diritto internazionale
giurisprudenza catania

Rosario Sapienza

Diritto Internazionale e Cultura Popolare: un esercizio di demitizzazione

2017 – 1.2

Fogli di lavoro
per il Diritto Internazionale

Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*

Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*

Redazione: *Valentina Bonanno, Nancy Cannizzo, Adriana Di Stefano, Federica Antonietta Gentile*, *Salvo Emanuele Leotta, Giuseppe Matarazzo, Maria Manuela Pappalardo, Giuliana Quattrocchi, Salvatore Andrea Viscuso, Grazia Vitale*

Volume chiuso nel mese di marzo 2017

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

Un esercizio di demitizzazione

Riceviamo dal nostro Direttore, professor Rosario Sapienza, e volentieri pubblichiamo, un contributo sulla linea di un approccio volto a una ricostruzione critica dei principali istituti del diritto internazionale pubblico.

La redazione

1. Diritto internazionale e cultura popolare. Un esercizio di demitizzazione

Il diritto internazionale è una creatura dell'universo culturale piccolo borghese ottocentesco. E il vasto consenso e la buona stampa di cui ha goduto per largo tempo esprimono la fede "mediocre" nella possibilità per l'uomo di costruire sulla terra un ordine "giusto", una aspirazione in verità tanto diffusa quanto fallace e priva di fondamento.

Una aspirazione "consolatoria" rispetto alle tante ingiustizie che "l'uomo comune occidentale" patisce all'interno di quella struttura di dominio che è lo Stato welfarista-burocratico e che, fuori dell'Occidente, tutto sommato civilizzato, patiscono i milioni di vittime di Stati liberticidi e dittatoriali.

La diffusa fiducia nella tutela internazionale dei diritti umani, in una giustizia penale internazionale, nella capacità di costruire un diritto internazionale non violento attraverso le Nazioni Unite sono tutti esempi di questa idea "buonista" del diritto internazionale.

L'idea si ricollega alla certezza che esista un "vendicatore", un "supereroe" capace di agire in nome di una giustizia superiore. Una versione terrestre dello stereotipo del Dio vendicatore degli oppressi.

E' giunta l'ora però di appuntare anche sul diritto internazionale l'attenzione di una riflessione critica che ne avvii un sano processo di … demitizzazione, mostrando quanto il fenomeno "diritto internazionale" sia quantomeno connotato da tratti di ambiguità.

In questo intervento intendo infatti presentare e brevemente argomentare la tesi, alla cui elaborazione attendo da qualche tempo, che la costruzione dell'ordinamento giuridico internazionale coincida sostanzialmente con la postulazione del mega-soggetto giuridico "Stato" e di un ordinamento che serve i fini della sua perpetuazione.

Tesi che offre delle conseguenze extra-sistematiche, e cioè in particolare la possibilità di formulare l'ipotesi che questo mega-soggetto distrugga, anche nei fatti, la soggettività umana, minando anche il rapporto seminale tra l'individuo e lo Stato,

laddove sulla sovranità interna degli Stati si sia fondato il riconoscimento di diritti dell'individuo.

Aggiungo poi che essendo entrata in crisi la grande narrazione dello Stato Nazione come protagonista sulla scena politica mondiale e comunque europea, questa ricostruzione del diritto internazionale entra in crisi di conseguenza.

2. Il diritto internazionale pubblico: un sistema normativo per gli Stati

Con il diritto internazionale pubblico nasce dunque un sistema normativo per disciplinare l'interazione degli Stati.

E si crea da subito un ambiente normativo di secondo livello, nel quale agiscono in piena autonomia questi enti e solamente loro. Un ambiente normativo modellato sugli ordinamenti giuridici che all'interno degli Stati disciplinano i rapporti tra le persone umane.

Studi recenti additano nella seconda metà dell'Ottocento il periodo nel quale collocare la nascita del diritto internazionale pubblico come disciplina scientifica e autonoma dimensione professionale del mestiere di giurista. Ed in verità proprio in quegli anni si istituiscono le prime cattedre espressamente dedicate all'insegnamento del diritto internazionale pubblico. La prima fra tutte sembra proprio essere stata quella di Diritto Pubblico Esterno e Internazionale Privato che nel 1850 si istituì a Torino per Pasquale Stanislao Mancini, dalla quale egli dettò il 22 gennaio del 1851 la celeberrima prolusione "Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti" quale prelazione al suo corso di diritto internazionale e marittimo.

