin dalla sua origine.

Più precisamente, la logica della regola non può che essere quella per cui *quella* regola esiste e quindi, nel momento in cui viene applicata o rivendicata, può essere applicata o rivendicata solo perché *già* esiste, come, del resto, accade sempre e da sempre per tutte le norme giuridiche. Beninteso, come ovvio è delle norme non scritte che parlo, cioè delle norme generali, perché per quelle contrattuali il problema non si pone nemmeno.

Diversamente, infatti, o si dovrebbe ritenere che chi applichi per primo la norma agisca a caso, oppure si dovrebbe accettare l’idea (peraltro diffusissima specialmente nel diritto internazionale) per cui una regola si costruisce nel tempo (come è defi-

nito nel concetto di *norma di formazione consuetudinaria*, spesso resa erroneamente come norma consuetudinaria) per cui mentre i primi che la applichino agirebbero a caso, la regola, una volta formata, sarebbe da considerare retroattiva, perché altrimenti non verrebbe applicata e non se ne potrebbe pretendere il rispetto, proprio da quelli che, applicandola, avrebbero contribuito a crearla! Occorrerebbe ipotizzare, cioè, una *norma* priva di *garanzia*! Sia “passiva” che “attiva”: chi la applichi per primo, in quel momento non potrebbe essere richiesto legittimamente di applicarla, così come non potrebbe, a sua volta, pretendere di poterla applicare. Perché, come ovvio, una norma, una volta nata, determina obblighi, certo, ma anche diritti: tra cui il diritto, ovviamente opponibile, di applicarla senza ostacoli.

Ciò, tra l'altro, oltre ad essere assai illogico, contrasterebbe con uno dei principi cardine di qualunque ordinamento giuridico, anzi contrasterebbe con la logica stessa di un ordinamento giuridico, pur al di là dell'ircocervo incomprensibile di una “norma” “*in fieri*”: che è in sé un assurdo logico, non raro in dottrina e in giurisprudenza. Una norma (stiamo parlando di ordinamenti giuridici, cioè di “comandi”, di prescrizioni, di procedure e di garanzie) o c'è o non c'è, *tertium non datur*. Il diritto, in altre parole, non è altro che lo strumento per poter valutare la legittimità dei comportamenti, che perciò, nel momento in cui sono svolti non possono essere né *quasi* legittimi o *quasi* illegittimi, né *forse* legittimi o *forse* illegittimi: se è *in fieri* non è, e allora a che serve parlarne?

Ma non basta, perché anche l'altra spiegazione, che viene tradizionalmente data, della norma di formazione consuetudinaria non sussiste: mi riferisco alla tesi della *opinio iuris sive necessitatis*, che, unita alla *diuturnitas* determinerebbe la nascita della norma. Come si è visto, infatti, pure a prescindere dal discorso sulla norma fondata sull'errore di riconoscerla come già tale quando ancora non lo è perché è in corso il processo della sua formazione, l'idea si basa sull'ipotesi di un comportamento che *diventa* norma per il fatto di essere ripetuto più volte nella convinzione che *sia già* norma. Il punto è però, innanzitutto, che se,

trascorso un certo tempo, la norma non si formi, come si qualifica quel comportamento finora tenuto sia da chi, in ipotesi, lo abbia iniziato, sia da chi lo abbia “imitato” sulla strada, franata, della formazione della norma? Certo: il comportamento in questione potrebbe essere considerato giuridicamente irrilevante. Ma, se invece, nella convinzione che fosse già norma, abbia determinato delle conseguenze come ad esempio, delle pretese magari pressanti, cosa accade? E se, come prevedibile, chi abbia agito convinto di applicare una norma, si aspetti una garanzia?

Ma poi, pur a prescindere da tutto ciò: quando alla fine la norma non si formi, anche “per il frattempo” la norma non ci sarebbe *mai* stata, e allora che accade dei rapporti giuridici intercorsi nel periodo in cui l'*opinio iuris* era favorevole alla norma sia pure ancora non definitivamente formata? Per non parlare del fatto che quel “alla fine” scritto qui sopra, presuppone che si possa determinare il tempo, trascorso il quale, la norma diventi tale, ma pur sempre *ex nunc*! È, certo, possibile ipotizzare qualcosa di simile ai nostri decreti legge, qualora non siano confermati dal Parlamento; ma qui si legifera sui rapporti intercorsi “nel frattempo”, nel diritto internazionale ciò è impossibile.

Come se non bastasse, l'idea della norma che si forma solo col decorso del tempo consentirebbe di giustificare, nel senso di rendere giuridicamente accettabile, l'istituto del *persistent objector*, istituto che, come ho mostrato sopra, non ha senso giuridico, anche perché fondato su una concezione strettamente contrattualistica del diritto e di quello internazionale in particolare, ipotizzando per implicito, che le regole non scritte (che sono poi le uniche che possano essere generali) siano tali perché e quando incontrino il consenso, tacito, di un certo numero *progressivo* di soggetti, finché non si raggiunga una sorta di “sufficiente consenso”, dove la “sufficienza” sarebbe indimostrabile, oltre che del tutto unilaterale. In sostanza, con questa idea, una norma non si formerebbe praticamente mai, almeno finché non sia *dimostrabile* che nessun soggetto vi si opponga, una sorta di condizione potestativa eterna, perché il soggetto che non la voglia (e ne basta uno) non la accetterebbe mai!

E sorvolo sul dato di fatto per cui, in questo modo, non sarebbe comprensibile la regola (invece assunta come certa) per cui il nuovo soggetto di diritto internazionale sia vincolato alle norme generali esistenti all'atto della sua nascita.

E ancora, tutto ciò contrasterebbe con la realtà per cui, nella terminologia corrente, si immagina e si costruisce la figura della consuetudine istantanea. Una plateale contraddizione in termini, questa, rispetto alla tesi della formazione consuetudinaria della norma, che però rivela la diffusa convinzione per la quale non si possa sfuggire all'esigenza di affermare che un comportamento, è, come dicevo prima, lecito o illecito, senza sfumature intermedie e in un momento determinato e determinabile. In altre parole, intendo solo dire che, così come Enrico IV ha agito correttamente creando il precedente di cui alla sentenza *Paquete Habana*, anche Bush (secondo quella tesi) lo avrebbe fatto quando ha attaccato l'Iraq, realizzando una pretesa consuetudine istantanea. Invece tra i due casi vi è una fondamentale differenza: nel caso di Bush, essendosi dimostrata, nel rifiuto della collettività, la *illegittimità* di quella scelta che altrimenti giustificerebbe altre analoghe scelte di altri soggetti, che, in realtà, non si sono manifestate, la consuetudine istantanea non è nata. Insomma, mentre Enrico IV ha *creato* (per così dire) la norma, Bush ha *violato* una norma. In altre parole, nella realtà dei fatti e delle norme, è vero solo che, nel momento in cui si applica una norma, o meglio si svolga un certo comportamento, esso *o* è illecito *o* è norma *o* è un comportamento giuridicamente irrilevante: non *diventa* norma solo se e dopo che sia stato ripetutamente svolto.

D'altra parte, per tornare a Caino, l'ipotesi della formazione progressiva per comportamenti successivi della norma, renderebbe, obbligherebbe a considerare Caino innocente, in quanto autore di un comportamento, *solo successivamente* definito illecito: la tesi, non a caso, sostenuta da chi giudicava illegittimi i Processi di Norimberga, proprio in nome della irretroattività delle norme. E quindi, non trattandosi *già* di un illecito, si dovrebbe dire che non solo Caino, ma un certo numero di altri sarebbero innocenti, perché *ripetutamente*, sì, "condannati", etica-

mente, ma essendo divenuta quella condanna la dimostrazione di un illecito solo dopo un certo numero di ripetizioni. Al contrario, una regola ha un senso logico, è cioè una norma giuridica, solo se nasce in un determinato (e determinabile) momento, a partire dal quale il comportamento oggetto della norma è obbligatorio o è illecito agire diversamente. Diversamente, del resto, ci si troverebbe a dover giustificare un disequilibrio giuridico: le norme scritte essendo valide ed applicabili dal momento della loro emissione, il comportamento ad esse contrario svolto un minuto prima sarebbe lecito o indifferente. Mentre il comportamento descritto in una norma di formazione consuetudinaria sarebbe lecito o illecito, non soltanto in un momento indefinito, ma sarebbe illecito solo dopo che il comportamento stesso sia stato svolto più di una volta.

È perciò che Caino è colpevole del primo omicidio della storia, dato che esso era già omicidio al momento della sua commissione e non al momento della sua condanna. E non per caso, la condanna viene consacrata come giuridicamente corretta perché insieme ad essa Dio afferma (conferma) il divieto di uccidere, anche a beneficio dello stesso Caino. Che, poi, la regola venga “riconosciuta” come esistente e obbligatoria solo dopo che certi fatti siano stati commessi, mostra solo che si “vede” un comportamento illecito proprio perché già lo è. L’ipotesi che Dio fosse un cattivo giurista, penso possa essere scartata!

28. *I rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e la struttura di base della Comunità internazionale*

Posto dunque che esistono ordinamenti fondati sul principio e sulla esistenza effettiva della autorità, quelli che ho chiamato ordinamenti interni, quello internazionale, privo dell’elemento della autorità, *per l’esplicita non volontà dei soggetti di crearla*, è l’ordine giuridico che regola coscientemente anche se non deliberatamente, il comportamento, insomma i diritti e i doveri, dei soggetti che ne fanno parte: i soggetti di diritto internazionale, tra i quali, ovviamente, primeggiano (ma non sono esclu-

sivi) gli stati, sulla cui esistenza e legittimità è lo stesso diritto internazionale quello competente, l'unico competente e capace di pronunciarsi.

