

Il destino del diritto internazionale pubblico: fra tecnica e politica^{*}

1. IL PROGETTO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE MODERNO

Il diritto internazionale pubblico è fatto di regole e istituzioni, ma è anche una tradizione e un progetto politico. Chi lo consideri come sole regole o istituzioni sarà sorpreso da come esso differisca dalle regole e dalle istituzioni del contesto nazionale. Certo, c'è sempre stato il sospetto che quanto fanno gli internazionalisti non sia lo stesso di quanto fanno gli avvocati e i giudici nazionali, cioè leggere dei dossier, avere dei colloqui con i clienti o produrre delle decisioni. Comparato alle tecniche sofisticate del diritto interno, il diritto internazionale è sembrato primitivo, astratto e soprattutto politico, troppo politico. Contro questo modo di considerarlo, gli internazionalisti hanno difeso il loro progetto cercando di mostrare che, nonostante le apparenze, tale diritto non è così diverso. Dopotutto gli Stati potrebbero essere concepiti come soggetti legali in un sistema dove i loro possedimenti territoriali sono come la proprietà, i loro trattati come i contratti e la loro diplomazia come l'amministrazione in un sistema giuridico¹. Questa strategia è stata assai efficace. Tuttavia vorrei suggerire che i problemi affrontati oggi dal diritto internazionale pubblico – la marginalizzazione, una mancanza di forza normativa, l'impressione che le consuetudini diplomatiche che ne costituiscono il cuore siano parte dei problemi del mondo – risultano in gran parte da tale strategia, vale a dire da uno sforzo di tecnicizzazione.

Questa strategia fu sviluppata con particolare forza alla London School of

^{*} Una versione più estesa di questo testo è stata pubblicata, in lingua inglese, con il titolo *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, in "The Modern Law Review", vol. 70, 2007, pp. 1-30. Traduzione dall'inglese di Giovanni Tuzet.

1. Questo modo di concepire il diritto internazionale è emerso con la sua professionalizzazione e integrazione nel curriculum delle facoltà di giurisprudenza alla fine del XIX secolo. Un testo che legge con forza il *treaty law* come diritto costituzionale nazionale è G. Jellinek, *Die rechtliche Natur des Staatenvertrages*, Hölder, Wien 1880. L'approccio "dualista", che legge il diritto internazionale e quello nazionale come sistemi giuridici *separati* e introduce il primo negli studi di giurisprudenza e nella relativa pratica attraverso la sua incorporazione nel secondo, fu strumentale al processo di professionalizzazione. La pubblicazione di trattati ratificati nei codici interni aprì la strada alla loro interpretazione e applicazione in maniera analoga al diritto nazionale.

Economics (LSE) nel corso dei primi incontri fra Arnold Duncan McNair, che allora era *lecturer* alla LSE, e il dottorando Hersch Lauterpacht, proveniente dalla Galizia e da Vienna, nel 1923 e 1924². La pubblicazione degli “International Law Reports” che ne risultò, dal 1929 in poi, contribuì a far pensare all’arbitrato internazionale, al lavoro dell’allora recentemente costituita Corte permanente di giustizia internazionale, come a “casi” e precedenti. La creazione del “British Year Book of International Law” costituì un forum dove tali casi potevano essere commentati proprio come si commentano i casi nazionali sulle riviste dei singoli paesi. Il manuale di diritto pattizio di McNair offrì una metodologia per leggere i trattati come leggi nazionali, mentre Lauterpacht intese il League Covenant come “diritto superiore” comparabile a una costituzione nazionale³. Il suo lavoro editoriale negli anni Trenta e successivamente per l’opera *Oppenheim’s International Law*⁴ gli assicurò un controllo sui contenuti del manuale giuridico più usato nei ministeri degli Esteri nel mondo, inoltre la sua grande opera del 1933 – *The Function of Law in the International Community* – riassume la concezione del diritto internazionale come un sistema giuridico di *common law* completo e con una riposta corretta per qualsiasi problema⁵.

Fra i sessanta e gli ottant’anni fa, dunque, un piccolo gruppo di giuristi dalla mentalità cosmopolita tradusse la diplomazia degli Stati nell’amministrazione di regole giuridiche e istituzioni. Si trattò di un progetto progressista e liberale, originariamente concepito in quella Germania del XIX secolo da cui provenivano, portandolo con sé nel mondo anglofono, autori come Lassa Oppenheim e Hersch Lauterpacht⁶. Tale progetto combinava una lettura politica realista

2. Ho raccontato questa vicenda in M. Koskenniemi, *Hersch Lauterpacht 1897-1960*, in J. Beatson, R. Zimmerman (eds.), *Jurists Uprooted*, Oxford University Press, Oxford 2004, pp. 601, 613-4.

3. A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford 1938; H. Lauterpacht, *The Covenant as the Higher Law*, in Id., *International Law. Being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht*, Cambridge University Press, Cambridge 1978, vol. 4, pp. 326-36.

4. Hersch Lauterpacht ha curato *Oppenheim’s International Law* dal 1935; in particolare: vol. I, *The Law of Peace* (v ed. 1935; vi ed. 1947; vii ed. 1948; viii ed. 1955); vol. II, *Disputes, War and Neutrality* (v ed. 1935; vi ed. 1940; vi ed. rivista 1944; vii ed. 1952).

5. H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Clarendon Press, Oxford 1933.

6. Il predominio del pensiero giuridico tedesco nello sviluppo del diritto internazionale nel XIX secolo è impressionante. Si può sospettare che una delle ragioni (non sufficientemente esaminate) di questo stia nella facilità con cui le tecniche sviluppate dai giuspubblicisti tedeschi per avere a che fare con le strutture frammentate del vecchio impero potessero venire applicate ai problemi dell’organizzazione europea dopo le guerre napoleoniche. Dopotutto molti giusnaturalisti classici elaborarono il diritto imperiale in termini di *jurisprudentia universalis*. Questo è perlomeno quanto suggerisco in M. Koskenniemi, *Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and the Origins of Modern International Law*, IILJ Working Papers 2006/1 (History and Theory of International Law Series), in <http://www.iilj.org/publications/documents/2006-1-HT-Koskenniemi-web.pdf>.

della statualità e un forte *ethos* contrario alla sovranità, attraverso una lettura storica della modernità, una lettura già espressa con vigore nelle parole del saggio kantiano del 1784 intitolato *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*⁷. Tutti concordavano sul fatto che la statualità fosse problematica benché importante; i giuristi cercarono di trattare tali problemi pensando agli Stati come a stadi intermedi di una traiettoria storica che avrebbe condotto alla liberazione degli individui, mediante il riconoscimento dei diritti umani in una federazione mondiale retta dal *rule of law*⁸.

Questo progetto ha avuto i suoi alti e bassi. L'esperienza della Lega delle nazioni si rivelò particolarmente traumatica e dissuase dal pensare alle Nazioni Unite astrattamente come a un nascente governo mondiale⁹. Tuttavia, negli anni Sessanta del secolo scorso, l'*ethos* cosmopolita trovò una nuova dimora nell'espansione delle istituzioni connesse ai diritti umani e alle attività legate al *welfare* e allo sviluppo, nell'ambito dell'ONU e di altre organizzazioni intergovernative. Studiosi come Wilfred Jenks in Inghilterra – il quale fu anche alto funzionario dell'International Labour Organisation – o Wolfgang Friedmann – a sua volta rifugiatosi dalla Germania presso la LSE, fra i vari luoghi – lessero questi sviluppi come la trasformazione del diritto internazionale da un diritto di coordinazione a un diritto di cooperazione globale in vista di ulteriori fini condivisi¹⁰. Il principale limite era la Guerra fredda, ma l'ambizione federale rimase protetta dal fatto che era impossibile realizzarla in condizioni di conflitto ideologico.

Poi venne il 1989 e insieme tutto l'entusiasmo per un *rule of law* globale – diritti umani, commercio, ambiente, diritto penale, sanzioni e una polizia mondiale. Specialmente in Europa, la fine della Guerra fredda fu intesa come la rimozione degli ostacoli sulla strada di un naturale progresso storico verso una federazione universale. Gli statisti occidentali utilizzarono persino il vocabolario (tedesco) della “comunità internazionale” allorché difesero i bombardamenti della NATO in Serbia nel 1999¹¹. Dove gli analisti americani delle rela-

7. I. Kant, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari 1995, pp. 29-44.

8. Così, sorprendentemente, alla fine della sua grande opera che cerca di interpretare il diritto internazionale come analogo a ogni altro diritto, Lauterpacht chiede che si ammettano realisticamente le sue «presenti imperfezioni» e il suo essere «in uno stato di transizione verso l'ideale finito e raggiungibile di una società di Stati vincolata dal *rule of law*» (*The Function of Law*, cit., p. 432). Ho cercato di rendere conto di questa sensibilità in M. Koskeniemi, *The Gentle Civiliser of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

9. Il nuovo spirito di una modestia “realista” fu ben articolato da J. Brierly, *The Outlook for International Law*, Clarendon Press, Oxford 1944.

10. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Stevens, London 1958; W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, London 1964.

11. L'argomentare sul mondo internazionale come su una comunità *giuridica* riprende i

zioni internazionali aggiungevano delle note a Hegel, gli europei si affidavano a Kant¹². In qualche modo il diritto internazionale parve trovare la propria collocazione nel linguaggio (tedesco) della ragione universale.

2. FRAMMENTAZIONE

I nuovi sviluppi giuridici non hanno puntato però all'unità. Più si è avuto a che fare con i problemi internazionali – problemi economici, di sviluppo, diritti umani, ambiente, criminalità, sicurezza – più si è iniziato ad attaccare i vecchi principi e istituzioni. Specializzazioni come quelle del diritto degli scambi commerciali, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto ambientale, del diritto penale, del diritto della sicurezza, del diritto comunitario e così via hanno iniziato a *rovesciare* le gerarchie giuridiche consolidate in favore dell'orientamento strutturale verso la competenza funzionale di volta in volta rilevante¹³. Anche se questo processo è stato spesso gestito attraverso le organizzazioni intergovernative, le delegazioni governative sono state composte da esperti tecnici (in ambito economico, ambientale, giuridico) in modo da trasporre dal piano nazionale a quello internazionale la differenziazione funzionale¹⁴. In più, i regimi che ne sono risultati sono stati spesso contraddistinti da esiti aperti, lasciando il potere di decidere – soprattutto sulla distribuzione delle risorse scarse – agli esperti legali e ai tecnici nominati dagli organi di supervisione. Questo è il cambiamento cui hanno reagito gli internazionalisti interrogandosi sui pericoli di “incoerenza”, sul fenomeno del *forum shopping*, forse in modo peculiare, sulla perdita di controllo complessivo¹⁵.

diffusi dibattiti – soprattutto tedeschi – fra le due guerre mondiali e, a partire da allora, circa il mondo come una *Rechtsgemeinschaft*, una comunità giuridica. Per un'utile visione d'insieme, cfr. A. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, Beck, München 2000.

12. F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Penguin, London 1992 (trad. it. di D. Ceni, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano 1992); J. Habermas, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in Id., *Der gesplittene Westen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2004, pp. 113-93.

13. Sull'“orientamento strutturale” cfr. M. Koskenniemi, *From Analogy to Utopia: The Structure of International Legal Argument. Reissue with a New Epilogue*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, pp. 600-15.

14. Sulla “disaggregazione” dello Stato unitario in reti funzionalmente organizzate di esperti governativi, cfr. A.-M. Slaughter, *Governing the Global Economy through Government Networks*, in M. Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, Oxford 2000, pp. 177-205, nonché Id., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton 2004, pp. 12-5 e *passim*.

15. Per una discussione delle posizioni e uno sguardo sulla letteratura, cfr. M. Koskenniemi, P. Leino, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, in “Leiden Journal of International Law”, vol. 15, n. 3, 2002, pp. 553-79; A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in “Michigan Journal of International Law”, vol. 25, 2004, pp. 999-1046; Idd., *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen*

Ne è esempio il caso *Tadić*, un caso del 1999 presso la Appeals Chamber della Corte penale internazionale per i crimini nella ex Jugoslavia. La Chamber ha sostituito lo standard del “controllo effettivo”, stabilito dalla Corte internazionale di giustizia (International Court of Justice, d’ora in avanti ICJ) nel 1986, nel caso *Nicaragua*, come regola per la responsabilità degli Stati stranieri verso atti compiuti dalle parti nel corso di una guerra civile, con il più ampio standard del “controllo complessivo”¹⁶. Visto alla luce della lotta professionale dei penalisti “contro l’impunità”, il diritto precedente sembrava conservatore e stato-centrico, parte del problema stesso più che della sua soluzione.

Ma gli attacchi aperti al diritto stabilito sono rimasti rari¹⁷. È di norma sufficiente, perché un regime possa evitare la vecchia regola o la preferenza fissata, che esso si introduca come una *eccezione*. In questo modo, ad esempio, i trattati sui diritti umani sono stati letti dagli organi sui diritti umani diversamente da come sono letti i trattati “regolari”, in modo tale da permettere agli organi creati dai trattati sui diritti umani di assumere una giurisdizione più ampia di quella degli organi creati dai trattati su altre materie e così da rendere i diritti umani superiori rispetto al consenso statale¹⁸. La Corte europea dei diritti dell’uomo (European Court of Human Rights, d’ora in avanti ECtHR) ha giustificato il proprio specifico approccio alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati indicando «una differenza fondamentale nel ruolo e nel proposito delle Corti (ad es. della ICJ e della ECtHR), differenza che, aggiunta all’esistenza di una pratica di accettazione incondizionata [...] fornisce una base convincente per distinguere la pratica della Convenzione da quella della Corte internazionale»¹⁹.

