



GIANCARLO GUARINO*

ALLA BASE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE: SPUNTI CRITICI PRELIMINARI PER UNA ANALISI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE COME SISTEMA**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 1.1. Società e cambiamento sociale. - 1.1.1. Una ipotesi applicativa: il caso della Ucraina e Crimea. - 1.2. In sintesi: la logica del sistema. - 2. La società fondata sul diritto: i sistemi sociali giuridici. - 2.1. Diritto e ragione. - 3. La struttura generale dei rapporti tra ordinamenti giuridici e un'ipotesi sulla logica del sistema internazionale. - 3.1. Ordinamento internazionale e Ordinamenti interni. - 3.2. L'Ordinamento internazionale in particolare. - 3.3. Natura giuridica e presunta primitività del diritto internazionale. - 4. Qualche chiarimento ulteriore su taluni punti del discorso. - 4.1. Il diritto inteso come sistema complesso. - 4.2. Il significato del riconoscimento delle regole. - 5. I rapporti tra Ordinamento internazionale e ordinamenti interni. - 5.1. Nello specifico dell'Ordinamento internazionale. - 6. Per una prima conclusione.

1. Introduzione

Ogni società umana, identificabile in un tempo, in uno spazio e nei suoi membri (quindi ed in quanto tutti definibili preventivamente come tali¹) “si” organizza (secondo quanto

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Napoli Federico II.

** Il titolo riecheggia per puro caso il titolo del bel lavoro di Anthony D'Amato, su *Am. Jour. Int. Law*, 2014: *Groundwork for International Law*, 2014, pp. 650 ss., ma la coincidenza è benvenuta, vista la analogia del tema.

¹ Alla luce della ricostruzione a mio parere più attendibile del principio della autodeterminazione dei popoli, ove, appunto, il “diritto” del popolo (virgolettato perché un popolo non essendo soggetto di diritto internazionale, non è titolare di diritti, ma destinatario di garanzie) è condizionato dalla identificazione e delimitazione fisica del popolo cui riconoscere e garantire il diritto stesso: e non solo nello spazio e nella identità dei suoi membri, *ma anche in un tempo*, i tempi del diritto internazionale. Questo è un punto molto importante, sul quale tornerò più avanti e che aiuta a comprendere meglio il discorso che segue, perché parlare di diritto, di ordinamento giuridico e della sua natura e struttura, e della sua collocazione sociologica, presuppone che si parli di un certo popolo e del relativo diritto o di una certa società e della relativa organizzazione, ma la dottrina in genere, poco o punto si cura di accertare *quale e perché quello* sia il popolo come entità significativa per il diritto internazionale e pertanto, se del caso, lo *stato* di cui si parla, trascurando, a mio parere, il fatto che lo stesso concetto di stato va predefinito (almeno nella sua identità) per poterne studiare la struttura anche giuridica. Sul punto, v. il mio *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli, 1984 e più di recente in sintesi,

spiego più avanti) per strutturare le proprie attività e quindi i comportamenti dei suoi membri, in vista del “buon” funzionamento della società stessa. Ciò del tutto indipendentemente dal fatto che quel gruppo sociale intenda realizzare o sia destinato a realizzare un determinato fine. Quello che, infatti, interessa rilevare e quindi analizzare nel corso di questo studio è l'*organizzazione*, che è destinata a garantirne il funzionamento, il “buon” funzionamento, appunto nel senso della efficienza e che, non a caso, permette di definire quella società (e, infatti, comunemente la si definisce così) anche come “macchina”².

Ad evitare, peraltro, la facile critica di meccanicismo, è bene sottolineare subito che, diversamente da una società naturale, vale a dire a differenza, ad esempio, di un complesso di cellule e organismi vari più o meno complessi, la società umana è dotata di ragione, nel senso che può fare – diversamente da una singola cellula, da un complesso organico di cellule o da un motore - delle scelte non determinate soltanto dalla struttura della “macchina” stessa, dai suoi meccanismi per così dire, ma da una espressione di volontà³, che può perfino determinare *a.*- un diverso funzionamento della stessa macchina – insomma il cambiamento di parte o tutto il meccanismo – o, *b.*- l'assegnazione a quella società di fini o obiettivi etici o politici, che possono incidere anche sul funzionamento della società stessa. Solo che, nella misura in cui i meccanismi sociali sono anche razionali, nel primo caso, per lo più, i cambiamenti sono nella e della struttura stessa della macchina sociale. Al contrario, in entrambi i casi – nel secondo, sempre, nel primo talvolta - agiscono *dall'esterno* sul funzionamento della società determinando così nuove regole, che divengono le “nuove regole” di quella che in qualche maniera si definisce e deve essere definita come una *nuova* macchina, o, per restare all'ambito sociale, una “nuova società”⁴.

In altre parole e per chiarire meglio quanto dico, una macchina qualsiasi o anche un organismo vivente, non dotato di “ragione” - e quindi, benché non privo di capacità evolutiva⁵, non dotato di “libero arbitrio” - funziona per quello che è, per i meccanismi di cui dispone: un motore non ha e non fa “scelte”, muove i suoi meccanismi, ma non può fare altro, *neanche se lo “volesse”*, e nemmeno può *non fare* ciò che è fatto o nato per fare, ben diver-

Autodétermination des peuples et respect de la volonté populaire, in *Consulta Online*, 2013 www/giurcost.org/studnew2013.htm, entrambi anche in academia.edu

² Istitutiva di un processo di cognizione sul quale non è qui il caso di insistere: ciò, nel senso di H. R. MATURANA, F. J. VARELA, *Autopoiesi e cognizione: La realizzazione del vivente*, Venezia (Marsilio) 1985 (Reidel Dordrecht 1980) *passim*. Su taluni sviluppi in tema di autopoiesi e di analisi dei sistemi sociali, v. P. M. HEJL, *Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die Soziologische Systemtheorie*, in *Rechtstheorie*, 1982, 1, p. 45 ss.

³ *Sia interna, che esterna*, nel senso della provenienza, dato che, come vedremo, l'intervento delle scelte razionali incide *sempre dall'esterno* sulla macchina sociale *a meno che non sia essa stessa, parte integrante del sistema*, con tutte le conseguenze su cui più avanti § 2, testo corrispondente alle ntt. 51- 52. Sul punto specifico, v. le fondamentali osservazioni di E. LASZLO, *Evolution, the Grand Synthesis*, Boston, 1987 specialmente p. 38 ss., e v. *infra*, § 1.2.

⁴ Voglio dire che una società qualsiasi dispone (può disporre) di strumenti destinati a cambiare, almeno in parte, il funzionamento della macchina sociale partecipando, come dirò più avanti, al processo evolutivo della stessa, ma può anche *subire* le richieste di cambiamento, sia imposte da un altro, esterno, gruppo sociale, sia imposte in violazione delle “regole evolutive” proprie della società. In termini giuridici, è ovvia la differenza tra i meccanismi di cambiamento, ad esempio del diritto di uno stato nel rispetto delle procedure costituzionali previste nell'ordinamento, e i cambiamenti, per dir così traumatici, imposti sia dall'esterno (la conquista, ad esempio, detto ovviamente in senso atecnico, la conquista non essendo contemplata nel diritto internazionale) che dall'interno (la rivoluzione).

⁵ Che è cosa caratteristica degli organismi viventi (oltre che, come vedremo tra poco, della società umana) anche se si cominciano ad intravedere delle macchine, ad esempio dei computer, in grado di evolversi in maniera sempre più simile ad una macchina vivente, *ma sempre nel quadro dei propri meccanismi*.

samente, come vediamo tra poco, da una macchina dotata di ragione umana⁶. Può invece, *essere utilizzato* per funzioni diverse, ma ciò non “dipende” dalla macchina, ma da chi la utilizza. Così come, in sostanza, lo stesso motore può essere utilizzato per muovere un’automobile o per produrre elettricità, un organismo vivente, come sopra privo di libero arbitrio, analogamente fa solo ciò per cui è predisposto, salva l’utilizzazione “finalizzata” di esso: come ad esempio un batterio, che può essere dannoso o utilizzato (quindi dall’esterno) per guarire una malattia. Fin qui è “semplice” e ben nota realtà sperimentale e misurabile⁷.

E dunque, in poche sintetiche parole: il meccanismo della autopoiesi garantisce la perdurante funzionalità della macchina, ivi compresa la riproduzione (replicazione) di parte di essa o anche di tutta. L’elemento della razionalità, in quanto “agente esterno” e l’interconnessione tra i vari sistemi sociali, ne assicurano l’evoluzione e impediscono, o almeno rallentano, il processo verso l’entropia del sistema⁸.

1.1. *Società e cambiamento sociale*

Una società, una società giuridica in particolare, è, dunque, anch’essa, nel senso descritto, una “macchina”, ma, nella misura in cui è composta da esseri razionanti, questi ultimi possono incidere, con l’uso appunto della propria ragione, anche sul funzionamento, per dir così “interno”, della macchina dove la “ragione” è un elemento della macchina stessa (si pensi ad esempio alla interpretazione delle norme, che può incidere anche pesante-

⁶ Lo sviluppo sempre più avanzato di “macchine pensanti”, capaci di incidere in qualche misura su se stesse, non credo che permetta, allo stato dei fatti, di porre sullo stesso piano qualitativo una macchina per quanto sofisticata e un essere umano e la relativa società di cui al paragrafo successivo. Basterebbe ricordare ad esempio le fantastiche invenzioni di un I. ASIMOV, *Runaround*, in *I Robot*, New York, 2013 (ma 1950), che, appunto descrive chiaramente i limiti della macchina enunciando (ma, forse non a caso, imponendo alla macchina-robot) le famose tre leggi: «1. A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm. 2. A robot must obey any orders given to it by human beings, except where such orders would conflict with the First Law. 3. A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law», destinate ad impedire, appunto, che la macchina creata dall’uomo, diventi come l’uomo e lo danneggi.

⁷ E per di più, mi permetto di aggiungere e non è poca differenza, *ripetibile*: è, in altre parole, il secondo ben noto principio della termodinamica: «l’entropia di un sistema isolato lontano dall’equilibrio termico tende a salire nel tempo, finché l’equilibrio non è raggiunto». Per ora vale solo osservare che, viceversa, una realtà sociale, oltre ad essere difficilmente (anzi, mai) “misurabile” è anche sicuramente *non ripetibile* e quindi non suscettibile di essere sperimentalmente “provata” per vedere se e come funziona o se e come *potrebbe* o *avrebbe potuto* funzionare se diversamente fatta. La storia, per ripetere una frase fatta, non si fa con i “se”. Ma ciò vuole anche dire che, *in linea di massima*, l’entropia non è propria di una società umana. Su ciò, più avanti § 0, testo corrispondente alle ntt. 100 103, e *passim*.

⁸ Per richiamare il senso di quanto affermo, in termini di entropia del sistema sociale, v, N. WIENER, *The human use of human beings: cybernetics and society*, Jackson, 1988, p. 30 s.: «*In a system which is not in equilibrium ... entropy need not increase ... Perhaps this non-equilibrium of the world about us is merely a stage in a downhill course which will ultimately lead to equilibrium. Sooner or later we shall die, and it is highly probable that the whole universe around us will die... But we are not yet spectators at the last stages of the world’s death ... Therefore in the world with which we are immediately concerned there are stages which ... are of great significance for our purposes, for in them entropy does not increase and organization and its correlative, information, are being built up*» (enfasi mie). In termini analoghi si potrebbe citare L. VON BERTALANFFY, *Perspectives on general system theory: scientific philosophical studies*, New York, 1975, ad esempio, p. 138 s.: «*...the problem of unorganized complexity appeared which is essentially answered by statistical laws. The paradigm of laws of unorganized complexity is the second principle of thermodynamics. Now however we are confronted with problems of organized complexity at all levels of the hierarchic structure of the universe...the laws of organized complexity are essentially system laws*» (enfasi mie).

mente sul loro contenuto normativo fino a sopprimerlo del tutto o a creare una norma del tutto nuova⁹ e financo distorcerla profondamente, secondo una certa interpretazione della teoria del decostruttivismo¹⁰) fino perciò a poterne cambiare uno o più “meccanismi”, senza incidere sulla natura stessa di quella società. Per cui, non diversamente da un motore il suo funzionamento può essere studiato, ma non nei suoi fini, posto che ne abbia, dato che essi sono “imposti” dall'esterno (quindi da un'altra macchina-società) oppure (e questa è una caratteristica significativa e *unica* della società umana, nella specie giuridica) può modificarsi anche integralmente fino ad autoimporsi dei fini: in entrambi i casi, però, quel cambiamento è *logicamente* “esterno” rispetto alla meccanica della società¹¹.

Un esempio, per chiarire questo punto, è la “rivoluzione”, o, più precisamente, l'esercizio dell'autodeterminazione nel senso del cambiamento di regime o dello stato, che possono entrambi essere anche del tutto pacifici: ma non per questo necessariamente legittimi. Dove la legittimità non è definita dall'ente stesso, ma, a mio parere, solo dall'esterno, dalla Comunità internazionale. In altre parole, ragionando in termini giuridici, posto che una società possa *di fatto* cambiare radicalmente, cioè “essere” cambiata, la legittimità di quel cambiamento può derivare solo dall'esterno di essa e cioè da un *altro* ordinamento: quello internazionale. Che dunque, è un ordinamento (un “sistema”, come dirò tra poco) più generale, più vasto di quello dei singoli organismi che coordina, benché, al tempo stesso, più “semplice” degli ordinamenti coordinati, secondo il ben noto assioma per cui tanto maggiore è il “livello”¹² di decisione, tanto minore è l'analiticità delle informazioni e, perciò, tanto maggiore ne è la sintesi¹³.

⁹ È dunque proprio questo il portato della differenza di cui nel testo. La capacità razionale della società umana (giuridica nella specie) può condurre a quanto nel testo, v. anche *infra* nt. 155. Ma la *qualità* del risultato cambia: la macchina sociale può evolversi molto profondamente, ma quel cambiamento può accadere anche per volontà esplicita di rivoluzionarlo, di sovvertirlo e dunque, quando ciò accada, non è la “meccanica” della società - sia pure razionale come potrebbe essere la giurisprudenza - quella che si modifica autopoieticamente, ma è una scelta “esterna” che agisce e che genera l'*evoluzione*. Il tema, come vedremo fra poco, è fondamentale specialmente nel campo del diritto internazionale dove il fatto rivoluzionario può essere sussunto *logicamente a parte* del sistema.

¹⁰ V. ne un esempio, nella storia, francamente allucinante, riportata da A. D'AMATO, *The Ultimate Injustice: when a Court Misstates the Facts*, in *Cardozo Law Review*, 1989-90, P. 1312 ss., che “usa” il caso per mostrare talune delle contraddizioni insite nella teoria. Ma v. anche, D. CORNELL, *Rethinking Legal Ideals after Deconstruction*, in A. SARATA, L. DOUGLAS, M. MERRIL UMPHREY (Eds.), *Law's Madness*, Ann Arbor, 2006, p. 147 ss.

¹¹ Per tornare, con un pizzico di ironia alla fantascienza (a dire il vero ogni giorno meno fantastica) è il terrore dell'uomo immaginato appunto dalla fantascienza (e in ciò, come noto, ASIMOV è tra i maggiori: «La disumanità del computer sta nel fatto che una volta programmato e messo in funzione, si comporta in maniera del tutto onesta», cit. in ENCICLOPEDIA Treccani, http://www.treccani.it/scuola/tesine/automi_e_robot/1.html), come dire la macchina *non sarà mai un uomo*) è quello della macchina che si evolve fino a sostituire l'uomo, il cd. Complesso di Frankenstein riferito al medesimo Autore o sindrome di Frankenstein dal noto film horror (1991) di Larry Fassenden!

¹² Ed è solo in questo senso che va interpretato il termine “gerarchia” in teoria dei sistemi.

¹³ È questa, benché solo accennata, la Grand Synthesis di cui in E. LASZLO, *Evolution*, cit., specialmente pp. 87 ss. (ma v. già P. MELOGRANI, *Saggio sui potenti*, Bari, 1977, p. 89: «Society is neither a natural system, like an atom, a molecule or a cell, or an artificial system such as a machine or a computer. It is the result of human action and interaction, but not of conscious human design ... Society, though composed of human beings, is not reducible to the sum of their behaviours and attributes: it evolves functions and acquires attributes that are typical of its own societal level of organization. Such spontaneously emerging features include the capacity to replicate [autopoiesi] principal components ... and to renew any part of the structure that may have been impaired by internal or external fluctuations. Self-organization is another feature of society» (enfasi mie). Quanto ciò influisca sul contenuto e il funzionamento della autopoiesi, sarà discusso più avanti.

Il che equivale a dire, implicitamente, che anche i cambiamenti di regime o altro (senza addentrarci qui nella analisi del tema) non sono nella piena ed esclusiva disponibilità – o almeno non lo sono oggi – del soggetto che cambia o anche del suo popolo, magari intero.

Se, infatti, è vero che uno degli effetti della cd. “globalizzazione” è stato quello di “perforare” la adamantina corazza degli stati, imponendo, per lo più di fatto, regole a tutti all’interno degli stessi stati¹⁴, non è di ciò che sto parlando. Sto infatti affermando che taluni dei comportamenti dei soggetti di diritto internazionale non sono legittimamente adottabili per la presenza di regole della, più ampia, Comunità internazionale, che li impediscono¹⁵.

Ciò vale, per fare degli esempi, sicuramente per l’inquinamento ambientale, o per la scarsa protezione dei beni culturali, ecc., ma anche per fenomeni rivoluzionari, svolti magari con il consenso della intera popolazione, quando non consoni a certe regole internazionali.

1.1.1. *Una ipotesi applicativa: il caso della Ucraina e Crimea*

Ai fini del discorso che seguirà, credo sia utile spiegare il senso di quanto affermato qui sopra (peraltro ben noto nel campo degli studi sui sistemi complessi e sulla autopoiesi) applicando quello schema ad un esempio concreto, come quello della attuale (autunno 2015) situazione della Crimea, dell’Ucraina e della Russia.

Come noto, la Crimea e la Ucraina sud-orientale¹⁶ “espressero” (o si affermò che volessero esprimere) la volontà di aderire alla Russia: la prima, si “esprese” anche materialmente con un *referendum* e venne *annessa* alla Russia; la seconda non vi è riuscita formalmente, ma *di fatto*, si considera, o è effettivamente, separata dal resto dell’Ucraina: qualora il processo di separazione dovesse andare fino in fondo (insomma, riuscire) e posto che per la Crimea pare riuscito, ci si deve e dovrà domandare se ci si trovi di fronte ad una secessione (quindi ad un fatto illecito secondo il diritto internazionale vigente¹⁷) o al compimento di un processo di autodeterminazione¹⁸ legittimo e quindi ad un fatto lecito.

E dunque, scomponendo i vari elementi della questione, se ne potrebbe ricavare una analisi del genere:

¹⁴ Salvo, poi, a “ribellarsi” mediaticamente alle regole imposte da enti derivanti da accordi dai soggetti medesimi sottoscritti ed imposti ad altri.

¹⁵ Sul punto sono pienamente condivisibili gli studi di P. PICONE, in materia di obblighi *erga omnes* e delle conseguenze logiche della loro affermazione, in particolare: *Unilateralismo e guerra contro l’ISIS*, in *Riv. dir. int.* 2015, p. 5 ss. e *Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno stato individualmente leso*, *ibidem*, 2013, p. 5 ss., che è forse lo studio chiave e gli altri noti scritti precedenti, entrambi rispettivamente anche in <http://www.iusexplorer.it/Dottrina/Dottrina?idDocMaster=4541313&idDataBanks=13&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=0&NavId=1138708804&pid=19&IsCorr=False> e <http://www.iusexplorer.it/Dottrina/Dottrina?idDocMaster=3771894&idDataBanks=13&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=0&NavId=184538645&pid=19&IsCorr=False>.

¹⁶ La “personalizzazione” di Crimea e Ucraina sud-orientale, non intende esprimere una valutazione in questa sede sulla loro natura di soggetti legittimi di diritto internazionale, né una valutazione sulla legittimità o meno di una espressione di volontà popolare (esplicita o meno) dei rispettivi popoli, sulla cui identità è, più che lecito, doveroso, discutere ma in altra sede. L’uso della personalizzazione è dunque solo a fini di semplicità espositiva.

¹⁷ V. sul punto ampiamente, il mio già cit. *Autodeterminazione dei popoli*.

¹⁸ Di nuovo, solo per precisare, che, come affermato nel lavoro di cui alla nt. 1, l’autodeterminazione è da intendersi come un processo definito nei suoi passi dal diritto internazionale e gestito dalla Comunità internazionale. In quanto *processo*, la autodeterminazione dei popoli è un *processo permanente non esauribile, né esaurito, con la sua eventuale “realizzazione”*.

1.- la Crimea, parte semi-autonoma dell'Ucraina ad essa "donata" nel 1951, esprime la propria volontà di aderire alla Russia (attraverso la maggioranza del "suo" popolo grazie ad un *referendum* del quale la Crimea afferma la legittimità¹⁹) e, annessa in base alla legge russa²⁰, è *altro* da prima. Potranno (e in gran parte è così) restare invariati, il nome, le persone, le strutture, le leggi, ma la Crimea è *altro perché una volontà "esterna"*²¹ (contenuto del *referendum* e annessione) ne ha cambiato la natura e l'identità, ma al tempo stesso un meccanismo interno (la possibilità di indire un *referendum* e il suo svolgimento) ha agito secondo i propri "ingranaggi";

2.- la Russia, contribuisce con la *propria* volontà, *esterna* rispetto alla Crimea, a rendere realizzabile la volontà di quest'ultima, ma, al tempo stesso, cambia essa stessa dato che include nel proprio "corpo" la Crimea: si ingrandisce, per dir così, *ma non per evoluzione per così dire naturale* (come potrebbe essere per una *insula in flumine nata*) bensì per una scelta esplicita, di nuovo *esterna*, rispetto alla stessa Russia: è una *volontà* politica che lo decide, mentre il meccanismo giuridico russo agisce secondo le proprie regole. Qui, infatti, si deve fare una duplice osservazione, dato che, mentre è indubbia la volontà politica di annessione (quindi la *volontà esterna*) è altrettanto indubbio che a detta volontà abbia corrisposto l'espressione (magari discutibile, ma solo nella sua motivazione) di una *legittima* azione giuridica (il trattato di annessione e la sua dichiarata corrispondenza alla Costituzione russa) e quindi di una *potenzialità* (uso deliberatamente questo termine solo apparentemente ambiguo) insita nello stesso sistema costituzionale russo. Usando, dunque, in qualche modo, la terminologia di cui sopra, si può parlare, da un lato certamente di una *volontà esterna* (anzi due: quella di volersi fare anettere qualora il *referendum* non permettesse legittimamente di decidere in quel senso, e quella di decidere di anettere) e, dall'altro, di una *evoluzione naturale* del sistema Russia, che, attraverso l'uso della *propria stessa legislazione e della propria giurisprudenza* ha trovato legittimo e quindi reso possibile l'avvenimento, che perciò appare come effetto del funzionamento "normale" della macchina Russia: e dunque, in questo caso, con la terminologia proposta, sia l'influenza di una volontà esterna, cioè *evoluzione*, che funzionamento della macchina, cioè *autopoiesi*;

3.- l'Ucraina sud-orientale, a sua volta, subisce un cambiamento, sia pure *di fatto*, dato che, da un lato, non "esprime" la propria volontà in maniera adeguata al risultato voluto - e infatti non viene annessa alla Russia - ma realizza di fatto un suo cambiamento di *status*, con

¹⁹ Tenuto conto che, la Crimea ha affermato il proprio diritto alla separazione grazie ad un *referendum*, alla luce degli artt. 18.1,7 e 26.2,3 della Costituzione di Crimea, peraltro suscettibile all'origine, di essere approvata dal Parlamento dell'Ucraina, la cui Costituzione all'art. 2 co. 2 afferma che l'Ucraina è uno stato unitario (v.la in CdE *Doc.*, CDL-REF (2014)012, e art. 85.38). Come noto, peraltro, la storia della Crimea, assai complessa, specie fin dalla "donazione" dell'URSS alla Ucraina nel 1954, sulla cui legittimità i dubbi non sono pochi, non permette in due righe di definire il tema esaustivamente, salvo a dire che, vista la storia e vista la possibilità della "Costituzione" crimea di fare *referendum*, forse ci si trova nel caso di una Confederazione. Posto, peraltro, che la predetta "donazione" esprime una opzione *oggi* sicuramente illecita nel diritto internazionale, che richiede che siano i popoli e non i governi i destinatari della predetta garanzia, è possibile ipotizzare che, nella sostanza, la Crimea ha "solo" ricostituito la situazione giuridica precedentemente lesa. Ma su tutto ciò, v. più ampiamente, gli altri contributi di questa raccolta.

²⁰ Per tutti v. E. LUKYANOVA, *On the Rule of Law in the Context of Russian Foreign Policy*, in *Russ. Law Jour.*, 2015, II, p. 10 ss. e anche Y. ROZNAI, S. SUTEN, *Eternal Territory? The Crimean Crisis and Ukraine's Territorial Integrity as an Unamendable Principle*, in *University of Edinburgh, School of Law*, Research Paper no. 2015/15, dove si sottolinea la discutibile "eternità" del territorio degli stati.

²¹ Che, beninteso, ben può essere, come nella specie, la volontà del popolo, in termini di autodeterminazione, *supra* nt. 9 unita alla volontà russa di anettere la Crimea.

un atto traumatico e quindi quanto di più “esterno” sia possibile immaginare: qui non ci sono procedure più o meno forzate e dunque non autopoiesi, ma “normale” evoluzione;

4.- l’Ucraina, d’altra parte, subisce, *dall’esterno*, l’amputazione (almeno di fatto e fin tanto che la situazione non dovesse cambiare) di una parte del suo territorio, e quindi, analogamente alla Russia, anch’essa *non è più quella di prima* a seguito di un evento esterno, con la stessa conclusione di cui sopra.

Ma, va rilevato, le rispettive macchine sociali non sono cambiate (almeno non in maniera rilevante) nella loro sostanza formale. Tutto, in esse, apparentemente funziona come prima, anche se nella realtà le macchine sono cambiate *a causa del manifestarsi di un esercizio di volontà esterno*, se non altro perché una macchina, per definizione, non può nonché procedere alla propria stessa distruzione, alla propria sostanziale trasformazione: l’autopoiesi permette solo il mantenimento in vita della macchina. La “macchina”, in altre parole, è, e può solo essere, sostanzialmente o apparentemente identica, ma non più la stessa.

