

INDICE-SOMMARIO

<i>Premessa</i>	v
-----------------------	---

INTRODUZIONE

1. Impostazione metodologica del problema storico del diritto internazionale.....	1
2. Caratteri essenziali e tendenze evolutive del diritto internazionale.....	2

CAPITOLO I

ANTICHITÀ E MEDIOEVO

3. I reperti di epoca preistorica.....	19
4. Il mondo giudaico e la Bibbia.....	20
5. La comunità delle <i>Poleis</i> greche.....	22
6. L'impero romano.....	26
7. Il Medioevo.....	30
8. Tesi che riporta l'origine della Comunità internazionale alla <i>Respublica christiana</i> medievale.....	38
9. Tesi che riporta l'origine della Comunità internazionale alle relazioni tra Sacro Romano Impero, Impero romano d'Oriente e Califfato islamico nel IX sec. d.C.....	39

CAPITOLO II

DALLA SCOPERTA DELL'AMERICA ALLE GUERRE NAPOLEONICHE

10. La scoperta dell'America, la Riforma protestante e la pace di Westfalia.....	41
11. Nascita dello Stato moderno.....	43
12. <i>a)</i> laicità.....	43
13. <i>b)</i> accentramento del potere nel monarca.....	43
14. <i>c)</i> teorie della sovranità.....	45
15. Tesi che riporta l'origine della Comunità internazionale alla Pace di Westfalia.....	48
16. A) Eurocentrismo della comunità internazionale del XVI e del XVII sec.....	48
17. <i>a)</i> regime delle capitolazioni.....	49
18. <i>b)</i> dominio coloniale e schiavitù.....	51

19.	B) La dottrina giusnaturalistica dello <i>jus gentium</i> nel XVI e XVII sec.....	53
20.	a) Francisco de Vitoria.....	55
21.	b) Francisco Suárez.....	59
22.	c) Alberico Gentili.....	63
23.	d) Huig de Groot.....	68
24.	e) Thomas Hobbes.....	71
25.	C) Le norme applicate nella prassi internazionale del XVI-XVIII sec.: a) acquisto della sovranità territoriale e principio di effettività.....	74
26.	b) libertà dei mari.....	77
27.	c) immunità giurisdizionale degli organi e degli Stati stranieri.....	79
28.	d) rispetto dei trattati e trattati « ineguali ».....	80
29.	e) guerra e neutralità.....	81
30.	f) sicurezza collettiva.....	82

CAPITOLO III

DAL CONGRESSO DI VIENNA
ALLA PRIMA GUERRA MONDIALE

31.	Il Congresso di Vienna e la restaurazione.....	87
32.	La Santa Alleanza, il « concerto europeo » e la prassi dell'« intervento ».....	89
33.	A) Eurocentrismo della comunità internazionale del XIX sec.....	90
34.	a) capitolazioni, tribunali misti e politica della « porta aperta » in Estremo Oriente.....	91
35.	b) protettorato.....	92
36.	c) dottrina Monroe e colonizzazione dell'Africa.....	93
37.	d) riconoscimento di Stati con valore costitutivo.....	96
38.	B) La dottrina giuspositivistica del diritto internazionale.....	97
39.	a) John Austin.....	100
40.	b) George Wilhelm Friedrich Hegel e George Jellinek.....	103
41.	c) Heinrich Triepel.....	107
42.	C) Le norme applicate nella prassi internazionale del XIX sec.: a) conclusione dei trattati e competenza interna a stipulare.....	110
43.	b) trattamento degli stranieri: clausola Calvo e dottrina Drago.....	115
44.	c) immunità degli Stati dalla giurisdizione civile limitata agli atti <i>jure imperii</i>	117
45.	d) mare territoriale.....	118
46.	e) libertà di navigazione dei fiumi e canali internazionali.....	119
47.	f) abolizione del commercio degli schiavi.....	119
48.	g) Commissioni fluviali e Unioni internazionali amministrative.....	120
49.	h) liberismo commerciale e monetario internazionale.....	125
50.	i) ricorso alla guerra e alle misure coercitive non belliche.....	128
51.	l) codificazione del diritto di guerra e di neutralità.....	131
52.	m) arbitrato internazionale.....	134
53.	n) diritto internazionale privato e uniformazione del diritto.....	136

CAPITOLO IV

ETÀ CONTEMPORANEA

54.	La prima guerra mondiale e la rivoluzione bolscevica.	141
55.	A) Il periodo tra le due guerre mondiali a) Società delle Nazioni.	144
56.	b) rinuncia alla guerra come strumento di politica nazionale, soluzione pacifica delle controversie internazionali e disarmo.	153
57.	c) nazionalismo commerciale e monetario.	158
58.	e) protezione dell'individuo e delle minoranze.	156
59.	d) spazio aereo.	159
60.	B) La dottrina del diritto internazionale nel XX sec.	160
61.	a) teoria normativistica: Hans Kelsen.	161
62.	b) teoria decisionista: Carl Schmitt.	169
63.	c) teoria spontaneistica: Roberto Ago.	172
64.	d) teoria istituzionista: Santi Romano.	173
65.	e) teoria socio-imperativistica: Rolando Quadri.	174
66.	f) teoria analitico-funzionalistica: Herbert L. A. Hart.	176
67.	g) teoria ermeneutica: Josef Esser.	179
68.	C) Il periodo della guerra fredda.	183
69.	a) Tribunale di Norimberga.	185
70.	b) Nazioni Unite.	186
71.	c) integrazione europea e alleanza atlantica.	196
72.	d) neo-liberismo commerciale e monetario internazionale.	204
73.	e) diritti umani.	210
74.	f) diritto internazionale umanitario e disarmo.	218
75.	g) decolonizzazione e « Nuovo ordine economico internazionale ».	224
76.	h) proliferazione ed eterogeneità dei « soggetti » internazionali.	227
77.	i) spazio aereo, spazio cosmico e regioni polari.	233
78.	l) controllo delle aree marine e sfruttamento delle risorse dei fondali oceanici.	237
79.	n) protezione dell'ambiente.	240
80.	o) declino dell'arbitrato internazionale.	245
81.	D) Il periodo successivo alla dissoluzione degli Stati socialisti dell'Europa orientale.	246
82.	a) « globalizzazione ».	247
83.	b) diritti umani, legalità, democrazia.	253
84.	c) ricorso alla forza militare e sicurezza collettiva.	263
85.	d) diritto internazionale umanitario e disarmo.	275
86.	e) ripresa dell'arbitrato internazionale.	276
	<i>Bibliografia essenziale</i>	279

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Impostazione metodologica del problema storico del diritto internazionale. — 2. Caratteri essenziali e tendenze evolutive del diritto internazionale.

