



GIANCARLO GUARINO*

DIRITTO INTERNAZIONALE E DECAMERONE: L'ORDINE DELL'ANARCHIA**

SOMMARIO: 1. Comunità e società. – 2. Comunità internazionale e struttura sociale. – 3. Comunità internazionale e anarchia. – 4. E quindi: la diversità della struttura dei soggetti interni e internazionale. – 5. Società e Comunità: il peso della razionalità. – 6. Alcuni elementi strutturali per un'analisi della società e della comunità umana come “macchina”. – 6.1. Macchina giuridica, comunicazione e scelte tragiche. – 6.2. La valenza della ragione.

1. *Comunità e società*

Lo scopo di queste poche pagine è quello di tentare uno schizzo per grandi linee di quel fenomeno del tutto particolare che è il sistema giuridico internazionale, cioè di quel sistema giuridico, o meglio, per usare una terminologia da giuristi, “ordinamento giuridico”, che regola i rapporti e i comportamenti tra e dei membri di quella Comunità, cioè dei soggetti del diritto internazionale, sia in termini reciproci, sia in termini assoluti. I quali soggetti, e non è cosa da poco, oltre a non essere, come noto, *solo* gli Stati, non sono certamente gli individui *né i popoli*, ma sono delle entità sulla cui natura, ma specialmente sul fondamento dei quali, molto si discute e si è discusso: fondamentalmente a causa del modo in cui si formano e della prerogativa di cui vantano di essere in possesso, la sovranità. Soggetti, agenti in una Comunità (dunque non società)¹ dove manca una forma purchessia di *gestione organica* dei poteri classici di ogni società umana e cioè dove mancano: l'organo cui sia affidato l'esercizio del potere

* Professore ordinario, fuori ruolo, di Diritto internazionale, Università degli studi di Napoli “Federico II”.

** Il presente lavoro, che costituisce la sostanza del primo capitolo di una monografia in preparazione, è, con minime modificazioni, destinato al *Liber Amicorum* Prof. Sergio Marchisio.

¹ Il riferimento è alle ben note tesi di F. TÖNNIES, *Comunità e Società*, Roma, Bari, 2014 (ma 1887, trad. italiana di M. RICCIARDI) ed. Kindle, pos. 848, «Il rapporto in sé, e quindi l'associazione, viene concepito o come vita reale e organica – e questa è l'essenza della comunità – o come formazione ideale e meccanica – e questo è il concetto della società» per poi precisare (pos. 853) «Ogni convivenza confidenziale, intima, esclusiva (così scopriamo) viene intesa come vita in comunità; la società è invece il pubblico, è il mondo. In comunità con i suoi una persona si trova dalla nascita, legata a essi nel bene e nel male, mentre si va in società come in terra straniera. Il giovane viene messo in guardia contro la cattiva società; ma parlare di «cattiva comunità» è contrario al senso della lingua». Nella Comunità internazionale, appunto, ci si *trova* dalla nascita del soggetto, non si sceglie di farne parte, *ma non si può non farne parte*.

legislativo, quello cui sia affidato l'esercizio del potere esecutivo e, infine, quello cui sia affidato l'esercizio del potere giurisdizionale. *L'organo, non il potere!*

Perché questa esattamente è la situazione di quell'ordinamento giuridico della società internazionale, nella quale, diversamente da *ogni* società "interna", manca un centro di potere di riferimento, una autorità insomma, capace di emettere norme. In altre parole, il problema di base della Comunità internazionale, è quello di spiegare come possa esistere una aggregazione di enti e soggetti umani, priva di autorità, ma fondata su norme e capace di produrle. "Mimarne" quindi, come molta parte della dottrina ha cercato di fare, una qualche autorità con vari espedienti "retorici", dalla "verticalizzazione" alla "costituzionalizzazione" o anche al "decentramento"² di certe norme o strutture organiche non può cancellare il dato di fatto per cui una autorità non esiste, *ma le norme esistono*: mancano, per così dire, comandi perché comandano tutti, dove tutti, però, non è la maggioranza né l'unanimità, o almeno non necessariamente. Ma "tutti", non è la via Pal, non è il caos, ma, come ho cercato di spiegare altrove³, è l'anarchia: che vuol dire mancanza di centro di comando, ma non di "ordine", cioè di regole.

Quandanche, del resto, si volesse ricorrere alla costruzione ben nota di Santi Romano per la quale è l'organizzazione sociale quella che crea e inoltre fonda il diritto, determinandone così le *fonti*, non vi sarebbe dubbio che ciò non è il caso della Comunità internazionale "fonte" per così dire, ma solo per così dire, del diritto internazionale, se non altro perché in essa ogni organizzazione, sia pure di fatto, capace o intesa a *definire organicamente* norme giuridiche manca e manca *deliberatamente* del tutto e, mancando per volontà esplicita dei soggetti di essa il riconoscimento di essere parte di una *istituzione*, l'istituzione stessa non può esserne vista come il fondamento e, meno che mai, come la fonte di produzione delle norme. Una istituzione, infatti, vorrebbe norme decise da una maggioranza o dal più forte. Ma, nel diritto internazionale, le norme non sono poste né da una maggioranza né dal più forte, il che esclude che si possa assimilare la Comunità internazionale ad una istituzione. Ciò, lo ribadisco, poiché manca nella Comunità internazionale nonché la percezione, l'accettazione, da parte degli stessi soggetti di essa, di vivere in una istituzione, in quanto i soggetti, ritenendosi dotati di sovranità - un sorta di Tabù quasi mitico e mistico almeno finché non si spieghi come e perché e a chi detta "qualità" si attagli - nella interpretazione corrente sono e si ritengono insofferenti alle regole o meglio non suscettibili di opponibilità ad essi di regole, se e in quanto poste da o attraverso un *altro* soggetto o ente, Comunità internazionale stessa inclusa. Questa "insofferenza" da parte della stragrande maggioranza dei soggetti di diritto internazionale è stata a lungo considerata del tutto legittima, insomma un "diritto" dei soggetti, che, però, già nell'affermare quel diritto ammettono implicitamente che, se di "diritto" si tratta, da qualcuno deve essere stato attribuito e, specialmente, deve essere garantito. Anzi quel diritto, la sovranità, è affermato e spesso difeso perfino con arroganza, ad esempio tra i primi a farlo, anzi a fonderlo esplicitamente come un diritto nel mondo post medievale fu quel famoso Filippo il Bello di Francia, nei confronti di Bonifacio

² Rispetto al quale ultimo si dimentica che per decentralizzare occorre un centro! V., sulle varie ipotesi, R. FALK, *International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order*, in *Temple Law Quarterly*, 1959, p. 295 ss.

³ G. GUARINO, *Per una analisi critica del diritto internazionale come sistema*, in G. GUARINO (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, 2016, p. 399 ss.

VIII, Papa⁴, ma anche, più “scientificamente” da Bartolo da Sassoferrato⁵ (e più tardi ampiamente da Dupuy), che rielabora la formula tradizionale, *rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*, utilizzando il riferimento alle *universitates* invece che ai *reges* ed è un passo fondamentale nella costruzione della società interna e internazionale moderna, che addirittura sopravanza la futura costruzione groziana, fondata, sì anche sui popoli, ma principalmente sui re. È però un fatto, che questa idea di *superiorem non habere*, ma di riconoscere che regole esistono anche nei rapporti tra “sovrani”, è molto più risalente di quanto non si dica comunemente, visto che lo stesso Filippo, aggiunge, che disponendo egli delle sue terre in buona fede da oltre cento anni, non vede perché dovrebbe privarsene su ordine del Papa⁶. Del resto è palmare che prova evidente di essa si riscontra già nettissima nel trattato successivo alla battaglia di Qadesh (1270 a. C.), con il che si dimostra come la contraddizione logica insanabile tra *superiorem non recognoscere* e l’esistenza di regole anche “imposte” (cioè non di natura contrattuale e sgradite a chi le applica, benché le applichi) possa solo essere superata, attraverso una ricostruzione dialettica del principio di sovranità: che dunque non ha bisogno di una comunità che imponga regole. Filippo il Bello, afferma “soltanto” che già da almeno cento anni, il Re non “dipende” *più* dal Papa: non dipende più, cioè si è affermato un soggetto, autonomo e diverso, un soggetto di diritto internazionale. Anche se, è bene ricordare, la discussione (anche molto “sofferta”) sulla possibilità o meno che al re (in particolare a quello francese) potessero essere riconosciute le prerogative dell’*imperator* era assai diffusa specialmente in Francia⁷, ma non solo, visto che già a Bologna,

⁴ Filippo il Bello, re di Francia (di una Francia, che lui definisce tale, forse per la prima volta, anche se afferma di parlare di cose note, vecchie di un secolo, vale a dire in riferimento alla Decretale di Innocenzo III *Per venerabilem* di Papa Innocenzo III (Autunno 1202, in *Decretalium Dominae Gregorii Papae IX compilato*, Lib. I, *De summa Trinitate et fide Catholica*, Tit. I, Cap. XIII, p. 1425 ss. non per caso intitolato *In terris ecclesiae Papa potest libere illegitimos legitimare, in terris vero alienis non, nisi ex causis multum arduis, vel nisi in spiritualibus*) che “urla” a Bonifacio VIII: «Per praescriptionem legitimam ius acquiritur praescribenti. Nulla autem praescriptio magis est legitima quantum ad cursum temporis quam centenaria: unde et ipsa currit contra Romanam Ecclesiam. Reges autem Franciae longe plus quam a centum annis sunt in possessione pacifica quod solum Deum superiorem habent in temporabilibus nullum alium recognoscentes superiorem in istis, nec imperatorem nec papam. Unde patet quod per diuturnam possessionem est ipsis ius summae superioritatis in Regno suo taliter acquisitum», P. DUPUY, *Histoire du différend d'entre le pape Boniface VIII et Philippe le Bel*, Paris 1655, p. 675, (<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k114548g/f779.item>) e il Papa, ormai impotente benché furente, risponde: «...sicut luna nullum lumen habet nisi quod recipit a sole, sic nec aliqua terrena potestas aliquid habet nisi quod recipit ab ecclesiastica potestate. Nec insurgat hic superbia gallicana: quae dicit quod non recognoscit superiorem. Mentiuntur: quia de iure sunt et esse debent sub rege romano et imperatore quia constat quod Christiani subditi fuerunt monarchis Ecclesiae romanae et esse debent...», cit. in F. CALASSO, *Origini italiane della formola rex in regno suo est imperator*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1930 p. 213 ss.

