

Lo Stato nel diritto internazionale tra effettività e legalità/legittimità

1. POSIZIONE DEL PROBLEMA E PIANO DELL'INDAGINE: LA PRESUNTA CRISI DELL'EFFETTIVITÀ E LA NECESSITÀ DI UN SUO SUPERAMENTO IN FAVORE DI CRITERI DI LEGALITÀ/LEGITTIMITÀ

Uno dei filoni più interessanti nell'attuale dibattito internazionalistico ha per oggetto la messa in discussione dell'effettività come autonomo o principale criterio regolatore tanto della statualità quanto della rappresentatività internazionale dei governi. Contro, infatti, l'insegnamento tradizionale – secondo il quale il controllo effettivo sarebbe il criterio “principe” attorno al quale andrebbe ricostruita l'intera teoria dello Stato nel diritto internazionale – oggi un numero crescente di autori è pronto a sostenere che l'effettività avrebbe oramai perso la sua centralità, trovandosi affiancata o rimpiazzata da criteri di legalità e/o legittimità che giocherebbero un ruolo almeno altrettanto decisivo nello stabilire se uno Stato possa ritenersi formato o estinto, se vi sia un diritto a costituirlo almeno in situazioni di grave persecuzione a danno di un gruppo d'identità infrastatale (cosiddetta secessione-rimedio) o se un governo sia o meno legittimato a rappresentare uno Stato sul piano internazionale.

Si tratta di tesi che hanno recentemente travalicato il mero ambito del dibattito scientifico, e sono state discusse nell'ambito della procedura consultiva riguardante la conformità al diritto internazionale della dichiarazione d'indipendenza del Kosovo, procedura conclusasi con il parere reso dalla Corte internazionale di giustizia il 22 luglio 2010¹. In quell'occasione, ad esempio, la Serbia ha affermato che nel diritto internazionale attuale l'effettività non sarebbe più sufficiente a giustificare la formazione di nuovi Stati nel caso di illegittimità del loro processo formativo². In omaggio al principio *ex iniuria ius non oritur*

1. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, in <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>.

2. Cfr., ad esempio, *Written Statement*, pp. 333 ss., cit. a p. 356: «Not only does international law not remain “neutral” in the case of secession, it governs the issue and imposes as a condition for the existence of a new State the legality of its creation. In this regard, the maxim *ex iniuria ius non oritur* is plainly applicable», in <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15642.pdf>.

non oritur, la legalità andrebbe quindi considerata come criterio della statualità, al pari di un’effettività probabilmente ancora necessaria, ma certo non più sufficiente³. Si tratta di un’impostazione che, tuttavia, non pare essere stata fatta propria dalla Corte⁴. Lo stesso si dica della tesi, pur avanzata da alcuni Stati nell’ambito della medesima procedura consultiva⁵, dell’esistenza di un diritto alla secessione-rimedio, invocabile come *extrema ratio* in situazioni di grave, continuata e non altrimenti rimediabile violazione del diritto all’autodeterminazione interna di gruppi d’identità infrastatuale.

Considerazioni d’ispirazione non dissimile sono state prospettate altresì in occasione di recenti vicende, riguardanti la Costa d’Avorio ma anche la Libia, caratterizzate dalla necessità di scegliere quale tra due governi contemporaneamente in funzione fosse il legittimo rappresentante di uno Stato. A tal riguardo, si è sostenuto che «the effectivité of the government is increasingly being outweighed by other parameters – like electoral legitimacy – as the primary criterion to determine the authority entitled to speak and act on behalf of a State»⁶.

A indurre, oggi, a una messa in discussione delle verità del passato sono diversi fattori.

Da un lato, la spinta della globalizzazione, fenomeno che avrebbe trasversalmente indebolito l’effettività degli Stati, intesi come apparati cui è rimessa la garanzia di servizi primari quali la sicurezza e la libertà dei propri cittadini⁷. Un numero crescente di fenomeni – soprattutto aventi natura economico-finanziaria – sfugge oramai al loro controllo e non può che essere sottoposto a meccanismi di governance globale, che spesso si traducono nella creazione, e poi nel progressivo rafforzamento, di regimi trasnazionali o sovranazionali

3. Per una delle prime affermazioni in dottrina di questa soluzione, cfr. M. Chemillier-Gendreau, *A propos de l’effectivité en droit international*, in “Revue Belge de Droit International”, 1, 1975, pp. 38-46, spec. p. 41. Con particolare riferimento alla statualità, cfr. C. Hillgruber, *Die Aufnahme neuer Staaten in die Volkerrichtsgemeinschaft*, Lang, Frankfurt am Main 1998, p. 398.

4. Al riguardo, si consenta il rinvio ad A. Tancredi, *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione d’indipendenza del Kosovo*, in “Rivista di Diritto Internazionale”, 93, 4, 2010, pp. 994-1052.

5. Cfr. ad esempio i *Written Statements* di Svizzera, pp. 14 ss.; Albania, pp. 40 ss.; Germania, pp. 32 ss.; Finlandia, pp. 3 ss.; Olanda, pp. 7 ss.; Polonia, pp. 24 ss.; Estonia, pp. 4 ss.; Irlanda, pp. 8 ss. e degli autori della dichiarazione d’indipendenza (che peraltro vi dedicano solo pp. 157-8). *Contra*, il *Written Statement* di Serbia, pp. 214 ss.; Cina, pp. 3 ss.; Argentina, p. 34; Cipro, pp. 36 ss.; Romania, p. 40; Azerbaijan, pp. 4 ss.; l’intervento orale della Spagna, *CR* 2009/30, dell’8 dicembre 2009, p. 19. Tutte le memorie e gli interventi citati sono disponibili all’indirizzo <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=1>.

6. J. d’Aspremont, *Duality of Government in Côte d’Ivoire*, in <http://www.ejiltalk.org/duality-of-government-in-cote-divoire>.

7. O. Schachter, *The Decline of the National State and Its Implications for International Law*, in “Columbia Journal of Transnational Law”, 36, 1998, pp. 7-23; S. Leibfried, M. Zürn (eds.), *Transformations of the State?*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.

ovvero di circuiti di legalità “oltre” o “senza” lo Stato (basti pensare agli standard tecnici fissati dall’ISO o alla normativa dei domini Internet rimessa all’ICANN, regimi rispettivamente di natura “privatistica” e ibrida – pubblico/privata – afferenti al cosiddetto *global administrative law*)⁸. Circuiti in cui il ruolo dei *non-state actors* e dei privati è sempre più incisivo.

D’altro canto milita l’esigenza (avvertita soprattutto nel mondo occidentale) di una progressiva trasformazione di standard di legittimità in parametri di legalità internazionale. Tale esigenza è emersa con prepotenza all’epoca dell’intervento “umanitario” svolto della NATO in Kosovo nella primavera del 1999, secondo molti autori (e per ragioni diverse) al di fuori della legalità internazionale⁹, ma in risposta a imperativi morali e umanitari diffusamente avvertiti¹⁰. Si tratta di una tendenza chiaramente collocabile nel periodo successivo al 1989, periodo non a caso caratterizzato dall’attenuamento del pluralismo ideologico che aveva invece marcato il quasi mezzo secolo della guerra fredda e, di conseguenza, da un più risoluto aggregarsi della comunità internazionale intorno a valori e interessi comuni (democrazia, tutela dei diritti dell’uomo, *rule of law*), sempre più spesso oggetto di forme di garanzia collettiva.

A ciò può ancora aggiungersi la fortuna riscossa tra gli studiosi delle relazioni internazionali¹¹, e anche presso gli organi dell’ONU¹² e dell’Unione Europea¹³, dalla teoria cosiddetta della *democratic peace*, in base alla quale gli Stati democratici non scatenerebbero guerre tra di loro, sicché la qualità delle relazioni internazionali dipenderebbe dalla qualità dei governi.

In senso favorevole a un’evoluzione dell’ordinamento internazionale verso il progressivo accoglimento d’istanze di legittimità, spingono infine le ragioni

8. B. Kingsbury, N. Krisch, R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in “Law and Contemporary Problems”, 68, 3-4, 2005, pp. 15 ss.

9. Cfr. P. Picone, *La “guerra del Kosovo” e il diritto internazionale generale*, in “Rivista di Diritto Internazionale”, 83, 2, 2000, pp. 309-60.

10. Cfr. A. Cassese, *Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forceable Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in “European Journal of International Law”, 10, 1, 1999, pp. 23 ss.

11. Cfr. G. H. Fox, *Democracy, Right to, International Protection*, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2011.

12. Nel documento *An Agenda for Democratization*, United Nations, New York 1996, p. 7, ad esempio, l’allora segretario generale dell’ONU Boutros-Ghali sostenne che: «The legitimacy conferred upon democratically elected Governments commands the respect of the peoples of other democratic States and fosters expectations of negotiation, compromise and the rule of law in international relations. When States sharing a culture of democracy are involved in a dispute, the transparency of their regimes may help to prevent accidents, avoid reactions based on emotion or fear and reduce the likelihood of surprise attacks».

13. «The best protection for our security is a world of well-governed democratic States», così il documento del Consiglio dell’Unione Europea, *A Secure Europe in a Better World: European Security Strategy*, Brussels, 12 December 2003, p. 10, in <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf>.

del dialogo con gli altri ordinamenti giuridici presenti nello spazio globale. La sentenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee nel caso *Kadi*¹⁴, ad esempio, ha fornito l'esempio di cosa possa accadere qualora l'ordinamento internazionale pretenda di esportare le proprie scelte normative nel seno di un diverso ordinamento giuridico (nel caso di specie quello dell'Unione Europea), senza garantire che tali scelte rispettino un livello di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo almeno equivalente rispetto a quello dell'ordinamento di accoglienza.

Rispetto all'esigenza di improntare le regole positive del diritto internazionale a più elevati standard di legittimità, il mero ricorso all'effettività non può che essere vissuto oggi come una soluzione intellettualmente insoddisfacente. L'effettività, insomma, è diffusamente avvertita come sinonimo di legge del più forte, di un potere assoluto sottratto alla civilizzazione del diritto ecc. Per tale ragione oggi l'internazionalista "alla moda" veste l'abito della legalità/legittimità, combattendo ovunque possibile, almeno sul piano della proposta normativa, la battaglia per il superamento dell'effettività.

Il contributo è (inegualmente) diviso in due parti, dedicate a temi nel cui ambito è più facile saggiare la tensione tra effettività, da un lato, e legalità/legittimità dall'altro (ovviamente non sono gli unici)¹⁵: la statualità internazionale e il problema della rappresentatività dei governi. La tesi che si sosterrà è che l'ordinamento internazionale, pur valorizzando in maniera crescente esigenze di legalità e legittimità, non riesce ancora a fare a meno dell'effettività. La ragione – ci pare – stia nel fatto che l'effettività stessa, lungi dall'essere semplicemente sinonimo di pura forza, riposa su una propria base di legittimità spesso ignorata e non facilmente sostituibile. Qualora questa base di legittimità venga meno, resiste il nesso tra effettività e necessità di funzionamento dell'ordinamento internazionale.

2. L'INCIDENZA DI CRITERI DI LEGALITÀ INTERNAZIONALE SULLA FORMAZIONE DEGLI STATI

2.1. Di cosa parliamo quando parliamo di effettività?

Bisogna intendersi circa la natura dell'effettività, ancor più che sul suo significato, diffusamente identificato nel costituirsi in una data comunità territoriale

14. Sentenza del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05, *Kadi and Al Barakaat International Foundation vs Council and Commission*, in "European Court Reports", 2008, pp. 1-6351.

15. Il ruolo dei rapporti tra effettività, legalità e legittimità è, ad esempio, esaminato con riferimento al tema più complessivo delle situazioni territoriali illegittime da E. Milano, *Unlawful Territorial Situations in International Law Reconciling Effectiveness, Legality and Legitimacy*, Nijhoff, Leiden 2006.

di un apparato di governo e di un ordinamento giuridico stabilmente e generalmente ubbiditi.

La critica dell'effettività come criterio essenziale della statualità discende, infatti, dall'idea che la statualità sia uno *status* conferito dall'ordinamento internazionale e non un fatto pregiuridico presupposto dall'ordinamento. Lo Stato quindi sarebbe da intendersi come persona giuridica e non reale. Se questo fosse vero, nel momento in cui erige alcuni enti a Stati-soggetti del diritto internazionale, l'ordinamento potrebbe liberamente contemplare situazioni nelle quali non si contenta più dell'effettività ma decide che la stessa debba contemperarsi o cedere alla necessità di prestare tutela a principi impremativi di legalità violati nel processo formativo di quell'ente (come il principio d'autodeterminazione dei popoli o il divieto d'uso della forza nelle relazioni internazionali). In questi casi, all'esistenza di un apparato di governo ubbidito dalla popolazione che vive su un dato territorio non conseguirebbe più automaticamente la statualità internazionale.

Chi ragiona in questi termini tende a considerare l'effettività come un principio di diritto internazionale positivo, in virtù del quale l'ordinamento giuridico qualifica (o si rifiuta di qualificare) una situazione di fatto e la fa divenire produttiva (o negativa) di conseguenze giuridiche. Tale impostazione è, più o meno avvertitamente, tributaria dell'idea di matrice kelseniana dell'indeducibilità del diritto dal fatto¹⁶. Seconda questa impostazione, il diritto sorge non con il fatto, ma con la sua qualificazione giuridica da parte di una norma dell'ordinamento, individuata nella regola positiva dell'effettività «en droit international, créatrice de droit au cas de formation d'un Etat nouveau»¹⁷.

Appena si abbandoni il postulato d'indeducibilità del diritto dal fatto (come ha fatto in massa la dottrina italiana, intorno all'inizio degli anni Cinquanta)¹⁸ e si ritenga che il fatto storico della costituzione di uno Stato sia già autonomamente idoneo a produrre conseguenze giuridiche, senza dover essere qualificato né riconosciuto, l'effettività finisce con il perdere il suo carat-

16. Espressa con le parole di A. Verdross, *Entstehung von Nestaaten*, in K. Strupp (hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, vol. I, W. de Gruyter, Leipzig-Berlino 1924, p. 285: «der sog. *de facto* Staat kein blosses Faktum, sondern ein Tatbestand des Völkerrechts ist, an den bestimmte Rechtswirkungen geknüpft werden. Auch der *de facto* Staat ist daher, wie jede Rechtserscheinung de jure».

17. H. Kelsen, *La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalité. Les principes, leur application au cas de la Tchécoslovaquie*, in «Revue de Droit International», 1929, pp. 613 ss., spec. p. 621, e analogamente Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano 1954, p. 123.

