

## L'OBBLIGATORietà DEL DIRITTO INTERNAZIONALE: ELABORAZIONE DI UNA TEORIA DELLA "VOLONTÀ ARBITRARIA"

Rosario Fiore\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Monismo e dualismo – 3. Il monismo statualista. Austin, Hegel e Jellinek – 4. Il monismo internazionalista in Hans Kelsen – 5. Il monismo internazionalista in Hans Kelsen – 6. La teoria della "volontà collettiva" di Rolando Quadri – 7. Il diritto internazionale cogente – 8. Considerazioni conclusive. Elaborazione di una teoria della "volontà arbitraria".

1. – È stato giustamente osservato<sup>1</sup> che il tema dell'obbligatorietà del diritto internazionale<sup>2</sup>, ossia il problema del suo "fondamento giuridico", si è posto con l'avvento del giuspositivismo ottocentesco, nel momento in cui precisamente si è negata l'ammissibilità di un diritto "naturale" a carattere universale, ossia al di sopra degli Stati e si è, invece, affermata la teoria, giuspositivistica appunto, secondo cui sono norme giuridiche esclusivamente quelle che vengono date da un superiore politico.

Tutte le altre possono essere morali, sociali, religiose, ma non giuridiche in senso stretto: col giuspositivismo, in altri termini, il fatto oggettivo della sfera giuridica è la "legge", cioè quell'insieme di norme poste volontariamente da un organo statale *ad hoc*, il legislatore.

In conseguenza di ciò, il giusnaturalismo viene respinto radicalmente come arbitrario, perché il giunaturalista immagina o vagheggia una "natura umana" come gli è più congeniale, deducendo poi da essa diritti ed obblighi

\* Cultore di Diritto Sociale dell'Unione Europea e di Diritto Internazionale all'Università degli Studi di Palermo. Segretario generale dell'Istituto Mediterraneo studi internazionali, Palermo.

<sup>1</sup> Focarelli, *Lezioni di Storia del Diritto Internazionale*, Perugia, 2007, 92 ss.

<sup>2</sup> Giuliano, *Considerazioni sulla costruzione dell'ordinamento internazionale*, in *Com. Studi*, Vol. II, 1946, 175-221; S. Romano, *Corso di Diritto Internazionale*, IV ed., Padova, 1939; Cereti, *L'ordinamento giuridico internazionale*, Genova, 1925; Balladore-Pallieri, *Le dottrine di Hans Kelsen ed il problema del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale*, in *Riv. Dir. Int.*, 1935, ; G. Salvio, *Lezioni di Diritto Internazionale*, Firenze, 1956; Focarelli, *Diritto internazionale – II*, Padova, 2012; Conforti, *Diritto Internazionale*, VIII ed., Napoli, 2010; Quadri, *Diritto Internazionale Pubblico*, V ed., Napoli, 1968.



privi di qualsiasi aggancio alla realtà oggettiva; di contro, il giuspositivista ottocentesco ritiene “diritto” soltanto l'insieme delle norme prodotte dallo Stato, essendo quest'ultimo l'unica autorità capace di porsi come “superiore politico” rispetto agli individui nel senso di ottenerne l'obbedienza attraverso norme la cui trasgressione è efficacemente punita con sanzioni<sup>3</sup>.

Osserva giustamente Ferrari Bravo che, storicamente, il giuspositivismo si è affermato come reazione alla Rivoluzione Francese e alla dottrina giusnaturalistica dei diritti fondamentali innati e quindi anteriori ai governi e alle leggi nazionali; tant'è che uno dei risultati della Rivoluzione fu la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* approvata dall'Assemblea Nazionale il 26 Agosto 1789: se ne deduce, quindi, che “il giuspositivismo è servito al consolidamento delle strutture politiche esistenti e soprattutto alla difesa degli emergenti regimi costituzionali”<sup>4</sup>.

2. – Il dibattito sull'obbligatorietà giuridica del diritto internazionale, ha visto e vede tutt'ora contrapposte, sostanzialmente, due macro teorie: il monismo e il dualismo<sup>5</sup>.

In buona sostanza, la teoria monista sostiene l'esistenza di un unico “macro-ordinamento”, mentre la teoria dualista ipotizza l'esistenza di due ordinamenti distinti: nel primo caso, le norme di diritto internazionale sono direttamente applicabili nell'ordinamento interno senza necessità alcuna di procedure di adattamento o di ricezione; al contrario, per la teoria dualista, le norme internazionali non sono direttamente applicabili nell'ordinamento interno, necessitando di una apposita procedura di adattamento recettizio, come, ad esempio, nella nostra Costituzione è prevista una procedura di adattamento alle norme generali del diritto internazionale contenuta nell'art. 10, comma 1.

All'interno della teoria monista, tuttavia, si sono sviluppate due contrapposte visioni, l'una internazionalista e l'altra internista o statualista.

Secondo la versione internazionalista, di kelseniana teorizzazione, il diritto statale trae fondamento dal diritto internazionale, al cui livello più alto si collocano i principi fondanti di quest'ultimo. Questo modello tende, quindi,

<sup>3</sup> Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 8 ss.

<sup>4</sup> Ferrari Bravo, *Lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1998, 51.

<sup>5</sup> Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, 4° Edizione, Padova, 1964.

a costruire l'ordinamento internazionale come espressione di un'esperienza giuridica più ampia di quella degli Stati e prevalente rispetto ad essa<sup>6</sup>. Esso esprime l'idea della continuità tra ordinamenti nazionali, di carattere parziale, e ordinamento internazionale, di carattere universale, uniti all'interno di una concezione unitaria del fenomeno giuridico. Corollario di tale unità è l'assunzione del carattere del primato e dell'effetto diretto delle regole internazionali sui sistemi giuridici nazionali.

Secondo la versione statualista, il concetto di unità è riconducibile alla volontà dello Stato, configurandosi il diritto internazionale come una mera derivazione o delegazione degli ordinamenti interni, che volontariamente ed unilateralmente si autolimitano.

Nell'ambito di quest'ultima versione statualista, convivono ulteriormente due opposte posizioni: l'una riconducibile sostanzialmente ad Hegel e a Jellinek, i quali non negano la giuridicità del diritto internazionale, considerato quest'ultimo, come già detto, una mera autolimitazione di sovranità da parte di ciascuno Stato, l'altra riconducibile al giuspositivismo inglese, la cui maggiore espressione, come vedremo, è rappresentata da John Austin, che di contro invece nega la giuridicità delle norme internazionali.

3. – La teoria monista statualista è stata originariamente formulata da due studiosi tedeschi – Justus Moser e Georg Friedrich von Martens - ma fu compiutamente sviluppata dalla giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento (Bergbohm, Jellinek, Kaufmann e Wenzel)<sup>7</sup>.