Dato, però, che parliamo di diritto, sorge necessariamente il problema, di accertare la *legittimità* di quanto avvenuto, che, essendo avvenuto dall’esterno, non può essere data dallo stesso sistema che ha subito il cambiamento e che dunque, non può che venire da un sistema diverso e più ampio, capace di gestire, almeno dal punto di vista della valutazione sulla legittimità, l’intera situazione: questo sistema non è altro che la Comunità internazionale, che, sia chiaro, non *determina* il risultato, non “ordina” di fare questo o quello, ma si limita a valutarne la legittimità traendone le necessarie conseguenze (come diremmo per l’autodeterminazione, fornisce il controllo, la verifica e, se del caso, la conseguente *garanzia*), ragione per cui i soggetti interessati *non perdono in nulla la propria originarietà* e la Comunità internazionale stessa agisce nell’ambito delle proprie normali funzioni, di nuovo: autopoiesi²².

1.2. *In sintesi: la logica del sistema*

Riassumendo in sintesi, quanto fin qui detto: altro è il meccanismo che “fa muovere” la macchina della società e altro sono le possibili influenze esterne²³ sul funzionamento complessivo e sulla esistenza stessa della “macchina“-società. Essi, perciò, possono essere e vanno studiati separatamente.

²² Come ben spiegato da E. LASZLO, cit., *supra*, nt. 13.

²³ In termini e terminologia della autopoiesi (*supra* nt. 8, *infra* nt. 26 e nt. 43) il concetto può essere espresso come brillantemente fa G. TEUBNER, *Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg*, in *Law Soc. Rev.*, 1984, vol 18, p. 292 s.: «By definition, a self-referential system is a closed system. What makes the theory more promising than either its internal looking or external looking forerunners is the inherent relation of self-referentiality to the environment. Self-referential systems, as closed systems of self-producing interactions, at the same time, open systems with boundary trespassing processes ... It is this linkage between internally directed self-referential mechanisms and externally oriented environmental exchange mechanisms that makes the concept of self-reference more complex and potentially more fruitful than its predecessors' somewhat sterile alternative of closed versus open systems. What is gained when one brings this perspective to bear on the legal system is a clearer understanding of the concept of autonomy. The autonomy of law and its relation to the autonomy of other social subsystems are two of the main themes to which the theory of autopoiesis can contribute», e P.A., giustamente, illustra più avanti (p. 295) il riferito concetto di autonomia del diritto, di cui nel testo, in termini di autopoiesi, cioè: «...the self-referential and autopoietic organization of the legal system», con un ovvio ed esplicito riferimento a Maturana, di cui *supra* nt. 2 e quindi conclude: «The legal system is autonomous if its elements - legal acts - are components in the sense that their interaction is operatively closed with respect to legal acts and recursively reproduces legal acts» (enfasi mie). Ma v. anche, molto più ampiamente G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M, 1989.

La quale macchina-società, dunque, è un “sistema” e perciò un organismo più o meno complesso, *ma sempre complesso*, che quindi: *a.*- è autonomo e autoreferenziale al suo interno; *b.*- può trovarsi in relazione con altri sistemi analoghi, dai quali *può* ricevere stimoli e comunque influenze, ma non “ordini” incidenti sulla sua struttura; *b.1.*- qualora, infatti, “ordini” ricevesse, o, per dirla in termini internazionalistici, qualora fosse condizionato e determinato da altro ordinamento, non sarebbe più lo stesso quando addirittura *non sarebbe neanche un sistema*, ma *parte* di un sistema²⁴; *b.2.*- altro discorso riguarda la eventuale “assegnazione” di “fini”, su cui già accennavo sopra e poi più avanti in quanto fatti esterni al funzionamento del sistema; *c.*- è in grado di adattarsi *e si adatta* all’ambiente esterno e alle circostanze della sua esistenza, *grazie ai suoi propri meccanismi interni*²⁵; *d.*- fa parte, e non può non fare parte, quando ovviamente vi sia, di un meccanismo, di una società più ampia dalla quale ricevere impulsi (*input*) capaci di determinarne e indirizzarne il comportamento²⁶, tenuto conto che un sistema complesso (come è sia quello più ampio, che i singoli che vi fanno capo) non si definisce attraverso la semplice somma dei suoi componenti, ma per il risultato effettivo della interazione tra i componenti stessi²⁷. In tale ultima situazione, però, *l'intero sistema*, il sistema cioè di cui fanno parte i singoli sub-sistemi, è esso stesso una macchina, *che somma, nel modo appena detto, gli altri*, che mantengono intatta la propria individualità e funzionalità originaria, così come la macchina più ampia (in sostanza è ovvio che sto pensando alla Comunità internazionale) coordina²⁸ le singole unità che ne fanno parte, svolgendo perciò, nei medesimi descritti termini autopoietici, le *sue proprie* funzioni e attività, che comprendono ovviamente anche il coordinamento delle attività delle sue parti e anche la sua propria evoluzione (oltre che autopoesi), che potrà perciò incidere sulle funzionalità delle singole parti di essa, fino al punto di distruggerne o neutralizzarne una o più o anche escluderla (che equivale a distruggerla)²⁹.

²⁴ *Supra*, § 1.1.1, punto 1.

²⁵ G. TEUBNER, *Autopoiesis*, cit., p. 295: «*A self-referential structure emerges only when a decision resolving a conflict refers to another such decision and develops criteria for deciding out of the relation between them. This self-referential structure becomes an autopoietic organization to the degree that references to external factors, e.g. politics or religion, are replaced by references to legal rules (stemming from court decisions, doctrinal inventions, or legislative acts)*» (enfasi mia).

²⁶ Mi riferisco, ovviamente, alla distinzione bertalanaffiana tra sistemi aperti e sistemi chiusi. Su ciò anche *infra*, testo corrisponde alla nt. 43.

²⁷ È implicito il riferimento classico, secondo alcuni alquanto forzato, ad Aristotele, *Metafisica*, libro VIII, 6: «Torniamo alla difficoltà che abbiamo già menzionato sulle definizioni e sui numeri: quale è la causa della loro unità? In tutte le cose che hanno più parti e che non sono un tutto nello stesso senso in cui lo è un mucchio, ma nelle quali c'è una totalità che sta al di là delle parti, c'è qualcosa che è la causa di questa unità ... », specificato in 1045b,1 ss. (ma v. anche 1044) e *Sommari*, Libro VII, VI «Nelle cose la cui unità come l'unità delle definizioni e dei numeri non si riduce alla somma delle parti, ma è una totalità che sta al di là delle parti c'è una causa di questa unità. L'unità della definizione ha come causa il riferimento a un oggetto unitario. Molti però non sanno spiegare perché l'oggetto sia unitario», ARISTOTELE, *Opere Filosofiche*, vol. I, a cura e traduzione di N. ABBAGNANO, Torino (UTET) 2013. Si potrebbe anche, scherzosamente, ricordare la famosa (e geniale) “battuta” (a termini invertiti) di Totò: «è la somma che fa il totale» (*Totò Fabrizi e i giovani d'oggi*, sceneggiatura di Castellano e Pipolo, regia di Mario Mattòli, 1960).

²⁸ E *non ordina*, per cui il comportamento delle parti coordinate è frutto della “meccanica” della Comunità internazionale medesima, non di una sua imposizione gerarchicamente definita, *salvo che*, di nuovo, *una volontà esterna non agisca sugli “ingranaggi”*, modificandoli.

²⁹ V. anche *infra* § 2 e testo corrispondente alla nt. 50. È questa, in altre parole, la logica che presiede all'attività delle cdd. cellule “T” e “B”, del sistema immunitario umano (mi si perdonerà l'assoluta imprecisione tecnica).

In altre parole, e con riferimento a quanto detto prima in tema di autodeterminazione dei popoli, è la stessa “macchina” (la Comunità internazionale) che definisce le proprie attività e funzioni, ivi compresa quella della valutazione della legittimità o meno del comportamento di questa o quella parte di essa. E dunque, come un organismo vivente può escludere fino ad uccidere un agente dannoso (esterno o interno, come una cellula impazzita) lo stesso fa e *deve*³⁰ fare la Comunità internazionale, sempre tenuto conto della differenza fondamentale per cui, nella Comunità internazionale, agisce anche una forza raziocinante, come agente esterno.

Posto, inoltre, che le varie società convivano in un ambito determinato, è impossibile non immaginare che la partecipazione a quell’«ambito», e cioè a quella società che le ingloba, sia una partecipazione *di fatto*³¹ e pertanto necessaria, a meno di immaginare un mondo di monadi indifferenti l’una all’altra, capaci di restare tali. Che, realisticamente non è: il solo fatto che anche due sole di dette monadi entrino in relazione, magari conflittuale, determina la formazione di fatto di una società più ampia, composta di *certe* monadi, e così via, a meno di ipotizzare, appunto, che una di dette monadi possa esistere del tutto indifferente alle altre: cosa forse ipotizzabile in astratto, ma, di fatto, inesistente in concreto³².

È troppo evidente l’allusione alla Comunità internazionale del presente, dove i singoli soggetti, a loro volta composti di entità separate e distinte e ciascuna di esse spesso autonome e autoreferenziali ma riportate all’unità nell’ordine dello stato, fanno parte, che lo vogliono o no, di una più ampia società o comunità che dir si voglia, alla partecipazione alla quale non possono sottrarsi, pur, magari, ribellandovisi³³, ma che, come detto, *non li determina*.

³⁰ *Deve*, non *può*! In termini meccanici, si tratta di un automatismo!

³¹ *Inevitabilmente*, poiché se fosse deliberata, cioè una scelta, le singole unità sistemiche, sarebbero parte della società sistema di cui fanno parte e verrebbero a mancare di quella autonomia che permette di considerarle sistemi a sé; in altre parole, un gamete non “sceglie” di fare parte di quel determinato sistema riproduttivo di quel determinato essere umano, ecc., *ne fa parte*: è un dato di fatto. È, credo, trasparente il riferimento alla *attuale* Comunità internazionale, che se “ingloba” tutte le società esistenti (i soggetti di diritto internazionale e le loro sub-unità), per definizione, non ne *determina*, allo stato dei fatti l’esistenza, ma ne *valuta* solo la legittimità, in quanto il suo meccanismo (naturale) è questo che richiede. Beninteso, le parti (appunto) razionali di esso, ben possono *decidere* di cambiare il meccanismo o almeno di provarci, incidendo così dall’esterno sulla macchina stessa.

³² *Supra*, nt. 29. Basti pensare che perfino l’ISIS o altre strutture analoghe, che si auto-definiscono proprio per la irrisione della Comunità internazionale, ne sono partecipi se non altro per doverne accettare le regole, che so, per il ... contrabbando di materie prime, reperti archeologici, diamanti, ecc. V. per tutti di recente V. GRADO, *Strumenti internazionali volti a contrastare il legame tra minerali pregiati e conflitti armati*, in questa raccolta. Per dire, e va sottolineato, che anche quelle dell’ISIS sono regole di una macchina sociale: diversa, magari anche ostile a quella della Comunità internazionale, ma espressione anch’esse di una macchina sociale (nella terminologia di cui sopra, un batterio nocivo): dotata cioè di regole giuridiche diverse e diversamente definite o imposte, ma sempre e comunque *regole giuridiche*, indipendenti in quanto tali, da regole morali o politiche. Le regole morali, la giusta Costituzione, la integrity di Dworkin (*infra* nt. 37) non bastano a nascondere il *fatto* della esistenza di quelle come regole giuridiche e, per altro verso, non bastano assolutamente per negare la soggettività di diritto internazionale della stessa organizzazione; così come al peggior criminale e efferato, *non può essere negata la qualità di persona* di soggetto di diritto, disgustoso magari, ma soggetto. Quanto ciò si debba applicare a situazioni drammatiche quali quelle dei migranti nel Mediterraneo o in Grecia, è troppo evidente per doverlo sottolineare, salvo a ricordare il mio *Sovranità dello stato, diritti fondamentali e migrazione: gli elementi di una contraddizione*, in *Rivista OIDU*, 2015, p. 40 ss. (http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/4_Guarino_0.pdf) e anche ID., *Migrazioni, terrorismo e sovranità*, in A. DI STASI, L. KALB (a cura di), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli, 2013 p. 23 ss.

³³ Non è qui il caso di approfondire questo discorso, ma è certo che, lo si voglia o no, la stessa l’ISIS si oppo-

2. La società fondata sul diritto: i sistemi sociali giuridici

Ogni società, peraltro, tra i meccanismi che ne consentono il funzionamento, crea *inevitabilmente*, come vedremo meglio più avanti, dei particolari meccanismi, delle regole *giuridiche* - frutto sia di una qualche “naturale” logica interna di quella specifica società, sia di quella “ragione” che differenzia la società umana da altre società o “macchine” che dir si voglia³⁴ - crea, cioè, delle norme che, diversamente da quelle morali o politiche, sono obbligatorie nel senso che la mancata osservanza di esse determina, o può determinare, una reazione caratterizzata dal fatto *a.*- di essere *prevedibile* e, per lo più, *predeterminata* e, *b.*- affidata ad organi a ciò esplicitamente e, per lo più, *preventivamente* abilitati. Reazione che tende, purché ne abbia i mezzi, ad ottenere un comportamento adeguato alle prescrizioni della società, anche con strumenti coercitivi, ma indipendentemente dal *fatto* che vi siano o meno organi o strumenti per realizzare l’obiettivo³⁵.

Qui, credo, si gioca la grande e fondamentale differenza (su cui fin qui in qualche maniera ho sorvolato) tra una società umana giuridica e un organismo (meccanico o vivente) come descritto fin qui. Le regole, infatti, che governano le macchine sono, per così dire, “naturali” e permettono a quella macchina, ma anche le richiedono, solo di funzionare: in quanto tale, la macchina agisce e si rigenera secondo le proprie potenzialità e secondo i propri meccanismi.

Le regole sociali, e giuridiche in particolare, sono sempre e comunque fondate sulla ragione, sulla razionalità (magari “inconscia”) e quelle giuridiche sempre esprimono un “ordine” sociale particolare fondato su obblighi e pretese. Che determinano, appunto, un “ordine” e cioè un sistema coordinato di regole, inteso anche a regolare lo stesso potere di emetterle e di farle valere. Indipendentemente dal fatto che siano scritte, ordinate in un sistema gerarchico, ecc.

In conseguenza, quale che sia il modo in cui quelle regole vengono prodotte, e quindi anche quando siano tali solo di fatto, sono sempre frutto, *per definizione*, di una scelta razionale, magari tacita, ma comunque razionale e dunque “cosciente”³⁶.

La volontà, o l’ente, o il meccanismo, che le pone, può anche essere invisibile e invisibilmente regolato, ma quando ad esse non vi sia una opposizione capace effettivamente di impedirle, le regole sono tali, sono lì, sono ... regole.

ne alla vigente Comunità internazionale, ma utilizzandola e magari servendosene: nella terminologia usata prima, la vuole “rivoluzionare”. A suo tempo, per fare un esempio, la Cina popolare non veniva riconosciuta e quindi accettata da moltissimi stati, ma così come nessuno si sognava seriamente di non considerarla uno stato, la Cina stessa non immaginava affatto di essere esente dall’obbligo di rispettare, magari in maniera più sbarazzina di altri, le regole della Comunità internazionale.

³⁴ *Infra* § 2.1. È chiaro, credo, che i rapporti tra individui dotati di ragione, sono fondati e guidati da questa, ma è altrettanto indubbio che non sempre le regole, pur esistenti e riconoscibili, derivano da una *scelta* razionale finalizzata alla fissazione di quelle specifiche regole, in questo senso va letto l’esempio di cui al paragrafo richiamato.

³⁵ La reazione, in altre parole, non richiede necessariamente una “polizia” *ad hoc*, v. *infra* § 0, testo corrispondente alle ntt. 152 s. Sulla problematica, ben nota e non qui suscettibile di approfondimenti, della differenza tra regole etiche e giuridiche, v. ampiamente ALEX Y R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, 2011 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici, e v. anche *infra* § 0.

³⁶ Solo per dire che parlare, come talvolta accade, di norme *spontanee* può essere al massimo grado fuorviante.

Il che pone, come però vedremo, il problema della riconoscibilità della norma, e della relativa eventuale sanzione, intanto come tale, ma principalmente come “valida” o meglio legittima³⁷.

E, in taluni casi, pone anche il problema del fondamento degli ordinamenti giuridici e cioè del motivo per il quale una norma vige, quella che si potrebbe definire (come, del resto, si fa nel linguaggio corrente) la “forza” della legge, dove, secondo talune interpretazioni, quanto prima affermato in tema di validità ecc., andrebbe letto in termini di “imposizione”, “*enforcement*” nel senso che (il che è del tutto ragionevole) ogni norma è, in sostanza, “imposta con la forza”³⁸, come in un interessante e famoso studio di Jacques Derrida³⁹, do-

³⁷ Anche qui in termini di prima approssimazione, per “valida” intendo una norma frutto di un *procedimento* predeterminato nel sistema e svolto regolarmente. Per “legittima” intendo una norma che risponda ad una pretesa predeterminata nel sistema, ma indipendentemente dal fatto che sia il risultato di un certo procedimento destinato a produrla. Tra di essi anche, ovviamente e come già accennato nel testo, i mezzi di interpretazione giudiziaria della norma, che se non vi fossero (e non fossero “legittimi”) la norma non sarebbe suscettibile di interpretazione alcuna.

In questo senso, sia consentita la breve digressione, non basta affatto, a mio parere, definire la legittimità come la pura e semplice corrispondenza della norma al “dettato” della Costituzione, magari moralmente accettabile, à la R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, 1998, p. 191: «*A state is legitimate if its constitutional structure and practices are such that its citizens have a general obligation to obey political decision that purport to impose duties on them. An argument for legitimacy need only provide reasons for that general situation. It need not show that a government, legitimate in that sense, therefore has moral authority to do anything it wants to its citizens, or that they are obligated to obey every decision it makes. I shall argue that a state that accepts integrity as a political ideal has a better case for legitimacy than one that does not ... It provides, in particular strong argument for a conception of law that takes integrity to be fundamental ... Our claim for integrity are thus tied into our main project of finding an attractive conception of law*» (enfasi mie). Il rischio, così, è di giustificare qualunque regime, purché ben funzionante: il contrario di ciò che suggerisco qui e oltre nel testo.

In effetti, è vero che la “macchina” vi sia, questa è l'unica ragione della sua esistenza e quindi della sua legittimità (formale); ma la ragione della sua legittimità formale non può, a mio parere, mai essere disgiunta da quella della sua *legittimità sostanziale*. D'accordo: la macchina, ma, come accennato nel testo, razionale (ma non, o non necessariamente, *ragionevole*, *infra* testo corrispondente alle ntt. 96 e 129). Ecco perché il riferimento al diritto internazionale. La domanda da porsi, infatti è, a mio parere (e Dworkin non mi pare che se la ponga): posta la legittimità formale (c'è, dice Dworkin, la Costituzione come dato formale ciò basterebbe; e va bene accettiamolo per amor di discussione) della norma, chi “può” legittimamente *porre* quella Costituzione e quindi (ancora più importante, molto più importante) *chi può legittimamente pretendere di cambiarla?* Pretendere, certo, non solo desiderare o sperare, contando sulla moralità del legislatore! Il punto è qui, a mio parere, un punto spesso trascurato (e non solo da Dworkin, che addirittura lo ignora deliberatamente): chi legittima l'ordine giuridico, ogni ordine giuridico? A prescindere dal, discutibile, fondamento morale dell'ordine giuridico, e posto che comunque un ordine deve essere fondato (ma anche questo è un concetto solo politico) sul consenso popolare, resta da vedere quando il consenso che dà luogo a quel regime è legittimo o meno: *diversamente, ogni regime sarebbe legittimo* e ciò è palesemente improponibile.

E pertanto, mi pare del tutto insoddisfacente la conclusione di Dworkin, p. 410: «*I proposed ... law as integrity which unites jurisprudence and adjudication. It makes the content of law depend not on special conventions or independent crusades but on more refined and concrete interpretation of the same legal practice it has begun to interpret*» (enfasi mia). Ovviamente per completezza, riporto, sempre con corsivi miei, la frase chiave a p. 176: «*We have two principles of political integrity: a legislative principle, which asks lawmakers to try to make the total set of law morally coherent, and an adjudicative principle which instructs that the law be seen as coherent in that way as far as possible ... I argue that the legislative principle is so much part of our political practice that no competent interpretation of that practice can ignore it ... We ask whether the assumption, that integrity is a distinct ideal of politics, fits our politics and then whether it honours our politics*» (enfasi mie).

³⁸ Il contratto sociale, ammesso che esistesse, è stato stipulato da altri: se io oggi sono chiamato ad applicarlo, subisco una violenza. Questo discorso, sia ben chiaro e al di là della critica specifica alle tesi di Derrida (o meglio a talune sue conseguenze) è molto importante, specie per il diritto internazionale, cui, appunto, spetta e compete di valutare se e in che misura quella “violenza” sia legittima (alla luce del diritto internazionale) *anche se, magari, accettata e voluta dalla maggioranza*. La cosa, credo, è particolarmente evidente se si pensa all'esempio di

ve però l'analisi decostruttivista, a mio parere, impedisce di vedere la logica del sistema, la logica, intendo, *interna* del sistema, quella per cui, mi sembra, in una società, qualunque società, le regole giuridiche (proprio nel modo indicato sopra, *enforcement* incluso) “si” formano a prescindere dalla volontà *esplicita* di formarle. Pur restando assolutamente razionali perché coscienti: la prassi, che spesso genera norme (e nel diritto internazionale la maggior parte di esse) è scelta cosciente di fare e voler fare in un certo modo. Che quel “fare” diventi norma, deriva solo da circostanze esterne, ma comunque di fatto, cui scientemente nessuno si opponga efficacemente.

Lungi da me, sia chiaro in questo brevissimo inciso, lungi da me l'idea di accennare a forme qualsivoglia di *diritto naturale* o di *diritto divino*, ma solo la constatazione del fatto, che per ora continuo ad esporre in termini sistemici, per cui le regole si formano perché è la logica interna della macchina sociale che le forma, come la logica interna di una cellula è quella che le dice cosa fare e come, salvo che, come accennato prima, una società umana (anche solo un gruppo di persone che vanno a giocare a pallone) essendo formata da esseri razionanti (magari non sempre ragionevoli, ma questo è un altro discorso!) finisce per indurre quegli esseri a *decidere* di rendere esplicite (magari di *deciderlo* solo *di fatto*) quelle regole e di organizzarle in forma ad esempio gerarchica, ecc. Ma ciò non è necessario alla esistenza stessa della regola e alla sua *enforceability*: non è insomma indispensabile perché le regole vi siano, *a.*- né che siano esplicitate, *b.*- né che lo siano in forma scritta, *c.*- né che ne sia resa esplicita una gerarchia tra di esse. Ciò, in realtà, accade e accade spesso, *ma può anche non accadere* senza per ciò dover affermare che un ordinamento giuridico non vi sia. La storia (e ci torneremo) insegna solo che quella *strutturazione* delle regole è, *per lo più* frutto del *potere*⁴⁰,

cui al § 0 e testo corrispondente alla nt. 97.

³⁹ J. DERRIDA, *Force de loi: le “fondement mystique” de l'autorité*, in *Cardozo Law Rev.*, 1989-90, p. 920 ss., dove l'importanza del tema della mistica (come noto riferita in parte a Montaigne e Pascal) merita di essere spiegata con le stesse parole dell'A., p. 928 :«*Puisque ce colloque est consacré à la déconstruction et à la possibilité de la justice, je rappelle d'abord que dans de nombreux textes dits deconstructifs, et en particulier certains de ceux que j'ai publiés moi-même, le recours au mot de "force" est à la fois très fréquent, j'oserai même dire décisif en des lieux stratégiques, mais toujours accompagné d'une réserve explicite, d'une mise en garde. J'ai très souvent appelé à la vigilance, je m'y suis rappelé moi-même, sur les risques que ce mot fait courir, soit le risque d'un concept obscur, substantialiste, occulto-mystique, soit le risque d'une autorisation donnée à la force violente, injuste, sans règle, arbitraire. Je ne vais pas citer ces textes, ce serait complaisant et nous ferait perdre du temps, mais je vous demande de me faire confiance. Une première précaution contre les risques substantialistes ou irrationalistes que je viens d'évoquer tient justement au caractère différentiel de la force. Il s'agit toujours pour moi de la force différentielle, de la différence comme différence de force, de la force comme différence ou force de différence (la différence est une force différenciée-différente), du rapport entre la force et la forme, la force et la signification, de force "performative", force illocutionnaire ou perlocutionnaire, de force persuasive et de rhétorique, d'affirmation de signature, mais aussi et surtout de toutes les situations paradoxales ou la plus grande force et la plus grande faiblesse s'échangent étrangement. ... [942] Le discours rencontre là sa limite: en lui-même, dans son pouvoir performatif même. C'est ce que je propose d'appeler ici le mystique. Il y a là un silence muré dans la structure violente de l'acte fondateur. Muré, emmuré parce que ce silence n'est pas extérieur au langage. Voilà en quel sens je serais tenté d'interpréter, au-delà du simple commentaire, ce que Montaigne et Pascal appellent le fondement mystique de l'autorité. ... L'origine de l'autorité, la fondation ou le fondement, la position de la loi ne pouvant par définition s'appuyer finalement que sur elles-mêmes, elles sont elles-mêmes une violence sans fondement. Ce qui ne veut pas dire qu'elles sont injustes en soi, au sens de "illégal". Elles ne sont ni légales ni illégales en leur moment fondateur. Elles excèdent l'opposition du fondé et du non-fondé, comme de tout fondationnalisme ou anti-fondationnalisme» (enafasi mie). Cfr. Anche J. CAPUTO D. (Ed.), *Deconstruction in a Nutshell, a conversation with Jacques Derrida*, New York, 1997.*

⁴⁰ Ancora una volta: razionale. Un gruppo di cani randagi o di elefanti, “elegge” il suo capo; quello “comanda”, ma non legifera!

cioè del *fatto* che taluno (magari in perfetto accordo con tutti) affermi il proprio ruolo di gestore o creatore o interprete di quelle regole⁴¹. Ripeto, *per lo più*, ma non necessariamente⁴².

