

CRIO **PAPERS**

N°. 33

**ROSARIO
SAPIENZA**

**STATO E INDIVIDUI
NEL DIRITTO TRANSNAZIONALE.
UNA RAGIONEVOLE PROPOSTA**

© 2016 Rosario Sapienza

CRIO Papers A Student-Led Interdisciplinary Paper Series

ISSN: 2037-6006

The School of Laws
University of Catania
Villa Cerami I – 95124 Catania Italy

Series Editor

Rosario Sapienza

Editorial Team Leader

Adriana Di Stefano

Editorial Board

Claudia Abbate, Giuseppe Asaro, Elena Caruso, Claudia Cinnirella,
Alessandro Coci, Federica Gentile, Giorgia Lo Tauro, Laura Mascali,
Elisabetta Mottese, Maria Pappalardo, Giuliana Quattrocchi, Chiara Salamone

Student Editorial Staff

Emiliano Bellia, Salvatore Bombello, Ginevra Bonafede,
Roberta Brancato, Marcella Catanzaro, Giuseppe Corsaro, Giulia Cristiano,
Marco Fisicaro, Claudia Fiorella Santonocito, Sergio Vittorio Scuderi

Graphic Project

Ena Granulo www.studioen.it

SOMMARIO: 1. Premessa: i due modelli di descrizione e organizzazione concettuale delle relazioni fra gli Stati e il diritto transnazionale.- 2. Il primo e più risalente modello: quello che costruisce un ordine convenzionale basato sul principio del non intervento. – 3. Fondamento convenzionale dell'ordine basato sul principio del non intervento. – 4. Implicazioni sulla sistematica del diritto internazionale. – 5. Il modello dello Stato di Stati e le sue valenze costituzionalistiche. – 6. La transizione infinita tra i due modelli come caratteristica dell'attuale momento delle relazioni internazionali. – 7. Le implicazioni di questa situazione per la posizione soggettiva dell'individuo nel diritto internazionale: il diritto transnazionale. – 8. La complessa questione teorica della soggettività internazionale dell'individuo - 9. La posizione dell'individuo nel diritto internazionale classico - 10. La “comparsa” dell'individuo sulla scena internazionale – 11. La nostra ipotesi: la soggettività dell'individuo all'interno di sistemi giuridici parziali nell'epoca del diritto transnazionale

1. Molteplici sono le ragioni che rendono oggi difficile e controversa la ricostruzione del diritto internazionale come sistema normativo. Qui vogliamo segnalarne una che non sempre riceve, ci pare, l'attenzione dovuta. Intendiamo far riferimento al fatto che la situazione attuale del diritto internazionale è caratterizzata dalla compresenza di due modelli, fra loro alternativi, che si trovano a coesistere senza che si sia pienamente realizzata la transizione dall'uno all'altro. Coesistenza che ha fatto entrare il diritto internazionale in una particolare nuova fase: quella del diritto transnazionale.

Il primo modello è quello tradizionale del diritto internazionale classico, come ordinamento della coesistenza degli Stati sovrani, mentre il secondo è quello della comunità internazionale organizzata, tendente alla dimensione costituzionale della *Civitas Maxima*.

Questi due modelli differiscono fra loro per numerosi elementi, il più importante dei quali è la tecnica normativa, ossia la struttura profonda delle loro norme e il loro *modus operandi*. La loro coesistenza dà poi vita a quello che chiamiamo diritto transnazionale, una particolare fase evolutiva del diritto internazionale caratterizzata dall'ampliamento della base sociale dell'ordinamento e dalla sua capacità di attrarre e coordinare materiali normativi di diversa provenienza e forza cogente.

2. Il primo dei modelli cui si allude *supra*, assai risalente, si basa sulla accettazione da parte degli Stati dell'idea della loro uguaglianza sovrana e dunque della necessità logico-giuridica di rispettarsi reciprocamente in quanto enti ugualmente sovrani.

Anche prima della pace di Westfalia, tradizionale punto di partenza per le trattazioni del diritto internazionale, gli Stati si attenevano infatti nei loro rapporti al rispetto del cosiddetto principio di non intervento negli affari interni.

Il contenuto di questo obbligo di astensione risulta già allora delimitato abbastanza chiaramente. Dalla ricostruzione della prassi dell'epoca emerge infatti un "catalogo" assai vario di situazioni, riconducibile sostanzialmente a due ipotesi fondamentali.

Un primo insieme di casi rubricati come intervento negli affari interni è quello delle situazioni in cui un sovrano richiede ad un altro sovrano di adottare, o di astenersi dall'adottare, un certo comportamento nell'esercizio del proprio potere di governo. Anche la semplice richiesta di clemenza per un suddito del sovrano richiesto, veniva ritenuta violare il principio e respinta con la motivazione che la

questione era puramente interna e dunque di esclusiva competenza del sovrano territoriale.

Un secondo insieme di ipotesi di intervento vietato era quello delle attività che non miravano a chiedere al sovrano l'adozione di un comportamento determinato, ma turbavano comunque l'esercizio da parte sua dei propri poteri di governo favorendo o fomentando complotti che turbassero l'ordine sociale nel suo Stato.

Tutti questi comportamenti erano compresi nel divieto di "*se mêler des affaires domestiques*" (letteralmente "immischiarsi degli affari interni") ed è facile rendersi conto che l'elemento che li accomunava era appunto il fatto di recare molestia all'esercizio del potere di governo da parte del sovrano territoriale.