⁵ Nella versione *universitates superiorem non recognoscentes*, in quanto opposte alle altre. La visione di Bartolo, però, è in un certo senso, nonché più “democratica” molto più corrispondente alla concezione odierna della Comunità internazionale, dove i soggetti sono tali in quanto effettivamente tali, ma anche in quanto vogliono essere tali e finché desiderino continuare ad esserlo. V. F. CALASSO, *Origini italiane della formola*, cit.

⁶ In qualche modo, una prima affermazione di uno dei principi fondamentali ancora oggi del diritto internazionale, il principio della buona fede, l’ultimo della A/RS/2625 (XXV): «Every State has the duty to fulfil in good faith the obligations assumed by it in accordance with the Charter of the United Nations», reso da Filippo, riportato da P. DUPUY, *Histoire du différend*, cit., «Constat enim reges Franciae fuisse bonae fidei in ista possessione».

⁷ V. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano, 1957, p. 27 ss., che cita dal giurista DE RÈVIGNY J., la frase significativa: «... *Et quod committant in legem Juliam maiestatis, probatur quod rex princeps est quia non cognoscit superiorem. Dico hoc est in principem, non sicut ipsi dicunt quod rex princeps est, sed quia committatur in magistratum principis, ... quia Francia et Hispania semel fuerunt sub imperio ... circa primum... et imo sepe erant ...*» (corsivo mio).

intorno al 1200⁸, la discussione sulla prevalenza tra il re e l'imperatore era presente⁹. Peraltro, siamo nel periodo di un'opera fondamentale come l'introduzione alle Costituzioni Federiciane di Marino¹⁰.

2. Comunità internazionale e struttura sociale

È dunque, molto difficile collocare il funzionamento di quella Comunità, in termini sociali "comuni" cioè nei termini di una società giuridica secondo la ben nota definizione di Kelsen (la *Rechtsgemeinschaft*), perché alla fine, per dirlo con Teubner, la comunità giuridica internazionale è una forma di comunità sociale, in qualche modo parte della società umana in senso lato, cioè impregnata di regole e necessità analoghe, ma differenziate dalle "comuni" regole sociali, dalla presenza, appunto, della obbligatorietà e, aggiungo, della terzietà della norma giuridica "comune" per così dire, ma, contemporaneamente, dalla mancanza dell'elemento del "comando"¹¹. Ma anche, mi permetto di precisare, della sanzione, essenziale, come ben noto, per Kelsen in una *Rechtsgemeinschaft*¹², ma non, invece, della obbligatorietà nella *Zwangsordnung*, che è come dire "sistema" giuridico.

⁸ Ne attesta la vicenda di Piacentino, appunto in bilico tra Mantova e Bologna proprio per quello, v. sul punto ampiamente P. DE TOURTOULLON, *Placentin: la vie, les oeuvres*, Paris, 1896, specialmente p. 85.

⁹ In un testo attribuito, se ben comprendo ad AZZONE, del quale si riporta abbia affermato: «Item quilibet [rex] hodie videtur eandem potestatem habere in terra sua, quam imperator, ergo potuit facere quod sibi placet» v. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, cit., p. 34, mentre già ALANO, nel 1208, afferma in una glossa: «Et quod dictum est de imperatore dictum habeatur de quolibet rege vel principe qui nulli subest. Unusquique enim tantum iuris habet in regno suo quantum imperator in Imperio», *ibid.*, p. 31.

¹⁰ MARINO DA CARAMANICO, *Prooemium Glossatoris In Constitutiones Regni Siciliae*, (1231) v.lo in F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, cit., XII, 20-25: «Rex enim investitus de regno debet eisdem legibus et iure regnum habere quibus haberet ecclesia que ipsum exinde investivit. Et maxime cum in forma concessionis regni certa capitula sint excepta, que sibi ecclesia reservavit, et ita in omnibus aliis regula remanet de rege et regno libero magis firma» e XIV 10-25, XV 1-5: «Et ita unum est illud directum dominium et una civilis possessio ut puta universitatis ut diximus, que secundum naturam contractus feudalis apud ecclesiam remanserunt. Et similiter unum est dominium utile et una naturalis possessio universitatis eiusdem ut diximus que secundum naturam contractus eiusdem transiverunt in regem. Non autem sicut plura sunt corpora ita sunt plura dominia utilia et directa, et plures possessiones naturales. Unde habendo respectum ad universitatem regni, sine dubio dominus papa est superior dominus, et quando de toto regno seu quota parte eius controversia fieret, ad ipsum cognitio pertinet. In singulis vero regni corporibus apud ecclesiam nihil prorsus remansit, sed totum et integrum dominium et possessio sunt translata in dominum regem», cui segue la citazione della Decretale *per venerabilem* (su cui *infra* nt. 4), XXI, 1-10: «Liquet etiam axmodo per rationes premissas, quod rex Sicilie potest inter homines regni sui legitimare bastardos, sicut legitur de rege Francie, qui de Imperio est exemptus ... (Per venerabilem). Hoc enim proprie dicitur esse principis donum ... Si vero is qui solunmodo, collat ... Rex ergo Sicilie, qui totius regni sui obtinet principatum, indubitanter confert huius beneficium principale».

¹¹ V. G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M, 1989.

¹² V. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, p. 114 ss. e v. p. 34: «Ein anderes den als Recht bezeichneten Gesellschaftsordnungen gemeinsames Merkmal ist, daß sie Zwangsordnungen in dem Sinne sind, daß sie auf bestimmte für unerwünscht, weil sozial schädlich angesehene Umstände, insbesondere auf menschliches Verhalten dieser Art, mit einem Zwangsakt das heißt mit einem Übel ... reagieren, einem Übel, das dem davon Betroffenen auch gegen seinen Willen, wenn nötig unter Anwendung physischer Gewalt, also zwangsweise zuzufügen ist. Daß mit dem als Sanktion fungierenden Zwangsakt dem davon Betroffenen ein Übel zugefügt wird, ist dahin zu verstehen, das dieser Akt normalerweise von dem davon Betroffenen als Übel empfunden wird».

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

Al proposito va rilevato che è significativo che quasi tutte le analisi sociologiche (ma spesso anche quelle giuridiche) siano centrate sullo Stato e la sua organizzazione, cioè proprio su ciò che strutturalmente e deliberatamente manca nella Comunità internazionale, il che rende spesso difficile utilizzare quelle costruzioni per la Comunità internazionale, che, però, pure condivide con le società interne, molte caratteristiche. Mentre, infatti, per dirla in altri termini, la caratteristica di questo sistema giuridico e cioè di questo Ordinamento giuridico internazionale, è che quella autorità che in uno Stato è costituita dagli organi dello Stato e dalle sue norme - poco importa se frutto o meno di un contratto sociale o altro - nella Comunità internazionale è, invece, la Comunità internazionale stessa, che, però, pur essendo una entità astratta, esiste come luogo in cui si formano le norme, come è dimostrato dalla esistenza - rilevabile nella prassi e nelle *dichiarazioni* dei soggetti della comunità stessa oltre che in certa giurisprudenza - ad esempio, di quegli obblighi *erga omnes*¹⁴, dove gli *omnes*, "sono" appunto la Comunità internazionale *e non i singoli soggetti o la loro somma*, ma nemmeno una forma di autorità. I soggetti, infatti, collettivamente o individualmente, sono al tempo stesso gli autori e gli eventuali "esecutori" della coercizione al rispetto dell'obbligo la cui esistenza e il cui contenuto sono accertati e pretesi, magari coercitivamente ma non autoritativamente, dai soggetti di diritto internazionale stessi.

Cerco di spiegarmi meglio, con riferimento all'art. 48.1(b) dei ben noti *Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*, dove, al di là della notevole labilità e approssimazione concettuale¹⁵, si determina un sostanziale circolo vizioso, quando si afferma, all'art. 42 presso che incidentalmente che (n.1 lett. b) lo Stato può reagire sia a una

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

¹⁴ È ovvio il riferimento alla famosa sentenza *Barcelona*, dove per la prima volta in un organismo giudiziario (sia pure arbitrare, ma su ciò v. più avanti) il discorso è presentato in maniera organica: Corte internazionale di giustizia, sentenze del 24 luglio 1964 e 5 febbraio 1970 (seconda fase), *Belgium v. Spain, Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. È appena il caso di ricordare come il concetto fosse stato elaborato, assai meglio che nella versione definitiva di Crawford, nel famoso art. 19 del Progetto di Roberto Ago di articoli sulla responsabilità degli Stati, in R. AGO, *Scritti sulla responsabilità degli Stati*, Napoli, 1986, vol. II.

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

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

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

3. Comunità internazionale e anarchia

Colpisce, e in qualche modo diverte sottolineare, come una situazione del genere sia stata “intuita” anche nella letteratura.

Pensiamo alle giovani, descritte nel Decamerone di Boccaccio, che si incontrano a Firenze durante la peste e decidono di recarsi in campagna per sfuggirle, e concordano *di fatto* di andarvi e, successivamente, di andarvi in forma mista, ma *decidono esplicitamente e concordemente ma su suggerimento di Dioneo a Pampinea che la mette in pratica ancora di fatto* di affidare, una volta lì, quotidianamente ad un “re” («principale», dice Pampinea) la gestione della loro giornata¹⁶:

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

realizzando concretamente, in altre parole e da quel momento in cui decidono/accettano di nominare un capo, quel “contratto sociale” di cui parlerà Rousseau, grazie al quale devolvono, con regole precostituite, incidentalmente *da loro stessi*, il potere a qualcuno (e, col tempo se avessero continuato, a qualcosa) fuori di sé e a sé stessi *sovraordinato*, cioè “maggiore”, come dice Pampinea.

