diritto internazionale
giurisprudenza catania

Rosario Sapienza

Verso la deterritorializzazione del diritto internazionale della transizione infinita. Una premessa schmittiana ad un programma di ricerca

2009-2.2

Fogli di lavoro
per il Diritto Internazionale

Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*
Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*
Redazione: *Adriana Di Stefano, Federica Antonietta Gentile*, *Giuseppe Matarazzo*

Volume chiuso nel mese di dicembre 2009

FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale* è *on line*
http://www.lex.unict.it/it/crio/fogli-di-lavoro

ISSN 1973-3585
Cattedra di Diritto Internazionale
Via Gallo, 24 - 95124 Catania
Email: risorseinternazionali@lex.unict.it - Redazione: foglidilavoro@lex.unict.it
- Tel: 095.230857 - Fax 095 230489

La deterritorializzazione del diritto internazionale? Un programma di ricerca da Schmitt ai diritti umani

Pubblichiamo assai volentieri questo scritto del professor Sapienza che assicura la direzione scientifica alla nostra FLADI fin dalla sua fondazione. Nel suo saggio l'autore propone un vasto programma di ricerca per proseguire la sua riflessione sul diritto internazionale della transizione infinita.

La redazione

Rosario Sapienza

Verso la deterritorializzazione del diritto internazionale della transizione infinita. Una premessa schmittiana ad un programma di ricerca

Il diritto internazionale pubblico va progressivamente astraendo dal suo sostrato sociale e concreto, ed in particolare si va "deterritorializzando", va cioè perdendo quella sua caratteristica, che lo accompagnò negli anni, di essere condizionato dalla dimensione "territoriale" rappresentata dallo Stato sovrano territoriale, dimensione che al tempo stesso esso trascendeva ma contribuiva a legittimare su di essa fondandosi.

Ciò è vero anche per un settore normativo, quello della protezione internazionale dei diritti umani, nel quale l'elemento di astrazione dalla dimensione territoriale si presenta con profili più problematici, dato che se è vero che la normativa internazionale sui diritti umani promana spesso da una dimensione che territoriale non è (le Nazioni Unite o se si vuole lo stesso ordine internazionale), vero è che l'elemento territoriale (qui *lato sensu* inteso, fino a ricomprendere genericamente la dimensione particolare dell'ordinamento giuridico nazionale) rimane, come vedremo, dialetticamente presente all'interno di una complessiva ricostruzione di questo settore normativo.

E' difficile offrire un quadro di riferimenti all'interno del quale potere meglio analizzare e interpretare questi sviluppi. Soccorre certo l'insegnamento schmittiano che, come si sa, a questi temi del diritto internazionale pubblico dedicò particolare attenzione con *Terra e mare* (1942) e, negli anni della sua "cattività" con il grande affresco di *Il nomos della terra. Il diritto internazionale dello Ius publicum europaeum* (1950). Secondo Schmitt, infatti, l'assetto territoriale che aveva caratterizzato lo *Ius publicum europaeum* era ormai per declinare, avendo perso il suo fondamentale radicamento terrestre. L'Inghilterra, infatti, in seguito alle sue conquiste territoriali nel nuovo mondo, si era affermata come potenza marittima e, in quanto tale, imperiale, novello Leviatano in lotta con le potenze terrestri (Behemoth) rappresentate dagli Stati continentali, fondati sull'identità collettiva della nazione e sulla difesa della patria e dell'integrità territoriale. A partire dall'affermazione di questo impero marittimo mondiale, secondo Schmitt, si avvia la crisi del diritto internazionale pubblico come lui lo aveva visto, lo *Ius publicum europaeum,* e si determina la nascita di un nuovo ordine globale nel quale il diritto internazionale sarà solo la normativa dei loro commerci e l'elemento pubblico sarà costituito da una sorta di generico moralismo universalistico basato sulla rinascita del concetto discriminatorio di guerra giusta. Nella visione di Schmitt questo segna la fine di un ordinamento basato sulla esclusiva soggettività dello Stato e con esso si dissolvono le distinzioni fra diritto pubblico e diritto privato e fra diritto statale e interstatale.