Essa si ricollega all'idea, di derivazione hegeliana, ripresa e ulteriormente sviluppata da Jellinek, dell'autolimitazione dello Stato: il diritto internazionale, di per sé, non esiste come ordinamento giuridico ed in tanto vi sono norme giuridiche internazionali obbligatorie, in quanto siano poste direttamente da ogni singolo Stato, come diritto statale esterno.

Secondo questa teoria, non si pone alcuna alcuna relazione tra diritto internazionale e diritto interno, trattandosi di rapporti tra due categorie di norme entrambe interne all'ordinamento statale. In altri termini, l'unicità dell'ordinamento giuridico non comporta, secondo l'impostazione monista

<sup>6</sup> Cannizzaro, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, 451 ss.

<sup>7</sup> Monaco-Curti Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte generale*, Utet, Torino, 2009, 330.

statualista, alcun problema in ordine all'adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale, configurandosi quest'ultimo come una mera derivazione o delegazione degli ordinamenti interni. Tale unità sistematica è riconducibile al meccanismo del "riconoscimento", per un determinato ambito delle relazioni giuridiche, delle norme di diritto internazionale da parte della costituzione dello Stato sovrano<sup>8</sup>. Attraverso tale "riconoscimento" il diritto internazionale diviene parte dell'ordinamento giuridico statale, che quindi conserva nei suoi confronti il carattere di ordinamento sovrano: ne deriva, dunque, che mentre per la teoria monista il diritto internazionale trova il proprio fondamento nel diritto statale, di cui rappresenta una espressione, la teoria dualista invece postula l'esistenza di due ordinamenti originali ed autonomi, l'uno statale l'altro internazionale, che si coordinano a mezzo di apposite procedure di adattamento<sup>9</sup>.

Nell'ambito del monismo statualista, tuttavia, le posizioni dottrinali divergono tra coloro i quali, come Austin, negano la giuridicità del diritto internazionale, e coloro i quali, come Hegel e Jellinek, ne sostengono invece la piena giuridicità.

Il giurista inglese J. Austin (1790-1859), autore dell'opera *The Province of Jurisprudence Determined*<sup>10</sup> (1832), rappresenta una espressione, estrema, del giuspositivismo ottocentesco.

Austin, nella sua opera, non nega l'esistenza del diritto internazionale; quel che viene negata è la "giuridicità" di tali norme internazionali, considerate esclusivamente come "norme morali"; ispirandosi, infatti, al giuspositivismo, per Austin sono norme giuridiche solo e soltanto quelle poste da un superiore politico ai consociati<sup>11</sup>.

Da questo punto di vista, con Austin viene celebrato il superamento del giusnaturalismo, ossia l'idea di un insieme di norme, a carattere giuridico,

<sup>8</sup> Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Tubingen, 1920; Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1994 223 ss.

<sup>9</sup> Vedremo, più avanti, il tentativo operato dal giurista tedesco Heinrich Triepel (1868- 1946), nella sua opera intitolata *Volkerrecht und Landesrecht* (1899), di teorizzare la giuridicità del diritto internazionale senza perdere la sua qualità di "internazionale", ma anche senza abbandonare il dogma giuspositivistico secondo cui è norma giuridica solo quella data da un superiore politico.

<sup>10</sup> Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1832; traduzione italiana in *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995.

<sup>11</sup> Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950, 20 ss.

universali, nel senso che superiori “a tutti gli individui, considerati sia singolarmente che in comunità”<sup>12</sup>.

Di fronte alla negazione di Austin della giuridicità delle norme internazionali, altri autori dell'Ottocento hanno tentato di sostenere la giuridicità del diritto internazionale, mantenendo fermi i postulati del giuspositivismo.

G.W.F. Hegel (1770-1831), ancora prima delle pubblicazioni di Austin, nella sua opera *Lineamenti di filosofia del diritto*<sup>13</sup> (1811), elabora un pensiero giuridico secondo cui, cercando di mantenere intatta la “sovranità” dello Stato e quindi preservare l'ideale giuspositivistico, ritiene il diritto internazionale come un riflesso della giuridicità del diritto statale. In particolare, sostiene Hegel, come ciascun individuo è tale solo se e nella misura in cui si pone in relazione con un altro individuo, al pari lo Stato è tale solo se e nella misura in cui è riconosciuto come tale dagli altri Stati: in virtù di tale reciproco riconoscimento, che non viene meno neanche in caso di guerra, gli Stati regolano i propri rapporti, anche attraverso l'uso della forza<sup>14</sup>. Ne consegue che il diritto internazionale altro non sarebbe che un “diritto statale esterno” e precisamente quella parte del diritto pubblico dei singoli Stati che concerne i rapporti con gli altri Stati.

G. Jellinek (1851-1911), è noto per essere stato l'ideatore della teoria dell'*auto-limitazione* o dell'*auto-obbligazione* dello Stato<sup>15</sup>.

Tale teoria sostiene che il diritto internazionale non sarebbe altro che il risultato di un obbligo – ovvero di una limitazione alla propria sovranità – che lo Stato assume verso se stesso. In tal modo, si viene ad avere una unicità tra lo Stato che pone l'obbligo e lo Stato stesso che ne è obbligato: ne deriva che lo Stato sceglie volontariamente ed unilateralmente se e quando obbligarci, per cui, il diritto internazionale, dipendendo la sua validità da una scelta interna dello Stato, come nell'impostazione hegeliana, altro non sarebbe che “diritto statale esterno”.

<sup>12</sup> Focarelli, *Lezioni di Storia del Diritto Internazionale, op.cit.*, 93.

<sup>13</sup> Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, ed. italiana a cura di V. Cicero, Milano, 1996.

<sup>14</sup> La teoria hegeliana dell'uso della forza, sarà ripresa, estremizzandola, da un altro filosofo tedesco, Carl Schmitt, il quale, nella sua opera *Teologia politica* (1922) trad. it. in *Le categorie del politico*, Bologna 1972, elaborerà la nota teoria, giustificativa del nazismo, secondo cui “sovrano è chi decide lo stato d'eccezione”: ne deriva che la sovranità consiste nel decidere e non nella norma, come sostenuto da Hans Kelsen.

<sup>15</sup> Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Vienna, 1880; Id., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Friburgo in B. 1892; trad. it. di G. Vitagliano, con prefazione di V. E. Orlando, Milano 1912.

La teoria dell'autolimitazione di Jellinek comporta, tuttavia, che come lo Stato è pienamente libero di assumere un obbligo internazionale, parimenti è altrettanto libero di disfarsi, unilateralmente ed in qualunque momento, di questo obbligo, giacché l'obbligo lo Stato lo assume non nei confronti degli altri Stati ma nei confronti di se stesso: in altri termini, lo Stato si autoobbliga alla limitazione di sovranità, finendo paradossalmente per rafforzare, in chiave tipicamente giuspositivistica, la propria sovranità.

