

L'ordinamento giuridico internazionale^{*}

Controversiae è la prima parola che compare nel libro primo del testo fondamentale di Ugo Grozio *De jure belli ac pacis* del 1625. Molti studiosi odierni di diritto internazionale hanno seguito questo filone del pensiero di Grozio dedicando i propri studi al problema della gestione delle dispute. Già dalla fine del xix secolo, generazioni di influenti esperti avevano proposto una visione del diritto internazionale che si concentrava su dottrine e materiali giuridici collegati al problema delle controversie: le specifiche regole che una parte in lite può invocare contro un'altra, le fonti (trattato, consuetudine) a cui una Corte farà riferimento per individuare le regole internazionali, i principi generali (acquiescenza, violazione dei diritti) che le Corti internazionali prendono a prestito dai sistemi giuridici nazionali per affrontare casi internazionali, i principi fondamentali del diritto internazionale (la responsabilità degli Stati) enunciati dalle Corti, le implicazioni dei precedenti di una specifica decisione o di uno specifico accordo. Questo interesse deve molto al modello sociologico del giusinternazionalista di successo sviluppatosi durante lo scorso secolo nelle tradizioni del diritto internazionale inglese, francesi, italiane o di altri paesi dell'Europa occidentale: ovvero quello dell'esperto rispettato all'interno dell'accademia, soprattutto del professore avvocato mondialmente noto o del colto giurista funzionario statale, la cui carriera implica sia lo studio che l'esercizio della difesa nelle dispute giudiziarie, una carriera che può anche culminare nell'assumere il ruolo di giudici o di arbitri in un tribunale internazionale o nel diventare autori di corsi generali e di saggi influenti.

Ovviamente questi esperti studiosi sono impegnati anche nella formulazione di norme generali e nell'affermazione di valori comuni. Ma l'interconnessione fra pratica e studio della soluzione delle controversie internazionali ha orientato il tema verso questioni specifiche, quali quella che uno Stato può essere vincolato da una regola specifica che un altro Stato può invocare (la questione dell'opponibilità di norme particolari fra le parti), e lo ha allontanato da ciò che sarebbe altrimenti potuto diventare una preoccupazione oppri-

* Traduzione dall'inglese di Costanza Margiotta ed Elena Pariotti.

mente, quella della costruzione di un ordinamento normativo globale. Allo stesso modo, l'interesse per il problema della risoluzione delle controversie conduce a prediligere la soluzione di problemi bilaterali, piuttosto che privilegiare altri tipi di problemi di interesse comune. Ciò ha portato anche a incoraggiare la tradizione giuspositivistica che si focalizza su materiali già creati dalle fonti di diritto riconosciute (i trattati, le pratiche di creazione delle consuetudini da parte dei principali attori, le sentenze, le opinioni dottrinali e così via) e che distinguono nettamente le dichiarazioni della *lex lata* dalle proposte di riforma *de lege ferenda*.

Il modello inglese, francese e italiano, che si concentra sulla soluzione delle controversie, e la pratica che lo accompagna, che si ispira al giuspositivismo, non hanno mai preso veramente piede negli Stati Uniti. Molti studiosi imbevuti degli ideali wilsoniani o del new deal si sono preoccupati di teorizzare o di studiare le istituzioni internazionali come strumento non solo per risolvere le controversie, ma, più in generale, per risolvere i problemi¹. Le idee teorico-giuridiche che hanno influenzato questi autori, dediti alla soluzione dei problemi, nel periodo che va dall'amministrazione Wilson a quella Truman sono state soprattutto quelle del realismo giuridico americano, che enfatizzava il ruolo della politica nella formulazione del diritto e nell'emanazione delle sentenze. Su questa base, Myres McDougal e altri autori hanno costituito la Scuola di New Haven, con un approccio cosiddetto politologico al diritto internazionale, approccio che ripudiava la nozione positivistica del diritto come insieme di norme e che ha tentato piuttosto di sistematizzare i differenti compiti dei giuristi quali specialisti in decisioni perentorie finalizzate a chiarificare e a implementare l'interesse della comunità nell'ordine pubblico mondiale. Abram Chayes e altri studiosi hanno cercato di fornire una spiegazione meno prescrittiva del diritto internazionale come processo. Se il programma pratico di soluzione dei problemi, con la sua visione interdisciplinare dei materiali rilevanti e con il suo più esplicito impegno verso il sistema e la politica, ha avuto un'ampia influenza, in generale le specifiche teorie giuridiche su cui esso si è basato negli Stati Uniti non sono state accettate altrove. Il dominante approccio teorico-giuridico alla pratica globale del diritto internazionale continua a essere giuspositivistico. Ma si tratta di un giuspositivismo attenuato dalle necessità pragmatiche di migliorare le controversie per garantire che le istituzioni internazionali possano operare con efficacia e rispondere alle esigenze della *global governance*. Secondo coloro che seguono questo

1. D. Kennedy, *The Move to Institutions*, in "Cardozo Law Review", vol. 8, n. 5, 1987, pp. 841-988; J. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press, New York 2005; T. Franck, S. Chesterman, D. Malone, *Law and Practice of the United Nations: Documents and Commentary*, Oxford University Press, New York 2008.

approccio, il sistema positivista stato-centrico è continuamente forzato e sotto pressione, ma né in teoria né in pratica è stato sostituito da un altro sistema. La sua resistenza è stata più forte di quanto ci si aspettasse poiché, nel diritto internazionale, la pratica continua a dare forma alla teoria e la teoria profondamente radicata continua a sostenere la pratica.

Il problema di come contribuire a un tempo alla pratica e alla teoria è stato centrale per la definizione sia della disciplina del diritto internazionale sia di alcune delle più importanti linee di discussione al suo interno. Il lavoro di Martin Wight, Hedley Bull e di altri esponenti della Scuola inglese delle relazioni internazionali² distingue fra il realismo hobbesiano, il razionalismo groziano e il cosmopolitismo kantiano poiché si tratta di tre approcci distinti che insieme rappresentano gran parte della storia delle idee occidentali relativa alla politica internazionale. I tre approcci illustrati dalla Scuola inglese possono essere rappresentati come tre visioni dei rapporti fra indagine teorica del diritto internazionale e pratica giuridica degli attori più importanti. Un approccio realista enfatizza la necessità di coerenza con la pratica quale criterio per valutare la correttezza di una teoria e, nello sviluppare la teoria, tenta di accostarsi all'opinione e al comportamento dei più importanti decisori. Un approccio groziano cerca di conciliare la teoria con la pratica, e la pratica con la teoria. Come sostiene Wight, il diritto internazionale groziano «è un ripetuto canto contro il movimento della diplomazia»³. Un approccio normativo cosmopolita offre la possibilità di ricostruire il mondo attraverso la teoria: in un certo senso, la teoria è pratica⁴.