Ma con il venir meno del freno della statualità, cadono anche le barriere frapposte dal diritto internazionale alla hobbesiana guerra di tutti contro tutti. La guerra moderna, dice Schmitt, in *Teoria del partigiano* (1963), è una guerra partigiana, cioè ha la sua radice nelle ideologie e non trova più limiti nello Stato, anzi si radica all'interno dello Stato e della società. Il partigiano, infatti, non difende la terra da un'occupazione, ma conduce una lotta in nome di una propria verità ideologica e, in tal modo, egli sostituisce al nemico pubblico un nuovo nemico privato e regredisce, pertanto, alla barbarie. Questa crisi della politicità è in rapporto, secondo Schmitt, con il predominio dell'economia e della tecnica nel mondo contemporaneo, dove lo Stato si trova ridotto ad assolvere una semplice funzione puramente burocratica e organizzativa, al servizio del dominio economico sull'uomo. In tal modo anche il pensiero di Schmitt si conclude con una critica alla modernità, in sintonia con pensatori ai quali si sentiva vicino, come, ad esempio, Jünger e Heidegger.

E' difficile resistere alla tentazione di considerare quel che stiamo per dire una prosecuzione di quanto Schmitt aveva descritto, anche se il diritto internazionale pubblico come noi lo studiamo, è in verità, una disciplina e un ordine giuridico che è già post-westfaliano nelle sue premesse e nelle sue aspirazioni, anche se dell'ordine westfaliano eredita l'idea di un ordine basato sull'assunto fondamentale che lo Stato sovrano esercita la sua sovranità su un territorio di sua esclusiva pertinenza. La sovranità territoriale è la base della legittimazione politica e giuridica dello Stato. L'ordine che la pace di Westfalia consolida è un ordine territoriale, un ordine che legittima le sovranità che gli Stati esercitano sui territori di propria pertinenza. E così sarà per lungo tempo. Anzilotti potrà convintamente affermare nel suo Corso che "...la delimitazione territoriale degli Stati è veramente la premessa su cui riposano ed il punto di partenza da cui si svolgono le loro relazioni".

Sulla base di questi variegati materiali, un nuovo ceto di giuristi, che si raccoglie nella seconda metà dell'Ottocento attorno all'Institut de Droit International, alla International Law Association e alla Revue Générale de Droit International Public, si mise al lavoro per edificare un sistema giuridico che fosse autenticamente internazionale. Questo intento si realizza dapprima attraverso un progetto di soggettivazione giuridica dello Stato che diviene così in questo nuovo ordinamento giuridico del quale si postula l'esistenza ciò che l'individuo soggetto giuridico è nell'ordinamento dello Stato. Si crea così un secondo livello, più elevato, al quale accede solamente lo Stato e questo secondo livello viene pensato come un sistema di norme coerente e coeso, basato sulla ipotesi che solo lo Stato, in quanto ente superiorem non recognoscens, possa agirvi e interagirvi. L'individuo, ad esempio, ne è escluso, in quanto semplice oggetto, tutt'al più, dei diritti dello Stato.

Questo sistema giuridico internazionale, per il momento solo postulato, ci appare comunque un tessuto a maglie larghe, difficile da ricondurre a un assetto coeso, stabile e unitario. Ciò è chiaramente illustrato dagli sviluppi che hanno interessato l'ampliarsi della sfera di soggetti del diritto internazionale che culminerà sia nell'inclusione di un nuovo tipo di soggetto internazionale, le organizzazioni internazionali, sia nella revisione stessa del concetto giuridico di soggetto internazionale viene preparato nel tempo con notevole anticipo.