Talché, anche la legittimità dei regimi giuridici interni è assoggettata al controllo del diritto internazionale, attraverso, tra gli altri, il principio e, meglio, l'istituto dell'autodeterminazione dei popoli, struttura portante e basilare dell'intero Ordinamento internazionale, insieme ai principî-istituti in materia di diritti dell'uomo, che, nel conferire *diritti* agli individui (in quanto tali né soggetti, né capaci di agire nel diritto internazionale) e *garanzie* ai popoli impone i comportamenti corrispondenti agli stati e, più in generale, ai soggetti di diritto internazionale. Gli individui, dunque, come i popoli, sono i destinatari "direttamente" di una garanzia, che solo il diritto internazionale può loro assicurare secondo le *proprie* regole. Per cui, sottrarsi ad esse è impossibile, non solo illecito, quando gli Ordinamenti interni siano inadeguati rispetto alle norme di diritto internazionale, perché un ordinamento del genere essendo in contrasto con il diritto internazionale può essere privato delle garanzie proprie dei soggetti di diritto internazionale, a cominciare dal limite degli affari interni, magari nella forma della *responsibility to protect* (R2P) o, nei conflitti di autodeterminazione, nella dichiarazione della inesistenza del diritto alla legittima difesa di fronte all'uso legittimo della forza da parte del popolo. Ribadisco: *garanzia* del rispetto di certe pretese, non, assolutamente non riconoscimento di *diritti* degli individui o dei popoli. Il diritto internazionale è l'ordinamento giuridico dei soggetti di diritto internazionale: popoli e individui non lo sono, né possono esserlo.

Mi spiego meglio. Se è indubbia la differenza e la separazione tra gli ordinamenti interni e l'Ordinamento internazionale, è altrettanto indubbio che l'Ordinamento internazionale, nella misura in cui organizza e coordina (insomma: dirige) i rapporti tra i soggetti di diritto internazionale, ne definisce necessariamente anche i poteri e le capacità. Se è vero che ciascun soggetto di diritto internazionale è libero e autonomo nel proprio ambito, quella autonomia può solo sussistere in quanto garantita, cioè as-

sicurata, dal diritto internazionale, che è quello che stabilisce, ad esempio, i termini entro cui ogni singolo soggetto di diritto internazionale debba o possa agire nei rapporti (giuridici e di coesistenza) con gli altri.

Insomma, se è logico e consequenziale alla natura particolare dell'Ordinamento internazionale, che ciascun soggetto di diritto internazionale definisca per proprio conto il proprio ambito di *competenza* (e questa è una caratteristica tipica e unica del diritto internazionale) e dunque, ad esempio, il *proprio* territorio (cioè l'ambito spaziale nel quale svolge le proprie funzioni e pertanto il suo *ambito di competenza*), è altrettanto logico che il diritto internazionale, trovandosi al confronto con *tutti* i soggetti, deve necessariamente disporre della possibilità, anzi dell'obbligo e del potere, di “decidere”, in caso di controversia o di dubbio, *quale* territorio spetti a *quale* stato, *quale* diritto abbia quel soggetto nei confronti degli altri, ecc. Anarchia non è caos, se mai ne è uno strumento per garantire l'assenza di una autorità che imponga le regole al caos: la mancanza di autorità dotata di potere nell'Ordinamento internazionale, non implica arbitrio, né da parte dei singoli soggetti, né da parte dell'Ordinamento internazionale stesso, che, *anarchicamente, ordina il caos*.

La mancanza, infatti, di una autorità che gestisca “legislativamente” i diritti di ciascuno, determina una situazione unica e propria del solo diritto internazionale, che, però, per usare l'espressione di Ulpiano (D.1.1.10), nonché non ignaro della necessità (e quindi dell'obbligo) dell'*honeste vivere* e dell'*alterum non laedere* non può certamente mancare della coscienza della necessità e quindi della possibilità del *suum cuique tribuere*. Il soggetto di diritto internazionale, come ho ampiamente spiegato, nella misura in cui “nasce”, si “forma” e si “definisce” da sé, è anche quello che *prima facie* e, ove necessario, contrattualmente, definisce il proprio ambito di competenze in particolare territoriale. È a lui, al soggetto, che compete di farlo ed è anche il solo che possa farlo, ma, nella misura in cui nel farlo entri in conflitto con altri soggetti o con le norme preesistenti, è al diritto internazionale che compete di risolvere il conflitto sulla base delle norme,

tutte, diritti acquisiti inclusi. Nell'esempio del territorio, infatti, delle due l'una: o i soggetti entrano in conflitto e, per dirla così, sempre che non si tratti di territorio *nullius*, chi "vince" si prende il territorio altrui (che, detto così, è volutamente assai poco giuridicamente articolato!) o la Comunità internazionale agisce *non* per mediare, ma per risolvere su una base giuridica il problema: per "*dire il diritto*". Ma, se la Comunità internazionale agisce su base giuridica, vuol dire che ha il potere di farlo in quanto le norme, giuridiche, ci sono per risolvere la questione, o vengono "create" per l'occasione.

28.1. *Soggetti di diritto internazionale e competenza*

La complessità del meccanismo è evidente: si tratta di rendere compatibile la libertà di scelta individuale del singolo soggetto, con la scelta collettiva della Comunità internazionale. Solo che, posto che comunque quelle restano "scelte", quelle della Comunità sono necessarie sia per la Comunità stessa, sia per i singoli soggetti di essa.

Le regole per definire i rispettivi ambiti di competenza, dunque, derivano dalla "necessità" della convivenza e quindi (come vedremo subito più avanti) sono il frutto di quella necessità di coordinamento di scelte individuali che sono "libere", ma solo in parte. In un certo modo, infatti, la loro necessarietà diventa una sorta di *meccanicità*: ciascuno deve restare nel proprio ambito a svolgere la propria funzione, pena l'esplosione del sistema. Dove, per dir così, l'autorità non si crea, perché la Comunità internazionale non è solo l'espressione dei rapporti di forza: se fosse così, infatti, il più forte imporrebbe quella autorità che negli ordinamenti interni si determina nella forma del principe o dello stato o dell'amministratore delegato, che "comandano". Nella Comunità internazionale ciò non accade, non solo perché nessuno ha la forza sufficiente per farlo, ma perché nessuno lo vuole. E in un certo modo (mi si perdoni l'apparente estremizzazione) perché *non è necessario*. Non è necessario perché la struttura complessa della "macchina" Comunità interna-

zionale, cerca il riequilibrio del sistema, nel momento in cui si determinino delle difficoltà di funzionamento. Solo che, mentre diversamente da una macchina, le regole che portano al riequilibrio sono fondate e accompagnate dalla razionalità (o meglio, dalla ragione) e quindi, detto *per incidens*, per questo verso sono fortemente evolutive, non diversamente, invece, da una macchina, il sistema reagisce al malfunzionamento con gli strumenti dell'isolamento (della sterilizzazione, se si vuole: la guerra, al limite!) di quella parte o di quel meccanismo della macchina, che non funziona, sempre che qualcosa di *esterno* non intervenga a ricostruire o sostituire la parte "difettosa".

Il potere ordinatorio della Comunità internazionale, quindi, consiste in gran parte "solo" nella gestione equilibrata della convivenza: della macchina. Ciò richiede necessariamente che tutti i soggetti si comportino in maniera coerente con le scelte (più o meno obbligate, ma ciò riguarda la Comunità internazionale) della Comunità internazionale, che li "ordina". Talché è semplicemente impossibile che un ordinamento interno sia indifferente all'Ordinamento internazionale: non per volontà, ma per necessità logica e quindi, se vogliamo, meccanica, strutturale insomma. Così come, la "devianza" dall'ordine di un singolo, ne determina l'isolamento e la ... "riparazione" tesa a riequilibrare l'intero meccanismo.

In quanto, dunque, "ordinatore" dei rapporti tra i suoi soggetti, il diritto internazionale è anche il solo che, in ultima istanza, ne possa controllare sia la legittimità, di essi stessi come soggetti di diritto internazionale, sia la legittimità dei loro rispettivi Ordinamenti interni. Ai quali perciò compete, sì chiaramente, la piena autonomia interna, originarietà inclusa, ma nei limiti e nei termini delle esigenze di coordinamento e gestione collettiva dell'Ordinamento internazionale. Dove, nella misura in cui si formino norme la cui applicazione richieda comportamenti interni, obbliga *strutturalmente* gli ordinamenti interni stessi, che non possono logicamente sottrarsi ad esse. *Le norme di diritto internazionale, in altre parole, sono di per sé norme interne.* Che poi queste ultime, a loro volta, contribuiscano a determinare il con-

tenuto del diritto internazionale, è altro discorso, ma solo conseguenza logica del sistema così come lo ho riassunto.

Il che vale ad escludere radicalmente la presunta natura puramente contrattuale del diritto internazionale, se non altro perché la base contrattuale ha un senso solo se e quando chi stipula l'accordo abbia la legittima aspettativa di poterne pretendere il rispetto: presuppone cioè una norma generale che garantisca il contratto. Detta norma necessaria addirittura prima logicamente che giuridicamente (la norma *pacta sunt servanda*), però, non può essere considerata una norma metagiuridica, ma logica vuole che sia essa stessa giuridica, cioè derivante da un processo di formazione giuridica di essa non diverso da quello di tutte le norme generali di diritto internazionale, che pertanto, in quanto tale ne garantisce la piena e continua modificabilità e, ovviamente, l'integrazione nel sistema. Non vi è nulla di metagiuridico nell'accordo tra i giovani fiorentini del Decamerone di rispettare certe regole a cominciare dalla scelta quotidiana del capo: quei giovani sanno benissimo che il rispetto di quelle norme, tacite e non definite esplicitamente ma perfettamente (ri)conosciute, è indispensabile alla sopravvivenza del gruppo nella villa. Per cui, tornando al diritto internazionale, accanto alla norma generale *pacta sunt servanda* (per definizione norma non scritta, e quindi generale proprio in quanto non scritta) è implicito che si debba necessariamente ipotizzare, e quindi definire, la corrispondente garanzia della obbligatorietà della norma non scritta, attraverso l'altra norma: *consuetudo est servanda*. Pur se, come ho spiegato ma è bene sottolinearlo con molta forza, non è in verità corretto parlare, a proposito delle norme generali di diritto internazionale, di norme consuetudinarie o meglio di formazione consuetudinaria.