La questione dell’emergenza di un “diritto internazionale penale” o della “tutela internazionale dei diritti umani” (o qualche altro diritto speciale) è precisamente l’istituzionalizzazione delle nuove priorità di tali campi, con il risultato che il conflitto politico prende spesso la forma di un conflitto di giurisdizioni. A chi spetta decidere? La risposta dipenderà, ancora, da come la materia viene descritta, da quali dei suoi aspetti sono visti come centrali o marginali.

Rechts, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2006. La seguente discussione si basa su *Fragmentation of International Law. Problems caused by the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, ricerca conclusa da Martti Koskenniemi, UN Doc A/CN.4/L.682 (13 April 2006).

16. *The Prosecutor v. Dusko Tadić* (1999), International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY), 50, p. 122.

17. P. Weckel, *La CJJ et la fragmentation du droit international*, in R. H. Vinaixa, K. Wellens (éds.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 167-85.

18. *Belilos v. Switzerland*, ECtHR Judgment of 29 April 1988, Series A (1988) No 132, 28, p. 60.

19. *Loizidou v. Turkey*, ECtHR, Preliminary Objections, Judgment of 23 March 1995, ECtHR Series A (1995) No 310, 29, p. 67.

li. L'importazione di carne agli ormoni, ad esempio, è da intendere principalmente come una questione commerciale o invece come una questione ambientale e che attiene alla salute? Nel 1998, nel caso *Beef Hormones*, l'organo di appello della World Trade Organization (wto) ha preso in considerazione lo statuto del "principio di precauzione" alla luce dei trattati relativi al sistema wto, concludendo che qualunque sia il suo statuto "per il diritto internazionale ambientale" esso non è divenuto vincolante per la wto²⁰. Se principi giuridici che emergono in certi campi non sono applicabili in altri, la questione fondamentale è stabilire secondo quale regime debbano essere decisi i singoli casi.

Un modo standard di affrontare questo problema è trovare le regole che sono più rilevanti, o specifiche, rispetto alla materia²¹. Così, nel caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996), la icj ha considerato applicabili "in tempo di guerra" sia le norme sui diritti umani, cioè l'International Covenant on Civil and Political Rights (iccp), sia quelle sui conflitti armati. Tuttavia, quando fu il momento di decidere che cosa fosse una "privazione arbitraria della vita" alla luce dell'art. 6(1) dell'iccp, si è ritenuto di doverlo fare «secondo la *lex specialis* applicabile, ossia il diritto applicabile ai conflitti armati»²². La Corte ha evitato di assumere una qualsiasi priorità generale fra i regimi: entrambi erano applicabili, ma solo nella misura in cui erano convergenti; nella misura in cui entravano in conflitto – come sullo standard applicabile all'uccisione – doveva essere applicato il diritto umanitario, in quanto più specifico. Come "più specifico"? Lo era solo alla condizione di pensare che l'aspetto più caratteristico delle armi nucleari è quello di essere un'arma strategica da usare in conflitti armati. Però questa concezione presupponeva quanto era da decidere: per i sostenitori dell'illegalità di tali armi, esse erano infatti inutili come strumenti bellici e l'aspetto più centrale del loro uso era la violazione massiccia dei diritti umani dei non combattenti.

La scelta di uno degli standard giuridici applicabili si riferisce a ciò che è inteso come significativo in un problema e ciò si riferisce a sua volta al modo in cui l'istituzione pertinente interpreta la propria missione, il proprio orientamento strutturale. Se l'organo di appello della wto ha trattato la questione della carne agli ormoni come una questione commerciale (anziché di salute), ciò è dipeso dal fatto che era costituzionalmente obbligatorio trattarla in tal modo. Analogamente, quando la Corte inter-americana per i diritti umani ha

20. European Communities, *Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, 13 February 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, pp. 123-5.

21. Questa tecnica – *lex specialis* – è trattata estensivamente in Koskenniemi, Leino, *Fragmentation of International Law?*, cit.

22. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory opinion*, icj Reports (1996) 240, p. 25.

descritto la protezione consolare come un diritto umano, ha fatto qualcosa di perfettamente coerente con gli interessi che era chiamata a proteggere²³. Tuttavia tali priorità possono non essere così ovvie quando l'istituzione è una giurisdizione generale. Quando la ICJ ha dato il proprio parere nel caso *Palestine Wall* del 2004, doveva decidere se farlo nella prospettiva dell'autodeterminazione, dell'autodifesa contro il terrorismo o delle norme sui diritti umani. I forti contrasti su tale parere si concentravano precisamente sulla correttezza della scelta su questo punto²⁴. Analogamente, l'occupazione dell'Iraq è solitamente trattata secondo i vocabolari dei "diritti umani" e della "sicurezza", i quali rinviano a regimi molto diversi: è solo quando sappiamo quale di essi si applichi che capiamo come trattare l'occupazione. In un caso recente portato davanti all'Alta Corte di giustizia inglese, il ricorrente – un cittadino inglese e iracheno – ha sostenuto che l'essere stato detenuto per dieci mesi senza essere accusato ha violato i suoi diritti ai sensi dello Human Rights Act del 1998. La Corte, tuttavia, ha considerato la questione nella prospettiva della "sicurezza" ritenendo i "diritti umani" come sussidiari a quest'ultima: «Il Consiglio di sicurezza, investito della responsabilità di mantenere la pace e la sicurezza internazionale, ha esso stesso stabilito la necessità di una forza multinazionale. Il suo obiettivo è quello di ristabilire la sicurezza, che fornirà effettiva protezione ai diritti umani di quanti vivono in Iraq. Quanti scelgono di sostenere il Consiglio di sicurezza in tale proposito sono autorizzati ad intraprendere i passi necessari per il suo raggiungimento, incluso il ricorso alla detenzione»²⁵.

Non v'è dubbio che la questione potesse essere esaminata sia nella prospettiva della "sicurezza" che in quella dei "diritti umani". La scelta del quadro di riferimento ha determinato la decisione, ma per la scelta del quadro non c'erano un metaregime, una regola o una direttiva. Si può approvare o meno la decisione della Corte di leggere i diritti dell'attore alla luce della sicurezza, ma la si può comprendere solo quando è vista nei termini dell'orientamento della Corte in favore della sicurezza.

Ora la frammentazione può apparire di non molto conto quando l'orientamento è ben stabilito, ampiamente noto e condiviso nella comunità cui si rivolge l'istituzione. Dopotutto lo sviluppo di certi speciali campi del diritto non ha mai comportato una sfida fondamentale agli ordinamenti giuridici

23. Inter-American Court of Human Rights, *The Right to Information on Consular Assistance*, Advisory Opinion OC-16/99 (1° October 1999).

24. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Reports (2004). Cfr. la discussione in F. Mégret, *A Sacred Trust of Civilization*, in "Journal of International Law and International Relations", n. 1, 2005, pp. 305-18, in particolare p. 307.

25. *The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, Judgment of 12 August 2005, Case No CO/3673/2005, 2005 EWHC 1809 (Admin), p. 104.

nazionali, in parte per i riconosciuti benefici della specializzazione, in parte per il modo in cui la giurisprudenza nazionale è stata capace di neutralizzare tali sviluppi tramite l'interpretazione sistematica²⁶. La cosa diviene più controversa quando differenti istituzioni cercano di occuparsi diversamente di un problema e mancano uno stabile consenso o una pratica interpretativa. La questione dei possibili effetti ambientali dell'operazione "mox Plant" per la produzione di combustibili di ossidi misti a Sellafield, nel Regno Unito, è stata sollevata davanti a tre diverse istituzioni: un tribunale arbitrale istituito dalla Convenzione ONU sul diritto del mare (UNCLOS), un altro tribunale istituito in base alla Convenzione per la protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico nord-orientale (OSPAR Convention) e all'interno della Corte di giustizia europea (d'ora in avanti ECJ) in base ai trattati istitutivi delle tre Comunità europee. Tre complessi di regole riguardano i medesimi fatti. Quale di essi dovrebbe essere determinante? La questione riguarda principalmente il diritto del mare, il (possibile) inquinamento del Mare del Nord, o le relazioni entro la Comunità europea? Porre tali domande indica già la difficoltà di fornire una risposta. Il caso riguarda sicuramente *tutte* le questioni menzionate? Comunque una scelta deve essere operata fra le istituzioni e la sua importanza non è sfuggita al tribunale arbitrale istituito dalla UNCLOS: «Anche se la Convenzione OSPAR, il trattato istitutivo delle Comunità europee e il trattato Euratom contengono i diritti o gli obblighi simili o identici ai diritti fissati nella UNCLOS, i diritti e gli obblighi previsti dai primi hanno un'esistenza separata da quelli previsti da quest'ultima»²⁷.

Anche se le istituzioni dovessero applicare le medesime regole, le applicherebbero diversamente, date le «differenze dei relativi contesti, oggetti e scopi, così come nella conseguente pratica delle parti e nei lavori preparatori»²⁸.

Tutto dipende dall'orientamento dell'istituzione. È significativo notare che mentre il tribunale arbitrale istituito dall'UNCLOS sosteneva che, in accordo «agli obblighi di mutuo rispetto e *comity*», esso doveva deferire il trattamento della questione finché le sue implicazioni in base al diritto comunitario non fossero state chiarite²⁹, nel 2006 la Corte di giustizia delle Comunità europee (d'ora in avanti CGCE) semplicemente condannava l'avvio di procedimenti dell'Irlanda contro la Gran Bretagna in base al diritto internazionale come violazioni del diritto comunitario³⁰.

26. Cfr. K. Tuori, *Aika, paikka, järjestelmä*, di prossima pubblicazione.

27. International Tribunal for the Law of the Sea (2005), *mox Plant, Request for Provisional Measures Order (Ireland v. United Kingdom) (3 December 2001)*, in "International Law Reports", 126, p. 273, par. 50.

28. Ivi, pp. 273-4, par. 51.

29. *mox Plant*, Statement by the President of the Arbitral Tribunal, 13 June 2003, par. 11.

30. ECJ, C-459/03 (30 May 2006). Per un commento cfr. N. Lavranos, *The mox Plant and Ijze-*

In presenza di regimi plurali, il conflitto politico è condotto sulle descrizioni e ri-descrizioni di aspetti del mondo, così da farli rientrare nella giurisdizione di particolari istituzioni. Si pensi ad esempio al modo in cui la CGCE adottò il vocabolario dei diritti fondamentali negli anni Settanta e Ottanta, al fine di rispondere alla sfida posta da certe Corti nazionali alla sua giurisdizione e in particolare ai principi della supremazia e dell'effetto diretto del diritto comunitario. Tali Corti nazionali avevano sostenuto che fosse inconcepibile considerare l'elenco dei diritti contenuti nelle costituzioni nazionali come inferiore a quelle che erano semplicemente delle regole organizzative di un'unione di costumi. In risposta a ciò, la ECJ iniziò a leggere il diritto comunitario come un regime mirante alla protezione dei diritti fondamentali dei cittadini comunitari. Attraverso questa lettura il diritto comunitario fu trasformato da regime economico in regime fondato su diritti e la sua primazia sugli ordinamenti interni degli Stati membri venne in definitiva consolidata³¹.

Qui ci sono infinite opportunità, visto che ogni problema significativo può essere definito come un problema di diritti umani, una questione di sicurezza – o in realtà un problema ambientale, commerciale o di salute. Nelle Nazioni Unite, ad esempio, le letture ampie della “sicurezza” hanno rafforzato la competenza del Consiglio di sicurezza, mentre il confine fra la competenza di tipo “ambientale” o “di sviluppo” rimane un tema di costante negoziazione all'interno delle istituzioni deputate allo “sviluppo sostenibile”³². Un caso di trasporto marittimo di sostanze pericolose, ad esempio, può essere definito come un problema commerciale, di trasporto marittimo, di protezione ambientale o di diritto del mare e può essere conseguentemente regolato secondo ciascuno di tali criteri. Tali caratterizzazioni non sono intrinseche al problema dato, ma emergono dagli interessi o dalle preferenze alla luce delle quali viene esaminato. Questo è il luogo, come ho scritto altrove, in cui la frammentazione diviene lotta per l'egemonia istituzionale³³. Quale istituzione avrà la voce competente? Secondo quale criterio si risolverà la questione? Se non ci sono modi di descri-

ren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter?, in “Leiden Journal of International Law”, n. 19, 2006, pp. 223-46.

31. Ho discusso questa strategia in M. Koskeniemi, *The Effect of Rights on Political Culture*, in P. Alston (ed.), *The European Union and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 106-7.

32. Per un commento recente su una lettura ampia della sicurezza, cfr. ad esempio E. Hey, *The High-Level Summit, International Institutional Reform and International Law*, in “Journal of International Law and International Relations”, 2, 2005, pp. 5-26. Per il contrasto fra il diritto internazionale delle risorse (economicamente orientato) e il diritto internazionale dell'ambiente, cfr. T. Kuokkanen, *International Law and the Environment. Variations on a Theme*, Nijhoff, The Hague 2000.