3. Ma come mai anche soltanto avanzare una richiesta di clemenza poteva essere considerato un atto lesivo dell'altrui sovranità? Per comprenderlo occorre ricordare che l'attività di amministrazione della giustizia era ancora ritenuta fin dall'epoca medioevale la manifestazione per eccellenza del potere sovrano e, quindi, il richiedere per un suddito altrui un trattamento differente da quello che il sovrano territoriale gli riservava era come giudicare la condotta di quel sovrano e quindi esercitare nei suoi confronti il potere sovrano per eccellenza, quello di fare da giudice, e, soprattutto quello di costruire o meglio ricostruire una visione della realtà che si poneva come alternativa a quella offerta dall'altro sovrano. Opporre il proprio potere di accertamento e qualificazione giuridica dei fatti a quello dell'altro sovrano, sostituirsi a lui nell'esercizio di questo potere che era ritenuto essenziale alla sovranità, al punto che se ne rivendicava il diritto all'esclusivo esercizio.

Ora, come si sa, il vero punto di rottura tra l'orizzonte medioevale e quello moderno è quindi rappresentato, con riferimento a questa questione, dall'accettazione della realtà della pluralità delle *iurisdictiones*. La società internazionale è una società nella quale coesistono fra di loro diversi Stati, tutti ugualmente titolari di una propria sfera di *iurisdictionis*, autonoma e distinta da quella degli altri Stati. Ed ancor oggi essa mantiene caratteristiche in parte comparabili¹.

Ma si tratta di un punto sul quale è necessaria qualche ulteriore elaborazione concettuale. Innanzitutto, conviene chiarire che quanto siamo venuti dicendo fin qui trova i suoi presupposti filosofici nell'affermazione secondo la quale il moderno non è più l'epoca della *Veritas*, ma della coesistenza tra diverse *Auctoritates*, ognuna delle quali legittima la propria personale, autonoma *Veritas* e attraverso la posizione di essa si autolegittima. Ecco come si costruisce la legittimazione del potere politico dello Stato sovrano che è sovrano proprio perché padrone e anzi artefice della sua *Veritas*.

Non è affatto casuale che la nostra indagine abbia preso le mosse dallo sfaldamento della costituzione monolitica o comunque rigidamente gerarchica del mondo medioevale e della sua razionalizzazione giuridica. E' lo stesso periodo, coincidenza significativa, della crisi umanistica del quattro-cinquecento, in cui entra appunto in crisi la ragione classica, la costruzione aristotelico-tomista che forniva il paradigma della conoscenza universale e quindi della giustizia universale. Entrano in crisi le verità, anzi l'idea stessa della Verità per lasciare il posto allo scetticismo e alla cultura libertina in nome dell'assoluta libertà dell'individuo da qualsiasi costrizione. E' la fine della legge forte basata su una certa idea dell'ordine naturale, del comando divino.

4. Ora, se ogni sovrano e dunque ogni Stato è portatore della propria autonoma *Veritas*, l'unico modo in cui queste differenti e autonome *Veritates* possono coesistere è quello di costruire un ordine che, lungi dall'affermare una propria *Veritas*, abbia l'unico scopo di favorire la coesistenza tra queste autonome individualità. Un ordine che sia basato non su una particolare *Veritas*, ma sulla convenzione, sull'idea che occorre comunque coesistere, rispettando il diritto di ciascuno a costruire la sua autonoma *Veritas*.

Orbene, la situazione del diritto internazionale è il punto più elevato, mi pare, cui sia arrivata la fuga dall'essere e dal valore metafisico nel pensiero moderno. L'individuo soggetto pleno jure, ossia il Sovrano prima e lo Stato poi, è il padrone del diritto e quindi pone un "diritto senza Stato" che in primo luogo si basa su una ipotesi meramente convenzionale, ossia la necessità della convivenza perchè bisogna convivere, la promozione della pace perchè la guerra sarebbe troppo rovinosa e quindi impensabile dal punto di vista della conservazione del sistema. Inoltre questo individuo sovrano che è lo Stato, se è sovrano e proprio perchè lo è, deve rifiutare la costruzione di un'area istituzionale di autentica neutralizzazione delle contrapposte pretese quale potrebbe essere uno "Stato di Stati" a livello mondiale e quindi si condanna a rimanere in una situazione di perenne scontro tra le contrapposte pretese.

Abbiamo quindi una situazione di pace (o meglio di non guerra) basata su norme che sono mere regole del gioco (il principio del non intervento negli affari interni ci dice solo che bisogna rispettare l'altrui sovranità, ma non dice né in che cosa essa consista, né fino a che punto bisogna rispettarla) di un ordine convenzionale.

E poi abbiamo anche una situazione di scontro delle pretese contrapposte che era nel diritto classico quella dello “stato di guerra” e nel diritto attuale quella dell’autotutela.

Dico dunque che il diritto internazionale mi appare come il prototipo dell’ordine convenzionale perché vedo che esso si basa su un equilibrio basato a sua volta su un accordo (una sorta di contratto sociale) tra individualità così forti (gli Stati) da non poter procedimentalizzare il conflitto fino a far emergere una legittimità forte e legale, un governo mondiale che, pur reggendosi su un consenso convenzionale, eserciti una qualche forma di potere legittimo.