Seguirono in Italia diverse altre cattedre, come anche a Catania nel 1864 la cattedra istituita per Giuseppe Carnazza Amari, mentre fuori d'Italia l'entusiasmo tardò a diffondersi. Le tematiche del diritto internazionale pubblico rimasero confinate al ruolo ancillare all'interno degli insegnamenti di diritto naturale o di diritto pubblico universale fino a quando nel 1859 venne istituita la Chichele Chair a Oxford ricoperta da Montague Bernard e nel 1866 la Whewell Chair a Cambridge con William Harcourt.

E in quello stesso periodo i cultori di quella disciplina si organizzano in società scientifiche internazionali quali ad esempio l'Institut de Droit International fondato a Ghent nel 1873. Sempre nel 1873, ma a Bruxelles, venne fondata l'International Law Association, con l'originaria denominazione di Association for the Reform and Codification of the Law of Nations (mutato poi in quello attuale nel 1895). Alla base della costituzione dell'associazione sta l'idea di un gruppo di giuristi e pacifisti statunitensi (tra di essi ricordiamo Burritt, Miles e Field) che occorresse dar vita ad un'associazione che si incaricasse di redigere un codice di diritto internazionale come strumento per assicurare ai popoli una pace duratura.

Un altro elemento da non trascurare è poi l'affermarsi, in questo stesso periodo, di una giurisprudenza autenticamente internazionale. Nel 1872 venne resa quella che viene tradizionalmente considerata la prima decisione di un tribunale arbitrale autenticamente internazionale, quella che decise le cosiddette Alabama Claims. Nel corso della guerra civile americana, avendo le forze dell'Unione sottoposto a blocco navale i porti della Confederazione, il Regno Unito vendette ai Confederali alcune navi (violando il blocco), la più celebre delle quali è il vapore Alabama, che ha dato il nome a questa decisione arbitrale, normalmente ritenuta la prima nella storia dell'arbitrato contemporaneo.. Al comando del capitano Semmer, l'Alabama affondò oltre settanta navi dell'Unione, fino a quando venne a sua volta attaccata e colata a picco il 19 giugno del 1864 dalla nave da guerra dell'Unione Kearsarge. L'Unione protestò presso il governo inglese per la violazione del blocco e per l'implicito riconoscimento dunque dei confederali come legittimi belligeranti. La soluzione della controversia fu affidata a un tribunale arbitrale la cui decisione è considerata a buon diritto la prima resa da un tribunale autenticamente internazionale.

3. La soggettivazione dello Stato chiave di volta dell'edificio normativo internazionale

Sulla base di questi variegati materiali, questo nuovo ceto di giuristi si mise al lavoro per edificare un sistema giuridico che fosse autenticamente internazionale. Questo intento si realizza da subito 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 di quello della coesistenza tra gli uomini, 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.

E questo nuovo sistema giuridico verrà poi costruito secondo lo schema tipico dell'approccio civilistico dell'epoca secondo il quale la materia giuridica si ordina nello studio delle condizioni di esistenza del soggetto, del regime giuridico della interazione tra i vari soggetti attraverso la quale si fissano i canoni di comportamento (il contratto), della individuazione delle conseguenze dei comportamenti non conformi a questi canoni (la responsabilità). Questi soggetti sono gli Stati, delle vere e proprie *magnae personae*.

Basta leggere la prima manualistica del diritto internazionale, che si comincia a scrivere in questi anni, anche aprendo e sfogliando a caso, non so il Trattato di diritto internazionale pubblico di Fiore del 1879 o gli Elementi di diritto internazionale di Carnazza Amari in due volumi, apparsi tra il 1867 e il 1875, due tra i testi più fortunati all'epoca.

4. Il trattato internazionale quale strumento attraverso il quale lo Stato costruisce il diritto e che finirà per sostituirsi alla legge interna quale strumento ordinario di normazione

Costruita secondo questo complesso percorso l'identificazione del soggetto di diritto internazionale con lo Stato e con gli enti ad esso assimilabili, ci si è applicati alla elaborazione e allo studio di un regime giuridico per le relazioni tra questi soggetti, e in particolare per quelle che si formalizzassero in uno strumento capace di produrre effetti giuridici certi e prevedibili, secondo il modello del contratto in uso nei sistemi di diritto civile. Questo strumento è il trattato internazionale, accordo attraverso il quale le differenti volontà degli Stati sovrani si coordinano secondo un assetto concordato. Il processo di definizione del regime giuridico applicabile al trattato internazionale è peraltro tutt'ora in corso.