33. M. Koskeniemi, *International Law and Hegemony: A Reconfiguration*, in “Cambridge Review of International Affairs”, vol. 17, n. 2, 2004, pp. 197-218, in particolare pp. 205-6.

vere la questione che siano indipendenti da qualche regime, è aperta la via alle assunzioni unilaterali di giurisdizione da parte di esperti che si sentono talmente autorevoli da avere l'ultima parola.

Al giorno d'oggi pochi esperti sentono di appartenere alla tradizione di un diritto pubblico orientato alla federazione globale di cui parlava Lauterpacht. Al contrario, può darsi il caso che lavorino per istituzioni private o pubblico-private, per amministrazioni nazionali, per gruppi di interesse od organismi tecnici, sviluppando le migliori pratiche e le soluzioni standardizzate – “modellizzazione”, “contrattualizzazione” e riconoscimento reciproco – come parte della gestione di regimi particolari³⁴. I vocabolari dei vincoli sono cognitivi più che normativi: emergono da fatti e calcoli di natura economica, militare o tecnologica – trasformando i problemi politici in problemi di conoscenza esperta³⁵. La regolazione che ne risulta può essere più adatta a *permettere* il potere dei privati che a limitarlo³⁶. La protezione dei consumatori nel commercio elettronico, ad esempio, deve collocarsi nei meccanismi informali della rete: ogni altra cosa sarebbe commercialmente e tecnicamente impossibile³⁷.

In questi (e in altri) modi, il diritto internazionale tradizionale è messo da parte da un mosaico di regole e istituzioni particolari, ciascuna delle quali segue le proprie radicate preferenze. Ne risulta che il progetto di Lauterpacht e della sua generazione è abbandonato in uno spazio vuoto, la nona edizione dell'opera di Oppenheim *International Law* finisce nel dimenticatoio, assieme a tutti quegli entusiasmi nati fra le due guerre, quali il carattere funzionale di

34. Cfr. K. Nicolaidis, G. Schaff, *Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government*, in “Law & Contemporary Problems”, vol. 68, n. 3-4, 2005, pp. 263-317.

35. La tesi sul potere nell'Occidente, a partire dal XVIII secolo, muovendo sempre più dal governo formale alla “governamentalità” informale, la regolazione del modo in cui la “libertà” si dispiega nella società, è al cuore del lavoro dell'ultimo Foucault e i suoi temi, benché rilevanti per questa lettura, non possono essere trattati qui. Cfr. in particolare M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au collège de France 1977-78*, Gallimard-Seuil, Paris 2004, specialmente pp. 91 ss., nonché Id., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-79*, Gallimard-Seuil, Paris 2004. Per un'applicazione all'analisi del diritto globale dell'ultima modernità, cfr. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris 2005, pp. 223-73; M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris 1998, pp. 78-84.

36. Tra gli innumerevoli saggi, cfr. ad esempio C. Cutler, *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law and the Global Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 2003; R. Lipschutz, C. Vogel, “Regulation for the Rest of Us?” *Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation*, in R. B. Hall, T. J. Biersteker (eds.), *The Emergence of Private Authority in Public Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, pp. 115-39. Particolarmente utili sono i saggi in E. Loquin, C. Kessedjian (éds.), *La mondialisation du droit*, Litec, Paris 2000.

37. Cfr. T. Puurunen, *Dispute Resolution in International Electronic Commerce*, tesi di dottorato, Università di Helsinki, 2005.

un'idea architettonica del diritto, l'idea del diritto come cinghia di trasmissione o la concezione europea del diritto, che mostravano una "sacra fiducia nella civilizzazione". Gli ideali si trasformano in rituali, come gli incessanti dibattiti sulla riforma delle Nazioni Unite, senza più significato politico.

3. DEFORMALIZZAZIONE

Nulla di quanto detto sarebbe così importante se i nuovi regimi fossero suscettibili di controllo politico. Ma anche quando sono basati su una produzione formale di diritto internazionale (tipicamente attraverso lo strumento dei trattati multilaterali), essi portano a forme contestuali di regolazione *ad hoc* che rafforzano la posizione degli esperti funzionali. Questo è il problema delle regole formali e universali³⁸. Qualsiasi regola con un ambito globale di applicazione appare quasi automaticamente come o troppo o poco inclusiva, coprendo casi che l'autorità normativa non vorrebbe coprire o escludendo casi che dovrebbero essere coperti ma che non erano noti al tempo della produzione della regola. Per prevenire ciò, molto diritto con un ambito di applicazione universale evita di intervenire tramite regole e piuttosto richiede un "bilanciamento" degli interessi al fine di ottenere dei risultati "ottimali" da calcolare caso per caso.

Si prenda ad esempio il diritto dei confini territoriali, antico cuore della legalità internazionale. È difficile generalizzare la ricerca di una giusta allocazione delle risorse marittime o tracciare un confine terrestre. Pertanto il diritto, in strumenti quali la Convenzione ONU sul diritto del mare del 1982 o attraverso la giurisprudenza della ICJ, punta al bisogno di ottenere un risultato equo³⁹. Nei conflitti di giurisdizione o nella successione fra Stati, il diritto va poco più in là di una richiesta di bilanciamento degli interessi⁴⁰. Le situazioni internazionali tendono a essere viste come idiosincratich e incentrate sul fatto specifico. Qualsiasi regola può produrre ingiustizia in alcuni dei casi futuri cui venga applicata: da qui il fallimento degli sforzi internazionali per trovare dei "criteri" universali di intervento umanitario⁴¹ per definire il concetto di aggres-

38. La migliore presentazione di questa difficoltà è ancora F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford 1991, pp. 31-4, 47-52 e *passim* (trad. it. a cura di C. Rustici, *Le regole del gioco: un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, il Mulino, Bologna 2000).

39. Ne ho discusso ampiamente in Koskeniemi, *From Analogy to Utopia*, cit., pp. 258-302, 576-83.

40. Per una discussione del "buon senso" e della "ragionevolezza" necessari nei conflitti di giurisdizione, cfr. R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International Law*, vol. 1 (*Peace*), Longman's, London 1992⁹, pp. 463-6. Sul contestualismo nella successione fra Stati, cfr. i *reports* dei direttori di studi in P. M. Eisemann, M. Koskeniemi, *La succession d'États: la codification à l'épreuve des faits/State Succession: Codification Tested against the Facts*, Nijhoff, The Hague 2000.

41. Ho discusso l'inutile ricerca di "criteri determinanti" per l'intervento umanitario in

sione o per identificare dei gruppi di persone da trattare come “terroristi”⁴². Ciascuno partecipa a tali sforzi con due propositi: non raggiungere un’intesa su quanto possa pregiudicare i futuri interessi della *mia* nazione, ma cercare con più energia possibile di ottenere una definizione che colpisca ogni possibile futuro avversario. Quando ciascuno vi partecipa con queste premesse, il risultato non può che essere inconcludente: un accordo per lasciare tale determinazione al momento in cui la situazione lo richiederà (con la speranza, ovviamente, di essere allora nella posizione di decidere per sé). Questo accade anche dove sono più forti gli argomenti in favore di regole direttive. La complessità della guerra moderna impedisce al diritto umanitario di aggiungere qualcosa a “proporzionalità” e “necessità”, al calcolo ragionevole di costi e benefici, con il risultato che i vocabolari degli esperti umanitari e militari diventano in fin dei conti indistinguibili⁴³.

Non è che sia impossibile o necessariamente difficile trovare una soluzione equa, sapere chi è l’aggressore o quando intraprendere un’operazione umanitaria. Ma poco di tutto questo può essere visto come l’impiego di un vocabolario *giuridico* di regole e principi, precedenti e istituzioni. Al contrario, le considerazioni rilevanti sembrano sempre essere quelle tecniche, i calcoli e i dati prodotti in un dato contesto, al fine di individuare l’esito migliore. Il diritto si affida alla politica della competenza: quanto è “ragionevole” per un esperto ambientale non è lo stesso di quanto è “ragionevole” per un industriale chimico; ciò che è “ottimale” per un ingegnere dello sviluppo non è ciò che è “ottimale” per il rappresentante di una popolazione indigena; ciò che è “proporzionato” per uno specialista in questioni umanitarie non è quanto è “proporzionato” per un esperto militare.

Mi sia concesso fare alcuni esempi presi dal recente lavoro di un organismo delle Nazioni Unite di cui sono stato membro, la Commissione per il diritto internazionale (International Law Commission, d’ora in avanti *ILC*). La Commissione fu creata nel 1948 dall’Assemblea generale allo scopo di favorire la “codificazione e il progressivo sviluppo del diritto internazionale”. Il primo programma di lavoro della Commissione fu redatto da Hersch Lauterpacht⁴⁴

M. Koskenniemi, *The Lady Doth Protest too Much: Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law*, in “The Modern Law Review”, n. 65, 2002, pp. 159-75.

42. Per l’indeterminatezza della discussione sulla definizione di “terrorista” in connessione con la redazione di una “generale” Convenzione ONU sulla materia, cfr. J. Petman, *The Problem of Evil and International Law*, in J. Petman, J. Klabbers (eds.), *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Nijhoff, Leiden 2003, pp. 128-37.

43. Cfr. specialmente D. Kennedy, *The Dark Side of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, Princeton 2004, pp. 272-96.

44. Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission document A/CN.4/1 (United Nations publications, Sales No 48.V.1) reissued under the symbol A/CN.4/1/Rev.1 (United Nations publications, Sales No 48.V.1(1)), pubblicato

su invito del segretario generale delle Nazioni Unite. Dopo un paio di intensi decenni, la Commissione ha perso progressivamente rilievo nella misura in cui la redazione dei trattati si è spostata all'interno di istituzioni specializzate⁴⁵. Un insieme di problemi ha continuato però a richiedere soluzioni globali: l'amministrazione e la tutela delle risorse naturali. Nella sessione del 2006, la Commissione ha ultimato una "Bozza di convenzione sul diritto dei bacini acquiferi transfrontalieri" – i diritti e gli obblighi relativi alle falde acquifere mondiali, una questione di immensa importanza⁴⁶. La principale disposizione sostantiva del documento invita gli Stati a costruire un "piano" per ogni sistema acquifero, tenendo in considerazione «i bisogni presenti e futuri e le fonti alternative di acqua per gli Stati acquiferi». I «fattori rilevanti» da tenere in considerazione includono le «caratteristiche naturali del sistema acquifero», «i bisogni sociali ed economici degli Stati interessati», «l'utilizzo attuale e potenziale del sistema» e altro ancora, con l'ultimo paragrafo a stabilire che

il peso da assegnare ad ogni fattore deve essere determinato dalla sua importanza con riferimento a uno specifico sistema acquifero transfrontaliero in confronto con l'importanza di altri fattori rilevanti. Nel determinare cosa debba intendersi per utilizzazione equa e ragionevole, tutti i fattori rilevanti debbono essere considerati congiuntamente e la conclusione deve essere raggiunta sulla base di tutti i fattori. Comunque, nel soppesare le differenti utilizzazioni di sistemi acquiferi transfrontalieri, una particolare attenzione deve essere riservata ai bisogni umani vitali⁴⁷.

Questo viene ripetuto in un grandissimo numero di recenti strumenti⁴⁸. Aderire a un trattato è aderire a una continua rinegoziazione in riferimento al contesto in cui gli accordi sono raggiunti e nel quale risultano centrali il ruolo degli esperti tecnici e gli interessi funzionali.

Molto diritto ambientale ha questo carattere. Nella Convenzione quadro sul

anche in H. Lauterpacht (ed.), *International Law. Being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht*, Cambridge University Press, Cambridge 1970, vol. 1, pp. 445-530.

45. Ho discusso il lavoro della Commissione anche in M. Koskeniemi, *International Legislation Today: Limits and Possibilities*, in "Wisconsin International Law Journal", n. 23, 2005, pp. 61-92.

46. Draft Report of the International Law Commission on the Work of the Fifty-eight Session, Ch. VI: Shared Natural Resources. C. Text of the Draft Articles on The Law of Transboundary Aquifers adopted by the Commission on First Reading, A/CN.4/L.694/Add.1 (4 July 2006).

47. Draft Article 5(2), ivi, 4.

48. Cfr. anche la *UN International Convention on the Non-Navigational Uses of International Water-courses*, UNGA Res, 51/229 (Annex), 21 May 1997. Lo standard principale della Convenzione è quello dell'uso "equo e sostenibile", definito nei termini di una lista (non esaustiva) di "fattori" economici, ambientali, geografici e altro. Più importanti sono le procedure sullo scambio di

cambiamento climatico del 1992 gli Stati si sono accordati per stabilizzare le loro emissioni di gas serra ai livelli del 1990 entro un arco di tempo ragionevole⁴⁹. La Convenzione elenca certi principi come l'equità intergenerazionale, la responsabilità comune ma differenziata e il principio di precauzione, tutti principi da applicare tenendo conto dei costi, in modo da assicurare un beneficio globale al minor costo possibile (art. 3.2). Ma anche quando gli obblighi sono chiaramente formulati – come nel Protocollo di Kyoto del 1997 – essi vengono accompagnati da regole secondarie che sottraggono le inadempienze dalla sfera della violazione del trattato e della responsabilità degli Stati. Un «processo di consultazione multilaterale» è stato predisposto per «facilitare l'adempimento» degli impegni. È improbabile che venga adito il meccanismo di soluzione giudiziaria delle dispute, visto che molte parti hanno accettato soltanto una procedura informale di reazione al mancato rispetto del trattato⁵⁰: tale procedura, come quella prevista dal Protocollo di Montreal del 1987 per la protezione della sfera dell'ozono, si concentra sull'assistenza tecnica e finanziaria, non su sanzioni e responsabilità. Anche per le violazioni persistenti, l'unica sanzione è quella della pubblicità⁵¹. In questo modo anche delle disposizioni formalmente simili a regole (standard di riduzione delle emissioni) divengono elementi di negoziato in un processo infinito di bilanciamento, aggiustamento e gestione.