L’individuo soggetto *pleno jure*, ossia il Sovrano prima e lo Stato poi, è il padrone del diritto e quindi pone un “diritto senza Stato” che in primo luogo si basa su una ipotesi meramente convenzionale, ossia la necessità della convivenza perché bisogna convivere, la promozione della pace perché la guerra sarebbe troppo rovinosa e quindi impensabile dal punto di vista della conservazione del sistema. Inoltre questo individuo sovrano che è lo Stato, se è sovrano e proprio perché lo è, deve rifiutare la costruzione di un’area istituzionale di autentica neutralizzazione delle contrapposte pretese quale potrebbe essere uno “Stato di Stati” a livello mondiale e quindi si condanna a rimanere in una situazione di perenne scontro tra le contrapposte pretese.

Abbiamo quindi una situazione di pace (o meglio di non guerra) basata su norme che sono mere regole del gioco (il principio del non intervento negli affari interni ci dice solo che bisogna rispettare l’altrui sovranità, ma non dice né in che cosa essa consista, né fino a che punto bisogna rispettarla) di un ordine convenzionale. E poi abbiamo anche una situazione di scontro delle pretese contrapposte che era nel diritto classico quella dello “stato di guerra” e nel diritto attuale quella dell’autotutela variamente e diversamente configurata nelle pieghe di un paradigma istituzionale, oggi rappresentato dalle Nazioni Unite o comunque da una qualsiasi ricostruzione della comunità internazionale come momento di ordine.

Dico dunque che secondo questo modello il diritto internazionale mi appare come il prototipo dell’ordine convenzionale perché vedo che esso si basa su un equilibrio basato a sua volta su un accordo (una sorta di contratto sociale) tra individualità così forti (gli Stati) da non poter procedimentalizzare il conflitto fino a far emergere una legittimità forte e legale, un governo mondiale che, pur reggendosi su un consenso convenzionale, eserciti una qualche forma di potere legittimo. Ciò rende ragione, mi pare, del perché i tentativi pur generosi di far “progredire” l’ordine internazionale verso forme più spinte di socialità o di tutela ... non contrattualistica dei valori si siano a tutt’oggi miseramente infranti sulle rocce di un “contrattualismo”

monolitico e immutabile (penso alla costruzione di un ordine mondiale basato su una organizzazione internazionale come l'Organizzazione delle Nazioni Unite, o alla teoria dello jus cogens come limite all'autonomia contrattuale degli Stati, o a certe teorizzazioni della responsabilità degli Stati, ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi).

5. Eppure questa rappresentazione non contrattualistica del diritto internazionale dilaga fino talvolta a sovrapporsi alla logica che fino a questo momento abbiamo descritto, creando un diritto internazionale parallelo, o forse sarebbe meglio dire una tessitura non omogenea che ci spinge a parlare di una transizione infinita tra l'ordine convenzionale che abbiamo descritto e che rappresenta il punto di partenza in senso cronologico ma anche logico di una evoluzione e gli esiti, spesso solamente anticipati, di questa evoluzione in senso lato "costituzionalistica". Emerge così quello che in apertura indicavamo come il secondo modello delle relazioni internazionali.

Ciò si deve, mi pare, a molteplici fattori, tra i quali ad esempio la creazione e l'operare della Organizzazione delle Nazioni Unite. Già diversi anni fa Richard Falk scriveva della sovrapposizione tra il modello westfaliano e il modello delle Nazioni Unite, indicando le difficoltà di questa interazione.

Ma in realtà credo si debba rendere ragione di altri elementi di novità, che prendono certamente le mosse dall'esistenza delle Nazioni Unite e muovono poi autonomamente verso una nuova concezione del diritto internazionale.

Essi mi paiono nella sostanza riconducibili proprio all'abbandono del paradigma convenzionalista e al tentativo di costruire invece valori comuni sui quali fondare la comunità internazionale, vista non più come una mera comunità di coesistenza, ma come una comunità fondata sulla condivisione di valori. Una visione dunque che mira a sostituire a una comunità di Stati retta da una logica convenzionalista una comunità di Stati che si riconoscono in valori comuni. Questi valori sono difficili da individuare in maniera esaustiva e l'elenco che se ne volesse tracciare sarebbe sempre approssimato per difetto.

Essi poi sono valori che vengono affermati come un programma di lavoro, riprendendo l'atteggiamento militante che già fu dei giuristi positivisti di fine ottocento. E in larga misura tendono a coincidere con i fini delle Nazioni Unite. Se volessimo però qui privilegiare una linea evolutiva tra le altre potremmo richiamarci all'imponente programma normativo in materia di diritti umani che prende le mosse dalla adozione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo e che ha travolto (per non dire stravolto) il diritto internazionale classico.

6. Questo secondo modello però, così come l'ho succintamente evocato nella sua "purezza", è lungi dall'essersi affermato nel diritto internazionale di oggi e per seri motivi. Ed anche questo è un fatto noto, ma sul quale evidentemente non si riflette abbastanza. Ci si limita ad attribuire i difetti del sistema, che sono tanti, ad una sua imperfetta realizzazione. Invece si deve correttamente affermare che tale sistema avrà la possibilità di costruirsi solo quando (semmai accadrà) verrà meno la "forma Stato" come modello di organizzazione dei rapporti politici interindividuali e poi internazionali.