Sosterrò che la struttura giuspositivistica dominante che ha tenuto insieme la pratica giuridica internazionale si trova oggi di fronte a molte critiche interne e ad altrettante sfide esterne (par. 2) e che la sua praticabilità è seriamente messa in discussione, a meno che essa non venga approfondita e rinnovata (par. 3). Proporrò di ripensare il concetto di diritto internazionale (par. 4) e sosterrò che: l'integrazione groziana fra teoria e pratica è una preziosa e peculiare caratteristica del diritto internazionale; esistono argomenti etici a favore delle posizioni giuspositiviste predominanti che sono state incoraggiate da questo impegno verso la pratica attraverso la soluzione dei problemi; inoltre, in un'epoca di intensificata *global governance* una concezione groziana del diritto internazionale, che integra criteri basati sulle fonti e criteri basati sui contenuti, permette di fare un passo in avanti.

2. H. Butterfield, M. Wight (eds.), *Diplomatic Investigations*, George Allen and Unwin, London 1966; A. Hurrell, *On Global Order: Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford University Press, Oxford 2007.

3. Butterfield, Wight (eds.), *Diplomatic Investigations*, cit., p. 29.

4. P. Allot, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford University Press, Oxford 2001².

1. ESPANSIONE E PRECARIETÀ DEL CONCETTO DI SISTEMA GIURIDICO INTERNAZIONALE

La questione relativa all'esistenza, o alla possibile esistenza, di un sistema giuridico internazionale è stata posta con più intensità a causa della crescita significativa, sia per numero sia per quantità di lavoro, delle Corti e dei tribunali internazionali. Negli anni Settanta alla maggior parte dei giusinternazionalisti sembrava abbastanza evidente che un sistema giuridico internazionale potesse essere definito nei termini hartiani di unione di regole primarie e di regole secondarie. Tutti i membri, infatti, accettavano la maggior parte delle regole primarie relative alla condotta degli Stati ed era possibile rilevare anche un sufficiente accordo sulle fonti del diritto internazionale tale da soddisfare almeno in forma rudimentale il requisito hartiano della regola di riconoscimento. Il sistema combatteva con una teoria del cambiamento giuridico, ma era almeno in grado di consolidare e di celebrare il cambiamento attraverso conferenze globali e decisioni autorevoli. Nel frattempo era emersa una struttura giudiziaria ragionevolmente regolata che si focalizzava attorno alla ICJ (International Court of Justice – Corte internazionale di giustizia, d'ora in avanti ICJ), e che veniva perfezionata da una giurisprudenza arbitrale e da alcuni organi giudiziari specializzati e regionali. Se il volume e lo scopo della pratica inerente all'ambito del diritto internazionale crescevano, l'assunto principale, secondo cui tutto era parte di un unico sistema, appariva sempre più precario. In particolare, ciascun gruppo di Stati è in generale libero di istituire nuovi organi giudiziari, la cui giurisdizione e composizione sono liberamente scelte dalle parti in causa, senza la necessità di inserire tali organi in una relazione gerarchica con altri già esistenti. Alcune gerarchie formali esistono, che derivano, ad esempio, dallo *status speciale* della Carta delle Nazioni Unite e dai poteri vincolanti del Consiglio di sicurezza, o, nell'Unione Europea, dalla supremazia del diritto comunitario e della CGCE (Corte di giustizia delle Comunità europee), ma in generale il diritto internazionale rimane orizzontale. La proliferazione dei tribunali porterà in prospettiva a una frammentazione del diritto internazionale, con Corti diverse che giungono a interpretazioni che confliggono e senza nessun meccanismo gerarchico di controllo giurisdizionale. Fino ad oggi tutto ciò non si è ancora tradotto in un problema serio, sebbene tensioni profonde esistano fra le risoluzioni del Consiglio di sicurezza e le norme che proteggono i diritti⁵. La questione del potere dei tribunali, nazionali, internazionali e sovranazionali, di limitare gli effetti delle decisioni di organizzazioni intergovernative o di controllarne la validità⁶ e le questioni più generali relati-

5. Franck, Chesterman, Malone, *Law and Practice of the United Nations*, cit.

6. Alvarez, *International Organizations*, cit.

ve all'organizzazione dei rapporti fra questi tribunali, diventeranno problemi sempre più pressanti con l'istituzionalizzazione crescente dell'ordinamento giuridico globale.

Nella tradizionale teoria giuspositivista, l'unità del sistema giuridico dipende dalla capacità degli Stati di creare vincoli giuridici su base volontaria. Ma ciò non fornisce una risposta al caso in cui uno Stato assume vincoli inconciliabili con altri gruppi di Stati diversi o a quello in cui due tribunali emettono decisioni vincolanti incompatibili. Una teoria alternativa unificherebbe il sistema giuridico considerando la Carta delle Nazioni Unite come una Costituzione e cercando in essa le risposte ai problemi della gerarchia e del conflitto fra norme. Attualmente, però, questo può al massimo fornire una risposta parziale poiché gran parte del diritto internazionale è in teoria e in pratica precedente a, e autonoma da, le Nazioni Unite. Altri autori hanno sostenuto in termini antifondazionalistici che non vi può essere alcun sistema giuridico, ma solamente una serie di attività svolte da persone che condividono la visione del ruolo del giurista internazionalista, e che comunque la ricerca di un sistema finirà per introdurre una struttura ponderosa che lascia fuori molte iniziative fiorenti e preziose e che esclude le voci marginali. Ma in pratica l'idea di un sistema unitario si è in generale conservata, dal momento che gli Stati sono rimasti abbastanza unitari nel loro atteggiamento politico nei confronti del diritto tanto da evitare grossi conflitti, e i membri dei tribunali internazionali hanno mostrato un impegno a favore della coerenza sistematica e del reciproco rispetto.

2. LE SFIDE AI CONCETTI E AGLI ASSUNTI PRINCIPALI DEL POSITIVISMO GIURIDICO

Se un insieme importante di materiali pratici e di concetti esercita un'attrazione gravitazionale unificante, tale attrazione non è più esercitata in maniera così forte dall'allentata teoria giuspositivista che è ancora comunemente usata per mettere ordine fra questo insieme di materiali. La diversa sociologia dei giusinternazionalisti, i cambiamenti delle circostanze e le necessità della società internazionale pongono da lungo tempo una serie di sfide teoriche sempre più acute a questa tradizione del giuspositivismo.