L'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia pone al primo posto tra le fonti del diritto internazionale il trattato internazionale. Comunque denominato, convenzione, patto, accordo, scambio di note, il trattato internazionale è un accordo concluso fra Stati attraverso manifestazioni di volontà che essi formulano e dichiarano allo scopo di obbligarsi al rispetto di un dato regime giuridico che forma appunto l'oggetto dell'accordo stesso ed in verità esso rappresenta il principale strumento attraverso il quale il diritto internazionale si è sviluppato. C'è molto di vero nell'affermazione secondo la quale il trattato internazionale potrebbe essere ricondotto alla categoria di teoria generale del negozio giuridico bilaterale o multilaterale ed in particolare esso condivide con il contratto molti profili decisamente comuni o comunque assimilabili. Non si deve però commettere l'errore di ritenere che in tutto e per tutto la disciplina dei contratti, o meglio le idee che la sottendono, siano trasponibili nel diritto internazionale e applicabili ai trattati internazionali.

Il trattato internazionale è infatti indubbiamente uno strumento convenzionale di composizione dei conflitti di interessi e in ciò esso si apparenta al contratto nel diritto interno, ma è pur sempre uno strumento convenzionale stipulato tra due o più enti che si vogliono e sono effettivamente sovrani. Ciò determina non solo alcune peculiarità nel regime giuridico dei trattati sulle quali ci soffermeremo qui di seguito, ma costituisce il trattato internazionale, specie quello multilaterale, in una posizione affatto peculiare nel sistema delle fonti del diritto internazionale. Ben può dirsi che esso si identifica con il sistema giuridico che chiamiamo diritto internazionale.

Il regime giuridico del trattato internazionale è stato elaborato dalla prassi delle relazioni fra gli Stati, specie nel periodo che va dalla seconda metà dell'ottocento in poi, prassi che ha dato vita a una serie di norme generalmente accolte come diritto consuetudinario e che è poi stata oggetto di una importante opera di codificazione e sviluppo progressivo che è culminata nella stipulazione di alcune convenzioni, la più importante delle quali è la Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, comunemente ritenuta in molte sue parti riproduttiva del diritto consuetudinario vigente in materia.

Oggi il trattato internazionale è uno strumento duttile, di uso assai frequente e che gli Stati usano per adottare sistemi di legislazione concertata, per costruire schemi organizzativi complessi, per costruire addirittura "mondi giuridici" autono-

mi e spesso non comunicanti fra loro (i cosiddetti ordinamenti giuridici particolari sui quali non possiamo qui soffermarci).

5. La complessa questione teorica della soggettività internazionale dell'individuo

Rivelatrice degli intenti perseguiti dai fondatori del diritto internazionale (o comunque da loro non esclusi, o comunque riconducibili, per una singolare eterogenesi dei fini, ai loro propositi) è la questione teorica della soggettività internazionale dell'individuo. Anche se oggi molti studiosi del diritto internazionale (incluso il sottoscritto) propendono per il riconoscimento di una soggettività dell'individuo almeno all'interno di sistemi internazionali particolari, creati attraverso la stipulazione dei trattati, che si sono rivelati un potentissimo strumento giuridico, resta il fatto che fin dall'inizio la soggettività internazionale dell'individuo è sempre stata esclusa.

E ciò perché elemento caratterizzante di questa ricostruzione era e rimane ancor oggi la sua inagibilità da parte dell'individuo, da parte di ciascuno di noi.

Quando, infatti, nella seconda metà dell'ottocento, il diritto internazionale pubblico venne messo a tema nella sua dimensione di autonoma disciplina giuridica positiva, svincolato dai condizionamenti del diritto naturale e della filosofia politica, l'idea della soggettività dell'individuo venne vista come incompatibile con la concezione dello Stato come realtà dotata di una sua originale e assoluta significatività. Fino a questa epoca (e anche oltre per certi versi) i sovrani si rispettavano reciprocamente come sovrani, considerandosi fra loro uguali. Nei loro rapporti, essi si attenevano infatti al cosiddetto principio di non intervento negli affari interni. E di ciò la teoria voleva rendere ragione attraverso la costruzione del diritto internazionale come sistema normativo affatto distinto da quelli interni ai singoli Stati.

In questa ricostruzione del diritto internazionale non c'è posto per gli individui né per valori altri rispetto a quello assorbente della tutela della sovranità dello Stato. Dunque il diritto internazionale non si occupa dell'individuo che "non esiste" perché la sua esistenza si svolge tutta all'interno di quella sfera di competenza domestica che lo Stato considera un suo dominio riservato, che custodisce gelosamente. L'esigenza di affermare esistente un ordine giuridico che indirizzi e guidi l'operare degli Stati implica che ci si concentri su questo obiettivo, ad esso subordinando qualunque altro.

6. Non solo l'individuo non esiste nel diritto internazionale, ma dal diritto internazionale vengono obblighi che limitano grandemente le grandi conquiste democratiche anche all'interno degli Stati

Quanto siamo venuti fin qui dicendo sulla irrilevanza dell'individuo nel diritto internazionale abbisogna di essere ulteriormente precisato con la considerazione che dal diritto internazionale stesso promanano anche obblighi che finiscono con il vanificare i diritti dell'individuo all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati.