1. *Impostazione metodologica del problema storico del diritto internazionale.*

1. Si è soliti iniziare la storia del diritto internazionale ponendo il c.d. « problema storico » dell'origine della comunità internazionale. In effetti vi è una disparità considerevole di opinioni rispetto al momento storico in cui il diritto internazionale sarebbe sorto.

2. Alcuni autori hanno sostenuto che il diritto internazionale sia coevo alla storia della civilizzazione, sicché, in sostanza, esisterebbe da sempre, o meglio sin da quando si hanno documenti di civiltà umane. Altri autori hanno sostenuto invece che il diritto internazionale vada riportato alla civiltà europea (o divenuta poi « europea ») e quindi all'antichità greca, se non alle comunità tribali documentate nell'Antico Testamento. Secondo un diverso orientamento il diritto internazionale sarebbe sorto con la realizzazione dell'unità imperiale romana, poi sgretolata in seguito alla divisione dell'Impero ad occidente e ad oriente e alle invasioni barbariche alto-medievali. Altri autori ancora riportano l'origine del diritto internazionale al IX sec. d.C. quando si formò in Europa la *Respublica christiana*, o « comunità delle genti cristiane », mentre secondo un'altra opinione il diritto internazionale sarebbe sorto sì nel IX sec. d.C. ma nell'ambito dei rapporti fra le tre maggiori autorità politiche indipendenti dell'epoca e cioè tra il Sacro Romano Impero, l'Impero Romano d'Oriente e il Califfato islamico di Baghdad. La dottrina prevalente, soprattutto del XIX sec. ma anche attuale, riporta invece la comunità internazionale originaria alla pace di Westfalia del 1648 quando si affermò il principio di una pluralità di Stati indipendenti dalla Chiesa e sostanzialmente privi di un'autorità sovraordinata. Non manca neppure chi riporta l'origine del diritto internazionale soltanto al Congresso di Vienna del 1815.

3. Come porsi di fronte a tale eterogeneità di opinioni? A nostro avviso, è fin troppo chiaro che tutte le tesi appena accennate, pur essendo presentate come risposte ad un problema *storico*, in realtà mascherino (o non siano che un riflesso di) risposte ad un problema *teorico*, anzi *al* problema teorico di cosa sia il diritto internazionale. In altri termini, a seconda di ciò che si è inteso di volta in volta per « diritto internazionale » si è poi « scoperto » che « il » diritto internazionale, così inteso, « nasceva » in una epoca piuttosto che in un'altra. Non ci sembra così di gran rilievo discutere su dati storici, quando non addirittura su scarsi e del tutto opinabili reperti archeologici, per cercare di « collocare » le origini del diritto internazionale al « momento giusto » ovvero per stabilire quale delle opinioni riportate sia quella corretta. Assai più interessante è invece capire quali presupposti teorici abbiano mosso, consapevolmente o meno, i sostenitori di tali opinioni così da definire meglio cosa debba intendersi per diritto internazionale.

2. *Caratteri essenziali e tendenze evolutive del diritto internazionale.*

4. Secondo l'opinione comune, riportabile alla c.d. dottrina « classica » ⁽¹⁾, il diritto internazionale sarebbe l'insieme delle norme che disciplinano essenzialmente i rapporti tra gli Stati, intesi come enti *superiorem non recognoscentes* e in posizione di perfetta parità o uguaglianza. Per la precisione, il diritto internazionale sarebbe il diritto creato *da due o più* Stati che regola rapporti *inter-statali*, mentre il diritto statale (o « interno ») sarebbe il diritto creato dal *singolo* Stato che regola rapporti *inter-individuali*, intendendosi per « Stato » un'entità politica che esercita un effettivo e indipendente potere di governo su una comunità territoriale.

5. Il diritto internazionale così inteso viene di solito definito « pubblico » e differenziato dal « diritto internazionale privato » e più in generale dal c.d. « diritto interno in materia internazionale » ⁽²⁾. Il termine « internazionale » ha tuttavia significati diversi nelle due espressioni. Il « diritto internazionale pubblico » è « internazionale » appunto nel senso che si trat-

⁽¹⁾ *Infra*, § 160, e, per i presupposti « dualistici » della nozione tradizionale del diritto internazionale, §§ 24-25.

⁽²⁾ Sull'evoluzione storica e la funzione del diritto internazionale privato v. *infra*, §§ 62, 139-140, 256-261.

ta di norme giuridiche create da *due o più Stati* che regolano perlopiù rapporti *inter-statali*. Il « diritto internazionale privato » è invece « internazionale » nel senso che si tratta di norme giuridiche statali disciplinanti rapporti *inter-individuali* di carattere essenzialmente privatistico, che si applicano a fattispecie *connesse a più Stati*, ad esempio quando le parti in un contratto siano cittadini di Stati diversi, o un contratto da eseguire in uno Stato sia stato concluso in un altro Stato, o una successione si apra in uno Stato diverso da quello nazionale del defunto, e così via. È chiaro quindi che nel senso « classico » è « internazionale », in quanto disciplina rapporti tra Stati, *soltanto* il diritto internazionale « pubblico », al punto che si può omettere il termine « pubblico » e parlare di diritto internazionale *tout court*. Esiste peraltro una terza accezione, più generica, del termine « internazionale » — che viene allora spesso impiegato in alternativa al termine « transnazionale » — per indicare tutto ciò che supera, *da qualsiasi punto di vista*, le frontiere del singolo Stato. In questa terza accezione sarebbe indifferentemente « internazionale » (cioè appunto « transnazionale ») sia il diritto internazionale « pubblico » che il diritto internazionale privato e in generale qualsiasi branca del diritto (comunque classificato tradizionalmente, come « internazionale » o come « interno ») che si applichi a rapporti, fra qualsiasi soggetto (statale o individuale), facenti capo a *più Stati* ovvero che non si esauriscano nell'ambito di un singolo Stato ⁽³⁾.