Per il momento, la compresenza del vecchio diritto autenticamente "internazionale" (basato sul principio del non intervento negli affari interni e sulla separazione anche solo formale fra momento del diritto e momento della violenza) e del "nuovo" diritto istituzionalizzato e tendenzialmente universale ha soltanto creato qualche problema in più ai teorici del diritto internazionale.

I problemi che questa contemporanea vigenza di due modelli di diritto ha creato ai teorici derivano insomma principalmente dal fatto che non si tiene ben presente che il diritto "internazionale" come lo rileviamo nella prassi degli Stati e il diritto "universale" della comunità mondiale sono due fenomeni affatto differenti che non si possono sovrapporre o assimilare.

Credo dunque che sia la irrisolta compresenza tra questi due modelli a spiegare la difficoltà di conciliare due discorsi giuridici ispirati appunto a differenti modelli. La fase attuale appare così come la fase di una transizione infinita dall'un modello all'altro che, come ho spiegato altrove, in realtà appare destinata a non compiersi mai. Siamo dunque chiamati a una difficile, funambolica operazione, di costruire un diritto per questa transizione infinita.

7. Conseguenze importanti spiega questo fenomeno della coesistenza dei due modelli antagonisti anche e forse soprattutto per quel che riguarda la posizione dell'individuo.

E' stato sostenuto spesso che anche l'individuo possa essere considerato soggetto di diritto internazionale. Se correttamente impostata, in verità, la questione della soggettività dell'individuo si riduce solamente a cercare di comprendere se l'ordinamento internazionale contiene norme che stabiliscano diritti e obblighi i cui destinatari diretti sono i sudditi degli Stati (e dunque non solamente l'individuo come persona fisica, ma anche la persona giuridica, ossia la società commerciale).

E' questione che meriterebbe grande attenzione e che ha grandi implicazioni sistematiche. Si può comunque convenire con chi sostiene che quella della soggettività dell'individuo non é ipotesi necessaria.

Vero é, ad esempio che esistono trattati internazionali che permettono all'individuo di esercitare azioni giudiziarie sia davanti al tribunale interno di uno Stato straniero, sia davanti a un tribunale internazionale, sia davanti a organi internazionali di tutela dei diritti della persona umana. Ma questa situazione può anche essere spiegata, come fa peraltro la maggior parte degli studiosi, descrivendo l'individuo come il materiale beneficiario di quei trattati e non come il diretto destinatario di essi. La situazione pratica non cambia e, del resto, anche a voler riconoscere che l'individuo sia un soggetto di diritto internazionale ciò non implicherebbe la sua assoluta equiparazione agli Stati.

Simili considerazioni possono farsi per la nozione di crimine internazionale dell'individuo e la sua collocazione dommatica, sia per quei trattati che istituiscono forme di giurisdizione internazionale in materia di crimine internazionale dell'individuo (quali il Tribunale di Norimberga, il Tribunale di Tokyo, il Tribunale per l'ex Jugoslavia e quello per il Rwanda, nonché la costituenda Corte Penale Internazionale Permanente delle Nazioni Unite).

Certo è che però la condizione dell'individuo ha assunto un sempre maggior rilievo nel diritto internazionale contemporaneo ed è dunque innegabile che il mantenimento della posizione teorica che qui continuiamo a sostenere non deve far credere in nessun modo che si vogliano misconoscere questi fondamentali sviluppi.

Nel diritto internazionale l'individuo non veniva preso in considerazione in quanto tale. Egli era un suddito dello Stato e il diritto internazionale, come abbiamo visto, non si occupava delle questioni interne allo Stato.

Il diritto internazionale attuale contiene invece numerose norme che costituiscono a favore dell'individuo posizioni soggettive di vantaggio, ovvero gli impongono obblighi assoggettandolo alla giurisdizione di organi giudicanti internazionali.

Indubbiamente la situazione risulta molto modificata rispetto alla condizione dell'individuo che era tipica del diritto internazionale cosiddetto classico.

Ci si è posti dunque ancora una volta un vecchio quesito: se possa dirsi che l'individuo sia diventato soggetto di diritto internazionale, dato che sicuramente esistono norme internazionali che, come abbiamo detto, costituiscono situazioni di vantaggio a favore dell'individuo o sembrano imporgli obblighi.

In realtà è possibile una ricostruzione più tradizionale di questo fenomeno: tutte queste norme internazionali si indirizzano agli Stati e gli individui ne sarebbero, nel caso delle situazioni di vantaggio i meri beneficiari materiali.

Le situazioni nelle quali essi esercitano veri e propri poteri (come, ad esempio, in certi sistemi regionali di protezione dei diritti dell'uomo) possono venire ricostruite

come situazioni circoscritte a quel particolare ordinamento settoriale che è stato creato da un trattato che impone pur sempre obblighi agli Stati e solo a loro.

I casi nei quali gli obblighi che gravano sugli individui sembrano derivare direttamente dal diritto internazionale, come nel caso della repressione dei crimini internazionali dell'individuo, possono ricostruirsi come obblighi posti dal diritto internazionale a carico degli Stati ai quali ordinano di usare della loro sovranità in modo da reprimere quei comportamenti degli individui, modificando solo le norme che regolano l'esercizio di questi poteri da parte degli Stati (come nel caso della cosiddetta giurisdizione universale).