Viceversa: immaginiamo un gruppo di persone che si trovi, che so, su un pullman e “decida” di usarne per una scampagnata, senza decidere formalmente o votare, *ma solo di fatto* come le giovani di Firenze, per cui, ad esempio, uno dei passeggeri si mette a guidare l'autobus, un altro sceglie il percorso, un terzo prepara il cibo, ecc.; qualcuno, in realtà, non vorrebbe andare in quel posto o mangiare quel cibo, ma il pullman è in moto, non può scendere e quindi deve adattarsi alle “regole” non concordate né imposte, ma note, regole che pure non ama, facendo, per dir così buon viso a cattivo gioco, benché in realtà partecipi di fatto, ma scientemente, a quel gruppo magari contribuendo con propri suggerimenti e quindi in maniera dialettica ma non regolamentata ad esempio in una votazione, che so, alla scelta della strada o del cibo, all'accensione dell'aria condizionata, ecc. Ipotesi, quest'ultima, che non invento per caso, ma proprio perché richiama alla mente il fatto che nel diritto internazionale odierno, e deliberatamente, qualcosa del genere avviene effettivamente e anche molto spesso in maniera addirittura “procedurale” e talvolta addirittura indicata come da preferire ai normali metodi di assunzione delle decisioni, e si chiama *consensus*.

Tornando all'esempio dunque, in questo secondo caso non si prendono decisioni “formalizzate”, né si “decide” di scegliere un capo, però di fatto si decide usando la procedura del *consensus*: si agisce, pur se nessuno dei partecipanti può evitare di fare parte, almeno in quella situazione particolare, di quel gruppo ormai in viaggio, del quale, dunque, segue regole di comportamento non *concordate* ma in qualche modo accettate come regole (dovute in quanto necessarie a quella convivenza) e quindi perfettamente conosciute e alla formazione delle quali, magari, in parte contribuisce col suo suggerimento o comportamento, ma che di fatto, dal punto di vista di ciascuno dei membri del gruppo, sono *in-poste*. E quindi, per tornare al linguaggio giuridico, “poste”, sia pure non da un “re” ma nemmeno da un “processo democratico” e *meno che mai dalla natura o dalla religione*: anzi, un membro del gruppo che potrebbe, in astratto, desiderare di ritirarsi, sottraendosi così alle regole “poste”, non può farlo, la comitiva è già partita e le porte sono chiuse.

Questo secondo caso, dunque, è, benché banalmente e rapidamente descritto, il caso dell'Ordinamento internazionale che infatti non si “risolve” come nel Decamerone, dopo un processo simile, in una organizzazione dotata di autorità: non *decide* di fatto di avere un re da eleggere dopo il primo, ma per *consensus* agisce, *decide* di agire. Da ciò, detto incidentalmente, consegue in modo lampante, è bene dirlo subito, che uno dei concetti strutturalmente inapplicabili al diritto internazionale è il concetto di *fonte* della norma proprio perché inesistente è appunto la fonte sia in senso fisico, che astratto: in un tale ordinamento, insomma, si verifica nella realtà l'idea che la fonte sia in realtà il processo che porta a determinare la formazione di norme di diritto: cioè la sequenza di atti e comportamenti e affermazioni non espressi come comandi, ma vissuti come obblighi. Perché, infatti, l'ordinamento giuridico ipotizzato, quello internazionale insomma, non dispone di organi che “emettano” le norme, o meglio, non dispone di organi che, sia pure consensualmente, siano *abilitati ad emettere autoritativamente* le norme, ma nemmeno le pone per accordo tra le parti, fedele alla logica secondo cui in questo caso esse, le regole concordate, non solo varrebbero solo per le parti attuali, ma avrebbero (come nella realtà del diritto internazionale

vigente, hanno) bisogno di essere *garantite* nella loro “obbligatorietà”¹⁷ da una norma, *necessariamente* non concordata, per iscritto o tacitamente.

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

Ciò che, infatti, voglio sottolineare è proprio che, nel diritto internazionale non scritto, la norma non *si forma* nel tempo, non può logicamente esistere una *norma* che sia *in itinere*: o non c'è, o c'è, in quel preciso momento in cui l'interprete o l'agente la “scopre” per la prima volta, magari senza rendersene conto perché “si limita” ad applicarla, cioè a comportarsi nel modo che si scoprirà, prima o poi, che *era* dovuto e quindi *era* lecito, e cioè, che è la cosa più importante di tutte, che *era ed è* illecito il comportamento contrario. Del resto, la cosa non è poi così strana se si pensa che anche una norma scritta non si forma durante la discussione sulla sua redazione, ma *è* norma nel momento in cui, adottata, entra in vigore¹⁸.

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

¹⁸ Interessante la visione di G.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1822, edizione a cura di V. CICERO, Firenze, 2017, p. 366 (§ 211): «Gewohnheitsrechte selbst, da nur die Tiere ihr Gesetz als Instinkt haben, nur die Menschen aber es sind, die es als Gewohnheit haben, enthalten das Moment als Gedanken zu sein und gewußt zu werden. Ihr Unterschied von Gesetzen besteht nur darin, daß sie auf eine subjektive und zufällige Weise gewußt werden, daher für sich unbestimmter [sind,] und die Allgemeinheit des Gedankens getrübt; außerdem die Kenntnis des Rechts nach dieser und jener Seite und überhaupt ein zufälliges Eigentum Weniger ist» che sottolinea con quel *gewußt* che la norma non “ufficializzata” (consuetudinaria) è norma perchè, appunto, conosciuta.

Sono queste ultime le caratteristiche principali, concettualmente difficili o almeno singolari certo, dell'Ordinamento internazionale, in quanto tale formalmente e sostanzialmente diverso nonché da un qualunque altro sistema sociale (*à la* Durkheim, per intenderci), da un qualunque altro ordinamento giuridico, sia esso l'ordinamento di uno Stato, sia l'ordinamento di una società, all'interno dello Stato come una società per azioni, sia esso anche l'ordinamento di una società, composta di Stati e soggetti di diritto internazionale (come le NU o la UE, ecc.). Tutte società o associazioni nelle quali, cioè, i soggetti, che ne fanno parte per loro scelta “libera” (che cioè ne possono uscire sempre¹⁹), definiscono concordemente e preventivamente delle regole di convivenza tali che una certa “autorità”, tale perché *legittimamente e in modo “trasparente”* costituita, possa *legittimamente* emettere le regole valide per tutti. *Legittima e trasparente* vuol dire costituita con regole predeterminate, seppur fittiziamente, da tutti i soggetti e note a tutti i soggetti, presenti e futuri, insomma fondate su una autorità, che manca nella Comunità internazionale ma che negli Stati è la Costituzione. Tanto vero che la violazione di quest'ultima o il suo stravolgimento *abilitano* contrariamente a ciò che afferma Rousseau²⁰, alla rivoluzione: abilitano dal punto di vista del diritto internazionale!

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

¹⁹ Anche qui, vale solo la pena di ricordare come l'inesistenza di una disposizione sul recesso dalle NU, non abbia impedito all'Indonesia di uscirne (sia pure solo di fatto) al momento in cui ha voluto farlo, così come potrebbe decidere di non accettare le credenziali del Myanmar dopo il colpo di Stato. Analogamente per l'UE, l'uscita dalla quale è stata solo resa più complicata con l'introduzione, nel testo di Lisbona, della disposizione sul recesso, usata dalla Gran Bretagna: e si è visto con quali problemi.

²⁰ J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, § 4.2.

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

Ho delineato brevemente due possibili manifestazioni di quelle che potremmo chiamare “concrezioni” umane. Una, quella fiorentina, in cui un gruppo di individui, si riunisce, senza alcun accordo preventivo né accordandosi *nella* riunione, e decide informalmente certi comportamenti, l'altra, quella casualmente su un pullman. In entrambi i casi, il gruppo di fatto “decide” certi comportamenti, nel senso che, in entrambi i casi, le “decisioni” da cui derivano i rispettivi comportamenti, non conseguono ad alcuna scelta formalizzata, ma sono solo di fatto, benché perfettamente, coscienti e consapevoli, solo che, nel primo gruppo, la scelta sia di partecipare che di “decidere” è del tutto libera, mentre nel secondo i partecipanti si trovano in quella situazione, che la vogliano o meno: sono coscienti perfettamente, come i primi, di fare parte di un gruppo, nel quale vi sono delle “decisioni” di fatto, ma non hanno via di uscita, nessuno può rifiutare di fare parte del gruppo, semplicemente perché è lì, sul pullman, e non ne può scendere e nemmeno può non rispettarne le regole. Ma poi, le differenze tra i due gruppi si approfondiscono perché, mentre il gruppo dei fiorentini, sempre perfettamente di fatto cioè senza assumere alcuna decisione formale (come un voto ad esempio) decide di nominare un capo e per di più a scadenza e modalità ben precise e periodicamente, il secondo non lo fa, ma continua il viaggio, comprensivo, mi si perdoni il termine, di “divisione del lavoro”.

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

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

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

Ancora, nella misura in cui il gruppo fiorentino ha deciso la nomina del capo con tutte le conseguenze che ne derivano, può anche accadere che una parte dei partecipanti o anche tutti, vogliano cambiare le regole ad esempio grazie alle quali lo stesso capo viene scelto e magari anche le eventuali norme che conseguono dalla scelta stessa. Ora: finché le regole predisposte siano sufficienti, quella pretesa viene soddisfatta applicando le regole predisposte. Quando, però, quelle regole non bastino, i membri del gruppo potrebbero essere

indotti a ribellarsi al capo e alle sue regole, sia a quelle decise “dal” capo che alle altre preesistenti ad esso. *Mutatis mutandis* la stessa cosa potrebbe fare il gruppo sul pullman.