18. Per limitarci ad alcuni essenziali riferimenti, cfr. R. Quadri, *Stato (diritto internazionale)*, in *Nuovo Digesto italiano*, vol. XII, UTET, Torino 1940, pp. 809 ss.; G. Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano 1951; M. Giuliano, *La comunità internazionale e il diritto*, CEDAM, Padova 1950, pp. 221 ss.; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, CEDAM, Padova 1963, p. 126.

tere di principio giuridico, per divenire un criterio storico-materiale con il quale si fa appunto riferimento al *fatto* “primario”¹⁹ (perché pregiuridico) del costituirsi in una data comunità territoriale di un apparato di governo ubbidito, requisito di per sé necessario e sufficiente per l’esistenza dello Stato nel senso del diritto internazionale. Si evita così la tautologia in cui incorre la tesi kelseniana che non distingue tra fattispecie oggetto di disciplina (l’effettività) e norma (sempre l’effettività), finendo con il ridurre la norma «a una mera riproduzione della realtà storica»²⁰. Secondo questo secondo indirizzo, lo Stato non potrebbe essere una persona giuridica, creata dall’ordinamento, poiché l’ordinamento internazionale non è in grado di regolare, imporre o negare l’ubbidienza dei governati verso i governanti²¹. Esso, piuttosto, dovrebbe essere considerato un *prius* rispetto al diritto²², un dato presupposto dalle norme internazionali che si rivolgeranno *automaticamente* al nuovo nato rendendolo destinatario (già contemplato nel precetto) di situazioni giuridiche regolate da quell’ordinamento.

Che il potere statuale non richieda di essere autorizzato da una norma superiore o fondamentale, ma sia già sufficientemente legittimo – e quindi “giusto”²³ – in ragione della sua effettività è quanto osserva anche Bobbio, secondo cui «il potere ultimo è e non può non essere un potere di fatto», sicché «che bisogno c’è di una norma che lo autorizzi?». Esso sarà invece legittimo «per il solo fatto di esistere»²⁴.

Dottrina a parte, l’orientamento che poggia sull’effettività è da sempre ben radicato nella prassi internazionale. Per limitarci a un solo esempio per secolo²⁵, si può partire dalla celebre risposta francese alle proteste sollevate dalla Gran Bretagna per il riconoscimento prestato da Parigi alle colonie del Nordamerica, il 6 febbraio 1778²⁶, per continuare con la risposta internazionale all’in-

19. Secondo la nota espressione di G. Abi-Saab, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, 1987-vii, vol. 207, p. 68.

20. Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti dell’ordinamento internazionale*, cit., p. 212.

21. Id., *International Law and Interindividual Law*, in J. E. Nijman, A. S. Nollkaemper (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, pp. 15 ss., spec. p. 25.

22. A. Anzilotti, *La formazione del Regno d’Italia nei riguardi del diritto internazionale*, in “Rivista di Diritto Internazionale”, iv, 1912, pp. 1 ss., spec. p. 30.

23. Ivi, p. 84.

24. N. Bobbio, *Sul principio di legittimità*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970, pp. 79 ss., spec. p. 89.

25. Per una più ampia rassegna di prassi, sia consentito rinviare a A. Tancredi, *La secessione nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova 2001, pp. 46 ss.

26. Per giustificare l’atto di riconoscimento, la Francia affermò essere sufficiente che «les colonies [...] aient établi leur indépendance, non seulement par un acte solennel, mais aussi par le fait, et qu’elle l’ait maintenue contre les efforts de leur mère patrie», riprodotto in K. De Martens, *Nouvelles causes célèbres du droit des gens*, Brockhaus, Paris 1843, vol. 1, pp. 482-4.

dipendenza delle colonie spagnole del Sudamerica²⁷ e alla nascita del Regno d’Italia²⁸, e concludere con l’opinione n. 1 della Commissione arbitrale per l’ex Jugoslavia del 29 novembre 1991, a tenore della quale «the existence or disappearance of the State is a question of fact»²⁹.

2.2. La critica dell’effettività come criterio necessario e/o sufficiente della statualità: il fondamento teorico delle tesi “antirealiste”

Se si dovesse sintetizzare in un’opera e in un autore l’inizio della controffensiva alle tesi realiste particolarmente in voga nella dottrina italiana (ma anche in quella di lingua francese³⁰ e tedesca³¹) verso la metà del secolo scorso, sarebbe gioco-forza fare riferimento a Hersch Lauterpacht e alla monografia *Recognition in International Law* da lui pubblicata nel 1947. Secondo questo autore, in termini molto generali, «facts, however undisputed, which are the result of conduct violative of international law cannot claim the same right to be incorporated automatically as part of the law of nations»³². Al contrario, anche nell’ordinamento internazionale, all’illegittimità di atti o situazioni conseguirebbe la loro invalidità o mancanza di effetti giuridici. Per quanto riguarda la statualità, ogni processo fattuale dovrebbe soddisfare un test di legalità per essere considerato realmente produttivo di un nuovo Stato nel senso del diritto internazionale, giacché «the full international personality of rising communities cannot be automatic»³³.

Il filone di pensiero così inaugurato si sviluppò successivamente nella dottrina britannica in concomitanza con la politica di non riconoscimento adottata dalla metà degli anni Sessanta nei confronti della Rhodesia del Sud – territorio non autonomo sottoposto all’amministrazione britannica, ma dichiaratosi indipendente sotto la guida di un’amministrazione razzista che impose alla maggioranza della popolazione un regime di apartheid lesivo dell’autodeterminazione dei popoli – e poi dei *Bantustans* sudafricani. Il punto

27. In occasione della quale il principio che orientò le reazioni della più gran parte dei paesi fu appunto quello d’effettività, cfr. J. M. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2006², p. 379.

28. In particolare l’atteggiamento mantenuto dalla Gran Bretagna in occasione del riconoscimento del Regno d’Italia fu tutto improntato al principio d’effettività, cfr. P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano 1953, p. 21.

29. In “International Legal Materials”, 1992, pp. 1494 ss.

30. M. Mouskhély, *La naissance des Etats en droit international public*, in “Revue Générale de Droit International Public”, 1962, pp. 469 ss.; C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, Paris 1970, pp. 184 ss.; M. Virally, *Panorama du droit international contemporain – Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, 1983-v, vol. 183, pp. 50 ss.

31. Sulla scia di G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin 1922³, p. 332.

32. H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1947, p. 409.

33. Ivi, p. 73.

comune a questa dottrina è che l'autodeterminazione o altri principi cogenti di diritto internazionale (come il rispetto per il divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali) dovrebbero essere appunto considerati condizioni della statualità addizionali rispetto all'effettività³⁴. La violazione di regole cogenti di diritto internazionale generale diverrebbe, allora, causa di nullità non solo degli atti giuridici, ma anche dei fatti giuridici.

Nella reazione antirealista confluirono diverse componenti. Innanzitutto l'ispirazione kelseniana (Lauterpacht, ad es., frequentò la facoltà giuridica viennese proprio negli anni in cui vi insegnò Kelsen). È evidente come l'idea del test di legalità poggi sull'assioma per cui il fatto non può produrre di per sé effetti giuridici: a tal fine – come s'è detto – esso dovrebbe necessariamente passare attraverso una qualificazione operata da norme giuridiche. Nell'operarla, l'ordinamento può affiancare o sostituire al test dell'effettività quello della legalità, allo scopo di dare protezione ai suoi valori essenziali. Ma non è tutto. Nella visione normativa di Lauterpacht, più dell'influenza kelseniana, v'è infatti traccia della *domestic analogy*, l'ottica attraverso cui gli internazionalisti da sempre reagiscono a un certo qual complesso nei confronti degli studiosi di diritto interno, prodotto dall'assenza, nell'ordinamento che studiano, di meccanismi di attuazione e garanzia delle norme aventi efficacia comparabile ai meccanismi previsti dagli ordinamenti nazionali. In fondo il ragionamento di Lauterpacht prende le mosse dalla constatazione che *nessun ordinamento giuridico* può ammettere che «an unlawful act, or its immediate consequences, may become *suo vigore* a source of legal right for the wrongdoer»³⁵. Ragione per cui: «International law does not and *cannot* form an exception to that imperative alternative»³⁶. Il diritto internazionale, quindi, non potrebbe sottrarsi all'applicazione del principio *ex iniuria ius non oritur*, principio generale riconosciuto dalle nazioni civili e rientrante nel novero delle «fundamental maxims of jurisprudence»³⁷.

A sostegno di tale visione, nella dottrina più recente milita – come s'è detto – un senso di profonda insoddisfazione verso l'approccio fattuale, il quale

34. Così J. E. S. Fawcett, *Security Council Resolutions on Rhodesia*, in "British Yearbook of International Law", 41, 1965-66, pp. 103 ss., spec. pp. 112-3; J. R. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford 1979, pp. 103-6 (ove con riferimento alla Rhodesia del Sud si affermava che «the principle of self-determination in this situation prevents an otherwise effective entity from being regarded as a State»); M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford University Press, Oxford 1986, p. 159. Tra le opere più recenti, nello stesso senso, cfr. T. Christakis, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, La Documentation Française, Paris 1999, p. 262 e M. Kohen, *La création d'Etats en droit international contemporain*, in "Bancaja Euromediterranean Courses of International Law", 6, 2002, pp. 543-635, spec. p. 629.

35. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, cit., p. 421.

36. *Ibid.* (il corsivo è nostro e ci pare sottolinei bene l'impronta fortemente normativa della tesi in oggetto).

37. Ivi, p. 420.

glorificherebbe il fatto compiuto, abdicando alla funzione del diritto e creando un vuoto giuridico nel quale «the “law” of the more powerful governs»³⁸. Un risultato del tutto criticabile dal punto di vista del rispetto della *rule of law* internazionale, e in fondo suicida nel momento in cui il diritto internazionale è costretto sempre più spesso a confrontarsi con altri sistemi di legalità (il diritto sovranazionale dell’Unione Europea, i diritti nazionali, il diritto amministrativo globale) meglio attrezzati sul piano della legalità/legittimità.

2.3. Il fondamento pratico delle tesi “antirealiste”: effettività senza statualità e statualità senza effettività

La battaglia per l’introduzione della legalità nel novero delle condizioni della statualità – al fianco di un’effettività non più sufficiente e talvolta neanche necessaria – non si nutre solo di ragioni teoriche. A parere di chi la combatte – un numero oramai elevato di autori³⁹ – lo scadimento dell’effettività⁴⁰ sarebbe evidente anche sul piano della prassi riguardante la formazione di nuovi Stati, in particolare di quella successiva al 1989. A rilevare a tal riguardo sono due blocchi di prassi specularmente opposti: casi di *effettività senza statualità* (che dimostrerebbero come il criterio del controllo effettivo non sia più sufficiente) e casi di *statualità senza effettività* (che invece dimostrerebbero come il criterio del controllo effettivo non sia più sempre necessario).

Nella prima categoria, rientrerebbero tutti quei movimenti secessionisti che pur avendo stabilito un controllo effettivo sul territorio – nonostante l’attiva opposizione dello Stato d’origine – ancor oggi non sono trattati come Stati sovrani dalla comunità internazionale. A tal riguardo, si possono citare gli esempi dell’Abkhazia (in Georgia), della Transnistria (in Moldova), di Anjouan e Mohéli (nelle isole Comore), del Somaliland (in Somalia) e quello della Cecenia (in Russia) nei trienni 1991-94 e 1996-99. Tali esempi dimostrerebbero come la statualità non consegua più automaticamente all’effettività “oggettiva”.

38. A. Peters, *Statehood after 1989: Effectivités between Legality and Virtuality*, relazione presentata al convegno di Cambridge della Società europea di diritto internazionale, 2 settembre 2010, p. 2 del *draft paper*, in http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Peters_ESIL2010_Draft_Paper.pdf.

39. M. Kohen, *Introduction*, in Id. (ed.), *Secession. An International Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, pp. 3 ss., spec. p. 14, nota 21, dà atto della circostanza che, tra i 16 contributori al lavoro collettaneo appena citato, chi scrive fosse l’unico a sfidare l’idea per cui la legalità sarebbe criterio essenziale della statualità (pur ammettendo che i processi di formazione degli Stati non sono più sottratti a una disciplina posta da norme internazionali).

40. Secondo H. Taki, *Effectiveness*, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2011: «It can be said that the principle of effectiveness no longer plays a decisive role under recent international law, with respect to the formation of States» (<http://www.mpepil.com>).

Nella seconda categoria, invece – quella che dimostrerebbe che la statualità può talvolta fare a meno dell’effettività – rientrerebbe l’esempio della Bosnia-Erzegovina tra il 1992 (anno in cui quello Stato ottenne il riconoscimento di una parte significativa della comunità internazionale, anche se il governo di Sarajevo controllava più o meno solo un quinto del territorio nazionale) e il 1995 (epoca in cui furono conclusi gli accordi di pace di Dayton), e tutte le ipotesi di *failed States*, Stati cioè – come la Somalia – caratterizzati dal collasso o dalla prolungata inefficienza dell’apparato di governo, e che pure sono considerati titolari di una piena sovranità⁴¹. In fondo anche il Kosovo all’epoca della sua dichiarazione d’indipendenza del 17 febbraio 2008 non poteva certo dirsi dotato di piena effettività. Nel Programma di governo della Repubblica del Kosovo per il triennio 2008-11, adottato due mesi dopo la dichiarazione d’indipendenza, si sosteneva infatti candidamente che «*building and functioning of state institutions is a focused priority of Government of Kosovo*»⁴². Ciò che gli Stati Uniti e la gran parte dei paesi membri dell’Unione Europea riconobbero già nei giorni immediatamente successivi alla dichiarazione d’indipendenza non fu quindi uno Stato già formato, ma uno Stato da costruire⁴³. Si tratta di vicende che, secondo alcuni autori⁴⁴, dimostrerebbero come il riconoscimento internazionale possa ancora svolgere effetti “quasi-costitutivi” (o quantomeno non solo dichiarativi), colmando quella misura di effettività che è carente.

41. Così A. E. Eckert, *United Nations Peacekeeping in Collapsed States*, in “Journal of International Law and Practice”, 5, 1996, pp. 273 ss., spec. pp. 280-1 («state collapse has no legal impact»); R. Geiss, *Failed States. Legal Aspects and Security Implication*, in “German Yearbook of International Law”, 47, 2004, pp. 457-501 («the failed State, despite its incapability to perform any State function whatsoever, remains a sovereign State», p. 470); C. D. Classen, “*Failed States*” and the *Prohibition of the Use of Force*, in Société française pour le droit international, Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales*, Pedone, Paris 2004, pp. 129 ss., spec. p. 130; R. Koskenmäki, *Legal Implications Resulting from State Failure in Light of the Case of Somalia*, in “Nordic Journal of International Law”, 73, 2004, pp. 1-36, spec. p. 6 (il quale, facendo riferimento all’atteggiamento mostrato dal Consiglio di sicurezza dell’ONU verso la Somalia, osserva che «state failure [...] does not affect the continued existence of statehood, protected by sovereignty»); H. Schröder, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit in Zusammenhang mit failed und failing States*, Nomos, Baden-Baden 2007, p. 257.

42. Disponibile all’indirizzo http://www.kryeministri-ks.net/repository/docs/951_PMO_Programi_Qeveritar-ENG.pdf, p. 4 (corsivo aggiunto).

43. In questo senso, espressamente, l’atto di riconoscimento del Kosovo prestato dalla Svezia: «a difficult and demanding process is now being started to build a Kosovan State that meets international requirements» (<http://www.sweden.gov.se/sb/d/3062/a/99714>, corsivo aggiunto).

44. E. Milano, *Declarations of Independence and Territorial Integrity in General International Law: Some Reflections in Light of the Court’s Advisory Opinion*, in M. Arcari, L. Balmond (eds.), *International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 59 ss.