Non riteniamo dunque di trovarci di fronte a un superamento del diritto internazionale come ordinamento dei rapporti interstatali, ma solo a una fase caratterizzata (giustamente, vorremmo aggiungere) da un crescente interesse per i comportamenti posti in essere dai singoli individui anche all'interno degli Stati.

Non siamo insomma davanti a una nuova comunità mondiale panumana, una sorta di Civitas Maxima, ma a una fase evolutiva del diritto internazionale che rimane però fedele alle sue caratteristiche strutturali di sempre.

A questa fase evolutiva può acconciarsi la definizione di diritto transnazionale, un assetto cioè all'interno del quale il diritto internazionale coesiste con il diritto degli Stati membri e con il diritto prodotto dalle organizzazioni internazionali

E' questo il quadro di riferimenti all'interno del quale vogliamo collocare il nostro esame delle norme di diritto internazionale che riguardano gli individui. Riprendiamo il filo del nostro ragionamento.

8. Il problema della soggettività internazionale dell'individuo è una importante questione di teoria del diritto internazionale, che si trova al crocevia di temi centrali per la ricostruzione del diritto internazionale come sistema normativo. La sua importanza si arresta alla soglia della pratica applicazione delle norme: infatti, anche qualora si riuscisse ad argomentare in maniera inoppugnabile la tesi della piena soggettività internazionale dell'individuo, è lecito chiedersi quanti e quali effetti pratici avrebbe tale dimostrazione, cosa cambierebbe nella concreta esperienza delle relazioni internazionali. Forse l'unico effetto concreto sarebbe il fatto che il diritto internazionale non sarebbe più ... internazionale, ma qualcosa di diverso.

Ed in verità le originali caratteristiche del diritto internazionale si spiegano, nella ricostruzione generalmente accolta, asserendo che esso vige tra enti assai peculiari, caratterizzati dalla sovrana indipendenza. Questi enti sono i soggetti

dell'ordinamento internazionale. L'espressione "soggetti di diritto" o, più semplicemente, "soggetti", indica infatti gli enti ai quali si indirizzano le norme di un dato ordinamento giuridico, ossia gli enti in capo ai quali sorgono i diritti e gli obblighi discendenti dalle regole dell'ordinamento considerato. In questo senso soggettività giuridica é sinonimo di personalità o capacità giuridica. Ma i soggetti del diritto internazionale sono, quantomeno secondo un approccio tradizionale, enti sovrani e indipendenti. Il primo e tipico soggetto dell'ordinamento internazionale é infatti lo Stato, organizzazione politica che stabilmente ed esclusivamente esercita su un determinato territorio i poteri tipici della sovranità.

Caratteristiche tipiche dello Stato sono la sovranità, un potere al di sopra del quale per definizione non ve n'è alcuno, e l'indipendenza, ossia il fatto di non derivare giuridicamente il proprio potere da un altro ente sovrano. E, a ben vedere, con esclusione delle organizzazioni internazionali per le quali andrebbe fatto un discorso a parte, che esula dai limiti del presente contributo, anche gli altri enti dei quali comunemente si afferma la soggettività internazionale sono enti che o aspirano a diventare Stati o che (si perdoni il gioco di parole) sono stati ... Stati.

E' stato sostenuto però spesso che anche l'individuo possa essere considerato soggetto di diritto internazionale, ma la tesi maggioritaria è ancora quella che sostiene che, se correttamente impostata, la questione della soggettività dell'individuo si riduce solamente a cercare di comprendere se l'ordinamento internazionale contenga norme che stabiliscano diritti e obblighi i cui destinatari diretti sono i sudditi degli Stati (e dunque non solamente l'individuo come persona fisica, ma anche la persona giuridica, ossia la società commerciale) e conclude negandolo. Pur ammettendo trattarsi di questione che merita grande attenzione e che ha grandi implicazioni sistematiche, si sostiene che quella della soggettività dell'individuo non é ipotesi necessaria, ben potendo gli sviluppi normativi che interessano l'individuo venire interpretati in maniera coerente con la tesi negatrice della sua personalità.

Vero é, ad esempio che esistono trattati internazionali che permettono all'individuo di proporre azioni giudiziarie sia davanti al tribunale interno di uno Stato straniero, sia davanti a un tribunale internazionale, sia davanti a organi internazionali di tutela dei diritti della persona umana. Ma questa situazione può anche essere spiegata, come fa peraltro la maggior parte degli studiosi, descrivendo l'individuo come il materiale beneficiario di quei trattati e non come il diretto destinatario di essi. Le situazioni nelle quali essi esercitano veri e propri poteri (come, ad esempio, in certi

sistemi regionali di protezione dei diritti dell'uomo) possono venire ricostruite come situazioni circoscritte a quel particolare ordinamento settoriale che è stato creato da un trattato che impone pur sempre obblighi agli Stati e solo a loro. La situazione pratica non cambia e, del resto, anche a voler riconoscere che l'individuo sia un soggetto di diritto internazionale ciò non implicherebbe la sua assoluta equiparazione agli Stati.