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

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

Sul secondo gruppo, invece, le cose cambiano. Anche lì, una “rivoluzione” è possibile al presunto regime consolidato di regole di fatto, ma lì non vi è un gruppo esterno più ampio in grado di valutare, per cui la *legittimità* in questo caso è, per dir così, *autodefinita*. In altre parole, è lo stesso gruppo sociale quello che stabilisce da sé se il nuovo “regime” che nasca sia legittimo o meno e debba o meno perdurare. Anzi: in quest’ultimo gruppo è difficile anche valutare se si sia in presenza del cambiamento di qualche regola o di una vera e propria rivoluzione. Qui, in qualche modo, l’anarchia è *autogestita*, nel senso che alla fine le regole, rivoluzionate, sono quelle che risulteranno accettate, in assenza di qualsivoglia valutazione esterna²¹.

Inoltre, chi non aderisca alle regole del gruppo sociale fiorentino può uscire dal gruppo stesso, rientrando nella più ampia società fiorentina. Cioè può sempre e in qualunque momento lo voglia “riappropriarsi della propria autonomia”²². E quindi, per uscire dall’esempio, ma restando in termini di teoria generale, così come ogni individuo, con maggiori o minori difficoltà, può uscire da uno Stato del quale faccia parte, così come *pretendere* di esserne parte come nel caso *Nottebohm*²³ o nel caso dell’individuo che rivendichi il diritto all’asilo (dove l’accento è sul termine “diritto”), egualmente uno Stato (o in generale un soggetto di diritto internazionale) può entrare o uscire da una organizzazione di soggetti di diritto internazionale, *in assoluta libertà*. E quindi, così come un individuo può uscire da uno Stato fatalmente entrando in un altro, anche un soggetto di diritto internazionale, che sia membro di un sistema di tipo interno (una Organizzazione internazionale, ad esempio) può farlo se e quando voglia, *in assoluta libertà* restando però comunque membro della Comunità internazionale. Sottolineo così questa “identità” di situazioni per evidenziare due aspetti. Un

²¹ Ciò, detto incidentalmente, potrà avere rilievo in una eventuale valutazione sullo stato di entropia o di evoluzione del sistema. Ma su ciò v. lo scritto di cui *supra* nt. 3.

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

²³ Vale la pena di citare la famosa sentenza della CIG nel caso *Nottebohm*, quando afferma: «Nationality serves above all to determine that the person upon whom it is conferred enjoys the rights and is bound by the obligations which the law of the State in question grants to or imposes on its nationals. This is implied in the wider concept that nationality is within the domestic jurisdiction of the State. ... It does not depend on the law or on the decision of Liechtenstein ... To exercise protection, to apply to the Court, is to place oneself on the plane of international law. It is international law which determines whether a State is entitled to exercise protection and to seise the Court», v. Sentenza Corte internazionale di giustizia del 6 aprile 1955 (seconda fase), *Nottebohm Case* (Guatemala v. Liechtenstein), CIG *Recueil*, 1955, p. 20 s.

individuo che lasci uno Stato (o voglia entrarvi) può essere ostacolato in vario modo, ma alla fine è l'Ordinamento internazionale quello che decide sulla legittimità della cosa, in quanto "ordinamento di garanzia". Se, invece un soggetto di diritto internazionale, vuole lasciare una Organizzazione internazionale, può essere richiesto di vari adempimenti e risarcimenti, ma alla fine nulla può impedirgli di farlo, non tanto in ragione del principio di sovranità, quanto dell'assenza di un Ordinamento "di garanzia".

Viceversa, diversamente da quanto detto per quanto riguarda un gruppo sociale di tipo "interno", qui il membro del gruppo del pullman può ribellarsi, lottare, protestare, ma non uscire dal ... pullman: fuor di metafora, un soggetto di diritto internazionale non può uscire dalla Comunità internazionale, se non altro perché un'altra non ve ne è. E questa differenza non è da poco, per comprendere sia la natura e il fondamento della Comunità internazionale, sia per comprendere come e perché non sia possibile parlare in essa di *fonte* normativa nel diritto internazionale. E non solo. Perché se è vero che un soggetto di diritto internazionale non può non essere parte della Comunità internazionale, è consequenziale che di essa faccia necessariamente parte, nell'ambito e nel rispetto delle regole internazionali in tema di autodeterminazione dei popoli, perché esse, mentre sono quelle che *giustificano* giuridicamente la stessa esistenza del soggetto di diritto internazionale in quanto tale, sono anche quelle che spiegano perché nessun soggetto di diritto internazionale può considerarsi *indifferente* alle norme del diritto internazionale vigente²⁴.

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

²⁴ È interessante citare l'opinione, alquanto sconvolgente, della CIG se si pensa a come sia radicalmente cambiata in pochi anni, dal caso del Mandato sul Sud-Africa, a quello del muro in Palestina. Nel primo la Corte afferma (Corte internazionale di giustizia, parere consultivo dell'11 luglio 1950, *International Status Of South-West Africa*), p. 132, «The "Mandate" had only the name in common with the several notions of mandate in national law. The object of the Mandate regulated by international rules far exceeded that of contractual relations regulated by national law. The Mandate was created, in the interest of the inhabitants of the territory, and of humanity in general, as an international institution with an international object - a sacred trust of civilization. It is therefore not possible to draw any conclusion by analogy from the notions of mandate in national law or from any other legal conception of that law. The international rules regulating the Mandate constituted an international status for the Territory recognized by all the Members of the League of Nations, including the Union of South Africa», da cui, poi, nasce la discussione sia sulle analogie e influenze reciproche tra diritto interno e diritto internazionale, sia sulla possibilità o meno che certe prassi interne potessero creare norme generali di diritto internazionale: v. H. WALDOCK, *General Course, RCADI*, 1962, p. 62. Nel caso *del Muro* (Corte internazionale di giustizia, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*) afferma § 155: «The Court would observe that the obligations violated by Israel include certain obligations erga omnes. As the Court indicated in the Barcelona Traction case, such obligations are by their very nature "the concern of all States" and, "In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection." ... The obligations erga omnes violated by Israel are the obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination, and certain of its obligations under international humanitarian law» e aggiunge, §159: « ... It is also for all States, while respecting the United Nations Charter and international law, to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end».

In altre parole e per uscire di metafora, in uno Stato, la “semplice” nascita di un bambino, determina l’attribuzione ad esso (per certi versi addirittura già prima della sua nascita) di alcuni diritti e doveri, per il solo fatto di essere nato e di essere nato lì, a cominciare dalla cittadinanza, e cioè dal riconoscimento del fatto che quel nuovo nato (o nuovo arrivato) non solo esiste, ma gode di diritti, dispone di certe qualità, è destinatario di certi obblighi e garanzie o solo di alcuni di essi o di nessuno di essi.

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

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

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

Va solo aggiunto per completezza, che dal punto di vista logico, tra i due soggetti (l’individuo e il soggetto internazionale, Stato o non) non vi è differenza alcuna. Entrambi sono titolari di diritti “assoluti” per quanto attiene al proprio “interno”: l’individuo sui propri

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

E pertanto, solo per concludere su questo punto fondamentale: se è certamente possibile “creare” uno Stato, cioè un ente che abbia o cerchi di avere o a cui “si” attribuiscono certe caratteristiche, che soddisfi insomma a certi requisiti²⁵, perfino indipendentemente dal fatto che l’ente “creato” riesca ad esistere effettivamente come tale, cioè sia un soggetto di diritto internazionale, non è assolutamente possibile *creare* un soggetto di diritto internazionale. Per cui può darsi il caso di uno “Stato”, creato, formalizzato ed esistente, ma non soggetto di diritto internazionale con le conseguenze ovvie che, non essendo un soggetto, ha il nome di Stato, ma in realtà non ha uno *status* internazionale corrispondente: per l’assenza di certe qualità, non per una loro limitazione. E quindi, viceversa, può ben darsi il caso che un soggetto di diritto internazionale non sia uno Stato.

Basterebbe per fare degli esempi, pensare al caso dello “stato dell’Isola delle rose”²⁶, o ad Andorra, o al Principato di Monaco, a San Marino, a Nauru, fino al recentissimo presunto stato del Kosovo. Che sono enti “creati” per essere “Stati”, ma che non riescono ad essere soggetti di diritto internazionale, pur ricevendo, per così dire, tutti i “salamelecchi” normalmente “dovuti” allo Stato, ma, appunto solo salamelecchi, che arrivano fino alla *membership* delle NU, per alcuni dei citati. Non, ad esempio nemmeno quello e non è un caso, per il Kosovo²⁷ o per l’Isola delle Rose, semplicemente nemmeno preso in considerazione

²⁵ Per usare ancora la terminologia del *Covenant*, art. 22 co.3: «Certain communities formerly belonging to the Turkish Empire have reached a stage of development where their existence as independent nations *can be provisionally recognized* subject to the rendering of administrative advice and assistance by a Mandatory until such time as they are able to stand alone...», dove la famosa “incomprensibile” frase in corsivo, significa in realtà che l’affermazione del loro *status* è opera unica degli Stati ... veri, per così dire!

²⁶ Più precisamente Repubblica Esperantista dell’Isola delle Rose e, in esperanto, *Esperanta Respubliko de la Insulo de la Rozoj*, fondata il 1.5.1968 e ... “occupata” dalla polizia italiana il 26.6.1968 e poi distrutta nel febbraio 1969. Difficile mettere in dubbio non solo che il soggetto non c’è, ma anche che mai è nato, pur avendo emesso i rituali francobolli e addirittura battuto moneta: il *Milo*. Sta in fatto però, che la questione non fu trattata giudizialmente, cioè il proprietario, il sig. Rosa, non fu imputato né accusato di alcunché, per cui, in qualche modo, è legittimo pensare che la vicenda sia stata trattata come una vicenda internazionale ... una vera e propria guerra con occupazione del territorio e sua distruzione: *debellatio*, con il Capo di Stato ... graziato!