Si tratta di un tema non nuovo per gli studiosi del diritto internazionale, che è stato studiato con particolare impegno in relazione a quella peculiare costruzione giuridica rappresentata dall'Unione europea, appunto uno di quegli ordinamenti particolari che gli Stati hanno creato usando il potente strumento del trattato internazionale. Semplificando molto, la capacità dell'Unione europea di dar vita a un proprio sistema normativo destinato a prevalere su quello degli Stati ha fatto sì che gli individui, visti anche come collettività, perdono potere nei confronti dei propri esecutivi perché alle norme statali, elaborate all'interno dei Parlamenti nazionali o comunque sotto il loro controllo, sempre più si sostituiscono norme europee, nel cui processo di elaborazione i rappresentanti del popolo o dei popoli europei, presenti nel Parlamento europeo hanno poteri assai circoscritti. Insomma, ogni volta che la normazione europea avanza e si sostituisce a quella nazionale, l'obiettivo della costruzione di un ordinamento uniforme a livello europeo si raggiunge a scapito dell'equilibrio costituzionale interno dei singoli Stati, dove al potere dei Parlamenti democraticamente eletti si sostituisce sempre di più quello degli esecutivi che agiscono senza alcun controllo democratico al livello europeo.

Ma c'è un altro ambito relativamente al quale i meccanismi del diritto internazionale contribuiscono alla limitazione dei diritti dell'individuo ed è, in apparente paradosso, quello della tutela dei diritti fondamentali. La cosiddetta tutela multilivello dei diritti, ossia, semplificando molto, l'esistenza di più livelli di tutela dei diritti, almeno due, quello nazionale e quello sovranazionale, non è sempre un buon affare per gli stessi diritti.

In primo luogo, perché la stessa proclamazione di un medesimo diritto in più contesti normativi è spesso fonte di confusione e di incertezza.

In secondo luogo, perché i bilanciamenti che si realizzano in un sistema potrebbero non essere sempre "esportabili" in un altro. Perché, ad esempio, la tutela dei diritti della donna dovrebbe sempre prevalere sui diritti del nascituro? Perché lo dice la Corte europea e dunque qui in Italia non siamo più liberi di pensarla diversamente.

In terzo luogo, ed anche questo è stato detto, perché questa situazione di tutela a più livelli finisce con l'esaltare il ruolo delle corti, specie quelle sovranazionali, espropriando gli altri interpreti del potere di interpretare altrimenti i testi normativi.

7. Considerazioni conclusive

Come si vede, dunque, le cose stanno al contrario di come di solito si dice che stiano: il diritto internazionale e la sua concezione della esclusiva soggettività dello Stato hanno creato una irresistibile "dittatura del soggetto Stato" che ha già vanificato in parte e rischia di vanificare del tutto la libertà dell'individuo, perlomeno come l'abbiamo intesa fin qui.

E' pur vero poi che lo scenario tradizionale del diritto internazionale va mutando sensibilmente in seguito al fenomeno della globalizzazione che modifica la cosiddetta "base sociale" della comunità internazionale: se tradizionalmente esso poggiava su un corpus definito di norme e di attori, oggi il caos appare circondarci. Lo stesso scenario dei soggetti ufficiali del diritto internazionale si è molto animato rispetto al passato.

Si suole identificare questo mutamento come il passaggio da un ordine contrassegnato dal diritto internazionale ad un ordine globale di diritto transnazionale, che viene volta a volta contrassegnato nella letteratura anglosassone come *international regime* o, più frequentemente, come *global governance*.

Per il momento basti rilevare che entrambi questi termini, o altri equivalenti, registrano una tendenziale caduta della capacità di controllo dell'ordine transnazionale da parte del diritto internazionale.

In seguito all'intromissione di nuovi soggetti che non sono soggetti tradizionali del diritto internazionale, lo scenario della comunità internazionale si è fatto assai più affollato, dinamico ed imprevedibile.

Così, anche se il diritto internazionale non solo continua ad esistere, ma vede persino accresciute le proprie potenzialità, esso non è più tuttavia in esclusiva *il* diritto delle relazioni internazionali: è *un* diritto, che concorre, sia pure da una posizione privilegiata, con altri possibili strumenti, a disegnare un regime giuridico transnazionale mobile e soggetto a inputs e sfide sempre nuovi che provengono dalla vita internazionale. Ma ciò, se apre la strada fors'anche a un superamento del diritto internazionale come esclusivo schema di riferimento normativo nelle relazioni internazionali della società globale, lo rende tutto sommato ancor più "westfaliano" nelle sue strutture portanti.