Ha criticamente osservato il Focarelli<sup>16</sup> che alla suddetta teoria del Jellinek possono essere avanzate diverse critiche. In primo luogo, pur ammettendo la giuridicità della norme internazionali, la teoria dell'autolimitazione relega il diritto internazionale a mero diritto statale; in secondo luogo, avremmo paradossalmente tanti diritti internazionali quanti sono gli Stati, con la conseguenza che non saremmo in presenza di un "diritto internazionale" ma di un mero "diritto statale internazionale".

Di contro, il Conforti, nel risolvere il problema dell'obbligatorietà del diritto internazionale, ritiene che l'osservanza delle norme internazionali è rimessa, in ciascuno Stato, agli operatori giuridici, tra cui i giudici, "i quali utilizzano, fino al limite massimo di utilizzabilità, gli strumenti che lo stesso diritto statale offre a garanzia di siffatta osservanza, e quindi a far prevalere per questa via le istanze internazionalistiche su quelle nazionalistiche", aggiungendo poi che "quanto qui si sostiene non è altro che una formulazione in termini moderni della tanto criticata tesi sostenuta dalla dottrina positivista tedesca del secolo XIX (Jellinek)"<sup>17</sup>.

4. – La dottrina giuridica della prima metà del secolo scorso è stata certamente dominata dalla costruzione dell'eminente giurista austriaco Hans Kelsen (1881- 1973), con una straordinaria produzione giuridica, di cui ricordiamo opere quali *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1924), *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Focarelli, *Lezioni di Storia del Diritto Internazionale*, op.cit., 98.

<sup>17</sup> Conforti, op. cit., 9 ss.

<sup>18</sup> Sul pensiero di Hans Kelsen, si vedano: Focarelli, *Lezioni di Storia del Diritto Internazionale*, op. cit. 146 ss; Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999.

Nell'impostazione kelseniana, la sua dottrina è definita "pura", nel senso che essa non è influenzata dalla natura circostante: la norma non viene ricavata dai fatti, come postulato con la "legge di Hume"<sup>19</sup> ma deriva esclusivamente da un'altra norma.

Kelsen rifiuta infatti la c.d. "fallacia naturalistica"<sup>20</sup>, ossia la tendenza a ricavare le norme dai fatti, ritenendo che la giuridicità o la validità di una norma possa derivare esclusivamente da un'altra norma.

Dottrina "pura" del diritto significa per Kelsen che la giuridicità non deriva dai fatti o dall'esperienza, bensì da un'altra norma; ecco perché oltre che "pura" la dottrina di Kelsen può essere definita anche "normativistica". L'impostazione "normativistica" implica che la validità di una norma dipende esclusivamente dalla validità di un'altra norma, per cui in termini giuridici quel che esiste sono soltanto norme e mai fatti. L'insieme delle norme costituisce l'ordinamento giuridico e lo Stato altro non sarebbe che un semplice ordinamento giuridico, un insieme di norme<sup>21</sup>.

Fondamentale nel pensiero kelseniano è, poi, la distinzione tra norma "valida" e norma "efficace": la prima, è quella che poggia su un'altra norma; la seconda è quella che viene applicata, con la conseguenza che una norma valida può non essere inefficace, giacché inosservata, mentre ovviamente non può valere il contrario, ossia che una norma efficace, cioè osservata, possa essere non valida.

Differentemente dai giuspositivisti dell'Ottocento, i quali ritenevano che una norma fosse giuridica solo se posta da un superiore politico, per Kelsen

<sup>19</sup> Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, 1994.

<sup>20</sup> La "legge di Hume" è ribadita dal filosofo analitico inglese G. E. Moore (1873–1958), che, nei suoi *Principia ethica*, parla, in proposito, di "fallacia naturalistica", criticando la pretesa di dedurre precetti etici o giuridici dalla constatazione dei caratteri della natura: i termini etici non possono, infatti, essere validamente definiti in modo descrittivo. Si veda in proposito Berti, *A proposito della "Legge di Hume"*, in *Fondazione e interpretazione della norma*, a cura di A. Rigobello, XXXIX Convegno del Centro di Studi filosofici di Gallarate (26, 27 e 28 aprile 1984), Brescia, 1986, 237 ss.

<sup>21</sup> Una decisa critica al giuspositivismo ottocentesco e, in particolare, al normativismo puro di Hans Kelsen è stata formulata dall'italiano Santi Romano, ideatore della c.d. "teoria dell'istituzione": è la realtà sociale a creare e quindi a giustificare il diritto (*ubi societas ibi ius*) e non viceversa. Si veda Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962; Romano, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1939.

invece una norma è giuridicamente valida solo se posta da un'altra norma e quest'ultima da un'altra norma ancora e così via fino a giungere, per evitare un *regressus ad infinitum*, ad ipotizzare una norma, anch'essa giuridica, ma non positiva, nel senso che non è data da un'altra norma: è quella che Kelsen chiama, con una evidente ispirazione kantiana, "norma-base", che è una norma "supposta", non dimostrabile e che rappresenta, innegabilmente, il tallone di Achille di tutta l'impostazione kelseniana.

Riferendo il concetto di sovranità non allo Stato, ma al sistema di norme ed attraverso la rigorosa applicazione del principio di non contraddizione logica, Kelsen perviene a configurare l'ordinamento internazionale e quello statale come il prodotto di un'unica norma fondamentale da cui si possono far derivare tutte le norme dell'unico ordinamento giuridico. L'unità del diritto e il connesso primato del diritto internazionale significano per Kelsen che l'ordinamento internazionale include tutti gli altri ordinamenti, in particolare quelli statali, ed è ad essi sovraordinato<sup>22</sup>, avendo la norma base natura internazionale. Per Kelsen il diritto interno degli Stati non è che un 'ordinamento parziale' rispetto all'universalità dell'ordinamento internazionale ed è anzi la piena giuridicità e la validità di quest'ultimo a conferire validità agli ordinamenti statali. Per questa ragione le norme interne non possono mai essere in contraddizione con quelle internazionali, a pena di nullità. Quanto al fondamento della obbligatorietà del diritto internazionale, esso non può essere cercato in qualcosa di esterno all'ordinamento medesimo: la sua validità deve essere postulata in termini logico-trascendentali come immagine giuridica del mondo e, nello stesso tempo, come riflesso dell'unità morale del genere umano.

Il primato di questo ordinamento mondiale può essere correlato all'idea di una comunità giuridica universale degli uomini: "come per una concezione oggettivistica della vita il concetto etico di uomo è l'umanità, così per la teoria oggettivistica del diritto il concetto di diritto si identifica con quello di diritto internazionale e proprio perciò è in pari tempo un concetto etico"<sup>23</sup>.

Mettendo su un piano di parità tutti gli Stati sovrani, infatti, si nega qualsiasi valore alla sovranità poiché "ogni potere è supremo, cioè "sovrano", nella misura in cui sta in gioco solo rispetto a quei soggetti riguardo ai quali

<sup>22</sup> Zolo, *La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in *Fil. pol.*, 1998, 3.