2.4. L'incidenza negativa di criteri di legalità sulla statualità

Se in materia di formazione di nuovi Stati l'effettività scolora (non è più sempre necessaria, non è più sempre sufficiente) la legalità invece incalza. Il terzo blocco di prassi cui fanno richiamo i sostenitori della legalità come criterio essenziale della statualità è quello costituito dai casi nei quali una secessione apparentemente vittoriosa non ha soddisfatto il test della legalità internazionale⁴⁵, e non ha quindi dato vita alla nascita di un nuovo Stato. In queste vicende la secessione sarebbe quindi *vietata* dall'ordinamento (mentre secondo l'insegnamento tradizionale il diritto internazionale non vieterebbe, né autorizzerebbe la nascita di nuovi Stati), perché si sarebbe prodotta in violazione di norme cogenti come il principio d'autodeterminazione dei popoli o il divieto di uso della forza nelle relazioni internazionali.

Nel primo gruppo di casi rientra la vicenda della Rhodesia del Sud, auto-proclamatasi indipendente dall'amministrazione britannica nel 1965, sotto la guida di un governo razzista di minoranza che – come s'è ricordato – sottopose la maggioranza della popolazione a un regime di apartheid, in quanto tale lesivo del principio di autodeterminazione “classica”. Il Consiglio di sicurezza dell'ONU, con risoluzione (d'ora in avanti ris.) 217 (1965) subito bollò la dichiarazione d'indipendenza come un atto privo di validità, dopo aver già richiesto a tutti gli Stati membri, con la ris. 216 (1965) del 12 novembre 1965, «not to recognize the illegal racist minority regime in Southern Rhodesia». La stessa richiesta, alla quale subito si unì l'Assemblea generale dell'ONU⁴⁶, fu poi costantemente ripetuta negli anni successivi⁴⁷. Egualmente in contrasto con il principio di autodeterminazione dei popoli fu la creazione dei quattro *Bantustans* (*Bantu homelands*), atto attraverso il quale il governo sudafricano intese privare della cittadinanza, e dei relativi diritti, una consistente fetta della popolazione d'origine locale soggetta alla sua sovranità, in perseguitamento della politica di apartheid intrapresa da tempo. Anche in questo caso l'Assemblea generale dell'ONU, con ris. 2775E (xxvi) del 29 novembre 1971, condannò la creazione di questi staterelli-fantoccio, la cui indipendenza fu dichiarata invalida⁴⁸. La stessa Assemblea successivamente richiese, con ris. 3411D (xxx) del

45. Così Kohen, *Introduction*, cit., p. 13.

46. Cfr., *inter alia*, ris. 2012 (xx) del 12 ottobre 1965, ris. 2022 (xx) del 5 novembre 1965 e ris. 2379 (xxiii) del 25 ottobre 1968.

47. Cfr. ad esempio ris. 277 (1970) del 18 marzo 1970, in cui il Consiglio ribadì la richiesta di non riconoscimento del governo e in più domandò a tutti gli Stati membri «to take appropriate measures, at the national level, to ensure that any act performed by officials and institutions of the illegal regime in Southern Rhodesia shall not be accorded any recognition, official or otherwise, including judicial notice, by the competent organs of their State».

48. Cfr. la ris. 31/6A adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 27 ottobre 1976 con rife-

28 novembre 1975 «not to deal with any institutions or authorities of the Bantustans or to accord any form of recognition to them».

A illustrare invece la reazione della comunità internazionale nell'ipotesi di nascita di un regime *de facto* avvenuta con il decisivo intervento armato di uno Stato terzo, e quindi in violazione del fondamentale divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali, è il caso della Repubblica turca di Cipro del Nord, proclamata nel 1983 dopo quasi dieci anni di occupazione turca della parte settentrionale dell'isola di Cipro. Con ris. 541 (1983) del 18 novembre 1983, il Consiglio di sicurezza dell'ONU qualificò la dichiarazione d'indipendenza «as legally invalid», richiedendo a tutti gli Stati «not to recognize any Cypriot State other than the Republic of Cyprus». La richiesta di non riconoscimento fu poi reiterata con la successiva ris. 550 (1984) dell'11 maggio 1984, in risposta allo scambio di ambasciatori tra Repubblica Nord-Cipriota e Turchia. Contegno non dissimile è stato, più di recente, mantenuto dall'Unione Europea e dall'Assemblea del Consiglio d'Europa nei confronti di Ossezia del Sud e Abkhazia, enti sottrattisi in via definitiva al controllo della Georgia anche in virtù del decisivo intervento militare realizzato dalla Russia nell'agosto del 2008⁴⁹.

Secondo i sostenitori delle tesi “antirealisti”, la prassi sinteticamente illustrata provrebbe la fondatezza della visione di Lauterpacht. In virtù del principio *ex iniuria ius non oritur*, infatti, la secessione realizzatasi in violazione di norme cogenti «doit être considérée comme nulle et sans effet»⁵⁰. L'ente nato illegittimo è inesistente dal punto di vista giuridico⁵¹, che poi è l'unico che conta, perché uno Stato, secondo questo indirizzo, è una persona giuridica creata dal diritto internazionale. Il diritto internazionale, insomma, può negare lo *status* di Stato, e quindi di suo soggetto, anche a entità effettivamente esistenti, come conseguenza della violazione di suoi principi fondamentali avvenuta nel corso del processo attraverso il quale quell'effettività si è impostata.

rimento al Transkei, e la ris. 402 (1976) adottata dal Consiglio di sicurezza il 22 dicembre 1976.

49. Per l'esame di questa vicenda si rinvia ad A. Tancredi, *Neither Authorized Nor Prohibited? Secession and International Law after Kosovo, South Ossetia and Abkhazia*, in “Italian Yearbook of International Law”, 18, 2008, pp. 37-62, spec. p. 61.

50. Christakis, *Le droit à l'autodétermination*, cit., p. 317.

51. La tesi è stata ripresa nel corso degli anni da diversi autori, cfr. ad esempio F. A. Mann, *The Judicial Recognition of an Unrecognised State*, in “International and Comparative Law Quarterly”, 1987, p. 348 («In law, therefore, the non-recognised State does not exist. It is, if one prefers so to put it, a nullity»); J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, Grotius, Cambridge 1987, p. 131; V. Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in International Law. United Nations Action in the Question of Southern Rhodesia*, Nijhoff, Dordrecht 1990, p. 240.

*2.5. L'incidenza positiva di criteri di legalità sulla statualità:
il diritto alla secessione-rimedio*

L'altro versante sul quale la legalità oramai condizionerebbe i processi di formazione di nuovi Stati ha a che fare con la tesi – particolarmente difesa dalla dottrina di lingua tedesca nel periodo successivo al 1989⁵² – secondo la quale il diritto internazionale attuale oramai riconoscerebbe l'esistenza di un diritto alla secessione-rimedio, cioè il diritto a separarsi da uno Stato che si è reso responsabile di gravi, persistenti e non altrimenti rimediabili violazioni dei diritti dell'uomo e dell'autodeterminazione interna in danno di una minoranza o di altro gruppo d'identità infrastatale. In questa circostanza, la statualità prescinderebbe dall'effettività, dipendendo piuttosto dall'esercizio di un titolo giuridico previsto e protetto dall'ordinamento stesso. L'ordinamento quindi, *autorizzerebbe* in questi casi la nascita di nuovi Stati, così com'era già avvenuto con l'autodeterminazione classica all'epoca della decolonizzazione. Il che dimostrerebbe una volta di più l'obsolescenza delle tesi per cui il diritto stesso resterebbe indifferente o neutrale rispetto a questi fenomeni. All'ampliarsi del contenuto normativo dell'autodeterminazione conseguirebbe, poi, l'applicazione di tutte le garanzie che hanno tradizionalmente accompagnato l'attuazione dell'autodeterminazione stessa, a iniziare dalla possibilità per il gruppo titolare di ricevere sostegno, almeno politico (il riconoscimento, ad es.) ed economico, da soggetti terzi e dal divieto per lo Stato responsabile della violazione di sopprimere con la forza il tentativo secessionista.

Secondo i sostenitori della tesi in oggetto, il formarsi di una norma generale contemplante il diritto alla secessione-rimedio riposerebbe su precisi elementi di *opinio iuris* e *prassi*. Sotto il profilo dell'*opinio*, rileverebbe la clausola di salvaguardia contenuta nel capitolo della Dichiarazione di principi sulle relazioni amichevoli tra gli Stati dedicata al principio di autodeterminazione (Dichiarazione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU con ris. 2625 (xxv)

52. La sua prima formulazione, in verità, si rintraccia nella monografia di L. C. Buchheit, *Secession. The Legitimacy of Self-Determination*, Yale University Press, New Haven 1978, pp. 220-3. Per il suo accoglimento nella dottrina tedesca, cfr. S. Oeter, *Selbstbestimmungsrecht im Wandel. Überlegungen zur Debatte um Selbstbestimmung, Sezessionsrecht und "vorzeitige Anerkennung"*, in "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht", 52, 1992, pp. 741 ss.; D. Murswieck, *The Issue of a Right to Secession – Reconsidered*, in C. Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Nijhoff, Dordrecht 1993, pp. 21 ss., spec. pp. 38-9; K. Doehring, *Self-Determination*, in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002², p. 97. *Contra*, P. Hilpold, *Self-Determination in the 21st Century – Modern Perspectives for an Old Concept*, in "Israel Yearbook on Human Rights", 2006, pp. 247 ss., spec. pp. 267 ss.; Id., *Die Sezession – zum Versuch der Verrechtlichung eines faktisches Phänomens*, in "Zeitschrift für öffentliches Recht", 67, 2007, pp. 117 ss.

del 24 ottobre 1970)⁵³. Attraverso un ragionamento *a contrario*, infatti, la clausola è interpretabile nel senso di condizionare la protezione dell'integrità territoriale degli Stati al rispetto da parte loro dell'autodeterminazione interna dell'intero popolo. Uno Stato che violasse quel principio sarebbe, quindi, privato della possibilità di invocare il rispetto della propria integrità territoriale.

Quanto alla prassi diplomatica, invece, i maggiori elementi di sostegno sono rintracciati nella secessione del Bangladesh dal Pakistan, avvenuta nel 1971, in seguito all'annullamento del risultato delle elezioni nelle quali il partito che rappresentava gli interessi della popolazione dell'East Pakistan, già vittima di grave discriminazione, aveva riportato un notevole successo, e a una campagna di violenza scatenata contro i leader politici bengalesi dalle autorità centrali pachistane. L'altra vicenda che viene abitualmente invocata è quella riguardante lo smembramento dell'ex Repubblica federale socialista di Jugoslavia. Secondo alcuni autori⁵⁴, infatti, il riconoscimento prematuro prestato da Stati terzi alle componenti della Federazione che vennero via via separandosi (Slovenia, Croazia e soprattutto Bosnia-Erzegovina) avrebbe espresso la volontà della comunità internazionale di sostenere tali pretese secessioniste a scapito dell'integrità territoriale della Jugoslavia (difesa dal solo governo serbo).

Nella prassi giurisprudenziale, infine, è comune il richiamo al parere consultivo reso dalla Corte Suprema canadese il 20 agosto 1998 nel caso *Reference Re Secession of Quebec from Canada*⁵⁵. Dovendo infatti decidere, *inter alia*, circa l'esistenza di un diritto del Québec a secedere dal Canada ai sensi dell'ordinamento internazionale, la Corte fece riferimento alla clausola di salvaguardia della ris. 2625 (xxv), escludendo però che ne ricorressero le condizioni per giustificare una secessione, dal momento che il Canada garantiva al Québec piena partecipazione al processo di decisione politica, e poteva quindi reclamare il rispetto della propria integrità territoriale. Inoltre la Corte notò come «a number of commentators»⁵⁶ sostenessero la tesi per la quale il principio di autodeterminazione, oltre a trovare applicazione nelle ipotesi classiche di

53. Che recita come segue: «Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour».

54. Cfr. Oeter, *Selbstbestimmungsrecht im Wandel*, cit., p. 766; P. Radan, *The Break-Up of Yugoslavia and International Law*, Routledge, London-New York 2002, p. 128; D. Raić, *Statehood and the Law of Self-Determination*, Kluwer, The Hague 2002, p. 128.

55. Testo riprodotto in *International Legal Materials*, American Society of International Law, 1998, pp. 1342 ss.

56. Ivi, p. 1372.

sottoposizione a dominio coloniale, razzista o straniero, avrebbe fornito base giuridica anche alla secessione-rimedio. Il test previsto dalla clausola di salvaguardia della ris. 2625 (xxv) è stato applicato anche dalla Corte costituzionale russa in una sentenza del 31 luglio 1995 relativa al conflitto in Cecenia⁵⁷ (sempre per escludere che ne ricorressero gli estremi) e in un paio di casi dalla Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli⁵⁸.

2.6. Critica delle ragioni teoriche retrostanti le tesi “antirealisti”: lo Stato come persona reale e il duplice fondamento dell’effettività

È giunta l'ora di sottoporre a revisione critica le tesi antirealisti o “normativiste” sinteticamente illustrate nei paragrafi precedenti.

Una prima considerazione non può che riguardare il fondamento teorico ultimo di queste tesi. Come si è già detto, infatti, ove si abbandoni il dogma dell’indeducibilità del diritto dal fatto (si pensi ad altri fatti o situazioni *proprio vigore* produttivi di conseguenze giuridiche nel diritto internazionale, come l’occupazione, la guerra civile o la violazione della pace), cade l’assioma in base al quale lo Stato non può che essere una persona creata dall’ordinamento stesso. Ne discende la possibilità di configurare lo Stato come una persona *reale*, un dato pregiuridico appartenente alla realtà storico-sociale, cui l’ordinamento tuttavia riconferma il prodursi di determinate conseguenze giuridiche. In altre parole, è l’automatico acquisto di soggettività internazionale da parte dell’ente il fenomeno regolato dall’ordinamento internazionale, mentre l’esistenza dell’ente statuale appartiene alla materialità storica. Non potrà dirsi, allora, che l’ordinamento “fa” o “disfa” tale ente, che potrà essere fatto o disfatto solo da altri eventi egualmente appartenenti a quella stessa materialità storica.

A rigore, quindi, l’effettività non può essere intesa come principio di diritto positivo, ma come criterio fattuale ineludibile per determinare la nascita del nuovo ente-soggetto.

A questo proposito, bisogna aggiungere che non convincono le tesi secondo le quali il ricorso a tale criterio sarebbe «insatisfaisant et dangereux, car il signifie la mise à l’ecart, le “désengagement” du droit, au profit de la loi du plus fort»⁵⁹. Il ruolo dell’effettività è assai più sofisticato e certo non può essere semplicisticamente degradato al «might makes right»⁶⁰. E, invero, l’importanza

57. Per la traduzione tedesca, cfr. “Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”, 57, 1997, pp. 161 ss., e per il passaggio rilevante p. 180.

58. *Katangese People’s Congress vs Zaire*, Communication 75/92 (1995), par. 6, e *Kevin Mgawanga Gunme et al. vs Cameroon*, Communication 266/2003, par. 194 ss., entrambi in http://www.achpr.org/english/_info/List_Decision_Communications.html.

59. T. Christakis, *The State as a ‘Primary Fact’: Some Thoughts on the Principle of Effectiveness*, in Kohen (ed.), *Secession*, cit., pp. 138 ss., spec. p. 154.