2.1. Le critiche interne ai concetti giuspositivistici: statualismo, interesse nazionale e razionalità strumentale

Gli approcci al diritto internazionale si inseriscono all'interno di teorie e intuizioni relative alla natura della politica internazionale. La Scuola inglese colloca i giusinternazionalisti in un filone per metà groziano, che rigetta da un lato una visione realista del mondo degli Stati, che assumerebbero un atteggiamento da gladiatori governati non tanto dal diritto quanto dalla sopravvivenza e dalla

massimizzazione del potere relativo (Hobbes), e, dall'altro, rigetta un cosmopolitismo emancipativo incentrato sull'etica e sull'autorealizzazione di individui e società in un'associazione di Stati repubblicani o addirittura in uno Stato universale (Kant). Da questo punto di vista la *via media* groziana è una via di mezzo alquanto ampia, che spinge gli autori della Scuola inglese a suddividere le posizioni groziane relative alla politica internazionale in pluraliste e solidariste⁷. I groziani pluralisti (spesso diplomatici o comunque persone coinvolte direttamente in impegni di governo) tendono al realismo e a una certa cautela verso l'idea di estendere il diritto internazionale oltre a quello che potrà essere sorretto dalla configurazione del potere nella politica interstatale. I groziani solidaristi, che invece vedono nel diritto internazionale la possibilità di realizzazione di programmi più vasti di giustizia e di cambiamento sociale, tendono al cosmopolitismo e alla costruzione di un nuovo mondo attraverso le idee. Questi modelli duraturi sono soffocati dal contesto temporale politico e ideologico in cui si trovano, un contesto la cui urgenza si impone e dà forza a molti studi giusinternazionalistici. Lo specifico contesto dei recenti studi (il collasso dell'URSS, la privatizzazione di diversi compiti dello Stato, la globalizzazione e così avanti) ha dato una forma peculiare ai lunghi dibattiti sulla natura e sullo scopo della società o delle comunità internazionali, sul significato e sulla rilevanza dell'“interesse nazionale” e sulla possibilità di spiegare e di strutturare il diritto internazionale sulla base di modelli di teoria dei giochi che presuppongono la razionalità strumentale degli attori collettivi.

2.1.1. Statualismo e comunità internazionale

La visione realista secondo cui le relazioni internazionali rappresenterebbero l'anarchia hobbesiana, in cui gli Stati, in quanto attori unitari e razionali, cercano di massimizzare il loro potere relativo e di realizzare i loro specifici interessi nazionali nel quadro dei vincoli imposti dal potere e dagli interessi degli altri Stati, continua a esercitare una forte influenza sulla teoria del diritto internazionale⁸, anche se pochi studiosi di diritto internazionale l'accettano nella sua interezza (il testo di Combacau e Sur è uno fra i testi universitari di diritto internazionale dal carattere più hobbesiano⁹). Molti pluralisti groziani continuano ad assumere posizioni statualiste e considerano gli Stati come fatti politici pregiuridici, con istituzioni di governo che sono forti nei confronti della società e con una struttura stabile deputata agli affari internazionali che permette allo Stato di funzionare nel diritto internazionale come persona giuridica univoca¹⁰. Il

7. Butterfield, Wight (eds.), *Diplomatic Investigations*, cit.; Hurrell, *On Global Order*, cit.

8. G. Ladreit de Lacharrière, *La Politique juridique extérieure*, Economica, Paris 1983.

9. J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, Paris 1999⁴.

10. *Ibid.*

diritto internazionale è così considerato come un insieme di norme che emergono dagli accordi o dal consenso nelle interazioni fra queste entità. Anche la posizione più incline al realismo fra quelle pluraliste accetta che una sorta di società internazionale esista, ma la considera alla stregua di una società di Stati dove l'anarchia hobbesiana è stata attenuata ma non sconfitta.

Attaccare tale pluralismo statualista è stato uno dei principali obiettivi della letteratura degli ultimi decenni. Un gruppo di studiosi tedeschi e austriaci ha sostenuto che il problema dell'anarchia è stato in parte superato dal costituzionalismo internazionale e soprattutto dall'adozione della Carta delle Nazioni Unite¹¹. Diversi studiosi statunitensi hanno sostenuto che il diritto internazionale è creato da reti transnazionali formatesi fra gli organi statali specializzati¹² o fra una serie di Stati e di attori privati, e si sono sforzati di scomporre “lo Stato” nelle sue molteplici componenti con programmi e interessi distinti. Questo ha promosso una teoria, ampiamente diffusa negli studi statunitensi, secondo la quale la sovranità dovrebbe essere analizzata in termini funzionalistici piuttosto che in termini categoriali¹³. In questo filone di pensiero funzionalista, lo Stato è solo uno fra i tanti contendenti da prendere in considerazione quando la distribuzione dei poteri di *governance* avviene come parte di un disegno funzionale ottimale di ciascun regime di *governance*. Un gruppo eterogeneo di studiosi europei, ispirato dalla strada intrapresa dall'Unione Europea o (come nel caso di Allott¹⁴) disorientato dal fatto che l'immagine dello Stato è ancora molto forte nel quadro dell'Unione Europea, ha proposto una comunità internazionale di comunità sovrapposte o una società di tutte le società¹⁵ che vada al di là dello statualismo. Molti studiosi dei paesi in via di sviluppo, invece, hanno difeso il tradizionale sistema stato-centrico del diritto internazionale e hanno lavorato intensamente nel tentativo di incrementare l'influenza di questi paesi al suo interno¹⁶. Sebbene alcuni sostenitori dello statualismo beneficino senza dubbio dei privilegi del potere e dell'accesso al capitalismo transnazionale che lo statualismo radica, molti autori sono sinceramente preoccupati dal fatto che l'indebolimento dello Stato e il rafforzamento della “società civile transnazionale” finiscano per intensificare ulteriormente la diseguaglianza globale.

Lo statualismo sta lasciando il passo a una concezione più sostanziale di società internazionale. Ma né in teoria né in pratica la concezione di una socie-

11. A. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Duncker & Humblot, Berlin 1984³.

12. A. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton 2004.

13. H. Koh, *Transnational Public Law Litigation*, in “Yale Law Journal”, vol. 100, n. 8, 1991, pp. 2372-402.

14. Allott, *Eunomia*, cit.

15. *Ibid.*

16. T. Maluwa, *International Law in Post-colonial Africa*, Kluwer, The Hague 1999.

tà internazionale in espansione va di pari passo con le rivendicazioni, sempre in aumento, per una maggiore partecipazione e per una maggiore legittimità nella *global governance*. Vi sono tre ragioni che spiegano questo ritardo. La prima, che i punti di partenza per la teorizzazione della legittimità internazionale variano a seconda del paese, della regione e della tradizione politica. La seconda, che i modelli di decisione politica e di produzione giuridica radicati negli Stati grandi e, da lungo tempo, stabili non vengono cambiati con facilità per adattarsi alla nuova politica della *global governance* o al nuovo ruolo del diritto internazionale. Coloro che propongono questi cambiamenti sul piano internazionale si scontrano sia con una resistenza politica sia con un'opposizione teorica sempre più sofisticata¹⁷. La terza ragione è che gli Stati ricoprono compiti importanti che non è facile riprodurre al di fuori di un quadro statualista.