Questo meccanismo complesso⁴³ è, dunque, il frutto di una scelta razionale, benché non necessariamente esplicita o formalizzata, purché, per usare la terminologia hartiana⁴⁴, riconosciuto⁴⁵ come obbligatorio dai destinatari o, meglio, purché efficace o, meglio ancora, effettivo⁴⁶.

Tutto ciò significa che quelle norme, per essere legittime, non devono necessariamente risultare da un processo esplicitamente formalizzato o da un ente dotato del potere di emetterle, dato che, purché applicate (o meglio: *riconosciute* applicabili) sono norme, così come, quando non, o non più, applicate non sono più o *non sono mai state* tali. In questo senso, detto solo incidentalmente, è chiaro che quando esistano, lo sono per tutti, dato che è logicamente (oltre che nella prassi, di cui non è qui il luogo per discutere) impossibile che una norma (salvo che non abbia valenza strettamente contrattuale) non abbia valore per tutti⁴⁷.

⁴¹ Ed è già Bartolo da Sassoferrato che lo afferma e ne elabora (forse per la prima volta) la logica interna nel conflitto tra i nascenti stati (nazionali, in realtà in quel momento i comuni) e il Papato o l'Impero. V. il saggio di F. ERCOLE, cit. *infra* nt. 71, e il famoso scambio di "insulti" tra Filippo il Bello di ... Francia (?) e il Papa Bonifacio VIII, riportato da CALASSO, cit. nt. 42, Filippo: *«solum Deum superiorem habent in temporabilibus nullum alium recognoscentes superiorem in istis, nec imperatorem nec papam ...»* e Bonifacio, che possiamo immaginare furibondo, ma sconfitto (tra non molto ad Anagni subirà il famoso, forse solo mitico, schiaffo ... ma il suo successore assai peggio!): *«Nec insurgat hic superbia gallicana: quae dicit quod non recognoscit superiorem. Mentiantur: quia de iure sunt et esse debent sub rege romano et imperatore quia constat quod Christiani subditi fuerunt monarchis Ecclesiae romanae et esse debent ...»*.

⁴² Ed è poi quello che diventa il brocardo *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, studiato da Bartolo da Sassoferrato in poi, v. F. CALASSO, *Origini italiane della formola rex in regno suo est imperator*, in *Rivista sto. dir. it.*, 1930 p. 213 ss., e specialmente i notissimi, per non dire famosi, studi di F. ERCOLE, come ad esempio *Da Bartolo all'Althusio: saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del rinascimento italiano*, Firenze, 1932.

⁴³ Nel senso di von L. BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi: fondamenti, sviluppo, applicazioni*, Milano, 2003 (traduzione del testo del 1969), e ID., *Perspectives on general system theory: scientific and philosophical studies*, New York, 1975, p. 43 ss., e N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Wiesbaden, 2008 (4° ed.). V. anche, per un approfondimento del concetto, il notissimo scritto di WEISS P.A., *The basic Concept of Hierarchie Systems*, in P. A. WEISS (ed.), *Hierarchically Organized Systems in Theory and practice*, New York, 1971, p. 1 ss. e J. B. COLEMAN, *Social Systems, ibidem*, p. 69 ss.

⁴⁴ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 2012 (ma 1961), specialmente p. 100 ss.

⁴⁵ Ma v. *infra* § 0.

⁴⁶ Anche su ciò più avanti, dato che credo sia utile distinguere, nel diritto internazionale, tra l'efficacia spesso non verificabile nella prassi e l'effettività, che si riferisce al *fatto* che la norma è ritenuta dai soggetti tale anche se non realmente applicata o almeno non è, o non è più (v. nt. successiva e nt. 130), suscettibile di opposizione. L'affermazione, credo, possa essere vista in senso analogo a M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Legal system between order and disorder*, Oxford, 1994 p. 115: *«To answer the questions of effectiveness (is the law applied?) and efficacy (does the law applied obtain the desired result?), it is important to see plainly how the legal system is linked to the social system»*. È ovvio che la terminologia di cui nel testo, è specificamente destinata a valere per il sistema specifico dell'Ordinamento internazionale.

⁴⁷ E ciò richiama alla discussione sul *persistent objector*. Sulla illogicità della cui fondazione v. D'AMATO, cit. *infra* nt. 122 p. 667 s.: *«This argument, however, is incoherent. It would make sense if international law were made up of statutes enacted by a central legislature or resolutions passed by the Security Council: in those cases there would be nothing illogical about a state claiming a right of veto over any proposed statute or resolution (although it would be impractical if many states did this). But customary international law is not a collection of discrete rules or statutes; rather, its norms are generalizations made from observations of state practice and, in particular, from the resolution of conflicting claims within that practice. Because every act of a state is "connected" to every other act - that is, it has ramifications for other state behaviors (Axiom 1) - the network of customary law is an analog (not a digital) network that fills the plenum of international transactions. In this respect, objecting to a potential manifestation of that network - that is, a nascent rule - in order to receive a free pass, is to strain, if not tear*

Ciò, peraltro, lascia libera, per dir così, la società in questione di “darsi” o meno una organizzazione centralizzata e autoritativa per la creazione delle norme e per la loro applicazione, oltre che per la loro interpretazione. *Ma, in nessun caso, permette che quel sistema derivi da un altro*, perché in tal caso il sistema in questione *sarebbero* i due o più insieme e quindi, lo ripeto, non semplicemente sommati: distinguibili e autoreferenziali, ma non più autonomi in quanto parte di un altro sistema.

Un sistema di tal genere, dunque, è un sistema definibile tecnicamente⁴⁸ *complesso*, e strutturalmente autosufficiente, nel senso che, come appena detto, le norme o sono autonomamente definite e poste o, se dipendono da un altro diverso sistema, sono in realtà una parte di quest’ultimo e dunque in questo senso le norme sono *imposte*, benché non (o non necessariamente) da un ente tecnicamente “superiore” o, dal punto di vista del nostro discorso, *sovrano*⁴⁹.

In questi termini, è possibile affermare che l’organizzazione, razionale ma non necessariamente predeterminata (o, per usare un termine più familiare, codificata) di quella società è *finalizzata* a garantirne il funzionamento, con le regole date (cioè poste dai suoi membri attraverso gli organi creati all’uopo) o scaturite direttamente, di fatto, ma quindi anch’esse poste, perché razionali, sia pure “informalmente” dai suoi membri, ma, lo ribadisco a rischio di essere ripetitivo: *non mai date* da un altro.

a hole in, the fabric of the network rather than to capture and limit the scope of operation of the purported rule. Because of the aforesaid interconnectedness of state practice, every norm (or rule or principle) is either distantly or closely related to every other norm» (enfasi mie).

⁴⁸ Nel senso di N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 3 ss.

⁴⁹ Sul punto, chiarissimo, v. G. TEUBNER, *The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy*, in *Law Soc. Rev.*, 1997, p.783 s.: «*If this is so, then a "constitution" for polycontextural law cannot simply extend the historical experiences of the political constitutions per analogiam. Curbing abuses of power: that great formula of the legal tradition will not help in "civilizing" the King's Many Bodies. We must face the impossibility of constitutionalizing legal multiplicity in the language of legal restraints on the arbitrariness of the sovereign. The new reality, it is true, is lack of a méta-récit, lack of society's comprehensive political rationality. However, systems theory would urge us to realize that in spite of all deconstruction, social subsystems relentlessly stick to their institutionalized "iron laws" of super specialized rationalities. They are highly rational in themselves, but with regard to the whole society, they are blind, uncoordinated, selfish, chaotic, expansive, and imperialistic. In its double fragmentation, world society tends to develop self-destructive tendencies. Thus, a "constitution" for polycontextural law would need to redefine its focus: from the sovereignty of politics to the domination of the many environments and from the sovereign's abuse of power to self-destructive tendencies of colliding discourse.*» (enfasi miei). Ebbene, uno degli scopi principali di questo lavoro è esattamente questo: mostrare come quella policentralità non significhi frammentazione, ma permetta, anzi obblighi, alla ricerca dell’unità del sistema e alla analisi, credo fruttuosa, della sua provvidenziale autoreferenzialità. Non diversamente, certo, ma in un contesto più complesso, dei due corpi del re del famoso fondamentale libro di E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re*, Torino, 2012 (ma 1957) dove la possibilità di condannare la persona in quanto barone ma non in quanto Vescovo precede (siamo nell’alto Medioevo, *ibidem* p. 44 e *passim* per parlare più concretamente della coesistenza nella stessa persona del Re, sovrano, immortale, stato e dell’uomo, mortale) con lucida razionalità le idee alquanto peregrine di certi frammentatori oggi di gran moda: come dire, niente di nuovo sotto il sole la parabola della teoria dei due corpi si chiude oggi, invece, nella teoria dei sistemi. Nella dizione del ANONIMUS (probabilmente normanno: NORMAN ANONYMUS), si potrebbe dire: «*Secundum summi pontificis personam super omnes homines est, secundum hominis personam inter homines, secundum peccatoris personam infra homines. Secundum summi pontificis personam non peccat sed potens est remittere peccata, et secundum hanc super omnes homines reverendus est et honorandus et a nemine iudicandus. Secundum hominis vero personam, et si non peccat, non tamen remittit peccata, et secundum hanc tanquam homo reverendus est et honorandus atque etiam iudicandus. Secundum personam autem peccatoris peccat, et secundum hanc nec reverendus est nec honorandus, sed tanquam inferior homine iudicandus*» in J. R. GINTHER, T. O’SULLIVAN (Edd.), *The Electronic Norman Anonymous Project. with Software Development by J. DEERING*, St Louis: Center for Digital Theology, Saint Louis University, 2010, <http://normananonymous.org/ENAP/index.jsp?view=edition&tract=1>.

In questa ottica si può affermare, come detto all'inizio, che la società "si" organizza per poter funzionare non diversamente da una cellula o da un altro qualsiasi organismo vivente, capace di funzionare autonomamente: e lo fa autopoieticamente, cioè per funzionare ed evolversi nell'ambito delle proprie capacità, *ma non per perseguire un fine*, anche se creata proprio per perseguirlo e nemmeno per "creare" un qualcosa di diverso da se stessa. In altre parole, il fatto che alla base di quel funzionamento vi siano delle scelte razionali non modifica in nulla quanto detto, salvo a ribadire che la "macchina" può ben essere *costruita* – quindi da un che di esterno - ma funziona indipendentemente dai valori etici o politici che la hanno mossa, che, cioè, hanno indotto a produrla, *salvo, però, che essi stessi non siano "interni" al sistema stesso* e cioè come strumento della propria evoluzione (nel senso della autopoiesi). Ritornando ad un esempio già fatto in passato⁵⁰, un gamete (maschile o femminile che sia) svolge il suo "compito"⁵¹ riproduttivo indipendentemente dal fatto che "chi" lo ha posto lì "voglia" o meno che funzioni e svolga il suo "compito": solo un input o un intervento esterno può impedire che quella attività venga svolta, secondo le "regole" proprie *e l'evoluzione propria* del gamete stesso. Quel comportamento può essere, infatti, modificato solo cambiandone (dall'esterno) le regole, diciamo così, interne, che divengono, però nel *nuovo* organismo, altrettanto ineluttabili quanto quelle del "predecessore". Ma la "macchina" può ben evolversi (senza che al termine venga attribuito alcun significato valoriale) utilizzando *i propri stessi meccanismi*, le proprie medesime funzioni, ma restando, evoluta, *ma e sempre, se stessa*.

Il che serve a ribadire, come accennavo, che, appunto, nulla impedisce che tra le "regole" ve ne siano di tali da permettere scelte evolutive, come dicevo prima, ma razionali, che *siano cioè parte del meccanismo stesso* non diversamente da un "if" o un "else" in un algoritmo. Ciò, detto solo *per incidens*, può aiutare a comprendere la differenza tra un organismo "naturale", newtoniano per dir così, cioè fondato sul principio di causalità ed uno "umano" dove alla causalità si somma la ragione e cioè la capacità di scelta. Non manca, direi, la causalità⁵², ma ad essa si aggiunge (sempre e comunque) la ragione, la scelta, l'obiettivo.

Così interpretato, dunque, il sistema, in quanto *macchina*, è del tutto neutro rispetto agli agenti o input esterni, ragion per cui la medesima macchina può funzionare agevolmente per più sistemi, magari diversamente "finalizzati"⁵³. E quindi può essere studiata per come funzioni, indipendentemente dai "fini" che si ritenga che possa avere o che, dall'esterno, le siano imposti, sempre tenuto conto dell'elemento razionale insito nel sistema.

Quel sistema sociale, peraltro, in tanto e solo può funzionare se, come accennato prima, accanto alle regole della convivenza, a quelle etiche o alle istanze politiche, sia dotato di regole (norme) giuridiche (che sono le sole delle quali ci si occuperà d'ora in avanti) tali che in quel gruppo sociale si determini una rete di diritti ed obblighi, riconoscibili e ricono-

⁵⁰ G. GUARINO, *Corte costituzionale e diritto internazionale: noterelle a margine della sentenza 49/15*, in *Consulta Online*, 2015, p. 575.

⁵¹ Che, in realtà, non è un *compito*, dato che sono solo i suoi ingranaggi che si muovono come devono per loro stessa natura.

⁵² Che io ho creduto di identificare nella strumentalità, come osservato in G. GUARINO, *Per una ricostruzione in termini di sistema dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 280 ss. specialmente p. 309 ss., per intendere che tra le norme del "sistema" dei diritti dell'uomo, non è possibile identificare alcuna sistemazione gerarchica, nella misura in cui le norme sono coordinate solo in senso strumentale.

⁵³ Così come, in altre parole, un motore a scoppio può muovere una nave o un'automobile, restando uguale a se stesso, un ordinamento giuridico può funzionare per uno stato comunista o liberale, laico o teocratico.

sciuti come tali dal gruppo stesso, qualunque ne sia l'origine e, in questo senso, il fondamento. In questa ottica, forse e con tutte le dovute cautele, si può affermare che *il* fondamento del sistema (giuridico) non deve necessariamente essere *uno* al di sopra degli altri⁵⁴. Il gamete dell'esempio precedente non agisce perché una sua parte “comandi” alle altre di agire in un certo modo, ma perché il complesso delle sue componenti, agenti secondo il principio di causa ed effetto, determina quel risultato ed ogni minima parte di esso è *egualmente* essenziale al suo funzionamento.

2.1. *Diritto e ragione*

È appena il caso di ripetere, tirando così le fila del discorso fin qui fatto, che in un sistema giuridico, il giudizio razionale si aggiunge in maniera decisiva al normale processo di causa ed effetto e ciò, sia nella scelta dell’*“if”* e dell’*“else”*, che ben può essere razionale (appunto, scelta) sia nella valutazione interpretativa della norma, che, parte essa stessa del funzionamento della società giuridica, può influire sulla macchina medesima. Ma è chiaro che le scelte di cui parlo, *sono quelle che sono parte integrante del meccanismo* e che quindi agiscono al suo interno in maniera analoga ai meccanismi fondati sul principio di causa ed effetto: cioè della autopoiesi⁵⁵.

In sostanza, perciò, un sistema giuridico, osservato dall'esterno e *quindi in quanto tale*⁵⁶, appare come un sistema chiuso, interamente autoreferenziale e autosufficiente: una *Einheit* direbbe Luhmann, sia pure, a mio parere, con riferimento *ai* sistemi giuridici.

La razionalità propria del sistema sociale umano, implica che esso possa: *a.*- adattarsi, preservarsi ed evolversi rispetto ad esigenze e situazioni nuove mediante (anche) processi razionali e quindi *scelte* sia del legislatore (fisico come il Parlamento o *di fatto* come la Comunità internazionale) che dell'interprete; *b.*- che non possa immaginarsi del tutto isolato - ma non possa nemmeno concepirsi teoricamente come una unicità (traducendo così, forzandola, la riferita *Einheit* di Luhmann⁵⁷, dal quale per questo aspetto penso di dover dissentire) – da altri sistemi giuridici, perché da essi può decidere di accogliere norme o valutazioni⁵⁸, che però non influiscono in nulla sulla unità né sulla autoreferenzialità del sistema; *c.*- può derivare, ma solo per propria scelta razionale, *ma inevitabile*, norme da un sistema più vasto del quale fa per sua scelta o *oggettivamente* (necessariamente, come vedremo più appro-

⁵⁴ *Grundnorm* à la Kelsen, *Principle of recognition* à la Hart, *Anspruch auf Richtigkeit* à la Alexy, *Fondamento mistico* à la Derrida, ecc.

⁵⁵ Anche qui torna utile citare N. LUHMANN, *Ecological communication*, Chicago, 1989 (traduzione inglese di un lavoro di pari titolo, in tedesco, del 1986), p 4: «*the legal system receives its autopoiesis through coding the difference between what is legal and what is illegal. No other system operates according to this code. This binary coding of the legal system creates the assurance that if a person is in the right, then the force of the law is behind him or her. Uncertainty about the law exists only in a norm that can, in principle be rectified, namely, in reference to decisions that can be made in the legal system itself ... Besides, only one system of society may use this code, and since no other system uses it, the legal system cannot import or export what is legal and what is not. It tells only itself and not the rest of society (its social environment) what is legal or not, in any case*» (enfasi mie), il che consente di avvalorare quanto già suggerito nel lavoro di cui alla nt. 50, in critica a talune pur interessanti osservazioni di Rawls. Per parte mia, immagino di poter aggiungere al ragionamento di Luhmann, che non ci si debba, probabilmente, limitare ad un scelta tra lecito e illecito, ma che scelte sono dovute in tutto il corso del processo di formazione e interpretazione della norma.

⁵⁶ Sia pure dal punto di vista dell'osservatore, ma questo è un altro discorso sul quale non mi dilungherò.

⁵⁷ *Infra* nt. 59, p. 354 ss., ma specialmente 358.

⁵⁸ È chiara l'allusione al diritto internazionale privato, al riconoscimento delle sentenze straniere, ecc., su cui non occorre qui indulgere.

fonditamente a proposito della Comunità internazionale) parte ed al quale, quindi non può sottrarsi; sistema che, a sua volta, è autoreferenziale e unitario e anche, al limite estremo delle possibilità, unico: in altre parole per esempio, una Organizzazione internazionale della quale si *scelga* di fare parte, o la Comunità internazionale della quale si *fa* parte.

In altri termini, i sistemi di cui in *a* e *b* possono essere definiti come sistemi complessi aperti, mentre quello, estremo, in *c* è definibile come un sistema complesso, unitario, autoreferenziale, ma anche chiuso, perché se può ben ricevere impulsi dai sistemi che ne fanno parte e che quindi sono “interni” ad esso, non ha *altri* sistemi esterni con cui “confrontarsi”.

Per dirla con Luhmann⁵⁹: «*Alles menschlichen Zusammenleben wird direkt oder indirekt durch Recht geprägt. Ähnlich wie Wissen ist Recht ein nicht wegzudenkender, alles durchdringenden gesellschaftlicher Tatbestand. Kein Lebensbereich – weder di Familie noch die Religionsgemeinschaft, weder di wissenschaftliche Forschung noch die interparteiliche Pflege politischer Einflußlinien – findet ohne Recht zu einer dauerhaften sozialen Ordnung. Immer steht soziales Zusammenleben schon unter normativen Regeln, die andere Möglichkeiten ausschließen und mit ausreichenden Erfolg verbindlich zu sein beanspruchen. Dabei mag der Grad rechtmäßiger Formuliertheit und verhaltensbestimmender Effektivität von Bereich zu Bereich variiren, ein Mindestbestand an Rechtsorientierung ist überall unerlässlich.*»

Direttamente o indirettamente, appunto. Banalizzando con un esempio: uno stato può disporre di regole tali da *adattarne* il comportamento alle diverse (magari nuove) esigenze della società umana che raccoglie, restando se stesso, ma può essere “conquistato” da un altro stato e allora non è più se stesso, ma è o diventa un micro-sistema del più ampio sistema che fa capo allo stato conquistatore⁶⁰, o può subire una rivoluzione, che ne cambia la struttura originaria⁶¹.

Ma, si deve anche dire sottolineandolo fin da ora, che ogni sistema sociale, come afferma molto efficacemente Luhmann, è sempre e comunque dotato di un sistema giuridi-

⁵⁹ N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (4° ed.), Wiesbaden, 2008, p. 1 (corsivi miei).

⁶⁰ COLUCCIO SALUTATI, *Tractatus de Tyranno*, (1400), § 7: «*Satis ut arbitror demonstratum est invadenti tyrannide iure non a populi parte solum, sed a privato quolibet impune resisti posse, tale monstrum armis etiam cum cede et sanguine crudeliter opprimendo. Nec solum cum invadit, sed etiam postquam invaserit, tam et si tempus intercesserit, quo forte subsidia pro repellendo tyranno cum suis copiis pararentur ... Licebit ergo contra rem publicam invadentem insurgere, et non solum invasionis tempore, sed in continenti connexisque negotiis armis et copiis obviare*», in F. ERCOLE (a cura di), COLUCCIO SALUTATI, *Il trattato «De Tyranno» e lettere scelte*, Bologna, 1942 e v. anche le pagine analitiche sul significato di questi passaggi veramente “epocali” (basta leggere il di poco antecedente *De Tyrannia* di BARTOLO DA SASSOFERRATO) in E. EMERTON, *Humanism and Tyranny: Studies in the Italian Trecento*, Harvard, 1925, specialmente pp. 64 ss. Quanto ciò sia una “rivoluzionaria” evoluzione del pensiero espresso circa 125 anni prima dal famosissimo MARINO DA CARAMANICO, nel celebratissimo proemio alle Costituzioni delle due Sicilie di Federico II, quando dice (dando in qualche modo il “la” al ben più tardo Luigi XIV) III, 10 (edizione critica di F. CALASSO, *I Glossatori e la teoria della sovranità: studi di diritto comune pubblico*, Milano, 1957, p. 275 ss.): «*Quid enim aliud est lex quam rex ut in lege greca?... Solemus enim dicere: novus rex, nova lex, Unde sicut imperatoris, ita regis est proprium condere legem. Nimirum quisque namque populus cuiuscumque, scilicet municipii vel civitatis, potest sibi legem propriam facere, sicut est lex illa saltim data de qua fit mentio...*», con riferimento al ben noto passo del Digesto: D.49.15.7 (Proculus libro octavo epistularum) «*1. Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subiectus: sive is foederatus est item, sive aequo foedere in amicitiam venit sive foedere comprehensum est, ut is populus alterius populi maiestatem comiter conservaret. Hoc enim adicitur, ut intellegatur alterum populum superiorem esse, non ut intellegatur alterum non esse liberum: et quemadmodum clientes nostros intellegimus liberos esse, etiamsi neque auctoritate neque dignitate neque viri boni nobis praesunt, sic eos, qui maiestatem nostram comiter conservare debent, liberos esse intellegendum est*», quanto, dico, ciò fosse rivoluzionario è evidente.

⁶¹ *Supra* § 1.1.1.

co⁶², lo voglia o no, formalizzato o non (aggiungo io), ma giuridico e cioè capace di, o intenzionato a obbligare effettivamente: da un gruppo di “vacanzieri” in viaggio di piacere allo stato fino alla Comunità internazionale⁶³. Se mi si consente, perciò, di correggere lievemente la frase citata, si potrebbe dire che: ogni sistema sociale (ogni convivenza umana) è, di fatto o di diritto (cioè esplicitamente, deliberatamente) regolata da norme giuridiche, non necessariamente derivanti o affidate ad una autorità centrale, “superiore” ai membri della società stessa. Non dunque, “unter”, ma, direi, “mit”. È possibile infatti immaginare, anzi è doveroso farlo, che un sistema giuridico piuttosto che su una autorità, una Grundnorm, ecc., gerarchicamente “superiore” alle altre norme cui pure dà causa, sia priva di una gerarchia formale tra le norme, *ma non però priva di logica*⁶⁴: di una logica magari strumentale⁶⁵, tale cioè che l’una norma è applicabile efficacemente solo se e quando un’altra (non quindi “superiore”) sia stata applicata, dato che senza l’applicazione dell’una è impossibile *non illecito* applicare l’altra⁶⁶, magari più importante o più generale, ecc.⁶⁷

Beninteso, nulla osta che in uno o più sistemi giuridici sia *decisa* una gerarchia tra norme, come del resto accade nella gran parte degli ordinamenti giuridici. Ma ciò non è indispensabile, né in linea teorica, né di fatto. Tutto ciò forse, ma di nuovo non è questo il luogo per approfondire questo tema, può permettere di superare, per questo aspetto, lo schema kelseniano della gerarchia normativa, ma di ciò non intendo discutere qui. Ciò che vo-

⁶² Osservabile dall’esterno, ma su ciò non dobbiamo discutere, salvo per ricordare che analizzarlo è un processo di cognizione e che il diritto stesso è *classificabile come un processo di comunicazione*.

⁶³ Che ovviamente pone il tema della allometria, su cui qui conviene sorvolare. Sta però in fatto che ogni società “parte” da gruppi più o meno ristretti, privi di organizzazione formale, e quest’ultima è solo razionale. V. ad es., K. E. BOULDING, *Ecodynamics. A new theory of social Evolution*, Beverly Hills, 1978, p. 214 ss.

⁶⁴ Per un discorso analogo, v. G. TEUBNER, *The King’s Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy*, in *Law Soc. Rev.*, 1997, p. 763 ss.

⁶⁵ Non si allude qui al dibattito sulla cd. globalizzazione e sul decostruttivismo, dibattito sul quale non si entra in queste pagine, ma v. J. DERRIDA, *Force de Loi*; cit., p. 920 ss. e G. TEUBNER, *The King’s Many Bodies*, cit., specialmente p. 780 ss. Il mio intento, in altre parole, è esattamente quello di dimostrare la *unicità* del sistema che ingloba, non dissemina, le basi normative verso l’unità. Non credo, in altre parole e cerco di dimostrarlo più avanti che una autorità politica sia necessaria perché si abbia diritto, come ad es. afferma l’A. cit. *supra* nt. 49 a p. 781. A mio parere, come dico, il punto è qui. Merita, peraltro, di ricordare una frase di DERRIDA cit. *supra*, p. 946: «L’origine de l’autorité, la fondation ou le fondement, la position de la loi ne pouvant par définition s’appuyer finalement que sur elles-mêmes, elles sont elles-mêmes une violence sans fondement. Ce qui ne veut pas dire qu’elles sont injustes en soi, au sens de “illégalés.” Elles ne sont ni légales ni illégales en leur moment fondateur. Elles excèdent l’opposition du fondé et du non-fondé, comme de tout fondationnalisme ou anti-fondationnalisme ... La structure que je décris ainsi est une structure dans laquelle le droit est essentiellement déconstructible, soit parce qu’il est fondé, construit sur des couches textuelles interprétables et transformables (et c’est l’histoire du droit, la possible et nécessaire transformation, parfois l’amélioration du droit), soit parce que son ultime fondement par définition n’est pas fondé».