Per dire in conclusione che, se quelle due norme, ed altre altrettanto importanti, sono come dico "semplici" norme giuridiche (e non "metagiuridiche" o "super-giuridiche" o magari di diritto naturale o altro), sono *tutte e sempre* perfettamente suscettibili di essere modificate o abolite, ad esempio, come ho detto prima, attraverso una rivoluzione che sostituisca al sistema attuale

un sistema fondato su una autorità centrale ordinatoria, dove dunque la stessa norma *pacta sunt servanda* potrebbe non essere più necessaria. Ma specialmente, intervenendo sul *contenuto* di dette norme, in perenne irrefrenabile beneaugurante evoluzione.

29. *Il diritto interno e internazionale come strutture complesse: entropia ed evoluzione*

Da quanto fin qui detto, emerge che è possibile descrivere e analizzare la società giuridica, come anche la comunità giuridica in termini di “sistemi” e “organi” e “ordinamenti” complessi, il che consente anche di giustificare il fondamento obbligatorio della norma non scritta, generale, e quindi anche non solo l’esistenza, ma la legittimità stessa delle due norme chiave dell’intero sistema: *consuetudo est servanda* e *pacta sunt servanda*. Chiave, non fondamentali, originarie o altro e nemmeno metagiuridiche.

Come ho cercato di argomentare, tra una società umana giuridica e una comunità umana giuridica, la principale, se non la sola, differenza sta nel fatto che la società giuridica si aggrega intorno ad una “autorità”, dalla quale promanano le norme, decise a loro volta con procedimenti predeterminati, mentre la comunità giuridica manca (allo stato dei fatti oggi, e per scelta deliberata dei soggetti di essa) sia dell’autorità capace di produrre le norme, sia del procedimento per farlo. Non per caso, infatti, nel diritto internazionale parlare di “fonti” giuridiche è, a dir poco, concettualmente errato. Una fonte, infatti, implica un ente fisico-giuridico, da cui promanano *legittimamente* dei comandi. Nel diritto internazionale, una cosa del genere non c’è, nemmeno in astratto. Le stesse ipotesi su una “verticalizzazione” del sistema, desunte da atti di varia natura, politici (azioni militari attribuibili alle NU, ad esempio) o economici (atti derivanti ad esempio dalle attività dei “panel” della OMC) o anche giudiziari (Tribunale di Norimberga o ICC, per esempio) mostrano solo la loro origine contrattuale e spesso poco più che occasionale, elementi, insomma, per la ricostruzione di una prassi o per la “dimostrazione” di una norma, ma non di più.

La logica normativa di entrambe, società e comunità, è, però, identica. Solo che, mentre la “garanzia ultima” (cioè quella che ne assicura la legittimità) di una società giuridica è affidata necessariamente ad una entità esterna e cioè alla Comunità internazionale, al contrario, in quest’ultima, la “garanzia ultima” (cioè, di nuovo, quella che ne assicura la legittimità) può solo essere garantita da meccanismi di controllo della comunità stessa dato che manca una comunità o società più ampia dotata se non dell’autorità, della capacità per farlo.

Fin dalle concezioni più antiche, uno stato, un regime un principe non esiste in sé e per sé, ma cerca una fonte di giustificazione della sua esistenza fuori di sé (in mancanza di altro: Dio) perché altrimenti la sua autorità non trova giustificazione anche quando è puramente e semplicemente l’impossessamento con la forza del potere. Insomma, sto dicendo, un soggetto cerca e deve trovare un sua legittimazione in qualcosa di esterno a sé stesso, anche quando pretende o presume di essere “giustificato” da sé stesso, incorrendo in realtà in un circolo vizioso. Uno stato, un soggetto di diritto internazionale, si pone, nasce da sé, ma è e permane tale solo se ne permanga (e, aggiungo, *finché* ne permanga) la legittimità della sua stessa formazione, anche se, una volta formato, la legittimazione esterna apparentemente sopravviene *ex post*. Per fare un esempio: posto che, dal punto di vista del diritto interno lo stato Italia sia perfettamente legittimo, perché nato da un *referendum*, da una Costituzione che lo ha proposto, eccetera, la domanda da porsi è come se ne possa giustificare (cioè legittimare) l’esistenza sia nei confronti e nei rapporti con gli altri soggetti di diritto internazionale, sia nei confronti di “parti” della popolazione non rappresentate nello stato senza entrare nel circolo vizioso di cui sopra: io sono tale perché la mia Costituzione è voluta dal popolo, che, a sua volta, è tale perché tale lo definisce la costituzione. Per dirlo brutalmente, ma forse più chiaramente: chi ha stabilito che il territorio dello stato Italia sia quello che oggi è (ed in parte, come noto, contestato!)? E, alla risposta classicamente tradizionale “il popolo sovrano”, si deve porre la domanda chiave: chi ha stabilito che il “popolo so-

vrano” sia quello che ha “deciso” (tra l’altro mai all’unanimità, e comunque di quelli che hanno potuto partecipare allora) legittimamente, escludendo, che so, il popolo ticinese o quello istriano? A questa domanda, in genere la risposta è che il popolo ha deciso la Costituzione, la Costituzione è il regime supremo, e tutto vi si giustifica: ma questo, come dicevo, è un circolo vizioso, al limite dell’onanismo costituzionale. Basterebbe del resto, sempre per restare all’Italia, pensare a come e quanto e quante volte il territorio “italiano” e la relativa popolazione hanno subito modificazioni, magari imposte a o imposte da l’Italia. Questo è un punto centrale al quale non si può sfuggire, magari con l’espedito di affermare che la decisione deriva dalla storia o addirittura, per usare una terminologia “sovranista”, noi siamo noi e veniamo prima degli altri.

Il punto di equilibrio, tra la auto-affermazione del soggetto e le pretese altrui, può essere *giuridicamente* (non politicamente, o filosoficamente!) trovato solo nell’Ordinamento internazionale, che in quanto *sistema* generale, deve *necessariamente* trovare la giusta legittimazione: appunto, *nell’equilibrio tra diritti e doveri, pretese e resistenze* di tutti i soggetti di diritto internazionale.

Viceversa, e qui sta un punto fondamentale di differenza, l’Ordinamento internazionale in quanto entità unitaria e universale, non può trovare che in sé stesso la propria legittimità, in quanto, *di fatto* ma di un fatto incontrovertibile, entità-struttura ultima.

La Comunità internazionale, quindi, essendo l’ordinamento dei soggetti di diritto internazionale, ha come funzione quella di regolarne i rapporti e quindi di valutarne la legittimità dei comportamenti: funzione, non potere gerarchico, la Comunità internazionale non ha altra funzione, serve solo a quello! Ma non ha un “potere” di comando, che nessuno gli darebbe, ma che, in affetti, nemmeno desidera.

La Comunità internazionale, infatti, in quanto composta dai soggetti di essa, liberamente ma necessariamente (si tratta di una contraddizione apparente, come ho spiegato), non ha prevalenza

giuridica sui suoi membri, ma solo funzionale e quindi ordinaria. È, infatti, nella Comunità internazionale che si formano i principi di base che regolano la stessa esistenza oltre che la vita interna dei soggetti. Il fatto che taluni di questi principî siano stati, a loro volta, formati all'interno dei soggetti, conferma il fatto che, una volta sussunti nella Comunità internazionale, regolano il comportamento dei soggetti tutti, ivi compresi quelli all'interno dei quali quei principî non siano compresi. È il fenomeno della intercompenetrazione dei sistemi, di cui ho parlato. Ma resta il fatto che la Comunità internazionale non "crea" il soggetto di diritto internazionale, "prende solo atto" del *fatto* che esiste e lo coordina con gli altri. Ma, così come non crea il soggetto, nemmeno lo cancella. Dire "tu non sei più un soggetto" è una contraddizione in termini: la Comunità internazionale può solo *constatare* che il soggetto non c'è (più) e regolarsi di conseguenza. In termini di sistemi complessi solo così si può ragionare.

29.1. *Entropia e evoluzione*

E pertanto, non diversamente da un organismo vivente o da una macchina, in un sistema giuridico, sia o meno dotato di una autorità che emette le norme, l'applicazione (ivi compresa l'implicita autopoiesi) della norma è solo *una* delle funzioni normali dell'organismo società o comunità, in cui cioè ogni parte di essa è destinata a svolgere una determinata *funzione* sia essa puramente esecutiva, sia anche interpretativa della norma. Nel senso che, come in un qualsiasi algoritmo, dove le scelte sono determinate da successioni predisposte di "if" ed "else", eccetera, anche l'interpretazione e la conseguente "scelta" della norma da applicare alla fattispecie, ivi compreso l'eventuale "arricchimento" interpretativo della norma stessa, sono funzioni normali "predisposte" dalla macchina-organismo-società stessa. Ciò spiega e ha permesso di approfondire il concetto di autopoiesi, strumento fondamentale della struttura giuridica della Comunità internazionale.

La “predisposizione”, a sua volta, dipende dal modo in cui è formato l’ordinamento-algoritmo. Nel senso che, sia che sia generato da una autorità, sia che derivi da una sorta di volontà comune non espressa neanche in forma tacita, ma perfettamente nota e cosciente per i soggetti, ogni parte dell’organismo agisce e “ragiona” secondo quanto predisposto dall’algoritmo, con la sola variante, rispetto ad esempio ad una macchina naturale, che l’origine del meccanismo è fondata su scelte razionali e coscienti: l’algoritmo, per così dire, è “scritto”, di fatto, dagli stessi soggetti e agenti vari di diritto internazionale.

Con la conseguenza per cui la macchina-organo-società-comunità, tende irresistibilmente all’entropia, nel senso che funziona senza scosse nella direzione “precostituita”. Talché, per fare un esempio, la regola dello *stare decisis* tipica della giurisprudenza dei paesi di common law, conduce ad una progressiva sclerotizzazione della norma e della prassi applicativa di essa, che, certamente può contribuire alla certezza del diritto (cosa che fanno anche, sia pure con minore certezza del risultato, gli ordinamenti codificati di tipo europeo) ma che richiede necessariamente che un elemento esterno, casuale o volontario, ne determini una modificazione e quindi, solo allora, l’evoluzione. È, insomma, questa, una sorta di manifestazione della seconda legge della termodinamica.