<sup>23</sup> Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, *op. cit.*, 468.

viene presupposto come “potere”<sup>24</sup>. Si deve quindi “far cadere la rappresentazione della sovranità dell’ordinamento giuridico dello Stato particolare” ed ipotizzare che “al di sopra degli Stati particolari esiste un ordinamento giuridico internazionale che solo delega un ordinamento coercitivo, di regola efficace, come ordinamento parziale”. La teorica kelseniana postula, quindi, una declinazione normativistica della sovranità: questa si configura quale predicato dell’ordinamento giuridico, non dello Stato. Sul piano dei rapporti fra ordinamenti, quindi, l’ordinamento giuridico dello Stato deve essere considerato compreso in quello internazionale, nel senso che il primo costituisce una parte del diritto internazionale<sup>25</sup>.

Kelsen è consapevole del principale problema di tale costruzione allorché afferma che “la comunità giuridica internazionale, così come essa si presenta nell’ipotesi del primato dell’ordinamento giuridico internazionale, è (...) una comunità giuridica primitiva e in questo senso, ma solo in questo senso, essa non è uno “Stato”, mancando, innanzi tutto, di un organo particolare per il perfezionamento dell’ordinamento giuridico da costituire”<sup>26</sup>. Tuttavia, l’assenza di coazione del diritto internazionale non è in grado di inficiare la correttezza della costruzione teorica kelseniana. L’ordinamento internazionale, nella prospettiva kelseniana, opererebbe attraverso la delega dell’esercizio dei poteri agli organi statali, al cui ordinamento possono essere riferiti gli attributi della coercizione ed effettività giuridica<sup>27</sup>. Ulteriore corollario di questa visione teorica è la parziale sovrapposizione dei soggetti del diritto internazionale e diritto statale, poiché del primo fanno parte sia gli Stati sia gli individui, in una sorta di diritto universale del genere umano.

Ciò ha spinto Focarelli a ritenere giusnaturalistica la teoria kelseniana: “nonostante Kelsen si dichiara “positivista”, nel senso che si è detto, non è fuori luogo ritenere, come taluni hanno fatto, che la sua teoria in qualche modo sia giusnaturalistica. In effetti, Kelsen riprende l’idea del diritto inter-

<sup>24</sup> Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, op. cit.;

<sup>25</sup> Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, op. cit., 146 ss.

<sup>26</sup> Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, op. cit., p. 146 ss.; Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, op. cit., 311 ss.

<sup>27</sup> Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, op. cit., 342 ss.

nazionale come diritto universale del genere umano, giustificandola tuttavia, in un contesto storico-teorico del tutto diverso dal giusnaturalismo del XVI e del XVII sec., su basi logico-epistemologiche, e senza ignorarne le implicazioni politico-morali<sup>28</sup>.

E facendo ricorso al concetto giusnaturalistico del *bellum justum*, Kelsen ribatte alla tesi di Austin che negava giuridicità al diritto internazionale per l'assenza di un organo centrale capace di irrogare sanzioni in caso di violazioni: per Kelsen, la sanzione non deve essere accentrata in un organo, come avviene negli ordinamenti interni, ben potendo il sistema sanzionatorio essere "decentrato" in capo ai singoli Stati, i quali possono reagire alle trasgressioni subite facendo ricorso alla rappresaglia o anche alla guerra, che in tal modo diventa "giusta".

5. – La concezione dualista attribuisce caratteri di autonomia ed originarietà a ciascuno degli ordinamenti<sup>29</sup>. Nessuno di essi trae dall'altro la fonte della propria giuridicità e, di conseguenza, ciascuno di essi determina autonomamente i propri rapporti con l'altro ordinamento. L'ordinamento internazionale e quello statale sono considerati ordinamenti distinti e reciprocamente indipendenti, traendo origine da differenti norme fondamentali, e sono, di conseguenza, abilitati a disciplinare in maniera esclusiva i rapporti di propria competenza.

È stato giustamente osservato da autorevole dottrina<sup>30</sup> che la teoria dualista rappresenta espressione del principio di esclusività degli ordinamenti giuridici. Secondo questo principio, proprio del positivismo giuridico moderno, un ordinamento originario è necessariamente esclusivo in quanto riconosce come giuridiche soltanto le regole formate in base a procedimenti dallo stesso prefigurati: ciascun ordinamento definisce unilateralmente il carattere giuridico delle proprie norme, le quali sono, di conseguenza, le uniche dotate di giuridicità per tale sistema.

In particolare, come evidenziato dal Focarelli,<sup>31</sup> che "la teoria dualistica" presuppone la simultanea giuridicità sia del diritto statale che del diritto internazionale... Una norma "giuridica" in uno dei due ordinamenti, non lo

<sup>28</sup> Focarelli, *Lezioni di Storia del Diritto Internazionale*, op. cit. 151.

<sup>29</sup> Sinagra-Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, 15.

<sup>30</sup> Cannizzaro, op. cit., 453.

<sup>31</sup> Focarelli, *Lezioni di Storia del Diritto Internazionale*, op. cit. 13.

sarebbe nell'altro se quest'ultimo non la facesse propria attraverso un procedimento di adattamento o di riconoscimento”.

Nell'ambito di questa teoria, esamineremo le posizioni di due illustri giuristi, l'uno tedesco, il Triepel, l'altro italiano, l'Anzilotti.

Triepel (1868-1946) è l'ideatore della teoria della “volontà collettiva” degli Stati, elaborata nel quadro di una radicale distinzione tra diritto internazionale e diritto statale<sup>32</sup>.

Diritto internazionale e diritto statale possono considerarsi “antitetici”, per Triepel, in due diversi sensi: “la loro antitesi è, in primo luogo, un'antitesi fra i rapporti sociali regolati; il diritto internazionale regola relazioni diverse da quelle cui dà norma il diritto interno. Il loro contrapposto è, in secondo luogo, un contrapposto tra le fonti da cui derivano”<sup>33</sup>.

Per quanto attiene al primo profilo, il diritto interno “disciplina con le sue norme giuridiche *“relazioni”* attinenti a tutti i subietti che considera suoi *sudditi”*, mentre il diritto internazionale i soli rapporti fra gli Stati sovrani. L'individuo non è quindi titolare di alcuna situazione giuridica soggettiva che abbia rilevanza per l'ordinamento internazionale: “il singolo è incapace di essere soggetto di diritti ed obblighi individuali derivanti dall'ordinamento giuridico di quella comunanza [di Stati]”. Si aggiunge che “è indifferente che siano in gran parte interessi suoi quelli che le norme di diritto internazionale mirano a tutelare, dappoichè oggidì siamo in complesso d'accordo che non ogni norma emanata nell'interesse di una determinata persona, faccia di questa persona un soggetto di diritto”<sup>34</sup>.