²⁷ La cui *Dichiarazione di indipendenza*, del 17.2.2008, afferma proprio la *non* soggettività internazionale, quando al punto 9 dice: «We hereby undertake the international obligations of Kosovo, including *those concluded on our behalf*

dalle NU, il primo, spazzata via da un gruppetto di Finanziari, la seconda. Così come può, invece, accadere l'inverso come ad esempio per l'OLP-Palestina, soggetto indiscutibile di diritto internazionale che stipula accordi internazionali con Israele e non solo²⁸, citato come tale ripetutamente nel *Parere consultivo* sul Muro in Palestina, poi "nominato" stato non-membro delle NU²⁹, che, grazie alla qualifica (inconsistente nella effettività dei fatti) di "stato" può, però, aderire ad Organizzazioni internazionali dove la *membership* è limitata agli Stati in senso formale. Ma, si può anche pensare al *Da'ish* o ISIS, per un certo tempo sicuramente soggetto di diritto internazionale ma non certo *Stato* benché autonominatosi tale³⁰. O, infine, alla Santa Sede, osservatore permanente alle NU, sicuro soggetto di diritto internazionale in quanto Santa Sede, ma, verosimilmente, non Stato-soggetto di diritto internazionale Città del Vaticano³¹, capace di stipulare accordi internazionali veri e propri con molti Stati, ma non con tutti, priva, nell'ottica di Josip Stalin, di divisioni³², ma ricca di influenza anche decisiva sui comportamenti delle persone in maniera trasversale.

5. Società e Comunità: il peso della razionalità

Nel proporre i due esempi di cui al paragrafo precedente, ho dunque ipotizzato due raggruppamenti umani, l'uno casualmente e l'altro elettivamente tale, dove quest'ultimo predispone un meccanismo di funzionamento del raggruppamento stesso, attraverso la scelta cosciente e *deliberata* di strumenti per la gestione della convivenza stessa: in particolare la nomina del re o capo, e quindi, perché ne è una conseguenza, la creazione della gerarchia, sia dei poteri che delle norme. Insomma, qualcosa di molto simile ad uno Stato o ad una qualunque altra organizzazione strutturata e quindi gerarchizzata, "ideale", in cui inoltre, le

by the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK)» (corsivo mio), rispetto alla quale la stessa CIG, nella sua sentenza, afferma al punto 77: «the Republic of Serbia informed the Secretary-General that it had adopted a decision stating that declaration represented a forceful and unilateral secession of a part of the territory of Serbia, and did not produce legal effects either in Serbia or in the international legal order», ma la cui conclusione ambigua conferma appieno la discutibile natura nonché di Stato, anche solo di soggetto di diritto internazionale del Kosovo, punto 122: «The Court has concluded above that the adoption of the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law, Security Council resolution 1244 (1999) or the Constitutional Framework. Consequently, the adoption of that declaration did not violate any applicable rule of international law», Corte internazionale di giustizia, parere consultivo del 22 luglio 2010, *Accordance with international law of the unilateral Declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ *Recueil*, 2010, p. 403 ss. Sta in fatto che a tutt'oggi il Kosovo non è membro delle NU, e non partecipa neanche come osservatore.

²⁸ V. G. GUARINO, *La questione della Palestina nel diritto internazionale*, Torino, 1994. Che poi Israele, dopo averli regolarmente sottoscritti, non consideri quegli accordi internazionali dei trattati è cosa diversa, ma non cambia la realtà. Anche Theobald Bethmann Hollweg, se non sbaglio, dopo averli regolarmente sottoscritti, parlava dei trattati sulla neutralità come *chiffon de papier* prima di invadere il Belgio neutrale nel 1914! Né l'una né l'altro, penso, passeranno alla storia come fondatori preclari del diritto internazionale moderno.

²⁹ Con la *A/RES/67/19 del 29.11.2012*.

³⁰ V. G. GUARINO, *Il conflitto in Siria tra guerra rivoluzione e terrorismo: alla ricerca di una logica (... normativa?)*, Napoli, 2017.

³¹ È appena il caso di ricordare la suggestiva ipotesi di R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, p. 509 ss. che ipotizza come soggetto la Chiesa Cattolica.

³² V. A. RICCARDI, *La potenza profonda*, in *Limes*, 2009, n. 2, osservazione sarcastica alla quale, pare, Pio XII abbia risposto, alla morte di Stalin: «Ora Stalin vedrà quante divisioni abbiamo lassù!», osservazione, invero, un po' troppo livorosa per un Papa!

regole, costruite *ad hoc*, sono modificabili, e cioè si evolvono, *secondo meccanismi precostituiti e riconosciuti come adeguati*. Per cui in quest'ultimo, la modifica formale delle norme, avviene *a. - esplicitamente* grazie alle regole che la consentono e la regolamentano e, *b. - non esplicitamente*, attraverso la loro interpretazione: meccanismi entrambi *previsti* come parte del sistema³³. L'altro, invece, pur essendo *coscientemente* un gruppo sociale, benché non elettivamente composto - perché unito solo di fatto, *dal fatto* di trovarsi necessariamente a convivere, che è, appunto, il caso della Comunità internazionale dove i membri di essa (quelli che giuridicamente si definiranno i soggetti) sono obbligati alla convivenza sulla Terra - determina altrettanto di fatto, regole di convivenza indispensabili per la convivenza stessa, pur se conflittuale, regole che perciò, proprio perché necessarie alla convivenza ma in nessuna maniera formalizzabili, sono anch'esse in continua "evoluzione", non, però, grazie a meccanismi formali, che non esistono, ma in ragione delle *spinte individuali dei soggetti stessi*: i soggetti, infatti, non solo non si possono "aggregare" elettivamente dato che sono aggregati *di fatto* per essere attivi ed operanti sulla Terra, ma non *riconoscono* né accettano né nominano un "capo" e nemmeno definiscono *direttamente* le regole. Ma costoro, accettano, magari *oborto collo*, la necessità di applicare e, specialmente, pretendere di *fare applicare* talune regole in quanto utili e necessarie alla sopravvivenza del gruppo e pertanto obbligatorie (insomma regole giuridiche) e permanenti, almeno fin tanto che non cambino³⁴. E pertanto, per dirla in termini giuridici, quelle regole di fatto si devono definire *legittime* e, in quanto suscettibili di legittimare la pretesa a vederle applicate, sono definibili anche come *valide*: esistono e c'è chi può pretendere legittimamente che vengano applicate.

Ragion per cui, i soggetti obbligati di fatto alla convivenza, non si caratterizzano per il loro potere, la cosiddetta sovranità – che, in quanto tale, non ha senso veruno se non in confronto dialettico con "quella" di un altro³⁵ - ma per la loro eguaglianza appunto dialettica e quindi "paritaria", perché la pur possibile "maggior forza" materiale dell'uno non si impone formalmente all'altro, per il fatto che è proprio, o anche, quell'uno che nega e rifiuta la possibilità di un sistema imperativo e gerarchico tale che, benché possa imporre con la forza la propria volontà al più debole, esclude che un altro possa legittimamente imporgli la propria

³³ V. A. FALZEA, *Introduzione*, cit. p. 493: «Sono questi fattori problematici [la inevitabilità delle lacune] che spiegano, con specifico riguardo alla legge, l'inevitabile ... differenziarsi del linguaggio giuridico in due linguaggi o livelli linguistici di importanza e dignità normativa diseguali, ma entrambi indispensabili ... : il linguaggio *della* legge e il linguaggio *sulla* legge, che è il linguaggio dell'interpretazione ... è suo il compito di recuperare al diritto tutte le sue norme e specialmente quelle imperfettamente e incompiutamente manifestate dalla prassi sociale e dalla legge ... ». Appunto, nel lucidissimo discorso di Falzea, il recupero (non la costruzione soltanto!) di tutte le sue norme, cioè anche di quelle "nascoste", frutto della interpretazione, che, aggiungo io e lo approfondisco nel testo, *in parte* scopre quelle nascoste (cioè interpretandole le porta alla luce piena: *autopoiesi*) e *in parte* innesca un meccanismo di "costruzione" di norme nuove e quindi *evolve* (mi si perdonerà l'uso transitivo di un verbo abitualmente intransitivo) il sistema, grazie alla ragione che vi svolge un ruolo decisivo.

³⁴ Si potrebbe ricordare al proposito la definizione di E. DURKHEIM, *Lezioni di sociologia*, cit., p. 129, che, sia pure a proposito della formazione di società primitive, ma, come le definisce l'Autore, "solidali", per creare una società più ampia, afferma che i vari gruppi «*si condizionano mutualmente*. Le parti non si sono prima organizzate per formare un tutto, che si è organizzato in seguito a loro immagine, ma *il tutto e le parti si sono organizzati allo stesso tempo ... poiché le società politiche implicano l'esistenza di un'autorità* e poiché questa autorità non appare se non laddove le società comprendono in sé una pluralità di società elementari, le società politiche sono necessariamente poli-cellulari o poli-segmentarie» (corsivo mio). Difficile non fare scattare alla mente una relazione con la teoria dei frattali e quindi con la loro strutturale identità, B. MANDELBROT, *Les objets fractales*, Paris, 1975, pur nella molteplicità, teoricamente infinita, delle loro aggregazioni: tutte "calcolabili", la calcolabilità, mi si permetta di dire, del caos.