6. È da notare che il diritto internazionale privato può derivare, e anche oggi deriva spesso, da trattati internazionali, e quindi essere posto dal diritto internazionale « pubblico ». Nella sentenza del 12 luglio 1929 nel caso del *Pagamento, in oro, di diversi prestiti serbi emessi in Francia* in una controversia tra la Francia e il Regno dei Serbi, Croati e Sloveni, la Corte permanente di giustizia internazionale affermò che « [q]ualsiasi contratto che non sia un contratto tra Stati in quanto soggetti del diritto internazionale ha il suo fondamento in una legge nazionale. La questione di sapere quale sia questa legge è oggetto della parte del diritto che oggi viene il più spesso designata con il nome di diritto internazionale privato o di teoria del conflitto di leggi. Le sue regole possono essere comuni a più Stati e persino essere stabilite mediante convenzioni internazionali o consuetudini, e in quest'ultimo caso avere il carattere di un vero diritto

⁽³⁾ JESSUP Ph., *Transnational Law*, New Haven, 1956, p. 2 (« all law which regulates actions or events that transcend national frontiers »).

internazionale, disciplinante i rapporti tra Stati. Ma, a parte questo, si deve ritenere che tali regole facciano parte del diritto interno » ⁽⁴⁾.

7. I « soggetti » del diritto internazionale, cioè i titolari di diritti ed obblighi derivanti dal diritto internazionale, in senso « classico » sarebbero quindi fondamentalmente gli Stati. Non sarebbero invece soggetti internazionali gli individui, ossia le persone fisiche e giuridiche, che non agiscono per conto o come organi di uno Stato. L'idea centrale della negazione tradizionale della soggettività internazionale degli individui si fonda sul fatto che, essendo l'intero pianeta (con qualche eccezione, come il mare internazionale, lo spazio cosmico o l'Antartide) sottoposto al potere sovrano ed esclusivo di singoli Stati, tutti gli individui si trovano di fatto *assoggettati* a questo o a quello Stato e non avrebbe senso supporre che possano far valere propri diritti o debbano adempiere propri obblighi internazionali nei confronti degli Stati ai quali devono piuttosto obbedire. È vero, in effetti, che gli Stati in concreto agiscono per mezzo di individui — come ad esempio un ambasciatore in ordine alla stipulazione di un trattato — ma, secondo l'opinione più corrente, si tratterebbe allora di individui agenti come *organi* di uno Stato, in diritto o anche solo di fatto, ed allora a venire in rilievo sarebbe appunto *lo Stato* per il quale l'individuo agisce e non l'individuo in quanto tale.

8. Occorre comunque registrare, a fronte della nozione del diritto internazionale appena descritta, che una parte sempre più considerevole della dottrina ritiene oggi che gli individui abbiano una rilevanza internazionale autonoma. La prova sarebbe data dalle norme internazionali attualmente vigenti sulla protezione dei diritti umani, cioè sulla tutela degli individui a prescindere dalla loro cittadinanza, ed in particolare dalle norme internazionali sulla responsabilità *personale* per crimini (di guerra, contro la pace, contro l'umanità), sia di privati che di individui-organi statali, derivate storicamente da quelle sulla repressione della pirateria. Tali norme infatti attribuirebbero agli individui rispettivamente dei diritti, da far valere anche nei confronti del proprio Stato nazionale e persino in mancanza di una nazionalità statale (apolidia), e degli obblighi e precisamente l'obbligo di non commettere reati, quali il genocidio o la tortura, che siano così gravi da

⁽⁴⁾ In *CPJI Publ.*, serie A, nn. 20-21, partic. pp. 40-44.

configurarsi appunto come « crimini » individuali *juris gentium* ⁽⁵⁾. D'altro canto, nel diritto internazionale contemporaneo esistono norme pattizie, o comunque derivanti da trattati, che regolano « direttamente » rapporti inter-individuali o comunque situazioni soggettive facenti capo ad individui, come ad esempio quelle « direttamente applicabili » del diritto dell'Unione Europea ⁽⁶⁾.

9. Accanto alla crescente rilevanza giuridica degli individui va aggiunto che nella panoramica dei soggetti del diritto internazionale attuale vengono ormai pacificamente ricomprese le Organizzazioni internazionali, cioè le unioni di Stati dotate di una imputazione dei propri atti autonoma rispetto a quella degli Stati che ne fanno parte. Nel noto parere consultivo dell'11 aprile 1949 nel caso sulla *Riparazione dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*, la Corte internazionale di giustizia, affermando per la prima volta la soggettività internazionale delle Nazioni Unite, ha precisato che « [c]iò non equivale a dire che [tale Organizzazione] sia uno Stato, che certamente non è, o che la sua personalità giuridica, i suoi diritti e i suoi doveri, siano gli stessi di quelli di uno Stato. *Meno ancora ciò equivale a dire che essa sia un « super-Stato »*, quale che sia il significato di tale espressione. Ciò non implica nemmeno che tutti i suoi diritti e doveri debbano trovarsi sul piano internazionale, non più di quanto debbano trovarsi su tale piano tutti i diritti e i doveri di uno Stato. *Ciò che si vuol dire è che essa è un soggetto di diritto internazionale, capace di possedere diritti e doveri internazionali*, e che essa ha la capacità di far valere i suoi diritti avanzando reclami internazionali ». La Corte ha poi aggiunto che « [c]inquanta Stati, rappresentanti la grandissima maggioranza dei membri della comunità internazionale, avevano il potere di porre in essere, conformemente al diritto internazionale, un ente dotato di una personalità internazionale obiettiva — e non solo una personalità riconosciuta semplicemente da essi — nonché della capacità di avanzare reclami sul piano internazionale » ⁽⁷⁾. La Corte internazionale di

⁽⁵⁾ *Infra*, §§ 144, 299, 351-354, 396-408, 472-476.

⁽⁶⁾ *Infra*, §§ 378-385.