2.1.2. L'interesse nazionale

Le sfide allo statualismo portano con sé una serie di obiezioni all'opinione secondo cui la politica internazionale può o potrebbe affermarsi per raggiungere l'“interesse nazionale”. La disgregazione delle interazioni interstatali e i network di integrazione, che emergono dalla crescente intensità e dalla crescente quantità di transazioni transfrontaliere, rendono i processi di calcolo degli interessi talmente complicati da rendere difficile definire un singolo “interesse” nazionale. Tuttavia mentre la politica democratica di governo dipende ancora molto dallo Stato quale forma politica e forma di organizzazione giuridica chiave, i politici, il cui perdurante potere deriva dai sistemi politici statali, sono solo raramente in grado di andare oltre il linguaggio dell'“interesse nazionale” quando si trovano di fronte alla sfida dei loro rivali per la conquista dei loro elettorati. Questo limite si riflette nella struttura e nel modo di funzionare del diritto internazionale. Il modello di contrattazione interstatale alla ricerca di quelli che vengono percepiti come interessi nazionali rimane quindi un punto di partenza determinante per spiegare la formazione e il disegno di molti dei regimi internazionali.

La lunga tradizione cosmopolita, che appoggia l'idea di un interesse sociale globale diverso dal gioco degli interessi nazionali o settoriali, mostra una perdurante vitalità nel mettere in discussione dal punto di vista normativo la preminenza dell'“interesse nazionale”. Ma la perdurante necessità pratica di azione statale e la continua importanza dell'origine nazionale della motivazione politica producono sempre più spesso reazioni da parte di studiosi mediamente groziani che replicano a questo impulso cosmopolita, ma attenuandolo.

17. C. Bradley, J. Goldsmith (eds.), *Foreign Relations Law: Cases and Materials*, Aspen, Boston 2003.

Secondo una delle tesi groziane le istituzioni internazionali, quali gli organi istituiti dai trattati internazionali sui diritti umani, sono espressione di un interesse globale. Secondo un'altra di queste tesi gli Stati in determinate circostanze agiscono come rappresentanti di un interesse comune alla comunità internazionale. Questa tesi è stata utilizzata, ad esempio, per sostenere l'uso della forza da parte della NATO nel 1999 contro la Serbia nella questione inerente il Kosovo e anche successivamente, quando in Kosovo è stato istituito un regime di governo internazionale fino alla sua dichiarazione di indipendenza nel 2008.

La lunga campagna intrapresa dai *liberals* per il libero mercato nella tradizione dello scrittore inglese Richard Cobden (1804-1865), che sosteneva che si sarebbe dovuto liberare il commercio transnazionale dalle interferenze giuridiche e militari dei politici nazionali, ha avuto un'influenza decisiva nel minare le nozioni mercantiliste di "interesse nazionale". L'ideologia liberista è presente in molti studi giuridici relativi alla progettazione di istituzioni economiche internazionali. Essa si focalizza sulle restrizioni al protezionismo e sulla richiesta di clausole sull'interesse nazionale quali la clausola sulla sicurezza nazionale inserita nel GATT (General Agreement on Tariffs and Trade – Accordo generale sulle tariffe e il commercio). Ma l'applicazione accademica della sofisticata analisi economica liberale alla definizione delle norme e delle istituzioni internazionali sorprendentemente non ha avuto grande seguito, con poche eccezioni di rilevante che si concentrano essenzialmente sul mercato e sulla finanza¹⁸. L'idea marxista che l'"interesse nazionale" è un mito che nasconde l'unità degli interessi del capitale transnazionale (una posizione che in parte si sovrappone a quella liberista di Cobden) non è stata inserita né in una ricostruzione concreta della teoria del diritto internazionale né in un robusto programma di ricerca sulle implicazioni del capitalismo sul diritto internazionale. Le possibilità di un tale programma sono state comunque illustrate dalla letteratura postcoloniale e da alcuni dei filoni della critica alla globalizzazione e al neoliberismo, compresi i lavori che si concentrano sulle istituzioni finanziarie intergovernative internazionali e sulle proposte di un *rule of law* internazionale¹⁹.

Non va, però, sottovalutato che il concetto di interesse nazionale è nato in parte per rispondere e superare le tendenze di monarchi e tiranni ad agire solo per interessi personali o dinastici, e il concetto continua a essere, dal punto di vista democratico, attraente, soprattutto perché gli effetti giuridici delle azioni di uno Stato sul piano internazionale possono durare a lungo anche dopo che il governo in carica è caduto. Una concezione del diritto internazionale in termini

18. A. Sykes, *Regulatory Protectionism and the Law of International Trade*, in "University of Chicago Law Review", vol. 66, n. 1, 1999, pp. 1-46.

19. B. Chimni, *Marxism and International Law: A Contemporary Analysis*, in "Economic and Political Weekly", vol. 34, n. 6, 1999, pp. 337-49.

pluralistici e groziani come bilanciamento degli interessi nazionali ha il vantaggio di attenuare sia le ineguaglianze interstatali sia le dubbie rivendicazioni da parte dei potenti di essere custodi dei valori universali. Questa visione pluralista si trova nell'opinione concordante della ICJ del caso *Yerodia (Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, 2002). Mentre il giudizio della Corte su questa ristretta questione ha imposto solo limitazioni modeste alle crescenti e vigorose richieste verso una giurisdizione universale ispirata ai diritti umani, numerosi giudici hanno assunto posizioni più ampie sottolineando che l'interesse di tutti a prevenire e a punire i crimini contro l'umanità non sostituisce totalmente il particolare interesse nazionale della Repubblica Democratica del Congo.

2.1.3. Razionalità strumentale

Le teorie realiste e razionaliste delle relazioni internazionali assumono che gli Stati siano attori razionali nel senso della razionalità strumentale. L'idea è che ogni Stato agisca per massimizzare la realizzazione dei propri interessi dati i vincoli dell'informazione limitata e dell'incertezza intorno alle intenzioni degli altri Stati. Il diritto internazionale si preoccupa di strutturare schemi di comportamento e di accrescere la predittibilità del comportamento all'interno della società internazionale. In questo senso, esso è funzionale a obiettivi razionalisti. La teoria istituzionalista razionale ha concentrato l'attenzione sull'analisi di specifiche funzioni non normative svolte dal diritto e dalle istituzioni giuridiche internazionali²⁰. In linea con questo funzionalismo razionalista, ma per ragioni diverse, la teoria giuspositivistica del diritto internazionale accoglie anche la razionalità sia come una caratteristica che come requisito desiderabile del sistema giuridico internazionale. Ciò è evidente nella visione giuspositivistica, secondo la quale l'obbligo giuridico internazionale è un risultato della volontà statale, ma anche in specifici schemi dottrinali, come nelle regole di attribuzione della responsabilità statale²¹.