³⁵ Non diversamente, a ben vedere, dalla libertà di un individuo, delimitata solo dalla libertà di un altro o degli altri.

volontà, se non con la forza e quindi *non legittimamente*. Non a caso i soggetti di diritto internazionale nascono – o, più precisamente, diventano riconoscibili come enti separati, distinti e diversi dai soggetti di diritto internazionale già esistenti, e quindi *altri*, ma uguali – quando, secondo il noto brocardo, il *Rex, in regno suo superiorem non recognoscens, est imperator*, cioè quando affermano, non contrastati o non contrastati a sufficienza, la propria esistenza e la propria autonomia, al punto che, come ricordavo prima, lo stesso Papa Innocenzo III, già nella Decretale *per venerabilem* ne riconosce nonché l'esistenza, l'autonomia, sia pure limitatamente a certe funzioni, l'accettazione dell'autonomia delle quali è accettazione del *fatto compiuto* e con quali conseguenze “epocali” lo abbiamo visto sopra. Il *Rex*, dunque, nel dichiarare di esistere e di non riconoscere un superiore, afferma, certo, la propria esistenza, ma anche quella dell'altro (*in regno suo*) anzi, degli altri, dei quali perciò non può che essere uguale. Il Papa o l'Imperatore pretendono di regnare su *tutto*, il *Rex* no, solo sul *suo*. E quindi il *rex*, dato che diventa *imperator* solo quando non riconosce una autorità superiore *in regno suo*, è “sovrano” rispetto agli altri, non superiori né inferiori a lui e quindi uguali. Ma, infine, dato che è sovrano nel regno *suo* dà per scontato che in qualche maniera il “suo” debba trovare un fondamento di legittimità, non solo nella imposizione degli stivaloni.

Ciò posto, una società o comunità che sia, in tanto esiste in quanto sia, in qualche maniera “organizzata”: nel senso che sia tale che sia sempre razionalmente, nel nostro caso *giuridicamente*³⁶, prevedibile il modo in cui la società/comunità stessa (e per essa, se del caso, i suoi organi) reagisce e reagirà ad un fatto o ad un comportamento. In altre parole, in ogni società/comunità, formalmente organizzata o strutturata che sia e indipendentemente dalla sua “dimensione” ed eventuale “collocazione” in un altro ente social-comunitario, la *logica* del suo funzionamento è sempre necessariamente la medesima: 1. comando-disposizione, 2. obbligo-facoltà, 3. garanzia. Ogni società, in altre parole, contiene o può contenere nel suo seno altre società strutturalmente analoghe, e reciprocamente ogni società fa necessariamente riferimento ad una più grande della quale è parte, che non vuol dire che ne sia succube³⁷: tutte, meno la Comunità internazionale, che è la, attuale, massima (per ampiezza) struttura sociale conosciuta. Ragion per cui, quando anche manchi (apparentemente) la regolarità o la prevedibilità dei comportamenti di cui sopra, quella regolarità e prevedibilità non può non essere ricostruibile, esattamente nello stesso modo in cui è ricostruibile, secondo un modello matematico/geometrico l'andamento di una costa o così come è possibile, grazie ad un altrettale modello, “prevedere” gli eventi meteorologici cioè ricostruire la logica di quegli eventi e delle “forze” che li determinano. In altre parole, a mio parere, così come è possibile “calcolare” il caos pervenendo cioè a negare l'esistenza stessa del caos, che in sé è un concetto impossibile, *eventi esterni imprevedibili a parte e quindi, in una società umana, volontà esterna a parte*, è possibile ricostruire in termini normativi la struttura di ogni singolo sistema sociale, anche di quello (come è quello internazionale) dove regna, almeno apparentemente, l'anarchia, ma non il caos. Anarchia, quindi, a sua volta, ricostruibile razionalmente, posto che è la stessa anarchia ad essere parte integrante dello stesso sistema giuridico, nel caso, internazionale: l'anarchia, dunque, gioca un ruolo simile a quello, cui accennavo prima, dell'interpretazione. Può, in sostanza, mancare lo *strumento* per la creazione e la realizzazione del comando, non il comando.

³⁶ V. sul punto le interessanti e ben note pagine di A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, Milano, 1996, p. 19 e *passim*.

³⁷ Come in B. MANDELBROT, *Les objects fractales*, cit.

6. Alcuni elementi strutturali per un'analisi della società e della comunità umana come "macchina"

Ai fini di questo lavoro pur senza volere minimamente entrare in una analisi di tipo sociologico che non mi compete, mi limito a definire la prima delle due ipotesi di società esemplificate sopra, una società umana – suscettibile anche di diventare un soggetto di diritto internazionale e quindi anche uno Stato - e la seconda una comunità umana – per quanto ci riguarda, composta di soggetti di diritto internazionale tra cui gli Stati; dove “umana” non esclude che nella seconda i soggetti destinatari delle norme siano entità astratte come i soggetti di diritto internazionale, che pur sempre gestiscono attività umane. Mi riferisco, con quella distinzione, alla definizione ben nota del Tönnies, secondo il quale: «Il rapporto in sé, e quindi l'associazione, viene concepito o come vita reale e organica – e questa è l'essenza della comunità – o come formazione ideale e meccanica – e questo è il concetto della società»³⁸, con, mi si permetta, la sostanziale notazione aggiuntiva per cui la “associazione”, di cui parla Tönnies, non ha nulla di volontario, nel caso della Comunità internazionale, pur essendo come perfettamente intuito dal Tönnies, una entità di vita reale e, specialmente, “organica” e razionale. Per quanto ci riguarda qui ciò che importa è che, mentre una società presuppone, magari solo in astratto, la *scelta* di farne parte e di contribuire in qualche modo al suo funzionamento, la comunità è un dato di fatto: se ne è parte che lo si voglia o no o perché le circostanze *creano* la comunità. Ma, trattandosi come vedremo, di una comunità umana e quindi razionale, dal punto di vista giuridico non vi è nulla di “naturale” nella Comunità internazionale. Insomma non vi è in quella espressione, alcun riferimento al “diritto naturale”; anche parlando, come faccio tra un momento di “macchina” essa è sempre una macchina razionale che “crea” le proprie regole “meccaniche”.

In termini giuridici, ogni raggruppamento umano, sia esso una comunità, come quella internazionale dei soggetti di diritto internazionale, sia esso una società umana eretta in Stato o costituita *in* uno Stato, è giuridicamente rilevante in quanto e finché sia identificabile in un tempo, in uno spazio e nei suoi membri, i quali dunque, dal punto di vista del diritto, sono in quanto tali tutti identificabili *a priori* come tali, e cioè parti di una comunità di soggetti di diritto internazionale o di una società di diritto interno, cioè di uno Stato o di una entità umana che mira a diventare uno Stato o altro³⁹ e che perciò “si” organizzano per lo

³⁸ F. TÖNNIES, *Comunità e Società*, cit., pos. 853 «Ogni convivenza confidenziale, intima, esclusiva (così scopriamo) viene intesa come vita in comunità; la società è invece il pubblico, è il mondo. In comunità con i suoi una persona si trova dalla nascita, legata a essi nel bene e nel male, mentre si va in società come in terra straniera. Il giovane viene messo in guardia contro la cattiva società; ma parlare di «cattiva comunità» è contrario al senso della lingua». *Mutatis mutandis*, si potrebbe dire che la Comunità internazionale non è né buona né cattiva, perché è solo la collocazione concettuale e fisica in cui si trovano i soggetti di diritto internazionale, che sono, in quanto tali, delle società. Nella Comunità internazionale, appunto, ci si *trova* dalla nascita del soggetto, non si sceglie di farne parte, *ma non si può non farne parte*.

³⁹ Affermo ciò, alla luce della ricostruzione a mio parere più attendibile del principio della autodeterminazione dei popoli, ove, appunto, il “diritto” del popolo (virgolettato perché un popolo non essendo soggetto di diritto internazionale, non è titolare di diritti, ma destinatario di garanzie, appunto grazie alla esistenza della Comunità internazionale) è condizionato dalla identificazione e delimitazione fisica del popolo al quale riconoscere e garantire il diritto stesso: e non solo nello spazio e nella identità dei suoi membri, *ma anche in un tempo*, i tempi del diritto internazionale. Questo è un punto molto importante, sul quale tornerò più avanti e che aiuta a comprendere meglio il discorso che segue, perché parlare di diritto, di ordinamento giuridico, della sua natura e struttura e della sua collocazione sociologica, presuppone che si parli di un *certo* popolo e del relativo diritto o di una *certa* società e della relativa organizzazione, ma la dottrina in genere, poco o punto si cura di accertare *quale e perché quello e non altro* sia il popolo come entità significativa per il diritto internazionale e pertanto, se del

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

Ma anche il termine *organizzazione* va precisato, perché non mi riferisco necessariamente ad un sistema *deliberatamente* organizzato, dato che può ben darsi il caso (che, poi, è esattamente quello della Comunità internazionale) in cui una organizzazione di fatto vi sia, sia rilevabile, ma non derivi da una serie di scelte organizzative deliberate dei soggetti di essa, benché i soggetti stessi non solo ne siano perfettamente coscienti, ma sappiano anche altrettanto perfettamente come fare per cercare di modificare l'organizzazione specifica esistente in *quel determinato momento*. E dunque, deliberata o meno che sia, *sia* la *composizione* della società/comunità *che* la sua organizzazione attuale, quel raggruppamento umano può (e deve) essere definito e analizzato per ciò che è, visto per così dire dall'esterno: e cioè una “macchina” che funziona di per sé e autonomamente se, quando, secondo e in conseguenza dei modi in cui le sue singole parti “funzionano”, determinando ciascuna parte il funzionamento delle altre parti e quindi del complesso della macchina. Che, però, non ha un “fine” suo proprio: è solo chi la usa che può determinare quel fine, ma, appunto, solo dall'esterno⁴⁰.

caso, lo *Stato* di cui si parli. Magari trascurando il fatto che lo stesso concetto di Stato va predefinito (almeno nella sua identità) per poterne studiare la struttura anche giuridica. Sul punto, v. il mio *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli, 1984 e più di recente in sintesi, *Autodétermination des peuples et respect de la volonté populaire*, in *Consulta Online*, 2013, www/giurcost.org/studinew2013.htm, entrambi anche in *academia.edu*. Lo Stato, a mio parere, è l'ente organizzativo risultante *da* e che definisce *una* “certa società umana”, che appunto non è un semplice gruppo umano, dato che si organizza o viene organizzato in Stato. In entrambi i casi, lo Stato è un possibile soggetto di diritto internazionale, *ma non lo è necessariamente*, nella misura in cui, ad esempio, non riesca effettivamente a svolgere le sue funzioni, in particolare se e quando *non corrispondente alla effettiva volontà ed aspirazioni popolari*. *Soggetto* di diritto internazionale, è, invece a mio parere, un ente purchessia capace di farsi valere sul piano dei rapporti internazionali sia o meno organizzato nella forma dello Stato. Dal punto di vista della legittimità di diritto internazionale, dunque, lo Stato può non essere legittimo, pur godendo delle prerogative di uno Stato finché resti o gli si consenta di restare tale, mentre un ente non Stato, purché sappia e riesca a svolgere le proprie funzioni, può ben essere un soggetto di diritto internazionale. Con l'ulteriore finale corollario per cui è il soggetto di diritto internazionale (Stato o non Stato) quello che può, *e il solo che può*, definire le proprie funzioni e il proprio ambito di competenza, se del caso in via contrattuale. Cioè, l'ambito spaziale di competenza dello Stato, è definito dal popolo che si identifica in quello Stato o soggetto di diritto internazionale, con il solo limite della eventuale contrattualità di detta definizione.