L’evoluzione, quindi, è lo strumento principale attraverso il quale la macchina si modifica (o viene modificata) ma in tanto può farlo, rendendo perciò diversa la macchina stessa, in quanto una spinta razionale e volontaria lo faccia, inserendo novità nel sistema. A cominciare, ad esempio, dagli atti o fatti rivoluzionari, dai cambiamenti traumatici o anche pacifici del regime interno, o guerre internazionali, ecc. e, naturalmente, cambiamenti (evolutivi) di mentalità e culture: il diritto è uno strumento della società umana oggi e ogni giorno.

Ciò che caratterizza la specifica macchina Ordinamento internazionale, è però, il fatto che, mancando un procedimento per la formazione delle norme (che sarebbe il modo “normale” di cambiamento del sistema, fondato sulla capacità di scelte razio-

nali e non solo “automatiche”) la formazione della nuova norma ha quasi sempre un fondamento “rivoluzionario” e pertanto evolutivo. Non esistono, infatti, nell’Ordinamento internazionale “regole” per la formazione e il cambiamento delle norme, per cui, corollario di quanto ho appena detto, il sistema internazionale, è enormemente più suscettibile di evoluzione di quanto non possa esserlo un qualsivoglia Ordinamento interno. Tanto più che, essendo nella sua parte essenziale non scritto, si può letteralmente affermare che il diritto internazionale di oggi non è lo stesso di quello di domani e meno che mai di quello di ieri. L’autoipoiesi, dunque, nel diritto internazionale è assai meno attiva della rivoluzione-evoluzione, diversamente da quanto proposto nello splendido articolo di D’Amato di cui ho parlato.

Che poi da ciò si voglia dedurre che quello internazionale è un ordinamento giuridico *primitivo* è questione di opinioni, ma a me pare, sommamente, che da tutto ciò derivi esattamente il contrario. Sta in fatto che quel sistema normativo, benché formato sostanzialmente di fatto, dispone di norme perfettamente conosciute da tutti, e da tutti “democraticamente” *ri*-conosciute; perché, benché di fatto, nascono sempre e invariabilmente da *scelte* di entità razionali. Al di là, dunque, della differenza di terminologia da assumere tra autoipoiesi in senso stretto e fatti evolutivi, mi sembra da condividere la definizione di Teubner (p. 36): «Recht ist ein autopoietisches Sozialsystem zweiter Ordnung – zweiter Ordnung deshalb, weil es gegenüber der Gesellschaft als autopoietischem System erster Ordnung – eine eigenständige operative Geschlossenheit gewinnt, insofern es seine Systemkomponenten selbstreferentiell konstituiert und diese in einem Hyperzyklus miteinander verknüpft».

30. *Norme e soggetti di diritto internazionale*

Da quanto precede, deriva dunque come, nell’Ordinamento internazionale, l’unico modo sia per “fare” le norme che per “fare” i soggetti non può che essere di fatto. Dove però, il “fatto” non è la formazione consuetudinaria della norma, che,

come credo di avere dimostrato, è una affermazione priva di logica (è il caso di Caino, insomma), ma la circostanza per la quale un certo comportamento o una certa convinzione dichiarata dei soggetti (ma non solo di essi) determina la nascita della norma, dal momento preciso in cui quel comportamento o quella espressione di convinzione siano stati esercitati e affermati per la prima volta, ovviamente senza trovare opposizioni significative. Che poi possa accadere che della avvenuta formazione della norma ci si “accorga” in ritardo, non modifica in nulla il fatto, logico, per cui quella norma *era* nata nel momento in cui la prima volta è stata applicata o rivendicata, secondo le modalità che ho descritto. E questo è l’unico modo, nel diritto internazionale, per riconoscere la avvenuta nascita della norma, ma specialmente la legittimità dei comportamenti, di tutti i comportamenti, da essa derivati fin dal momento in cui la norma c’è, già riconosciuta o meno che sia. Ribadisco ancora: il riconoscimento della norma non coincide necessariamente (per non dire, mai) con l’inizio della effettività della norma stessa.

La presunta illiceità, per ricordare un esempio che ha fatto, del Processo di Norimberga è superabile, in termini logici e giuridici, solo affermando che in quel processo si pretendeva di condannare comportamenti *già* illeciti al momento in cui erano stati commessi e addirittura programmati. Diversamente, mi sia permesso questo inciso, dal Tribunale sulla *ex* Jugoslavia. Il quale “nasce” su un concetto analogo a quello che determinò il processo di Norimberga, ma in una situazione strutturalmente diversa, nella misura in cui, in assenza di *debellatio*, quel Tribunale avrebbe avuto un senso se, come la *International Criminal Court*, fosse stato fondato sul principio della complementarità, in conseguenza del fatto, cui accennavo più sopra, che le norme in materia di diritti dell’uomo *erano già, e già tutte*, norme valide e da applicare *negli ordinamenti* degli stati interessati. Per cui, mancando questo elemento fondamentale, quel Tribunale diventa una sanzione, che inficia a fondo la legittimità della sua azione e delle sue sentenze, che, *per definizione* data la situazione non sono il “giudizio terzo” di ogni giurisdizione accettabile, ma

il *pre*-giudizio di un ente (il CdS delle NU) privo del potere per imporre *quella* sanzione, non *una* sanzione, peraltro già praticata ampiamente con la guerra e lo smembramento della federazione Jugoslava. Un Tribunale non può essere una sanzione: al massimo è un velo stracciato sulla ipocrisia!

La prassi dunque, non “genera” la norma ma ne documenta soltanto l’esistenza, e va trattata e analizzata solo e sempre in questo senso e su questa base: perché altrimenti diventerebbe solo la documentazione dell’arbitrio. La “prassi costitutiva” o tutte le altre giustificazioni di norme imposte, piuttosto che nate, non determina, appunto, norme: il vecchio assunto, dunque va rovesciato, *ius non est factum*.

30.1. *Il soggetto di diritto internazionale come ente di fatto. La sovranità*

Ne consegue altresì, che anche il soggetto di diritto internazionale non può in alcun modo essere “creato” o “costruito” (a differenza di quanto accade negli Ordinamenti interni) perché soggetto di diritto internazionale è quell’ente che si manifesta coerentemente *desideroso e capace* di agire sul piano dei rapporti internazionali con gli altri soggetti di diritto internazionale: su un piede di parità, ma là dove e finché vuole e sa agire e nei limiti in cui sappia e decida di essere e di agire. Per cui, e questa è un’ulteriore importante conclusione, il soggetto è, non diversamente da taluni istituti e norme di diritto internazionale, il risultato di una sintesi di elementi dialetticamente considerati. Insomma, il soggetto più e oltre che per la disponibilità di determinate caratteristiche, che in quanto soggetto-stato, sono determinate anche dal territorio, dal popolo, ecc., è qualificato e dunque identificato come tale, dal e per il fatto che *riesca effettivamente* a entrare in relazione con gli altri soggetti: sia che essi lo vogliano, sia che non lo vogliano.

Così, dunque, come un soggetto non può essere creato, così non è possibile che il soggetto sia solo quello che risponda a determinate caratteristiche *predeterminate* (per di più in una Con-

venzione, cioè in una norma contrattuale, anche se poi, il suo contenuto è divenuto certamente norma generale), come i cosiddetti “requisiti”, della Convenzione di Montevideo, peraltro diretta solo agli stati. Ciò che può accadere è, al contrario, che un soggetto, che risponda a determinate caratteristiche sia definito “stato”, cioè sia associato al “club” dei soggetti stati, condividendone talune pretese e caratteristiche. Ma, si dovrebbe aggiungere, l'accettazione di un ente nel “club” degli stati, può certamente dipendere da una scelta dei soggetti che lo accolgano, senza che ciò impedisca di asserire che la sua natura effettiva dipenda dalla sua capacità effettiva di essere e agire come *soggetto-stato*. Da ciò, il tema degli stati non soggetti di diritto internazionale, e, viceversa, dei soggetti di diritto internazionale non stati. Che non è fatto puramente formale, nella misura in cui lo stato non tale se non è nemmeno un soggetto di diritto internazionale non dispone né dei diritti (prerogative) dello stato, né di quelli del semplice soggetto di diritto internazionale. E viceversa: un ente capace di essere soggetto di diritto internazionale, può disporre di quei diritti e prerogative che sono proprie degli stati: di quelle, beninteso, che riesce e vuole avere. I diritti e le prerogative dei quali sto parlando, si esprimono in un solo sostantivo: sovranità.

Ne deriva, quindi, che la sovranità, uno dei classici Tabù del diritto internazionale, non è altro che l'ambito di autonomia e di possibilità di azione del soggetto (e quindi non soltanto dello stato), *così come risultante in ogni momento dal confronto dialettico tra le pretese dei soggetti stessi*. Il che determina l'ulteriore conseguenza per la quale la sovranità non solo non ha un contenuto assoluto, ma non può nemmeno, e per definizione, essere “limitata” o “delimitata”, dato che essa è quello che è come risultato/sintesi dialettica tra le sovranità di *tutti* i soggetti, ciascuno (stato, Organizzazione internazionale, Tribunale, *Movimento di Liberazione nazionale*, ecc.) nell'ambito e nello spazio che *si riserva* e che riesca a mantenere, finché ci riesca, nel confronto continuo con tutti gli altri soggetti di diritto internazionale, stati e non e che, pertanto, gli viene riconosciuto dalla Co-

munità internazionale, come suo ambito di competenza. Si potrebbe, dunque, parafrasare il brocardo famoso, con cui ho aperto questi studio, in: *rex in limine suo superiorem non recognoscens est imperator*.