Il medesimo *ethos* è penetrato nel trattamento formale delle dispute. Nel caso *Gabčíkovo Dam* del 1997, la ICJ ha rilevato che sia l'Ungheria che la Slovacchia avevano violato un trattato del 1977 relativo a un ampio progetto di diversione delle acque nella regione Gabčíkovo-Nagymaros del fiume Danubio. Contrariamente a quanto era stato sostenuto dall'Ungheria, il trattato del 1977 era rimasto in vigore, con il risultato che, secondo la Corte, le parti erano tenute a ristabilire la cooperazione su quanto restava del progetto⁵². Siccome

informazioni, la cooperazione e la negoziazione, per incoraggiare le parti a negoziare dei regimi locali, regionali o su specifiche questioni.

49. «Entro un arco di tempo sufficiente affinché gli ecosistemi si adattino ai cambiamenti climatici, la produzione di alimenti non sia minacciata e lo sviluppo economico proceda in maniera sostenibile» (art. 2, *Convenzione quadro sul cambiamento climatico*, in "International Legal Materials", vol. 31, 1992, p. 851).

50. Sui problemi legati a questo cfr. M. Koskenniemi, *Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflexions on the Enforcement of the Montreal Protocol*, in "Yearbook on International Environmental Law", 3, 1992, pp. 123 ss.

51. La deformalizzazione della responsabilità statale per mancata osservanza è da allora diventata una "pratica standard nel contesto ambientale"; cfr. T. Kuokkanen, *Putting Gentle Pressure on Parties. Recent Trends in the Practice of the Implementation Committee of the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution*, in Petman, Klabbers, *Nordic Cosmopolitanism*, cit., p. 316. Cfr. anche S. Maljean-Dubois, *Un mécanisme original: la procédure de "non-compliance" du Protocole relatif aux substances appauvrissant la couche d'ozone*, in C. Imperiali (éd.), *L'effectivité du droit international de l'environnement*, Economica, Paris 1998, pp. 225-47.

52. Caso *Gabčíkovo Dam*, ICJ Reports (1997) 80, p. 150.

entrambe le parti non avevano adempiuto ai propri obblighi, ognuna doveva un risarcimento all'altra. Tali "violazioni incrociate", tuttavia, potevano essere riparate in modo soddisfacente solo «nel quadro di un trattamento complessivo»⁵³. La Corte ha indicato che il trattato del 1977 non solo conteneva un programma di unione degli investimenti, ma stabiliva anche un regime⁵⁴. Poiché il trattato era in vigore e il fatto di costituire un regime era il suo elemento fondamentale, tale regime doveva essere ristabilito. Ciò andava fatto tenendo in considerazione le mutate circostanze economiche e ambientali «in modo tale da conciliare sia l'operazione economica del sistema di generazione dell'elettricità che la soddisfazione di un interesse ambientale essenziale»⁵⁵. Questo, notava la Corte, «rifletterà inoltre in modo ottimale il concetto di utilizzo comune delle risorse d'acqua condivise, in vista del raggiungimento dei diversi obiettivi menzionati nel trattato»⁵⁶. Detto altrimenti, la Corte ha considerato il problema giuridico in termini di aggiustamenti entro un "regime" che garantisse un adeguato bilanciamento degli interessi delle parti; inoltre, poiché non era in possesso dei dati rilevanti, la stessa Corte ha demandato alle parti la negoziazione e l'accordo sui dettagli da definire alla luce del parere di esperti tecnici.

Questi rinvii del diritto al "regime" testimoniano il crescente affermarsi di una mentalità secondo cui le "dispute" si manifestano come "problemi gestionali" e per cui la risposta corretta è sempre tecnica o economica⁵⁷. Per questa mentalità i diritti e gli obblighi sono regole empiriche o presunzioni soggette ad aggiustamenti in vista dei risultati ottimali. Questo è significativamente osservabile nella recente pratica di inserire nei trattati multilaterali delle clausole che trattino dei possibili conflitti tra regimi. Il *Preambolo* del Protocollo di Cartagine alla Convenzione sulla biodiversità (2000) affronta nei seguenti termini la relazione tra il Protocollo e gli obblighi derivanti dagli accordi elaborati nell'ambito della wto: «Riconoscere che gli accordi commerciali e gli accordi relativi all'ambiente debbono sostenersi reciprocamente nell'ottica dello sviluppo sostenibile; sottolineare che questo Protocollo non deve essere interpretato come tale da modificare i diritti e gli obblighi contratti da una Parte in base ad accordi internazionali; comprendere che quanto detto sopra non è inteso subordinare questo protocollo ad altri accordi internazionali»⁵⁸.

53. Ivi, 81, p. 153.

54. Ivi, 79, p. 144.

55. Ivi, 80, p. 146.

56. Ivi, 80, p. 147.

57. Questa strategia è stata fortemente invocata alcuni anni fa a nome della cooperazione "interdisciplinare" fra giuristi e scienziati sociali dall'approccio empirico. Per una critica incisiva, cfr. J. Klabbers, *The Relative Autonomy of International Law, or the Forgotten Politics of Interdisciplinarity*, in "Journal of International Law and International Relations", 2005, 1, pp. 35-48.

58. Cartagena Protocol on Biosafety on the Convention on Biological Diversity, Depositary

Che cosa l'idea di un "sostegno reciproco" possa significare in caso di conflitto fra il Protocollo e un trattato promosso nell'ambito della wto (o qualsiasi altro trattato) è quello che tutti si chiedono⁵⁹ e che comunque espone il Protocollo (e il trattato in conflitto) a interminabili aggiustamenti gestionali in vista della coerenza amministrativa – l'orientamento strutturale dell'istituzione pertinente.

Lauterpacht e altri giuristi del periodo fra le due guerre mondiali avevano ragione nel ritenere che il potere statale sarebbe stato lentamente superato dalle leggi tecnico-economiche di una modernità globalizzante. Questo è ciò che ha fatto la differenziazione funzionale in entrambe le sue forme: la frammentazione e la deformalizzazione. Ma essi avevano torto nel credere che ciò avrebbe condotto a una federazione cosmopolita. Quando è crollato sotto i nostri piedi il pavimento del potere statale, non siamo caduti in un regno di autenticità globale, in cui ognuno incontra l'altro come libero possessore di inalienabili diritti. Al contrario, siamo caduti in compartimenti di specializzazione funzionale a tenuta stagna, da gestirsi e governarsi leggendo la nostra libertà come la realizzazione dei nostri interessi. Come i nostri piedi hanno toccato il suolo, non abbiamo trovato una federazione kantiana ma il naturalismo di Pufendorf e Hobbes, degli attori forti impegnati in giochi strategici con gli occhi puntati all'ottimo paretiano.

4. COSTITUZIONALISMO

Gli internazionalisti – specialmente quelli europei – hanno risposto alla frammentazione e all'emergere di regimi esperti e antiformalisti iniziando a concepire il diritto internazionale in termini costituzionali⁶⁰. Ciò prosegue il loro sforzo di allontanamento dalla diplomazia e dalla politica – la politica della sovranità all'inizio del xx secolo, quella della diversificazione funzionale all'inizio del xxi – per concepire il sistema giuridico internazionale tramite gerarchie definite (anche se forse implicite) di regole e istituzioni che riflettono delle scelte di valore spesso espresse da formule latine come *ius cogens* od obblighi *erga*

notification C.N.251.2000.TREATIES-1 of 27 April 2000. Cfr. anche "International Legal Materials", vol. 39, 2000, p. 1027.

59. Questa idea di "sostegno reciproco" appare in molti strumenti ed è presentata nella letteratura rilevante come un antidoto manageriale alle letture "formaliste" o "letterali" delle rilevanti disposizioni. Cfr. specialmente il molto utile N. Matz, *Wege zur Koordinierung Völkerrecht Verträge, Völkervertragsrechtliche und institutionelle Ansätze*, Springer, Berlin 2005, nonché R. Wolfrum, N. Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, Springer, Berlin 2003, specialmente pp. 159-208. Cfr. inoltre le fonti in Koskenniemi, Leino, *Fragmentation of International Law?*, cit., pp. 138-43.

60. Per il dibattito fra internazionalisti, cfr. ad esempio J. Klabbers, *Constitutionalism Lite?*, in "International Organisations Law Review", n. 1, 2004, pp. 31-58. Per una raccolta rappresentativa di scritti sul costituzionalismo internazionale, cfr. R. St. J. Macdonald, D. M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism*, Nijhoff, Boston 2005. Per il suggerimento di sviluppare la icj in

*omnes*⁶¹. Si tratta di un suggerimento comprensibile, che si modella sul modo in cui i giuristi nazionali hanno astratto dei principi generali per salvaguardare la “coerenza” del loro sistema giuridico, in presenza di nuovi ambiti di diritto e di un legislatore incostante⁶². Ma quali sarebbero i rilevanti valori internazionali? Senza dubbio il libero commercio per gli organismi commerciali, i diritti umani per i relativi organismi, i valori ambientali per i relativi regimi, la sicurezza per il Consiglio di sicurezza, dove ognuno di questi “valori” si suddivide a propria volta in una prevalente opinione di quali sarebbero le sue implicazioni pratiche e in una sfida minoritaria a tale opinione. Il costituzionalismo, come sappiamo dal contesto nazionale, si basa su una visione fondamentale di quello che sarebbe il bene comune, un senso del diritto come progetto condiviso in vista di un obiettivo definito con ragionevole chiarezza (e spesso storicamente informato)⁶³. Non c’è qualcosa di paragonabile a questo nel contesto internazionale, a parte il linguaggio della diplomazia e del diritto positivo, dalla cui frammentazione e indeterminazione parte la ricerca di una (implicita) costituzione. La crescita indubbia del diritto nel contesto internazionale (“legalizzazione”) non si traduce automaticamente in una costituzione sostantiva in assenza di un siffatto senso di “progetto” condiviso od oggettivo⁶⁴. Se la deformalizzazione ha appiccato il fuoco all’edificio del diritto internazionale, attaccarsi ai valori significa gettare benzina sulle fiamme.

Un costituzionalismo più plausibile rimane formale. Esso suggerisce che il

una “corte costituzionale della comunità mondiale”, cfr. F. O. Vicuna, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, pp. 18-28.

61. Per un invito di inizio xx secolo a trattare il diritto internazionale in modo costituzionale, cfr. A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien 1926. Oggi si può leggere del diritto internazionale come “modello comprensivo della vita sociale” in C. Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, in “Recueil des Cours de l’Académie de droit international”, vol. 297, 2002, pp. 63-72. Cfr. anche il commento e l’elaborazione in A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law. Comment on a Proposal for Germany*, in “Harvard International Law Journal”, n. 47, 2001, pp. 223-42. Per una versione francofona cfr. P. Dupuy, *L’unité de l’ordre juridique international*, in “Recueil des Cours de l’Académie de Droit International”, vol. 299, 2002, pp. 269-313 (a proposito di *ius cogens*). Cfr. anche S. Kadelbach, *Ethik des Völkerrechts unter Bedingungen der Globalisierung*, in “Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”, n. 64, 2004, pp. 1-20, nonché E. de Wet, *The Emergence of International and Regional Value System as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, in “Leiden Journal of International Law”, n. 19, 2006, pp. 611-32.

62. Un compito chiave della dottrina giuridica nazionale è sempre stato salvaguardare l’unità sistemica del diritto nazionale in risposta ai mutamenti del diritto positivo. Cfr. ad esempio A. Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Springer, Wien 1979, pp. 50-159. L’origine di questa tradizione nel XIX secolo tedesco è discussa in Tuori, Aika, paikka, järjestelmä, cit.

63. Come articolato ad esempio in T. R. C. Allen, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2001, pp. 21-5.

64. D. Grimm, *Ursprung und Wandel der Verfassung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Müller, Heidelberg 2003³, vol. 1, p. 42.

sistema e la gerarchia sono intrinseci al pensiero giuridico e perciò anche al diritto internazionale. Da questa prospettiva, il suggerimento secondo cui la specificità del diritto internazionale starebbe nel suo consistere di soli compromessi diplomatici sparsi qua e là, mentre mancherebbe delle “regole secondarie” che caratterizzano il diritto nazionale come un “sistema” giuridico, sarebbe un suggerimento che non coglie la pratica internazionale⁶⁵. Nessun regime particolare è mai stato inteso come indipendente dal diritto generale. In un risalente ma tipico caso del 1928, ad esempio, una *Claims Commission* chiamata a interpretare un trattato non esitò ad affermare che «ogni convenzione internazionale deve essere tacitamente riportata ai principi generali del diritto internazionale per tutte quelle questioni che essa stessa non risolve espressamente e in modo diverso»⁶⁶.