Qualsiasi moderna teoria del diritto internazionale è tenuta a dare importanza alla razionalità. Detto questo, si possono individuare alcune critiche all'assunzione dell'idea di razionalità strumentale. In primo luogo, a meno che le istituzioni internazionali non siano semplicemente endogene agli interessi degli Stati membri, le dinamiche dell'interpretazione normativa, la decisione autoritativa e la formazione di politiche istituzionali tenderanno probabilmente a essere diverse nel contesto delle istituzioni internazionali rispetto che

20. R. Keohane, *International Relations and International Law: Two Optics*, in "Harvard International Law Journal", vol. 38, n. 2, 1997, pp. 487-502; Slaughter, *A New World Order*, cit.; A. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, New York 2008.

21. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

se fossero lasciate interamente agli Stati membri. Le istituzioni sviluppano proprie strutture di significato e valore e proprie strutture decisionali. I teorici delle organizzazioni hanno convincentemente sostenuto che assai raramente le istituzioni sono strutturate per massimizzare il raggiungimento di un singolo obiettivo, attraverso processi caratterizzati dalla razionalità weberiana. È molto più probabile che esse implichino l'interazione di elementi di mutuo controllo (quali una logica dell'azione e una logica della giustificazione retorica) ed è probabile che le loro strutture siano determinate dall'imitazione o dal percorso, tanto quanto dalla pura efficienza razionalistica. In secondo luogo – cosa assai importante – il diritto internazionale possiede funzioni expressive e obiettivi, come quello della legittimazione simbolica, non facilmente riducibili alla razionalità strumentale. Il trascurare questa complessa gamma di funzioni ha eccessivamente ristretto l'importante agenda della ricerca della conformità al diritto internazionale. Il concetto di conformità al diritto non ha significato indipendentemente dalla domanda di che cosa debba intendersi per “diritto”, di come le regole giuridiche si rapportino ai processi giuridici e di come le regole e i processi giuridici si relazionino ad altri sistemi normativi.

*2.2. Le critiche esterne e le alternative
all'approccio giuspositivistico dominante:
le scuole critica, marxista e costruttivistica*

La separazione dei fini espressi dalla codificazione e dallo sviluppo progressivo, accolta nelle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite che istituiscono la Commissione per il diritto internazionale (International Law Commission, d'ora in avanti ILC), ha una lunga tradizione nella letteratura giuspositivistica di stampo analitico sul diritto internazionale. La separazione stessa contiene un impegno giuspositivistico verso le distinzioni tra “fatto” e “valore”, tra “essere” e “dover essere”. Il movimento critico, il marxismo e il costruttivismo, influenzati dalla svolta interpretativa affermatasi nelle scienze umane, così come dalle tesi del realismo giuridico americano, hanno sfidato la sicurezza con cui tali distinzioni giuspositivistiche sono affermate con riferimento al diritto internazionale.

La parte migliore tra le prime espressioni del movimento critico utilizzò tesi antifondazionalistiche per sfidare i concetti giuspositivistici e assunzioni quali l'esistenza e la completezza di un sistema giuridico internazionale²² o la separabilità di particolari strategie giuridiche, come la creazione di istituzioni internazionali, dall'impegno politico e intellettuale dei loro fautori²³.

22. A. Carry, *Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester University Press, Manchester 1986.

23. Kennedy, *The Move to Institutions*, cit.

La letteratura marxista sul diritto internazionale, indebolitasi negli ultimi decenni del xx secolo, cominciò a rinascere in risposta alle palesi ingiustizie degli assetti economici globali. La riformulazione della critica del diritto internazionale visto come ideologia connessa all'espansione globale del capitalismo liberale è stata accompagnata da inviti a ristrutturare il diritto internazionale in termini di forze economiche transnazionali e di istituzioni, piuttosto che di relazioni fra Stati formalmente autonomi ed eguali²⁴. Tuttavia, pochi progressi si sono raggiunti nel portare avanti questa agenda o nello sviluppare il discorso contro-egemonico orientato alla legalità che i suoi fautori richiedono.

Analogamente alla teoria critica e alla parte meno materialistica del pensiero marxista, la scuola costruttivista ha sottolineato la costruzione sociale dei concetti del diritto internazionale e l'inscindibilità della descrizione teorica da questo processo di costruzione. I costruttivisti hanno manifestato la tendenza ad accettare il valore interno delle metodologie esplicative e delle strutture dottrinali giuspositivistiche, ma anche a considerarle come eccessivamente limitate in modo intrinseco. Essi si sono concentrati sulla costruzione di un resoconto concettuale per il più ampio tessuto delle relazioni sociali che forgia e rende possibile particolari strutture del diritto positivo. Alcuni hanno cercato di fare questo à la Habermas, attraverso l'asserita universalità degli atti linguistici²⁵, sostenendo, ad esempio, che un'attenzione hobbesiana sulle minacce e sulle sanzioni ha eccessivamente semplificato la forza perlocutoria degli atti linguistici in confronto con l'evidente significato dell'illocuzione nella formazione sociale della norma²⁶. Altri hanno prodotto argomenti ideali per l'autocostituzione di una coscienza sociale universale al fine di dare vita, attraverso le idee, a una genuina società universale delle società nella specifica forma del costituzionalismo e a un sistema giuridico a più strati²⁷. Tuttavia il termine "costruttivismo" è un contenitore davvero ampio e rinvia a una grande quantità di idee e di metodi. Non è, peraltro, a oggi emerso un programma di ricerca omogeneo imputabile alla scuola costruttivistica.

L'autoconsapevolezza metodologica stimolata da questi e altri movimenti ha problematizzato la tesi sostenuta, ad esempio, da Lassa Oppenheim all'inizio del xx secolo, in base alla quale i movimenti teorici possono e dovrebbero separare il resoconto analitico della pratica, da un lato, e, se necessaria, la critica delle regole e delle istituzioni, proponendo miglioramenti, dall'altro. Tuttavia, al tempo stes-

24. Chimni, *Marxism and International Law*, cit.

25. J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge (MA) 1996 (trad. it. *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano 1996).