⁽⁷⁾ In *ICJ Reports*, 1949, pp. 179 e 185 (corsivo nostro nel testo). Precedentemente la soggettività internazionale delle « unioni amministrative internazionali » di tipo « organizzato », assimilabili alle moderne « organizzazioni internazionali », nella specie l'Istituto Internazionale d'Agricoltura, era stata affermata dalla Corte di cassazione italiana nella sen-

giustizia ha successivamente ribadito la soggettività internazionale delle Organizzazioni internazionali *in genere* nel parere consultivo del 20 dicembre 1980 relativo all'*Interpretazione dell'Accordo del 25 maggio 1951 tra l'Organizzazione Mondiale della Sanità e l'Egitto*, laddove ha affermato che « [l]e organizzazioni internazionali sono soggetti di diritto internazionale e, come tali, sono vincolate da tutti gli obblighi incombenti su di esse secondo le regole generali del diritto internazionale, secondo i loro atti costitutivi o gli accordi internazionali ai quali sono parti »⁽⁸⁾, e nel parere consultivo dell'8 luglio 1996, richiesto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO, OMS), sulla *Liceità dell'impiego delle armi nucleari da parte di uno Stato in occasione di un conflitto armato*, in cui ha sottolineato che « le organizzazioni internazionali sono dei soggetti di diritto internazionale che non godono di competenze generali alla maniera degli Stati »⁽⁹⁾.

10. Anche la soggettività delle Organizzazioni internazionali potrebbe peraltro essere negata sul presupposto che le Organizzazioni, similmente agli individui, in definitiva dipendono, a partire dalla loro creazione (che avviene con un trattato concluso liberamente dagli Stati) e durante il loro funzionamento fino alla loro estinzione, dagli Stati che ne fanno parte. Eppure la soggettività delle Organizzazioni internazionali è oggi affermata così unanimemente da far piuttosto ripensare alle ragioni per le quali invece di solito si nega la soggettività degli individui. Anche perché tra gli « individui », nel senso del diritto internazionale, vanno ricomprese, come si è accennato, non solo le persone fisiche ma anche le persone giuridiche, ed in particolare alcuni enti, come le società multinazionali, il cui potere effettivo è ben maggiore di molti altri enti qualificati pacificamente come Stati.

11. Un problema analogo a quello della soggettività, che del resto ne è un immediato riflesso, si pone rispetto alla responsabilità internazionale. Secondo la *communis opinio* la responsabilità internazionale è una responsabilità tipicamente *collettiva* in quanto degli illeciti internazionali non risponde di regola l'individuo che ha agito come organo di uno Stato, bensì l'intera collettività statale. Se ad esempio uno Stato non adempie ad un trat-

tenza del 26 febbraio 1931 nel caso *Istituto Internazionale d'Agricoltura c. Profili* (*infra*, § 227).

(⁸) In *ICJ Reports*, 1980, pp. 89-90, § 37.

(⁹) In *ICJ Reports*, 1996, p. 240, § 25.

tato bilaterale l'altro Stato contraente può, a titolo di autotutela, reagire violando a sua volta il trattato o anche commettendo nei confronti del primo Stato un altro illecito internazionale. La reazione colpisce l'intera collettività statale e non (o quanto meno non solo, né direttamente) l'organo che in concreto ha mancato di applicare il trattato e che ha così impegnato la responsabilità del proprio Stato. Si è soliti dire al riguardo che il diritto internazionale, rispetto al diritto statale — che si fonda sulla responsabilità personale —, è (o è ancora) « primitivo », appunto per sottolineare come delle offese dei singoli risponda, in modo simile ai rapporti intertribali, il *gruppo* di appartenenza.

12. È anche vero tuttavia che negli ultimi anni si è assistito ad uno sviluppo considerevole delle norme, alle quali si è già accennato, sulla repressione *personale* dei c.d. « crimini » *juris gentium*. In tal caso si ha un illecito derivante dalla violazione di una norma internazionale di cui risponde personalmente, di fronte a tribunali statali o internazionali, l'individuo che ne è autore, da solo o accanto allo Stato per il quale abbia eventualmente agito.

13. Ma gli elementi che contraddistinguono, secondo l'opinione « classica », il diritto internazionale, e che come vedremo hanno storicamente posto il problema della « giuridicità » delle norme internazionali al confronto con quelle statali, non si limitano alla soggettività e alla responsabilità. Si tratta della « struttura » stessa dell'ordinamento internazionale e precisamente del modo o della misura in cui nell'ambito di tale ordinamento sono « organizzate » le c.d. funzioni essenziali di ogni ordinamento giuridico, e cioè le funzioni di produzione, di accertamento e di attuazione coercitiva delle norme.

14. Si è soliti ritenere che nell'ordinamento internazionale la funzione di produzione normativa, che consiste essenzialmente nella creazione di norme consuetudinarie (ossia di norme *non scritte* vevoli per la *generalità* dei soggetti dell'ordinamento, a prescindere dalla loro volontà) e di norme pattizie (ossia di norme generalmente *scritte* vevoli soltanto per i *soggetti che le abbiano liberamente accettate*), sia « decentrata » nel senso di essere « lasciata » agli stessi soggetti che sono poi destinatari delle norme così create. Negli ordinamenti statali invece tale funzione è « accentrata » in un organo *ad hoc* sovraordinato ai destinatari delle norme, il « legislatore ». Il

« decentramento » della funzione di produzione normativa nel diritto internazionale sarebbe la conseguenza della « sovrana uguaglianza » degli Stati e quindi del fatto che questi ultimi, come soggetti di diritto internazionale, non riconoscono alcuna autorità superiore. Ecco perché si osserva spesso che il termine « legislatore » non è appropriato per indicare l'ente che crea le norme internazionali, dal momento che un tale ente (assimilabile al legislatore statale che « accentra » e monopolizza la funzione legislativa) *non esiste*, ancorché possa genericamente parlarsi di un « legislatore » internazionale riferendosi piuttosto al « meccanismo » astratto di produzione delle norme, consuetudinarie o pattizie. Il diritto internazionale sarebbe così caratterizzato dall'assenza radicale di « eteronomia », consistendo sempre in norme che si rivolgono, attribuendo diritti e obblighi, agli *stessi* soggetti, essenzialmente gli Stati, che le hanno create.