Questo si rivelerà un passaggio cruciale. Accanto allo Stato soggetto perché sovrano territoriale, si afferma la soggettività di un ente che non esercita una sovranità territoriale: appunto l'organizzazione internazionale. Questo sviluppo era stato preparato da una tendenza della dottrina alla formalizzazione della sovranità. Già l'arbitro unico Huber, nella celebre sentenza sull'isola di Palmas (1928), aveva affermato che nel diritto internazionale la sovranità si esprimeva nella indipendenza dello Stato sovrano, così sostenendo che il territorio era un sostrato che fondava una situazione giuridicamente rilevante, situazione che però con esso non si identificava. Le varie teoriche sulla rilevanza del territorio per la persona dello Stato (se il territorio cioè fosse oggetto di un diritto reale dello Stato, a somiglianza del diritto di proprietà (*Eigentumstheorie*) ovvero di un diritto sulla propria stessa persona (Eigenschaftstheorie), ovvero meramente lo spazio sul quale lo Stato esercitava la propria competenza (Kompetenztheorie) mostrano come il diritto internazionale ricerchi altrove, nella propria capacità di apprezzamento e categorizzazione una legittimazione formale per le situazioni giuridiche concernenti il territorio. All'interno della vicenda della soggettività vediamo dunque l'elemento del territorio perdere progressivamente significato.

Altro tema per noi assai interessante è l'evoluzione del regime giuridico delle guerre civili. Come si sa, lo Stato moderno intrattiene con la guerra civile uno stretto rapporto, genetico quasi, dato che esso è esattamente la forma storica della pacificazione di un determinato territorio mediante l'affermarsi di un sovrano assoluto che soggioga le parti in lotta in uno strutturale disordine e impone loro il proprio ordine.

Lo Stato moderno, come forma storicamente concreta e determinata di organizzazione dei rapporti politici, emerge quindi dalla guerra civile intorno al XIV e XV secolo e vive il periodo del suo consolidarsi come modulo organizzativo dei rapporti politici nella stagione delle guerre di religione che sono anch'esse delle guerre civili.

Anzi, si può correttamente affermare che lo Stato dello *ius publicum europaeum* emerge proprio dalla stagione delle guerre civili di religione, dopo aver vittoriosamente resistito a

quella che è probabilmente insieme l'ultima lotta feudale e il primo conflitto autenticamente moderno.

E' dunque corretto, anche se inusitato, affermare che il diritto internazionale come assetto della coesistenza fra gli Stati moderni è esso stesso collegato al fenomeno della guerra civile, che pertanto non è uno qualunque dei settori che il diritto internazionale può disciplinare, ma un ambito problematico di conflittualità che, se per un verso rappresenta il brodo di coltura dal quale nasce il diritto internazionale, dall'altro riemerge ogniqualvolta entrano in movimento gli assetti politico-istituzionali all'interno di uno degli Stati, cioè di uno dei soggetti del diritto internazionale.

Per tali ragioni la disciplina della guerra civile è uno dei settori più problematici e tormentati del diritto internazionale e la sua analisi si rivela un punto di osservazione utile e importante per cogliere le dinamiche in atto nella evoluzione del sistema giuridico internazionale.

Nella sistematica che si afferma all'epoca del cosiddetto *ius publicum europaeum,* l'insurrezione armata di una parte della popolazione contro il governo costituito è per definizione quindi un "affare interno" dato che è proprio nel mantenimento dell'ordine interno che lo Stato trova la misura del suo essere Stato per le ragioni storiche che sopra ricordavamo.

In quest'ottica, che, come vedremo, sta alla base di larga parte della riflessione sulla guerra civile nel periodo che stiamo analizzando, la guerra civile non è in nessun modo un problema autonomo rispetto all'insieme degli "affari interni", anzi il diritto internazionale in tanto esiste in quanto la guerra civile "muoia", dato che si diventa sovrani (e quindi soggetti di diritto internazionale) proprio negando e pacificando la contesa civile in un determinato ambito.