Anche i casi nei quali gli obblighi che gravano sugli individui sembrano derivare direttamente dal diritto internazionale, come nel caso della repressione dei crimini internazionali dell'individuo, possono ricostruirsi come obblighi posti dal diritto internazionale a carico degli Stati ai quali ordinano di usare della loro sovranità in modo da reprimere quei comportamenti degli individui, modificando solo le norme che regolano l'esercizio di questi poteri da parte degli Stati (come nel caso della cosiddetta giurisdizione universale). Simili considerazioni possono farsi per quei trattati che istituiscono forme di giurisdizione internazionale in materia di crimine internazionale dell'individuo (quali Tribunale di Norimberga, il Tribunale di Tokyo, il Tribunale per l'ex Jugoslavia e quello per il Rwanda, nonché la Corte Penale Internazionale Permanente delle Nazioni Unite

Insomma la tesi generalmente accolta, quantomeno nella letteratura europea, non vede significativi scostamenti dalla situazione che esisteva nel diritto internazionale classico. Come si sa, nel diritto internazionale classico l'individuo non veniva preso in considerazione in quanto tale. Egli era un suddito dello Stato e il diritto internazionale non si occupava delle questioni interne allo Stato. Il diritto internazionale attuale contiene invece numerose norme che costituiscono a favore dell'individuo posizioni soggettive di vantaggio, ovvero gli impongono obblighi assoggettandolo alla giurisdizione di organi giudicanti internazionali. Indubbiamente la situazione risulta molto modificata rispetto alla condizione dell'individuo che era tipica del diritto internazionale cosiddetto classico. Ma, secondo la dottrina prevalente, non ci troveremmo di fronte a un superamento del diritto internazionale come ordinamento dei rapporti interstatali, ma solo a una fase caratterizzata (giustamente, vorremmo aggiungere) da un crescente interesse per i comportamenti posti in essere dai singoli individui anche all'interno degli Stati. Non siamo insomma davanti a una nuova comunità mondiale panumana, una sorta di Civitas Maxima, ma a una fase evolutiva del diritto internazionale che rimane però fedele alle sue caratteristiche strutturali di sempre.

Eppure, ci pare, gli sviluppi che abbiamo sopra richiamato sono di tale entità, da far ritenere giunta l'ora di una seria revisione di questa posizione teorica, per operare la quale occorre procedere a una spassionata analisi della complessa problematica, impresa nella quale può guidarci la storicizzazione dei suoi termini.

9. 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.

Il contenuto di questo obbligo di astensione risulta già allora delimitato abbastanza chiaramente. Dalla pur vasta esemplificazione fornitaci dalla prassi dell'epoca emerge infatti un "catalogo" assai vario di ipotesi, ma riconducibile sostanzialmente a due categorie fondamentali. La prima categoria raccoglieva i casi in cui un sovrano richiede ad un altro sovrano di adottare, o di astenersi dall'adottare, un certo comportamento nell'esercizio del potere di governo. Anche la semplice richiesta di clemenza per un suddito del sovrano richiesto, veniva ritenuta violare il principio e respinta con la motivazione che la questione era puramente interna e dunque di esclusiva competenza del sovrano territoriale. L'altra categoria di comportamenti vietati erano attività che non miravano a chiedere al sovrano l'adozione di un comportamento determinato, ma turbavano comunque l'esercizio da parte sua dei propri poteri di governo favorendo o fomentando complotti che turbassero l'ordine sociale nel suo Stato.

Tutti questi comportamenti erano compresi nel divieto di "*se mêler des affaires domestiques*" (letteralmente "immischiarsi degli affari interni") ed è facile rendersi conto che l'elemento che li accomunava era appunto il fatto di recare molestia all'esercizio del potere di governo da parte del sovrano territoriale, il fatto di voler attingere in qualche modo i di lui sudditi che invece, in quanto tali, per il diritto

internazionale non esistevano perché la sovranità (del sovrano prima e dello Stato poi) non avrebbe avuto senso se i sudditi fossero stati soggetti di rapporti internazionali (e in una visione assai restrittiva e risalente anche se fossero apparsi nelle relazioni internazionali come semplici oggetti di quelle). E questo atteggiamento sarà costantemente mantenuto, anche negli anni successivi, dalla dottrina, con la sola significativa eccezione di Hans Kelsen, il quale, nel quadro della sua Dottrina pura del diritto, riteneva che la sovranità dello Stato non avesse una sua autonoma consistenza e che, pertanto, tutte le norme giuridiche, anche quelle internazionali, si indirzassero alle persone umane (*rectius*, nella sua visione, costituissero situazioni giuridicamente rilevanti in capo agli individui. Cfr. Kelsen, H. *Théorie générale du droit international public*, in *Recueil des Cours*, 1932-IV, 141 ss.).

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.

Né possono emergere valori diversi da quello della semplice coesistenza degli Stati. Il diritto internazionale, peraltro, appare in questa fase come il prototipo dell'ordine convenzionale perché si basa su un equilibrio basato a sua volta su un accordo (una sorta di contratto sociale) tra individualità così forti (gli Stati) da non poter né volere procedimentalizzare il conflitto fra loro fino a far emergere una legittimità forte e legale, un governo mondiale che, pur reggendosi su un consenso convenzionale, eserciti una qualche forma di potere legittimo. E non manca peraltro ancor oggi chi pensi che così sia o debba essere. Ciò rende ragione, mi pare, del perché i tentativi pur generosi di far "progredire" l'ordine internazionale verso forme più spinte di socialità si siano a tutt'oggi miseramente infranti sulle rocce di un "contrattualismo" monolitico e immutabile. Si pensi alla costruzione di un ordine mondiale basato su una organizzazione internazionale come l'Organizzazione delle Nazioni Unite, o alla teoria dello *jus cogens* come limite all'autonomia contrattuale degli Stati, o a certe teorizzazioni della responsabilità degli Stati, ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