E allora, per concludere, lo stesso principio della “uguaglianza sovrana” è un principio di convenienza convenzionale, per lo più di carattere formale: la sovranità (cioè il margine di autonomia effettiva) del soggetto di diritto internazionale, lungi dall’essere una qualità o una prerogativa assoluta, è la risultante, anzi la sintesi dialettica, delle sue capacità effettive in relazione alle capacità effettive degli altri soggetti, che dunque è quella che è, *tale*, per ciascun soggetto in ciascun momento della vita della Comunità internazionale. *Tale* perciò, nei limiti e nei termini, che lo stesso soggetto si autoassegna, per cui un *Movimento di Liberazione nazionale* ha certamente la competenza di cercare la realizzazione dell’indipendenza o del rovesciamento del regime, ecc., ma non dispone, come ovvio, né di una disponibilità territoriale effettiva, né di una capacità di governo piena, pur se è tale, proprio e principalmente, perché e finché riesca, limitatamente al proprio ambito di competenza, ad entrare in relazione con gli altri soggetti, obbligatoriamente su un piede di parità. *L’eguaglianza sovrana*, perciò, è l’eguaglianza dei soggetti nell’ambito delle rispettive competenze, così come rese effettive dalle rispettive capacità e perfino *volontà* di farle valere.

Non esiste, dunque, una limitazione di sovranità e, pertanto, meno che mai una sovranazionalità (già di per sé un concetto insulso: se la sovranità è tutto, non può esistere un più tutto): esistono invece i confini, o meglio i termini, in cui la sovranità si svolge, per volontà libera del soggetto stesso che ne dispone. In quei termini e in quei limiti, la sovranità perciò è sempre eguaglianza.

INDICE DELLE OPERE CITATE

A

- BEN ACHOUR R., v. Zanghì
- R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano (Giuffrè) 1950, 177
- AINIS M., SGARBI V., *La Costituzione e la bellezza*, Milano (La Nave di Teseo) 2017, 126
- AKANDE D., *The Diversity of Rules on the Use of Force: Implications for the Evolution of the Law*, in *EJIL Talk* 11.11.2019, in <http://www.ejiltalk.org/the-diversity-of-rules-on-the-use-of-force-implications-for-the-evolution-of-the-law/>, 177
- ALFANO G., v. Boccaccio
- ALEXY R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg (Alber) 2011, 50, 135, 147
- , *Theorie der Grundrechte*, Berlin (Suhrkamp Taschenbuch Verlag) 1994 (1985), 135
- NORMAN ANONYMUS, v. Ginther
- ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale, Introduzione e teorie generali*, Padova (Cedam) 1964 (ma 1927), 173
- ARANGIO-RUIZ G., *Second Report on the International Responsibility of States*, p. 42, *UN Doc.*, A/CN.4/ 425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, 236
- , *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and*

the Declaration of Principles of Friendly Relations, in *Recueil des Cours*, 1972, vol. III, p. 457, 68, 216

–, *Gli enti soggetti dell'Ordinamento internazionale*, Milano (Giuffrè), 1951, 216, 243

–, *Le domaine réservé l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, *Cours Général de l'Académie du DI*, 1990, ma 1984, 255

ASIMOV I., *Runaround*, in *I Robot*, New York (Harper Voyager) 2013 (ma 1950), 42

B

BELOW M., *Territorial Politics and Secession: Constitutional and International Law Dimensions*, Sofia (Palgrave, Macmillan) 2021, 63

BERNARDINI A., *Dall'Iraq e Jugoslavia all'Ucraina: contro la sovranità statale e l'autodeterminazione dei popoli*, in GUARINO G. (a cura di), *Il diritto internazionale*, v. p. 11 ss., 84

VON BERTALANFFY L., *Perspectives on general system theory: scientific philosophical studies*, New York (Braziller) 1975, 45, 229

BETRÒ M.C., *Racconti di viaggio e di avventura dell'antico Egitto*, Brescia, 1990, 71

- BETTI E., *Problematica del diritto internazionale*, Milano (Giuffrè) 1956, 224
- BOAVENTURA DE SOSA S., *Toward a new legal common sense: Law Globalisation and Emancipation*, Cambridge (Un, Printing House) 2002, 99
- BOBBIO N., *Contratto sociale oggi*, Napoli (Guida) 1980, 135
- , *Stato governo e società*, Torino (Einaudi) 1978, 159
- BOBBITT P., v. Calabrese
- BOCCACCIO G., *Decameron*, (a cura di QUONDAM A., FIORILLA M., ALFANO G.), Milano (BUR) 2013, edizione Kindle, 10, 97
- BONCINELLI E., *Noi siamo cultura: perché sapere ci rende liberi*, Milano (Rizzoli) 2015, 165
- BRIGGS H.W., *Recognition of States: some Reflections on Doctrine and Practice*, in *American Journal of International Law*, 1949, 247
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Stato, Costituzione, Democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, (*Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und Verfassungsrecht*, Frankfurt, 1991) Milano (Giuffrè) 2006, 262
- , *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Säkularisation und Utopie*, in *Ebracher Studien E, Forsthoff*, Stuttgart 1967, 262
- , *Staat Gesellschaft Freiheit, Studien zur Staatstheorie zum Verfassungsrecht*, Frankfurt M. (Suhrkamp) 2016, 262, 264
- BOURDIEU P., *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, in *The Hastings Law Journal*, 1987, p. 816, 105, 106
- BRADLEY C., *The Costs of International Human Rights Litigation*, in *Chi. J. Int'l L.*, 2001, p. 4588, 138
- BRAIDOTTI R., *Il postumano: la vita oltre l'individuo, oltre la specie, oltre la morte*, Roma (Derive Approdi) 2020 (trad. da *The Posthuman*, 2013), 44, 87
- BRUGGER W., *Das Menschenbild der Menschenrechte in Jahrbuch für Recht und Ethik*, 1955, 263
- BUCHANAN G., MAITLAND T., *De jure Regni apud Scotos, or A Dialogue concerning the Privilege of Government in the Kingdom of Scotland*, Translated out of the original Latin into English by PHILALETES, London (Richard Baldwin) 1689 63, 257

C

- CALABRESI G., BOBBITT P., *Scelte tragiche*, Milano (Giuffrè) 2006., 99
- CALASSO F., *Origini italiane della formula rex in regno suo est imperator*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1930, 4, 5, 257, 267
- CALASSO F., *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano (Giuffrè) 1957, 5
- CANALE D., *Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività. Ovvero, Deleuze e il problema della ripetizione*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2009, 2, 152
- CARCANO A., *The Transformation of Occupied Territory in International Law*, The Hague (Nijhoff) 2015, 184
- CASSESE S., *Chi governa il mondo?* Bologna (il Mulino) 2013, 171
- CASTALDI G., *La formazione delle norme internazionali: le consuetudini*,

- ibidem*, p. 15 http://video.unipegaso.it/Materiali/LMG-01/Cattaldi/Lezione_IV.pdf, 189
- CHABOD F., *L'idea di nazione*, Bari (Laterza) 1961 (ma 1943), 241
- CICERO V., v. Hegel
- CHITI M., *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2020, 3-4, p. 257 ss., 108
- CHRISTIANSEN B., DEVECCHI E., *Die hethitischen Vasallenverträge und die biblische Bundeskonzeption*, in *Biblische Notizen*, 2013, n. 156, p. 70, 69
- COLSON D., *How Persistent Must The Persistent Objector Be?*, in *Washington Law Review* 1986, p. 957, 138
- CRAWFORD, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 182
- D
- D'AMATO A., *Groundwork for International Law*, in *AJIL*, 2014, p. 650 ss., 126, 127, 142
- , *International Law as an Autopoietic System*, lezione al M. Planck Inst. für Völkerrecht, 15.11.2003, 157, 160, 174, 294
- DANILENKO G.M., *Law-Making In The International Community*, The Hague (Brill) 1993, 195
- D'AURIA M., *Le norme del diritto internazionale e la loro formazione*, Corso Pegaso, p. 10, in [http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/anno IV/DirInt_DAuria/ModII/Lezione_II.pdf](http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/anno_IV/DirInt_DAuria/ModII/Lezione_II.pdf), 198
- Decretalium Dominae Gregorii Papae IX compilato*, 3
- DESJARDINIS M.A., OLIVART, Marquis de, *Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection*, 249
- DE MARTINO S., MILLER J.L., *New results and new questions on the reign of Suppiluliuma I*, Vicchio (Logisma Editore) 2013, 69
- DEUTSCH K.W., HOFFMANN S., *The relevance of International Law. A Festschrift for Prof. Leo Gross*, Cambridge (Schenkman) 1968, 167
- DEVECCHI E., v. Christensen
- , *Suppiluliuma's Syrian campaigns in light of the documents from Ugarit*, in DE MARTINO S., MILLER J.L., *New results and new questions on the reign of Suppiluliuma I*, Vicchio (Logisma Editore) 2013, p. 81 ss., 69
- DERRIDA J., *Force de loi: le "fondement mystique" de l'autorité*, in *Cardozo Law Review*, 1989-90, p. 920 ss., 77 ss.
- DI STASI A., V. Guarino
- , FAUCEGLIA G., MARTINO G., PENNETTA P., *Liber amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2020, 19
- DUPUY P., *Histoire du différend d'entre le pape Boniface VIII et Philippe le Bel*, Paris 1655, 3, 4
- DUNBERRY P., *Incoherent And Ineffective: The Concept Of Persistent Objector Revisited*, in *ICLQ*, 2010, p. 779, 138
- DURKHEIM E., *Lezioni di sociologia. Per una società politica giusta*, Napoli (Orthotes Editrice) 2016, trad. italiana di *Leçons de sociologie. Physique des meures et du droit*, 1950, 7 s., 28, 40, 48, 62, 262, 49