Gli insorti, e la stessa insurrezione come fatto, non esistono per il diritto internazionale, coperti e annullati come sono dalla sovranità territoriale.

La guerra civile dunque … non esiste per il diritto internazionale e legittimamente il sovrano territoriale pretende di trattare i ribelli come semplici criminali, non avendo essi ai suoi occhi altro *status* se non quello. Ciò comporta che in nessun modo il conflitto che oppone il sovrano territoriale ai suoi sudditi o a una parte di essi potrà venire considerato come una guerra nel senso del diritto internazionale, dato che il concetto di guerra internazionale è strettamente legato alla soggettività internazionale.

Le operazioni militari che si svolgeranno tra il sovrano e i sudditi in rivolta non saranno quindi considerate *stricto sensu* operazioni belliche e ad esse non si applicherà il diritto internazionale bellico. Non ci sarà quindi necessità di distinguere quanto a intensità o estensione delle operazioni belliche, perché secondo questa ricostruzione, che è l'unica che mantenga una sua rigida coerenza interna, le operazioni militari degli insorti sono delle mere scorrerie, degli atti di brigantaggio e nulla di più, e quindi non può esserci questione di distinguere tra operazioni più o meno estese, tra attività più o meno organizzate.

È notorio poi che, nello schema tralatizio cui stiamo facendo riferimento, ove gli insorti riescano a consolidare un loro potere autonomo su una porzione di territorio ovvero su tutto il territorio dello Stato preesistente possono ambire allo *status* di soggetto internazionale o come governo di una nuova entità statuale (nel caso della secessione) o come nuovo governo della vecchia entità statuale. Anche in questo caso quindi la guerra civile non viene in considerazione se non come il fatto che ha dato origine a una nuova entità politica che attraverso di essa si è legittimata.

Ancora una volta, quindi, il diritto internazionale non ha bisogno di prendere in considerazione la guerra civile, e l'equilibrio tra le forze politiche si risolve a favore della sovranità territoriale visto che quando, ma solo quando, gli insorti avranno imposto la loro sovranità sul territorio controverso, potranno, proprio per questo e solo per questo, esser considerati dei soggetti di diritto internazionale.

Ma sarà con l'affermarsi del diritto all'autodeterminazione che il principio della separazione dell'ambito della contesa interna da quello della guerra internazionale verrà definitivamente messo in crisi. Intendo riferirmi al generalizzato riconoscimento della "legittimità" delle guerre di liberazione nazionale, pur in un contesto radicalmente mutato e segnato anzi dall'affermazione recisa dell'illiceità del ricorso alla minaccia o all'uso della forza armata.

Dunque un *bellum iustum* per definizione, sembrerebbe quasi di poter dire. Dunque la fine di un ordine internazionale basato sulla *Krieg in Form*. Questo equilibrio entra in crisi quando quell'ordine politico giuridico si deterritorializza e ciò accade nel momento in cui il diritto internazionale pretende di legittimare l'insurrezione contro il governo in carica attraverso il riconoscimento della tutelabilità del diritto dei popoli all'autodeterminazione, contrapponendo dunque un valore politico a quello della stabilità territoriale.

Gli insorti, nella teoria classica della guerra civile apparivano meritevoli di tutela perché di fatto capaci di controllare un territorio e dunque di porsi in competizione con

il sovrano territoriale per rovesciarlo o per secedere dallo Stato che egli governa. La legittimazione del movimento di autodeterminazione non deriva dal "fatto" di controllare un territorio, ma dalla legittimità, assunta *a priori,* della causa per la quale combatte.

Nella evoluzione del regime giuridico dei conflitti non internazionali, emergono forme di legittimazione alternative al controllo del territorio che mostreranno dunque il ridursi della centralità della dimensione territoriale.