Sul piano delle relazioni fra i due ordinamenti, il diverso ambito di applicazione delle norme internazionali e di quelle statali impone all'ordinamento statale l'obbligo della “traduzione”<sup>35</sup> delle prime da regole interstatali a regole interindividuali. In altri termini, nella loro originaria struttura prescrittiva le norme internazionali sono refrattarie ad essere immesse negli ordinamenti statali<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Triepel, *Volkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, trad. it. *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, 1913.

<sup>33</sup> Triepel, *op. cit.*, 11

<sup>34</sup> Triepel, *op. cit.*, 22

<sup>35</sup> D'Atena, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1.

<sup>36</sup> Anzilotti, *op. cit.*, 59 ss.

Nella elaborazione di Triepel, la seconda “antitesi” riguarda la diversa natura dei “soggetti” da cui tale diritto promana. La comunità internazionale è comunità appartenente ad un *genus* diverso rispetto a “quelle organizzate, composte di una pluralità di uomini e che attendono a porre norme giuridiche ai rapporti della loro vita sociale”, ovvero sia alle comunità che sottopongono i propri membri “all'impero delle sue [loro] norme”<sup>37</sup>. Dalla diversità ontologica fra comunità internazionale e Stato discende la diversità della norma fondamentale costitutiva del fenomeno giuridico. Se per gli Stati la fonte prima del diritto è individuabile nella volontà dello Stato, la fonte prima della comunità internazionale “può essere soltanto una comune volontà di due o più Stati, ridotta e fusa ad unità mediante il consenso”<sup>38</sup>. Il modello teorico elaborato da Triepel, quindi, conduce alla prefigurazione di due distinti ordini di norme la cui genesi, nonché fondamento dell'obbligatorietà, è rinvenibile in due distinte “norme fondamentali”: la volontà del singolo Stato quale fonte del diritto statale e la volontà degli Stati quale fonte di un autonomo ordinamento internazionale<sup>39</sup>.

Le descritte “antitesi” fra diritto internazionale e diritto statale producono due “ordinamenti giuridici differenti” dotati di un proprio ambito soggettivo e materiale di validità e di efficacia. Le regole internazionali, quindi, non solo devono essere tradotte in norme interindividuali ma devono essere, altresì, rese esecutive all'interno dell'ordinamento statale. Poiché l'elemento costitutivo originario di quest'ultimo è individuato nella volontà statale, solo un atto (o un fatto) che sia espressione di tale volontà può essere valido e produrre effetti nell'ordinamento interno. In questo modo, la sistemazione cui giunge la teoria dualista di Triepel appare perfettamente coerente con la premessa ideologica iniziale, ovvero sia l'esclusività della valutazione giuridica statale (e internazionale) dei rispettivi ambiti delle relazioni materiali. Individuati gli elementi costitutivi, rispettivamente, dell'ordinamento internazionale e di quello statale, questa dottrina si preoccupa di descrivere il tipo di relazione giuridica che può instaurarsi fra i due diversi ordinamenti. Triepel riconduce queste relazioni all'istituto della “ricezione” nella duplice forma della trasformazione della norma internazionale e di riproduzione *tout court* del suo contenuto<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Triepel, *op. cit.*, 17.

<sup>38</sup> Triepel, *op. cit.*, 33 ss

<sup>39</sup> Triepel, *op. cit.*, 82

<sup>40</sup> Triepel, *op. cit.*, 112.

I rapporti giuridici fra diritto internazionale e diritto interno sono regolati, quindi, dalla norma statale che, nella generalità dei casi dovrà operare una trasformazione della norma internazionale per consentirne l'adattamento e, in tutti i casi, per darne efficacia nell'ordinamento interno.

Accanto ai rapporti fra norme, Triepel considera una seconda tipologia di relazioni fra diritto internazionale e diritto interno: quelle fra le fonti di diritto. In questo secondo ordine di considerazioni, la relazione investe i rapporti fra ordinamenti, rilevando una generica "superiorità" del diritto internazionale in confronto a quello interno. Questa "superiorità" si manifesta nella capacità di "conferire diritti e di imporre obblighi allo Stato" a cui può dare esecuzione "con tutti i mezzi che il diritto internazionale accorda". Si tratta di una "superiorità" sui generis, non assimilabile alla sovraordinazione fra diritto statale e diritto infra-statale, poiché "il diritto internazionale, che è come una rete sospesa al di sopra degli Stati, ha bisogno di trovare negli Stati dei solidi sostegni cui appoggiarsi. Nondimeno, tale superiorità assume rilevanza giuridica, generando un illecito internazionale nel caso di violazione delle norme internazionali da parte dell'ordinamento statale"<sup>41</sup>.

In Italia, lo schema dualista sui rapporti tra diritto interno e diritto internazionale fu teorizzato da Dionisio Anzilotti (1867-1950) agli inizi del Novecento<sup>42</sup>.

La premessa di questa dottrina è l'assunzione del carattere originario e indipendente dei due ordinamenti giuridici, ossia il postulato per cui ciascuno rinvia in sé il fondamento del carattere vincolante delle proprie norme senza che vi siano formali rapporti di subordinazione tra un sistema e l'altro.

Come è stato osservato<sup>43</sup>, nel definire positivista il pensiero di Anzilotti non vi è nulla di sostanzialmente errato; purché si tenga conto che il suo positivismo, sebbene volontarista (in quanto egli individuò il fondamento del diritto internazionale inizialmente nella volontà collettiva degli Stati e, in un secondo tempo, nella norma fondamentale *pacta sunt servanda*, a cui riconduceva, come accordi taciti, anche le norme consuetudinarie) non fu, però,

<sup>41</sup> Triepel, *op. cit.*, 262 ss.

<sup>42</sup> Anzilotti, *Opere. Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padova, 1956, 281 ss.

<sup>43</sup> Ferrajolo, *Il contributo di Dionisio Anzilotti al progetto italiano del Patto della Società delle Nazioni*, 2005, Relazione presentata al Simposio "Dionisio Anzilotti, il diritto internazionale nei giudizi interni", Associazione Difesa Diritti, Borgo a Buggiano, 24-25 settembre 2005.

di genere dogmatico. Al contrario, la stessa sua critica alla teoria del diritto inteso come legge naturale muoveva dall'inidoneità di tale concezione – e di ogni altra nozione aprioristica del diritto – a spiegare la relazione esistente tra norme giuridiche e realtà sociale<sup>44</sup>. Così, in una delle sue prime opere si legge: “Se l'uomo fosse guidato costantemente ed esclusivamente da una razionale necessità, si capirebbe come ... fosse possibile per via di procedimento logico determinare e comprendere la realtà concreta dei principi e delle istituzioni giuridiche; ma effettivamente il diritto è prodotto e determinato dagli svariati elementi e rapporti onde risulta la reale struttura dell'organismo sociale”; pertanto, “un sistema giuridico formato dalla ragione per via puramente logica, come quello del diritto naturale, deve essere un vuoto fantasma, niente affatto rispondente a quella realtà in cui il diritto vive e compie le sue funzioni”<sup>45</sup>. È dunque la realtà sociale (fonte in senso materiale) a guidare la volontà del legislatore (fonte in senso formale) nel determinare il diritto positivo.