I giuristi fra le due guerre usarono questo e altri casi simili per sostenere la natura sistemica del diritto internazionale pubblico e il modo in cui le sue regole si riferiscono ad altre regole gerarchicamente superiori per avere significato e forza⁶⁷. Nessun giurista rifiuta di riconoscere gli Stati come Stati né chiede una prova della regola *audiatur et altera pars* semplicemente perché un trattato o un regime non ne parla. Si tratta di cose strutturalmente date, non prodotte positivamente. Proprio nel suo primo caso, l'organo di appello della wto ha osservato che gli accordi promossi nell'ambito della wto «non dovrebbero essere letti in un isolamento clinico dal diritto internazionale pubblico»⁶⁸ e ha specificato in seguito che «il diritto internazionale consuetudinario si applica generalmente agli accordi fra i membri della wto»⁶⁹. Regimi come quelli creati dalla Convenzione europea o dalla Convenzione inter-americana sui diritti umani fanno costante riferimento al diritto internazionale generale senza nessun atto di incorporazione⁷⁰. Dopotutto, la Convenzione di Vienna

65. Questo suggerimento è notoriamente in H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, pp. 229-31 (trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002, pp. 247-50).

66. Georges Pinson Case (*Fr. v. Mex.*) (1928) 5 R Int'l Arb Awards 422.

67. Cfr. specialmente Lauterpacht, *The Function of Law*, cit.

68. *United States – Standards of Reformulated and Conventional Gasoline* (20 May 1996) WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, 16.

69. *Korea – Measures Affecting Government Procurement* (19 January 2000) WT/DS163/R, par. 7.96.

70. Nel caso *Banković* (1999) la ECHR ha ricordato «che i principi sottostanti alla Convenzione non possono essere interpretati e applicati nel vuoto. La Corte deve inoltre prendere in considerazione qualsiasi rilevante regola di diritto internazionale quando esamina delle questioni che riguardano la sua giurisdizione e di conseguenza deve determinare la responsabilità degli Stati in conformità ai validi [governing] principi del diritto internazionale, benché non debba dimenticare lo speciale carattere della Convenzione quale trattato sui diritti umani. La Convenzione deve essere interpretata il più possibile in armonia con gli altri principi del diritto internazionale di cui essa fa parte» (*Banković v. Belgium and others*, Decision of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII, 351, par. 57, omessi i riferimenti). Per una discussione cfr. L. Caflisch, C. Trinidad, *Les*

sul diritto dei trattati prevede che ogni trattato venga interpretato prendendo in considerazione «qualsiasi regola rilevante del diritto internazionale che sia applicabile fra le parti» – una disposizione usata nel 2003 dalla ICJ per legare Iran e Stati Uniti al diritto generale sull'uso della forza, attraverso una lettura di un trattato bilaterale di amicizia⁷¹.

Nel 2001 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, sentito il rapporto allarmato del presidente della ICJ, ha chiesto alla Commissione per il diritto internazionale di prendere in considerazione il problema della frammentazione. Nel 2003 la Commissione ha istituito un gruppo di studio su tale materia e nel 2006, al termine dei 5 anni di mandato della Commissione di allora, il gruppo ha presentato un rapporto di 250 pagine più un insieme di conclusioni tratte dalla pratica internazionale in relazione alla questione della rottura del diritto internazionale in “compartimenti” specializzati, basati sulla differenziazione funzionale. Il Rapporto non ha trovato regimi *al di fuori* del diritto internazionale generale. Molti dei nuovi regimi pattizi in ambito commerciale, di protezione ambientale o relativi alla protezione dei diritti umani non avevano regole speciali per la creazione, l'applicazione e la modifica delle regole. In fondo questo era ciò che li rendeva speciali. Ma quando le regole vengono meno, o i regimi falliscono, allora le istituzioni si affidano sempre al diritto generale che sembra costituire il quadro al cui interno esse si collocano⁷². Questa è una battaglia che la teoria europea del diritto sembra avere vinto. Il diritto è un intero – o per dirlo con le parole della prima conclusione del menzionato gruppo di lavoro “il diritto internazionale è un sistema giuridico”. Non gli si può togliere un dito e pretendere che quest'ultimo sia vivo: perché il dito funzioni, deve esserci l'intero corpo⁷³.

conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général, in “Revue Générale de Droit International Public”, n. 108, 2004, pp. 5-58.

71. ICJ, caso *Oil Platforms*, Reports 2003, 161, par. 41. La Corte ha applicato l'art. 31 (3) (c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Per un'estesa discussione recente, cfr. C. McLachlan, *The Principle of Systematic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention*, in “International and Comparative Law Quarterly”, n. 54, 2005, pp. 279-320.

72. *Fragmentation of International Law. Problems caused by the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, relazione conclusa da Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682 (13 April 2006) (Analytical Report). Il modo in cui i supposti regimi “autosussistenti” si legano al diritto internazionale generale è discusso ivi, pp. 65-101. Le 42 conclusioni redatte dal Gruppo di studio sulla questione della frammentazione sulla base dell'*Analytical Report* sono contenute in *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.702 (18 July 2006) (Conclusions), pp. 7-25.

73. Per due esempi più recenti nella fiorente letteratura, cfr. A. Lindroos, M. Mehling, *Dispelling the Chimera of “Self-contained Regimes” International Law and the WTO*, in “European Journal of International Law”, vol. 16, n. 16, 2005, pp. 857-77, nonché B. Simma, D. Pulkowski, *Of*

Ma quanto è utile questa vittoria? I costituzionalisti hanno ragione quando dicono che i regimi funzionali o i sistemi esperti non fluttuano in un vuoto normativo; ma non hanno gerarchie prestabilite per i risolvere i loro conflitti – in altre parole, hanno un vocabolario ma non hanno niente di definito da dire. Pur avendo scoperto che nessun regime, benché speciale, è autonomo dal diritto internazionale, il menzionato gruppo di lavoro non ha ritenuto appropriato indicare se, in caso di conflitto normativo, la regola o il regime speciale debba essere letto come un'*eccezione* o invece come un'*applicazione* del diritto generale. Di fatto, la pratica ha mostrato esempi di entrambe le soluzioni ed è stato impossibile determinare quale equazione sia corretta in astratto. Certamente una regola dell'Unione europea può derogare il diritto del mare, o un regime relativo all'uso della forza può confliggere con un principio di diritto umanitario; ma il da farsi in tali situazioni dipenderebbe dalle circostanze⁷⁴. Da una parte, i conflitti fra i regimi particolari e il diritto internazionale generale esprimono la tensione fra particolarismo e universalismo e la semplice specificità o generalità di una regola o di un regime non sono una ragione decisiva a loro favore⁷⁵. Dall'altra, c'è la questione di sapere che cosa significano “generale” e “speciale” in questo contesto. Può essere naturale per gli internazionalisti pensare alla propria disciplina come “generale”, ma è ugualmente ovvio che gli altri giuristi la percepiscano come un ambito particolarmente esotico che ha principalmente rilievo per le caratteristiche tradizioni della diplomazia.

Analogamente, non è affatto chiaro che cosa significhi per un organismo umanitario o della wto dire che il proprio diritto non si applica “nel vuoto”. Basta leggere le opinioni dissenzienti nei casi recenti discussi dalla ECHR quanto al modo di trattare lo scontro fra il diritto umanitario e quello delle immunità diplomatiche, per capire fino a che punto il conflitto tra regimi è un conflitto di preferenze politiche⁷⁶.

La pratica giuridica può essere letta in una luce sistemica: ogni cosa è sempre già regolata. Nella pratica internazionale non ci sono casi chiari di *non liquet*. Il diritto ha l'integrità di un sistema, sia nell'immagine angloamericana delle operazioni costruttive con cui i giuristi decidono i casi, sia in quella conti-

Planets and the Universe: Self-Contained and International Law, in “Journal of International Law”, n. 17, 2006, pp. 483-529.

74. Cfr. specialmente *Fragmentation of International Law*, (Conclusions), cit.

75. Per la discussione inconcludente in ambito internazionalistico sullo *status* dei regimi regionali in contrapposizione a quelli universali e per la conclusione sulle relazioni fra “diritto generale” e “diritto speciale” cfr. *Fragmentation of International Law*, (Analytical Report), cit., pp. 102-15.

76. Cfr. ECHR, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI. Particolarmente istruttiva è l'opinione dissenziente del giudice Ferrari-Bravo. Per una discussione di questi conflitti dal punto di vista della “frammentazione”, cfr. H. Fox, *State Immunity and other Norms of International Law: Possible Methods of Accommodation*, in J. Erauw et al. (eds.), *Liber memorialis Peter Sarcevic, Universalism, Tradition and the Individual*, Sellier, Munich 2006, pp. 552-64.

mentale delle sistemazioni a opera della scienza giuridica. Ma il sistema si limita a dire che tutto deve essere deciso in accordo con esso – il che non è altro che dire questo: quale che sia la decisione, essa deve essere presa da istituzioni *giuridiche*, in particolare da istituzioni frequentate da giuristi che fanno capo al diritto internazionale pubblico. Ma se questo è tutto ciò che il diritto dice, esso si limita a garantire l'orientamento strutturale delle proprie istituzioni. Ciò può sembrare un bene a chi è membro di tali istituzioni; ma per chi non ne condivide l'orientamento e invece pensa a esso come parte del problema, il costituzionalismo non ha forza di convincimento. Quanto importa è che si tratti di una *buona* costituzione, che essa impieghi le persone *giuste*, che allochi le risorse in accordo con il *giusto* orientamento.

Di per sé, un vocabolario costituzionale non ha modo di dimostrarsi preferibile al vocabolario dell'economia o della tecnologia, del socialismo, del nazionalismo o della cristianità. Anche questi si presentano con i loro esperti e le loro preferenze stabilite. Non c'è ragione per pensare che *a priori* essi siano peggiori delle istituzioni tipicamente preferite dai costituzionalisti – in particolare le Corti, specialmente le Corti frequentate da europei. Di fatto, il costituzionalismo si può difendere solo ricorrendo a un vocabolario di tal genere – tipicamente quello della teoria politica liberale – esposto a sua volta alla continua contestazione politica⁷⁷. Se c'è ragione per preferire il costituzionalismo – con le istituzioni e le pratiche che esso comporta – questo può svilupparsi soltanto come un progetto politico che identifichi gli obiettivi politici al cui avanzamento la costituzione mira⁷⁸. Saint-Just non celebrò la Costituzione rivoluzionaria in quanto tale, ma per quanto faceva di ciò che egli chiamava tirannia e feudalesimo⁷⁹ e se Kant pensava a essa come a un fenomeno che *non potrà mai essere dimenticato*, lo pensava per la liberazione delle persone e la fine delle guerre di aggressione che in essa si manifestava⁸⁰.

Il costituzionalismo risponde alla preoccupazione relativa all'“unità del diritto internazionale” suggerendo una priorità gerarchica alle istituzioni rappresentative del diritto internazionale generale (in particolare alla Carta delle Nazioni Unite)⁸¹. Tuttavia, sembra difficile vedere come un qualsiasi progetto politicamente significativo per il bene comune (distinto dalle varie

77. Cfr. specialmente J. Habermas, *Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?*, in “Kritische Justiz”, vol. 38, n. 3, 2005, pp. 222-47 e più ampiamente Id., *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, cit., pp. 113-93.

78. Identifica due scopi per qualsiasi costituzione – tenere lontano l'assolutismo monarchico e il governo delle masse – S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, Paris 1991, pp. 137-9.

79. A. de Saint-Just, *Esprit de la révolution et de la constitution de la France*, Éditions 10-18, Paris 2003 [1790-91], pp. 27-42, 66-7.

80. Kant, *Il conflitto delle facoltà*, in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., pp. 223-39.

81. Cfr. specialmente B. Fassbender, *The United Nations Charter as a Constitution of the International Community*, in “Columbia Journal of Transnational Law”, n. 36, 1998, pp. 529-619.

nozioni di bene particolare) possa essere articolato attorno alle pratiche diplomatiche degli organi delle Nazioni Unite, oppure a nozioni come quella di *ius cogens* espressa nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Dopotutto, la frammentazione è il risultato di una *sfida* cosciente agli aspetti inaccettabili di tale diritto generale e ai poteri delle istituzioni che lo applicano. Questo è il motivo per cui non ci sarà alcuna gerarchia fra i vari regimi giuridici nell'immediato futuro. L'accordo sul fatto che alcune norme semplicemente *debbero* essere superiori ad altre non si riflette in alcun accordo su chi debba avere l'ultima parola su questo. Il dibattito su una costituzione internazionale non assomiglierà ai processi nazionali di costituzionalizzazione, non solo perché lo scenario internazionale manca di un *pouvoir constituant*, ma anche perché, se ci fosse, sarebbe un impero e la costituzione da questo prodotta non sarebbe quella di un ordine internazionale ma quella di un impero⁸².

5. PLURALISMO GIURIDICO

L'alternativa al costituzionalismo è il pluralismo giuridico. Gli internazionalisti non hanno fatto abbastanza per esplorare questa via. Ciò è comprensibile alla luce del fatto che sono i loro oppositori – i realisti politici – a essere sempre stati considerati pluralisti *de facto* in virtù della loro “anarcofilia”⁸³. Ma mentre il pluralismo giuridico nazionale è stato un progetto della sinistra politica, il pluralismo *malgré soi* del realismo è stato di solito conservatore nel metodo e nei programmi⁸⁴. Nella Francia fra le due guerre, ad esempio, il costituzionalismo solidarista di Georges Scelle o Nicolas Politis fu sviluppato sulla base del liberalismo radicale, se non del socialismo, della Terza repubblica. Contro questi autori, gli storici realisti come Charles Dupuis schernirono gli sforzi di liberarsi dalla sovranità come ingenui e inutili, privi di sensibilità per gli ormecci culturali e storici del diritto. Il prospetto cosmopolita della Lega delle nazioni fallì, a loro avviso, perché privo di contatto con il potere materiale delle nazioni o il potere spirituale dell'opinione pubblica. Solo un bilanciamento tra quei luoghi plurali di potere politico chiamati Stati avrebbe riflettuto la diversità dello scenario internazionale⁸⁵.