- DUNBERRY P., *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 779, 158
- DWORKIN R., *Taking Rights seriously*, Cambridge (Harvard Un. Press) 1978, 49
- , *Law's Empire*, Oxford (Hart) 1998, 57 ss.
- E
- EISENSTADT S.N., *The political Systems of Empires*, London-New York (Routledge) 1963, 230
- ERCOLE F., *Studii sulla dottrina politica e sul diritto pubblico di Bartolo. I Impero universale e stati particolari. La "civitas sibi princeps" e lo stato moderno*, in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 1917 (Gennaio) Athenaeum, estratto., 120, 257
- , come ad esempio *Da Bartolo all'Alfibusio: saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del rinascimento italiano*, Firenze (Vallecchi) 1932, 267
- EVANS G., *From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2002, vol. 24, 3, p. 703, 255
- , SAHNOUN M., *The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, 2001, 255
- F
- FALK R. (a cura di), *The Vietnam War and International Law*, Princeton (Un. Press) 1968, 244
- , *International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order*, in *Temple Law Quarterly*, 1959, p. 295 ss., p. 306 s., 133, 233
- FALZEA A., *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, Milano (Giuffrè) 1996, 27 s., 30, 103
- , *I principî generali di diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, I, p. 455 ss., ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano (Giuffrè) 1999, 124
- FAUCEGLIA G., v. Di Stasi
- FIORILLA M., v. Boccaccio
- FISCHER-LESCNO A., TEUBNER G., *Reply to Andreas L. Paulus Consensus as Fiction of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 1073, 208
- FITZMAURICE Sir G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*, in *British Y.B. Int'l L.*, 1958 244, 156
- G
- GINTHER J.R., O'SULLIVAN T. (edd.), *The Electronic Norman Anonymous Project. with Software Development by DEERING J.*, St Louis: Center for Digital Theology, Saint Louis University, 2010, <http://normananonymous.org/ENAP/index.jsp?view=edition&tract=1>, 173
- GLEICK J., *Chaos: Making a New Science*, New York (Open Road Media) 2008 ed. Kindle, 158
- GOTTLIEB G., *The Logic of Choice: an investigation of the concepts of Rule and Rationality*, London (George Allen and Unwinn ltd.) 1968, 35, 39

- GRAY J.C., *The Nature and Sources of the Law*, New York (Columbia Un. Press) 1909, 236
- GROSS L., v. Deutsch
- HUGONI GROTII, *De iure belli ac pacis libri tres. In quibus ius Naturae et Gentium, item iuris publici praecipua explicantur*, Amsterdami (apud Johannem Blaev) 1670, 116 s.
- GUARINO A., *Dal diritto romano ai diritti moderni*, in *Labeo*, 1962, p. 98 ss. e in *Pagine di diritto romano*, Napoli (Jovene) 1993, vol. 1, p. 142, anche in *www.antonioguarino.it*, 180
- GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984, 12, 64, 92, 106, 108, 110, 116, 206
- , *Migrazioni e migranti: un paradigma dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in DI STASI A., FAUCEGLIA G., MARTINO G., PENNETTA P., *Liber amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2020, 19, 71, 93, 109
- , *La questione della Palestina nel diritto internazionale*, Torino (Giappichelli) 1994, 26
- , *Il conflitto in Siria tra guerra rivoluzione e terrorismo: alla ricerca di una logica (... normativa?)*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2017, 26, 206
- , *Per una ricostruzione, in termini di sistema, dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Umberto Lanza*, Napoli (Editoriale scientifica) 2009, p. 279 ss., 50, 86, 111, 261
- , *Sovranità dello Stato, Diritti Fondamentali e Migrazione: gli elementi di una Contraddizione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3.5.2015, 109
- , *Palestina e territorio della Palestina: un problema lungi dall'essere risolto*, in *Studi in onore di A. SINGRA*, Roma (Aracne) 2013, 123, 265
- , *Autodétermination des peuples et respect de la volonté populaire*, in *Consulta Online*, 2013, 33, 110, 116
- , *Il trattato di Qadesh: dimostrazioni di forza, appeasement, propaganda. Alle origini del diritto internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, II, p. 185, 69, 120
- , *La Charte Arabe des droits de l'homme dans le système universel des droits de l'homme*, in ZANGHI C., BEN ACHOUR R., *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme*, dialogue italo-arabe 2004, Torino (Giappichelli) 2005, 73
- , *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2016, 172
- , *Per una analisi critica delle basi dell'ordinamento internazionale come sistema*, in *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in *Consulta Online*, 2014 (4.12), 172
- , *Personalità giuridica di diritto internazionale: il caso della Organizzazione per la Liberazione della Palestina*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2004, p. 86, 108, 135, 236, 269
- GUZMAN A., *Saving Customary International Law*, in *Michigan J. Int'l L.*, 2005-2006, 95

H

- HABERMAS J., *Fatti e norme: Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Bari (Laterza) 2013, 50, 52, 70, 81, 100
- HART H.L.A., *The concept of Law*, Oxford (Un. Press) 1961, edizione Kindle, 7, 35, 60, 72 s., 87, 88 s., 102 s., 105, 118 s., 135, 145, 173, 225 s., 268 s.
- HAUG H., *The Minsk Agreements and the OSCE Special Monitoring Mission: Special Issue: OSCE Mediation and Conflict Management: Unraveling Complexities in OSCE Mediation*, in *Securjty and Human Rights*, 2016, p. 342, 218
- HEGEL G.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1822, edizione a cura di Cicero V., Firenze (Bompiani) 2017, 14, 210, 259 s.
- HEXTER J.H., *Power Struggle, Parliament, and Liberty in Early Stuart England*, in *The Journal of Modern History*, 1978, 1, 257
- HOFFMANN S., v. Deutsch

J

- JEHRING R., *La lotta per il diritto*, Bari (Laterza) 1960, 36, 106
- , *Lo scopo nel diritto (Der Zweck im Recht, 1877)* Torino (Einaudi) 1972, 98
- JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin (Häring) 1914, 158, 231
- JENNINGS R.Y., *The Caroline and Mcleod Cases*, in *AJIL*, 1938, p. 82, 75

K

- KANT I., *Zum Ewigen Fieden*, Königsberg (F. Nikolovius) 1795, Ed. Kindle, 263

- KANTOROWICZ E.H., *I due corpi del Re*, Torino, 2012 (ma 1957), 172
- KADENS E.Y., YOUNG E.A., *How Customary is Customary International Law?*, in *William and Mary Law Review*, 2012-2013, p 885, 189
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, Wien (Deutliche) 1960, 6, 48, 50, 51, 60, 88, 90, 102, 113, 117, 129, 135, 136, 144, 147, 162, 197 s.
- , *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Aalen (Scientia) 1960 (1927), 125, 173, 268
- , *The Essence of International Law*, in DEUTSCH K.W., HOFFMANN S., *The relevance of International Law. A Festschrift for Prof. Leo GROSS*, Cambridge (Schenkman) 1968, p. 86, 197
- , *General Theory of Law and State*, New Brunswick and London (Transaction Publishers) 2007, 167
- , *Principles of International Law*, (Revised by TUCKER W.), New York (Holt Reinhart and Winston) 1967 (1952), 190, 201
- VAN DE KERCHOVE M., OST F., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris (PUF) 1992, 210 s., 214, 223
- KOPPEL B., 134
- KONTOROVICH E., *Inefficient Customs In International Law*, in *William & Mary L. Rev.*, 2006-2007, 68
- KOROWIN E.A., *Das Völkerrecht der Übergangszeit: Grundlagen der völkerrechtlichen Beziehungen der Union der Sowjetrepubliken*, Berlin (Walther Rotschild) 1929, 199
- KUNZ J.L., *Sanctions in international law*, in *AJIL*, 1960, p. 324 ss., 184
- , *The nature of customary international Law*, in *AJIL*, 1953, p. 666, 132

L

- LANAGILLE B., *It's "Instant Custom": How the Bush Doctrine Became Law after the Terrorist Attacks of September 11, 2001*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2003, p. 145, 40, 66
- LASZLO E., *Evolution, the Grand Synthesis*, Boston (Shambala, New Science Library) 1987, 198
- LAU H., *Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law*, in *Chicago J. Int'l L.*, 2005-06, p. 495, 138
- LAUTERPACHT SIR H., *Private law sources and analogies of International Law: with special Reference to International Arbitration*, London (Longmans) 1927 (The Lawbooks Exchange, Clark, 2013), 236
- LOSCHIN L., *The Persistent Objector And Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework*, in *U.C. Davis Journal Of International Law & Policy*, 1996, p. 148, 138
- LUHMANN N., *Esistono ancora norme indispensabili?*, Roma (Armando editore) 2013, 36, 49, 83, 99, 100
- , *Rechtssoziologie*, Wiesbaden (Verlag für Sozialwissenschaften) 2008, 105, 160, 234
- , *Complessità e democrazia*, in *Id.*, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli (Guida) 1978 (trad. it. di *Politische Planung* Opladen 1971, e lo scritto cit. è *Komplexität und Demokratie*, in *Politische Vierteljahresschrift*, 1969 (X), 163
- , *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. it. di *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politi-*

schen Soziologie, 1965, Bari (De-
dalo) 2002, 229, 235, 251

M

- MADSEN M.R., *Sociological Approaches to Constitutional Law*, in *University of Copenhagen, iCourts working Papers* n. 212, 2020, 104
- MAITLAND T., v. Buchanan
- MANDELBROT B., *Les objets fractales*, Paris (Flammarion) 1984 (ma 1975), 29, 30, 35, 56, 174
- MARGIOTTA C., *Secession in Law: A Revolutionary or a Conservative Concept?*, in *BELOW M.*, *Territorial Politics and Secession: Constitutional and International Law Dimensions*, Sofia (Palgrave, Macmillan) 2021, 63
- MAO ZEDONG, *Il libretto rosso*, Enna (Gaeditori) 2019, 40
- MADDALENA P., *La rivoluzione costituzionale. Alla riconquista della proprietà pubblica*, Reggio Emilia (Diarkos) 2020, 234
- MARINO DA CARAMANICO, *Prooemium Glossatoris In Constitutiones Regni Siciliae*, (1231), 5
- MARTINO G., v. Guarino
- MASON W.P., *Report of the Case of the Jeune Eugenie*, Boston (Wells and Lilly) 1922, 214
- MCCLANE J.B., *How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object?*, in *ILSA Journal of International Law*, 1989, p. 11, 154
- MCDUGAL M.S., *The Impact of International Law upon National Law: A Policy-Oriented Perspective*, in *South Dakota Law Review*, 1959, p. 25, 214