26. F. Kratochwil, *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

27. Allot, *Eunomia*, cit.

so la centralità acquisita dall'attività giurisprudenziale e la giuridicizzazione riscontrabili in qualche area della prassi politica internazionale stanno creando sempre più situazioni nelle quali la professione e la vocazione dello studioso del diritto internazionale richiedono che si operi con questo schema consolidato. Questo lavoro ha generato una quantità crescente di materiali che forniscono una base credibile per prese di posizione dottrinali e critiche di stampo giuspositivistico, relativamente a numerose questioni di importanza pratica²⁸.

3. L'AGENDA DELLA CULTURA GIURIDICA INTERNAZIONALISTICA

Molti dei temi più stimolanti nel futuro della cultura giuridica internazionalistica sono temi classici della storia del diritto internazionale, che esigono, prima ancora che la soluzione dei problemi, una riformulazione dell'impegno.

Tali temi includono: il chiarimento dei ruoli del diritto internazionale nell'accentuare o nell'alleviare la povertà e la diseguaglianza²⁹, le strutture giuridiche per il movimento delle persone e per l'espressione politica attraverso la cittadinanza o l'autodeterminazione³⁰; i ruoli e le responsabilità delle imprese e delle reti; i ruoli degli Stati. Altri temi di pressante importanza sono più tecnici e si possono affrontare man mano che la disciplina evolve: ad esempio ripensare le strutture della giurisdizione e gli assetti di *enforcement* per meglio affrontare problemi relativi a Internet, ai crimini internazionali, ai beni globali e altre questioni non legate al territorio. Questa parte del saggio porterà l'attenzione su due ampie *agenda* di ricerca che sono probabilmente al centro degli approcci groziani alla teoria e alla pratica della disciplina: la legittimità e la democrazia nella *governance* internazionale; i ruoli della normatività nell'ordine internazionale.

3.1. Legittimità, democrazia e giustizia nella governance internazionale

Fra i problemi più pressanti dell'ordine giuridico internazionale vi sono quelli della legittimità, della democrazia e della giustizia nei regimi di *governance* emergenti. Gli sforzi compiuti per affrontare analoghi problemi nell'ambito dell'Unione Europea – attraverso iniziative quali la creazione di un Parlamento europeo direttamente eletto, di forti istituzioni giudiziarie guidate dalla CGCE, il sistema oscuro ma partecipativo dei Comitati studiato sotto la rubrica

28. Cfr., ad esempio, il lavoro della ILC sulla responsabilità statale (Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit.).

29. T. Pogge, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge 2002.

30. K. Knop, *Diversity and Self-determination in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

della “comitologia” e un costituzionalismo sempre più orientato ai diritti – forniscono importanti diagnosi e utili precedenti applicabili alla sfera della *global governance*³¹. Tuttavia, quello dell’Unione Europea è un caso eccezionale. La *governance* dell’integrazione globale non può dipendere da un livello di sostegno popolare o politico come quello costruito per superare il *deficit* di partecipazione pubblica e di *accountability* democratica. La maggior parte delle teorie della democrazia interna agli Stati presuppone non solo una comunità politica organizzata simile a quella statale, ma anche una comunità dall’identità forte (*demos*) e i poteri di un governo fondato su istituzioni centralizzate. Queste e altre caratteristiche della teoria democratica nazionale rendono improbabile la sua meccanica trasposizione al piano della *global governance*.

Se queste soluzioni cosmopolitiche risultano implausibili, le tradizionali alternative realiste fondate sull’equilibrio del potere o sull’egemonia sono chiaramente insufficienti. Ciò che più probabilmente fa avanzare la teoria sono gli sforzi compiuti da Grozio per dare forma a principi condivisi di legittimità internazionale e per perseguire la loro implementazione. I principi di legittimità procedurali, fondati sul *rule of law*, raccolgono già un ampio sostegno: le regole internazionali che soddisfano il test delle fonti (*sources-pedigree*), della determinatezza, dell’equità percepita e della coerenza con altre regole e con i principi del sistema giuridico spingono al rispetto del diritto internazionale più di altre³². Concetti sostanziali di legittimità di vasta portata, sostenuti da sistemi di *accountability* più effettivi e dalla partecipazione popolare, saranno essenziali per l’implementazione e la sostenibilità delle tipologie di *governance* internazionale che stanno ora emergendo o che vengono attualmente proposte.

Visioni del mondo fondamentalmente differenti e un disaccordo profondo rimangono inevitabilmente al centro della politica internazionale³³. Le soluzioni durature ai problemi di *governance* e di legittimità non possono nel lungo periodo essere perseguite senza una teoria della politica reale, che a livello internazionale assolve almeno alcune delle funzioni adempiute a livello interno dalla democrazia e che fronteggia l’eventualità della rivoluzione.

3.2. Normatività e ordine internazionale

Una certa determinazione a rendere genuinamente normativa la disciplina emergente del diritto internazionale era parte della sensibilità comune e della missione civilizzatrice che animava gli attivisti nel dar vita alla prima fase dell’attività dell’Institute of International Law and the International Law Asso-

31. J. H. H. Weiler, M. Wind, *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.

32. T. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford University Press, Oxford 1990.

33. Hurrell, *On Global Order*, cit.

ciation alla fine del XIX secolo³⁴. Questo è esemplificato dall'opera *International Law* di Lassa Oppenheim del 1905, che sottolinea come il progresso del diritto internazionale dipenderebbe dalla capacità della scuola giuridica dei giuristi internazionalisti di prevalere sulla scuola diplomatica. Per Oppenheim, entrambe le scuole erano direttamente coinvolte in problemi pratici, ma egli intende il progresso realizzato attraverso il diritto internazionale come tale da implicare una condotta della politica internazionale maggiormente orientata a principi e regole di quanto risulterebbe se ogni questione fosse lasciata semplicemente a considerazioni diplomatiche, legate al momento. Molti internazionalisti europei percepiscono, nei dibattiti tra Stati Uniti ed Europa a proposito dell'adesione ai principali trattati multilaterali, il riproporsi odierno di quella lotta tra l'aspirazione a una comunità internazionale normativa e un approccio diplomatico al diritto internazionale, che invece procede caso per caso³⁵. Benché gli Stati Uniti siano parte in molti trattati di questo tipo e promotori di parecchie iniziative multilaterali, essi hanno significativamente rinunciato a ratificare il Protocollo di Kyoto sul cambiamento climatico (per quanto l'impegno statunitense sui problemi del cambiamento climatico sia aumentato con la Conferenza di Bali del dicembre 2007), il Trattato di Roma e lo Statuto della Corte penale internazionale (per quanto l'ostilità statunitense verso quest'ultima si sia piegata a una riluttante cooperazione, resa in parte urgente dalle atrocità del Darfur), la Convenzione contro le mine da terra, la Convenzione sulla biodiversità e la Convenzione sui diritti del fanciullo.