Anzilotti, dunque, concepiva il diritto come “un fatto sociale, una realtà concreta, una formazione storica”<sup>46</sup>.

Questa concezione fu portata a compimento da Perassi<sup>47</sup>, secondo il quale l'ordinamento interno attua il diritto internazionale disponendo una norma sulla produzione giuridica, volta a riprodurre una norma interna coerente con l'obbligo sancito nella norma internazionale.

Nell'impostazione più tradizionale di tale approccio, la fonte di diritto internazionale non sarebbe capace di produrre direttamente diritto, restando sempre necessaria la volontà normativa del legislatore nazionale per operare la trasformazione della norma internazionale in norma interna, fatta salva peraltro la questione della “specialità” della norma internazionale così immessa rispetto alla norma interna successiva.

---

<sup>44</sup> Gaja, *Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti*, in “*European Journal of International Law*”, 1992, specie p. 125 s.

<sup>45</sup> Anzilotti, *La scuola del diritto naturale nella filosofia giuridica contemporanea*, Firenze, 1892, riprodotto in Id., *Studi di diritto processuale internazionale e di filosofia del diritto*, Padova, 1963, 691.

<sup>46</sup> Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, riprodotto in Id., *Scritti di diritto internazionale pubblico*, I, Padova, 1956, 318.

<sup>47</sup> Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1961, 33 ss.

6. – Nel chiudere questa breve esposizione relativa al pensiero giuridico-filosofico sviluppatosi negli ultimi secoli sul tema dell'obbligatorietà del diritto internazionale, ho ritenuto opportuno, magari a svantaggio di altri Autori, riportare il pensiero di un grande Maestro della scuola internazionalistica italiana, quale è stato e, secondo me, continua ad esserlo Rolando Quadri (1907- 1976) .

Secondo il Quadri<sup>48</sup>, gli Stati figurerebbero come soggetti del diritto internazionale in una duplice veste: *uti singuli*, ossia considerati singolarmente e su un piano orizzontale di parità con gli altri singoli Stati, e *uti universi*, ossia considerati collettivamente e su un piano verticale di subordinazione del singolo alla volontà della comunità internazionale. Nella loro prima veste, che corrisponde all'idea tradizionale del diritto internazionale come comunità di Stati *superiorem non recognoscentes*, non si potrebbe parlare di "diritto" internazionale, poiché mancherebbe, mentre invece il diritto lo richiede, il soggetto sovraordinato che sia in grado efficacemente di far rispettare le norme; mentre, nella seconda veste, di subordinazione del singolo Stato alla volontà della collettività degli Stati, che può trovare giustificazione la giuridicità delle norme internazionali.

Tuttavia, la comunità internazionale non ha "organi propri" che agiscano per suo conto, essendo essa "disorganizzata" né le Organizzazioni Internazionali (ad esempio l'ONU) avrebbero modificato la sua struttura, cosicché ad agire per suo conto non possono che essere gli stessi Stati, agenti appunto *uti universi* e non *uti singuli*. Tali Stati non possono che essere quelli in grado materialmente di imporsi sugli altri, quelli che il Quadri denomina "le forze prevalenti della comunità internazionale".

Sarebbero, allora, tali forze a determinare la volontà della comunità internazionale sia rispetto alla creazione delle norme di vertice – i c.d super-principi individuati dal Quadri nelle due norme *consuetudo est servanda* e *pacta sunt servanda* – sia rispetto alla loro attuazione coercitiva attraverso l'"intervento", figura a carattere generale e comprensiva anche della guerra.

Come si può agevolmente notare, la teoria del Quadri accoglie dell'imperativismo l'idea che il diritto internazionale è "diritto" nella misura in cui se ne dimostra l'esistenza di una autorità superiore ai consociati capace di imporre la sanzione in caso di trasgressione; differisce, tuttavia, dal positivismo

<sup>48</sup> Quadri, *op. cit.*, 25 ss; 119 ss; 275 ss.

ottocentesco nella parte in cui non ravvisa tale autorità nel superiore politico rappresentato dallo Stato o nella norma-base kelseniana, bensì ritiene l'autore che tale autorità risiede nella stessa comunità internazionale, ossia gli Stati considerati come collettività (*uti universi*) e non come singoli (*uti singuli*). In definitiva, per il Quadri, è la realtà sociale come tale, dove prevalgono gli Stati potenti o prevalenti, a creare e spiegare il diritto.

Benché terminologicamente la sua teoria sia identica a quella del Triepel, tuttavia è lo stesso Quadri a chiarire le notevoli differenze tra l'una e l'altra: mentre per il Triepel la volontà che obbliga è sempre "autonoma", nel senso che l'obbligatorietà dei trattati risiederebbe sulla volontà delle Parti contraenti, per Quadri invece tale volontà è "eteronoma" per cui l'obbligatorietà risiede sulla "volontà del corpo sociale che comanda di osservare i Trattati"<sup>49</sup>.

7. – Nell'ambito della discussione relativa al tema dell'obbligatorietà del diritto internazionale, si innesta, a mio avviso, essendone profondamente collegato, il tema dell'esistenza di norme cogenti o, se meglio si vuole definirle, di *jus cogens*.

Le norme dello *jus cogens*, letteralmente le norme ritenute vincolanti per tutta l'umanità, includono «i principi che sono riconosciuti dalle nazioni civili come vincolanti per gli Stati, anche in assenza» di un esplicito obbligo basato su una convenzione o un trattato<sup>50</sup>.

Le norme dello *jus cogens* sono tassative e generano obblighi *erga omnes*, obblighi che si estendono a tutti. L'idea che vi siano norme di *jus cogens* è propria di questo secolo, ma le sue radici risalgono almeno fino al tempo di Grozio<sup>51</sup>, pur trovando fondamento in varie tradizioni filosofiche tra loro piuttosto diverse.

Un punto di svolta nella concettualizzazione internazionale delle norme dello *jus cogens* si ebbe nel 1969 con la Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati. Fu là riconosciuto che il diritto degli Stati a non ottemperare ai trattati eccessivamente gravosi fosse un diritto generalmente non-con-

<sup>49</sup> Quadri, *op. cit.*, 36.

<sup>50</sup> Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford 1997. Si veda anche De Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, The Hague, 1996.