60. Cfr. W. M. Reisman, *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*,

assunta dal criterio del controllo effettivo per il diritto internazionale è giustificata da due diverse ragioni, una delle quali pare in larga misura ignorata.

In prima battuta, a favore dell'effettività milita una ragione di carattere funzionale, legata alle caratteristiche strutturali – alle “debolezze”, secondo la tesi qui in discussione – dell'ordinamento internazionale. In assenza d'organi di garanzia centralizzati, incaricati di assicurare il rispetto e l'attuazione delle norme, la garanzia delle stesse è rimessa in via decentralizzata agli stessi soggetti di base dell'ordinamento, e quindi innanzitutto agli Stati. Se gli Stati fossero carenti del controllo o di un apparato funzionante di governo capace di coercizione, essi non potrebbero né garantire il rispetto dei loro diritti, né l'adempimento degli obblighi che su di essi incombono in virtù dell'operare di norme internazionali⁶¹. L'effettività quindi permette all'ordinamento di funzionare⁶². Perde di senso, allora, sviluppare ragionamenti improntati alla *domestic analogy*. Com'è stato osservato, l'ordinamento internazionale è «un droit différent beaucoup plus que un droit primitif»⁶³.

Ma v'è di più, ed è questo di più che sovente viene ignorato. Il criterio dell'effettività non può essere ridotto – come pure avviene spesso – a una concessione amorale alla *Realpolitik*, alla legge del più forte, un assegno in bianco ai regimi dittatoriali. Esso *pure* gode di una sua base di legittimità derivante dall'idea che un governo ubbidito che dà vita a uno Stato è, per approssimazione, l'espressione più diretta della volontà popolare quantomeno in un'epoca di pluralismo ideologico, quale senz'altro era quella della guerra fredda (dalla quale restarono banditi solo il nazifascismo e il colonialismo)⁶⁴. Un'epoca cioè in cui non si parlava dell'emersione di un obbligo alla democrazia rappresentativa, e nella quale il principio di egualianza sovrana e quello di autodeterminazione interna, centrali nell'economia della Carta dell'ONU, garantivano a ogni Stato libertà di scelta della propria struttura politica, economica e sociale (com'è previsto nella Dichiarazione di principi sulle relazioni amichevoli tra gli Stati⁶⁵ e come fu affermato dalla stessa Corte internazionale di giustizia nella sentenza resa nel caso *Nicaragua*)⁶⁶. In un contesto storico-

in “American Journal of International Law”, 84, 1990, pp. 866 ss., spec. p. 871, il quale critica «the mystical survival of a monarchical right that supposedly devolves *jure gentium* on whichever warlord seizes and holds the presidential palace».

61. J. Verhoeven, *Droit international public*, Larcier, Bruxelles 2004, p. 54.

62. Hillgruber, *Die Aufnahme neuer Staaten*, cit., p. 399.

63. M. Virally, *Sur la prétendue “primitivité” du droit international*, in Id., *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, PUF, Paris 1990, p. 92.

64. V. Roth, *Secessions, Coups and the International Rule of Law: Assessing the Decline of the Effective Control Doctrine*, in “Melbourne Journal of International Law”, 2010, pp. 393 ss., spec. pp. 425-7.

65. «All States enjoy sovereign equality», e in particolare «Each State has the right freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems».

66. *ICJ Reports*, 1986, p. 133.

politico di questo tipo, l'effettività era il parametro meglio in grado di riflettere la sovranità popolare, poiché se un governo è ubbidito dal popolo si può quantomeno *presumere* che esso riscuota il consenso del popolo stesso. Tale *allegiance*, comunque motivata (anche da paura, debolezza, oltre che da libera scelta), non è solo l'elemento che legittima il governo e lo Stato che grazie ad esso si erige, ma anche quello che consente l'esistenza e il funzionamento di un ordinamento giuridico. E tale obbedienza non può costituire l'oggetto di un comando o di una disciplina posta dall'ordinamento internazionale, che è un diritto interstatale, non un diritto universale dell'umanità o dei rapporti interindividuali.

Che cosa avverrebbe, invece, se l'ordinamento decidesse di disconoscere l'effettività per motivi di legalità? Avrebbe semplicemente scelto di sostituire il diritto alla forza? Si tratta di una risposta che non soddisfa, e per due ragioni. In prima battuta, non si tratterebbe di sostituire il diritto alla forza, ma – a tutto voler concedere – un modello di legittimità con un altro, se si vuole, più avanzato o comunque più in linea con il mondo successivo alla fine della guerra fredda. Se infatti nel modello dell'effettività il potere è giusto perché ubbidito, nel modello che avrebbe preso il suo posto il potere è giusto perché democratico, rispettoso dei diritti dell'uomo e del *rule of law*.

Ma neanche questa soluzione è l'unica possibile. A ben guardare, infatti, l'evoluzione in parola potrebbe anche essere riconducibile non alla *sostituzione* di un modello all'altro, ma all'*integrazione* tra i due modelli o anche al mero funzionamento del vecchio modello dell'effettività (che in un caso e nell'altro non sarebbe stato *del tutto* messo da parte al tramonto della stagione storico-politica che l'aveva partorito). Se infatti – come s'è detto – all'effettività consegue solo una presunzione (semplice) di legittimità, tale presunzione è vincibile ove si dimostri che l'effettività non riflette la volontà popolare, ma si è anzi prodotta suo malgrado. Il che è esattamente quello che avviene quando un regime *de facto* s'impone grazie all'intervento armato di uno Stato terzo, ovvero in spregio della volontà della sua popolazione.

Lo stesso fenomeno, peraltro, è alternativamente spiegabile anche battendo la via dell'integrazione tra modelli di legittimità. Si può sostenere, infatti, che la legittimità dei governi oggi non sia più presumibile in base al semplice controllo (insomma che sia venuta meno una delle due gambe su cui poggiava il modello dell'effettività), ma dipenda invece dall'adempimento di un obbligo positivo alla democrazia o (per chi non ritiene che tale obbligo sussista) dall'attuazione di un ideale politico consistente nel dotarsi di apparati politico-istituzionali basati sulla triade democrazia liberale e rappresentativa, tutela dei diritti umani e Stato di diritto.

La vera novità starebbe quindi o nella maggiore facilità con cui la presunzione (in base alla quale l'effettività sarebbe il criterio che per approssimazione meglio traduce la volontà popolare, in assenza di un obbligo alla democrazia)

è resa inoperativa, in un sistema di relazioni internazionali non più imperniato rigidamente sulla non ingerenza, il non intervento o la *domestic jurisdiction*, ma integrato attorno a valori avvertiti sempre più diffusamente come comuni e meritevoli di garanzia collettiva. Oppure – seconda possibilità – la sostituzione di quella presunzione con un obbligo positivo alla democrazia.

In entrambi i casi, però, non risulterebbe neutralizzato l'altro fondamento dell'effettività, ovvero la circostanza che essa serve all'ordinamento per funzionare. E questo potrebbe spiegare il motivo per cui oggi il diritto internazionale, da un lato, sembra voler rispondere in misura crescente alla domanda di legittimità e legalità, e dall'altro non può – o comunque non è pronto a pagare – il prezzo che la scelta del normativismo radicale comporterebbe, e cioè l'abbandono totale dell'effettività come autonomo criterio d'identificazione dei suoi soggetti di base.

Soggetti di base che, è vero, non sono solo gli Stati, ma anche i regimi *de facto*, gli insorti ecc. E infatti, secondo gli antirealisti⁶⁷ l'ente illegale, e pertanto non statuale, ricadrebbe in queste ultime categorie. Se non fosse che l'effettività transitoria e parziale che per definizione caratterizza questi ultimi soggetti (e li distingue dagli Stati) spesso non si rintraccia negli Stati “illegittimi”, che al contrario hanno dimostrato di essere in possesso di un'effettività esclusiva, stabile e capace di durare nel tempo (Rhodesia del Sud e Cipro del Nord potrebbero esserne un esempio). A meno che non si voglia travolgere ogni linea di distinzione tra le diverse nozioni. Alla fine il ricorso alla nozione di regime *de facto* sembra più che altro la “foglia di fico” dietro la quale gli “antirealisti” nascondono lo Stato “illegittimo”. Se ne ricava la sensazione che chi sposa questa linea riduca il tutto a una questione puramente nominalistica: bisogna riservare la parola “Stato” agli Stati “buoni”, onde evitare di contaminare la purezza giuridica dell'ordinamento ammettendo pienamente al suo interno i nati illegali o illegittimi. Timore che non può essere condiviso. Soveniente l'illecito esiste e opera all'interno degli ordinamenti giuridici. Talvolta può anche rappresentare una variabile del loro funzionamento. Questa idea di purezza non ci pare né riscontrabile, né desiderabile. Rispetto ai pericoli insiti nell'effettività pare molto più pericoloso lasciare intere comunità territoriali di governati sotto il controllo di mezzi-Stati (un po' dentro un po' fuori dall'ordinamento), mezzi-soggetti, soggetti privi di capacità o dotati di una soggettività parziale (che non si capisce bene sin dove arriva e dove invece dovrebbe arrestarsi), enti in ogni caso messi al margine dell'ordinamento al pari delle comunità che governano.

Che cosa si dovrebbe rispondere, ad esempio, al quesito se possa essere considerata invalida una notifica di successione avente a oggetto un trattato sui diritti dell'uomo e proveniente da un regime considerato illegale?

67. Per questa obiezione cfr. Kohen, *Introduction*, cit., p. 14.

2.7. Critica delle ragioni pratiche: ultimate success e finzioni giuridiche

Come si è detto, la critica antirealista non muove solo da posizioni teoriche. Essa pretende di rintracciare nella prassi le prove dell'obsolescenza dell'effettività, puntando il dito verso quei regimi effettivi che non sono trattati come Stati, o quegli Stati che non esprimono effettività.

Sul primo versante, più che dimostrare l'insufficienza dell'effettività, i casi invocati sono sovente spiegabili ponendo mente alla circostanza che l'effettività che davvero rileva ai fini della statualità non è quella istantanea, temporanea od oggetto di conflitto ancora in corso, ma quella esclusiva, definitiva, stabile, capace di durare nel tempo poiché frutto di conflitti tendenzialmente risolti. È questa, del resto, la *ratio* retrostante l'affermarsi nella prassi giurisprudenziale e diplomatica della dottrina cosiddetta dell'*ultimate success*, in virtù della quale, per usare le parole di Lauterpacht, l'effettività che rileva è quella che sussiste «beyond any reasonable doubt», nel senso che «the parent State must in fact have ceased to make efforts, promising success, to reassert its authority»⁶⁸. Si tratta di una dottrina inaugurata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti dopo la guerra di secessione⁶⁹, e poi adottata dalle Corti britanniche nella soluzione delle controversie legate all'esistenza del regime sud-rhodesiano⁷⁰, e di nuovo da quelle americane nella trattazione di cause riguardanti eventi svoltisi nella Repubblica Nord-Cipriota⁷¹. In virtù di tale dottrina, l'effettività non può essere considerata affermatasi oltre ogni dubbio a meno che lo Stato originario sia *unable or unwilling* nel ristabilire il suo controllo sul territorio conteso. L'applicazione di questa dottrina spiega il motivo per cui la Cecenia, il Nagorno-Karabakh, l'Abkhazia, il Somaliland, l'Anjouan e già il Katanga, non hanno ottenuto il riconoscimento internazionale della loro qualità statuale, pur controllando per un certo periodo di tempo il territorio oggetto di conflitto. Un diverso contegno da parte degli Stati terzi, d'altro canto, avrebbe potuto facilmente prestarsi ad accuse di riconoscimento prematuro e quindi d'illecita ingerenza negli affari interni altrui.

Quanto invece alle ipotesi di statualità senza effettività, la prassi riguardante i *failed states* e la Bosnia-Erzegovina tende a spiegarsi con l'impiego da parte della comunità internazionale di finzioni giuridiche, nel primo caso, e con il ricorso al principio dell'*uti possidetis iuris*, nel secondo. Nonostante il collasso o il non compiuto formarsi di un apparato di governo dotato di effettività, la comunità internazionale continua a considerare lo Stato fallito come dotato di

68. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, cit., p. 8.

69. *Williams vs Bruffy* (1877), 96 us (23 Wallace), p. 176.

70. Cfr. il Privy Council in *Madzimbamuto vs Lardner Burke*, in *Appeal Cases*, 1969, p. 645.

71. us Court of Appeals, *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and the Republic of Cyprus vs Goldberg and Feldman Fine Arts Inc.* (1990), 917 F.2d (7th Circuit 1990), p. 278.

piena sovranità o afferma il diritto di una ex Repubblica a succedere (più che secedere) in una quota, demarcata da confini amministrativi, della sovranità preesistente, con l'obiettivo di riaffermare e imporre in entrambi i casi il rispetto di regole internazionali che proprio alla sovranità sono legate (dal rispetto dell'integrità territoriale al divieto dell'uso della forza, alla responsabilità per la tutela dei diritti umani ecc.). In altri termini, l'indisponibilità a far conseguire alla prolungata assenza di un governo effettivo l'assenza della persona dello Stato consente di evitare una situazione di vuoto giuridico, al cui interno le categorie internazionalistiche incentrate sulla statualità sarebbero nel loro complesso impossibilitate a operare.

*2.8. La legalità non sostituisce l'effettività:
il nato illegittimo non è inesistente né de facto né de jure*

Neanche la tesi per cui la secessione illecita sarebbe priva di ogni effetto giuridico e lo Stato sorto illegittimamente sarebbe nullo, insieme agli atti che pone in essere, convince pienamente.

La questione da analizzare, a tal riguardo, è quale sia il valore di quelle risoluzioni, aventi o meno carattere vincolante, attraverso le quali – come s'è visto – gli organi delle Nazioni Unite dichiarano l'indipendenza nulla, invalida o priva d'effetti giuridici, chiedendo al contempo agli Stati membri di non riconoscere l'ente sorto a seguito di un processo lesivo di norme cogenti. Una volta di più, le ricostruzioni degli antirealisti sembrano fortemente ispirate alla *domestic analogy*. In fondo – essi ragionano – così come avviene nel diritto interno, ove la nullità opera *de jure*, automaticamente, e viene solo dichiarata dal giudice, eventualmente d'ufficio, altrettanto dovrebbe accadere nell'ordinamento internazionale, ove la nullità pure sarebbe comminata «*by operation of law (de plein droit)*»⁷².