Almeno cinque variabili possono spiegare il caso anomalo degli Stati Uniti. In primo luogo, in qualità di singola superpotenza, gli Stati Uniti possono permettersi di restare al di fuori di alcuni accordi che potrebbero vincolare la loro libertà di azione. In secondo luogo, l'ideologia statunitense in merito alla sovranità popolare può essere così forte da sollevare importanti preoccupazioni relativamente a ogni trasferimento cospicuo di poteri a organi extranazionali. Se è così, le attuali preoccupazioni internazionali intorno all'atteggiamento statunitense possono riflettere non un mutamento nel comportamento degli Stati Uniti, ma un cambiamento nel sistema internazionale, caratterizzato dall'adozione di una quantità maggiore di accordi dotati di implicazioni più profonde che in precedenza in termini di *governance*. In terzo luogo, l'assetto costituzionale statunitense e la concezione politica, inclusa la regola del voto della minoranza che richiede la maggioranza dei due terzi del Senato per l'approvazione di determinati trattati, forniscono a specifici gruppi di interesse molte possibilità di determinare il fallimento della procedura di ratifica. In quarto luogo, i procedimenti governativi e la cultura pubblica negli Stati Uniti

34. M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.

35. Weiler, Wind, *European Constitutionalism beyond the State*, cit.

possono essere più legalisti che altri paesi – i trattati sono analizzati molto attentamente da schiere di giuristi e da numerose agenzie governative i cui interessi verso un minore grado di dettaglio o una remota interpretazione ammissibile di un certo trattato possono indurre il governo a fare marcia indietro. Gli Stati membri dell’Unione Europea possono essere più disposti a fidarsi del buon senso e della flessibilità e a preoccuparsi di tali questioni dopo l’entrata in vigore del trattato. Tuttavia, la vistosa mancata adesione al diritto internazionale da parte degli Stati Uniti, inclusa la diffusa mancata notifica agli imputati stranieri condannati a morte del loro diritto a contattare il proprio consolato, come richiesto dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, porta alcuni osservatori a essere scettici sulla coerenza del legalismo dell’amministrazione di Washington. In quinto luogo, su alcune questioni gli Stati Uniti mantengono posizioni fondamentalmente antitetiche rispetto a quelle adottate dalle istituzioni internazionali, ad esempio in merito alla questione morale legata alla pena di morte.

Gli epigoni europei di Oppenheim utilizzano la sua terminologia nel considerare l’attitudine europea verso il multilateralismo come un esempio della moderna scuola giuridica, vista come speranza di progresso, mentre l’approccio, adottato dagli Stati Uniti, consistente nella valutazione caso per caso delle opzioni unilaterali e legate al potere politico lungo le strategie legaliste rappresenta la moderna scuola diplomatica da cui ci si possono attendere contributi solo occasionalmente ispirati. Molti simpatizzanti di questa visione, così come molti dei loro critici negli Stati Uniti, impostano la lettura della resistenza statunitense al multilateralismo in termini di eccezionalismo degli Stati Uniti. Ma ciò può anche essere visto implicare una sorta di eccezionalismo europeo. L’Unione Europea è un caso straordinario nel senso che una profonda integrazione tra Stati sovrani precedentemente ostili è stata organizzata non attraverso la conquista o l’unificazione coloniale, bensì attraverso il meccanismo di trattati fondati sul diritto internazionale pubblico. L’uso dei trattati per strutturare la cooperazione su questioni che implicano l’intrusione nella politica interna è, pertanto, non solo normale ma anche vantaggioso per l’Unione Europea e i suoi Stati membri. Le difficoltà che l’Unione Europea incontra nel perseguire una politica militare, o anche una politica estera, comune rappresentano una debolezza per l’Unione Europea nella diplomazia tradizionale, ma è una debolezza che può essere potenzialmente compensata dal legalismo e dall’istituzionalismo internazionale. Gli Stati Uniti, al contrario, agiscono sufficientemente bene nell’ambito della diplomazia tradizionale e nel costringere alcuni dei loro leader a sentirsi sicuri anche stando fuori da iniziative legate a trattati multilaterali od opponendosi a esse.

Delineare un confronto tra l’approccio europeo e quello statunitense è stato un progetto particolarmente attraente per i teorici europei ansiosi di promuovere un’identità paneuropea. Ma, in termini globali, gli Stati Uniti e l’Unione

Europea fissano insieme i parametri per le principali questioni di *governance*³⁶. L'ambito dell'Organization for the Economic Co-operation and Development (OECD) nel suo insieme fornisce l'iniziativa e la struttura per quasi ogni regime di *governance* che emerga. Si afferma la consultazione con altri Stati, il cui supporto è necessario per far sì che il regime funzioni, e le principali organizzazioni non governative occidentali hanno partner locali nelle aree che non rientrano nell'OECD, in qualche caso persino imprese transnazionali. Tuttavia, mentre l'ambizione del diritto internazionale è globale, la piena partecipazione nella costruzione dell'attuale ordine internazionale non lo è. Il progetto di un diritto internazionale genuinamente normativo trova sostenitori in tutto il mondo e individui provenienti da ogni regione hanno svolto ruoli significativi nelle istituzioni internazionali. Persino nei regimi di *governance* più pacifici, comunque, il senso di profonda diseguaglianza di *voice* e l'assenza di uniformità nella rappresentanza pongono il progetto normativo di fronte a seri problemi di legittimità, democrazia, e giustizia³⁷. Sono problemi, questi, che l'approccio pragmatico, con la sua sensibilità diplomatica e l'orientamento a decidere caso per caso, ha forse reso più acuti con il proliferare e l'intensificarsi dei regimi di *global governance*.

Lo schema di soluzione pacifica delle controversie, incorporato nell'approccio pragmatico, utilizza, al fine di evitare la guerra, i concetti di bilateralismo e di opponibilità, che sono stati a lungo centrali per la guerra. Questo parallelismo strutturale venne prefigurato nella stretta analogia tracciata da Grozio tra causa giudiziaria e guerra. Ma l'integrazione tra guerra e pace in testi quali il *De jure belli ac pacis* è stata sostituita dalla loro netta separazione nei testi moderni. Il moderno approccio alla guerra e ad altri disordini fondato sulla soluzione dei problemi è accompagnato da un chiaro senso pluralista, groziano, dei limiti di quello che si può fare attraverso il diritto internazionale. Qui anche le aspirazioni elusive a una normatività globale sembrano esaurirsi. Tutto ciò è esemplificato nel caso estremo dei profondi problemi legati alle armi nucleari, che continuano a essere considerate dagli internazionalisti non tanto come un problema da gestire quanto come una questione che spinge la disciplina ai suoi limiti. Questa tendenza fu accentuata dall'opinione della ICJ (nel Parere consultivo sulla legalità della minaccia del ricorso ad armi nucleari del 1996), nel voto decisivo del presidente, in base al quale «non si può stabilire in via definitiva se la minaccia del ricorso ad armi nucleari o il ricorso ad esse sia legale o illegale in una circostanza estrema di auto-difesa, in cui sia in gioco la sopravvivenza stessa di uno Stato».