⁶⁶ Il che, ancora una volta, non esclude affatto che si possa *definire* illecito, ma appunto a seguito di una decisione razionale, in quanto tale *esterna* al sistema.

⁶⁷ Un motore non parte se non c’è benzina. La benzina non è certo più importante del motore (anzi!) ma senza benzina il motore resta immobile. Beninteso ho volutamente banalizzato l’esempio, nella misura in cui ovviamente la benzina è “esterna” al motore. Però, posto pure quanto detto, l’esempio serve per sottolineare che immessa la benzina, se il motore è un diesel, egualmente non parte. L’input esterno, dunque, diviene determinante nel fatto (l’immissione di ...) e nella scelta (quale carburante immettere): il motore sta lì, perfettamente in grado di funzionare, benché, *per accidens*, fermo. Per di più, quello stesso motore, può essere utilizzato per muovere un’auto, una barca, produrre energia, ecc., ma anche ciò non dipende o è “proprio” della macchina, ma di una volontà (e, magari, di una circostanza) esterna. Ben inteso non è questo il luogo, né io dispongo della competenza per andare oltre, ma rinvio ai già cit. M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *op. cit.*, *passim* e E. LASZLO, *Evolution*, cit., *passim*; beninteso il tutto va rapportato al già anch’esso citato L. VON BERTALANFFY, *Teoria*, cit., per inquadrarlo nella teoria dei sistemi complessi.

glio qui invece affermare è che un sistema giuridico è concepibile come giuridico anche in assenza di una gerarchia tra le sue norme; se anche senza una Grundnorm comunque chiamata e costruita, cercheremo di verificarlo più avanti.

E dunque, per chiarimento terminologico e per comodità di espressione, preciso che parlo di ordinamento o ordine giuridico, per riferirmi ad un sistema sociale-giuridico di un gruppo predeterminato ed identificabile di soggetti, a.- che a quell'ordinamento fanno capo e, b.- che agiscono secondo regole: b.1.- emanate da una autorità centrale superiore ai soggetti stessi "riconosciuta" (o autoimponentesi) come formalmente capace o abilitata ad emettere norme, a farle eseguire e a dirimere le controversie, relative a quelle norme, tra i soggetti stessi oppure, b.2.- in assenza (deliberata o meno) di una autorità creata *ad hoc* o autoimposta, derivanti dal "riconoscimento" che esse *sono* tali e che tali permangono fin tanto che siano e restino effettive e quindi, all'occasione, efficaci.

3. *La struttura generale dei rapporti tra ordinamenti giuridici e un'ipotesi sulla logica del sistema internazionale*

Da quanto fin qui detto consegue che, ogni collettività di soggetti umani si dota, o meglio è dotata (ma non *viene* dotata) di un sistema, più o meno ampio, di regole che, nella maggioranza dei sistemi giuridici sono definite mediante l'affermazione (variamente strutturata attraverso adeguate procedure) del potere di un ente o di una persona di emettere le norme, di eseguirle e di controllarne l'esecuzione. L'"ordine" di queste regole, è frutto solo di quell'elemento di razionalità di cui ho parlato sopra, che "introduce" nella macchina sociale giuridica un elemento che, dunque, deve considerarsi esterno rispetto al sistema dato che non solo è possibile, ma è inevitabile, immaginare-constatare la possibilità di una società giuridica priva di enti dotati di potere, ma non di poteri (una società di tipo assembleare, insomma)⁶⁸ ma non per questo di funzioni e di enti destinati a svolgerle. Una società o gruppo sociale, insomma, del tipo su definito scherzosamente di "vacanzieri".

Applicando al diritto internazionale questo ragionamento, voglio dire solo che se è vero come è vero che in detto ordinamento manca un potere centrale, ad esempio legislativo, espresso in un organo *ad hoc*, da un lato non mancano le norme comunque esse siano formate, ma dall'altro è possibile che venga affidata, ma di volta in volta, una funzione operativa ad un organo *ad hoc*, come potrebbero essere le NU. In mancanza, è perfettamente concepibile che uno o più soggetti "assumano il compito" di agire, quindi "unilateralmente" e quindi *uti universi*, in situazioni di violazione delle norme contro il soggetto che le ha violate⁶⁹.

⁶⁸ Enti, non poteri! Per dire che il potere (legislativo, esecutivo e giurisdizionale) è concepibile che sia, per dir così, diffuso, ma non assente. Come, a mio giudizio, accade nel caso del diritto internazionale.

⁶⁹ Ritornando all'esempio di natura fisiologica: in presenza di un elemento estraneo o pericoloso, l'organo più complesso agisce con gli anticorpi per eliminare o rendere inoffensivo l'agente dannoso. Questa reazione per dir così meccanica, può però anche rivelarsi dannosa se rivolta contro un organo trapiantato. Fin qui agisce la meccanica; l'agente esterno, invece, è la medicina che interviene per sostituirsi agli anticorpi insufficienti o per inibirne l'azione: nel primo caso l'agente esterno è distrutto, *nel secondo è difeso*.

In termini di diritto internazionale: l'elemento "meccanico" è dato dal consenso (o non significativa opposizione) all'azione magari unilaterale, o dall'affidamento alle NU del compito di agire: in entrambi i casi non è un agente esterno che agisce sulla macchina, anche se l'azione non è solo meccanica per i motivi più volte sot-

Un ordine giuridico, insomma, è concepibile come tale anche se privo di quegli organi e di quelle procedure in genere presenti, purché le regole, comunque formate, siano applicate o, se si preferisce, siano riconosciute come obbligatorie. In altre parole voglio dire che non è impossibile immaginare che un “ordine” del genere esista senza l’affermazione di un “potere” di o in un soggetto o ente che sia. Alla fine, infatti, ciò che conta è l’esistenza di regole ritenute applicabili e, all’occasione, applicate nel senso che la loro mancata applicazione determina una qualche forma di reazione o, se si preferisce, attribuzione di responsabilità.

A mio parere, dunque, la “sanzione” in senso stretto (la punizione o la possibilità di punizione, insomma) non è indispensabile perché quel sistema sia giuridico, dato che basta la possibilità di individuare una responsabilità o un responsabile: l’azione che da ciò eventualmente consegue o meno è una questione di fatto (intervento unilaterale) o di diritto (affidamento dell’azione alle NU).

Può anzi darsi addirittura il caso che sia una deliberata scelta dei membri di quella società quella di non volere la formazione di un ente o l’affidamento ad un soggetto dei poteri di cui sopra, con le conseguenze appena dette in materia di sanzioni. È il caso, a mio parere infatti, del diritto internazionale e del suo ordinamento.

Ciò, beninteso, non impedisce affatto, in termini teorici, che tra le norme create nell’Ordinamento internazionale dalla prassi ve ne siano create di gerarchicamente superiori ad altre, come che vi siano creati organi dotati di poteri autoritativi. È ciò che induce molti a parlare di *ius cogens* per intendere norme di “grado” maggiore delle altre e quindi inderogabili; il che è perfettamente ragionevole, *in astratto*. Ma il dato di fatto, *attuale*, che in nessun modo può essere trascurato, è che i soggetti *attuali* dell’Ordinamento internazionale semplicemente e chiaramente non vogliono che si crei un ordine gerarchizzato di norme e organi, per lo più esprimendo tale volontà attraverso l’affermazione della assolutezza del principio di sovranità; e dato che sono quegli stessi soggetti che dovrebbero essere i sottoscrittori del contratto sociale della Comunità internazionale a non volere il contratto, non si vede da cosa esso e le sue conseguenze possano essere indotti.

Il sistema funziona, senza gerarchia normativa e senza organi per l’esercizio dei poteri, ma ovviamente non senza poteri legislativo, esecutivo e giurisdizionale.

3.1 *Ordinamento internazionale e Ordinamenti interni.*

Nell’intento, dunque, di ricostruire la logica e la struttura del sistema del diritto inter-

tolineati. Viceversa, la “scelta razionale” può imporre di decidere una azione diversa da quella meccanica del sistema, un’azione di cambiamento, ecc., decidendo quindi, ad esempio, *di non intervenire unilateralmente o mediante le NU*. In un società di diritto interno, l’agente meccanico è, per lo più, lo stato con i suoi meccanismi giuridici, quello esterno è, ad esempio, la rivoluzione. Da cui la piena legittimità (se non doverosità) di un’azione collettiva, per riportare il discorso alla attualità del diritto internazionale moderno, come nei lavori di P. PICONE, *opp. cit.*, *supra* nt. 15, doverosità e legittimità, ovviamente, alla luce del diritto internazionale. In altre parole è nonché perfettamente concepibile addirittura doveroso considerare l’eventuale intervento unilaterale, legittimo in quanto reazione *del sistema* al danno. *Ma al tempo stesso*, come nella ipotesi del trapianto, una volontà esterna (comunque manifestata e realizzata, non è qui il luogo per discuterne) *può stabilire di non attaccare la parte* solo apparentemente dannosa (può, per esempio, decidere di non agire contro un soggetto “apparentemente” aggressore), *ma può farlo solo esplicitamente* (beninteso nelle forme e con le modalità proprie del diritto internazionale) *in quanto manifestazione di volontà esterna*. Se, infine, è concepibile (seppure, magari, non auspicabile) che l’ordinamento internazionale non disponga di sanzioni, in senso più o meno classico, sarebbe illogico supporre che non disponga della capacità e del diritto di difendersi.

nazionale, inteso come ordine giuridico di una comunità di soggetti, non organizzata in maniera autoritativa intorno a, o per opera di un potere centrale o superiore, che ne definisca i diritti e gli obblighi - che peraltro sono riconosciuti come tali anche se non effettivamente applicati - è utile cercare di comprendere, in termini generali benché sommari e quindi anche in termini comparativi, come funzionino in generale i sistemi giuridici attualmente esistenti, e in particolare quello internazionale, posto che anche quest'ultimo è, senza dubbio alcuno, un ordinamento giuridico⁷⁰, dove, peraltro, il significato ultimo dei due termini "ordinamento" e "sistema" finiscono sostanzialmente per coincidere.

Se poi detto ordine internazionale debba definirsi "*weak*" o primitivo⁷¹, oltre ad essere questione di valutazione soggettiva è irrilevante se, e nella misura in cui le norme di esso valgono e funzionano quanto basta: e sul quanto basta, soli giudici sono i soggetti stessi di quell'ordine. Tanto più che la valutazione in questione è del tutto soggettiva e imprecisa, dato che presuppone il confronto con altri ordinamenti "forti" o "moderni": una petizione di principio.

Ciò, però, obbliga a porsi la domanda, su chi siano i soggetti in questione, salvo a dire fin da ora che, se si afferma che non esiste potere o autorità *superiore* (capace quindi di stabilire chi siano i soggetti), il soggetto necessariamente e per definizione si *autodefinisce* tale (non ha alternative) e non ha bisogno di essere "ammesso al club" dei soggetti, per il semplice motivo che, come postulato, quel club non esiste.

E dunque, solo per comodità di espressione e per intenderci nel prosieguo, definisco come sistemi giuridici "interni" tutti quelli che sono fondati su un potere o autorità centrale ordinatoria. Va peraltro precisato che ove si potesse e volesse decidere (magari anche solo di fatto) di costruire anche nell'Ordinamento internazionale un sistema di gestione centralizzato e autoritativo del potere, a.- anche l'Ordinamento internazionale sarebbe definibile come ordine interno ma, b.- non cambierebbe il fatto che esso resterebbe definibile, in

⁷⁰ Merita per ora citare solo le lucide e basilari, insomma classiche, affermazioni di L. OPPENHEIM, *International Law a treatise*, London (Longmans) 1905, I, dove, dopo avere affermato a p. 5: «*They define law as a body of rules for human conduct set and enforced by a sovereign political authority. If indeed this definition of law be correct, the Law of Nations cannot be called law. For International Law is a body of rules for the relations of Sovereign States between one another. And there is not and cannot be a sovereign political authority above the Sovereign States which could enforce such rules*», a p. 8, definisce il diritto: «*We may say that law is a body of rules for human conduct within a community which by common consent of this community shall be enforced by an external power*» (enfasi mie) per poi indicare la "debolezza" del diritto internazionale rispetto al diritto interno, a p. 13, affermando: «*It is inevitable that the Law of Nations must be a weaker law than Municipal law, as there is not and cannot be an international Government above the, national ones which could enforce the rules of International Law in the same way as a National Government enforces the rules of its Municipal Law. But a weak law is nevertheless still law and the Law of Nations is by no means so weak a law as it sometimes seems to be*».

⁷¹ Con talvolta, sia consentita la critica, una visione molto unilaterale, come ad esempio in L. OPPENHEIM, *The Future of international Law*, Oxford, 1921, p. 2 s.: «*But even if we may speak of a law resembling in many aspects modern international law as prevailing between the states of ancient Greece, this law must nevertheless be limited to Greek states, foreign states and peoples standing outside this community as barbarians. On the other hand Roman law, possessed, it is true a mass of legal rules for the intercourse between the Roman Empire and all foreign states, but these rules were Roman law and not rules of an international law...*», sovrapponendo, a mio parere, al diritto internazionale concetti diversi quali quello che potremmo oggi chiamare diritto internazionale privato. Per non parlare del fatto che, se uno definisce un altro "barbaro", ciò non impedisce per nulla che anche l'altro faccia parte della comunità, dato che la sua presenza è un dato di fatto. Vale la pena di sottolineare come analoga finisca per essere la tesi di Bartolo da Sassoferrato, per il quale, come noto, rileva solo il popolo cristiano la sua collettività (sotto il controllo del Papa) e non il resto: il *populus romanus* e i *populi extranei*, mentre lo stesso popolo cristiano si scinde tra due organizzazioni universali: la Chiesa e l'Impero. V, ampiamente sul punto lo scritto di F. ERCOLE, *Studi sulla dottrina politica e sul diritto pubblico di Bartolo. I Impero universale e stati particolari. La "civitas sibi princeps" e lo stato moderno*, in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 1917 (Gennaio) Athenaeum, estratto.

termini di teoria dei sistemi, come un sistema chiuso (secondo quanto detto prima) inglobante altri sistemi, *tutti* tecnicamente aperti.

Beninteso, non intendo minimamente entrare nella complessa e delicata discussione su quali siano sistemi aperti e quali chiusi, dal punto di vista della teoria dei sistemi e dei suoi tumultuosi aggiornamenti, ma solo affermare una relazione, credo evidente e non contestabile: sta in fatto che i sistemi giuridici interni, entrano sistematicamente in relazione tra di loro, influenzandosi in qualche modo a vicenda, da cui la conseguenza che la loro auto-poiesi è da intendersi come relativa, nella misura in cui non si limitano a riprodurre e conservare se stessi, ma si *evolvono* grazie *anche* a fattori esterni (oltre a quelli interni propri della razionalità degli agenti di essi) vale a dire: gli altri ordinamenti interni e quello internazionale⁷². Al contrario, se è vero ed evidente che lo stesso sistema internazionale si evolve, esso lo fa per forza propria (e magari per volontà, quindi razionalità, dei suoi *propri* soggetti) dato che, al suo livello, non incontra né potrebbe mai incontrare altri sistemi internazionali, mentre i sistemi interni sono, già, parte di esso e della sua autopoiesi⁷³.

Ma, l'evidenza della profonda differenza – forse addirittura l'unica – tra i sistemi giuridici di tipo interno rispetto a quello internazionale è data proprio dal fatto che sempre⁷⁴ un sistema “interno” dispone di un meccanismo purchessia predisposto *normativamente e autoritativamente* alla formazione delle norme, da cui consegue *inevitabilmente* una qualche gerarchia tra di esse. Ciò vale, sia per i sistemi giuridici di tipo statale in senso stretto e in senso lato (gli enti cioè non strutturati nella forma dello stato, ma ad essi molto simili, come ad esempio i Movimenti di liberazione nazionale, gli insorti, ecc.), sia anche per i sistemi giuridici di enti tipicamente “internazionali”, che *dal* diritto internazionale traggono legittimità, ma che sono retti da sistemi di norme predeterminati e normativamente (gerarchicamente, quindi) organizzati, come ad esempio le organizzazioni internazionali e gli altri enti ad esse assimilabili⁷⁵. In questo tipo di enti, infatti, esistono delle norme gerarchicamente organizzate, tra cui anche quelle, fondamentali, che stabiliscono *come produrre legittimamente le norme stesse* e chi e come sia abilitato a produrle e tenuto ad eseguirle e rispettarle. Dove si deve segnalare che in questi casi: *da un lato* i soggetti che fanno capo a quegli enti ne sono, magari solo convenzionalmente, i “padroni”⁷⁶ e che, dunque, formalmente hanno il potere di fare le norme e, *dall'altro*, che la stessa *identificazione dei soggetti abilitati a fare parte dell'Ente con quel*

⁷² Per sintetizzare, sia pure in modo incompleto, con la terminologia classica: diritto internazionale privato e adattamento.

⁷³ Rispetto a quanto nel testo, merita solo di essere ribadito che ove mai un altro Ordinamento internazionale esistesse il loro (inevitabile) incontro genererebbe “un unico” Ordinamento internazionale. Non “super” ordinamento, come non *sovranazionali* possono essere gli ordinamenti internazionalistici rispetto agli stati o l'ordinamento internazionale *sovraordinato* rispetto a questo ultimi. Allo stato dei fatti, però, *un altro* Ordinamento internazionale non è dato.

⁷⁴ Anche un sistema puramente di fatto, come quello ipotizzato *supra*, testo corrispondente alle ntt. 53-54, che ho definito, scherzosamente, dei “vacanzieri” è un “sistema” che inevitabilmente forma un “ordinamento” di regole in qualche modo gerarchizzate e comunque in cui è chiaro a tutti come quelle regole si formino legittimamente e quindi quando legittime non sono.

⁷⁵ E infatti, anche un sistema giuridico interno di una Organizzazione internazionale o di un'altra entità simile ad uno stato, è fondato su una autorità centrale pur non essendo necessariamente uno “stato” in senso stretto. Ma, con riferimento agli altri enti simili agli stati, si pensi alla Palestina, che, definita “stato” dalle NU, tale sicuramente non è, pur essendo a tutti gli effetti un soggetto di diritto internazionale, dotato di un sistema autoritativo di posizione delle norme. V. il mio *Palestina e territorio della Palettina: un problema lungi dall'essere risolto*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Roma, 2013.

⁷⁶ Tanto che, all'occasione, si ribellano e possono legittimamente ribellarsi al ... tiranno.

che ne consegue è definita dalle norme predisposte all'uopo dall'ordinamento stesso⁷⁷.

3.2 L'Ordinamento internazionale in particolare

Viceversa, nell'Ordinamento internazionale, la stessa identificazione dei soggetti, agenti e direttamente o indirettamente produttori delle norme, non è definita da una norma o da una procedura certa, nota e predeterminata, né è affidata ad una autorità investita o auto-investita del potere di identificare, “nominare” o anche discriminare tra i soggetti stessi⁷⁸; uno dei problemi principali del diritto internazionale, anzi, è proprio quello di identificare chi siano gli stessi soggetti dell'ordinamento, allo scopo di comprendere se e, in caso affermativo, come quei soggetti – o eventualmente quali di essi - concorrano a determinare le norme stesse⁷⁹.

⁷⁷ *Convenzionalmente* perché, ad esempio in uno stato, i cittadini sono, per convenzione o, se si preferisce, per finzione di un ipotetico “contratto sociale”, i “padroni” del sistema, come gli stati lo sono – molto più realisticamente, a dire il vero - di una Organizzazione internazionale, ecc. Ma inoltre, e questo è un punto centralissimo di distinzione, sia in uno stato consolidato, sia in una Organizzazione internazionale come in qualunque altro ente (dalla società di persone di diritto interno ai membri di un *Movimento di liberazione nazionale* o anche, perché no, di una organizzazione criminale) esistono meccanismi predisposti a riconoscere o assegnare la qualità di membro o cittadino agli individui che si aggiungano (per dire così) a quelli originari.

⁷⁸ Utilizzo quindi deliberatamente il termine e il relativo concetto, “soggetto” piuttosto che stato, dato che occorre tenere sgombra la possibilità di escludere come essenziale al, e a qualunque, sistema giuridico (e dunque *in primis* a quello internazionale) la natura gerarchica del sistema, pur dandone per scontata, almeno per ora, la natura di sistema, separato e distinto da quelli cdd. “nazionali” o statali, tanto che i sistemi statali si sommano a quello internazionale (sul punto v. già G. GUARINO, *Corte costituzionale e diritto internazionale: noterelle a margine della Sentenza 49/15*, in *Consulta Online*, 2015, II, p. 567 ss., specialmente p. 571 ss., in www.giurcost.org/studi/guarino8.pdf) come afferma ad es. A. ROSS, *A Textbook of International Law*, London, 1947, che definisce molto bene il tema: «Hence International law is a separate legal system associated with a certain human society. But this society is now a new society co-ordinate with the British, German or Danish society; it is a larger more comprehensive community embracing all these as part of a whole. On the current view it is further supposed that the sum of the national systems plus International Law is exhaustive...», ma che poi “denuncia” un circolo vizioso (pp. 12 ss.) derivante dalla identificazione dei soggetti di diritto internazionale negli “stati sovrani” «for, as a rule, the term “state” is defined by its sovereignty ... and this term again by the relation of the state to International Law... We have here a vicious circle: in order to determine whether or not a certain rule is international we must know whether or not the legal community bound by it is a state. But in order to decide this question we must know precisely whether or not the rule in question is international. The term “International Law” is defined with reference to the term “state” and the definition of the term “state” again refers back to the term “International Law”» (enfasi mia). Per la edizione tedesca, cit. *infra* nt. 90, v. p. 14, ma v. anche ID., *Towards a realistic Jurisprudence*, Copenhagen 1946, ora Aalen, 1989, p. 67. È chiaro, dunque, come ciò porti inevitabilmente all'affermazione per cui (p. 17) «... the rules which traditions conceives as coming under International Law are not as such valid in the national legal communities, but are only valid on these as collective units». Tornano invece attuali come non mai le parole di Sir H. LAUTERPACHT, *Private law sources and analogies of International Law: with special Reference to International Arbitration*, London, 1927 (The Lawbooks Exchange, Clark, 2013), p. 71 ss., p. 76 s.: «It is therefore not surprising that the conception hitherto predominant of States as the only possible subjects of international law is now being abandoned by positivist writers as being at variance with a fact of international life, and as incapable of including the new institution of international organization», V. anche J. C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, New York, 1909, e naturalmente v. anche le belle e ben note pagine di D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale, Introduzione e teorie generali*, Padova, 1964 (ma 1927), p. 111 ss.

⁷⁹ Con le ben note conseguenze, per cui, ad esempio, mentre certi enti percorrono ansiosamente la strada per essere definiti stati, dall'altro, posto che sicuramente tali non sono, ne viene contestata (anche violentemente) la natura non solo di stato, ma di soggetto di diritto internazionale, fino al punto di affermare che sia proprio la pretesa di essere definiti stato un motivo di ostilità nei loro confronti o addirittura una giustificazione per non “trattare” con loro, come nel caso della Palestina, su cui v. di recente il mio: *Palestina e territorio della Palestina: un problema lungi dall'essere risolto*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Roma, 2013.

E dunque, detto del tutto incidentalmente, il soggetto stato, autoproclamato sovrano e auto-dotato di sovranità, non può in nessun caso invocare la propria immutabile identità ed espressione territoriale altro che in termini storici e quindi di fatto. L'immutabilità del soggetto *non dipende da una norma di diritto internazionale*, ma solo dalla capacità del soggetto di restare, appunto, immutato, capacità rispetto alla quale il diritto internazionale si limita a fornire la garanzia del rispetto di fatto della sua identità attuale dello *status quo* insomma, non diversamente da come garantisce al popolo, ai popoli, la loro autodeterminazione. Sono infatti in conseguenza anche i popoli a doversi affermare come tali, non diversamente dagli stati.

Tanto premesso, nel caso dell'Ordinamento internazionale, i soggetti stessi sono, o pretendono di essere, dotati della prerogativa o qualità immanente, della sovranità⁸⁰, che mal si concilia, d'acchitto, con l'idea di un ordine giuridico capace di "regolare" il comportamento dei soggetti che ne fanno parte. D'acchitto, appunto per sottolineare, nel valore etimologico del termine, che quel concetto (la sovranità) è spesso, ma a mio parere del tutto erroneamente, assunto come punto di partenza del "gioco" del diritto internazionale, inteso come l'ordine giuridico di soggetti sovrani, *superiorem non recognoscentes*⁸¹. Ma poi, quello stesso diritto internazionale, nella accezione teorica definita, viene da gran parte della dottrina descritto come l'ordine che, *da un lato* pretende di disporre di norme atte a stabilire chi sia soggetto e dunque sovrano il che appare come una contraddizione in termini⁸², mentre *d'altro canto*, la sovranità stessa, nella quotidianità della sua prassi, sempre più si articola, piuttosto che come una qualità o prerogativa del soggetto, in qualche modo "immanente" ad esso, come un *istituto giuridico* complesso posto e definito *dalle* norme dello stesso diritto internazionale⁸³, rispetto alle quali, quindi prendendomi la libertà di affermarlo fin da ora

⁸⁰ Sulla quale occorrerà dilungarsi alquanto in altra occasione, per definire il contenuto odierno del concetto. Il punto, però e va detto subito, è che se uno stato afferma di essere soggetto sovrano, resta tutto da definire perché tale sia quello stato, o, viceversa, chi possa stabilire, e perché, che quello proprio sia uno stato e quindi un soggetto e come faccia un soggetto a divenire uno stato anzi come si faccia ad essere un soggetto o, se si preferisce, chi sia soggetto. È a partire dal papato di Innocenzo III, che si comincia a scardinare l'idea dell'impero e dello stesso papato come enti supremi, con l'affermazione (che giunge al suo culmine con lo scontro tra Bonifacio VIII e Filippo il Bello di Francia ... appunto) del brocardo *rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*; quando insomma Filippo e Bonifacio si scambiano le affermazioni riportate *supra* nt. 41. In altre parole è il soggetto che si pone da sé come tale e, affermando di essere sovrano, e dichiara che da ciò scaturiscono diritti (e pretese), verso altri soggetti ... sovrani.