<sup>51</sup> Grozio si riferisce spesso ad un principio analogo all'essere incorporato nella «legge di natura». Si veda Grotius, *Prolegomena to the Law of War and Peace*, § 9, trad. inglese a cura di F. Kelsey & E. Dumbauld, Indianapolis (IN) 1957.

sensuale, ossia non modificabile dal consenso degli Stati. Ciò fu stabilito nell'art. 53:

«Un trattato è nullo se al momento della sua conclusione esso confligge con una norma imperativa (*peremptory*) del diritto internazionale generale. Ai fini della presente Convenzione, una norma imperativa del diritto internazionale è una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nella sua totalità come una norma a cui non è assolutamente permesso derogare e che può essere modificata solo da una successiva norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere»<sup>52</sup>.

Osserva Benedetto Conforti che la definizione data dal citato articolo 53 è “tautologica”, per cui spetterà all'interprete, così come per le norme consuetudinarie “normali”, individuarne l'esatto contenuto. Ad oggi, da un esame della dottrina e della giurisprudenza interna ed internazionale, possiamo dire che allo *jus cogens* appartengono il nucleo essenziale dei diritti umani, il principio di autodeterminazione dei popoli, il divieto all'uso della forza fuori dei casi della legittima difesa, e quanto previsto dall'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite<sup>53</sup>.

Ma oltre il contenuto da dare alla previsione di cui al citato art. 53, occorre anche chiedersi se le norme di *jus cogens* valgano anche a prescindere dalla volontà di accettazione da parte della comunità internazionale e del singolo Stato che la compone.

Osserva, a tal proposito e a mio avviso in maniera corretta Larry May che “ le norme imperative, chiamate norme di *jus cogens*, si basano esse stesse sull'accettazione e sul riconoscimento della comunità internazionale. Come vedremo, il «riconoscimento» è davvero la chiave delle norme dello *jus cogens*; ma l'«accettazione» introduce un elemento consensuale entro norme che concettualmente devono essere non consensuali. Questo è uno dei principali problemi concettuali posti dall'idea di norme dello *jus cogens*”<sup>54</sup>. Su questa questione, ritorneremo nel paragrafo successivo.

<sup>52</sup> Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, 23 maggio 1969, art. 53. Una delle prime applicazioni di questo articolo si ebbe nella celebre sentenza della CIG sul caso *Barcelona Traction*, Belgium v. Spain, 1970.

<sup>53</sup> Conforti, *op. cit.*, 179 ss.

<sup>54</sup> Intervento al Convegno di Filosofia del diritto penale internazionale presso la Law School della St. Louis University, 2000.

8. – Benché autorevole dottrina (Monaco, Conforti, Focarelli) sia concorde nel ritenere priva di effetti pratici la disputa tra monisti e dualisti, tuttavia il tema dell'obbligatorietà del diritto internazionale, investendo il tema stesso se ed in che misura il diritto internazionale sia o meno "vero diritto", merita di essere affrontato, anche col rischio di fornire, come nel mio caso, una ulteriore teoria dall'effetto puramente filosofico-concettuale.

Tale rischio tuttavia lo dobbiamo correre e non mi sottrarrò al gusto dialettico di fornire la mia personale teoria sull'obbligatorietà della norme internazionali, che mi permetto di chiamare della "volontà arbitraria".

Innanzitutto, occorre partire da una considerazione tanto ovvia quanto spesso trascurata: il diritto internazionale presenta peculiarità rispetto al diritto statale tali da renderlo un ordinamento *sui generis*.

Non si può trascurare, infatti, che in esso il diritto è prodotto dagli stessi Stati a cui poi è indirizzato; che in esso non vi è una autorità sovraordinata capace di fare applicare le regole e punire efficacemente i trasgressori, essendo, come noto, una comunità di Stati sovrani, ossia *superiorem non recognoscens*, posti, per definizione, in una posizione paritaria; che, altresì, in esso non esiste un sistema giurisdizionale coercitivo e punitivo come esiste nell'ambito di un ordinamento statale.

Fatta questa fondamentale premessa in ordine alla peculiarità dell'ordinamento internazionale, bisogna stabilire se e in che misura esso è un ordinamento giuridico.

Come noto, nella costruzione normativistica di Hans Kelsen, un ordinamento giuridico è un insieme di norme. Abbiamo visto che nel caso del diritto internazionale, ci insegna ancora il Kelsen, le norme sono poste da altre norme e così via fino a giungere alla norma-base.

Questa impostazione è corretta fino al punto in cui, poi, Kelsen, errando a mio avviso, ritiene la norma-base una "norma-supposta", cioè non dimostrabile e che, in quanto tale, deve essere kantianamente data per assodata. Il che ovviamente non può essere condiviso.

Allora, bisogna chiedersi dove fonda la propria obbligatorietà l'ordinamento giuridico internazionale.

Per rispondere a questo quesito, andando oltre l'impostazione monista o dualista, è necessario distinguere, kelsianamente, la validità di una norma

giuridica dalla efficacia della norma stessa<sup>55</sup>; la validità attiene esclusivamente al momento ontologico, dell' "essere", mentre l'efficacia attiene al momento "deontologico", del "dover essere".

In altri termini, una norma è valida nel momento in cui è posta, è creata in maniera legittima (per via consuetudinaria o per via pattizia) ma, tuttavia, non è ancora efficace, perché per esserlo, deve essere osservata da coloro i quali ne sono i destinatari.

La norma valida, però, esiste solo nella dimensione internazionale e rimane priva di efficacia fino a quando ciascuno Stato non provvederà a conformarsi ad essa, attraverso i propri strumenti interni di adattamento. Ed è in questo momento, che la norma internazionale, oltre ad essere valida, diventa anche efficace e quindi obbligatoria: una norma internazionale infatti, prima del suo recepimento nell'ordinamento interno, attraverso l'adattamento, è una norma priva di efficacia, giacché impegna esclusivamente la responsabilità dello Stato su un piano internazionale, ma non ha alcuna efficacia sul piano interno.

In altri termini, l'obbligatorietà del diritto internazionale attiene alla sola dimensione "interna" della efficacia della norma internazionale, ma non anche alla dimensione "internazionale" della validità.

Un trattato ratificato, ad esempio, è valido dal punto di vista internazionale, ma diventa obbligatorio solo dopo che lo stesso è stato recepito nell'ordinamento interno dello Stato ratificante.

Perché una norma internazionale valida diventi efficace ed obbligatoria, è necessario sempre e comunque, come sostenuto dal Jellinek, un atto volontario ed unilaterale dello Stato che autolimita la propria sovranità, per conformarsi alla norma internazionale.

In assenza di ciò, la norma internazionale è sì valida, ma non è efficace né obbligatoria. Questa considerazione, vale non solo per la norma internazionale pattizia, ma anche per la norma consuetudinaria, fosse anche quest'ultima di *jus cogens*.

Sostenere invece, come fa Maurizio Ragazzi, l'esistenza di norme di diritto internazionale consuetudinario che vincolano gli Stati «*indipendentemente*

---

<sup>55</sup> Celebre una frase di Kelsen in tal senso: "l'efficacia è una condizione della validità, ma non è la validità stessa". Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960. Trad. it. di Mario G. Losano: *La dottrina pura del diritto*, 1966, 243.