Solo che le caratteristiche strutturali dell'ordinamento internazionale – a partire dall'assenza di un giudice naturale – militano in senso contrario a tale ricostruzione e spingono invece verso l'adozione di tecniche “originali” per tutelare valori e principi d'ordine pubblico, indisponibili dagli Stati e oggetto di una garanzia collettiva. A questo riguardo, non è affatto casuale la concomitanza tra dichiarazione d'invalidità e richiesta di non riconoscimento (misura,

72. R. Jennings, *Nullity and Effectiveness in International Law*, in A. D. McNair (ed.), *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair*, Dobbs Ferry, New York 1965, pp. 64-87, spec. p. 66. Sull'automatico operare della nullità nel diritto internazionale, anche se in settori diversi dalla statualità, cfr. altresì A. Verdross, *L'excès de pouvoir dans le droit international public*, in “Revue de Droit International et de Législation Comparée”, 1928, pp. 241 ss.; G. Morelli, *La théorie générale du procès international*, in *Recueil des Cours*, 1937-III, pp. 327 ss. Contra, P. Guggenheim, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, in *Recueil des Cours*, 1949-I, pp. 208 e 214.

quest'ultima, oggetto di un obbligo che discende già dal diritto generale, com'è stato codificato dalla Commissione di diritto internazionale nell'art. 41.2 del Progetto definitivo da essa elaborato sulla responsabilità degli Stati nell'ipotesi di violazione di norme imperative, e com'è stato successivamente riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia nell'opinione resa a proposito del *Muro in Palestina*⁷³. Il non riconoscimento, infatti, «is a strategy deployed in the process leading towards nullity»⁷⁴. Solo qualora prevalga (venga cioè materialmente osservata dai consociati) può neutralizzare gli effetti dell'atto o del fatto illecito. In questi casi, quindi, la nullità non è affatto automatica, né opera *de plein droit*, essa è piuttosto il culmine di un processo in cui l'*aggregato delle condotte materiali* degli Stati terzi riesce ad affermare l'inappropriatezza di una condotta evitando che produca gli effetti desiderati da chi ne è l'autore, e quindi inducendo un reale cambiamento. Se invece la nullità funzionasse *by operation of law*, il non raggiungimento del risultato dovrebbe dipendere automaticamente dall'infrazione della norma, senza bisogno di ricorrere a norme secondarie⁷⁵.

Quanto poi agli organi dell'ONU che accertano, a livello accentrativo, il prodursi dell'illiceità, essi non hanno il potere del giudice di dichiarare la nullità, e quindi non servono come «*substitut politique*»⁷⁶ della decisione giudiziaria. Tali organi piuttosto mettono in moto una *policy* di non riconoscimento che tende a proteggere e riaffermare alcuni valori comunitari.

Ciò chiarito, la domanda da porsi è quale sia l'effetto di una strategia di non riconoscimento coronata da successo: l'inesistenza dello Stato, la sua perdita di soggettività giuridica, di capacità di agire, o meramente una condizione d'isolamento sociale che si traduce nell'impossibilità materiale di agire? Escluderemmo, in prima battuta, l'inesistenza dello Stato, a condizione ovviamente di considerare lo stesso come una persona reale e non giuridica, tale quindi da non poter essere "fatta" o "disfatta" dall'ordinamento, ma solo dalla materialità storica. Quanto alla totale perdita di soggettività giuridica, è un'ipotesi che gli stessi sostenitori delle teorie antirealisti tendono a escludere, onde evitare il prodursi di un vuoto giuridico, e quindi la possibilità, ad esempio, che siano perpetrati crimini o illeciti senza che nessun soggetto internazionale possa essere chiamato a risponderne. A tal riguardo, è altresì opportuno ricordare il brano del parere reso dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Namibia*,

73. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in *ICJ Reports*, 2004, p. 200, par. 159.

74. W. M. Reisman, D. Pulkowski, *Nullity in International Law*, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, p. 7.

75. Così N. Bobbio, *Sanzione*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. xvi, UTET, Torino 1969, pp. 530 ss., spec. p. 533.

76. P. Weil, *Le droit international public en quête de son identité. Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, 1992-vi, vol. 237, pp. 9 ss., spec. p. 316.

in cui si osservò che «physical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States»⁷⁷. È quindi l'autorità *de facto*, quantunque illegalmente formatasi, a rispondere della violazione di norme generali (che per poter esser violate devono evidentemente ad essa rivolgersi) nel territorio che controlla.

Secondo alcuni autori, tuttavia, questa soggettività non sarebbe piena, bensì ristretta solo ad alcune norme di diritto internazionale generale – in particolare il divieto di uso della forza – o *solo* al diritto internazionale generale, ovvero separata dalla capacità di agire, dal momento che ogni manifestazione di volontà pazzia dovrebbe essere *ipso iure* nulla e priva di effetti, in ragione dell'assenza di capacità giuridica dell'ente illegittimo. In realtà tra le norme generali di cui qualsiasi ente soggetto diviene destinatario (anche i regimi *de facto* che costituiscono la nozione-scappatoia degli antirealisti) figura *in primis* il principio *pacta sunt servanda*, che prima e a prescindere da ogni riconoscimento o non riconoscimento conferisce automaticamente a tutti i soggetti internazionali il potere giuridico di concludere accordi. Il che pare sconfessare affermazioni del tipo «An entity short of statehood does not have treaty-making capacity, and concomitantly cannot be bound by purely contractual obligations»⁷⁸. In realtà se uno Stato terzo “rompe” il blocco del non riconoscimento – come pure invariabilmente è avvenuto – attraverso la conclusione di un accordo con il regime illegittimo o l'allacciamento di relazioni commerciali o diplomatiche, non si vede perché l'accordo non possa produrre effetti tra le parti, anche se gli stessi effetti non saranno opponibili ai terzi (e del resto un accordo non è diretto a produrre effetti per i terzi). L'unico argomento che si riesce a opporre a tale rilievo è che accordi del genere «qualify as agreements outside the realm of international law»⁷⁹, e quindi la fuga verso non è chiaro che cosa. Né varrebbe obiettare che tra i famosi criteri della statualità contemplati dall'art. 1 della Convenzione interamericana sui diritti e gli obblighi degli Stati, firmata a Montevideo nel 1933, rientra (oltre a una popolazione permanente, a un territorio definito e a un governo) «the capacity to enter into relations with other states», giacché tale requisito non impone di prendere effettivamente parte al traffico giuridico internazionale (cosa che in effetti è per lo più impedita, sotto il profilo quantitativo almeno, allo Stato che si trovi in una condizione di asocialità). Esso piuttosto fa riferimento alla capacità di agire in maniera indipendente a livello internazionale. Di agire cioè, secondo la celebre espressione del giudice Anzilotti, avendo sopra di sé «no other authority than that of international law»⁸⁰.

77. *ICJ Reports*, 1971, p. 54.

78. Peters, *Statehood after 1989*, cit., p. 10.

79. Ivi, p. 11.

80. Si tratta ovviamente dell'opinione separata allegata al parere reso il 5 settembre 1931

Inoltre, l'impossibilità per l'ordinamento di ignorare del tutto l'effettività è testimoniata dalla regolare applicazione nella prassi giurisprudenziale (e non solo) della dottrina cosiddetta della *necessity*, in base alla quale l'obbligo di non riconoscimento non va considerato assoluto. In talune circostanze, quindi, il velo dell'inesistenza giuridica che è sollevato contro l'ente non riconosciuto inevitabilmente cade. Gli Stati, infatti, possono riconoscere gli effetti di atti posti in essere dalle autorità dello Stato non riconosciuto *a) per ragioni umanitarie; b) per accordi o transazioni di natura privatistica o commerciale; c) con riguardo ad affari di amministrazione ordinaria* (registrazioni di nascite, decessi, matrimoni ecc.). Infatti, com'è stato riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sul caso *Namibia*, «international law recognises the legitimacy of certain legal arrangements and transactions [...] the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the territory»⁸¹. In altri termini, secondo la *ratio* di questa dottrina, l'isolamento che colpisce i governanti non deve ripercuotersi sui governati, la cui vita quotidiana deve poter proseguire, come osservò per la prima volta la Corte Suprema statunitense trovandosi alle prese con la controversa validità degli atti emanati dai governi degli Stati secessionisti del Sud del paese⁸². Lo stesso principio, ripreso più volte dalle Corti britanniche, è stato poi fatto proprio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Loizidou*⁸³, e nel quarto ricorso interstatale *Cipro contro Turchia*⁸⁴. In quest'ultima vicenda, in particolare, la Corte di Strasburgo riconobbe l'esercizio di autorità *de facto* da parte delle istituzioni nord-cipriote (per quanto le stesse non fossero, e non siano ancor oggi, riconosciute dalla comunità internazionale), sottolineando la necessità di evitare nel territorio nord-cipriota «a vacuum in the protection of human rights guaranteed by the Convention». Agganciandosi alla giurisprudenza *Namibia*, la Corte ricordò come la Corte internazionale di giustizia avesse «resolutely rejected the approach refusing any effect to unlawful de facto regimes», ragione per cui enti del genere «cannot simply be ignored by third States or by international institutions, especially courts». Di conseguenza, sussisteva l'onere del previo esaurimento dei ricorsi giurisdizionali esistenti dinanzi alle Corti di Cipro del Nord.

Tale pronunzia rafforza la convinzione che la declaratoria di invalidità emanata da un organo dell'ONU o l'appello al non riconoscimento non siano in grado di per sé di determinare l'inesistenza fattuale e giuridica di un regime

dalla Corte permanente di giustizia nell'affare *Customs Régime between Germany and Austria* (PCIJ 1931, Series A/B, n. 41, p. 57).

81. *ICJ Reports*, 1971, p. 56.

82. *Texas vs White* (1868), 74 US (7 Wallace), pp. 700 e 733.

83. *Loizidou vs Turkey*, Judgment (Merits), in *Report of Judgements and Decisions*, 1996-vi, p. 2231, par. 45.

84. Application n. 25781/94, sentenza del 10 maggio 2001.

illegale o stabilire la nullità di tutti i suoi atti; semplicemente obbligano gli Stati terzi (*rectius*, rammentano l'esistenza di un obbligo generale in tal senso, accertando la ricorrenza delle condizioni del suo insorgere) ad allinearsi a un processo cumulativo di condotte il cui esito ultimo potrà essere la *materiale* negazione di effetti. Così come il riconoscimento non è in grado di produrre effetti costitutivi, neanche il non riconoscimento è giuridicamente di per sé in grado di produrre effetti estintivi. Gli atti del nato illegittimo non sono nulli in radice, bensì privati della *possibilità* di esprimere i propri effetti in casi singoli, potendo invece esercitarli verso autorità che deroghino al dovere di non-ricoscimento, magari applicando la dottrina della *necessity*, o semplicemente perseguido interessi nazionali che li spingono ad avere contatti con il regime isolato.

Ne consegue che l'unica vera conseguenza del non riconoscimento è l'imposizione all'ente che ne è colpito di una condizione materiale d'isolamento sociale che si risolve nell'impossibilità materiale di agire. Tale misura costituisce una limitazione fattuale della sfera giuridica e degli effetti promananti dagli atti adottati dal regime illegale. Conseguentemente, l'ente sarà titolare di un minor numero di norme, soprattutto di secondo e terzo grado. Ovviamente, a lungo andare, la condizione di asocialità potrà finire con il minare l'effettività del regime che ne è colpito (così come, in effetti, è avvenuto nel caso della Rhodesia del Sud). In quel caso la statualità potrà estinguersi per il venire meno di uno dei suoi elementi materiali.

2.9. La legittimità non diviene legalità e non sostituisce l'effettività: il problema della secessione-rimedio

Infine, neanche può ammettersi che parametri di legalità/legittimità abbiano già dato vita all'emersione nell'ordinamento internazionale di un diritto alla secessione-rimedio.

Per quanto riguarda l'*opinio iuris*, si ricorderà che il principale elemento di sostegno della tesi in esame è rintracciato nella clausola di salvaguardia dell'integrità territoriale degli Stati contenuta in un passaggio della Dichiarazione sulle relazioni amichevoli tra gli Stati. L'assenza di valore vincolante di tale dichiarazione di principi è superabile solo accertando in quale misura il suo contenuto sia divenuto oggetto di una norma generale di stampo consuetudinario. Ebbene, a tal riguardo, Cassese ha osservato come gli Stati abbiano applicato tale clausola solo nelle situazioni di *apartheid* che avevano fornito l'occasione storica per l'inclusione della clausola stessa nel testo della Dichiarazione⁸⁵, situazioni nelle quali in realtà non si poneva un problema di secessio-

85. S. Cassese, *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, p. 122.

ne, ma di cambiamento di regime interno. Se poi si ricorre ai mezzi d'interpretazione contemplati dal diritto internazionale, sul piano sistematico potrà ad esempio osservarsi come la clausola stessa sia seguita da una disposizione finale che riafferma senza eccezioni la protezione dovuta all'integrità territoriale degli Stati, principio statuito già nel preambolo della Dichiarazione. Sotto il profilo soggettivo, infine, un'analisi dei lavori preparatori conferma abbonantemente la volontà degli Stati partecipanti di evitare che la clausola fosse invocabile come «*a licence to secession*»⁸⁶. Volontà sintetizzata nella dichiarazione del rappresentante indiano, secondo cui «*there seemed to be a consensus in the Committee that the principle under consideration could not be applied to parts of a sovereign independent State for it might destroy its national unity and territorial integrity*»⁸⁷.

E veniamo alla prassi. Il caso della secessione del Bangladesh nel 1971 finisce con l'avere scarso rilievo probatorio dell'emersione di un diritto alla secessione-rimedio sul piano del diritto generale. E invero, anche se quel distacco fu reso possibile dall'intervento armato indiano, tale intervento non fu mai giustificato con la volontà di sorreggere la rivolta bengalese, quanto piuttosto da ragioni di legittima difesa nei confronti del Pakistan⁸⁸. L'intervento fu comunque condannato dal Consiglio di sicurezza⁸⁹ e dall'Assemblea generale dell'ONU⁹⁰, ove molti Stati riaffermarono il principio per cui nessuna ragione poteva giustificare un intervento armato lesivo dell'altrui integrità territoriale.

Quanto invece al riconoscimento prematuro prestato alla Bosnia-Erzegovina, esso più che costituire un elemento d'accoglimento e sostegno del *diritto* alla secessione di quel popolo costituì al contempo un fattore di sostegno *politico* e di ammissione della fattuale inevitabilità di un processo di smembramento messosi irrimediabilmente in moto, com'era già stato osservato dalla Commissione Badinter, nella sua opinione n. 1, resa nel novembre del 1991, e quindi prima che ogni riconoscimento fosse prestato.

La vicenda del Kosovo, infine, poteva costituire il perfetto caso di scuola per saggiare l'emersione del diritto in oggetto. Il Kosovo, infatti, era stato privato

86. Così la dichiarazione del Regno Unito, in UN Doc. A/AC.125/Sr.105, p. 55. Nello stesso senso, l'intervento degli Stati Uniti, in UN Doc. A/AC.125/Sr.92, p. 132. Entrambi gli Stati furono autori di versioni del progetto di dichiarazione immediatamente antecedenti rispetto a quella finale adottata.

87. Cfr. UN Doc. A/AC.125/Sr.93, p. 144.

88. Cfr. la dichiarazione resa dal rappresentante indiano in occasione del dibattito svoltosi dinanzi al Consiglio di sicurezza dell'ONU il 4 dicembre 1971, UN Doc. S/PV.1606, pp. 17 e 32.

89. Cfr. la dichiarazione della Cina (ivi, p. 23) e quella degli Stati Uniti (ivi, p. 19).

90. In tal senso, cfr. la dichiarazione dell'Iran, in GAOR, 26th Session, 2003rd Plenary Meeting, 7 dicembre 1971, p. 5; della Giordania (ivi, p. 12); della Svezia (ivi, p. 27); della Mauritania (ivi, p. 28).

del suo *status* di autonomia nel 1989, e nel 1998-99 era stato vittima di una campagna di pulizia etnica. Il test però è fallito, almeno sul piano formale, poiché tutte le risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza a proposito di quella vicenda hanno invariabilmente riaffermato l'obbligo di rispettare l'integrità territoriale della Serbia⁹¹.