⁸¹ Già da Bartolo, nella ricerca della collocazione istituzionale, prima dei comuni e poi via via degli stati, tutti, appunto *superiorem non recognoscentes*, come bene spiegato in F. ERCOLE, *Studii*, cit., p. 42 ss.

⁸² Se, infatti, la sovranità è una prerogativa del soggetto, una sua *qualità* intrinseca, nulla e nessuno può stabilire a chi quella qualità competa, altrimenti non sarebbe intrinseca e sovrana! Sorprende, infatti, che talvolta il tema venga invertito, come ad esempio, in H. L. HART, *op. cit.*, p. 220 dove afferma: «*Great Britain, Belgium ... have rights and obligations under international law and so are among its subjects*». A me sembra, che il *quid demonstrandum* sia proprio che gli stati (o meglio Enti) in questione abbiano obblighi, qualunque ne sia la motivazione.

⁸³ Basterebbe, ma solo come esempio, riferirsi al diverso e quasi conflittuale "attacco" dei due libri, in qualche modo più famosi nella nostra disciplina. Dal H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899 (Aalen Scientia Verlag, 1958), p. 9: «*In welchem Sinne nun kann Landesrecht und Völkerrecht als Gegensätze betrachten? ... Der Gegensatz ist einmal Gegensatz der normierten Lebensverhältnisse; das Völkerrecht regelt andere Beziehungen als das staatliche. Der Gegensatz ist ferner Gegensatz der Rechtsquellen...*» al H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1927 (Aalen, Scientia Verlag, 1960) p. 6 ss.: «*Die naturalistische Richtung der modernen Staatslehre drängt dieser immer wieder ... das Souveränitätsproblem im Wege sozialer Tatsachenforschung, die Souveränität als Faktum auf naturwissenschaftlich-empirische Weise womöglich induktiv zu erfassen...*». Il che conduce, mi pare, alla visione problematica di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977 (ma 1945), p. 114 s.: « ... in sostanza la teoria adesso più comunemente accettata, oscilla, senza trovare il suo asset-

salvo analisi ulteriore, non è, né può essere, il soggetto stesso, nonché “promotore sovrano” del sistema – sia o meno esso “superiore” al sistema – anche (e contemporaneamente) suscettibile di esserne vincolato⁸⁴; sarebbe infatti questa la ripetizione del circolo vizioso segnalato dal Ross cui accennavo prima⁸⁵. E tanto più ciò non funziona, in quanto e nella misura in cui si osservi che anche il contenuto della sovranità oggi, non più ipotizzabile come un potere assoluto e incontrollabile, si articola in numerose diverse manifestazioni “regolate” anche *processualmente* dal diritto internazionale. Non più, dunque, il diritto-potere assoluto di fare ciò che si crede⁸⁶, ma il diritto di *fare ciò che è lecito*, perfino nel proprio stesso ambito di competenza esclusiva⁸⁷: e la *liceità* è definita dal sistema e *non* dallo stesso soggetto. In questo senso le norme generali in materia ambientale ne sono un esempio lampante nella misura in cui, ad esempio, impediscono ad uno stato di poter disporre in maniera assoluta del proprio territorio, anche in assenza di norme contrattualmente vincolanti in quella direzione: non a caso oggi, sempre più spesso si identificano dei veri e propri “regimi giuridici”, definiti sì, da un complesso di norme coordinate, ma principalmente dalla consapevolezza della necessità che quel regime si debba costruire essendo il frutto *a.*- di norme contrattuali,

to, tra due affermazioni contraddittorie ... Ma resta da osservare che il diritto internazionale appare veramente diritto *solo in quanto vincola e domina la volontà statale*, cioè in quanto la trascende e si afferma come entità a sé, che secondo noi è l’ordinamento della comunità internazionale, cui i singoli Stati sono, sia pure limitatamente, subordinati. La costellazione massima dell’universo giuridico non è dunque lo Stato, ma tale comunità ... » (corsivo mio). Se sostituiamo le parole “vincola” e “domina” con “coordina” e “organizza” siamo a quanto detto fin qui.

⁸⁴ Osservo solo, del tutto *en passant*, che ragionando così potrebbe venire meno la stessa necessità di porsi la questione della supremazia dell’un ordine sugli altri o viceversa: insomma monismo o dualismo. L’aberrazione, mi si perdoni il termine, cui può condurre una concezione del genere (che, alla fine, si riduce all’idea per cui ciascun ordinamento è autonomo e indipendente dagli altri e rispetto agli altri rigorosamente “chiuso”, cioè all’anarchia) sta, ad esempio, nella assurda sentenza della nostra Corte costituzionale (238/14, su cui v. G. GUARINO, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell’estoppel?*, in *Consulta Online*, 2014 v. <http://www.giurcost.org/studi/guarino7.pdf>) a proposito della validità e della applicazione della sentenza CIG in tema di immunità, che si inquadra nella pervicace e presuntuosa pretesa della nostra Corte (tutt’altro che isolata, a onore del vero) di poter, anzi di voler, porre se stessa a parametro dell’ordine giuridico universale. Se solo riuscisse a dimostrarlo! Senza intenti polemici, ma solo per chiarire quello che sto dicendo, la dichiarazione del Presidente del Consiglio dei Ministri italiano del 16.1.2015, secondo cui l’Italia decide in piena e “sovrana” autonomia il proprio bilancio, al di là dell’intento politico, è, tecnicamente, nonché superflamente sbarazzina, errata dal punto di vista giuridico: *a.*- perché, con riferimento alla UE, quest’ultima ha (contrattualmente) il potere di intervenire in materia, e *b.*- la sovranità non è più ormai, posto che lo sia mai stata, in grado di esprimersi in assoluta indipendenza dalle situazioni oggettive in cui il soggetto opera.

⁸⁵ E ripreso da H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 214 ss. Se sovranità, di nuovo molto sinteticamente detto, significa *superiorem non recognoscere*, non esisterebbero norme, non ne esisterebbero di alcun genere, nemmeno contrattuali o implicitamente contrattuali (*Vereinbarung*, insomma) perché lo stato così come sarebbe libero di stringere l’accordo che vuole, *sarebbe libero di non rispettarlo*. A costo di essere ingenuo, ma, il solo fatto di accettare un accordo come vincolante, vuol dire non essere sovrano dato che almeno un obbligo vi sarebbe, quello di eseguire: derivante, dunque, da chi o da cosa? La sottoscrizione dell’accordo, implica l’accettazione del fatto che l’altro possa *legittimamente pretendere* di ottenere l’esecuzione.

⁸⁶ Pur ammesso e, francamente non concesso, che ciò sia mai stato. Fin dal ‘300, da BARTOLO da SASSOFERRATO a COLUCCIO SALUTATI, si definisce il concetto di tirannide, cui consegue il diritto al rovesciamento del tiranno. In termini moderni potremmo parlare di illegittimità dello stato-sovrano, che dunque, potendo essere legittimamente abbattuto, sovrano *superiorem non recognoscens* non è o non è più.

⁸⁷ Uso il termine competenza, anche qui riservandomi di tornarci in seguito, per evidenziare che la sovranità nella misura in cui è definita e regolata *dal* diritto internazionale, implica che sia lo stesso diritto internazionale quello che definisce i confini, i termini e le modalità di esercizio della sovranità stessa.

b.- di norme più o meno esplicitamente “esortative”, c.- di norme non scritte⁸⁸.

Non a caso, proprio non tenendo conto di ciò (e cioè che le norme non sono soltanto di natura contrattuale) parte della dottrina ha creduto e crede di identificare dei non meglio definiti “self-contained regime”, sul significato dei quali il mistero è assoluto. Per dirla molto sinteticamente, che un sistema possa creare le proprie norme è esattamente ciò che intendo mostrare in queste pagine, ma delle due l’una: o quel sistema è universale e allora è appunto lo stesso diritto internazionale, oppure è particolare, ma allora si trova immerso in un altro sistema (quello internazionale per l’appunto) che ne definisce la legittimità, sia della nascita, sia del procedimento per farlo nascere, sia delle sue norme “interne”. Diversamente, più che un regime appare una sorta di mina vagante, di entità sfuggente ... una sorta, mi si consenta l’ironia, di inafferrabile goccia di mercurio caduta sul tavolo⁸⁹.

3.3 Natura giuridica e presunta primitività del diritto internazionale

Mentre mi riservo di tornare in altra sede su alcuni punti visti sopra, sorvolerò sostanzialmente sulla vecchia e stantia questione della giuridicità o meno del sistema del diritto internazionale⁹⁰, come pure sulla sua pretesa primitività⁹¹.

⁸⁸ Sul punto v. molto ampiamente M. C. PONTECORVO, *Climate change mitigation and international trade: conflicts and resolution mechanisms*, Napoli, 2013.

⁸⁹ Altro, infatti, è un “regime” e cioè un sistema di norme autosufficiente (o, meglio, autopoietico), altro è un regime auto ... reggente nello spazio.

⁹⁰ V. ad es. ancora A. ROSS, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, 1950, p. 50 ss.

⁹¹ Sorprendentemente ripresa dallo stesso H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 3 e *passim*, dove, curiosamente, associa sempre il termine “primitivo” al termine “diritto internazionale”, ma poi, p. 226 s. afferma: «*In form, international law resembles such a regime of primary rules [che, sono appunto, la caratteristica delle società “primitive”], even though the content of its often elaborate rules are very unlike those of a primitive society, and many of its concepts, methods and techniques are the same as those of modern municipal law. Very often jurists have thought that these formal differences between international and municipal law can best be expressed by classifying the former as „morality“. Yet it seems clear that to mark the difference in this way is to invite confusion*»..., ma poi, p. 232: «*To the innocent eye, the formal structure of international law lacking a legislature, courts with compulsory jurisdiction and officially organized sanctions appears very different from that of municipal law. It resembles, as we have said, in form though not at all in content, a simple regime of primary or customary law*». Ma v. anche, in tema di norma base, p. 234: «*For it is surely conceivable (and perhaps has often been the case) that a society may live by rules imposing obligations on its members as “binding” even though they are regarded simply as a set of separate rules not unified by or deriving their validity from any more basic rule*» (enfasi mie). Ciò che sorprende e va sottolineato è l’insistenza del famoso Autore, nel distinguere tra i “sistemi” giuridici “municipal” dal semplice “set of rules” del diritto internazionale. Proprio ciò va assolutamente sottolineato: a mio parere il diritto internazionale (a parte il fatto che è effettivamente e senza dubbio un sistema nel senso delineato prima, mentre Hart intende per sistema, mi pare, solo una molteplicità di regole ordinate e coordinate) non è affatto solo un coacervo casuale e sordinato di regole, ma un sistema organico e fortemente strutturato, anche se non intorno o a causa di una autorità centrale, che infatti, lo ripeto, manca *perché non si intende che vi sia*. Ogni gruppo sociale prima o poi si “organizza” intorno ad una autorità riconosciuta come tale, autoimposta o frutto di un contratto sociale, insomma di un accordo tra gli interessati; il gruppo sociale dei soggetti di diritto internazionale (e già chi siano è tutto da accertare!) *deliberatamente* non vuole una simile organizzazione, anzi, quando timidamente essa si affacci, viene immediatamente distrutta, utilizzando (per lo più a sproposito, come vedremo) il principio della sovranità, che in realtà in qualche modo non esiste nel senso storico del termine. E per di più gli “interessati” non sono in alcun modo definibili *a priori*. A mio parere è questo il punto centrale: chi siano i soggetti del diritto internazionale *non è definito da una norma*, né da una norma è definibile perché non esistono nemmeno criteri per sapere *preventivamente* chi possa definirsi tale. Non a caso, la stessa *Convenzione di Montevideo* (26.12.1933), afferma all’art. 1 che: «*The State as a person of international law should possess ...* ». Come dire che il soggetto del diritto internazionale, per essere definito *stato* deve possedere certi requisiti ... non tutti perfettamente posseduti, però, per esempio dallo *stato della Palestina*, sog-

Sulla giuridicità, basti dire che nella misura in cui le norme comunque poste, siano riconosciute (nel senso di cui più avanti) come tali e siano rispettate, ma specialmente, di esse si pretenda, senza opposizione determinante e comunque ostativa di fatto, il rispetto, quelle norme e il sistema in cui sono emesse è un sistema giuridico almeno fino a prova del contrario.

Solo, pertanto, sulla presunta primitività del sistema, merita di spendere due parole.

E dunque.

A parte il fatto che è per lo meno da dimostrare che un sistema giuridico non sia primitivo, sia cioè (a seconda della accezioni del termine) evoluto, civile, educato, ecc. - già, la stessa indeterminatezza del termine induce a usarlo con estrema cautela - un sistema giuridico dico, non sarebbe, per i sostenitori di questa tesi, primitivo solo se disponga di un meccanismo di normazione gerarchicamente organizzato e, per di più, di un sistema giurisdizionale, di un sistema repressivo, ecc.

Viceversa tanto per cominciare, mi sembra che la perfezione, la completezza, la modernità di un sistema giuridico (che poi vuol dire, a ben vedere, efficienza e funzionalità) si misura anche sulla sua "flessibilità", o meglio sulla sua capacità di adattarsi rapidamente, seguendole o addirittura precedendole, alle mutevoli realtà sociali, dalle quali, lo si voglia o no, i sistemi giuridici derivano, ricavandone, per certi versi, la positività, che, però, prescinde, nel diritto internazionale, pur essendo positivo, da uno *ius positum* in senso stalistico, mancando il legislatore in senso fisico.

Perché, a ben vedere, il problema non è solo tecnico: un sistema giuridico è perfetto o evoluto (non primitivo) se ha norme certe e controlli, ecc., ma non forse, come, a mio parere sbagliando, secondo molti, anche sociali o, se si preferisce, etici? Per esempio, il sistema giuridico tedesco degli anni 30 del novecento era un sistema giuridico formalmente perfetto, che legittimava, anzi imponeva, il massacro degli ebrei, degli zingari, dei malati di mente, ecc.; analogamente oggi il sistema giuridico dell'ISIS. Quelli sono dunque sistemi perfetti o evoluti, comunque non primitivi? A stretto rigore, questa sembrerebbe oggi la conseguenza di certi usi della teoria decostruttivista⁹², ma chiaramente non solo. Il punto è, a mio parere, che delle due l'una: o si accetta l'idea che qualunque sistema giuridico tecnicamente ben fatto ed efficace oltre che effettivo va bene, oppure bisogna porsi il problema di chi o almeno come decida della legittimità (non della eticità, sia chiaro!) dei sistemi giuridici.

Se ciò non fosse e non fosse stato possibile, a qual titolo mai e con quale logica giuridica si è potuto pensare di "punire" i dirigenti tedeschi dopo la seconda guerra mondiale? Per accettarlo, bisogna in altre parole ammettere che (con tutte le cautele del caso e pur tenendo conto che quello di Norimberga fu il processo del vincitore al vinto!) che un certo comportamento di un certo ordinamento giuridico, perfettamente funzionante e legittimo dal punto di vista del diritto interno tedesco, è illecito - per un ordinamento estraneo ad esso, come appunto quello internazionale - e che l'ordinamento stesso che lo produce è illegittimo. Forse alla luce di principi etici e quali: quelli dei bombardamenti a tappeto e atomici, dei massacri di Sarajevo, dell'invasione dell'Ungheria, dei bombardamenti al fosforo di

getto ma certamente non stato nel senso pieno del termine, benché definito tale dalle NU. Ripeto: *per* essere uno stato occorre disporre di certi requisiti, *purché* si sia un soggetto.

⁹² Nel senso degli autori che si rifanno alle tesi di L. DERRIDA, *op. cit.*, *supra* nt. 32, scusandomi per la sommarietà del riferimento, le cui conseguenze sono bene state presentate e qui commentate da A. D'AMATO, *op. cit.*, *supra* nt. 10.

Gaza e chi più ne ha più ne metta? Quei principi, non solo non hanno senso se non sono *giuridici*, ma hanno significato solo se fanno parte dell'Ordinamento giuridico internazionale.

Basterebbe, in questi giorni di autunno 2015⁹³, aprire il giornale per comprendere il valore del tema. L'ISIS è, secondo alcuni, il male assoluto e viene parzialmente bombardato (tra l'altro da chi lo ha finanziato fino a pochi mesi prima di bombardarlo⁹⁴) ma non al punto da non consentirgli di cercare di abbattere il regime della Siria, gestito da un "dittatore", peraltro legittimamente al potere ... secondo le leggi locali e la storia locale. Altri, ritengono, invece, che il regime siriano vada benissimo, e che vada aiutato a sconfiggere l'ISIS, ma anche i ribelli di altra natura, che a loro volta (su questo sono tutti d'accordo) massacrano la popolazione civile (posto che si sappia come si distingue la popolazione civile in una situazione del genere) mentre contemporaneamente stati, fino ad oggi ritenuti pericolosi covi di delinquenti, stringono trattati per la produzione di energia nucleare e entrano nel conflitto siriano dalla parte del governo legittimo e contro, sì l'ISIS ma anche gli altri ribelli, ma in dissenso con lo stesso stato, capofila di molti altri, con il quale hanno stipulato un trattato in materia nucleare. E così, via. Per non parlare del caos libico, di quello del Mali, dell'Afghanistan ecc., ecc. Ognuno dei partecipanti a questa serie di conflitti ha, o dice di avere, un regime perfetto e addirittura eticamente stupendo, ma un criterio per scegliere, decidere e agire può essere trovato solo nel *primitivo* sistema del diritto internazionale e non in presunti principi etici di una Comunità internazionale i cui membri agiscono in questo modo.

Questa, me lo si consenta fuori dai denti, non è primitività, è follia allo stato puro, o, più verosimilmente, miope valutazione del proprio tornaconto immediato! Ma con il diritto tutto ciò nulla ha a che fare, ma neanche con quell'etica, buona sempre per tutti e per tutto e che viene richiamata ad ogni pie' sospinto.

E dunque, il problema, diversamente da chi attribuisce un valore giuridico all'etica, non è affatto, a mio parere, *anche* etico, o etico *tout court*, dato che i principi etici su cui fondare legittimamente un ordinamento giuridico⁹⁵, sono a loro volta del tutto soggettivi e fortemente variabili, come esemplificato qui sopra. In altre parole, posto che quegli atti fossero formalmente legittimi (e, ripeto, da un punto di vista strettamente di diritto interno, per lo più lo erano) sono, bisogna domandarsi, anche leciti? non eticamente, ma *giuridicamente*? E non dal solo punto di vista del soggetto agente!

In altre parole, un sistema giuridico è evoluto o moderno o quel che si vuole se è formalmente perfetto e eticamente orientato? Ma, posto che si riconosca la perfezione formale del sistema, chi e come stabilisce l'eticità di un sistema giuridico, ma specialmente come fanno quei parametri (quali che essi siano) ad essere giuridicamente significativi, insomma, giuridici⁹⁶?

⁹³ Sotto lo shock del massacro di Parigi del 13 Novembre 2015.

⁹⁴ E forse lo finanzia ancora comprandone il petrolio di contrabbando o non impedendo che si venda.

⁹⁵ Come vorrebbe DWORKIN, cit. *supra* nt. 37.

⁹⁶ La estrema labilità dei temi accennati nel testo, è resa, temo, particolarmente e vividamente evidente da J. RAWLS, *The law of peoples: with the idea of public reason revisited*, Cambridge Mass., 1999, dove già l'idea della "public reason" mi appare alquanto sfuggente, v. p. 131 s.: «The idea of public reason, as I understand it, belongs to a conception of a well-ordered constitutional democratic society [sic...ma chi lo dice se la società in esame è tutto ciò?] ... a basic feature of democracy is the fact of reasonable pluralism ... [ma quando, continua Rawls] citizens realize that they cannot reach agreement or even approach mutual understanding on the basis of their irreconcilable comprehensive doctrines. In view of this, they need to consider what kinds of reasons they may reasonably give one another...», francamente la ragionevole-

In realtà, questo è un punto centralissimo, perché o si fa una distinzione netta e radicale tra etica e diritto, o si deve riconoscere che esistono norme e sistemi giuridicamente validi ma non rapportabili a principi etici. La *Richtigkeit* di Alexy, ha un senso solo se il suo contenuto è definibile in termini giuridici (cioè in norme obbligatorie) altrimenti resta indefinita.

Se una valutazione, dunque, si deve fare sulla primitività di un ordinamento è soltanto sui risultati che si può fare, la domanda insomma è: se quel comportamento o quella norma da cui deriva quel comportamento, leda o no *diritti* fondamentali, non principi etici, ma *norme*. Ma sta in fatto che ogni ordinamento giuridico interno, ha o pretende di avere i suoi propri diritti fondamentali (che possono essere anche quelli della Germania nazista, o del cd. Stato Islamico o del comunismo, o del cd. stato liberale, ecc.) ma quei diritti in quello specifico ordinamento non sono assoluti, vale a dire che non è sufficiente che in quell'ordinamento vi siano dei valori per affermare che sono anche giuridicamente validi⁹⁷ magari perché definiti grazie ad un meccanismo democraticamente costituzionale⁹⁸.

Perché in realtà i diritti fondamentali sono definibili come tali e *per tutti* (e quindi anche per la Germania nazista, ecc.) *proprio dall'ordinamento primitivo internazionale*, che è l'unico che può (per essere universale e quindi per definizione) porre quei principi in termini giuridici *validi per tutti* e così escludere la legittimità dei "diritti fondamentali" della Germania nazista o dello stato islamico. Dato che se e nella misura in cui l'Ordinamento internazionale è un sistema universale, esso "regola", oltre ai comportamenti dei soggetti anche le norme dei singoli ordinamenti interni: permette cioè di distinguere tra comportamenti accettabili e non *dal punto di vista giuridico*. E, perciò, in quanto sistema generale⁹⁹, più ampio dei singoli sistemi interni, è magari (come necessario) più "generico" o sintetico o anche meno articolato e complesso dei singoli sistemi che coordina, *ma li regola*, nel senso che ne definisce la legittimità alla luce dell'Ordinamento internazionale stesso¹⁰⁰.

È implicito, dunque, che non è qui luogo per porre distinzioni tra monismo e dualismo (o meglio, pluralismo) dato che, a quanto cerco di evidenziare, il sistema generale (di-

lezza è una ottima cosa, il dialogo e porgere l'altra guancia pure, ma, credo, alquanto giuridicamente evanescenti. Mi sembra, mi prendo la libertà di ricordare, la medesima logica miope e un po' farisaica, che fa dire alla nostra Corte Costituzionale e alla CEDU, che la legge elettorale non deve avere un "eccessivo" premio di maggioranza, e deve rispecchiare *sostanzialmente* la volontà popolare, ecc. Ma d'altronde, per continuare con Rawls, p. 15: «*Insofar as liberal conceptions require virtuous conduct of citizens, the necessary (political) virtues are those of political cooperation such as a sense of fairness ... [tema, come noto, molto caro all'A. e, p. 23] Liberal peoples [piuttosto che stati, nella concezione dell'A.] have three basic features: a reasonably just constitutional democratic government that serves their fundamental interests [sembra di leggere la nostra Corte!]; citizens united by what Mill called "common sympathies"; and finally a moral nature...*» (enfasi mie), dove già solo definire cosa sia la democrazia sarebbe un problema da incubo, che diventerebbe immane se anche si capisse cosa si intende per regime costituzionale. Ma il problema, a mio parere, è un altro: perché è accettabile solo un regime del genere con gente ragionevole? Il sistema USA, ad esempio, è così, e molto ragionevole, ma ... e la pena di morte, e gli atti di cui sopra nel testo? *Anche i nazisti (per non parlare degli italiani!) erano gente che viveva in uno stato democratico costituzionale, almeno per un po', ed erano molto ragionevoli!*

⁹⁷ Per lo stato islamico sgozzare i non musulmani sunniti, è un fatto eticamente e *giuridicamente* lecito, anzi doveroso, esattamente come ammazzare ebrei era eticamente e giuridicamente lecito e doveroso nella Germania nazista.

⁹⁸ RAWLS, *supra* nt. 96, e DWORKIN, *supra* nt. 37.

⁹⁹ Di nuovo il riferimento a E. LASZLO e a P. MELOGRANI, *citt.* è evidente (v. *supra* nt. 3).

¹⁰⁰ Che poi quei principi siano il frutto della sintesi dei "migliori" ordini giuridici interni è de tutto normale, e non a caso è definito esplicitamente ad esempio nel, molto distrattamente letto direi, n. 3 dell'art. 6 TUE o dell'art. 38.1 c CIG.

ritto internazionale) *comprende* i sistemi particolari (statali, ecc.) che, in questa logica, sono al tempo stesso autonomi e autoreferenziali in quanto tali, ma aperti (sia al diritto internazionale che agli altri ordinamenti giuridici interni) nelle loro relazioni e dunque fondati su una visione *relativa* della autopoiesi¹⁰¹, e parte del più ampio sistema generale (l'Ordinamento internazionale) che, invece, quello sì, apparirebbe del tutto ed esclusivamente autoreferenziale, benché ricchissimo di capacità evolutiva e assai poco propenso all'entropia.

Per cui, letto il tema in questa prospettiva, il problema si sposta sul piano, *questa volta sì*, della *validità*, forse me lo si consentirà, in termini alquanto radicali. La domanda infatti diventa ed è radicale come poche: può quella norma *esistere validamente* (*validamente*, ripeto qui, *non* effettivamente!) in quell'ordinamento interno? Evidentemente, in termini di validità (e dunque di legittimità) no, ma allora se è così, quella norma *non si deve applicare*, non si applica¹⁰² o, al limite, se ne impone il non rispetto o, più banalmente, chi la applica viola il diritto: si può, infatti, pretendere (o sperare di riuscire a pretendere) di vedere applicato quel principio solo se è nell'Ordinamento internazionale che quel principio, *giuridico* non etico, si afferma.