82. Questo è il motivo per cui il costituzionalismo internazionale è sempre stato dipendente dagli sforzi costruttivi degli internazionalisti.

83. La visione realista del sistema internazionale come “anarchico” è chiamata “anarcofilia” da M. Shaw, *Theory of the Global State: Globality as an Unfinished Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, pp. 263-5.

84. Questo è ampiamente dovuto al fatto che mentre il pluralismo nazionale è critico nei confronti dello stato, quello internazionale adotta il punto di vista dello Stato per criticare l'internazionalismo.

85. C. Dupuis, *Règles générales du droit de la paix*, in “Recueil des Cours de l'Académie de Droit International”, vol. 32, 1930, pp. 5 ss.

Un famoso manifesto del pluralismo giuridico *avant la lettre* fu il canto del cigno di Hans Morgenthau, il suo articolo del 1940 *Positivism, Functionalism and International Law*, che stigmatizzava l'intero sistema giuridico internazionale fra le due guerre per la sua mancanza di una base sociologica da un lato e per la sua insensibilità alla contemporanea divergenza di valori morali dall'altro: il suo fissarsi su un singolo modello centralista era una ricetta per il fallimento⁸⁶. Ma l'appello di Morgenthau per un antiformalismo sociologicamente sensibile non condusse a nessuna seria sociologia del diritto internazionale, il che è forse comprensibile. Se il diritto è uno specchio "riflettente" i fenomeni sociali e psicologici, le menti ambiziose si allontanano da esso. Con il suo *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace* del 1948⁸⁷, lo stesso Morgenthau abbandonò il campo e allestì le relazioni internazionali sulle rovine del pensiero costituzionalista negli affari internazionali⁸⁸.

Sarebbe sbagliato dire che non c'è stato nessuno sforzo per costruire il diritto internazionale su una sociologia del pluralismo. Lauterpacht dopotutto conosceva bene Harold Laski – il padre del pluralismo – alla LSE e qui fece parte del famoso club sociologico con eminenti sociologi e antropologi quali Bronislaw Malinowski o Edward Westermarck e studiosi delle relazioni internazionali come Charles A. W. Manning o Martin Wight. Tuttavia non fu Lauterpacht – il cui progetto non era pluralista bensì federale – ad avvalersi di qualcosa come la giurisprudenza sociologica; furono i suoi critici. Georg Schwarzenberger usò fra gli altri la distinzione tra "comunità" e "società" per esaminare lo "sfondo sociale del diritto internazionale" nei termini di una irriducibile ostilità fra Stati, espressa nelle varie forme della "politica del potere" che il diritto internazionale può solo facilitare e simbolizzare, non limitare⁸⁹. Julius Stone attaccò apertamente le idee federaliste di Lauterpacht, sostenendo che l'idea della completezza del diritto internazionale era una forma di utopismo giuridico controproducente. La pace e la giustizia stesse richiedevano che il diritto internazionale fosse consapevole dei propri limiti⁹⁰. Stone aveva collaborato con Pound a Harvard e in un corso del 1957 aveva indagato le prospettive di

86. H. Morgenthau, *Positivism, Functionalism and International Law*, in "American Journal of International Law", vol. 34, n. 2, 1940, pp. 260-84.

87. H. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Alfred A. Knopf, New York 1948 (trad. it. *Politica tra le nazioni. La lotta per il potere e la pace*, il Mulino, Bologna 1997).

88. Cfr. inoltre Koskeniemi, *The Gentle Civiliser*, cit., pp. 445-74.

89. Cfr. ad esempio G. Keeton, G. Schwarzenberger, *Making International Law Work*, Stevens, London 1946², pp. 14-48. Sulla sociologia del diritto internazionale di Schwarzenberger, cfr. S. Steinle, *Völkerrecht und Machtpolitik. Georg Schwarzenberger (1908-1991)*, Nomos, Baden-Baden 2000, pp. 108-23. Sulla relazione (tesa) fra Schwarzenberger e Lauterpacht, cfr. *ivi*, pp. 216-8.

90. J. Stone, *Non-liquet and the Function of Law in the International Community*, in "British Journal of International Law", 1959, n. 35, pp. 124-61.

un'analisi sociologica del diritto internazionale in termini di studio di atteggiamenti, percezioni e valutazioni comunicati fra importanti *policy-makers* del mondo di allora. Stone non era ottimista. La sociologia del diritto internazionale, fu la sua conclusione, «si deve ancora muovere in un territorio difficile e sconosciuto, a condizioni sconosciute e su percorsi non indicati»⁹¹.

Ora è possibile storicizzare lo sforzo di integrare le visioni realiste del diritto internazionale negli anni Cinquanta e Sessanta come il prodotto di un momento di disillusione postbellica cui diede espressione una svolta verso la sociologia⁹². Ma ciò non riuscì a trasformare il campo, conducendo a poco più che l'abitudine di introdurre le analisi normative con un riferimento rituale all'interdipendenza e al bilanciamento del potere. Se McDougal e i suoi successori a Yale usavano un vocabolario del processo, ciò introdusse alcune delle intuizioni della giurisprudenza sociologica, mediate dal realismo giuridico americano, negli anni Settanta e oltre⁹³. Però gli impegni ideologici di quella parte dell'establishment internazionalista americano impedirono che esso sviluppasse una robusta formulazione pluralista. Nemmeno la Scuola di Manhattan, più incline com'era a supportare le principali organizzazioni internazionali, usò il suo *training* realista nelle ricerche sociologiche fino al punto di sviluppare una difesa delle Nazioni Unite che suonasse credibile per i *policy-makers* americani⁹⁴. Nessuno di questi soggetti è stato tanto pluralista come costituzionalista in senso schmittiano, puntando alla "legittimità" sviluppata a partire dall'ordine pubblico (*nomos*) di cui la Costituzione americana o la Carta delle Nazioni Unite potesse configurare il centro.

Oggi un vocabolario pluralista ben formato è emerso nelle facoltà di giurisprudenza da tre fonti: lo studio del diritto locale e delle pratiche effettive nella

91. Id., *Problems Confronting Sociological Analyses in International Law*, in "Revue de Droit Commercial", vol. 89, n. 1, 1956, pp. 141-54.

92. Fra i lavori più significativi vi furono P. Corbett, *Law and Society in the Relations of States*, Harcourt & Brace, New York 1951, e C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, Paris 1953. Queste furono opere scritte da esperti del diritto internazionale e della diplomazia; i lavori prodotti all'interno dell'establishment della scienza politica americana non ottennero mai altrettanta influenza. Cfr. ad esempio M. A. Kaplan, N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law. An Introduction to the Role of International Law in the Contemporary World*, Chicago University Press, Chicago 1966.

93. Per un recente sguardo d'insieme, cfr. S. Wiessner, A. Willard, *Policy-oriented Jurisprudence and Human Rights abuses in Internal Conflict: Toward a World Public Order of Human Dignity*, in S. R. Ratner, A.-M. Slaughter (eds.), *The Methods of International Law*, ASIL, Washington DC 2004, pp. 47-77.

94. L'espressione "Scuola di Manhattan" si riferisce al forte orientamento multilaterale in ambito internazionalistico presso le università di Columbia e New York. Per una discussione, cfr. D. Kennedy, *Tom Franck and the Manhattan School*, in "New York University Journal of International Law & Politics", n. 35, 2003, pp. 397-435.

società moderna, l'esperienza della coesistenza del diritto dei nativi con le leggi metropolitane nel confronto coloniale e infine la globalizzazione⁹⁵. Nell'immensa letteratura su quest'ultimo fenomeno sono stati prevalenti due interessi: un desiderio di sviluppare un'immagine descrittivamente accurata delle influenze nel mondo contemporaneo e un desiderio normativo di ripensare la natura della professione giuridica il cui compito sia quello di gestire le nuove forme di regolazione oltre lo Stato⁹⁶.

Si può dire molto sullo sforzo di sviluppare dei modelli pluralistici di *global governance* che mettano a fuoco i meccanismi transnazionali di produzione informale di regole, di amministrazione di regole e di trattamento dei conflitti. Non sono sicuro che le attuali discussioni sulla *lex mercatoria* o le reti informali fra industrie private, gruppi di azionisti non governativi e amministrazioni nazionali abbiano prodotto una base stabile per una formale configurazione pluralista⁹⁷. Ne dubito. Da una parte, infatti, molta della letteratura rilevante è critica sugli sviluppi che discute⁹⁸. Dall'altra, invece, l'inter-legalità e il policentrismo sembrano essere un nuovo vocabolario costituzionale, benché depolitizzato. Come conclude Jens Bartelson, «il tentativo di sbarazzarsi del concetto di stato fu inutile poiché tale concetto veniva immancabilmente sostituito da altri concetti semanticamente equivalenti»⁹⁹.

La più avanzata formulazione pluralista è emersa dalla sociologia di Niklas Luhmann, la quale abbraccia dei regimi non solo apertamente normativi ma anche scientifici, tecnologici ed economici, ciascuno dei quali possiede le risorse per spiegare l'intero mondo dalla propria prospettiva e un'intrinseca tendenza a massimizzare la propria razionalità¹⁰⁰. In quest'ottica, la globalizzazione giuridica significa la globalizzazione della differenziazione funzionale che ha

95. Per un recente e utile sguardo d'insieme, cfr. S. Roberts, *After Government? On Representing Law Without the State*, in "The Modern Law Review", n. 68, 2005, pp. 1-24.

96. Per due esempi di sensibilità politiche assai diverse, cfr. J. Braithwaite, P. Drahos, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, e B. de Sousa Santos, *Towards a New Common Sense: Law, Science and Policy in the Age of Paradigmatic Transition*, Routledge, London 1995.

97. Per una rappresentativa raccolta di saggi, cfr. P. Schiff Berman, *The Globalization of International Law*, Ashgate, Aldershot 2005.

98. Questo riguarda in particolare l'ampia letteratura francese su diritto e globalizzazione. Cfr. specialmente le utili analisi in E. Loquin, C. Kessedjian (éds.), *La mondialisation du droit*, Litec, Paris 2000, nonché il meno analitico ma molto critico M. Chemillier-Gendreau, Y. Moulier-Boutang, *Le droit dans la mondialisation*, PUF, Paris 2001.

99. J. Bartelson, *The Critique of the State*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, p. 124. Questi rileva una segreta "ontologizzazione" dello Stato (davvero la forma dello Stato come base normativa) dietro i vari sforzi di sviluppare delle sociologie del pluralismo descrittivamente adeguate (ivi, pp. 103-13 e *passim*).

100. N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1993.

avuto luogo nella società nazionale. I regimi transnazionali prendono il posto degli Stati territoriali. Lungi dall'unire il mondo, questo intensificherebbe lo scontro dei regimi giuridici, ognuno dei quali è internamente gerarchico, alcuni più centrali altri meno. I conflitti, poniamo, fra i regimi commerciali e quelli umanitari, lo sviluppo economico e l'ambiente, le competenze in ambito scientifico e politico: sono fenomeni che è impossibile sistemare realmente poiché, in assenza di uno Stato-nazione, nessuna meta-razionalità assegna a ciascuno il proprio posto. E nonostante nessuna gerarchia sia stabilita, il centro si muove. Ieri guardavamo all'Assemblea generale delle Nazioni Unite come al punto focale delle nostre riforme; oggi forse alle direttive economiche di Pechino o alle reti delle ONG che si occupano della tratta di esseri umani¹⁰¹.

Il centro si muove perché ogni regime è egemonico. Ognuno cerca di far sì che la propria razionalità specifica governi il tutto – trasformare la propria preferenza in una preferenza generale, la propria istituzione nell'istituzione di una giurisdizione generale. Ci è familiare l'esperienza per cui, una volta che sappiamo quale istituzione tratterà una questione, sappiamo già come verrà trattata. Seguaci di Luhmann come Teubner e Fischer-Lescano ne derivano l'esperienza dell'epifenomenalità del diritto – «una riproduzione giuridica di collisioni fra diverse razionalità all'interno della società globale». Essendo una parte del problema e non la sua soluzione, il diritto non ha alcun argomento per difendere la propria ambizione a essere semplicemente «un gentile civilizzatore di sistemi sociali»¹⁰².

Il problema del pluralismo giuridico sta nel modo in cui cessa di porre domande al mondo. I suoi teorizzatori sono talmente affascinati dalla complessa interazione dei regimi e dalla ricerca positivista di un vocabolario interamente inclusivo da perdere l'aspetto critico della loro impresa. Ciò è visibile, ad esempio, nell'abitudine di far venir meno la distinzione fra diritto e regolazione – una tecnica cara agli studi di relazioni internazionali – descrivendo il diritto come un regime in termini compiutamente strumentalisti: concepire l'«istituzionalizzazione» come una scelta di *policy* dettata talvolta da interessi strategici¹⁰³. Mi piace pensare a questo come a una mossa egemonica da parte degli esperti di relazioni internazionali intesa a impossessarsi della normativi-

101. Cfr. Fischer-Lescano, Teubner, *Regime-Kollisionen*, cit. Fra le precedenti versioni di questo lavoro cfr. Idd., *Regime-Collisions*, cit.