Né, sempre a proposito del Kosovo, indicazioni diverse si ricavano dal parere reso dalla Corte internazionale di giustizia a proposito della legalità della sua dichiarazione d'indipendenza. Per quanto, infatti, la Corte non abbia fatto cenno diretto al problema dell'esistenza o meno di un diritto alla secessione-ri-medio⁹², qualche indicazione in senso negativo, sul versante dell'*opinio iuris*, è tuttavia ricavabile dal parere. Ci si riferisce in particolare all'affermazione della Corte secondo la quale, nel corso della procedura, l'esistenza di un diritto di secessione tanto generale quanto «rimediale» è stata oggetto di «radically different views»⁹³. Questa osservazione, infatti, non può che deporre in senso contrario al consolidarsi di una *opinio iuris* favorevole all'accoglimento del diritto in questione sul piano consuetudinario⁹⁴. Sotto tale profilo, il parere della Corte fa il paio con quanto, pochi mesi prima, sul versante della prassi era stato affermato dalla Missione d'inchiesta internazionale sul conflitto in Georgia, istituita dall'Unione Europea. Nel rapporto della Missione, infatti, si legge che:

A right to external self-determination in form of a secession is *not* accepted in state practice. A limited, conditional extraordinary allowance to secede as a last resort in extreme cases is debated in international legal scholarship. However, most authors opine that such a remedial “right” or allowance does *not* form part of international law as it stands. The case of Kosovo has *not* changed the rules⁹⁵.

In sostanza, quindi, la tesi dell'esistenza di un diritto alla secessione-ri-medio continua a esprimere un ideale normativo, ma – come alcuni dei suoi più lucidi sostenitori ammettono – è poggiata su una base empirica che resta

91. Cfr. il preambolo della ris. 1160 (1998) del 31 marzo 1998; della ris. 1199 (1998) del 23 settembre 1998; della ris. 1203 (1998) del 24 ottobre 1998. Cfr. anche la ris. dell'Assemblea generale 54/183, del 29 febbraio 2000.

92. Ma cfr. al riguardo le considerazioni di M. Pertile, *Self-Determination Reduced to Silence: Some Critical Remarks on the ICJ's Advisory Opinion on Kosovo*, in Arcari, Balmond (eds.), *International Law Issues*, cit., pp. 91 ss.

93. Par. 82 del parere citato.

94. Così anche R. Howse, R. Teitel, *Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by Its Ruling on Kosovo?*, in “German Law Journal”, 2010, pp. 841 ss., spec. p. 843, e B. Arp, *The ICJ Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo and the International Protection of Minorities*, ivi, pp. 847 ss., spec. p. 853.

95. *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, Report*, settembre 2009, vol. II, p. 141, in <http://www.ceiig.ch> (corsivo aggiunto).

«fairly thin»⁹⁶. A tutto voler concedere, non può quindi che condividersi la considerazione finale svolta a tal riguardo dalla Corte Suprema canadese nel già richiamato caso *Reference Re Secession of Quebec from Canada* e cioè che «it remains unclear» se la tesi della secessione-rimedio «actually reflects an established international law standard»⁹⁷.

Si è in presenza, allora, di uno di quei casi in cui un criterio di legittimità non è riuscito ancora a tradursi in una norma positiva (lo stesso si potrebbe probabilmente dire per l'intervento umanitario o a sostegno della democrazia). Di recente, è stato sostenuto che argomenti di legittimità come quello in esame, anche se non riescono a tradursi in norme giuridiche, possono comunque attribuire un “legitimacy bonus”, inducendo ad esempio più facilmente gli Stati a riconoscere il risultato di secessioni operate da gruppi vittima di gravi persecuzioni (si fanno ancora gli esempi della Bosnia e del Kosovo)⁹⁸. In altre parole, non criteri di legalità, bensì di legittimità potrebbero sovrapporsi o addirittura sostituire l'effettività.

Orbene, sulla Bosnia ci siamo già espressi: ciò che è stato sostenuto attraverso il riconoscimento prematuro era l'interesse a un'ordinata successione *pro quota* delle varie Repubbliche nella sovranità jugoslava, piuttosto che la protezione delle minoranze presenti nei singoli Stati (le cui aspirazioni secessioniste non sono infatti state accolte nei casi della Krajina e dei serbi di Bosnia).

Quanto al Kosovo, invece, non pare che il riconoscimento di un'effettività ancora non consolidatasi trovi le sue *reali* ragioni nella necessità di tutelare la popolazione kosovara da un pericolo di persecuzione oramai non più attuale, considerati i dieci anni di amministrazione ONU, il cambio della classe governante serba e la modifica della Costituzione di questo paese con la restituzione al Kosovo di uno *status* di autonomia fortemente potenziato. Altri interessi geopolitici hanno spinto in quella direzione.

3. L'INCIDENZA DI CRITERI DI LEGALITÀ/LEGITTIMITÀ SULLA RAPPRESENTANZA INTERNAZIONALE DELLO STATO

3.1. Riepilogo dei risultati raggiunti. Il controllo effettivo come tradizionale fondamento della rappresentanza internazionale dello Stato

Per riepilogare la tesi attorno alla quale il contributo è organizzato, non pare accoglibile l'idea per cui l'introduzione nell'ordinamento internazionale di principi di legalità che positivizzano altrettanti parametri di legittimità marchi un'evoluzione dalla forza bruta del fatto alla virtù civilizzatrice del diritto e

96. Così C. Tomuschat, *Secession and Self-Determination*, in Kohen (ed.), *Secession*, cit., p. 42.

97. In *International Legal Materials*, 1998, p. 1373.

98. Peters, *Statehood after 1989*, cit., p. 16.

della morale. Sarebbe semplicistico collegare la fortuna del criterio dell'effettività unicamente alle debolezze di un ordinamento primitivo, che non ha mezzi per opporsi al *fait accompli* imposto dal più forte. Le ragioni di tale successo sono sì d'ordine funzionale, ma altresì riconducibili a motivi di legittimità. In un'epoca di pluralismo ideologico – com'è stata quella che si è chiusa con la fine della guerra fredda, caratterizzata da una forte diversità tra i sistemi politici, economici e giuridici dei tre blocchi in cui il mondo era diviso – l'unica prova universalmente accoglibile, almeno in via presuntiva, della volontà popolare era appunto il consenso espresso dall'ubbidienza a un ordinamento e a un apparato di governo, e quindi l'effettività. La presunzione però era, e resta, vincente attraverso la dimostrazione che l'effettività non esprime affatto la volontà popolare. Il che avviene in quei casi in cui l'ubbidienza è imposta o estorta in spregio dell'autodeterminazione di un popolo ovvero in ragione di un intervento armato esterno. In questi casi, che sono poi quelli che si sono verificati nella prassi, viene meno una delle ragioni che sorreggono il ricorso all'effettività. Resiste però l'altra, quella funzionale, e questo spiega perché l'ordinamento – come si è cercato di argomentare nei paragrafi precedenti – non riesce a ignorare del tutto l'effettività, anche quando colpisce l'ente illegittimo con la sanzione dell'isolamento sociale. Una sanzione di natura ibrida: sociale per il male inflitto (l'isolamento appunto), giuridica perché organizzata dall'ordinamento.

Diciamo subito che considerazioni non dissimili possono essere svolte anche con riferimento al problema della rappresentanza internazionale dello Stato.

In quest'ambito, infatti, gli sforzi compiuti a partire dalla prima metà del secolo scorso (in particolare con l'adozione della dottrina *Estrada*⁹⁹ e la sua applicazione da parte di diversi Stati¹⁰⁰) per abolire la prassi del riconoscimen-

99. Che prende il nome dal ministro degli Esteri messicano che, nel 1930, propose di interrompere la prassi dei «grants of recognition, since that nation considers that such course is an insulting practice and one which, in addition to the fact that it offends the sovereignty of other nations, implies that judgment of some sort may be passed upon the internal affairs of those nations by other governments, inasmuch as the latter assume, in effect, an attitude of criticism when they decide, favourably or unfavourably, as to the legal qualifications of foreign regimes» (*Boletín Oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Estados Unidos Mexicanos*, Bulletin, September 1930, riprodotto nella traduzione inglese in «American Journal of International Law Supplement», 1931, p. 203).

100. Tra cui gli Stati Uniti («In recent years, us practice has been to deemphasize and avoid the use of recognition in cases of changes of governments and to concern ourselves with the question of whether we wish to have diplomatic relations with the new governments», *Digest of us Practice in International Law*, 1977, pp. 19-21), la Gran Bretagna (cfr. nota successiva) e la Francia. Secondo il Dipartimento di Stato americano, nel 1969, 31 Stati avevano adottato la dottrina *Estrada*: cfr. L. F. Damrosch, L. Henkin, R. Pugh, O. Schachter, H. Smit (eds.), *International Law. Cases and Materials*, Thomson West, St. Paul 2001⁴, p. 298.

to di nuovi governi – sforzi motivati essenzialmente dalla volontà di non offendere l’altrui sovranità esprimendo giudizi su questioni interne, e da quella di non legittimare con il proprio riconoscimento governi impostisi a seguito di sovvertimenti costituzionalmente illegittimi¹⁰¹ – hanno prodotto come risultato il riconoscimento in via automatica dei governi effettivi come rappresentanti della volontà statale sul piano delle relazioni internazionali¹⁰². Tale aspetto emerge chiaramente, ad esempio, dalla lettura dei documenti che prepararono l’adozione da parte dell’Assemblea generale dell’ONU, il 14 dicembre 1950, della ris. 396 (v) avente a oggetto il riconoscimento da parte delle Nazioni Unite della rappresentanza degli Stati membri. Per quanto, infatti, la risoluzione – soprattutto in ragione dell’opposizione del governo nazionalista cinese di Taiwan – non assunse una posizione precisa sull’individuazione dei criteri per l’accreditamento delle delegazioni nelle situazioni di dualità di governi (l’occasione era fornita dalle contrastanti pretese di rappresentanza della Cina in seno all’ONU avanzate dal governo comunista e da quello nazionalista), il *memorandum* preparato dall’allora segretario generale dell’ONU Trygve Lie pose in posizione preminente il criterio dell’effettività, e quindi l’individuazione di quale governo «is habitually obeyed by the bulk of the population»¹⁰³. In uno dei progetti di risoluzione, inoltre, si prevedeva che il diritto di un governo a rappresentare uno Stato membro in seno alle Nazioni Unite dovesse essere riconosciuto «if that government exercises *effective control and authority over all or nearly all the national territory*»¹⁰⁴.

Tale approccio ha avuto forti ripercussioni nella prassi, ad esempio nella disciplina dell’intervento armato su invito del sovrano.

A tal proposito, infatti, ciò che la prassi dimostra – e basterebbe far riferimento alla recente vicenda dell’autorizzazione a intervenire negli spazi sovrani della Somalia a fini di contrasto della pirateria internazionale – è che per giustificare un intervento di Stati terzi in paesi ove vi sia dualità di governi, ovvero un’autorità legittima ma puramente nominale, o comunque difetti un governo funzionante avente effettivo controllo della più gran parte del territorio, non basta l’invito del governo internazionalmente riconosciuto ma ridotto allo

101. *Ratio* che, ad esempio, emerge chiaramente dalla posizione assunta dal segretario di Stato per gli Affari esteri britannico in una risposta scritta alla Camera dei Lord del 28 aprile 1980 (riprodotta in G. Marston, *United Kingdom Materials on International Law*, in “British Yearbook of International Law”, 1980, p. 367).

102. Cfr. P. C. Jessup, *The Estrada Doctrine*, in “American Journal of International Law”, 25, 1931, pp. 719 ss.; J. Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Pedone, Paris 1975, p. 91.

103. *Letter from the Secretary-General to the President of the Security Council Transmitting a Memorandum on the Legal Aspects of the Problem of Representation in the United Nations*, UN Doc. S/1466 dell’8 marzo 1950.

104. UN Doc. A/AC.38/L.21/Rev.1 del 14 dicembre 1950.

status di «minor contender for power»¹⁰⁵. È necessaria invece l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza dell'ONU¹⁰⁶, proprio perché il potere di rappresentanza sussiste al di là di ogni dubbio solo se sorretto da una stabile effettività, com'è riconosciuto dalla maggioranza della dottrina¹⁰⁷. Vedremo come i recenti casi di Costa d'Avorio e Libia confermino questa tendenza.

La *ratio* di tale prassi, ci pare, va rintracciata ancora una volta nell'idea che è l'effettività stabile e non contesa il criterio che riflette con migliore approssimazione la sovranità popolare in un sistema di relazioni internazionali in cui gli Stati sono liberi di scegliere il proprio sistema politico-istituzionale. Per tale ragione, almeno sino al termine della guerra fredda, la deferenza verso i processi interni di selezione politica prevaleva su valutazioni di pedigree democratico-rappresentativo. Del resto, se il test era quello dell'ubbidienza come espressione del consenso, in fondo tutti i governi, anche quelli totalitari, tirannici o espressione di un sistema a partito unico, potevano pretendere di soddisfarlo¹⁰⁸, e quindi di incarnare «la volontà popolare» come «fondamento dell'autonomia».

105. Così come invece è sostenuto, con riferimento all'intervento dell'ECOWAS (The Economic Community Of West African States) in Liberia, non autorizzato dal Consiglio di sicurezza dell'ONU, da G. Nolte, *Restoring Peace by Regional Action: International Legal Aspects of the Liberian Conflict*, in "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht", 53, 1993, pp. 603 ss., spec. p. 625 (lo stesso autore, peraltro, rileva come in quel caso gli Stati intervenuti non invocarono il consenso prestato dal presidente Doe, che all'epoca «had lost control over almost the whole country», ivi, p. 622), e, più in generale, sulla base della prassi antecedente, L. Doswald-Beck, *The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government*, in "British Yearbook of International Law", Oxford University Press, Oxford 1985, pp. 189-252, spec. p. 199.

106. Cfr. in tal senso i contributi di D. Wippman, *Change and Continuity in Legal Justifications for Military Intervention in Internal Conflicts*, in "Columbia Human Rights Law Review", 1996, pp. 435 ss.; Id., *Military Intervention, Regional Organizations, and Host-State Consent*, in "Duke Journal of Comparative and International Law", 7, 1996-97, pp. 209 ss., spec. p. 212; A. Abass, *Consent Precluding State Responsibility: A Critical Analysis*, in "International and Comparative Law Quarterly", 53, 1, 2004, pp. 211 ss., spec. pp. 215-6; Geiss, *Failed States*, cit., p. 473.