- , SCHLEI N., *The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security*, in *Yale L.J.*, 1954-1955, p. 648, ss., ad es., p. 656, 188
- MELOGRANI P., *Saggio sui potenti*, Bari (Laterza) 1977), 66
- MILLER J.L., v. De Martino
- MOORE J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the US has been a party*, Washington (Gov. Print. Off.) 1898, 68
- MORELLI G., *Nozioni di diritto internazionale*, Padova (Cedam) 1955, 159
- MORGENTHAU H., *The Problem of Sovereignty Reconsidered*, in *Columbia Law Review*, 1948, 214
- MORTATI C., *La Teoria del Potere Costituente*, Macerata (Quodlibet) 2020 (ma 1945), 262
- MOSLER H., *The International Society as a Legal Community*, Corso Generale Accademia dell'Aja, 1974, I, 254
- O
- ORTEGA Y GASSET J., *La ribellione delle masse*, Milano (SE) 2001 (1929), 234
- OPPENHEIM L., *International Law a treatise*, London (Longmans) 1905, I, 118, 204
- , *The Future of international Law*, Oxford (Clarendon) 1921, 119
- P
- PARSONS T., *Sistema politico e struttura sociale*, Milano (Pigreco edizioni) 2014 (*The Social System*, 1951), 52, 54
- PASCALE G., *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Napoli (Jovene) 2017, 111
- PAULUS A.L., *Commentary to Andreas Fischer-Lescano & (and) Gunther Teubner - The Legitimacy of International Law and the Role of the State*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 1047 ss., 214
- PENNETTA P., V. Guarino
- PERASSI T., *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1912, 231
- PETERS A., *Constitutionalisation*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941412 *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), pp. 579 ss., 74
- , *Tierwohl als globales Gut: Regulierungsbedarf und - Chancen*, in *mpil research paper series* no. 2016-03, 43
- PICONE P., *Unilateralismo e guerra contro l'ISIS*, in *Rivista dir. Int.* 2015, p. 5 ss., 67
- , *Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno stato individualmente leso*, in *Rivista dir. Int.* 2013, p. 5 ss, 67
- PONTECORVO M.C., *Climate change mitigation and international trade: conflicts and resolution mechanisms*, Napoli (Satura) 2013, 270
- PRINGLE J.W.S., *On the Parallel between Learning and Evolution*, in *Behaviour*, 1951, 42, 43
- PUMA G., *Riconoscimento di Governi, rottura della relazioni diplomatiche e trattamento della sede della missione: il caso della crisi costituzionale venezuelana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 462, 108

Q

- QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli (Liguori) 1968, 26, 220
- , *Le fondement du caractère obligatoire du droit international public*, in *RCADI*, 1952 vol. 80, p. 622, 178
- , *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova (Cedam) 1936, 109
- QUIDENUS C., v. Tichy
- QUONDAM A., v. Boccaccio

R

- RASI A., *Lo sviluppo dei principi generali di diritto nel tempo*, in *RDI*, 2020, p. 959, 170
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, trad. it. di *A Theory of Justice*, Cambridge (Harvard Un. Press) 1971, 1999, Milano (Feltrinelli) 1998 ed. Kindle, 49, 74
- , *The Law of Peoples*, Cambridge Mass. (Harvard Un. Press) 1999, 161
- REISMAN M., *The Cult of Custom in the late 20th Century*, in *California Western Int'l Law J.*, 1987, 198
- RICCARDI A., *La potenza profonda*, in *Limes*, 2009, n. 2, 26
- RICCIARDI M., v. Tönnies
- RICHEMOND-BARAK D., *Double Duty at the ICC*, in *EJIL blog*, in <http://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc/>, 123
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze (Sansoni) 1977 (ma 1945), 2, 117, 179, 185, 268
- ROSS A., *A Textbook of International Law*, London (Longmans) 1947, 136, 235

- , *Towards a realistic Jurisprudence*, Copenhagen 1946, ora Aalen (Scientia Verlag) 1989, 236

S

- SAHNOUN M., v. Evans
- SALERNO F., *L'obbligo di non riconoscimento di situazioni territoriali illegittime dpo il Parere della Corte Internazionale di Giustizia sulle isole Chagos*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 729, 221
- SCHARF M., *How the War Against ISIS Changed International Law*, in *Case W. Res. J. Int'l L.*, 2016, p. 15, 187
- SCHIAVONE A., *Eguaglianza: una nuova visione sul filo della storia*, Torino (Einaudi) 2019, 41, 193
- SCOVAZZI T., *Come se non esistesse*, in *RDI*, 2021, p. 167, 269
- SCHLEIN N., v. McDougal
- SCHMITT C., *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, trad. it. di *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Brln, 1934, Bologna (Il Mulino) 1972, 90
- SCHWEBEL S.M., *Confrontation, Consensus and Codification in International Law*, *Proceedings of the American Branch of the International Law Association*, 1979, p. 141, 216
- SIMON H.A., *The Logic of Rational Decision*, in *The British Journal of the Philosophy of Science*, 1965, 43
- SOHN L.B., "Generally Accepted International Rules", in *Washington Law Review*, 1986, p. 1073, 186
- STEIN T., *The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, in *Harv. Int'l. L. J.*, 1985, 138

T

- TANCO M., v. Moore
- TEICHMAN R.J., *King James I, Parliament and the Great Contract, 1603-1610*, Loyola University Chicago Dissertations, 1973, 257
- TEUBNER G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M (Suhrkamp) 1989, 6, 44, 294
- , *The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy*, in *Law and Society Review*, 1997, 172
- , v. Fischer-Lecsno
- TICHY H., QUIDENUS C., *Consolidating the International Legal Personality of the OSCE, A Headquarters Agreement with Austria*, in *International Organization Law Review*, 2017, p. 403, 218
- TESÒN F.R., *The Kantian Theory Of International Law*, in *Columbia Law Review*, 1992, 263
- THORNHILL C., *Legal Revolutions and the Sociology of Law*, in *Sociology & Legal Studies*, 2014, 104
- THORNHILL C., *A sociology of Constitutions: Constitution and State legitimacy in historical-sociological perspective*, New York (Cambridge Un. Press) 2011, 111, 113
- Tladi D., *Second Report on jus cogens*, ILC, UN Doc., A/CN.4/706, 223
- TÖNNIES F., *Comunità e Società*, Roma Bari (Laterza) 2014 (ma 1887, trad. italiana di RICCIARDI M.) ed. Kindle, 32, 34
- TOURTOULLON DE P., *Placentin: la vie, les oeuvres*, Paris (Librairie Marescq aîné) 1896, 5
- TRIEPEL H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig (Hirschfeld) 1899, 55, 202, 268

Y

- YAMAGATA H., *Responsibility to Protect Democracy as a Robust International Legal Order*, in *Ritsumeikan International Affairs*, 2009, p. 21, 255

W

- WALDOCK H., *General Course, RCADI*, 1962, 21
- WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, 1921 ed. Kindle, 49, 78
- WEBER M., *Il metodo nelle scienze sociali*, (a cura di ROSSI P.) Torino (Einaudi) 2003, (trad. Di *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, in «Logos», IV (1913), *Alcune categorie della sociologia comprendente*, ed. Kindle, 96
- , *Alcune categorie della sociologia comprendente*, (*Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, in *Logos* 1913), ora in *Il metodo delle scienze sociali*, Torino (Einaudi) 1958 (1922), ed. Kindle, 101
- WEIL P., *Towards Relative Normativity In International Law?*, in *AJIL*, 1983, p. 413, 138
- WEISS P.A., *The basic Concept of Hierarchic System*, in Id. (a cura di), *Hierarchically organized systems in theory and practice*, New York (Hafner) 1971, 39, 126, 271
- WIENER N., *The human use of human beings: cybernetics and society*, Jackson (Da Capo Press, Perseus Books Co.) 1988, 45
- WOOD M., *Third Report on Identification of Customary International*

Law, A/CN.4/682, 7.8.2015, 156, 182, 189

Z

ZANGHÌ C., BEN ACHOUR R., *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l'Homme*, dialogue italo-arabe 2004, Torino (Giappichelli) 2005, 73

ZICCARDI P., *Diritto internazionale odierno: nozione e contenuto*, Milano (Giuffrè) 1964, 2

ZIMMERMANN A., *Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis? Reach and Limits of Declarations under Article 12(3)*, in *Journal*

of International Criminal Justice, 2013, II, p. 303, ss., 123

–, *Does 19 + 11 Equal 30?: the Nitty Gritty of the Law of Treaties and the Kampala Amendment to the Rome Statute on the Crime of Aggression*, in *EJIL blog*, in <http://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc/>, 123

–, *29 + 1 = 30 – The Kampala Amendment on the Crime of Aggression and the Recent Accession by Palestine*, in *EJIL blog*, in <http://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc/>, 123

INDICE ANALITICO

A

Accertamento della norma, 192
Afghanistan, 226
African Charter of Human Rights and Peoples' Rights, 110
Anarchia, 10 ss.
definizione organizzativa della –
– regolatrice della Comunità internazionale, 81
– Fondamento del diritto internazionale, 174
Andorra, 25
Apology, 257
Ashburton lord, 74
Augusta, pace di, 258
Autodeterminazione, 64, 112, 261
Autopoiesi, 37, 90 ss., 142
Auto-organizzazione dei gruppi umani, 34 s.
organizzazione di fatto dei –, 34
Autorità, 2, 12
– legittima, 15
Creazione della –, 95 ss.