102. Idd., *Regime-Kollisionen*, cit., p. 170.

103. Per un'analisi estesa, cfr. J. Goldstein *et al.*, *Legalization and World Politics*, MIT Press, Cambridge (MA) 2000. Ho criticato la svolta verso il vocabolario della scienza politica fatto di «governance», «legittimità» ecc. in M. Koskenniemi, *Legitimacy, Rights and Ideology: Notes Towards a Critique of the New Moral Internationalism*, in «Associations: Journal for Legal and Social Theory», 7, 2003, pp. 349-73 e anche in Id., *Constitutionalism as Mindset. Reflections on Kantian Themes on International Law and Globalization*, in «Theoretical Inquiries in Law», n. 8, 2006, pp. 9-36.

tà una volta custodita dai giuristi. Una sociologia della complessità articola un progetto di ragione tecnologica che, dopotutto, sembra molto più aggiornato delle stravaganze vittoriane del diritto internazionale. La politica normativa è rimpiazzata da ciò che i giornali chiamano «nuova divisione globale del lavoro regolativo»¹⁰⁴. Quando sento questo linguaggio colgo lo sguardo fisso dei miei colleghi europei – e lo condivido.

Più ampia è la presa del diritto, più debole è la sua forza normativa – fino al punto in cui non si è più capaci di distinguere fra un uomo con una pistola e un poliziotto, un regime di corruzione e un regime contrattuale. Certamente ognuno può avere i propri meriti; ognuno dà potere a un distinto gruppo di persone. Quando indica dei regimi di fatto efficaci, il pluralismo giuridico è efficace dal punto di vista descrittivo. Ma la sua accuratezza può provocare la stessa reazione indotta dal costituzionalismo: “E allora?”. Il maggiore contributo del pluralismo sta nel renderci consapevoli degli orientamenti dei diversi vocabolari giuridici, ma non può sostenere un progetto di diritto in ciò che gli è proprio. Ai suoi occhi l’immagine del giurista è sempre l’immagine di un amministratore di regole, alla ricerca di un bilanciamento tra “efficienza” e “legittimità”, l’equivalente pluralista dell’“integrità” del costituzionalista¹⁰⁵.

Il costituzionalismo e il pluralismo sono risposte astratte all’emergere di molteplici regimi giuridici. Ciascuna proviene da una tradizione disciplinare – l’una associata al diritto, l’altra alla scienza politica – che si divide e si rivolge contro se stessa. Nel proprio atteggiamento dominante e sicuro di sé il costituzionalismo si manifesta come centralismo, diritti e ordine, su solide fondamenta statali; ma in una prospettiva pluralista significa spesso autoritarismo burocratico e predominio dell’*ancien régime*. Al contrario, l’atteggiamento prevalente del pluralismo enfatizza la diversità e la libertà, lo sviluppo spontaneo; ma è sicuramente esposto alla replica costituzionalista: accetta la regolazione di fatto semplicemente perché è tale.

Il costituzionalismo e il pluralismo sono dottrine generalizzanti con un significato politico ambivalente. Ciascuna può difendere e sfidare lo stato di cose esistente. Assieme offrono orientamenti alternativi con cui trattare e ridurre la complessità. Questa è la ragione per cui penso a esse come a due tendenze in un singolo insieme di problemi: il bisogno di centralismo e controllo da una parte, di diversità e libertà dall’altra. Esse in pratica convergono spesso in forme intermedie: federalismo, autonomia limitata, interpretazioni che riconciliano particolare e generale – “integrazione sistemica”. Ma sono

104. Lipschutz, Vogel, “*Regulation for the Rest of Us?*”, cit., p. 117.

105. Cfr. la discussione sui problemi di *accountability* nella *governance* privata in J. Koven Levit, *A Bottom-Up Approach to Lawmaking: The Tale of the Trade Finance Instruments*, in “Yale Journal of International Law”, n. 30, 2005, pp. 194-209.

vocabolari esterni e accademici che rimangono a una distanza di volo d'uccello dal diritto come impegno professionale, se non come "vocazione".

6. PROSPETTIVE DI NARRAZIONE

Vorrei pensare il costituzionalismo e il pluralismo non tanto come aspetti del mondo quanto come *esperienze* di esso, esperienze che riproducono nella pratica giuridica quelle che in effetti sono tipiche reazioni alla modernità. Il diritto internazionale e la sociologia sorsero entrambi alla fine del XIX secolo per rilevare il crollo del mondo tradizionale – in un caso in Stati sovrani supportati da narrazioni della storia, della cultura e dello spirito nazionali, nell'altro in modi di vita sempre più specializzati e funzionalmente organizzati, emergenti da narrazioni sul progresso economico e tecnologico. Inizialmente la sociologia – come il diritto internazionale – ne fece una descrizione in toni cupi – anomia, suicidio, gabbia di ferro. Ma presto sviluppò delle contro-narrazioni rassicuranti: la modernità come complessità, dinamismo, libertà, perfino utopia¹⁰⁶. A suo tempo il Dadaismo diede voce alla percezione del caos in un mondo le cui verità erano state ridotte in pezzi nel 1914. Ma anche la rappresentazione di un'assenza di senso può creare senso. Ben presto nessun turista poteva lasciare Parigi senza una riproduzione di un'opera Dada. La logica del capitalismo ha trasformato la pluralità in una superficie sotto la quale la mano invisibile riproduce le condizioni dell'accumulazione borghese. Lo stesso è accaduto per il diritto internazionale: la catastrofe della Grande guerra creò la narrazione del mondo delle potenze sovrane come una "società anarchica"¹⁰⁷. La scienza politica e la giurisprudenza nel XX secolo possono aver compreso il mondo in termini realisti di "lotta per il potere", ma ciò non ha impedito loro di descriverlo come un "sistema" ben ordinato¹⁰⁸. Si pensi ad esempio alla nostra attuale e intuitiva abitudine di guardare alla Guerra fredda come alla tranquilla normalità di una tradizione.

Questo gioco di narrazioni di unità e frammentazione è perfettamente centrale per l'autocomprensione del diritto occidentale e non di rado viene espresso nella tensione fra "positività" storica e "sistema" razionale. Gli sviluppi nel diritto del XVII secolo furono raccontati come una storia di progresso dalla guerra civile alla nazione unificata così come una discesa dalla comunità cristiana agli Stati sovrani. Il giusnaturalismo del XVIII secolo – Samuel Pufen-

106. Cfr. specialmente H. Liebersohn, *Fate and Utopia in German Sociology, 1870-1923*, MIT Press, Cambridge 1988.

107. Come notoriamente rappresentato nelle analisi della "Scuola inglese" e in H. Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Macmillan, London 1977.

108. Cfr. ad esempio la discussione in J. Donnelly, *Realism and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, pp. 81-130.

dorf in Germania, Adam Smith in Inghilterra – mutò la paura dell'individualismo della Riforma e l'umano amor proprio in una spiegazione scientifica dell'assolutismo illuminato da una parte e del benessere delle nazioni dall'altra, mentre il postulato kantiano della "asocialità asociale" rimase dal 1784 fino al xx secolo l'ultimo rifugio per la fede di un liberale internazionalista¹⁰⁹. E al giorno d'oggi, quando tutte le unificanti strutture profonde sono state oggetto di decostruzione demistificatoria, ciò che resta è la decostruzione demistificatoria come grande mito unificatore.

Frammentazione e unità sono materia di una prospettiva di narrazione¹¹⁰. Ciò che da un lato sembra un'immagine terribilmente caotica di qualcosa, da un altro può sembrare una riflessione sofisticata e finemente sfumata di un'unità più profonda. *E pluribus unum*. Dozzine di miti nazionali raccontano la storia di come la separatezza e l'individualità esprimono la solidarietà e la comunità. Si pensi anche al patriottismo costituzionale europeo dei nostri giorni – lo sforzo di colmare i conflitti sociali fissando la solidarietà in un testo costituzionale. Il costituzionalismo e il pluralismo offrono dei vocabolari che rendono il senso di un mondo nuovo da prospettive alternative e in questo modo stabiliscono l'autorità di tali forme di competenza la cui dimora sono i rispettivi vocabolari.

7. ANALOGIE TEDESCHE

La forza e l'apparente novità del dibattito sull'odierna frammentazione hanno messo in ombra il grado in cui vi si coglie un problema classico del diritto internazionale. "Come è possibile il diritto fra Stati sovrani?" non è una domanda molto diversa dalla questione di come sia possibile il diritto fra molteplici regimi. Nella vita professionale del diritto internazionale pubblico – forse circa 150 anni – sono state date molte risposte a tale questione. Come al solito, comunque, un buon punto d'avvio è il pensiero giuridico tedesco del tardo xix secolo. Scrivendo nel periodo immediatamente successivo all'unificazione tedesca del 1871, il filosofo hegeliano del diritto Adolf Lasson sostenne che il diritto internazionale non potesse porre delle richieste costituzionali agli Stati: si trattava di una vuota astrazione, possibile soltanto come *Koordinationsrecht* da seguire per ragioni di prudenza e strategia, la sua forza essendo nella sua utilità strumentale¹¹¹. Ciò venne più tardi riflettuto nella visione dualista – in realtà pluralista – di Heinrich Triepel circa le relazioni fra diritto nazionale e

109. Kant, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, cit., p. 33.

110. Cfr. inoltre la discussione delle "variazioni dell'ordine mondiale" in Koskeniemi, *From Analogy to Utopia*, cit., pp. 474-512.

111. A. Lasson, *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, Herz, Berlin 1871.

internazionale, che per molti giuristi pratici significavano la supremazia di quello nazionale in quanto regime in cui le loro attività professionali erano collocate¹¹². In tale visione il riferimento a un trattato era possibile solo a condizione che fosse stato incorporato nel diritto nazionale.

L'ottica della coordinazione è senza dubbio ugualmente applicabile alla gestione delle relazioni fra regimi transnazionali¹¹³. In quanto tale, essa implica una visione della pratica giuridica come fedele riproduzione della razionalità di ciascun regime anche nelle sue relazioni esterne. I giuristi che si occupano di commercio o di diritti umani accetteranno la necessità di coordinare le rispettive azioni quando e nella misura in cui ciò possa essere razionalizzato secondo le rispettive logiche commerciali o umanitarie; così il giurista sarà un ingranaggio completamente strumentale alla rispettiva macchina, mentre qualsiasi vincolo proveniente da accordi di coordinazione sarà costantemente rinegoziato alla luce del calcolo presente. Questo è il contenuto di ciò che sopra ho descritto come la mentalità manageriale.

La visione manageriale, tuttavia, presenta le stesse difficoltà del nazionalismo del XIX secolo in Germania e altrove. Proprio mentre Lasson scriveva, il regime della nazione – tedesca – si stava mostrando conflittuale, indeterminato, aperto: protestante o cattolico, Marx o Bismarck? La “nazione” non era una gabbia di ferro ma un mito; l’“interesse nazionale” non era un dato stabile per risolvere i conflitti politici ma una piattaforma per ponderarli¹¹⁴. Ciò era vero tanto dell'impero germanico di fine XIX secolo quanto lo è dei regimi commerciale, umanitario, ambientale, comunitario. Il nazionalismo fu sempre dipendente da principi universalisti – interpretati in modi diversi dai vari partiti e gruppi nazionali. In modo simile i regimi commerciali, ad esempio, sono anch'essi conflittuali, aperti a diversi esiti contingenti rispetto ad altri regimi – ad esempio il benessere sociale e i regimi ambientali, regimi di scelte pubbliche e quelli di particolari mercati. Un regime è indeterminato come una nazione: i suoi principi fondanti sono contraddittori e aperti a interpretazioni confliggenti, i suoi confini sono costantemente attraversati da ragioni aggiuntive.

La visione del diritto internazionale come di un diritto di coordinazione era tramontata ben prima che Wolfgang Friedmann la dichiarasse morta negli anni Sessanta¹¹⁵. Le sovranità erano attraversate da innumerevoli ragioni funzionali, morali, giuridiche e di altro tipo, al punto che non era più possibile distinguere l'elemento nazionale da quello cosmopolita: Finlandia – una terra

112. H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Leipzig 1899.

113. Questo è il suggerimento di Fischer-Lescano, Teubner, *Regime-Kollisionen*, cit.

114. Una delle ragioni per il venir meno del “realismo classico” nelle relazioni internazionali è stata l'esperienza che il focus sugli “interessi” degli attori collassa rispetto all'esperienza dell'instabilità e dell'indeterminatezza di particolari descrizioni di interessi.

115. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London 1964.

di telefoni cellulari. Il mio proprio nazionalismo è un costrutto di poesia scritta in svedese, di musica tedesca, di paesaggi russi e di tecnologia americana, il tutto trasmesso attraverso un'industria culturale cosmopolita. Ciascuno può dire lo stesso a proposito del proprio nazionalismo e del proprio senso dell'“interesse nazionale” – non si tratta di entità naturali, ma soggette a costante (de)costruzione politica¹¹⁶.