Per tornare agli esempi, e al relativo linguaggio, già fatti in precedenza: non diversamente dalla cellula impazzita di un sistema complesso, che viene resa inoffensiva o, se è più "forte", diventa un tumore e, certo, può uccidere l'organismo stesso. Ciò accade in termini di auto-organizzazione, ma non di ordine di un "capo" dell'organismo¹⁰³: non è ciò che in sempre più frequenti occasioni si ha la sensazione che stia accadendo nell'Ordinamento internazionale contemporaneo?

Perciò ho giudicato e giudico concettualmente assurda (e pertanto, mi spingo fino a dire: giuridicamente irrilevante) la sentenza 238/14 della Corte Costituzionale italiana sulla mancata applicazione dell'art. 10 Cost., rispetto alla quale dunque (ma non è questo il luogo per trattarne) è verosimile (a mio parere, è doveroso) che altri giudici italiani, *ignorino* puramente e semplicemente quella sentenza, perché *fuori* del sistema generale e quindi, per dir così, cellula impazzita, risolvendo il caso con un richiamo alle norme generali di diritto internazionale¹⁰⁴.

¹⁰¹ M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Legal system*, cit., p. 104 ss.

¹⁰² *Infra* nt. 104.

¹⁰³ Cfr. anche in termini generali A. DE TONI, L. COMELLO, L. IOAN, *Auto-organizzazioni. Il mistero dell'emergenza nei sistemi fisici, biologici e sociali*, Venezia, 2011. Ma v. *infra* nt. 152 e testo corrispondente.

¹⁰⁴ In fondo, mi pare è anche questo il senso della famosa sentenza BVerfGE, 34, (Soraya) 14.2.1973: «Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann u.U. ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung», ma v. specialmente, BVerfGE 23, 98 (Ausbürgerung): «1. Nationalsozialistischen "Rechts"vorschriften kann die *Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen*, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, *Unrecht statt Recht sprechen würde*. 2. In der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBl. I S. 772) hat der *Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht*, daß sie *von Anfang an als nichtig erachtet werden muß*. 3. Einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechtes verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, daß es angewendet und befolgt wird. 4. Zu den fundamentalen Rechtsprinzipien gehört das Willkürverbot, das heute in Art. 3 Abs. 1 GG und teilweise auch in Art. 3 Abs. 3 GG seinen positiv-rechtlichen Ausdruck gefunden hat» (corsivi miei). Ma, appunto, la Corte qui, definisce illecite norme perfettamente lecite per il nazionalsocialismo, in quanto impersonano l'*Unrecht*', il contrario del diritto, rovesciando così la logica formale tradizionale del diritto ... evoluto! Ma, se è *Unrecht* è, credo, doveroso domandarsi dove è il *Recht*, per rispon-

Orbene, per tirare le somme di questo discorso: possono diritti fondamentali, come descritti, essere definiti e posti da un ordinamento primitivo? Si può pensare che le sue norme, benché non gerarchicamente superiori, siano ignorate?

In questa ottica, inoltre, è difficile negare che il diritto internazionale goda, come accennavo sopra, anche di una flessibilità unica, anche grazie alla non necessità di attivare complicate procedure per il cambiamento delle norme non scritte, che sono numerose e generali e talvolta anche di quelle scritte, in sé ostili al cambiamento, ma che sono assoggettate alla continua mutazione quando non caducazione, ad opera specialmente delle giurisdizioni nazionali, ecc., della prassi, insomma.

Che ciò, tornando alla terminologia sistemica, induca a ritenere che gli ordinamenti giuridici interni, tutti e quindi ivi compresi, come detto sopra, quelli delle organizzazioni internazionali ecc., costituiscano dei sistemi aperti sembra chiaro, come altrettanto inevitabile è affermare che quello internazionale è un sistema chiuso benché in forte e continua evoluzione, perché ricomprende *tutti* i menzionati sistemi interni, ma non è suscettibile di influenze da alcun sistema ad esso esterno. Ciò che dunque sarà da studiare è il tipo di relazioni che vi sono tra le dette, diciamo così, classi di sistemi, che, allo stadio del presente discorso non appaiono di natura gerarchica, starei per dire visto quanto fin qui detto: *per definizione*.

4. *Qualche chiarimento ulteriore su taluni punti del discorso*

Al termine, peraltro provvisorio, di questo discorso, è utile integrare alcune delle affermazioni fatte al fine di specificarne più compiutamente il senso.

4.1 *Il diritto inteso come “sistema complesso”.*

Nel corso delle pagine precedenti, ho ripetutamente usato il termine sistema riferito agli ordini giuridici di ogni genere: interni e internazionale.

L'uso del termine o più precisamente del concetto di “*sistema*”¹⁰⁵, riferito al diritto internazionale e agli ordinamenti giuridici interni (siano essi degli stati come li conosciamo

dere: nel diritto internazionale! Non si comprende altrimenti secondo quale principio giuridico la Corte tedesca abbia potuto fondare la sua storica decisione.

¹⁰⁵ Mi riferisco, dunque, alla definizione tanto generale quanto generica di sistema ad esempio fornita su Wikipedia (it.wikipedia.org/wiki/Sistema#cite_note-1), che cita la Treccani (che testualmente recita: «Nell'ambito scientifico, qualsiasi oggetto di studio che, pur essendo costituito da diversi elementi reciprocamente interconnessi e interagenti tra loro e con l'ambiente esterno, reagisce o evolve come un tutto, con proprie leggi generali. Insieme di enti astratti o concettuali strettamente coordinati, anche se non necessariamente dipendenti uno dall'altro», in www.treccani.it/enciclopedia/tag/sistema/) e che afferma: «Il sistema, nel suo significato più generico, è un insieme di elementi o sottosistemi interconnessi tra di loro o con l'ambiente esterno tramite reciproche relazioni, ma che si comporta come un tutt'uno, secondo proprie regole generali, per raggiungere determinati obiettivi prefissati (comuni e individuali)» (corsivi miei). È peraltro chiaro, che il riferimento d'ora in poi, come in precedenza, va fatto alle elaborazioni fondamentali del von L. BERTALANFFY, *Teoria*, cit. Nel caso specifico del diritto internazionale, peraltro, da tutto quanto detto fin qui, appare chiaro come il sistema del diritto internazionale debba configurarsi come sistema generale, inglobante *tutti* gli altri sistemi giuridici, con le caratteristiche proprie, dunque, dei sistemi generali, tra cui la maggiore “semplicità” delle regole e quindi del sistema stesso rispetto alla quasi sempre maggiore complessità *proprio di quelli che ingloba*.

oggi o di altri enti dotati di un sistema di regole proprio) è il risultato, a questo stadio del discorso¹⁰⁶, della convinzione che il concetto di “sistema” ben può essere utilizzato per spiegare in termini generali il modo in cui funzionano gli ordinamenti giuridici, la loro logica, insomma. E infatti, ripeto, al presente stadio di un discorso tutto da approfondire più in avanti, questa scelta permette non solo di prendere atto e sottolineare il fatto che *a.*- ogni ordinamento giuridico è, o almeno appare - e, ai fini del discorso che si intende qui svolgere, è più che sufficiente - in grado di funzionare autonomamente; possiede cioè, di per sé, strumenti e regole sufficienti a gestirne le esigenze, senza che debba subire, se non per sua autonoma e dunque libera scelta, la volontà di altri ordinamenti giuridici: non *legittimamente* almeno. Ma anche, *b.*- serve a puntualizzare che nessun ordine giuridico esiste nel vuoto, ma che tutti non solo si “confrontano” gli uni con gli altri, ma, sono in realtà *tutti*¹⁰⁷ parti componenti di un più ampio sistema che li regola *tutti*, secondo la stessa logica (l’autopoiesi, nella sua accezione e forma più moderna) nel senso che in esso, ciascun ordine trova la propria collocazione e dunque la propria specifica funzione, tanto che l’ordine più vasto (non superiore) può determinare e determina (grazie alle proprie stesse regole interne, e solo quelle, insomma grazie alla *propria* autopoiesi) il funzionamento degli altri, al punto che si può affermare (non come nel caso della sentenza 238 della nostra Corte Costituzionale, ma delle citate sentenze del BVerfGH) che le norme di esso *definiscono la validità di quelle interne*, al punto che la loro eventuale violazione (che si sostanzia nella emissione di norme formalmente perfette, ma strutturalmente incompatibili con le prime) è, o meglio potrebbe essere, *tamquam non esset*, ma, dal punto di vista del sistema, è esattamente così.

Anzi, il *fatto* che ogni singolo ordinamento giuridico-sistema sia del tutto indipendente¹⁰⁸ e autonomo¹⁰⁹, tecnicamente “originario”, è una precondizione per poterlo considerare un ordinamento giuridico *tout court* (in termini sistemici: per poterlo considerare un siste-

¹⁰⁶ Il tema è stato in parte affrontato nel mio già cit. *Corte Costituzionale*, cit, 2015, § 2 e 2.1, compresi i riferimenti ivi espliciti alle ben note tesi del von BERTALANFFY, LASZLO e ovviamente LUHMANN, v. ivi specialmente pp. 575 ss., su cui ampiamente nei paragrafi che precedono.

¹⁰⁷ Come già osservato prima, *tutti* e cioè anche quelli che dovessero pretendere o pretendono di *non* esserne parte. Il riferimento più sopra all’ISIS ne è un esempio. Se, del resto, si osservano le dichiarazioni in questo torno di tempo, spesso scomposte, di vari capi di stato e di governo, che si dichiarano «in guerra» ... con esso (sorvolo sulla, a dir poco, ingenuità di limitarsi ad affermare di essere in guerra senza specificare con chi, ma queste sono le piccinerie strampalate di una “politica” ormai priva di bussola), tale non può non essere la conclusione, già accennata *supra* § 0 e nt. 32, quando ho definito l’ISIS un soggetto di diritto internazionale. Al di là infatti delle tesi che affermano che guerra può esserci solo tra stati (tesi, a mio parere, del tutto insoddisfacente e indimostrabile, se solo si pensa ai conflitti di autodeterminazione) guerra certamente può essere tra soggetti di diritto internazionale, posto che un soggetto sia, come credo, un ente qualsivoglia, che *si afferma nella effettività* del suo essere come ente, di fatto, uguale agli altri. V. sul punto il mio *Personalità giuridica di diritto internazionale: il caso della Organizzazione per la Liberazione della Palestina*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2004, vol. 1, p. 85 ss. E’ appena il caso di sottolineare, come molto spesso, sempre più spesso, il mancato riconoscimento dell’avversario come stato o soggetto di diritto internazionale, serve sostanzialmente a giustificare la mancata applicazione al nemico delle regole sulla condotta della guerra. Sorvolo sulla terminologia fantasiosamente giustificatoria della qualificazione di quelle situazioni in termini di “guerra asimmetrica” e simili stranezze semantiche.

¹⁰⁸ Tornerò più avanti sul tema per precisare in che maniera questa che, per comodità espositiva definisco ora come indipendenza e sovranità, vada conciliata o meglio inquadrata nel sistema del diritto internazionale, dove ovviamente il concetto di sovranità non può essere inteso come assoluto, dato che altrimenti escluderebbe la stessa esistenza del diritto internazionale. V. anche *supra* § 0. È chiaro il riferimento alle conclusioni di H. KELSEN, *Das Problem*, cit. *infra* nt. 142, ma v. anche il mio G. GUARINO, *Sovranità dello stato, diritti fondamentali e migrazione: gli elementi di una contraddizione*, in *Rivista OIDU*, 2015 (03/05) 1, p. 40 ss. specialmente p. 45 e § 5.

¹⁰⁹ Ancora una volta: la propria autopoiesi.

ma). Oppure, in termini di diritto internazionale, per poterlo considerare sovrano, con le precisazioni già fatte: in mancanza di ciò, in assenza di detta autonomia, di “ordinamento giuridico” non è, a mio giudizio, lecito nemmeno parlare¹¹⁰. Ciò dunque significa che, nell’ipotesi in cui una entità non sia “originaria” o autonoma, secondo quanto detto, essa non è un sistema giuridico, ma, al massimo, un istituto o un conglomerato di norme (questa volta sì un set of rules à la Hart) la cui validità è determinata dall’esterno, con la ovvia conseguenza, cui mi limito ad accennare, per cui, tra l’altro, non ogni Organizzazione internazionale è soggetto di diritto internazionale, perché sono suscettibili di essere considerate tali, solo quelle che a quel grado di autonomia addivengano e da quando vi addivengano.

Ciò, naturalmente, non toglie che i vari menzionati sistemi, nella misura in cui e fin tanto che, convivano, o debbano convivere, tra di loro e nell’ambito di un più grande sistema, nel primo caso regolano liberamente i propri rapporti reciproci e nel secondo sono tenuti a coordinare le proprie regole con quelle, in qualche maniera collettivamente determinate, del più vasto ordine, del quale ciascuno o tutti essi facciano parte e della formazione del quale, e la cosa va sottolineata con forza, sono parte attiva e necessaria¹¹¹, parte integrante e pertanto, essendone insieme i destinatari e gli autori, non possono ragionevolmente sottrarvisi. Mantenendo la terminologia e gli esempi fatti nei precedenti paragrafi, le varie parti del generale sistema internazionale, sono, dal suo punto di vista, organi¹¹² o parti essenziali dell’ordine stesso, che perciò devono funzionare adeguatamente e in maniera coordinata per esserne parte e quando non funzionassero come dovuto vanno “corretti” o *espunti*.

Che poi taluni ordinamenti di tal fatta, derivino o ritengano di derivare, il proprio sistema di regole da un sistema di norme (o anche da una singola norma) “esterno” ad essi, ad esempio divino o etico o filosofico o anche naturale, non basta a nascondere il fatto che il sistema, posta detta premessa, per dir così, generatrice di diritto¹¹³ (o base, proprio nel senso di norma o gruppo di norme base, in quest’ultimo caso a loro volta necessariamente fondate su una fonte¹¹⁴ unitaria) funziona secondo le proprie regole e con i propri criteri¹¹⁵: au-

¹¹⁰ Così come, a mio parere, non ha senso, in termini di diritto internazionale, parlare di “stato fallito”, nella misura in cui, naturalmente, per stato si intenda un soggetto di diritto internazionale sovrano. In realtà questa terminologia confonde tra il concetto di stato come soggetto di diritto internazionale e quello di territorio dello stato dato che, abitualmente, lo “stato fallito” è quella organizzazione amministrativa e di potere, che non riesce a controllare il “proprio” territorio. Non a caso, in tema di autodeterminazione dei popoli, si parla comunemente di “sovranità” sulle risorse naturali ecc., riferita ad un territorio di uno stato che ancora tale non è, ma del quale, ad esempio in ragione del principio del rispetto delle frontiere ereditate dal colonialismo, sono già noti i confini territoriali.

¹¹¹ Ciò per dire, che quand’anche si volessero considerare norme di diritto internazionale solo quelle volute concordemente dagli stati, sia pure grazie alla triepeliana *Vereinbarung*, comunque norme valide (e quindi efficaci, v. *infra* nt. 121) sarebbero, almeno per i partecipanti alla *Vereinbarung*, e dunque, in ipotesi, tutti gli stati.

¹¹² E qui, ovviamente, si apre un altro tema tutto da studiare (ma v. già P. PICONE, *Il ruolo dello stato leso nelle reazioni collettive alle violazioni di obblighi erga omnes*, in, *Riv. dir. int.*, 2012, p. 957 ss.) nella misura in cui è necessario che un ordinamento anorganico come quello internazionale “affidi” agli organi degli stati o agli stati *tout court* la gestione di talune sue funzioni, anche se, come ho detto sopra, questo “affidamento” è solo la logica e naturale conseguenza della funzionalità (autoipotesi) del sistema internazionale, che “si difende”.

¹¹³ Definita come meglio si crede. In termini kelseniani, ad esempio, come norma base metagiuridica, in termini hartiani come principio di riconoscimento, in termini romaniani come impulso della società, ecc.

¹¹⁴ Sia detta fonte Dio, la Natura, o un certo senso morale o altro. In ogni caso, si tratta di enti o gruppi di principi esterni all’ordinamento giuridico e da esso non regolati e in questo senso dunque “fonte” dell’ordinamento giuridico, che vi si richiama nella sua origine, ma non la regola né la determina. Per dirla con ALEXY, cit. *infra* nt. 126, p. 201: «*Das Recht ist ein Normensystem, das (1) einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt ...*», o, più ampiamente, p. 64: «*Das Richtigkeitsargument bildet die Basis der beiden anderen Argumente, also des Unrechts- und*

tonomamente, insomma, da altri sistemi giuridici, che non facciano capo alle menzionate norme o regole di base, ma siano formalmente “esterni” al sistema e non determinabili dal sistema¹¹⁶. Ragione per la quale è perfettamente lecito affermare, come accennato, la separazione netta tra diritto e morale, almeno nel senso che, posto che regole morali si vogliono applicare, esse entrano a far parte dell’ordinamento giuridico in questione e quindi dei meccanismi e delle logiche sue proprie, altrimenti sono *giuridicamente* irrilevanti¹¹⁷. Per dirla in

der Prinzipienarguments. Es sagt, daß sowohl einzelne Rechtsnormen und einzige rechtliche Entscheidungen als auch Rechtssysteme in ganzen notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit erheben. Notensysteme die diesen Anspruch nicht explizit oder implizit erheben sind keine Rechtssysteme. Insofern hat der Anspruch auf Richtigkeit eine klassifizierende Bedeutung. ... Sie sind rechtlich fehlerhaft, wenn sie dem Anspruch auf Richtigkeit nicht erheben oder nicht erfüllen.» (enfasi mia). Ma, ribadendo quanto osservato sopra, il punto è di comprendere in cosa consista la *Richtigkeit*, che, qualora fosse la perfezione tecnica del sistema e la sua corrispondenza ad una Costituzione purchessia, finirebbe per giustificare qualunque regime.

¹¹⁵ Piace citare qui una sintetica affermazione dello stesso H. KELSEN, *On the Basic Norm*, in *Calif. Law Rev.*, 1959, p. 107, «*The act by which the norm is created must be distinguished from the norm created by the act-for instance: A legislative act and the law or statute created by it. The act is a fact; the norm is the meaning of this fact [oggi sarebbe possibile porre la stessa relazione anche in termini semantici: la norma, insomma, come comunicazione]. The act by which a norm is created actually exists in space and time, and as such is the effect of certain causes, according to the law of causality. Its existence is the existence of a natural fact. The statement referring to the act by which a norm is created is an "is"-statement. Since the norm is not a fact but the meaning of a fact, its existence is different from the existence of a fact. Its existence is its validity. The statement that a norm prescribing, permitting, or authorizing a certain behaviour is valid does not mean that this behaviour actually takes place or that it will take place in the future; it means that it ought to take place, that men ought to behave as the norm prescribes, permits or authorizes men to behave. The statement referring to the validity of a norm is an "ought"-statements*» (enfasi mia). E p. 108: «*If we ask for the reason of the validity of a positive legal order, we arrive finally at a historically first constitution, which authorizes custom or a legislative organ to create general norms, which, in their turn, authorize judicial and administrative organs to create individual norms. The assumption that these norms are valid presupposes a norm authorizing the Fathers of the Constitution to create the norms instituting legislation or custom as the basis of all the other legal functions. This norm is the reason of the validity of the Constitution and hence the basic norm of the legal order established in conformity with the Constitution. It is a norm presupposed in our juristic thinking; it cannot be a norm created by the act of will of a definite individual: if we consider the Fathers of the Constitution as the highest legal authority, if we - from the point of view of legal positivism - do not assume a higher, a super-human authority, for instance, God or Nature, commanding us to comply with the norms issued by the Fathers of the Constitution».*

¹¹⁶ Che, infatti, può essere fondato sul fatto che solo la volontà popolare vale a creare regole, che solo il re possa determinare regole, ecc. Per dirla con H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 2012 edizione Kindle Books: «*whatever the Queen in Parliament enacts is law*» - v. *infra* nt. 119 - o, più precisamente: «*The natural expression of this external point of view is not "it is the law that..." but "in England they recognize as law...whatever the Queen in Parliament enacts..." The first of these forms of expression we shall call an internal statement because it manifests the internal point of view and is naturally used by one who, accepting the rule of recognition and without stating the fact that it is accepted, applies the rule in recognizing some particular rule of the system as valid. The second form of expression we shall call an external statement because it is the natural language of an external observer of the system who, without himself accepting its rule of recognition, states the fact that others accept it... To say that a given rule is valid is to recognize it as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system. We can indeed simply say that the statement that a particular rule is valid means that it satisfies all the criteria provided by the rule of recognition*» (enfasi mia), posizione 2517 ss., Cap. VI *The foundations of a Legal System, 1. Rule of recognition and legal validity*. Beninteso, nella misura in cui la regola risponde a criteri sociali (è una regola sociale) la regola stessa può essere definita come “positiva”, ALEX, cit. nt. 126.

¹¹⁷ Che in termini molto rozzi dei quali mi scuso è, se me lo si consente, la definizione, in sintesi, della auto-opsi del sistema giuridico in quanto sistema autonomo, parte del sistema sociale. V. N. LUHMANN, *Operational closure and structural coupling: the differentiation of the Legal System*, in *Cardozo Law Rev.*, 1991/1992, p. 1429: «*This is not simply a moral weakness of the law, but a condition of free and unrestrained development of moral communication. Such was the common opinion in the eighteenth and nineteenth centuries, and it was the unavoidable consequence of religious and moral pluralism produced by the printing press. Of course, this does not prevent the legal system from incorporating moral constraints as legal constraints; but this has to be done within the system and has to be checked by the*

una parola: le regole etiche ecc., sono quelle che dicono se e quali norme fare e con quale contenuto, ma poi la norma vive per se stessa, secondo la propria logica per determinare, a sua volta, norme giuridiche, valide perché *poste* nel rispetto delle regole (magari nuove) che stabiliscono come porle¹¹⁸. Come già detto in precedenza, dunque, l'elemento della razionalità e quindi della possibilità per cui i singoli soggetti (nel caso, ad esempio, i cittadini) intervengano con la propria volontà, in questo senso esterna al sistema, sul funzionamento del meccanismo, fa sì che questo cambi, *si evolva* fino a poter modificare i propri stessi meccanismi, ma continua e continuerà a funzionare secondo la medesima logica autopoietica.

Per dirla con Hart, se il diritto inglese è riconducibile alla volontà della regina e perciò è anche riconoscibile perché le sue norme sono valide se poste dalla regina, ciò non vale per il diritto internazionale, dove, allo stato dei fatti, una regina non c'è e quindi le norme rispondono alla logica specifica del sistema internazionale, che, come detto sopra, è *proprio la regina ciò che non vuole*: non vuole la regina, non le regole.

Lungi da me, peraltro, l'idea di entrare nella complessa, e comunque ben nota, discussione di teoria generale del diritto o più semplicemente filosofica, tra le posizioni di Kelsen, Hart, Alexy, Dworkin, ecc., salvo per constatare, e da lì partire, che la o le regole di base, da cui "scaturiscono" le norme materiali fondative di obblighi e diritti, sono un fatto, un dato di fatto, e sono valide quando e nella misura in cui "riconosciute"¹¹⁹ dai membri, quali che essi siano, della collettività interessata¹²⁰. Ed efficaci, nella misura in cui realmente ed effettivamente si applicano, talché ben può darsi in astratto che una regola sia valida, ma non efficace, ma non il contrario, posto peraltro anche che una norma perdurantemente non efficace può determinare la caducazione della norma stessa e quindi della sua validità, anzi della sua stessa esistenza¹²¹.

Ma, d'altra parte, è almeno possibile ipotizzare che le norme non nascano solo e necessariamente da altre norme (base) sulla base di un processo razionale, ma che siano il frutto di un contesto nel quale le norme si pongono, ma non sono poste se e quando (e forse solo se e quando) non esiste una regina o un cosciente "common consent" come di-

usual references to legal texts, precedents, or rulings that limit the realm of legal argument. Even theories that dare to assert that all legal decisions in so-called "hard," and even "easy," cases need a moral justification maintain that looking for "grounds drawn from outside the law" is, "indeed ... required by law." Whatever import one claims for external references, these references are aspects of internal operations. The system has to take care of itself» (enfasi mie).

¹¹⁸ Un accenno analogo, v.lo in G. GUARINO, *Corte costituzionale*, cit.

¹¹⁹ *Riconosciute*, dunque, in quanto obbligatorie, derivanti da un comando, ma non da un nesso di causalità, per riferirmi alla lucida esposizione di H. LAUTERPACHT, *Kelsen's pure science of law*, in W. I. JENNINGS, (ed.), *Modern Theories of law*, London, 1933, p. 108, con riferimento alla fondamentale opera di H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen (Mohr) 1911, p. 3 ss.

¹²⁰ Il discorso, penso, vale anche se si fonda il sistema sulla giurisprudenza, che *comunque risulta "investita"* del potere di costruire norme.

¹²¹ Per dirla con HART, cit. Cap. VI.1, posizione 2522 ss.: «*Some of the puzzles connected with the idea of legal validity are said to concern the relation between the validity and the efficacy of law. If by efficacy is meant that the fact that a rule of law which requires certain behavior is obeyed more often than not, it is plain that there is no necessary connection between any particular rule and its efficacy, unless the rule of recognition of the system includes among its criteria, as some do, the provision (sometimes referred to as a rule of obsolescence) that no rule is to count as a rule of the system if it has long ceased to be efficacious*» e inoltre, *ibidem* e molto importante ai fini del presente discorso: «*From the inefficacy of a particular rule ... we must distinguish a general disregard of the rules of the system. This may be so complete ... that we should say, in the case of a new system, that it had never established itself as the legal system of a given group, or, in the case of a once-established system, that it had ceased to be the legal system of the group..., 2538, To insist on applying a system of rules which had either never actually been effective, or had been discarded, would ... be as futile as to assess the progress of a game by reference to a scoring rule which had never been accepted or had been discarded*»

rebbe Oppenheim attorno a quelle regole. Quello che bisogna capire è come la mancanza di un ente ordinatore, ma anche l'assenza di un consenso comune e tacitamente riconosciuto come volontà comune possa determinare norme, tali da imporsi ai soggetti, che, dunque, non ne sono i gestori e creatori sovrani. Se è vero, in altre parole, che qualunque società umana (sia pure ristrettissima) crea di fatto un sistema giuridico, fondato inevitabilmente su una qualche gerarchia, *ciò non vale per il diritto internazionale*, a causa del fatto che, anche solo di fatto, sono gli stessi soggetti di esso (soggetti evanescenti in assenza di un meccanismo per la loro "creazione") che esplicitamente non vogliono la formazione di un sistema gerarchico.