10. La situazione dell'individuo si modifica però notevolmente con l'affermarsi del movimento filosofico e politico che sostiene la necessità della tutela dei diritti dell'uomo. Si tratta, come si sa, di un processo che si avvia all'interno delle Costituzioni nazionali. E' noto che le prime Dichiarazioni dei diritti dell'uomo risalgono al settecento ed esprimono la pressante urgenza di affermare l'esigenza di difesa della libertà del cittadino nei confronti di uno Stato del quale egli desiderava riappropriarsi. Sono, lo sanno tutti, delle dichiarazioni "borghesi", che ci consegnano un modello di Stato attento a non invadere gli spazi di libertà del singolo cittadino.

Protezione dei diritti umani che emerge anche nella comunità internazionale, in una società ormai a dimensione planetaria, all'interno dell'Organizzazione delle Nazioni Unite che si presentava infatti fin dall'inizio come un ambizioso progetto di pacificazione mondiale e l'opinione dei Padri fondatori era giustamente che la pace mondiale non potesse venire assicurata una volta per tutte se non tentando di costruire, accanto a meccanismi di mantenimento della pace, che erano, in sostanza, tentativi di assicurare un controllo delle attività belliche, anche una comune civilizzazione tra i Paesi del mondo.

E' opportuno segnalare su questo versante, l'adozione il 10 dicembre 1948 della risoluzione n. 217/III, che conteneva la celeberrima Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, un importante documento che nell'intenzione dei proponenti doveva rappresentare a livello mondiale quello che nelle costituzioni degli Stati liberali era il cosiddetto Bill of Rights, ossia l'elenco dei fondamentali diritti della persona umana. Rispetto a questi elenchi, però, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo presentava alcune fondamentali differenze. Innanzitutto, per quel che riguardava la sua forza obbligatoria. Mentre le Dichiarazioni dei diritti che fanno parte delle Carte costituzionali degli Stati sono delle vere e proprie leggi, anzi hanno talvolta una forza superiore a quella della stessa legge, la Dichiarazione Universale, come molte altre Dichiarazioni delle organizzazioni internazionali, aveva il valore di una semplice raccomandazione indirizzata dall'Assemblea Generale agli Stati. In altri termini, pur avendo un alto valore morale, la Dichiarazione non imponeva agli Stati l'obbligo di proteggere i diritti in essa contenuti, ma semplicemente raccomandava loro di farlo.

Ma ciò nonostante, ed anche perché il contenuto della Dichiarazione viene sviluppato e trasfuso in numerosi trattati internazionali, il paradigma convenzionalista cede il passo al tentativo di costruire valori comuni sui quali fondare la comunità internazionale, vista non più come una mera comunità di coesistenza, ma come una comunità fondata sulla condivisione di valori. Una visione dunque che mira a sostituire a una comunità di Stati retta da una logica convenzionalista una comunità di Stati che si riconoscono in valori comuni. Questi valori sono difficili da individuare in maniera esaustiva e l'elenco che se ne volesse tracciare sarebbe sempre approssimato per difetto. Essi poi sono valori che vengono affermati come un programma di lavoro, riprendendo l'atteggiamento militante che già fu dei giuristi positivisti di fine ottocento. E in larga misura tendono a coincidere con i fini delle Nazioni Unite. E certamente implicano una diversa considerazione per l'individuo e i suoi diritti.

Possono utilmente accostarsi a questi sviluppi che interessano il diritto internazionale universale anche quelli che si sono sviluppati a livello regionale. Si pensi all'originale integrazione della dimensione interna e della dimensione internazionale nei sistemi regionali di garanzia internazionale dei diritti dell'uomo, come ad esempio il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'ambito del quale, specie dopo la riforma realizzata con l'undicesimo Protocollo addizionale, gli individui dispongono di un ricorso davanti alla Corte, disciplinato dalle disposizioni della Convenzione, avverso lo Stato parte nell'ambito della cui giurisdizione si sia verificata una violazione della Convenzione stessa.

Sempre nell'ambito europeo può riscontrarsi l'interessante fenomeno dell'Unione europea, all'interno del cui sistema agli individui viene riconosciuta la pienezza delle posizioni soggettive, in alcuni casi anche dagli stessi Trattati istitutivi o da atti europei direttamente applicabili. E' pur vero che la Corte di Giustizia ha chiaramente affermato che il diritto dell'Unione europea avrebbe dato vita a un ordine né interno né internazionale, ma queste innegabili peculiarità non fanno che confermare che attraverso dei trattati internazionali si è potuto dar vita a qualcosa che forse non può più chiamarsi *stricto sensu* "internazionale", ma che è comunque riconducibile all'uso di strumenti apprestati dal diritto internazionale.