36. B. Kingsbury *et al.* (eds.), *The Emergence of Global Administrative Law*, in "Law and Contemporary Problems", vol. 68, n. 3-4, 2005, pp. 15-61.

37. H. Charlesworth, C. Chinkin, *The Boundaries of International Law*, Manchester University Press, Manchester 2000.

4. IL CONCETTO DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Qualsiasi concetto utile di diritto internazionale deve riflettere le varie funzioni svolte dal diritto internazionale in teoria e in pratica. La funzione di gestione delle dispute, che ha ricevuto particolare enfasi nelle tradizioni inglese e francese e in gran parte degli studiosi del Commonwealth, è solo una delle molte funzioni del diritto internazionale. Come mostra Grozio nel *De jure belli ac pacis*, la disciplina del diritto internazionale è stata storicamente incalzata da altri obiettivi sistemici, inclusa l'espressione di valori essenziali del sistema politico internazionale, lo sviluppo di un linguaggio normativo per la politica internazionale e l'articolazione e la diffusione di una moralità internazionale³⁸. Gli studiosi contemporanei hanno sottolineato molte ulteriori funzioni del diritto internazionale. Secondo schemi di crescente imitazione transnazionale, il diritto internazionale svolge dei ruoli nella costruzione e nella trasmissione delle conoscenze e delle tecnologie di una cultura mondiale, dall'organizzazione di un ministero degli Esteri in ogni Stato alla standardizzazione della statistica economica e dei protocolli di Internet. In un contesto di crescente *governance* internazionale, la teoria del diritto internazionale deve prendere in considerazione le funzioni del diritto nella progettazione e nel mantenimento dei regimi: fissare regole che siano dei punti focali capaci di fornire un equilibrio nella coordinazione richiesta dalle varie situazioni, in modo che nessun partecipante abbia un incentivo a deviare dalla regola; garantire trasparenza e monitoraggio ed eventualmente sanzioni in modi che rendano possibile cogliere i vantaggi della cooperazione senza costi eccessivi; inserire negli ordinamenti interni accordi internazionali che abbiano presa sugli attori rilevanti; derivare collegamenti sistemici fra questioni altrimenti irrelate, in modo da elevare i costi della violazione; aiutare gli Stati potenti ad assumere impegni sulla cui accettazione gli altri Stati consideranno, includendoli entro più profonde strutture di obblighi giuridici³⁹.

Questi semplici approcci teorici al concetto di diritto internazionale furono delineati nel XVII secolo e restano importanti. La concezione più influente si è rivelata essere la teoria hobbesiana del diritto come comando, applicata anche da Samuel Pufendorf (1632-1694) per fondare il diritto naturale sul comando divino. In queste teorie, la fonte di qualsiasi norma è fondamentale per determinarne la validità in senso giuridico. Grozio fornì una terza alternativa, un concetto ibrido di diritto internazionale che includeva sia la fonte di una rego-

38. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit.; Knop, *Diversity and Self-determination in International Law*, cit.; Habermas, *Between Facts and Norms*, cit.

39. Keohane, *International Relations and International Law: Two Optics*, cit.; Kingsbury *et al.* (eds.), *The Emergence of Global Administrative Law*, cit.

la (usualmente il consenso degli attori rilevanti) sia il suo contenuto (l'identificazione della regola naturale attraverso l'uso della retta ragione) come criteri di valutazione della validità della regola.

Sia il giuspositivismo basato sulle fonti sia gli approcci politici focalizzati sul contenuto sembrano ora inadeguati rispetto ai bisogni giuridici di una società internazionale in evoluzione, che non è più semplicemente una struttura minimale tesa a garantire l'ordine essenziale, bensì un'associazione con fini sempre più numerosi, basata sulla solidarietà e dunque tale da alimentare bisogni giuridici più ambiziosi⁴⁰. Questa qualità legata al fine è particolarmente evidente nelle strutture di *governance* economica, ma anche nell'affermazione e nella trasmissione di valori, nell'occasionale mobilitazione collettiva della forza o nel ricorso alle sanzioni, così come nelle pressanti richieste (largamente disattese) di messa a punto di strutture globali per realizzare il principio di eguale considerazione e rispetto in rapporto alla giustizia distributiva globale. Affinché il diritto internazionale possa concretizzare e portare avanti una società con questi obiettivi, è necessaria una struttura teorica più forte.

Un adeguato approccio teorico al diritto internazionale deve mantenere un contatto con la pratica e cercare di informarla. Deve divenire più attento alla partecipazione e alla gestione della diseguaglianza (ad esempio, il dominio esercitato dall'OECD può continuare, ma non è in ultima istanza sostenibile). Tale approccio deve (tornare a) integrare pace e forza. Esso sarà più facilmente aperto al pluralismo dei valori e più dipendente dal consenso democratico. La sua giustificazione dipenderà dal suo sapersi mostrare superiore alle teorie rivali nel raggiungimento degli obiettivi normativi di fondo della società internazionale. Questa tesi relativa al piano della giustificazione poggerà più sulle qualità funzionali che sull'autorità normativa e sull'*expertise tecnocratico* di un invisibile gruppo di giuristi internazionalisti. Dovrà essere una teoria effettiva e sobria. Ciò comporta che essa resista alla tendenza odierna a sovraccaricare il diritto internazionale con ogni tipo di norma transnazionale, di standard privati e di regolazioni nazionali che si sovrappongono. Il *focus* della teoria del diritto internazionale dovrebbe consistere nella sistematizzazione delle relazioni tra differenti strutture normative, incluse le norme sociali. Una teoria siffatta definirà e qualificherà il diritto internazionale, separandolo con chiarezza da altre discipline, al fine di accostarle in modo appropriato. Essa integrerà il giuspositivismo normativo giustificato sul piano etico con le teorie che considerano i processi e il contenuto del diritto internazionale, incluse certe teorie della *governance*, delle istituzioni e della comunità. Sarà una mescolanza tra criteri basati sulle fonti e criteri basati sul contenuto. In breve, sarà una teoria groziana.

40. Hurrell, *On Global Order*, cit.