4.2. Il significato del riconoscimento delle regole

Premesso che, come rilevato sopra, l'uso del termine "ordinamento" serve solo a definire il fatto per il quale il sistema è, appunto, dotato (o meglio, si dota) di regole sia di merito che procedurali, ivi comprese quelle destinate a formare le regole stesse, anzi, innanzitutto quelle: insomma che il termine ordinamento corrisponde perfettamente al termine sistema, un tale ordinamento non persegue altro "fine" che non sia quello di funzionare. Può, in altre parole essere "utilizzato" ad un certo fine, sfruttando la sua "meccanica", ma in quanto tale un sistema "persegue" solo il proprio funzionamento: funziona o non funziona¹²².

Con, infine, la ulteriore precisazione per la quale il termine "riconoscere", che ho usato più volte per indicare la validità delle norme (o meglio, come rilevato, la loro effettività) va inteso nel senso letterale del lemma: accorgersi che quella è una regola e riconoscerla come tale, perché *già* esistente e conosciuta o simile ad altre analoghe, senza alcuna attribuzione al concetto di una valenza costitutiva della regola stessa ad opera del *fatto* di averla, o di essere stata, riconosciuta come tale. Che poi, la regola così riconosciuta (quindi riconosciuta come tale in quanto *già esistente* prima che io la riconosca) sia di origine normativa (*gesetz*, nella terminologia di Kelsen ed Alexy) o giurisprudenziale, ai fini del presente discorso, non rileva. Rileva solo, insomma, che il soggetto, *sappia* che la regola c'è e che è quella.

Almeno per ora, dunque, il discorso non è sulle *fonti*, ma sul contenuto della regola (che può a sua volta essere un fatto) e non, quindi, sul *fatto* che determina la regola stessa.

¹²² Nelle parole di A. D'AMATO, *Groundwork for International Law*, in *Am. Jour. Int. Law*, 2014, p. 650 ss., 651: «The internal coherence of the international legal system is evidenced by the fact that it can be viewed anthropomorphically. This coherence is sometimes hard to see from the phenomenological perspectives of one's home state. General systems theory provides a top-down vantage point that helps, first, in providing an efficient descriptive model of the international system incorporating minimalist empirical assumptions of state behaviour; second, in providing explanatory theories of causation for its set of norms; and third, in predicting generally the system's acceptance or rejection of new putative norms of customary international law...», 652: «What make the present project feasible are two non-subjective factors. First is the coherence of the international legal system itself. Its rules are well boned and well tested. It resembles a biological system that has evolved over time. The system strives to preserve itself by providing a normative peace-tilting check upon contested issues of international relations and diplomacy. Mutant conflict-stimulating rules that led to warfare have been replaced - in the Darwinian struggle to survive over the centuries - by cooperation-enabling rules. The second factor is the nature of law itself. Law is inherently conservative; its rules of decision emphasize adhering to precedents from the past. A peaceful past is a presumptive guide to a peaceful future. Stability can be seen as a function of rule preservation. Thus, the struggle for survival of the international legal system through time is coterminous with maintaining the integrity of the majority of its rules, norms, and principles...». Significativamente, nella interessantissima elaborazione dell'Autore, il primo assioma da lui elaborato, recita: «The primary purpose of the international legal system is not to regulate international relations but to preserve itself» (enfai mia). Nelle mie parole, se mi è permesso: un sistema giuridico non ha fini, ma solo regole ... autopoietiche.

5. I rapporti tra Ordinamento internazionale e ordinamenti interni

Lo scopo delle pagine precedenti è stato, dunque, quello di definire in uno “schizzo” generale, ma non – o almeno non troppo - generico, la logica e la cornice entro cui e grazie alla quale il complesso degli ordinamenti giuridici: *a.*- internazionale in senso stretto (ivi compresi perciò gli enti soggetti non stati) e, *b.*- interni (cioè gli ordinamenti giuridici interni dei soggetti di diritto internazionale e quelli degli enti e organi che sono regolati dai primi e che ad essi si richiamano, ivi comprese le organizzazioni internazionali che, a loro volta, si richiamano al diritto internazionale e che da esso sono regolate) si articolano come sistemi giuridici, benché diversi, riconducibili ad unità, almeno, logica.

L’assunto, o se si vuole il postulato, dal quale si origina il discorso è che da qualunque punto si guardino i molteplici possibili ordinamenti giuridici, essi appaiono - appaiono perché sono - inevitabilmente legati: o in un rapporto gerarchico (quale potrebbe essere quello tra lo stato e la Regione o tra lo stato e una società per azioni o, *mutatis mutandis*, tra le NU e l’UNHCR, ecc.) o in un sistema di relazioni *necessario in quanto inevitabile*, benché non necessariamente gerarchico, se non altro perché non riconducibile ad una autorità centrale riconoscibile.

Non necessariamente gerarchico, è appena il caso di ribadire incidentalmente, perché in un sistema complesso come quello ipotizzato per disegnare i rapporti tra Ordinamento internazionale e Ordinamenti interni, è la logica del sistema generale quella che regola i comportamenti delle sue parti, essendo quello generale, come ribadito più volte, un sistema, già di per sé non gerarchicamente descrivibile, ma deliberatamente privo di autorità ordinatoria, posto che, come detto, nulla osta che una gerarchia normativa sia creata se i soggetti lo volessero. Ciò impone di indicare il corollario per cui è lo stesso concetto di sanzione che andrà riformulato radicalmente, almeno nel senso che, mancando un’ autorità in grado di imporla, essa deriva come conseguenza della funzionalità del sistema e quindi, in qualche modo, non con valenza “punitiva”¹²³, *ma con quella di azione necessaria di riequilibrio del sistema.*

Il punto è che, se è possibile ed usuale concepire un ordine (in questo senso sistema) giuridico fondato su una norma base o comunque su una serie di norme che costituiscano la base legittimante e *causa della validità* (e pertanto della obbligatorietà) delle altre norme *da essa dunque dipendenti*, ciò presuppone un sistema (già) organizzato¹²⁴ nel quale, sia pure sulla

¹²³ È chiaro che, laddove in termini di responsabilità almeno contrattuale, la soddisfazione (uso il termine generico internazionalistico riferibile al diritto internazionale pattizio) sia definita dalle parti o risulti da qualche sentenza arbitrale o altro, nulla osta che la soddisfazione stessa comprenda anche un *quantum* di sanzione, specie quando (ma probabilmente non solo) la soddisfazione non si riduca alla semplice *restitutio in integrum* o ad un suo equivalente. È altrettanto chiaro però, che, ove ciò fosse, saremmo verosimilmente di fronte ad un caso di azione *uti universus* del soggetto interessato, posto che in un ordinamento di diritto pubblico (insomma gerarchicamente organizzato), la sanzione spetta all’ autorità, mentre al singolo compete solo l’ eventuale risarcimento. In questo senso, ad esempio, il caso in cui la soddisfazione si risolva in una semplice richiesta di scuse è particolarmente evidente: le scuse “risarciscono” assai più l’ ordinamento che il singolo; anzi, in effetti, solo l’ ordinamento, dato che sono la ammissione di una avvenuta violazione e della attribuzione-riconoscimento delle responsabilità di essa al soggetto che si scusa. Su ciò, peraltro, non sarà questo il luogo per trattare.

¹²⁴ O, da un altro punto di vista, di un sistema complesso, tale che la stessa teoria pura del diritto, finisce in realtà per essere incapace di descrivere la complessità del fenomeno del diritto come fenomeno sociale. Su ciò

base di un più o meno fittizio “contratto sociale”¹²⁵, una determinata norma o serie di norme (o, per la verità, una determinata persona o gruppo di persone) siano alla base del sistema¹²⁶: o meglio, per usare le parole di Kelsen, dei *fatti capaci di determinare delle norme*, quelli che, nell’esempio riferito di Hart, è descritto come la volontà della regina, che rende le norme da ella emesse valide, semplicemente perché da lei promananti. Ciò, va detto subito, implica necessariamente che l’affermazione del “potere” di emettere norme (il *sein* di Kelsen) sia o assunta *di fatto* da un autocrate purchessia, o sia l’espressione “democratica” della volontà popolare. Per entrambe le quali ipotesi, fin dal tempo di Bartolo, ma oggi sicuramente con l’affermazione del principio di autodeterminazione dei popoli, lo stesso popolo, assoggettato o autore non più soddisfatto del regime in cui vive, può *legittimamente* rovesciarlo: *legittimamente*, e quindi grazie ad un ordine giuridico diverso da quello che si intende rovesciare, al quale, unico, “compete” di legittimare (e di garantire) o meno quel processo.

Ciò che, però e va detto subito, distingue profondamente, anzi radicalmente, il diritto internazionale dal diritto interno, è *il fatto per cui, mancando l’organo* (sia pure autocratico) *che emette la norma* è logicamente impossibile definire la norma stessa in termini di *validità*¹²⁷ ma

v. ampiamente M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris (PUF) 1992, p. 9: «*Et pourtant – c’est le mérite immense de cet œuvre -, la Théorie pure ne finissait-elle pas par dévoiler, comme par-devers elle, l’impureté de son objet, dès lors que la remontée, par degrés successifs, de la pyramide normative débouchait sur une norme fondamentale qui ne laissait que deux issues: soit poursuivre à l’infini la remontée, qui commande d’obéir à la norme fondamentale et évoquer ainsi en pointillé, l’image de Dieu; soit, au contraire, redescendre de la face cachée de la pyramide et finir par admettre que la norme fondamentale se modifie chaque fois que se transforme le régime juridique qu’elle habilite – autrement dit: le bas détermine le haut, le fait commande au droit*». E, in effetti, proprio questa sembra essere la caratteristica del diritto internazionale non “tutto” centrato su questa relazione, ma in cui questa relazione predominante *non perviene* all’identificazione né di una norma base, né di un potere base. Ma, a ben vedere e come detto sopra, questa logica vale per *tutti* i sistemi giuridici, in quanto frutto di società aggregate *di fatto*, anche se poi, *di diritto* e quindi razionalmente, abbiano costruito (quando ad esse non sia stato imposto, che è la normalità assoluta per un individuo oggi nel “proprio” stato) un sistema gerarchico, altrimenti e più correttamente definibile come un *sistema di potere*. A ben vedere, infatti, anche la più democratica delle società giuridiche, permette (appunto: “permette”) agli individui di scegliere e decidere; in limiti per lo più angusti ed eterodiretti, quando non volgarmente dirigistici, come, purtroppo, vorrebbero, duole dirlo, la CEDU e la nostra Corte Costituzionale, come osservato in passato nel mio G. GUARINO, *Corte costituzionale e leggi elettorali: note di un internazionalista a margine di una recente sentenza*, in *Consulta Online*, 2014 (20.9) in <http://www.giurcost.org/studi/>, secondo le quali corti, infatti, posto che un cittadino nasce e vive in uno stato già esistente, che deve necessariamente accettare (anche perché gli si impone) deve, secondo entrambe le corti, anche accettare che il suo voto sia manipolato per “garantire la governabilità” ... magari a sue spese. E qui torna il discorso già fatto, per il quale alla fine, l’unico rimedio sta proprio nel diritto internazionale e nelle sue normative, dato che il diritto internazionale potrebbe essere “scoperto” come quello che, appunto come ho cercato di articolare nello scriterello citato, vuole garantire il diritto di ciascuno “a danno” dell’interesse dello stato.

¹²⁵ Sempre più oggi teso alla «privatizzazione del pubblico», secondo la nota affermazione di N. BOBBIO, *Contratto sociale oggi*, Napoli, 1980, p. 20 ss.

¹²⁶ Si potrebbe sul punto citare testualmente R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München (Alber) 2011, p. 143: «*Die Tatsache, ... schließt nicht aus einen Begriff der rechtlichen Geltung in engeren Sinn zu bilden, der sich ausschließlich auf spezifische Eigenschaften der rechtliche Geltung bezieht und auf diese Weise einen Kontrastbegriff zu den Begriffen der sozialen und der moralischen Geltung bildet. Ein derartiger Begriff der rechtlichen Geltung ist gemeint, wenn gesagt wird, daß eine Norm rechtlich gilt, wenn sie von einem dafür zuständigen Organ in der dafür vorgesehene Weise erlassen worden ist und nicht gegen höherrangiges Recht verstößt, kurz: wenn sie ordnungsgemäß gesetzt ist*» (enfasi mie). Sulla distinzione tra il *gesteztes Recht*“ e il *Richterecht*“, v. IDEM, *Theorie der Grundrechte*, Berlin (Suhrkamp Taschenbuch Verlag) 1994 (1985), p. 24 e *passim*.

¹²⁷ Il che, ne sono ben cosciente, finisce per trovarsi in contrasto con la gran parte della dottrina giuridica sul fondamento del diritto e del diritto internazionale in particolare. V. ad es. e per tutti per ora, ROSS A., *A textbook*, cit. p. 79 ss.

anche in termini di efficacia, dato che una norma può essere *effettiva*¹²⁸, cioè obbligatoria, senza essere efficace, quando, ad esempio, *di fatto*, non trovi applicazione concreta, ma esista, benché non sia valida e validabile sulla base di un *procedimento*, che nel diritto internazionale manca del tutto. E, infatti, è proprio e solo nell'Ordinamento internazionale che è possibile definire e verificare nel concreto suo agire la figura, altrimenti impraticabile, del *persistent objector*, legittimato a non applicare la norma cui si oppone, fin tanto, *ma* solo fin tanto, che la norma non “nasca”¹²⁹ e divenga obbligatoria per tutti, mentre non a caso, per la dottrina più antica, tale facoltà persisterebbe anche dopo che la norma sia nata¹³⁰.

Orbene, se è vero che proprio questa relazione può essere vantaggiosamente utilizzata per dipingere il diritto internazionale come un sistema a base strettamente contrattuale (che appunto permetterebbe a chi non voglia di non adeguarsi alla pretesa), è altrettanto vero che non può in alcun modo dimostrare quando e come quel comportamento non legittimo ma indifferente per il diritto internazionale, divenga illecito, in assenza di un rapporto contrattuale tra le parti.

Cerco di analizzare più precisamente quanto affermato.

Una qualsivoglia società umana, come potrebbe essere un gruppo di persone amanti del gioco delle bocce (per tornare ad un esempio già fatto sopra), superata la fase della semplice *comitas*, tende necessariamente, e in una “prima fase” di fatto, ad organizzarsi in maniera strutturata e via via sempre più organizzata. Questo, è un fenomeno sociale non necessariamente voluto, ma *necessario*.

Diventa, però, un fenomeno giuridico, quando quel gruppo di persone, ad esempio, decide di svolgere determinate attività, come una gita, senza che si sia tra loro creata una struttura organizzata, in cui sia indicato chi “organizza” chi “coordina”, chi “risolve” eventuali malintesi tra i partecipanti, insomma chi e come “guida” il gruppo¹³¹. Un gruppo così

¹²⁸ In un Ordinamento interno, può darsi che una norma esista, sia valida, sia stata posta nel modo dovuto, ma non sia stata mai applicata o (è più raro, ma accade) *di fatto* non lo sia più, per, ad esempio, consuetudine.

¹²⁹ Ma di nuovo: è solo lo stesso ordinamento internazionale quello, e l'unico, che può stabilire *se e quando* la norma c'è e quindi *quando* il soggetto non può più sottrarsi.

¹³⁰ Come noto, la tesi è fatta per lo più risalire alla sentenza CIG, *Fisheries Case (United Kingdom V. Norway)* Judgment Of December 18th, 1951 p. 131: «*In these circumstances the Court deems it necessary to point out that although the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law. In any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coasts*», dove, invero, mi pare che la Corte parli di una norma non ancora affermata (e infatti, poi, la norma sarà quella delle 12 miglia). Comunque successivamente non sembra che vi siano altri casi di applicazioni di detta regola. In letteratura, v. tra gli altri, T. STEIN, *The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law*, in *Harv. Int. Law Jour.*, 1985, p. 4577 ss., C. BRADLEY *The Costs of International Human Rights Litigation*, in *Chi. Jour. Int. Law*, 2001, p. 4588 ss., D. COLSON, *How Persistent Must The Persistent Objector Be?*, in *Washington Law Rev.* 1986, p. 957 ss., P. DUNBERRY, *Incoherent And Ineffective: The Concept Of Persistent Objector Revisited*, in *ICLQ*, 2010, p. 779 ss., H. LAU, *Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law*, in *Chicago J. Int'l L.*, 2005-06, p. 495ss., L. LOSCHIN, *The Persistent Objector And Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework*, in *U.C. Davis Journal Of International Law & Policy*, 1996, P. 148 Ss., P. WEIL, *Towards Relative Normativity In International Law?*, in *Am. Jour. Int. jLaw*, 1983, p. 413 ss. e molti altri.

¹³¹ Basterebbe citare il caso dei dieci partecipanti alla “gita” fuori Firenze, che vien descritta da Boccaccio nel Decamerone: una volta deciso, *collettivamente*, di andare, *decidono* anche le regole: eleggono un re o regina, cui affidano il compito di “regolare” la giornata, scegliere il tema, ecc. La decisione di darsi delle regole è *separata e distinta* dalla decisione di andare: avrebbe anche potuto non esserci. Pampinea e gli altri e poi i tre maschi semplicemente decidono di andare e, arrivati, Pampinea propone, sentite le parole di Dioneo: «Ma per ciò che le cose che sono senza modo non possono lungamente durare, io, che cominciatrice fui ... estimo che di necessità sia con-

costituito, può ben “funzionare”, senza che determinate persone (o gruppi di persone) siano formalmente investite delle predette funzioni o, per dirla semplicemente e tecnicamente, “poteri”. Ciò, dunque, mentre permette, in astratto, un funzionamento non gerarchizzato del sistema, *da un lato* tende istintivamente (ma in realtà necessariamente) ad organizzarsi affidando o riconoscendo, magari di fatto e comunque con ogni possibile flessibilità, ad un membro del gruppo il compito di organizzare concretamente, ad un altro quello di decidere su eventuali divergenze, e al gruppo intero di decidere sulla organizzazione del tutto, *dall'altro* può decidere deliberatamente di organizzarsi, stabilendo regole, procedure e compiti in maniera formalizzata.

Nel primo caso, il gruppo riconosce di fatto che certe regole ci sono, che certe persone sono più autorevoli e quindi svolgono alcuni compiti, ecc. Dove “riconoscere” va inteso nel senso letterale del termine descritto sopra: accorgersi che ..., constatare che ..., non opporsi a che ..., ma *non* (o almeno non necessariamente) *decidere* che Ma il “riconoscimento” delle regole e della persona leader, *non è un affidamento formale* di regole e funzioni, poiché in ogni momento, di fatto, il “leader” può cambiare o semplicemente scomparire, così come altrettanto bene può darsi che di leader non sia il caso di parlare, che non ve ne sia, che la comunità agisca senza riconoscere un leader o lo riconosca di volta in volta.

Nel secondo caso, il gruppo *decide* di stabilire regole e procedimenti, a cominciare da quelli per formare le stesse regole, a identificare e nominare i leader, ecc., dando così luogo alla formazione di un gruppo organizzato, dove non solo è possibile individuare, riconoscere dunque, le regole e le autorità investite, o magari auto-investite, di poteri o funzioni, ma è anche possibile conoscere *preventivamente* i procedimenti grazie ai quali quelle regole e quelle persone atte a formarle e farle applicare sono identificate. È bene sottolineare, innanzitutto, che ciò che maggiormente differenzia le due ipotesi è appunto il fatto che i membri del gruppo, sanno *dall'inizio* chi e come fa le regole, chi le applica e chi ne controlla la corretta applicazione, nel caso del Decamerone addirittura di giorno in giorno.

In entrambi i casi, si formano delle regole, esplicite o non, che esistono in quanto tali¹³², e cioè indipendentemente dalle regole sociali o etiche, nel senso che la validità e l'efficacia della norma giuridica, perché ovviamente è di quelle che si tratta, deriva da altre norme giuridiche, al limite dalle norme che regolano le procedure per determinarle fino a quella o quelle che le determina tutte (la Costituzione nelle società democratiche moderne, la cui validità, però, si fonda sul *fatto* per cui quella Costituzione viene scritta), mentre le regole sociali o etiche, servono, talvolta, a determinare il contenuto delle norme giuridiche, ma non a determinarne la validità.

La norma o il gruppo di norme “base” o meglio fondamentali che determinano le altre norme (magari non esplicitamente quando non scritte, e non inderogabilmente quando

venire esser tra noi alcun principale ... ». La logica è chiara e stringente: bisogna darsi delle regole, concordate, per evitare la possibile anarchia, le regole impongono di decidere le *modalità* per la creazione di una gerarchia! (*supra* § 2).

¹³² Il che, mi pare, obbliga a “spersonalizzare” il concetto di Stato, per identificarlo con la legge: legge e stato sono la medesima cosa, tanto che lo stato può ben essere sottoposto alle stesse leggi che esso pone; se fosse entità “personalizzata” superiore (in questo senso sovrana) sarebbe impensabile che potesse essere sottoposta alle stesse leggi (norme) che esso stesso pone. Anche su questo, su cui non mi dilungo, v. chiarissimo già H. LAUTERPACHT, *Kelsen's*, cit., p. 124: «*If the State is only the expression for the unity of the legal system and if international law is recognized ... as a body of rules of law binding upon States independently of their will, then, from a purely legal point of view, there is already in existence a State over and above the national sovereignties ... A truly legal treatment of the conception of the civitas maxima will be greatly facilitated by the realization of the essential identity of law and State*».

non inderogabili salvo procedimenti particolari) in un simile ordinamento, in cui il “contratto sociale” è evidentemente fittizio e che negli ordinamenti giuridici moderni si chiamano, appunto, Costituzione, sono caratterizzate dal fatto che, poste come siano state, determinano *sia* la legittimità, *sia* la validità delle altre norme. Dove la caratteristica fondamentale del sistema, come detto sopra, è che il soggetto (umano o giuridico che sia) conosce già preventivamente chi e come quelle norme può emettere e a quali condizioni quelle norme sono valide. Preventivamente, dato che, sia pure fittiziamente, ha accettato di fare parte di quel sistema giuridico, al quale peraltro non può sottrarsi o meglio: al quale può sottrarsi o allontanandosi dallo spazio di competenza di quell’ente che ha prodotto e produce le norme, oppure ribellandosi ad esse per rovesciarlo.

Beninteso, i sistemi giuridici “democratici” predispongono gli strumenti per modificare anche molto profondamente le norme, ivi comprese quelle “base” del sistema, ma non per “rovesciarlo” tout court¹³³.

Anche qui, però, con qualche precisazione. È infatti perfettamente legittimo e prevedibile che una norma di base, ad esempio una Costituzione, preveda la possibilità di modificarla; il cui effetto è però, kelsenianamente, di modificare *una norma di base* e non *la* norma base, posto che quest’ultima è necessariamente un fatto: *sein* non *sollen*, insomma. Ogni cambiamento, che segua e applichi le procedure proprie della Costituzione o *ne crei anche di nuove*, lascia invariato, diciamo così, il *regime*¹³⁴.

Ma, la volontà capace di porre il *sein* di cui sopra¹³⁵, è solo quella del popolo, delle persone che costituiscono lo stato o che *si* costituiscano in stato: il diritto, come fenomeno sociale, è *per le persone e dalle persone*¹³⁶. Quando dunque i sistemi, diciamo così, ordinari non

¹³³ Ma il problema del rovesciamento è nonchè ben noto, implicito in ogni analisi della società, già in J. J. ROUSSEAU, II.12 «*Pour ordonner le tout, ou donner la meilleure forme possible à la chose publique, il y a diverses relations à considérer. Premièrement, l'action du corps entier agissant sur lui-même, c'est-à-dire le rapport du tout au tout, ou du souverain à l'État ; et ce rapport est composé de celui des termes intermédiaires, comme nous le verrons ci-après. Les lois qui règlent ce rapport partent le nom de lois politiques, et s'appellent aussi lois fondamentales, non sans quelque raison si ces lois sont sages; car, s'il n'y a dans chaque État qu'une bonne manière de l'ordonner, le peuple qui l'a trouvée doit s'y tenir: mais si l'ordre établi est mauvais, pourquoi prendrait-on pour fondamentales des lois qui l'empêchent d'être bon? D'ailleurs, en tout état de cause, un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures; car, s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui a droit de l'en empêcher?... À ces trois sortes de lois il s'en joint une quatrième, la plus importante de toutes, qui ne se grave ni sur le marbre, ni sur l'airain, mais dans les cœurs des citoyens; qui fait la véritable constitution de l'État; qui prend tous les jours de nouvelles forces; qui, lorsque les autres lois vieillissent ou s'éteignent, les ranime ou les supplée, conserve un peuple dans l'esprit de son institution, et substitue insensiblement la force de l'habitude à celle de l'autorité. Je parle des mœurs, des coutumes, et surtout de l'opinion; partie inconnue à nos politiques, mais de laquelle dépend le succès de toutes les autres; partie dont le grand législateur s'occupe en secret, tandis qu'il paraît se borner à des règlements particuliers, qui ne sont que le cintre de la voûte, dont les mœurs, plus lentes à naître, forment enfin l'inébranlable clef.*»

¹³⁴ Il che, indirettamente, può anche spiegare perché un cambiamento di regime, non modifica la persona dello stato. Ma non è qui il luogo per discuterne.

¹³⁵ Con il che mi sto permettendo di ipotizzare che la stessa norma base è norma *posta*.

¹³⁶ Il che non intende in alcun modo alludere alle recenti ipotesi in tema di costituzionalismo universale, come, ad esempio, negli studi ben noti di J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The constitutionalization of international law*, Oxford, 2009, in particolare con riferimento alla democrazia come principio universale (o globale nella terminologia degli Autori) nello scritto di A. PETERS, *Dual Democracy*, *ibid.*, p.263 ss. e v. anche J. DUNOFF, J. P. TRACHTMAN, *Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, 2009. Su tutto ciò, v. ampiamente e in senso giustamente critico, P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'Ordinamento internazionale*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, 1, p. 5 ss., specialmente p. 23 e p. 25 s., che sottolinea la natura “ideologica” della gran parte delle ipotesi in questione, con un richiamo esplicito alla effettività della funzione della Comunità internazionale come regolatrice universale, i cui attori sono i soggetti di diritto internazionale (o, se si preferisce, gli stati) come, secondo la terminologia di cui nel testo, sub-sistemi nel più am-

bastano, la ribellione (rivoluzione, insomma) può accadere: ma, bisogna domandarsi, può accadere legittimamente? Anzi, per maggior precisione: chi possa decidere della legittimità di *quella* specifica rivoluzione.