L'indagine dedicata alla evoluzione che conduce all'affermarsi delle organizzazioni internazionali quali nuovi soggetti del diritto internazionale intende mostrare come questo processo muova da una iniziale trasposizione verso l'alto (ossia oltre, al di sopra degli Stati) di moduli ricavati dalla esperienza statale di governo del reale, postulando prima e creando poi dei meccanismi in grado di "governare" le relazioni fra gli Stati prima e poi l'intero universo delle relazioni umane anche, se del caso, bypassando lo Stato.

Nota bibliografica

Ho esposto per la prima volta organicamente le grandi linee di un progetto di ricerca basato sull'idea di una transizione … infinita tra il modello dello *Ius Publicum Europaeum* e quello delle Nazioni Unite nel mio scritto *The Never-ending Transition. From the Ius Publicum Europaeum to a Law for the Global Society. A Research Project*, CRIO Paper 9/2009 (ISSN 2037-6006) che si legge *on line* all'indirizzo

http://www.lex.unict.it/crio/papers/CRIO_Paper_11_09.pdf

nel quale riprendo e rielaboro l'idea che al modello di Westfalia si contrapponga un modello delle Nazioni Unite, risalente, ma per la verità solo per quel che riguarda la disciplina dell'uso collettivo della forza armata, a Falk, *The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order*», in Black. - Falk (eds.), *The Future of International Legal Order,* Princeton (NJ), 1969 e poi ripresa da Cassese, *Return to Westphalia? Considerations on the gradual Erosion of the Charter System,* in Idem (ed.), *The Current Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, 1986, p. 505 ss.

Fornire indicazioni sulla protezione internazionale dei diritti umani è pressoché impossibile. Alcune indicazioni specifiche possono comunque immaginarsi. Sui temi affrontati in questo saggio volentieri rinvio al volume di V.K. BHATIA, C.N. CANDLIN, J. ENGBERG, *Legal Discourse across Cultures and Systems*, Hong Kong, 2008. Sulla vaghezza delle norme una buona citazione è J. ENGBERG, D. HELLER, *Vagueness and Indeterminacy in Law,* in V.K. BHATIA, C.N. CANDLIN, J. ENGBERG, *Legal Discourse across Cultures and Systems*, cit., pp. 145 ff. e sempre sullo sfondo offerto dagli studi di I. Trujillo, *I diritti umani come pratica di giustizia globale*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale,* 2007, p. 545 ss. e più ampiamente *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*, Bologna, 2007.

Il tema della protezione dei valori e le difficoltà che esso implica si apprezzano anche al livello della stessa struttura complessiva del diritto internazionale e rappresentano uno snodo problematico di formidabile importanza nel cammino evolutivo dell'ordinamento internazionale. In verità, pur all'interno di una comunità internazionale sostanzialmente omogenea, il diritto internazionale all'epoca dello *ius publicum europaeum* era un tipico esempio di ordine convenzionale, basato, cioè, su una struttura formale e procedurale proprio perché doveva legare tra di loro, disciplinandone i rapporti, degli Stati che avevano differenti posizioni in fatto di religione (c'erano quelli cattolici e quelli protestanti, infatti). Il diritto internazionale nasceva, quindi, scontando quella diversità, come "ordine convenzionale", basato cioè su uno scetticismo gnoseologico che lo portava a fissare procedure al fine di assicurare l'affermarsi di un unico valore, la pace,

intesa semplicemente come assenza di guerra. Vedi R. SAPIENZA, *La fine dello ius publicum europaeum e l'attuale crisi dell'ordine internazionale. Verso nuove guerre giuste?,* in AA.VV., *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007, vol. VII, p. 307 ss. E' questo poi il limite dei discorsi sulla globalizzazione giuridica, mi pare. Vedi, per diverse ulteriori prospettive, il denso saggio di P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno,* Bari 1998 e ancora dello stesso *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani,* Troina, 2001