*dal consenso dello stato ad essere vincolato*<sup>56</sup> significa sostenere l'idea di un fondamento del diritto internazionale che prescinde dalla volontà del singolo Stato che lo compone, il che, come vedremo più avanti, è a mio avviso inaccettabile.

A questo punto, allora, dovremmo chiederci: esiste un obbligo in capo allo Stato di autolimitare la propria sovranità per recepire al suo interno la norma internazionale? Ovvero, la norma internazionale "deve" obbligatoriamente essere recepita dallo Stato?

Secondo il Quadri, questo obbligo sarebbe rinvenibile nei due super-principi *pacta servanda sunt* e *consuetudo servanda est.*, il cui rispetto è rimesso alla volontà delle forze prevalenti nella comunità internazionale. Tuttavia, proprio in considerazione della peculiarità dell'ordinamento internazionale che, come detto, è formato da Stati sovrani, a mio avviso questo obbligo di adattamento o di autolimitazione di sovranità non sussiste né può essere imposto dalle forze prevalenti della comunità internazionale, essendo ciascuno Stato, come in effetti la realtà ci insegna anche in epoca contemporanea, pienamente libero, *arbitrariamente* aggiungo, di autolimitare o meno la propria sovranità in favore delle norme internazionali e successivamente di potere riacquistare la pienezza della propria sovranità, non recependo al suo interno alcuna norma internazionale.

Questa affermazione non ha nulla di scandaloso, ove si consideri che l'autolimitazione della sovranità, non attiene solo al lato esterno in favore delle norme internazionali, ma attiene anche al lato interno, nel momento in cui, storicamente nell'Ottocento, nasce e si afferma il c.d. *Stato di diritto*: da questo momento, infatti, la sovranità, intesa come potere politico, non sarà più *legibus soluta* ma sarà esercitata nei limiti della legge<sup>57</sup>.

La differenza del processo di limitazione di sovranità nella dimensione esterna e nella dimensione interna risiede, tuttavia, nel grado di "arbitrio" che tale processo comporta, nel senso che dal lato esterno lo Stato sarà libero se e in quale misura limitare la propria sovranità, mentre dal lato interno, la supremazia della legge o il primato del diritto che dir si voglia elimina ogni arbitrio<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Ragazzi, *op.cit.*, 60.

<sup>57</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 20; Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 80 ss; Ferrajoli, *Sovranità popolare*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. 30, Roma, 1993; Viola-Urso, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, 1989.

<sup>58</sup> D'Agostino, *Filosofia del diritto*, Torino 1996, 181 ss: "ma sovranità in senso giuridico può

Piaccia o meno, mentre la sovranità interna, come ci insegna il D'Agostino, non può mai essere arbitraria, la realtà del diritto internazionale, che non conosce alcuna autorità centrale né questa può essere ravvisabile nella comunità internazionale *uti universi* come dice il Quadri, vede nell'arbitrio di ciascuno Stato la propria volontà di aderire o meno alle istanze internazionali, facendo diventare obbligatorie le relative norme con un atto di recepimento, mancando il quale, tali norme, benché valide, rimangono tuttavia prive di efficacia.

A chi ribatte che, in tal modo, il diritto internazionale sarebbe rimesso al mero arbitrio di ciascuno Stato e che, di conseguenza, avremmo tanti diritti internazionali quanti sono gli Stati che recepiscono, mi permetto sommessamente di rispondere, senza ipocrisia e senza ricorrere a finzioni giuridiche, che l'arbitrio è, a mio avviso, l'essenza stessa della comunità internazionale e che la unicità del diritto internazionale attiene esclusivamente al momento della sua validità, nella dimensione "internazionale" appunto, ma non può mai attenere al momento della sua efficacia e della sua obbligatorietà, poiché, nel momento in cui ogni Stato si adatta alle norme internazionali, facendole proprie, in quel momento stesso saremo in presenza di norme interne, che ciascuno Stato applicherà nei limiti del proprio ordinamento giuridico.

Assumendo, come esempio, il nostro ordinamento, sappiamo che l'art. 10, comma 1 Cost., contiene una norma di *rinvio* alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Si tratta, nello specifico, di un adattamento automatico e permanente, nel senso che, a differenza delle norme pattizie, non è necessario alcun *ordine di esecuzione*: le norme internazionali consuetudinarie sono direttamente obbligatorie, senza necessità di alcun adattamento.<sup>59</sup>

Tuttavia, è facilmente osservabile, che ciò è reso possibile esclusivamente dalla scelta, puramente volontaria, del nostro ordinamento interno di prevedere

---

significare anche qualcosa di molto più rilevante: il riconoscimento che un ordinamento, in quanto giuridico, deve rispondere solo alla logica del diritto e non a quella della volontà arbitraria di chi detenga il potere politico".

<sup>59</sup> Sul punto, la dottrina è sostanzialmente concorde, eccettu il Quadri, secondo cui anche le norme pattizie, in virtù dell'art. 10, c. 1, Cost., che rinvia al principio *pacta servanda sunt*, sarebbero direttamente applicabili, senza necessità di alcun ordine di esecuzione, ritenuto superfluo. In tal senso, Quadri, *Diritto Internazionale Pubblico*, cit.. In senso contrario, per tutti, Bin-Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 93 ss.

re una clausola di apertura al diritto internazionale consuetudinario, come quella contenuta nell'art. 10, comma 1, Cost., in assenza della quale, ovviamente, tale adattamento permanente non potrebbe avvenire, neanche dinanzi alle norme di *jus cogens*: il carattere cogente ed imperativo di queste ultime, infatti, è pur sempre rimesso alla volontà di recepimento del singolo Stato.

Scrivono Antonio Cassese: “La Costituzione italiana è “ambiziosa” anche per quanto concerne la determinazione dell’atteggiamento dello Stato italiano rispetto alla comunità internazionale....Questa maggiore “attenzione” prestata ai rapporti internazionali non è il risultato meccanico dell’ampliamento dell’area coperta dalle costituzioni moderne; esso è, in generale, il frutto dell’acquisita consapevolezza che lo Stato è interamente calato nella realtà internazionale, la quale ne condiziona direttamente e in larga misura anche la vita interna”<sup>60</sup>.

L’obbligatorietà del diritto internazionale risiede pertanto sempre e comunque nella volontà dello Stato di recepire una norma internazionale; “volontà” che, non sussistendo alcun obbligo “internazionale” di adattamento ma esclusivamente una “consapevolezza” più o meno accentuata dello Stato di accogliere al suo interno le istanze internazionalistiche, non può che essere “arbitraria”

---

<sup>60</sup> A. Cassese, *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali.*, Bologna-Roma, 1975, 461 ss.