15. Peraltro, se ciò è vero per i trattati, nella misura in cui si escluda che i trattati possano valere anche per i terzi (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*), non altrettanto è vero per la consuetudine, purché intesa con un significato autonomo e distinto da quello del trattato, purché insomma non la si configuri come un accordo « tacito ». La consuetudine infatti viene creata, in ogni ordinamento giuridico e anche in quello internazionale, dalla « generalità », *ma non necessariamente dalla totalità*, dei consociati. In particolare, secondo la teoria « dualistica » della consuetudine, che è quella più comunemente seguita, anche nella prassi e nella dottrina internazionalistica, gli « elementi » costitutivi della consuetudine sarebbero l'*usus*, cioè un comportamento costante e generalizzato ma non necessariamente unanime dei consociati, e l'*opinio juris ac necessitatis*, cioè la convinzione degli stessi consociati che tale comportamento sia giuridicamente obbligatorio o quanto meno socialmente dovuto. È un carattere distintivo della consuetudine di essere creata da una maggioranza di consociati e poi di imporsi su tutti, quindi anche su quelli che non hanno contribuito a formarla, perché non hanno voluto o perché neanche esistevano al momento in cui la norma è stata creata ovvero perché non disponevano di fatto dei requisiti necessari per poter influire significativamente sulla sua formazione. Si ritiene, ad esempio, che le norme consuetudinarie internazionali valgano anche per gli Stati che si siano opposti sin dall'inizio alla loro formazione — benché nella prassi e nella dottrina si sia ammessa talora l'inopponibilità nei loro con-

fronti di una norma consuetudinaria così formatasi (dottrina del c.d. « *persistent objector* ») ⁽¹⁰⁾ —, nonché per gli Stati di nuova formazione, come quelli sorti dalla decolonizzazione, che pure hanno contestato interi settori del diritto internazionale consuetudinario preesistente in quanto « colonialista », o per gli Stati privi di litorale (e quindi fisicamente incapaci di dar luogo ad una prassi significativa) rispetto alla formazione delle norme di diritto internazionale del mare. Quando si dice quindi che la funzione di produzione normativa internazionale è « decentrata » si vuole dire che manca un organo *ad hoc* che la monopolizzi e che essa viene lasciata agli stessi Stati che sono poi destinatari delle norme così create, ma non che siano assolutamente inesistenti fenomeni di « eteronomia » internazionale, nel senso specifico appunto della creazione da parte della generalità degli Stati di norme che si impongono al singolo Stato anche contro la sua volontà.

16. Quanto precede può estendersi anche all'accertamento e all'attuazione coercitiva del diritto internazionale. L'accertamento dell'esistenza e del contenuto delle norme, che negli ordinamenti statali è « accentrato » o monopolizzato da organi *ad hoc* (come i giudici), nell'ordinamento internazionale è di nuovo, e sempre in ossequio al principio della « sovrana uguaglianza » degli Stati, lasciato alla valutazione del singolo Stato. In altri termini, ogni Stato valuta per proprio conto se esiste una norma internazionale, ed eventualmente quale ne sia il contenuto o la portata concreta, senza che un altro Stato possa obbligarlo a sottoporre tale valutazione, in caso di conflitto, ad un soggetto terzo imparziale o *super partes* (come un arbitro o un giudice internazionale). Se un tale obbligo sussistesse infatti verrebbe meno l'uguaglianza degli Stati in quanto questi ultimi si troverebbero nella condizione di dover riconoscere, in ipotesi contro la loro volontà, un'autorità superiore. Ma allora non sarebbero più « Stati » nel senso del diritto internazionale « classico » (o enti *superiorem non recognoscentes*) e ad essi le norme internazionali non si applicherebbero affatto. Ciò non significa che non esistano arbitri o giudici internazionali, ma soltanto che arbitri e giudici internazionali esistono ed operano soltanto in quanto *voluti* dagli Stati parti di una controversia. In altri termini, il diritto internazionale viene accertato dagli stessi soggetti che dovrebbero poi essere vincolati dall'accerta-

⁽¹⁰⁾ In tal senso la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 18 dicembre 1951 nel caso delle *Pescherie norvegesi (Regno Unito c. Norvegia)*, in *ICJ Reports*, 1951, p. 131.

mento sia *direttamente*, ciascuno per proprio conto, sia *indirettamente*, quando i contendenti prestino il loro consenso affinché si pronunci un terzo. È vero che nella seconda ipotesi l'accertamento viene compiuto dal « terzo », ma è anche vero, ed in realtà è questo l'elemento decisivo, che il « terzo » si pronuncia sempre e soltanto sulla base (e nei limiti) del consenso prestato dai contendenti perché si pronunci con un atto che li vincoli.

17. Anche l'attuazione coercitiva delle norme internazionali, cioè l'uso della forza, intesa in senso lato, per costringere gli Stati a conformarsi ad esse, non è, diversamente dagli ordinamenti statali, « accentrata » o monopolizzata da organi *ad hoc* (come sono negli ordinamenti statali ad esempio le autorità di polizia). Di nuovo, sono gli stessi Stati che, ritenendo per proprio conto e a prescindere dalle valutazioni altrui di aver subito un illecito, sono abilitati a reagire compiendo a loro volta un illecito nei confronti dello Stato preteso offensore. L'autotutela, che nel diritto statale è ammessa solo eccezionalmente (come nel caso della legittima difesa) in quanto in caso di controversia è obbligatorio rivolgersi ad organi « terzi » che accertino imparzialmente le ragioni delle parti e che poi provvedano ad attuare coercitivamente le decisioni così raggiunte, nel diritto internazionale — mancando un organo sovraordinato agli Stati non solo di accertamento ma anche di attuazione delle norme — costituisce la regola. Secondo la nozione « classica » del diritto internazionale è soltanto lo Stato che subisce, o meglio che ritiene unilateralmente di aver subito, l'illecito ad essere legittimato a reagire, con un atto in sé illecito ma giustificato appunto a titolo di autotutela, e soltanto nei confronti dello Stato (ritenuto unilateralmente dallo stesso Stato reagente) autore dell'illecito. La prassi attuale tuttavia mostra la tendenza degli Stati a reagire ad illeciti subiti *da altri Stati* quando si tratta di illeciti sentiti come *particolarmente gravi* o lesivi degli interessi della comunità internazionale nel suo insieme anziché del singolo Stato leso. Esiste in altre parole la tendenza ad una sorta di « eterotutela », realizzata pur sempre, come per l'« eteronomia » del diritto consuetudinario, da parte degli Stati stessi e non di un organo sovraordinato ad essi, nel senso appunto che la reazione ad un illecito (particolarmente grave) non costituisce un diritto esclusivo dello Stato leso ma viene ritenuta lecita anche quando attuata da altri Stati che possono rappresentare (o che pretendono unilateralmente di rappresentare) l'intera comunità internazionale.