⁴⁰ V. sul punto G. GOTTLIEB, *The Logic of Choice: an investigation of the concepts of Rule and Rationality*, London, 1968, p. 105 ss. e p. 116, dove, applicando però il tema alle norme tipicamente di diritto interno, costruisce il tema della gerarchia, su cui dovrò tornare più avanti: «Standing orders belong to the same category of inference, guidance devices. They may be couched in more general language than specific orders for immediate action. Such standing orders are designed however to trigger obedience upon the occurrence of certain events. Thus a ballistic attack on a U.S. base in Germany may call for the automatic launching of Polaris missiles. The addressee

Per usare, quindi, la terminologia e le immagini adoperate brillantemente da Hart⁴¹, quello che dobbiamo studiare è un raggruppamento umano e il suo funzionamento, in quanto “oggetto” per così dire guardato dall'esterno, cosicché quel “certo raggruppamento umano”, osservato dall'esterno, può apparire ed essere definito una società, piuttosto che un semplice gruppo umano non organizzato (cioè una Comunità) ma *del tutto indipendentemente dal modo in cui lo stesso gruppo umano definisce sé stesso*: per cui dal suo punto di vista può accadere che esso si autodefinisca come società, mentre, analizzato dall'esterno “oggettivamente”, tale non appaia e viceversa. E inoltre, a mio parere, può e, pertanto, deve essere analizzato per quello che è, per quello che fa, per quello che può fare, ma non mai per quello che, in ipotesi, “vuole fare”, né per quello che qualcuno o qualcosa “voglia fargli fare”.

6.1. Macchina giuridica, comunicazione e scelte tragiche

In altre parole, non credo che occorra la *rivoluzione* (peraltro necessaria allo scopo di ridurre l'entropia del sistema giuridico) per rispondere alle cc. dd. “scelte tragiche”⁴², né restare nell'inazione⁴³. Mi riferisco all'ipotesi fatta brillantemente da Luhmann⁴⁴, che analizza la famosa “scelta tragica” dell'ipotesi “di scuola” del terrorista che ha nascosto una bomba atomica che esploderà in un certo momento, e che, stanti le norme (nel caso la GG tedesca art. 1⁴⁵ ma certo la cosa vale anche per altri ordinamenti moderni) che fanno divieto di tortura, in nome del rispetto della dignità umana o, se si preferisce, dei diritti fondamentali dell'uomo, non potrebbe essere torturato come unico mezzo per conoscere la collocazione o il modo per disattivare la bomba, con la conseguenza di potere solo attendere, impotenti e immobili, l'esplosione della bomba. Ma in realtà, questo discorso trascura il fatto che, indipendentemente da un eventuale intervento esterno in quanto tale evolutivamente rivoluzionario, le stesse norme interne, molto probabilmente (anzi, direi, certamente) così come sono basterebbero a superare l'ostacolo insormontabile della dignità umana, ad esempio facendo riferimento alla necessità di evitare una strage, che è sicuramente un reato gravemente lesivo anch'esso della dignità umana (o più semplicemente, dei diritti dell'uomo), previsto nel codice penale, sottoposto, a sua volta, alla Costituzione. Ma il punto è che, indipendentemente dalle gerarchie formali tra le norme, è l'interpretazione complessiva dell'ordinamento quella che prevale “razionalmente”, dato che la gerarchia normativa è solo uno strumento organizzativo del sistema giuridico: in quanto tale non razionale né

of the order is not expected to be cognizant with the policy behind it, but merely to do as he is told, to launch the missile upon the happening of certain events. A 'doomsday machine' does not follow a rule, it is designed to carry out standing orders... The concept of command involves moreover a hierarchical relationship between superior and inferior». Corretto. Ma, la gerarchia non c'entra: la base USA risponde al fuoco perché il meccanismo prevede una certa risposta ad un certo stimolo. È certo che chi comanda è razionale, ma la sua razionalità, la sua reazione, anche la possibilità di scelta nella sua reazione, è *parte della meccanica della macchina sociale* de qua. L'evento esterno, quindi, sarebbe la *decisione di non rispondere secondo regola* all'attacco: questa decisione di libera scelta razionale, avrebbe un effetto evolutivo sul sistema, finora statico, *entropico*.

⁴¹ H.L.A. HART, *The concept of Law*, Oxford, 1961, edizione Kindle.

⁴² G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Milano, 2006.

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

⁴⁴ N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, Roma, 2013, p. 49 ss.

⁴⁵ Germania, *Grundgesetz*, art. 1 : «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt./ Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt».

necessariamente logico⁴⁶. E ciò del tutto a prescindere dalla giustizia o ingiustizia di evitare la tortura o evitare il massacro, di cui molto parla Luhmann, a mio parere, poco a proposito⁴⁷.

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

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

Perciò, società o comunità che si voglia chiamare quella internazionale, anch’essa è sempre definibile strutturalmente e analizzabile come una “macchina” - o meglio, con un po’ più di sofisticazione terminologica, di “sistema complesso” - a prescindere dal fatto che la sua “organizzazione” sia o meno deliberata. Dove, quindi, occorre differenziare, come dicevo, tra il funzionamento puro e semplice di essa e la *finalizzazione*, eventuale, della stessa.

⁴⁶ Cosa che, se mi si permette, è in qualche modo corrispondente all’esempio portato da Jehrings (*La lotta per il diritto*, cit., p. 111 ss., ma v. già prima, p. 57, sul diritto come eterno divenire) di Shylock, che, nell’ottenere giustizia formale e piena, che rivendica e ottiene, non può soddisfarsene, grazie potremmo dire ad un “cavillo”. Più “avvocatescamente”: *dura lex sed lex!*

⁴⁷ R. JEHRING, *La lotta per il diritto*, cit., p. 74 ss.

La macchina funziona secondo quello che fanno le sue varie parti, ma può essere finalizzata a scopi diversi: a muoversi, a sollevare, a pompare, ecc. o, per quanto ci riguarda, per essere lo strumento di gestione di uno Stato, quello di organizzazione di attività economiche, quello di coordinamento delle attività di soggetti di diritto internazionale, ecc. E quindi, importantissimo, anche ad esempio, del *modo* per creare regole di comportamento, del *modo* di svolgere l'uso della forza, del *modo* di redigere trattati e così via: modo, cioè di procedere.

La “singolarità”, mi si perdoni il termine, della Comunità internazionale rispetto a qualsiasi società, è che, riferendomi alle citate tesi di Gottlieb, il “comando” esiste, ma *non determina una gerarchia*⁴⁸.

Una macchina siffatta, “naturale” o artificiale che sia, si definisce, come è noto e quindi non è il caso di approfondire ulteriormente, “*sistema complesso*”, per intendere, sostanzialmente, che il meccanismo “funziona” solo se, quando e in quanto tutte e ciascuna delle sue parti svolgano le funzioni per le quali “sono fatte”: deliberatamente, per lo più, nel caso di una società, non deliberatamente nel caso di una comunità. Tornando al riferimento ai frattali, si può dire che una società e a maggior ragione una comunità come quella internazionale, è la somma di molte diverse macchine – “governate” da una logica sostanzialmente uguale⁴⁹ - il cui funzionamento simultaneo determina il funzionamento “corretto” della comunità o società che sia, ma dove quindi, il mancato o “inaspettato” funzionamento di una o più delle sue parti, determina il mancato funzionamento della macchina o il suo funzionamento “inaspettato”. Ma, come vedremo subito, se è evidente che, essendo la comunità composta di entità razionali, è il comportamento deliberato di uno o più dei suoi membri quello che può determinare il funzionamento “inaspettato” di una parte di essa e per conseguenza il diverso funzionamento complessivo della comunità stessa, è altrettanto evidente che, mancando un qualsivoglia “meccanismo” deliberato per determinare il diverso comportamento della comunità, l'azione con cui si modifica il comportamento di una parte non determina un cambiamento “voluto” del funzionamento della intera comunità⁵⁰.

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

⁴⁸ V. sulla questione P.A. WEISS., *The basic Concept of Hierarchic System*, in ID. (a cura di), *Hierarchically organized systems in theory and practice*, New York, 1971, p. 13 ss., e J.S. COLEMAN, *Social Systems*, in ID. (a cura di), *Hierarchically organized systems*, cit., p. 73 s.

⁴⁹ Nel senso di B. MANDELBROT, *Les objets fractales*, cit., p. 15 : «Tous les objets naturels déjà cités sont des “systèmes”, en ce sens qu'ils sont formés de beaucoup de parties distinctes, articulées entre elles, et la dimension fractale décrit un aspect de cette règle d'articulation. Mais la même définition s'applique également à des 'artefacts'. Une différence entre les systèmes naturels et artificiels est que, pour connaître les premiers, il est nécessaire d'utiliser l'observation ou l'expérience, tandis que, pour les seconds, on peut interroger le réalisateur. », cioè gli autori del sistema giuridico, o i soggetti del sistema cui appartengono, pur non essendone gli autori.