Qui si mostra appieno la differenza. La risposta, infatti è *no*, dal punto di vista del diritto del soggetto contro il quale si determina: del diritto interno, del *regime*, insomma. Ma, in determinati casi, la rivoluzione che scardina il regime e ... pone una nuova norma base, è legittima (e dunque “legittimabile” *anche all’interno*, ma anche su ciò mi riservo di tornare in futuro) grazie ad un ordine giuridico più generale, competente a fare valere la garanzia del diritto a ribellarsi, il cui risultato potrebbe essere, nell’ordine interno, la formazione di una diversa e nuova “struttura di base” (con relativa norma base) a giustificare a cascata l’intero nuovo sistema. Nulla a che vedere con l’ordine naturale, con il diritto naturale, dove il principio ordinatore, per così dire, è il principio di causalità¹³⁷. Qui non c’è causalità, c’è volontà positiva¹³⁸.

È proprio questo il punto di domanda, sul quale vorrei rapidamente insistere per approfondire il discorso, solo precisando che l’espressione che ho più volte utilizzato “norma base” o simili, non intende riferirsi necessariamente, ma nemmeno escluderla, alla teoria kelseniana dell’unicità del sistema giuridico universale, fondato su una norma base, informatrice e origine di ogni sistema giuridico. Desidero, infatti, solo affermare che, logica vuole che in un sistema di diritti ed obblighi, come è il sistema giuridico, ogni sistema giuridico, debba esistere un complesso di norme o meccanismi, di procedure insomma, atte a fondare *giuridicamente* le norme, vigenti e future.

E dunque, per fare degli esempi.

a.- È un principio universale di diritto, indipendentemente dal regime politico in cui l’ordinamento giuridico si articola, quello per il quale i governi devono corrispondere alla volontà del popolo. Poco o punto importa il modo, gli strumenti tecnici, attraverso cui quella corrispondenza venga di fatto effettivamente realizzata, purché lo sia. Ripeto: principio di diritto, non di etica o politico o quel che si vuole. E si tratta, in quanto principio giuridico, necessariamente di un principio di diritto internazionale. Se, infatti, guardiamo alla cosa dal punto di vista del diritto interno, essa può essere sicuramente un principio costituzionale, il cui *fondamento* però sarebbe un principio etico o politico, non giuridico. Viceversa, dal punto di vista del diritto internazionale, quel principio è un principio positivo di diritto, che prevede che a tutti i popoli debba essere riconosciuta la libertà di scelta del governo e del regime, ecc.

Posto dunque che, dal punto di vista del popolo¹³⁹, ma anche del diritto internaziona-

pio sistema generale della, appunto, Comunità internazionale.

¹³⁷ Interessante, sul punto, una simile osservazione in H. LAUTERPACHT, *Kelsen*, cit., p. 111, che scrive molto acutamente: «*The very fact that there is such a thing as a revolution in the legal order shows that its laws are different from causal laws. There are no revolutions in the natural order governed by natural laws. There is only evolution, i.e. relations of cause and effects*», ovviamente l’A., che non conosce la teoria dei sistemi, non può distinguere tra autopoiesi e evoluzione.

¹³⁸ Che poi è quella che contribuisce a determinare l’evoluzione del sistema autopoietico, allontanando l’entropia, che, altrimenti, sarebbe inevitabile e condurrebbe alla spesso vagheggiata società perfetta, che corrisponde ad una (noiosa!) società immobile: il sogno di ogni dittatore che si rispetti.

¹³⁹ In questo senso faccio anche riferimento, oltre che alla definizione da me ipotizzata in G. GUARINO, *Auto-determinazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli, 1984 *passim*, allo scritto famoso di J. RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge Mass., 1999, dove a p. 24 l’autore precisa (ancora *in limine* del suo discorso): «*By saying that a people have a reasonably just (though not necessarily a fully just) constitutional democratic government I mean that the government is effectively under their political and electoral control and that it answers to and protects their fundamental interests as*

le, quella realizzazione non vi sia stata, dato che l'ordinamento interno non prevede, né logicamente potrebbe prevedere, nonché la legittimità il modo per il suo rovesciamento, ma posto altresì che quel diritto individuale e collettivo esiste ed è regolato dal diritto internazionale, sarà ovviamente questo (se si vuole in via di surrogazione, ma, a ben vedere, in via primaria ed *esclusiva*) ad offrire la *garanzia* per la sua realizzazione, ad esempio affermando, accanto all'obbligo assoluto dello stato di garantire il rispetto della volontà del popolo, il "diritto" del popolo alla ribellione, indipendentemente dal fatto che l'ordinamento interno lo proibisca¹⁴⁰. Non è certo un caso, che il principio del diritto a ribellarsi e quello, più "paludato" all'autodeterminazione dei popoli, sia esplicitamente contemplato in apertura delle norme internazionali, pattizie e non, sui diritti dell'uomo.

b.- È un diritto certo ed universale quello dell'individuo a lasciare il paese in cui vive. Ciò dunque presuppone che l'individuo, *da un lato* non sia impedito ad uscire dal territorio, ma anche *dall'altro* che venga accolto altrove, *ovunque*, ma *comunque*. Il che ovviamente impone di intervenire sulle varie legislazioni nazionali e nel loro coordinamento a livello internazionale.

E, infatti e non a caso, esistono norme e atti internazionali (contrattuali e non) che, *da un lato* condannano le legislazioni interne che rendono difficile o costoso l'abbandono del proprio paese e, *dall'altro* stabiliscono il diritto a lasciarlo, che ha, però, come corollario l'obbligo ad accogliere¹⁴¹.

Naturalmente la realizzazione effettiva di questi diritti, rientra per lo più nei compiti delle legislazioni statali, che *devono* uniformarsi alla normativa internazionale, come nel caso dell'art. 10 della Costituzione italiana.

Tutto ciò e tanto di altro, impedisce di considerare gli ordinamenti giudici di cui si parla, indipendenti e autonomi l'uno dall'altro, diversamente dall'idea per la quale sarebbero gli stati, e solo gli stati, a determinare, più o meno contrattualmente le norme destinate ad essere applicate a tutti i soggetti, o da quella che considera gli ordinamenti interni dei soggetti, tutti regolati o dipendenti da quello internazionale.

*specified in a written or unwritten constitution and in its interpretation...it is necessary to frame institutions in such a way as to motivate people sufficiently, both citizens and government officers, to honor them and to remove the obvious temptations to corruption...[p. 27] The term "peoples" then, is meant to emphasize these singular features of peoples distinct from states...It is significant that peoples' rights and duties in regard to their so-called sovereignty derive from the Law of Peoples itself, to which they would agree along with other peoples in suitable circumstances. As just or decent peoples, [concetto tutto da approfondire e discutere più avanti, ma sul cui significato in RAWLS, v. *ibid.* p. 3 nt. 2] the reasons for their conduct accord with the corresponding principles. They are not moved solely by their prudent or rational pursuit interests, the so-called reasons of state», completando con una nota, che, con un certo masochismo riporto testualmente e per intero, nt. 19 p. 24: «An example worth mentioning is public financing of both elections and forums for public, political discussion, without which sensible public politics is unlikely to flourish. When politicians are beholden to their constituents for essential campaign funds, and a very unequal distribution of income obtains in the background culture, with the great wealth being in the control of corporate powers, is it any wonder that congressional legislation is, in effect, written by lobbyists, and Congress becomes a bargaining chamber in which laws are bought and sold?» (enfasi mie). Per parte mia, e con tutto il rispetto per il grande Autore, resto convinto che nel diritto non possa esistere una norma "ragionevolmente" giusta o "interamente" giusta. Il diritto conosce solo due termini: legittimo e illegittimo, *tertium non datur*.*

¹⁴⁰ Anche qui, giova ricordare J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Torino, 2008 (1998) trad. di *A Theory of Justice*, Cambridge Mass., 1999 (1971), §58, posizione 7802 dell'edizione Kindle.

¹⁴¹ V. G. GUARINO, *Sovranità dello stato, diritti fondamentali e migrazione: gli elementi di una contraddizione*, in *Ordine internazionale e Diritti umani*, 2015, 03, 05, http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/4_Guarino_0.pdf.

5.1 Nello specifico dell'Ordinamento internazionale

Questa interconnessione, in termini “sistemic” è invece definibile semplicemente, sia pure in fase di prima approssimazione, come la interconnessione tra sistemi giuridici di tipo interno, definibili perciò come *sistemi aperti* (in quanto “influenzabili” dagli altri ordinamenti analoghi e da quello internazionale) e il sistema internazionale che può solo essere definito come un sistema chiuso, per l'impossibilità di poterlo considerare parte, collegato o incluso in un altro più vasto sistema (più vasto, in termini quantitativi) pur essendo “influenzabile” da parte degli altri sistemi, quelli interni che, però, sono parti di esso.

I due ordini o classi di sistemi giuridici si influenzano reciprocamente determinando l'uno le norme dell'altro e viceversa, in altre parole si integrano, anzi sono integrati. Detto in altri termini, il flusso delle informazioni è biunivoco, per cui così come l'Ordinamento internazionale coordina e in parte determina le norme degli Ordinamenti interni, questi ultimi contribuiscono a determinare le norme di diritto internazionale.

Il che, in linea di principio, pone la questione della struttura dei rapporti tra di essi e quindi di un eventuale rapporto gerarchico e, nel quadro di quello internazionale, del rapporto gerarchico tra le stesse norme del diritto internazionale dove l'assenza di una autorità centrale dotata del potere legislativo, rende più complessa l'individuazione di una eventuale gerarchia tra le norme stesse. Più precisamente, infatti, se quelli che ho definito sistemi interni sono *tutti* e sempre fondati su un sistema “autoritativo”, quello internazionale appare, come detto più sopra, l'unico a non esservi fondato, sulla base della esplicita volontà dei soggetti, di non volere un sistema autoritativo.

E dunque, la domanda è: *a.*- se l'Ordinamento internazionale *prevalga* sugli ordinamenti interni, *b.*- se nell'Ordinamento internazionale vi siano norme gerarchicamente “superiori” ad altre (ad esempio se vi siano norme di *ius cogens*) e cosa ne consegue¹⁴²: a meno di optare, come a pio parere si deve, per una visione strettamente strumentale del sistema, più consona alla logica dei sistemi complessi, dove le norme non si impongono perché superiori o più importanti, ma perché strumentalmente necessarie quando non addirittura indispensabili, per la realizzazione delle altre, tali che, dunque, le une “dipendano” dalle altre a prescindere da un loro “grado”, che, come cerco e in parte ho cercato, di dimostrare non è identificabile nel diritto internazionale¹⁴³.

¹⁴² In altre parole, almeno allo stato dei fatti del presente lavoro, permane piena la alternativa posta da H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrecht: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen (Mohr)1927 (ma 1920) Aale,n 1960, p. 104: «Mit dem naiven Augen der Durchschnittsvorstellung gesehen, scheinen sich auf den ersten Blick, drei Grundmöglichkeiten zu bieten. Entweder die beiden Normsysteme sind voneinander gänzlich verschieden und unabhängig... Oder es besteht eine solche Beziehung, und dies ist dann das Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen beiden Systemen; oder das der Koordination, hergestellt durch eine gemeinsam über beiden koordinierten Ordnungen aufgebaute, beide als Teilordnungen gleichermaßen umfassende höhere Ordnung».

¹⁴³ In qualche modo è la domanda che si pone vigorosamente A. D'AMATO, *Groundwork*, cit. p. 660, quando paragona la cosa alla discussione su chi sia nato prima tra l'uovo e la gallina, per concludere: «Thus, we may derive from this example [l'ipotesi di un “incontro” tra uno stato primevo A con uno stato primevo B, che, riconoscendosi come tali, iniziano relazioni] the answer to the original question. The state and the system came into being simultaneously (and symbiotically) when foreign relations first began between two proto-states». In realtà, a me pare che qui sia un limite di questa ricostruzione, nella misura in cui l'A. dà per scontato che i soggetti del diritto internazionale siano gli stati, ma non dimostra a fondo forse perché loro e proprio loro siano i soggetti. Così, però, si lede, temo, la bella ricostruzione del “sistema” in termini di società complessa (qui forzo un po' le parole di D'Amato) che si forma per opera congiunta di molti fattori, dai soggetti ai giuristi, ai diplomatici, ecc.: una società, direi io, puramente di fatto. Il problema è, a mio parere, che una società

Con il corollario per il quale, essendo quello o quelli giuridici sistemi sociali, fondati cioè non sul semplice meccanismo di causa ed effetto, ma anche sulla ragione (che, beninteso, non vuol dire necessariamente ragionevolezza) e, in gran parte sulla volontà e dunque sulla scelta, le opzioni del sistema e quindi la scelta delle norme da applicare prima di altre o da applicare *tout court*, è appunto almeno in pare, una scelta, cioè, per dirla con von Bertalanffy¹⁴⁴, è una conseguenza o un portato di natura *culturale* e quindi non naturale.

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

6. Per una prima conclusione

L'originalità del sistema giuridico internazionale (come detto, erroneamente definito "primitivo") rispetto agli altri sistemi statali e non, sta nei fatti che, *a.*- non solo come appena osservato, manca (ma *deliberatamente*¹⁴⁵) un ente-organo dotato del *potere*, e quindi anche della capacità, di emettere norme valide per tutti, *b.*- ma anche che la formazione delle norme stesse non deriva necessariamente dal consenso, più o meno tacito, dei soggetti e nemmeno dalla esplicita volontà di *porre* la norma. È infatti, indimostrabile (e in realtà non vero) che i soggetti dell'Ordinamento internazionale (quali che essi siano) *vogliono* e dunque *pongano* le norme non contrattuali, a meno di ipostatizzare un accordo tacito (sia esso la *Vereinbarung* o altro) o una norma base ipotetica, non diversamente da come, così come osservato prima, è del tutto fittizio il cd. contratto sociale o qualunque cosa con cui, più modernamente, si pretenda di sostituirlo concettualmente (sempre e comunque concettualmente), tenuto però conto che, mentre in uno stato, contratto sociale o meno, si forma, si determina, si impone, o infine viene imposto un ordine autoritario centralizzato al quale non ci si può sottrarre ciò non accade per nulla nell'Ordinamento internazionale dove addirittura la stessa identificazione dei soggetti è tutt'altro che pacifica,

Ciò, mi pare è una ulteriore fondamentale differenza tra il sistema internazionale e quelli interni (statali in particolare). I sistemi statali, benché suscettibili di essere impostati come frutto di un contratto sociale, sono in realtà, come accennavo sopra, sistemi in larga misura "imposti" se non altro dal susseguirsi di vicende storiche¹⁴⁶, ma, come è d'uso affermare, garantiscono (o meglio: dovrebbero garantire) la volontà popolare (cioè quella dei contraenti del contratto stesso) attraverso uno strumento chiamato, oggi per lo più, demo-

siffatta, che tenderebbe, come vuole D'Amato ad evitare e superare i conflitti, sarebbe una società tendente all'entropia negando così la stessa sua evoluzione. Il che forse è in contraddizione con la "Proposition 2" (p. 660): «*The rules of the international legal system are created by the system and not by individual states*», come, appunto, ho cercato di mostrare nei precedenti paragrafi.

¹⁴⁴ L. VON BERTALANFFY, *Teoria generale*, cit., p. 297 ss.

¹⁴⁵ Sia chiaro: *deliberatamente*, perché nulla impedisce in astratto che si possano creare, in un sistema sociale fondato sulla ragione e quindi sulle scelte, delle strutture centrali dotate di autorità simili a quelle degli stati, frutto del fittizio quant'altro mai, contratto sociale.

¹⁴⁶ Basterebbe anche solo ricordare come il re spesso si considerasse e venisse considerato come "unto del Signore", insomma "nominato" direttamente da Dio!

crazia¹⁴⁷. Posto e sorvolato sul fatto che la gran parte delle democrazie sono a dir poco imperfette, sta in fatto che quello strumento garantisce ciò che si vuole, *tranne la possibilità di rovesciare il regime e cancellare lo stato*. Questa garanzia (che a stretto rigore dovrebbe essere la fondamentale) è data invece solo dal diritto internazionale, che dispone delle norme atte a regolarla *anche contro la volontà dell'ente da rovesciare*, al quale, peraltro è lo stesso Ordinamento internazionale che si adopra per garantire, al contrario, la illegittimità della secessione e cioè la integrità (fino, per così dire, a prova contraria) del soggetto, da intendersi, a mio parere, come *integrità sostanziale* e non mai solo formale¹⁴⁸.

Ma queste norme, non essendo *poste* da un ente purchessia abilitato a porle e capace di farle rispettare, nascono, innanzitutto dalla *necessità delle norme stesse*: necessarie perché altrimenti la comunità non esisterebbe¹⁴⁹. Anche, come noto, per quei soggetti che negano la norma, o che non la applicano¹⁵⁰.

La stessa norma consuetudinaria è tale, è norma, solo quando si afferma che un soggetto la sta violando, anche se gli altri, non *applicano* quel comportamento, ma si limitano o ad affermarne l'esistenza e l'obbligatorietà o semplicemente a non agire in maniera contraria¹⁵¹.

Non si potrebbe, altrimenti, affermare l'esistenza di una norma come quella del divieto dell'uso della forza, la cui validità e la cui stessa esistenza si evince solo quando qualcuno la viola, perché gli altri soggetti "condannano" quel comportamento, magari essendo essi stessi autori di un comportamento analogo.

Nulla inoltre impedisce di concepire un sistema, dove la formazione delle norme va-

¹⁴⁷ Sul quale certamente non ci si può soffermare, salvo a richiamare per ora al fondamentale studio di N. BOBBIO, *Stato governo e società*, Torino (Einaudi) 1978.

¹⁴⁸ Solo per spiegare meglio ciò che qui non può trovare analisi adeguata, trovandoci a discutere di un ordinamento, di una società non strutturata in maniera formale e gerarchica, l'affermazione della consistenza formale del soggetto, mi sembra una contraddizione in termini. Di nuovo, come rilevato sopra: chi dice o *può* dire che quello è il soggetto? Basta il fatto che in un determinato momento storico sia di fatto quello? L'unico fatto certo, ma qui mi fermo, è che quel soggetto in quel momento c'è effettivamente e pertanto gode della legittimazione giuridica ad agire, fin tanto che l'Ordinamento internazionale non "accerti" la sua *perdurante* illegittimità o al limite *perdurante* inesistenza.

¹⁴⁹ Tornando al paragone "organico": l'uomo (il singolo uomo) non esisterebbe se tutti i suoi organi non funzionassero in maniera adeguata e coordinata; ma non esiste un organo che "comandi" al corpo di vivere o di restare in vita o anche (Dio a parte) di cominciare a vivere.

¹⁵⁰ Piace riportare la frase ironica, ma estremamente profonda, di A. D'AMATO, *International Law as an Auto-poietic System*, lezione al M. Planck Inst. Für Völkerrecht, 15.11.2003, p. 5: «*The major differences in the International Law System model compared to the domestic model are the absence of a judge and the absence of a definitive text. This does not make the International Law System a simple model; in fact, it makes it moderately more complex*». Va senza dire che il concetto di "complessità" va letto in termini di teoria della società o meglio in termini di teoria dei sistemi, appunto, complessi, N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Wiesbaden, 2008, p. 27 ss.

¹⁵¹ Si potrebbe parafrasare la frase di J. RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge Mass., 1999, riferita ai principi del liberalismo politico, p. 15: «*Insofar as liberal conceptions require virtuous conduct of citizens, the necessary (political) virtues are those of political cooperation, such as a sense of fairness and tolerance and a willingness to meet others halfway. Moreover, liberal political principles and ideals can be satisfied by the basic structure of society even if numerous citizens lapse on occasion, provided that their conduct is outweighed by the appropriate conduct of a sufficient number of others. The structure of political institutions remain just and stable (for the right reasons) over time*» (enfasi mia). Con la sola precisazione che, a mio parere, il riferimento non è da intendersi ad una sorta di principio di maggioranza, dato che nel diritto internazionale è spesso possibile ipotizzare, o meglio constatare l'esistenza di norme, che sono in realtà effettivamente applicate e riconosciute da pochi, ma che, ciò non pertanto, sono norme generali. Non a caso, molto spesso si corrisponde a questa esigenza strettamente logica, ipotizzando norme speciali, diverse dalle altre, come le cdd. norme di *ius cogens*.

lide, non derivi da un procedimento formale pre-disposto, ma da una situazione di fatto per la quale la violazione di una norma determini conseguenze giuridiche legittime.

La sovranità, così, diventa lo spazio entro il quale il soggetto (sovrano) si muove autonomamente, e cioè quello spazio nel quale norme di diritto internazionale non richiedano direttamente determinati comportamenti. Ma è il sistema internazionale quello che, logicamente, definisce il contenuto di quella sovranità, modificandola a seconda delle esigenze generali del sistema: che il soggetto lo voglia o no, salva la difficoltà derivante dalla natura del sistema del tutto anorganico e quindi incapace nonché di legiferare attraverso un organo *ad hoc*, di eseguire le norme stesse.

Ma, se questa affermazione è valida, ne consegue necessariamente che l'ambito della sovranità del soggetto (del soggetto stato, innanzitutto) non è auto-limitata dal soggetto stesso, ma ha il contenuto e solo il contenuto che in quel determinato momento storico, la sovranità ha alla luce del diritto internazionale e solo di esso. Una auto-limitazione di essa è infatti possibile solo contrattualmente e quindi in termini di reciprocità. In altre parole, se un soggetto limita la propria ipotetica massima possibilità di azione, o lo fa perché una norma definisce il campo reale in cui può svolgere la propria libertà, o su base contrattuale: diversamente non si capisce perché mai dovrebbe farlo.

È chiaro infine come già accennato, che lo stesso concetto di sanzione va meglio definito. Anche quando, come affermato ripetutamente negli studi di Picone¹⁵², la sanzione viene imposta con la forza e magari unilateralmente: è il sistema che agisce con i propri meccanismi contro la parte "impazzita" di esso.

E pertanto, alla luce del punto di vista che ho cercato di illustrare fin qui, la sanzione, *anche unilaterale*, può e deve essere interpretata come *una* delle possibili forme di reazione dell'organismo Comunità internazionale (e quindi lo ripeto ancora una volta: la Comunità internazionale in senso stretto e *tutti* gli ordinamenti interni, che in essa sono inglobati) alla violazione di una sua norma, non diversamente da *un* anticorpo o *un complesso coordinato* di anticorpi¹⁵³, che reagisce alla "intrusione" di un elemento estraneo o alla malattia di una cellula o anche al suo mal funzionamento e perfino all'inserimento, *in sé benefico ma non ancora distinguibile come tale*, di un elemento esterno.

E dunque in altre parole, e sempre per mantenermi nella logica dell'esempio appena proposto, così come un *intervento esterno* nel caso descritto impedisce all'organismo di distruggere l'"intruso benefico", nel caso della società umana, quell'elemento di razionalità¹⁵⁴, insito, come più volte rilevato, nel sistema sociale, agisce o può agire per *consentire* ad un cambiamento positivo e cioè per impedire o bloccare una reazione negativa. Per fare ancora un esempio attuale: la Comunità internazionale (sia pure impersonata *unilateralmente* da alcuni stati) agisce contro l'ISIS, elemento estraneo nocivo (a prescindere dal fatto, ovviamente, che lo sia davvero, ma solo perché tale è o appare oggi la valutazione della Comunità internazionale) ma non si oppone, pur volendolo qualcuno, all'intervento di altri che, opponendosi all'ISIS stesso, agiscono in maniera da preservare una parte dell'organismo.

¹⁵² V. *supra* ntt. 15, 69, 104, 136. In *limine* di questo studio, leggo la S/RES/2249 (sugli attentati dell'ISIS), il cui § 5, nell'invitare gli stati ad agire con ogni mezzo, senza adottare decisioni *ex Cap. VII*, sembra dare ulteriore conferma della legittimità delle ipotesi di Picone.

¹⁵³ I linfociti *T* e *B* di cui sopra ho accennato, ovviamente per alludere all'intero meccanismo di difesa di un organismo sul quale mi guardo bene dal dilungarmi.

¹⁵⁴ E quindi più in generale della "cultura", v. di recente E. BONCINELLI, *Noi siamo cultura: perché sapere ci rende liberi*, Milano, 2015 edizione Kindle specialmente pos. 1776 ss., dove però, con qualche perplessità, vengono escluse del tutto le ben note affermazioni junghiane.

E allora, per sintetizzare conclusivamente, in termini sistemici quanto fin qui ipotizzato (e lo ripeto ancora, è solo un'ipotesi di lavoro, quella fin qui elaborata) con riferimento all'ordine giuridico universale, le norme generali non scritte del diritto internazionale costituiscono la "macchina" dell'intero sistema (così come le varie parti di esso sono a loro volta da leggere nel medesimo senso) che agisce mediante la descritta *autopoiesi*. Gli elementi di razionalità "esterna" dati dal diritto pattizio, e dalla interpretazione del diritto stesso (così come parte significativa della legislazione e della giurisprudenza degli ordinamenti interni¹⁵⁵) dalla prassi di fatto e dichiarativa dei soggetti, ecc., sono gli elementi che contribuiscono alla evoluzione del sistema, grazie a ciò ben lontano dall'entropia.

¹⁵⁵ Quando, a mio parere, conforme alle norme generali di diritto internazionale, o nella loro consistenza di agenti del cambiamento del diritto internazionale. Si pensi solo all'effetto costruttivo della giurisprudenza italiana in materia di immunità, che ha condotto alle norme vigenti in materia di trattamento dei dipendenti, cittadini dello stato ospite, di organismi esteri. E ciò, di nuovo, spiega il perché della mia critica delle più volte citata sentenza 238/14 della nostra Corte Costituzionale, che, invece di "fare giurisprudenza" semplicemente mette il diritto internazionale fra parentesi! Che poi ciò possa indurre, come io ho ipotizzato più sopra, un giudice italiano a "*disapplicare*" la citata sentenza, è solo un corollario.