18. Gli illeciti internazionali particolarmente gravi, che danno luogo ad una responsabilità dello Stato che li commette nei confronti di tutti gli altri Stati della comunità internazionale, erano definiti come « crimini » (dello Stato, da distinguersi dai « crimini » *juris gentium* individuali ai quali ci siamo già riferiti) dall'art. 19 del *Progetto di articoli* della Commissione del diritto internazionale — organo sussidiario dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite istituito con la risoluzione n. 174 del 21 novembre 1947 e competente a preparare progetti di trattati di « codificazione » del diritto internazionale consuetudinario ⁽¹¹⁾ — adottato in prima lettura nel 1996. Tuttavia, nel *Progetto di articoli* adottato più recentemente, il 3 agosto 2001, in seconda lettura la figura del « crimine » internazionale è stata soppressa. Alla nozione di « crimine » dello Stato è di solito associata la categoria degli obblighi internazionali c.d. *erga omnes*, enunciata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 15 febbraio 1970 nel caso *Barcelona Traction*, la cui violazione appunto consentirebbe (almeno secondo un'opinione diffusa) a tutti gli Stati, e non al solo Stato leso, di reagire in autotutela. In tale sentenza la Corte ha affermato che « [u]na distinzione essenziale deve in particolare essere stabilita tra gli *obblighi degli Stati nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme* e quelli che nascono nei confronti di un altro Stato nel quadro della protezione diplomatica. *Per loro stessa natura, i primi riguardano tutti gli Stati.* Considerata l'importanza dei diritti in questione, *tutti gli Stati possono essere considerati come aventi un interesse giuridico a che tali diritti siano protetti*; gli obblighi di cui si tratta sono degli obblighi *erga omnes*. [...] Questi obblighi derivano per esempio, nel diritto internazionale contemporaneo, dalla proibizione degli atti di *aggressione* e del *genocidio* ma anche dai principi e dalle regole concernenti i *diritti fondamentali della persona umana*, compresa la protezione contro la pratica della schiavitù e la discriminazione razziale. Alcuni diritti di protezione corrispondenti si sono integrati al diritto internazionale generale [...]; altri sono conferiti dagli strumenti internazionali di carattere universale o quasi universale » ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Sulla codificazione del diritto internazionale ad opera delle Nazioni Unite v. *infra*, § 371.

⁽¹²⁾ In *ICJ Reports*, 1970, p. 33, §§ 33-34 (corsivo nostro nel testo).

19. Gli elementi distintivi del diritto internazionale appena illustrati, che vengono comunemente definiti nelle opere manualistiche come i « caratteri essenziali » e per così dire « strutturali » del diritto internazionale, sono in realtà soggetti all'influsso di tendenze evolutive dirette a « costruire » un diritto internazionale « accentrato » o « organizzato » — o se si vuole un po' meno « anarchico » e « primitivo » — in organi internazionali *super partes*. Si muove in tale prospettiva l'intero fenomeno dell'« organizzazione internazionale », sviluppatosi, come vedremo, dalla fine della prima guerra mondiale e soprattutto nel secondo dopoguerra. Le Organizzazioni internazionali sono unioni di Stati, dotate, quando abbiano un'autonoma soggettività internazionale, di organi propri capaci di esprimere una volontà distinta da quella degli Stati che le compongono, create anzitutto per « coordinare », o in un certo senso per « correggere », l'unilateralismo dei singoli Stati, e quindi, in definitiva, per porre in essere quell'« accentramento » di poteri che nel diritto internazionale manca. Tale fenomeno peraltro, se inteso in termini assoluti, urta con il principio della « sovrana uguaglianza » degli Stati ed è quindi legittimo chiedersi fino a che punto le Organizzazioni internazionali siano in grado di « porsi sopra » agli Stati se di fatto vengono create, perdurano ed eventualmente possono essere modificate o eliminate, attraverso la volontà degli Stati che ne fanno parte. È per tale motivo che le Nazioni Unite, la massima Organizzazione internazionale oggi esistente, pur in qualche modo votate — ancorché la stessa Carta delle Nazioni Unite ribadisca il principio della « sovrana uguaglianza » degli Stati (art. 2, par. 1) — alla prospettiva (ed a soddisfare l'esigenza oggi sempre più avvertita) di un « governo » mondiale *super partes*, non sono il « legislatore » o la « polizia » della comunità internazionale. In altri termini, il tentativo di organizzazione e accentramento in organi *ad hoc* e *super partes* delle funzioni di produzione normativa e di attuazione coercitiva delle norme internazionali, al fine di dare più « consistenza » (o minor arbitrio unilaterale) al « diritto » internazionale, urta in continuazione con il principio della « sovrana uguaglianza » degli Stati e non si traduce in un unico potere legislativo o coercitivo mondiale. Ancor meno riuscito appare il tentativo di « accentrare » la funzione di accertamento delle norme internazionali ove si consideri che la Corte internazionale di giustizia, il massimo organo giurisdizionale internazionale facente capo alle Nazioni Unite, può pronunciarsi esclusivamente sulla base del consenso dei contendenti e peraltro soltanto nelle controversie tra Stati.