La scomparsa del nazionalismo viene in mente quando si sente dire che i molteplici regimi giuridici dovrebbero essere amministrati da un sistema di coordinazione di regimi. La storia insegna che ciò avrebbe una conseguenza sorprendente: costringere alla gerarchizzazione interna dei regimi. L'assolutismo del XVIII secolo si resse sulle spalle di una visione coordinante della sfera internazionale. Per dare alla nazione una politica fondata su un unico interesse era necessario un singolo luogo da cui fosse disposta¹¹⁷. Quindi il punto è che non solo la nazione è un campo inesauribilmente aperto di contestazione politica, ma anche vi è ragione di *auspicare* che sia tale al fine di tenere sotto controllo la tendenza all'autoritarismo. Lo stesso vale per i regimi funzionali: inaugurare una pratica – specialmente rivolta al di fuori del regime – che si pensi come una conseguenza automatica della razionalità del regime è equivalente ad avviare una pulizia etnica. Queste sono state la tragedia del nazionalismo e la sua principale lezione per la riflessione sui molteplici regimi.

La concezione del diritto futuro come un sistema di coordinazione di regimi li costringe a un ruolo di palle da biliardo poste l'una contro l'altra in un'immagine hobbesiana di “gladiatori” costantemente pronti a occupare qualsiasi spazio lasciato vuoto dagli altri. Ma i regimi, come gli Stati, non sono palle da biliardo: ciascun regime è sempre già connesso con tutto ciò che lo circonda. Lo sappiamo dalla pratica. Il diritto ambientale può essere meglio supportato da meccanismi di mercato introducendo il permesso di inquinare. Affinché il mercato mantenga le proprie promesse, di nuovo, è necessaria una grande quantità di regolazione, non solo sulle condizioni di scambio o sui termini di proprietà. Un mercato senza disposizioni sulle condizioni sociali o ambientali fallirà. I diritti umani possono essere meglio promossi guardando oltre agli stretti criteri umanitari e insistendo, ad esempio, sull'ingresso rapido della Turchia nell'Unione europea. Come è stato fatto recentemente dall'Alta Corte inglese, i regimi di sicurezza possono essere ri-descritti come regimi di

116. Per due classici, cfr. E. Hobsbawm, E. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge 1992; B. Anderson, *Imagined Communities*, Verso, London 1983.

117. A porre la questione di un *ius publicum europaeum* e della sua possibilità di coordinare efficacemente le azioni delle sovranità europee viste come manager moralmente neutre dotate di controllo pieno fu C. Schmitt, *Der Nomos der Erde. Im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker & Humblot, Berlin 1950³, pp. 111-86 in particolare.

protezione di diritti e viceversa. Il premio della vittoria nella ridefinizione è la giurisdizione in merito. Questo, esteso a un mondo di regimi plurali, mette in rilievo la loro contingenza, la loro dipendenza da altri regimi e la politica sottesa alla definizione del regime.

8. CONTESTARE LA GOVERNANCE

Quando Lauterpacht e la sua generazione elaborarono la loro politica del diritto all'indomani della Prima guerra mondiale erano alla ricerca di un diritto internazionale tecnicamente sofisticato, allo stesso livello di quello nazionale e dal quale si potesse attaccare la ragione totalitaria della statualità. Ai loro occhi la sovranità era diventata il problema e speravano di superarlo collocandosi sul piano internazionale, immaginato come una rete tecnicamente complessa di regole e istituzioni capaci di legare a terra gli Stati come Gulliver – liberando così gli individui dalla prigionia dei nazionalismi egemoni nel periodo fra le guerre mondiali.

Però al giorno d'oggi ciò che è “internazionale” non è più un significativo spazio di politiche progressive. Che cosa diventerà? Lo spazio del libero mercato o dei diritti umani? Della sicurezza, della scienza o dei mass media? Quello dell'Unione Europea o di Nokia? Di Amnesty o di Al-Qaeda? Le trasformazioni che hanno seguito il 1989 hanno promosso ben poco il progetto kantiano di una comunità cosmopolita. Al contrario sembra di essere tornati nell'antico stato di natura di Hobbes e Pufendorf contro il quale Kant concepì in primo luogo il diritto universale. I moderni giusnaturalisti svilupparono un vocabolario che fece del diritto una tecnica per governare gli esseri umani facendo leva sulle loro paure e sui loro desideri. Si trattava, come è ovvio, di teorici dell'assolutismo: il luogo che essi ritenevano appropriato per tale governo era lo stato territoriale. Ora tale spazio è stato occupato da regimi de-territorializzati, ma è rimasto il vocabolario dell'assolutismo, l'assolutismo della verità delle singole discipline, dichiarata da istituzioni tecniche con pretese di razionalità universale, un assolutismo della ragione speculativa come *Schwärmerei* i cui limiti erano stati tracciati da Kant nella *Critica della ragion pura* del 1781.

Che cosa fare allora? Un'alternativa è immediatamente da scartare: la conservazione della statualità. Anche se la strada per il ritorno degli Stati sovrani fosse aperta non condurrebbe da nessuna parte dato che lo Stato stesso è stato funzionalmente frammentato. Si provi a scoprire la posizione nazionale su una questione e si sentiranno risposte diverse a seconda di chi è interrogato: la posizione del ministero delle Finanze dichiarata a Washington non è identica a quella del ministero dell'Ambiente dichiarata a Ginevra. La posizione ufficiale non può essere distinta dalla posizione dei rappresentanti nazionali in qualche regime “internazionale” (di verità) o qualche altro. Siamo legati a ciò che è “internazionale”, ma senza garanzie che ciò abbia degli effetti benefici. Per

iniziare a re-immaginare il diritto internazionale è necessario vedere prima di tutto in che senso l'internazionalismo di Lauterpacht e della sua generazione non è più plausibile.

Il vecchio progetto di diritto internazionale ambiva a sostituire la sovranità con un sistema internazionale di diritti assunti come autentici, pre-politici e confinanti gli uni con gli altri. Non era necessaria alcuna lotta. I diritti si sarebbero realizzati non appena fosse stato tolto alla "libertà" l'ostacolo della sovranità. Ma questo non è avvenuto. La sfera internazionale è stata occupata al contrario da un enorme numero di indirizzi politici con una plethora di istituzioni dove ogni preteso beneficio si presenta come un "diritto" di questo o quel gruppo¹¹⁸. Devono comunque essere fatte delle scelte e date delle priorità, ma in assenza di istituzioni politiche le scelte sono in capo agli esperti e ai consulenti, agli economisti, ai tecnici, agli scienziati e ai giuristi, che fanno tutti ricorso ai vocabolari tecnici della sistemazione *ad hoc*, della coordinazione e dell'effetto ottimale. L'utilitarismo è la costituzione politica di un mondo de-politicizzato. Ma se i sistemi funzionali sono tanto indeterminati quanto il diritto, la religione o il nazionalismo, la questione non è tanto quale regime ci debba governare, ma quale concezione di esso debba essere autoritativa o più concretamente quali esperti debbano avere il potere di decidere.

Il grande risultato di Lauterpacht e della sua generazione fu quello di creare lo spazio per un diritto progressivo al di fuori del vocabolario della nazionalità. Tale risultato fu ottenuto a un prezzo: pensare al diritto internazionale in termini apolitici e tecnici aprì la strada alla regolazione esperta e alla mentalità manageriale non in competizione con la politica come in ambito nazionale, ma come suo *sostituto*. Quello che oggi vediamo è un ambito internazionale in cui il diritto è ovunque – il diritto di questo o quel regime – ma non c'è nessuna politica; non ci sono partiti con progetti per il governo, non c'è divisione di poteri e nessuna aspirazione di autogoverno a parte l'aspirazione della statualità – le aspirazioni sono identificate precisamente con ciò da cui dovremmo fuggire. La mentalità manageriale era il lato oscuro del progetto, concepito fra le guerre, di immaginare un diritto internazionale in termini tecnici.

Pertanto non è a mio avviso una sorpresa il fatto che gli esperti delle relazioni internazionali – particolarmente forti nelle università americane – abbiano suggerito di sostituire gli antichi costumi del diritto internazionale con un linguaggio ispirato alla scienza politica e fatto di *governance*, regolazione, conformità e legittimità¹¹⁹. Il diritto internazionale come un gioco strategico

118. Per il modo in cui ogni regime giuridico può essere narrato come un regime di diritti ("costruzione del campo"), cfr. Koskeniemi, *The Effect of Rights on Political Culture*, cit.

119. Cfr. ad esempio Goldstein *et al.*, *Legalization and World Politics*, cit., nonché, come esempio più recente, J. Goldsmith, E. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2005.

per realizzare il proprio interesse – cioè, l'interesse di coloro che sono rappresentati nelle sue istituzioni e i loro consulenti accademici. Ma più si pensa in questo modo al diritto internazionale, più inizia ad apparire stupido. I processi causali nel mondo sono troppo complessi, le semplificazioni strategiche troppo crude. L'“interesse” funzionale non è un solido dato di *policy* ma un oggetto di contesa. Quando i vocabolari tecnici abbracciano il mondo iniziano ad apparire come religioni e non si distinguono da regole clericali.

C'è motivo di ripensare oggi il diritto internazionale, ma anziché mutarne il vocabolario in una *governance* coordinante malgrado la scienza politica empirica – un articolo recente ha descritto gli internazionalisti come «architetti della *governance* globale»¹²⁰ – esso deve essere riconsiderato come un progetto politico. Ciò ha due aspetti. L'uno è lo sviluppo di una sensibilità professionale che si senta a casa in tutti i regimi e che da nessuno sia imprigionata. Questo è quanto l'essere cosmopoliti può essere oggi: l'abilità di interrompere e connettere, prendere parte alla definizione politica di un regime narrando nuovamente i regimi e dando voce a quelli non rappresentati nelle istituzioni del regime. Politicizzare la *governance* significa ripensare l'attività delle istituzioni esperte non come produzione tecnica di decisioni predeterminate da qualche logica anonima, ma come scelte a opera di uomini e donne adeguatamente collocati in vari luoghi dove si esercita il potere: non solo nella diplomazia o nelle organizzazioni intergovernative ma anche in società transnazionali, gruppi di interesse, banche, eserciti, agenzie di sviluppo, università e via di seguito¹²¹. Invece di condurre il diritto a influenzare la politica, come auspicavano Lauterpacht e la sua generazione, è tempo di ridescrivere la *governance* manageriale come un'attività politica con un orientamento particolare.

Ma c'è un altro aspetto di questo ripensare il diritto internazionale: esso appare sempre più come ciò che resiste al tentativo di riduzione a una tecnica di *governance*. Quando gli internazionalisti sono intervistati a proposito della guerra in Iraq o della tortura o di commercio e ambiente o di povertà e malattie in Africa – come sempre più spesso accade – non ci si aspetta che si impegnino in analisi tecniche e dividano il capello in quattro: sono chiamati al contrario a placare delle anime ansiose, a dare voce alla frustrazione e allo sdegno. Il *pathos* morale e la religione falliscono spesso come vocabolari dell'impegno, capaci di fornire dei “vuoti contenitori” per esprimere oneri e solidarietà¹²². La politica estera può connotare una regola di parte. Questo è il

120. K. Abbott, *Toward a Richer Institutionalism for International Law and Policy*, in “Journal of International Law and International Relations”, n. 1, 2005, pp. 9-34.

121. Il progetto di espandere la nozione di *rulership* è al centro dei recenti scritti di David Kennedy; cfr. specialmente Id., *The Dark Side of Virtue*, cit.

122. Sul bisogno di “vuoti contenitori” – ossia, vocabolari di contestazione politica – cfr. E. Laclau, *Emancipation(s)*, Verso, London 1996, specialmente pp. 36-46 e *passim*.

motivo per cui il diritto internazionale può spesso sembrare l'unico piano su cui la *governance* manageriale può essere sfidata, il solo vocabolario con un orizzonte di trascendenza – anche se, o forse proprio perché, tale orizzonte non è facilmente tradotto in un altro progetto istituzionale¹²³. Penso spesso al diritto internazionale come a un tipo di fede terrena. Quando forti Stati si lanciano in guerre imperiali, la globalizzazione disloca le comunità o le imprese transnazionali causano danni all'ambiente, e quando i governi nazionali si dimostrano corrotti o inefficaci, si ode spesso un appello al diritto internazionale¹²⁴: esso vi appare non tanto come questa regola o quella istituzione, ma come un simbolo per il vocabolario della giustizia e del bene, della solidarietà e della fede.

Non penso che il diritto internazionale sia sovente invocato per la sofisticatezza delle sue regole o istituzioni: esse sono tanto esposte alla critica quanto ogni altra regola o istituzione. Il fatto che siano “internazionali” non prova che abbiano valore morale. Ma la tradizione del diritto internazionale ha spesso agito come il veicolo di quanto si può meglio intendere come l'idea regolativa di una comunità universale, indipendente da interessi e desideri particolari. Questo è il progetto cosmopolitico di Kant rettamente inteso: non uno stadio finale o un programma di partito, ma un progetto di razionalità critica che misuri le condizioni odierne nella prospettiva di un ideale di universalità che non può essere riformulato in una istituzione, in una tecnica di potere, senza che tale ideale venga distrutto. Il destino del diritto internazionale non sta nel riutilizzare un numero limitato di professionisti per compiti di maggiore efficienza economica, ma nel ristabilire la speranza per la specie umana.

123. Suppongo che questo incoraggi anche gli appelli al diritto internazionale da parte di filosofi come Habermas e Derrida. Cfr. G. Borradori (ed.), *Philosophy and Terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, University of Chicago Press, Chicago 2003, pp. 27, 38-40, 114-20.

124. Il ruolo costituzionale del diritto internazionale nonostante il suo dare voce ai processi di “scandalo” (“collera pubblica internazionale”) è discusso utilmente in A. Fischer-Lescano, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Velbrück, Göttingen 2005, pp. 67-99.