B

Barcelona Traction Light and Power Company Ltd., 8
Bartolo da Sassoferrato, 4
Bonifacio VIII, 3
Bundesverfassungsgericht, 108, 163 ss.
Bush, dottrina, 198 s., 205

C

Caino, 72, 74, 139
Caos, 31, 82
Caroline, 74
Certezza del diritto, 195
CGUE, Brita, 107
Chiesa Cattolica, 242
CIG (CPGI), 23
– Art. 38, 23, 170, 197 ss., 203, 222
Parere consultivo sul Muro in Palestina, 107
Cittadinanza, 22
Coercizione, 50
– e sanzione, 51
Comando
– gerarchia, v. norma, 39
Competenza, 70
Complementarietà, 85
Complessità, 43
Comunità, 31
– internazionale, 2, 121 ss.
– – necessaria, 212
– sistema complesso, 130 ss.
– e funzionamento del –, 131 ss.
Conferenza internazionale, 15
Consensus, 16
Consuetudine, 137, 189 ss.
Inesistenza della – come strumento di formazione delle norme, 138
Consuetudo est servanda, 209
Contratto sociale, 17, 98, 135
– fittizio, 70
Controlimiti, 163

- Convenzione Vienna diritto dei trattati, 145, 182
 Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, 204
 Corte Penale internazionale, 55, 84, 133
 Costituzione, 57, 74, 79, 98, 105, 237
 pretesa di cambiamento della –, 59ss.
 – italiana
 Art. 10, 264
 Art. 117, 264
 CPGI, 149
 CSCE, 15
- D
- Debellatio*, 76
 Dialettica, formazione – delle regole, 11
 Dichiarazione Universale sui Diritti dell'uomo, 109
 Difesa, legittima, 74
 Dioneo, 10
 Diritti dell'uomo, 37, 52, 86 ss., 93
 – parte degli ordinamenti interni, 55
 Diritto a ribellarsi, 63
 Diritto naturale, 11
 Divieto (generale) di uso della forza, 168, 177
Diuturnitas, 152
- E
- Effettività, 80, 109, 112
 Eguaglianza
 – dialettica, 29
 – sovrana, 201 ss., 206 ss.
 Enrico IV, 55 s., 146, 151, 188
 Ente, soggetto, 203
 Entropia, 19, 45, 58, 267
 – e evoluzione, 166 ss.
 Erdogan, 60
erga omnes, 108, 133
 Evoluzione, 19, 146, 194
- F
- Fascismo, 60
 Filippine, 243 ss.
 Filippo “il Bello”, 3 ss., 30 s.
 Fini di una società o comunità, 41
 Fonte, 2, 12, 20, 89
 – di produzione, 2, 72
 Formazione dialettica della norma, 201
 Forza della legge, 77
 Frattali, 29
- G
- G7, 15
 Garanzia, 12, 70
 Gerarchia, 38, 101
 Germania, 60
 GG: Grundgesetz, 36
 Art. 25, 264
 Giustizia, 37
 Globalizzazione, 67
 Goveno fantoccio, 263
 Gran Bretagna, 14
Grundnorm, 60, 117, 135
 Gruppo sociale
 – elettivo, 28
 – di fatto, 28
 e accettazione di fatto delle regole, 29
 Guerra Mondiale II, liceità della, 154
- H
- Hitler, 83
 Hussein, Saddam, 107
- I
- Illecito, illiceità, 61
 Innocenzo III, 29 ss.
 Interpretazione, 37
 – e autopoiesi, v.
 Imposizione delle norme, 29

- Indifferenza per il diritto, 20
 Individuo, 1
 Indonesia, 14
 Interazione fra le norme, 145 ss.
 International Community as a whole,
 7, 13, 180, 184
 International status of South West
 Africa, 23
 “Interpermeabilità” dei sistemi giuri-
 dici, 170
 Iraq, 107, 203, 227
 ISIS (*Dā ‘ishb*), 26
 Isola delle Rose, 25
 Israele, 107
 Istituzione, 2
 Italia, 60
Ius respondendi ex auctoritate principis,
 117 ss., 181
Ius est factum, 179
Ius non est factum, 225
- J
- James VI (poi I), 257
 Jeune Eugenie, la, 149
- K
- Khattushili III, 69, 256
 Kosovo, 25, 241
 Parere consultivo CIG sul –
- L
- Legge, forza della, 77 ss.
 Legittimità, 58 ss., 78 ss.
 – del regime, 18, 63
 – delle norme poste, 29, 101
 – dell’ordinamento giuridico, 59, 62
 – verifica della – della Costituzione,
 59 s.
 a maggioranza, 61
 Libia, 68
 Limitazione, 24
- Lisbona, 14
 Lotus, 149, 186
 Lukaschenko, 60
- M
- “Macchina” giuridica, 27 ss.
 funzionamento della –, 35
 Maggioranza, 2, 161
 Magna Charta, 257
 Mandato della SdN, 20
 Montevideo, convenzione di, 22, 24
 Monaco, Principato di, 25
 Morale, 56, 100
 – e diritto, 56 ss.
Movimento di Liberazione nazionale,
 242, 262
 Muro, legittimità della costruzione del,
 21
 Mussolini, 83, 102
 Münster-Osnabrück, 258
 Muwatalli, 256
 Myanmar, 14
- N
- Nauru, 25
 Nazismo, 60
 Norimberga, tribunale di, 82 ss., 155,
 194
 Funzione rivoluzionaria del –, 83
 Norma, 2
 – consuetudinaria, 14
 – generale, 141 ss.
 – *in itinere*, 14
 Formazione della –, 224
 Modifica delle –, 28
 gerarchia delle –, 39
 e differenza tra – giuridiche e so-
 ciali, 48 ss.
 e giudizio, 49
 – posta, 56
 – e prassi, 178
 North Sea Continental Shelf, 186

Nottebohm, 19
nulla poena sine lege, 84
nullum crimen sine poena, 84

O

Obbligo, 8
Erga omnes, 8
 Organizzazione internazionale, 20
 OLP, v. Palestina
 OMC, 2
Opinio iuris sive necessitatis, 152
 Ordinamento giuridico, 1
 – ordinamento di garanzia, 20
 – interno, 62
 Ordinamento giuridico internazionale,
 62
 – più vasto di quelli interni, 65 s.
 – come sistema generale, 124
 – e gerarchia, 125
 Organo
 – Abilitato ad emettere norme, 12
 di fatto, 9
 OSCE, 15

P

pacta sunt servanda, 90, 209 ss.
 Palestina, 26, 107, 245, 248
 Pampinea, 10
Paquete Habana, 55, 148 s., 151, 176,
 186 s., 204
 Patti delle NU sui diritti dell'uomo,
 109
Persistent objector, 13, 134, 137, 153,
 172, 223
Per venerabilem, decretale, 30
 Piacentino, 5
 Popolo, 1, 63, 258 ss.
 Potere, 1, 54
 – esecutivo, 2
 – giurisdizionale, 2
 – legislativo, 1
 Prassi, valore della, 76

– Come processo, 176
 Funzione evolutiva della –, 184 ss.
 – Come fonte di cognizione, 182
 Primitività dell'ordinamento interna-
 zionale, 66, 173 ss.
 Procedimento, 57 s.
 Procedura, 13

Q

Qadesh, battaglia di, 4, 69
 Quebec, 65

R

Ragione, 43, 127
 – e intelligenza artificiale, 45
 – e regole sociali, 52
 Ramses II, 69, 256
 Razzismo, 193
 Rechtsgemeinschaft, 6, 166
 Regime (politico), 18, 67
 Requisiti, 256
 Regole primarie e secondarie, 73
 Religione, 11
 Responsabilità, 8
 Draft articles, 8 s.
 Requisiti dello stato, 22
 Responsibility to protect, 81, 110
Restitutio in integrum, 132
 “Retroattività”, 147 ss.
*Rex in regno suo superiorem non reco-
 gnoscens est imperator*, 4
 Riconoscibilità, 60
 Riconoscimento
 – della norma, 48 ss., 143, 159
 Riparazione, 167
 Rivoluzione, 15, 18, 36
 legittimità della –, 18, 80 ss.
 autodefinizione della –, 18
 Robot, 42

- S
- Sanzione, 161 ss.
 meccanismi della – in una struttura complessa, 163 ss.
- Santa Sede, 26
- San Marino
 “Scelta tragica”, 36 ss., 99
- Schiavismo, 193
- SdN, 23, 154
 – Art. 22, 23
- Sinhue, 71
- Sistema, 1
 – organizzato, 11
 – giuridico, 1, 6
- Società, 31
 – definibile nel tempo e nello spazio, 33
- Soggetto, 8, 71
 Differenziazione per qualità, 240 ss.
- Sovraordinazione, 10
- Soggetto, 1, 31, 235 ss., 259 ss.
- Società, 2
 – interna, 2
- Soddisfazione, 132
- Sovranazionalità, 126, 163
- Sovranità, 3
 – dialettica, 93, 161 ss.
 Limitazione della –, 251 s.
- Stalin, 26
 “Statehood”, 248
- Stato, 2, 258 ss.
 Creazione dello –
 – Organi dello, 8
- Straniero, 60
- Suzeraineté, 113 s.
- T
- Territorio, 62
 – Integrità territoriale
- Tierrechtswissenschaft, 44
- Tokyo, tribunale di, 82
- Trattato, 15
- Tribunale per la ex Jugoslavia, 83 s.
 TUE art. 6 e 7, 170
 Turchia, 24, 60, 150
- U
- UE, 14
- Unamon, 71
universitas, 4
- UN, 14
 – Art. 2.7, 129
 – Art. 42, 129
 – Cap XI e XII, 129
 – resolutions
 2625 (XX), 4, 80, 92, 102
 67/19
 – Assemblea Generale, 208
 – Consiglio di Sicurezza, 208
- Unanimità, 2
- Universalismo, 169 ss.
- USA, 107
- Usage, 154
- V
- Validità, 57 s.
- Vaticano, città del, 26
- Vereinbarung, 55
- Verticalizzazione, 9
- Vietcong, 291
- Volontà “esterna”, 31
- Y
- Yalta, 69
- W
- Webster, 74
- Westfalia, 81
- Wimbledon, 150
- Z
- Zwangsordnung, 6