Negli ultimi anni ha poi ripreso vigore l'interesse per la questione della giurisdizione internazionale penale, una questione invero non recente. Infatti, dopo alcuni esperimenti isolati, alla fine della Seconda Guerra Mondiale l'esigenza di istituire una giurisdizione penale internazionale fu avvertita come assolutamente prioritaria. Con la dichiarazione di Mosca del 30 ottobre 1943, gli Stati Uniti, la Gran Bretagna e l'Unione Sovietica avevano annunciato al mondo intero che i criminali di guerra sarebbero stati giudicati in linea di principio dagli Stati sui territori dei quali si erano verificati i fatti criminosi, mentre coloro che si erano resi colpevoli di crimini di particolare gravità e che non potevano ricollegarsi a nessun territorio in particolare sarebbero stati giudicati per decisione congiunta dei Governi degli Alleati. Tale tribunale, istituito con l'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, operò a Norimberga, giudicando i gerarchi nazisti, mentre i giapponesi vennero giudicati dal Tribunale di Tokyo, peraltro istituito con una determinazione unilaterale del presidente statunitense Truman e concretamente avviato all'operatività dal generale Mac Arthur. Più recentemente hanno operato due tribunali internazionali penali, il Tribunale delle Nazioni Unite per l'ex Jugoslavia e il Tribunale delle Nazioni Unite per il Rwanda, è stata anche istituita una Corte Internazionale Penale permanente delle Nazioni Unite e numerosi tribunali misti. L'individuo sembrerebbe dunque aver acquisito una limitata e parziale soggettività internazionale anche in questi ambiti, davanti ai quali viene chiamato a rispondere di suoi comportamenti qualificabili come crimini internazionali, come peraltro riconoscono tutti gli studiosi, come abbiamo visto anche quelli che negano la possibilità di una soggettività dell'individuo.

11. E' il caso adesso di avviare verso la conclusione queste riflessioni. Credo che l'approccio adeguato per una soluzione del problema che ci occupa sia dunque assumere nella teoria del diritto internazionale la realtà di un diritto frammentato in sistemi giuridici parziali, all'interno dei quali si costituiscono ordini e legalità indipendenti e talvolta alternative. Nel 2006 il Gruppo di Studio costituito all'interno della Commissione per il Diritto Internazionale sul tema *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, ha consegnato il suo Rapporto finale contenente 42 conclusioni. Si è così per il momento terminata una lunga stagione di riflessione su queste tematiche, affidata anche a ponderosi studi. Orbene il tema della soggettività dell'individuo può trovare adeguata considerazione all'interno di questa teoria secondo la quale l'individuo

potrebbe essere vero e proprio soggetto all'interno di alcuni di questi ordini parziali ma non all'interno dell'ordine internazionale *quo talis*. Già del resto la Corte permanente di giustizia internazionale aveva riconosciuto la possibilità che il trattato internazionale costruisca un sistema giuridico all'interno del quale le posizioni soggettive dell'individuo possano essere riconosciute e tutelate (*Danzig Railway Officials*, 3 marzo 1928, in *World Court Reports*, II, Dobbs Ferry N.Y., 1969, 246-247)

Quello che in pratica starebbe accadendo, anche secondo un apprezzamento prudente di questi nuovi sviluppi, è che la tensione verso nuovi equilibri e nuovi modelli sta trovando accoglimento in sistemi internazionali parziali capaci di generare nuovi equilibri e nuove modalità di tutela, ivi compresa la soggettività giuridica degli individui.

E' da chiedersi adesso se l'idea dell'unità dell'ordine internazionale sia una ipotesi necessaria. Da un punto di vista di mera analisi del linguaggio, affermare il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico è una affermazione banale e tautologica: infatti, com'è noto, la stessa idea di ordine e di ordinamento postula una sistematica correlazione tra le parti di un tutto (o tra singole individualità che possono comporsi in una individualità superiore) che può venire espressa dal concetto di unità. Un ordinamento giuridico può essere un ordinamento giuridico a condizione che esso sia retto da una logica interna (da una sola) che permetta di considerarlo appunto uno.

A un successivo livello analitico tuttavia il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico rivela la sua valenza specifica apparendo in realtà per quello che è, ossia il meccanismo di mantenimento della coesione di una comunità di valori e di individui (e di questa attraverso quella) attraverso la preferenza attribuita a una proposizione piuttosto che ad un'altra perché maggiormente coerente con il sistema, con l'ordinamento. Esso si ipostatizza negli ordinamenti contemporanei nella decisione dell'ultima istanza giudiziaria e, tendenzialmente, dovrebbe esprimere anche la regola dell'agire di quest'ultima.

Orbene, indagando le radici del principio dell'unità dell'ordinamento giuridico e della esaltazione del suo ruolo nell'attuale riflessione giuridica e a una più matura riflessione, il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico rivela la sua stretta dipendenza da determinate categorie da esso distinte, segnatamente (e in via di prima approssimazione) dall'idea della verità del diritto, dall'idea dell'unità del potere sovrano, dall'idea dell'unità della società, dall'idea della società come insieme ordinato di azioni o di decisioni. Nessuna di queste categorie assume peculiare rilevanza per il diritto internazionale che può dunque essere visto come un insieme di norme,

financo come un sistema, ma non necessariamente composto ad unità ordinamentale. Bene può dunque convivere con una situazione di “frammentazione”, di ordini parziali che inglobano selettivamente gruppi di Stati o di materie.

Così ricostruito l'ordine internazionale contemporaneo, non sussiste, ci pare, nessuna difficoltà a collocare le ipotesi di soggettività internazionale all'interno di queste comunità parziali, di questi sistemi in sé conclusi, che il diritto internazionale crea e metabolizza, pur senza abbandonare la sua generale dimensione tradizionale di diritto interstatale. Anche questo, riteniamo, è diritto transnazionale.