107. Dottrina che appunto individua nell'effettività il criterio ultimo sulla cui base stabilire se un governo è legittimato a rappresentare uno Stato sul piano delle relazioni giuridiche internazionali. Cfr. W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, Clarendon Press, Oxford 1924⁸, p. 347; A. van Wyen Thomas, A. J. Thomas, *Non-Intervention – The Law and Its Import in the Americas*, Southern Methodist University Press, Dallas 1956, p. 94; Q. Wright, *United States Intervention in the Lebanon*, in "American Journal of International Law", 53, 1959, pp. 112 ss., spec. p. 120; R. J. Dupuy, *Agression indirecte et intervention sollicitée dans l'affaire libanaise*, in "Annuaire français de droit international", 1959, pp. 431 ss., spec. pp. 456-7; V. P. Nanda, *The United States Action in the 1965 Dominican Crisis: Impact on World Order – Part I*, in "Denver Law Journal", 43, 1966, pp. 439 ss., spec. p. 467; T. J. Farer, *Panama: Beyond the Charter Paradigm*, in "American Journal of International Law", 84, 1990, pp. 503 ss., spec. pp. 510-1; A. Tanca, *Foreign Armed Intervention in International Conflicts*, Nijhoff, Dordrecht 1993, pp. 36 e 48-50; V. Grado, *Guerre civili e terzi Stati*, CEDAM, Padova 1998, pp. 64 ss.

108. B. R. Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Clarendon Press, Oxford 1999, pp. 75 ss.

rità del governo», così come recita l'art. 21.3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (previsione peraltro non ripresa nell'art. 25 del Patto sui diritti civili e politici). Questo compromesso, una sorta di patto di non ingerenza, tra i diversi blocchi (occidentale, comunista, non allineati), era del resto ben supportato dalla Carta dell'ONU, in virtù dello spazio che – come si è detto – essa conferisce al principio di egualanza sovrana tra gli Stati e a quello di autodeterminazione dei popoli. La migliore garanzia per l'effettività, in fondo, stava proprio nel suo legame presuntivo, ma in pratica assai stretto (quasi assoluto), con questi due principi angolari del sistema giuridico internazionale. Una presunzione che oggi può essere più agevolmente “smascherata” in un contesto diverso dalla guerra fredda, nel quale una comunità internazionale economicamente sempre più globalizzata per il progressivo venir meno delle barriere alla circolazione dei fattori produttivi e giuridicamente sempre più integrata attorno ad alcuni valori e principi comuni si mostra disposta – almeno in molte sue componenti – a cedere quote di non ingerenza negli affari interni degli Stati (preferibilmente di *altri* Stati), in cambio della garanzia o della promozione universale di un modello di governo legittimo imperniato sulla trilogia democrazia di stampo repubblicano-occidentale, *rule of law* e tutela dei diritti fondamentali.

3.2. Il ruolo della legittimazione democratica nella definizione della rappresentanza dopo la fine della guerra fredda

Non stupirà, quindi, che nel periodo immediatamente successivo alla fine della guerra fredda abbiano iniziato a moltiplicarsi i contributi scientifici tesi a sostenere l'emersione nel diritto internazionale di un diritto alla democrazia¹⁰⁹, quantomeno nell'accezione procedurale di diritto a un governo legittimato da libere elezioni celebrate a suffragio universale e senza discriminazioni di sorta. Secondo questo filone di dottrina, oggi lo Stato non democratico non potrebbe più pretendere la protezione complessivamente accordata dalle norme internazionali alla sovranità, e quindi ad esempio il rispetto nei suoi confronti del divieto di ingerenza e di intervento esterno. Diverrebbero quindi legittimi interventi armati unilaterali tesi a deporre regimi non democratici, come ad esempio è stato sostenuto in occasione dell'invasione statunitense a Panama del 1989¹¹⁰. Insomma, la divaricazione tra effettività e volontà popolare, la

109. T. M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, in “American Journal of International Law”, 86, 1992, pp. 46 ss.; H. Fox, *The Right to Political Participation in International Law*, in “Yale Journal of International Law”, 17, 1992, pp. 539 ss. Per un affresco sul dibattito, cfr. H. Fox, B. R. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, e S. Marks, *The Riddle of All Constitutions*, Oxford University Press, Oxford 2000.

110. Reisman, *Sovereignty and Human Rights*, cit., p. 871: «When [the people's] confirmed wishes are ignored by a local caudillo [...] a jurist rooted in the late twentieth century can hardly

sconfessione della presunzione che ubbidienza valga consenso costerebbero all'effettività e a chi la detiene la perdita di ogni base di legittimazione¹¹¹. Una volta divenuto illegale – per chi ritiene che la democrazia sia divenuta oggetto di un obbligo – ovvero illegittimo, il governo perderebbe (parte almeno del) le sue prerogative sul piano internazionale, e lo Stato che ne verrebbe rappresentato soffrirebbe uno scadimento del suo *status giuridico*, una sorta di *capitis deminutio*.

A suffragio dell'affermarsi di un nuovo modello di legalità internazionale fondato sulla democrazia viene spesso invocata, oltre all'attività svolta in questo senso da alcune organizzazioni regionali in Europa e Sudamerica, e all'attività di promozione di regimi democratico-liberali svolta dalle amministrazioni delle Nazioni Unite coinvolte in operazioni di *post-conflict State-building*¹¹², o nell'amministrazione diretta di territori (Kosovo, Timor Est, Slavonia orientale)¹¹³, anche l'assistenza prestata dalla comunità internazionale al reinsegnamento di governi legittimi rovesciati da colpi di Stato, così com'è accaduto ad Haiti nel 1994 e in Sierra Leone nel 1998.

Mentre infatti l'intervento unilaterale degli Stati Uniti a Panama fu condannato in sede di Nazioni Unite come «a flagrant violation of international law and of independence, sovereignty and territorial integrity of States»¹¹⁴, nei casi di Haiti e Sierra Leone l'intervento armato esterno a sostegno dei governi democratici rovesciati riscosse l'autorizzazione preventiva o l'*imprimatur* successivo delle Nazioni Unite (il che appunto starebbe a dimostrare l'impegno della comunità internazionale volto a sostenere criteri di legalità a scapito dell'effettività). Nel caso di Haiti, l'intervento fu coperto dall'autorizzazione rilasciata dal Consiglio di sicurezza dell'ONU con la ris. 940 (1994) del 31 luglio 1994. Nel caso della Sierra Leone, invece, l'azione armata dell'ECOWAS (The Economic Community Of West African States) ricevette la successiva approva-

say that an invasion by outside forces to remove the caudillo and install the elected government is a violation of national sovereignty», e A. D'Amato, *The Invasion of Panama Was a Lawful Response to Tyranny*, in "American Journal of International Law", 84, 1990, pp. 516 ss. Cfr. inoltre L. E. Fielding, *Taking the Next Step in the Development of New Human Rights: The Emerging Right of Humanitarian Assistance to Restore Democracy*, in "Duke Journal of Comparative and International Law", 5, 1995, pp. 329 ss.; M. Halberstam, *The Copenhagen Document: Intervention in Support of Democracy*, in "Harvard International Law Journal", 34, 1993, pp. 163 ss.

111. Fox, *The Right*, cit., p. 595: «When the will of the people is the basis of the authority of government, regimes that thwart the will of the people lack legitimacy [...]. A regime that bases its legitimacy on nothing more than the fact that it holds power exercises no "sovereign" authority to object to such prescriptions».

112. M. Starita, *Processi di riconciliazione nazionale e diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2003, pp. 178 ss.

113. Su questa prassi, cfr. Fox, *Democracy, Right to*, cit.

114. Così la ris. 44/240, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 29 dicembre 1989 con un voto di 75 Stati a favore, 20 contrari e 40 astenuti.

zione da parte del Consiglio di sicurezza¹¹⁵, organo che in seguito – nella ris. 1162 (1998) del 17 aprile 1998 – plaudì alla rimozione della giunta militare che aveva rovesciato il presidente legittimo Kabbah. In questi casi, quindi, l'illegittimità del governo ebbe un impatto sul sistema di legalità collettiva, consentendo d'includere tra le ipotesi di minaccia alla pace nelle quali è possibile attivare il meccanismo di sicurezza dell'ONU il sovvertimento dell'esito di elezioni democratiche¹¹⁶.

Non ci sembra, però, che tali sviluppi depongano *necessariamente* a favore di un'evoluzione dell'ordinamento internazionale nel senso della sostituzione del diritto al bruto fatto. Quanto avviene, di nuovo, si presta altresì a essere spiegato attraverso il prisma del “vecchio” modello dell'effettività o, se si preferisce, all'integrazione tra questo modello e quello impernato su democrazia, diritti dell'uomo e *rule of law*. In un caso e nell'altro, il mutato contesto delle relazioni internazionali post-1989, caratterizzato dal passaggio a un mondo sostanzialmente unipolare sotto il profilo militare e anche politico, e dal conseguente rinnovato protagonismo assunto da un Consiglio di sicurezza dell'ONU oramai liberato dal gioco dei veti incrociati, ha reso materialmente più agevole accettare la divericazione tra effettività e volontà popolare (e quindi sovvertire la presunzione di corrispondenza prima esistente), e di conseguenza cercare di ripristinare la situazione conforme alla sovranità popolare e alla democrazia attraverso azioni più o meno genuinamente collettive, ovvero schiettamente unilaterali.

Tutto ciò detto, va segnalato – come già visto nella prima parte del lavoro – che il collasso del modello dell'effettività nei casi in cui la volontà popolare è stata coartata o tradita non è mai completo. E questa circostanza è spiegabile solo qualora si ammetta che i nuovi modelli non abbiano sostituito *in toto*, ma si siano tutt'al più integrati al “vecchio” modello dell'effettività. Ammesso e non concesso, infatti, che sia venuta meno la base di legittimità su cui quest'ultimo è fondato (ma si potrebbe anche più semplicemente ritenere che la presunzione su cui tale base poggiava sia oggi ancora esistente, solo più facilmente vincente), resisterebbe l'altro suo fondamento, quello legato al funzionamento dell'ordinamento internazionale. Del resto, gli stessi autori che sostengono la prepotente emersione di criteri diversi dall'effettività per l'individuazione del governo dotato di rappresentanza internazionale¹¹⁷ devono poi

115. Cfr. lo *Statement* del presidente del Consiglio di sicurezza dell'ONU, UN Doc. S/PRST/1998/5 del 26 febbraio 1998.

116. Cfr. in questo senso la ris. 841 (1993), adottata dal Consiglio di sicurezza il 16 giugno 1993 allo scopo di adottare sanzioni economiche contro Haiti, e la ris. 1132 (1997), adottata dallo stesso Consiglio l'8 ottobre 1997, allo scopo di attuare un embargo sulle armi e il petrolio contro la Sierra Leone.

117. J. d'Aspremont, *Responsibility for Coups d'Etat in International Law*, in “Tulane Journal of International and Comparative Law”, 18, 2010, pp. 451 ss., spec. pp. 455-6.

ammettere che, una volta assunto il potere effettivo, gli autori del colpo di Stato divengono «an organ of the state», sicché le condotte illecite che pongono in essere «are attributable to the State»¹¹⁸. Il che ha spinto altra parte della dottrina a sostenere che Haiti e Sierra Leone sono l'eccezione piuttosto che la regola¹¹⁹, e che le reazioni politiche ai colpi di Stato «do not ordinarily rise to the level of a denial of a coup regime's legal standing to represent the state for purposes of international law»¹²⁰.

Recenti casi di dualità di governi confermano la resistenza, anche solo “su una gamba”, del modello dell’effettività.

3.3. Il perdurante rilievo dell’effettività e le sue ragioni

Gli ultimi mesi del 2010, e i primi del 2011, hanno sottoposto all’attenzione degli osservatori due interessanti vicende nelle quali si è nuovamente posto il problema della dualità di governi e quindi della rappresentanza internazionale dello Stato: la Costa d’Avorio e la Libia.

Nel primo caso, le elezioni svoltesi nel novembre del 2010 hanno visto prevalere Alassane Ouattara (54%) su Laurent Gbagbo (46%), con un voto il cui regolare esito è stato certificato da una commissione elettorale indipendente. Il risultato del voto è, però, stato invalidato dal presidente del Consiglio costituzionale che ha dichiarato Gbagbo vincitore e lo ha proclamato presidente del paese. La comunità internazionale si è immediatamente opposta all’annullamento dell’esito della consultazione elettorale. Le Nazioni Unite, l’Unione Africana, l’ECOWAS, l’Unione Europea, e singoli paesi come la Francia, il Regno Unito e gli Stati Uniti hanno riconosciuto pubblicamente Ouattara come legittimo vincitore della consultazione elettorale e presidente del paese. L’ECOWAS e l’Unione Africana hanno sospeso la Costa d’Avorio dai lavori dei propri organi, sospensione protrattasi fino all’insediamento del presidente legittimamente eletto. Il Consiglio di sicurezza dell’ONU, nella ris. 1962 (2010) del 20 dicembre 2010, salutò con favore l’adozione di queste sanzioni, chiedendo alle parti del conflitto e alla comunità internazionale di riconoscere Ouattara come presidente democraticamente eletto.

È chiaro, quindi, come in questa vicenda il criterio che ha guidato la comunità internazionale nell’individuare quale dei due governi fosse il proprio interlocutore sia stata la legittimazione elettorale. Tutti gli Stati membri dell’Unione

118. Ivi, p. 473.

119. M. Frulli, *Il rigetto delle credenziali di governi non democratici da parte dell’Assemblea generale dell’ONU: uno strumento a tutela della democrazia?*, in R. Orrù, L. Sciannella (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 65 ss., spec. p. 72.

120. M. Fabry, *The Right to Democracy in International Law: A Classical Liberal Reassessment*, in “Millennium Journal of International Studies”, 37, 3, 2009, pp. 721 ss., spec. p. 735.

Europea hanno accettato le credenziali dei rappresentanti diplomatici del governo Ouattara, e lo stesso ha fatto l'Assemblea generale dell'ONU¹²¹. Tuttavia, l'intervento armato posto in essere all'inizio dello scorso mese d'aprile dalla missione delle Nazioni Unite in Costa d'Avorio (UNOCI), con l'appoggio della forza francese Unicorno, allo scopo di proteggere i civili ma anche di rovesciare il governo Gbagbo, non è stato legittimato dalla richiesta provenuta dal governo Ouattara, ma dall'autorizzazione data dal Consiglio di sicurezza con ris. 1975 (2011) del 30 marzo 2011. Il che continua a sorreggere l'idea che nei casi di dualità o scontro tra compagini di governo il consenso espresso solo da una di esse, benché legittimo, non è base sufficiente a esprimere la volontà dello Stato nel suo complesso a ospitare un intervento armato di terzi.

Nella vicenda in esame, peraltro, non pare essersi prodotta una chiara divaricazione tra effettività e legittimazione democratica, quanto piuttosto lo scontro tra due effettività non definitive, di cui solo una era sorretta dal voto democratico certificato a livello internazionale. Mentre, infatti, Gbagbo era asserragliato nei suoi palazzi ad Abidjan, Ouattara controllava tutto il Nord del paese, area dalla quale il suo esercito ha poi preso le mosse per attaccare la capitale.

Ancora più interessanti sono le indicazioni che provengono dal conflitto libico.