⁵⁰ Citando MAO ZEDONG, si potrebbe parafrasare la famosa frase, in *Il libretto rosso*, Enna, 2019, edizione kindle, pos. 144 («... la rivoluzione non è un pranzo di gala, ... La rivoluzione è un atto di violenza, è l'azione implacabile di una classe che abbatte il potere di un'altra classe») per dire semplicemente che per cambiare le funzionalità della macchina occorre una volontà deliberata di modificarla, come ad es. la rivoluzione, che non può essere contemplata tra le regole proprie della macchina-comunità.

appunto da una scelta⁵¹ per dir così “esterna”, che può perfino determinare *a.*- un diverso funzionamento della stessa macchina – insomma il cambiamento di parte o di tutto il meccanismo – e, *b.*- l’assegnazione a quella società/comunità di fini o obiettivi etici o politici, che possono incidere anche sul funzionamento della macchina/società stessa. Solo che, nella misura in cui i meccanismi sociali sono anche razionali, nel primo caso, per lo più, i cambiamenti sono nella e della struttura stessa della macchina sociale, come potrebbe essere il meccanismo di emendamento costituzionale. Al contrario, in entrambi i casi – nel secondo, sempre, nel primo talvolta - agiscono *dall'esterno* sul funzionamento della società per determinare così nuove regole (come potrebbe essere il caso o di una “revisione” costituzionale o di una *rivoluzione*⁵²), 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”⁵³.

In altre parole e per chiarire meglio quanto dico, una macchina qualsiasi o anche un organismo vivente, non dotato di “ragione” - e quindi, benché non priva di capacità evolutiva⁵⁴, non dotata 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 per fare”, ben diversamente da una macchina dotata di ragione umana⁵⁵. Può invece, *essere utilizzata* per funzioni diverse, ma ciò non “dipende” dalla macchina, ma da chi la utilizza. Così come, in sostanza, lo stesso motore può essere utilizzato per muovere un’automobile o per produrre elettricità, un organismo vivente, come sopra privo di libero arbitrio, analogamente ad un motore fa solo ciò per cui è predisposto, salva l’utilizzazione “finalizzata” di esso: come ad esempio un

⁵¹ *Sia interna, che esterna*, nel senso della provenienza che implica una ulteriore distinzione rispetto alla macchina pura e semplice, dato che, l’intervento delle scelte razionali incide *sempre dall'esterno* sulla macchina sociale *a meno che non sia essa stessa, parte integrante del sistema*, con tutte le conseguenze su cui anche più avanti. Sul punto specifico, v. le fondamentali osservazioni di E. LASZLO, *Evolution, the Grand Synthesis*, Boston, 1987 specialmente p. 38 ss.

⁵² V. A. SCHIAVONE, *Eguaglianza: una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2019, p. 20 ss., e v. anche p. 59 ss., per un riferimento ad una sorta di “sclerosi” dell’ordinamento giuridico, cui in qualche modo faccio riferimento quando parlo del “pericolo” dell’entropia, combattuto dalla funzione evolutiva della rivoluzione.

⁵³ Voglio dire che una società qualsiasi dispone (può disporre) di strumenti destinati a cambiare, almeno in parte, il funzionamento della macchina sociale partecipando, così, al processo evolutivo della stessa, ma può anche *subire* le richieste di cambiamento, sia imposte da un altro, esterno, gruppo sociale, sia imposte in violazione delle “regole evolutive” proprie della società. In termini giuridici, è ovvia la differenza tra i meccanismi di cambiamento, ad esempio delle norme o dell’ordinamento giuridico di uno Stato nel rispetto delle procedure costituzionali previste nell’ordinamento stesso, e i cambiamenti, per dir così traumatici, imposti sia dall’esterno (la conquista, ad esempio, detto ovviamente in senso atecnico, la conquista non essendo contemplata come legittima nel diritto internazionale) che dall’interno (la rivoluzione).

⁵⁴ 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*.

⁵⁵ Lo sviluppo sempre più avanzato di “macchine pensanti”, capaci di incidere in qualche misura su sé stesse, non credo che permetta, allo stato dei fatti, di porre sullo stesso piano qualitativo una macchina per quanto sofisticata e un essere umano e la relativa società. Basterebbe ricordare ad esempio le fantastiche invenzioni di un 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, ammesso e non concesso che possa, e lo danneggi.

batterio, che può essere dannoso o utilizzato (quindi grazie ad una scelta dall'esterno) per guarire una malattia. Fin qui è “semplice” e ben nota realtà sperimentale e misurabile⁵⁶.

E dunque, prima di passare oltre, va sottolineata l'assoluta necessità di tenere sempre ben distinto ciò che è *proprio della macchina* (e quindi dei suoi meccanismi) da ciò che *dall'esterno* viene chiesto, o meglio imposto, alla macchina stessa. Per esempio, come accennavo sopra: lo stesso motore può essere utilizzato per muovere una automobile o una barca e dunque, in quanto posto nell'una o nell'altra più grande macchina (e quindi più *complessa*) può ricevere, dall'utilizzatore, compiti diversi, ma può anche “automaticamente” svolgere compiti diversi, tanto più numerosi quanto maggiore sarà la complessità della macchina risultante dalla “somma” delle macchine meno complesse e dagli eventuali input di chi la controlli. E dunque, con l'aumentare della complessità, aumenta anche la “capacità di scelta” del sistema più complesso, e così via⁵⁷.

6.2. La valenza della ragione

E allora, per aggiungere un ulteriore riferimento, è la *ragione*, intesa come capacità di scelta razionale, quella che differenzia la macchina/società umana dalla macchina/società, ad esempio animale. Ora, se è vero che la gran parte (tutti?) degli animali sono privi di ragione paragonabile a quella umana, almeno allo stato attuale delle conoscenze (di noi umani!) gli animali possono essere considerati ed utilizzati come strumentali rispetto all'uomo cioè come parti della macchina destinata al benessere dell'uomo o meglio al funzionamento della società umana. E quindi, immaginare la necessità di garantirne il benessere come esigenza oggettiva della società umana, è solo una sovrastruttura concettuale, che somiglia molto ad un tentativo (maldestro, me lo si consenta) di “lavarsi la coscienza” per le sofferenze e limitazioni ad essi imposte per la loro dichiarata, *dagli uomini*, strumentalità per l'uomo. Difficile, anzi, sottrarsi al dubbio o se preferite all'ironia, che certe “attenzioni” e perfino complesse analisi sociologiche, filosofiche e etiche fino al parlare di interessi globali, per sorvolare sugli “standard normativi”⁵⁸ sottendano il dubbio: e se avessero la ragione e ... si ribellassero?

⁵⁶ 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.

⁵⁷ J.W.S. PRINGLE, *On the Parallel between Learning and Evolution*, in *Behaviour*, 1951, 3, p. 174 ss., H.A. SIMON, *The Logic of Rational Decision*, in *The British Journal of the Philosophy of Science*, 1965, p. 169 ss. Ma sul punto non vanno dimenticate le belle e famose pagine di J. HABERMAS, *Fatti e norme: Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Bari, 2013.

⁵⁸ V. A. PETERS, *Tierwohl als globales Gut: Regulierungsbedarf und – Chancen*, in *mpil research paper series* no. 2016-03, dove si afferma, p. 1 s.: «Meine Grundthese ist, dass ein globales Tierrecht als Rechtskorporus und als wissenschaftliche Disziplin zeitgemäß ist und entwicklungsfähig und -bedürftig ist, und zwar aus einem Dreischritt heraus: Erstens ist das Tierwohl eine Angelegenheit des globalen Interesses. Zweitens fehlen trotz des sich herausbildenden Problembewusstseins weitgehend (aber nicht vollständig) normative Standards zur Verbesserung des Tierwohls auf der internationalen Ebene. Als Beispiel für Wirkungsweise europäischer Standards und für die zweischneidigen Auswirkungen des geltenden Völkerrechts auf das Tierwohl werde ich näher auf den WTO-Seehundproduktefall eingehen. Drittens muß – und zwar aus mehreren, sich überlappenden Gründen – die Rechts- und Standardsetzung zur Verbesserung des Tierwohls global in puncto Struktur und in ihrem Regelungsbereich sein. Was ich unter globalem Recht mit der damit einhergehenden Internationalisierung des nationalen Rechts verstehe, erläutere ich am Ende und skizziere abschließend das

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

E dunque in conclusione, nella particolare società umana che è la Comunità internazionale, il fenomeno della autopoiesi⁵⁹ garantisce la perdurante funzionalità della macchina per “forza propria” della macchina stessa, che può giungere fino alla riproduzione (replicazione) di parte di essa o anche di tutta, oltre a consentire una modificazione progressiva delle proprie funzionalità, ma sempre grazie ai suoi stessi meccanismi. L'elemento della razionalità, invece, in quanto “agente esterno” e l'interconnessione tra i vari sistemi sociali, ne assicurano l'evoluzione e impediscono, o almeno rallentano, l'inevitabile processo verso l'entropia del sistema⁶⁰.

È l'alternanza continua di autopoiesi ed evoluzione, che gestisce, per così dire, la Comunità internazionale, ne interpreta e precisa le norme, ne crea scientemente di nuove.

begleitende Forschungsfeld, nämlich die globale Tierrechtswissenschaft», addirittura! Sul diritto all'immagine della scimmia statunitense, forse meglio sorvolare: United States District Court, Northern District of California, No. 15-cv-04324-WHO, *Naruto, et al.*, Plaintiffs, v. *David John Slater, et al.*, Defendants, 28.1.2016, dove, solo per completezza di informazione conviene sottolineare come NARUTO, sia un Macaco (*Macaca nigra*, altrimenti noto come *cinopiteco*) di sei anni, autore di un *selfie* con un cellulare ... non di sua proprietà.

⁵⁹ Sulla questione, molto importante, v ampiamente G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M, 1989, specialmente p. 36 ss.

⁶⁰ 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*» (corsivi miei). In termini analoghi si potrebbe citare il ben noto 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*» (corsivi miei).