20. Va tuttavia osservato che la dimensione paritaria e « orizzontale » della comunità degli Stati non è radicalmente incompatibile, secondo una parte della dottrina, con fenomeni concorrenti o compresenti di « verticalizzazione anorganica », delle funzioni di produzione normativa, di accertamento e di attuazione coercitiva del diritto internazionale, senza che ciò implichi un'« organizzazione », cioè una predisposizione di organi *ad hoc*, della comunità internazionale e senza quindi assegnare (quanto meno direttamente e in via esclusiva) alle Organizzazioni internazionali, *in primis* alle Nazioni Unite, il ruolo di « gestori » formalmente sovraordinati agli Stati del diritto internazionale. Si sostiene al riguardo che, quanto meno rispetto agli obblighi internazionali di interesse generale che la Corte internazionale di giustizia, come si è accennato, ha definito « *erga omnes* » nella sentenza *Barcelona Traction*, gli Stati, considerati *uti singuli* (cioè presi singolarmente), siano destinatari di obblighi non solo individuali ma anche *collettivi*, facenti capo alla Comunità internazionale, cioè pur sempre (in mancanza di organi di tale Comunità) agli Stati, ma stavolta più precisamente *all'insieme* degli Stati, considerati quindi *uti universi* (appunto come costituenti una collettività), e che tali obblighi vengano imposti dagli Stati operanti *uti universi* — ovvero per conto della Comunità internazionale, che resta priva di propri organi in grado di farlo — agli altri Stati che li subiscono *uti singuli* ⁽¹³⁾. In sostanza, l'« eteronomia » e l'« eterotutela » potrebbero concepirsi, spiegandosi così peraltro quei fenomeni concreti di eteronomia e di eterotutela già accennati, anche senza ammettere l'esistenza di organi accentrati *ad hoc* o supporre che debba (o riesca ad) operare a tal fine un'Organizzazione internazionale.

21. Altro carattere distintivo del diritto internazionale sarebbe, secondo la *communis opinio*, la necessità, in ordine alla sua attuazione concreta, di « agganciarsi » al diritto statale. Si sostiene infatti che le norme internazionali richiedano, come ogni norma giuridica, di essere applicate da in-

⁽¹³⁾ PICONE P., *Obblighi reciproci e obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, a cura di Starace V., Milano, 1983, p. 15 ss.; ID., *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, 1995, pp. 517-578. La tesi illustrata nel testo nei suoi termini essenziali si ricollega alla teoria del fondamento del diritto internazionale di QUADRI, che verrà esaminata più avanti (§§ 329-333).

individui ma poiché tutti gli individui sono attualmente assoggettati al (ovvero monopolizzati dal) potere sovrano di questo o quello Stato ne consegue che il diritto internazionale avrebbe la possibilità di trovare applicazione soltanto nella misura in cui l'individuo-organo che debba farlo sia « autorizzato » dal diritto dello Stato al quale è sottoposto ⁽¹⁴⁾.

22. Se ciò è vero in generale, è anche vero che sono state elaborate dottrine diverse riguardo ai rapporti tra diritto internazionale e diritto statale, strettamente dipendenti dalle teorie, che vedremo più avanti, del « fondamento » dell'obbligatorietà del diritto internazionale. Si tratta della teoria *monistico-statale*, della teoria *dualistica o pluralistica* e della teoria *monistico-internazionale*.

23. Secondo la teoria « monistico-statale », nota anche come teoria del « primato del diritto statale », è « diritto » in senso proprio soltanto quello prodotto dal singolo Stato, con la conseguenza che il diritto internazionale o non sarebbe affatto « diritto », almeno in senso proprio, o non sarebbe diritto « internazionale » costituendo quella parte del diritto *statale* concernente i rapporti con gli altri Stati ⁽¹⁵⁾. Così inteso, evidentemente non si pone un problema di « rapporto » tra diritto internazionale e diritto statale, né di « attuazione » del diritto internazionale in virtù del diritto statale, dal momento che il diritto internazionale *come tale* in realtà non esiste. Ciò che viene applicato dagli individui-organi nazionali, in altri termini, è sempre il diritto del proprio Stato.

24. La teoria « dualistica » presuppone la simultanea giuridicità sia del diritto statale che del diritto internazionale. Storicamente, tale teoria è stata sostenuta difendendo, contro la teoria « monistico-statale », la giuridicità del diritto internazionale, accanto appunto a quella (ritenuta pur sempre indiscutibile) del diritto statale ⁽¹⁶⁾. Ciascuno dei due ordinamenti avrebbe proprie fonti e soggetti. Una norma « giuridica » in uno dei due ordinamenti, secondo i propri criteri, non lo sarebbe nell'altro se quest'ultimo non la « facesse propria » attraverso un procedimento di « adattamento » o

⁽¹⁴⁾ CASSESE A. *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, pp. 21-29; ID., *International Law*, Oxford, 2001, p. 9.

⁽¹⁵⁾ Torneremo su tale teoria *infra*, §§ 184-196.

⁽¹⁶⁾ Torneremo su tale teoria *infra*, §§ 197-202.

di « riconoscimento ». Così, una norma internazionale, che sia giuridica nell'ordinamento internazionale, diverrebbe giuridica anche in un ordinamento statale allorché quest'ultimo, attraverso proprie norme, autorizzi i propri organi ad applicarla alla stregua di qualsiasi altra norma statale. Una tipica norma statale di « adattamento » è ad esempio l'art. 10, 1° comma, Cost. secondo il quale « [l]ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute ». Tale norma viene di solito interpretata nel senso di autorizzare gli organi italiani ad applicare, alla stregua delle altre norme italiane, le norme internazionali generali, consuetudinarie o comunque vevoli per la generalità dei soggetti internazionali. In base all'art. 10 Cost. quindi le norme internazionali generali vengono « immesse », come si usa dire, nell'ordinamento italiano unendosi a tutte le altre che appartengono a tale ordinamento. La stessa funzione svolge, sempre nell'ordinamento giuridico italiano, il c.d. « ordine di esecuzione », ossia l'atto normativo (in genere una legge ordinaria) che rende un trattato, debitamente ratificato dall'Italia, esecutivo nell'ordinamento interno. In effetti, è soprattutto nel contesto della teoria dualistica che si è soliti affermare che il « diritto » internazionale si caratterizzi per il fatto di « aver bisogno » del diritto statale, ed in particolare del meccanismo di « adattamento » predisposto dal diritto statale, in ordine alla sua attuazione concreta.

25. È stato osservato in dottrina che la teoria « dualistica » più in generale è una teoria « pluralistica » perché presuppone la separazione e simultanea giuridicità non solo tra l'ordinamento internazionale e un singolo ordinamento statale ma anche tra i vari ordinamenti statali. Sta di fatto comunque che la teoria dualistica, o pluralistica, nel momento in cui richiede che il « diritto » internazionale (o il « diritto » degli altri Stati) è « diritto » anche per lo Stato dal cui punto di vista ci si pone soltanto se « riconosciuto » da quest'ultimo, non fa che mantenere un'idea fittizia del diritto « altrui » o « esterno ». Infatti, l'unico diritto è sempre e solo quello dello Stato dal cui punto di vista ci si pone: le norme di altri ordinamenti sono concepite come giuridiche solo in astratto, nella misura in cui si « suppone » semplicemente che siano « giuridiche » per i soggetti ai quali si rivolgono nel « loro » ambito di validità, ma restano meri « fatti » in attesa, per così dire, di « riconoscimento » nazionale per lo Stato che sia chiamato ad applicarle.

26. Si noti che l'« adattamento », che propriamente presuppone la teoria dualistica o pluralistica, in quanto è diretto ad « accordare » due ordinamenti che si suppongono entrambi esistenti — e quindi effettivamente « accordabili » — viene talvolta richiamato anche da sostenitori della teoria monistico-statale per indicare il meccanismo che consente alle « norme internazionali », intese come mero *materiale* pre-giuridico prodotto dagli Stati, di divenire, una volta « trasformate » in norme statali, « giuridiche » in senso proprio. Ma se le norme internazionali *di per sé* non sono giuridiche, divenendolo solo dopo essere state « immesse » in un ordinamento statale (ed ovviamente solo dal punto di vista di tale singolo ordinamento) in base alle sue proprie norme (che sarebbero « giuridiche » senz'altro), allora il meccanismo che consente agli organi statali di applicare il diritto internazionale non consiste tanto in un « adattamento » tra due ordinamenti, bensì in una « creazione » di norme relative ai rapporti con altri Stati da parte dei singoli Stati dal cui punto di vista di volta in volta ci si pone. L'adattamento insomma implica un rapporto, ma se il diritto internazionale è « diritto » solo a condizione che (o nella misura in cui) divenga diritto statale allora non può esserci rapporto dal momento che uno dei due termini da rapportare in realtà non esiste.

27. Secondo la teoria « monistico-internazionale », nota anche come teoria del « primato del diritto internazionale », il diritto internazionale non solo è « diritto », e lo è indipendentemente dalla volontà del singolo Stato, ma è addirittura *l'unico* diritto, il diritto in altre parole che fonda la giuridicità di ogni altra norma giuridica, ivi comprese le norme giuridiche dei singoli Stati ⁽¹⁷⁾. Si passa così dall'idea che l'unico diritto sia quello statale, accolta dalla teoria monistico-statale e in definitiva anche dalla teoria dualistica o pluralistica, all'idea opposta che l'unico diritto sia quello internazionale, accolta dalla teoria monistico-internazionale. In base alla teoria monistico-internazionale l'affermazione secondo la quale il diritto internazionale si caratterizza per il fatto di aver bisogno del diritto statale in ordine alla sua attuazione concreta vuol dire che il diritto internazionale consta perlopiù di norme « incomplete » e « delega » gli ordinamenti statali a completarle, ad esempio determinando con proprie norme gli individui-organi che dovranno applicarle o rispettarle. Nella teoria « monistico-internazio-

⁽¹⁷⁾ Torneremo su tale teoria *infra*, §§ 302-317.

nale » non si può quindi parlare di « adattamento » in senso proprio, perché di nuovo, a causa del suo « monismo », viene a mancare uno dei due termini da rapportare o « adattare », stavolta il diritto statale (inteso come diritto autonomo rispetto al diritto internazionale), quanto piuttosto di « delega » che l'ordinamento « superiore », quello internazionale, conferisce agli ordinamenti « inferiori » e « parziali », che sono quelli statali.

28. Un ultimo « carattere distintivo » del diritto internazionale che si è soliti considerare è il c.d. « individualismo », cioè il fatto che il diritto internazionale regola di solito rapporti « sinallagmatici » tra singoli soggetti. Le norme internazionali, in altri termini, porrebbero diritti ed obblighi che tutelano i *singoli* Stati proteggendoli da altri *singoli* Stati, *grosso modo* come avviene per il diritto privato negli ordinamenti statali. Mancherebbe nel diritto internazionale, quanto meno nel diritto internazionale « classico », una disciplina pubblicistica che riguardi gli interessi o i valori collettivi dei soggetti internazionali.

29. Peraltro, come si è accennato a proposito della presunta « organizzazione » ovvero « verticalizzazione » della comunità internazionale, tale visione « privatistica » o « individualistica » del diritto internazionale sembra oggi convivere con la presa in considerazione da parte di alcune norme internazionali, e di una parte sempre più consistente della dottrina, degli interessi o dei valori della comunità internazionale *come tale*. Alcune nozioni-chiave che si riferiscono a valori fondamentali della comunità internazionale, intesa come collettività, sono quelle di *jus cogens*, cioè di diritto internazionale generale inderogabile mediante trattati e quindi sottratto alla libera disponibilità degli Stati; di obblighi *erga omnes*, obblighi relativi a valori fondamentali della comunità internazionale la cui violazione, come si è già accennato, secondo un'opinione più diffusa darebbe luogo ad illeciti internazionali più gravi; e di « patrimonio comune dell'umanità », espressione con la quale si allude all'idea che esistano beni (come talune risorse economiche o l'ambiente) comuni a tutti i popoli, comprese le generazioni future, e quindi sottratti all'uso indiscriminato o « irrazionale », o iniquo dal punto di vista della distribuzione della ricchezza mondiale, da parte di singoli Stati anche quando si trovino entro i loro territori e siano in principio sottoposti alla loro giurisdizione o controllo esclusivi.