Anche nel caso della Libia, infatti, si è posto il problema se riconoscere come governo del paese il nuovo Consiglio nazionale transitorio di stanza a Bengasi, disconoscendo quindi le prerogative del regime ancora presieduto da Gheddafi a Tripoli. In questa vicenda, però – almeno in una prima fase che si è protratta da febbraio alla metà di luglio del 2011 – non pare che alla diffusa affermazione dell'illegittimità del governo Gheddafi (responsabile di aver aperto il fuoco armato contro la sua stessa popolazione e quindi di gravi violazioni dei diritti dell'uomo) sia immediatamente conseguito un massiccio disconoscimento delle sue prerogative sul piano giuridico. Se, infatti, Francia, Italia e un'altra decina di Stati hanno riconosciuto piuttosto celерmente il Consiglio di Bengasi come interlocutore o rappresentante legittimo del popolo libico (non della Libia come Stato)¹²², molto più cauto è stato l'atteggiamento adottato da Stati Uniti e Regno Unito. Nonostante la chiara presa di posizione dei governi di Washington e Londra nel senso della perdita di legittimità del governo Gheddafi (come affermato dal presidente Obama il 26 febbraio 2011 «when a leader's only means of staying in power is to use mass violence against his own people, he has lost the legitimacy to rule»¹²³, pensiero ribadito dal

121. Cfr. d'Aspremont, *Duality of Government*, cit.

122. L. Balmont, *Chronique des faits internationaux*, in "Revue Générale de Droit International Public", 2011, p. 563.

123. Citato da S. Talmon, *The Difference between Rhetoric and Reality: Why an Illegitimate Regime May Still Be a Government in the Eyes of International Law*, in <http://www.ejiltalk.org>.

primo ministro britannico Cameron, secondo il quale «it is clear that this is an illegitimate regime that has lost the consent of the people»¹²⁴), entrambi i governi hanno infatti continuato a riconoscere il governo Gheddafi nella qualità di legale rappresentante della Libia. Come è stato osservato dall'assistente Segretario di Stato americano Crowley «from a legal standpoint, he [Gheddafi] is still head of state and head of government. But clearly, he has lost legitimacy in the eyes of the people». La linea per cui il governo di Tripoli dovesse essere considerato ancora il rappresentante della Libia fu poi riaffermata dal governo statunitense allorché il ministro degli Esteri di Tripoli fece pervenire al Dipartimento di Stato a Washington un fax con il quale ritirava l'accreditamento dell'ambasciatore libico negli Stati Uniti, Ali Suleiman Aujali, sostituendolo con un *chargé d'affaires* presso l'ambasciata. Alla domanda se ciò significasse continuare a riconoscere il governo di Tripoli come rappresentante della Libia, lo stesso esponente del Dipartimento di Stato prima citato rispose ribadendo il distinguo tra piano della legittimità e piano della legalità: «There's a question of legality [...] and there is a question of legitimacy. As a legal matter, there [...] is still a duly constituted Lybian government that [...] meets the international definition»¹²⁵.

Quanto invece alla prima reazione del governo britannico, è stato osservato come gli atti assunti dal Foreign Office, nonostante le apparenze, «does not call into question his [Gheddafi's] status as the head of the Lybian government»¹²⁶. In particolare «does not deprive Colonel Qaddafi, as head of State of Lybia, of his existing personal or functional immunity under the state Immunity Act 1978»¹²⁷.

Una questione di accreditamento è sorta anche in seno alle Nazioni Unite. Il 1º marzo 2011, infatti, l'ONU ha ricevuto una nota con la quale si informava che l'ambasciatore e il viceambasciatore libico presso quell'organizzazione – autori di una spettacolare dichiarazione di condanna rivolta contro il governo che rappresentavano, in sede di approvazione da parte del Consiglio di sicurezza della ris. 1970 del 26 febbraio 2011¹²⁸ – erano stati sollevati dai loro compiti di rappresentanza, compiti che in effetti non hanno più svolto.

Insomma, anche se il governo Gheddafi aveva perso legittimità, il problema delle relazioni giuridiche con la Libia ha continuato per un certo periodo a essere risolto sulla base dell'effettività del suo potere. Risultato che, peraltro, è indirettamente confermato anche dai riconoscimenti del Consiglio nazionale

124. *Ibid.*

125. *Ibid.*

126. S. Talmon, *Has the United Kingdom De-Recognized Colonel Qadhafi as Head of State of Lybia?*, in <http://www.ejiltalk.org>.

127. *Ibid.*

128. UN Doc. SC/10187/Rev.1 del 26 febbraio 2011.

di transizione cui prima si accennava. Si è trattato, infatti, di atti aventi valore essenzialmente politico (come osservato dal ministro degli Esteri francese Juppé: «Today the NTC is obviously not the Libyan State or even the Libyan government. So it's political recognition, as a valid interlocutor, perhaps not the only one»)¹²⁹, contenenti il riconoscimento *de facto* dei ribelli come interlocutori negoziali. In quanto tali, questi atti non erano incompatibili con il perdurare del governo Gheddafi nella veste di governo *de jure* della Libia. Essi insomma lasciavano intatte le prerogative di quest'ultimo sul piano giuridico-internazionale¹³⁰. Solo il 15 luglio 2011 (poco più di un mese prima della caduta del regime Gheddafi), i 32 paesi partecipanti al Gruppo di contatto per la Libia hanno proceduto al riconoscimento del Consiglio nazionale di transizione come «the legitimate governing authority in Libya», e quindi governo del paese (torneremo su questo punto tra poco).

Anche queste prese di posizione, quindi, sembrano confermare come i governi ritenuti illegittimi non siano necessariamente considerati dalla comunità internazionale (o comunque da una sua parte influente) del tutto privi della capacità giuridica di asserire diritti, incorrere in obblighi, esercitare poteri, godere di immunità, nominare i propri rappresentanti¹³¹. Il che dimostra che l'effettività – finché c'è – ha ancora un ruolo da giocare in queste vicende, quantomeno per la sua *ratio* funzionale, che resiste anche quando è franata la base di legittimità fondata sulla corrispondenza tra potere effettivo e consenso popolare.

3.4. La pretesa incidenza della (il)legittimità sulla legalità: capitis deminutio e Paria-Staaten. Una critica

Ma non è tutto qui. La perdita di legittimità, infatti, se non priva di rilievo il controllo effettivo, non resta senza conseguenze sul piano giuridico. Com'è stato osservato in dottrina, infatti, la stigmatizzazione di Stati o governi come illegittimi, criminali, terroristi ecc. di solito si accompagna a un trattamento peggiorativo del loro *status* giuridico¹³². In altri termini, il soggetto colpito finisce con il subire (se si vuole anche solo materialmente) una restrizione della sua sfera giuridica, nel senso di essere privato di alcune delle prerogative che normalmente spettano ai sovrani. L'illegittimità, insomma, pretende “dall'esterno” di condizionare il piano della legalità.

129. Conferenza stampa del 13 aprile 2011, in http://www.diplomatie.gouv.fr/en/article_imprim.php3?id_article=15469.

130. Così S. Talmon, *Recognition of the Libyan National Transitional Council*, in “ASIL Insights”, 15, 16, 2011, in <http://www.asil.org/insights110616.cfm>.

131. Così anche B. R. Roth, *Secessions, Coups and the International Rule of Law: Assessing the Decline of the Effective Control Doctrine (January 7, 2011)*, Wayne State University Law School Research Paper No. 10-15, in <http://ssrn.com/abstract=1736718>.

132. P. Minnerop, *Paria-Staaten im Volkerrecht?*, Springer, Berlin 2004, p. 505.

Nel caso libico, ad esempio, può osservarsi come proprio la perdita di legittimità abbia agito su due fronti. Essa ha da un lato contribuito ad ampliare le maglie entro cui si è svolta l’azione armata collettiva benedetta dall’ONU e, dall’altro, a giustificare la decisione di riconoscere prematuramente il Consiglio di Bengasi come governo del paese¹³³.

E invero, quanto al primo aspetto, proprio il reiterato riferimento alla perdita di legittimità da parte del governo libico ha caratterizzato la strategia argomentativa che – sulla scia della risoluzione adottata dal Consiglio della Lega degli Stati arabi il 12 marzo 2011 – è stata impiegata da diversi Stati nelle dichiarazioni di voto che si sono accompagnate all’approvazione della ris. 1973 (2011) del 17 marzo 2011¹³⁴, la risoluzione cioè con cui il Consiglio di sicurezza dell’ONU ha autorizzato gli Stati membri ad adottare tutte le misure necessarie, e quindi l’uso della forza, per proteggere i civili e le aree popolate dai civili che si trovavano sotto minaccia d’attacco in Libia. Tale inciso, e in particolare il riferimento alle aree popolate da civili, è stato interpretato da alcuni autori nel senso che l’obiettivo della risoluzione non sarebbe solo quello di proteggere in via sostitutiva i civili (attuando il modello sostitutivo della *responsibility to protect*), quanto invece «stopping Gaddafi’s forces from winning the civil war in Lybia»¹³⁵, e quindi «orientare a favore dei ribelli l’esito di una guerra civile»¹³⁶. Ritorna qui il tema della *capitis deminutio* dell’ente illegittimo. In altri termini, ciò che probabilmente neanche lo stesso Consiglio di sicurezza potrebbe fare in circostanze normali – dato che ai sensi dell’art. 24.2 della Carta dell’ONU tale organo nell’assolvere la sua responsabilità principale nel mantenimento della pace deve rispettare i principi della Carta, tra cui quello di sovrana egualianza degli Stati, che ai sensi della Dichiarazione sulle relazioni amichevoli tra gli Stati include le prerogative “inherent in full sovereignty”, tra cui l’inviolabilità dell’indipendenza politica – diverrebbe invece permesso come riflesso dell’ille-gittimità del regime.

Considerazioni non dissimili possono essere svolte a proposito del già citato riconoscimento del Consiglio nazionale di transizione di Bengasi come governo della Libia, prestato, il 15 luglio 2011, dagli Stati del Gruppo di contat-

133. Secondo Milano, *Unlawful Territorial Situations*, cit., p. 272, la legittimità, indirizzando processi di riconoscimento di nuovi assetti di potere, opererebbe come «A device of transformation of illegal effectiveness into a legal one».

134. Cfr. in particolare le dichiarazioni del Libano, del Regno Unito, della Germania, della Colombia e del Portogallo, in UN Doc. S/PV.6498 del 17 marzo 2011 (rispettivamente alle pp. 3, 4, 7, 8).

135. D. Akande, *What Does UN Security Council Resolution 1973 Permit?*, in <http://www.ejiltalk.org>.

136. P. Picone, *Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento “umanitario” in Libia*, in “Diritti Umani e Diritto Internazionale”, 2011, pp. 213 ss., spec. p. 230.

to per la Libia (composto essenzialmente da paesi occidentali appartenenti alla NATO, paesi arabi, alcuni paesi africani come Sudafrica, Egitto e Sudan, e infine paesi, come Brasile e India, che si erano astenuti in sede di approvazione della ris. 1973 (2011)). Secondo costoro, «the Qaddafi regime no longer has any legitimate authority in Libya [...] Henceforth and until an interim authority is in place, participants agreed to deal with the National Transitional Council (NTC) as the legitimate governing authority in Libya»¹³⁷. A differenza del riconoscimento *de facto* precedentemente prestato da una dozzina di Stati, questo riconoscimento *de jure* ha importato l'automatico disconoscimento delle prerogative giuridico-internazionali del regime Gheddafi. Di conseguenza, il Regno Unito (seguendo l'esempio di Stati Uniti e Francia) ha subito provveduto a espellere tutto il personale diplomatico dell'ambasciata libica a Londra, invitando nel contempo il Consiglio di Bengasi a inviare in sua sostituzione propri rappresentanti¹³⁸. Com'è stato, però, candidamente riconosciuto dal segretario di Stato statunitense Hillary Clinton e dai ministri degli Esteri britannico Hague e francese Juppé¹³⁹, il vero obiettivo del riconoscimento era far giungere il più celermemente possibile finanziamenti al Consiglio di Bengasi. Riconoscerlo come governo *de jure* equivaleva, infatti, a considerarlo legittimo titolare della proprietà e della disponibilità dei beni statali libici siti all'estero¹⁴⁰ (beni in parte congelati in esecuzione delle sanzioni predisposte dal Consiglio di sicurezza con la ris. 1970 (2011)), e cioè di un patrimonio complessivamente stimato attorno ai 130 miliardi di dollari. Consentiva altresì di vendere sul mercato internazionale il petrolio libico. Di conseguenza, il governo britannico ha subito messo in cantiere i provvedimenti necessari a "scongelare" beni per 91 milioni di sterline appartenenti a una compagnia petrolifera libica ora controllata dal Consiglio di Bengasi, oltre a capitali e altri beni appartenenti alla Banca centrale libica¹⁴¹. Parimenti, Francia e Italia hanno subito annunciato lo scongelamento di beni per un totale di 100 milioni di dollari¹⁴².

Ovviamente, sul piano strettamente giuridico, non mancano ottimi argomenti per respingere il tentativo di utilizzare la perdita di legittimità come argomento in grado di negare a uno Stato e al suo governo le prerogative che

137. Reperibile presso il sito del ministero degli Esteri turco http://www.mfa.gov.tr/fourth-meeting-of-the-libya-contact-group-chair_s-statement_-15-july-2011_-istanbul.en.mfa.

138. *UK Expels Gaddafi Diplomats and Recognises Libya Rebels*, in <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-14306544?print=true>.

139. *Libyan Rebels Get us Recognition Yet Must Wait for Cash*, in <http://www.businessweek.com/news/2011-07-16/libyan-rebels-get-u-s-recognition-yet-must-wait-for-cash.html>.

140. È questo infatti uno degli effetti peculiari del riconoscimento di governi, cfr. M. Peterson, *Recognition of Governments Should Not Be Abolished*, in "American Journal of International Law", 77, 1983, pp. 31 ss., spec. p. 36.

141. *Ibid.*

142. <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/07/168662.htm>.

spettano a tutti i sovrani. Per ciò che attiene all'intervento armato santificato dal Consiglio di sicurezza, è sufficiente rimandare alle critiche già avanzate in dottrina circa i profili di sostanziale illecità dell'intervento¹⁴³. Quanto invece al riconoscimento, diversi commentatori¹⁴⁴, prima (ma anche dopo) il suo annuncio, ne hanno sottolineato il carattere prematuro perché operato in una situazione in cui la capitale e parte del paese si trovavano ancora sotto il controllo effettivo del regime Gheddafi. Si è trattato quindi, all'evidenza, di un'illecita ingerenza negli affari interni di un altro Stato.

La qualifica d'illecito, tuttavia, ha in pratica scarso rilievo. L'appoggio militare, politico e finanziario fornito da parte della comunità internazionale al Consiglio di Bengasi ha effettivamente prodotto, a poco più di un mese dal riconoscimento, la caduta del regime di Gheddafi. Lo stigma d'illegittimità, quindi, ha senz'altro prodotto effetti sul piano politico. La circostanza che si sia preteso di giustificare tali effetti anche sul piano giuridico, legalizzando una deroga a consolidati principi internazionali senza per ciò stesso vederne mutare l'operatività nei propri confronti, subire altre conseguenze o anche solo incorrere in una condanna da parte della comunità internazionale, riporta alla mente l'idea¹⁴⁵ di chi sostiene che tale stigma operi in concreto come strumento di un diritto internazionale egemonico¹⁴⁶.

4. CONCLUSIONI: IL DIRITTO INTERNAZIONALE IN MEZZO AL GUADO TRA DIVERSI MODELLI DI LEGITTIMITÀ?

La tesi difesa in questo contributo è che i critici dell'autonomo ruolo dell'effettività, fautori di una sua sostituzione con criteri di legalità o legittimità – vuoi per *domestic analogy*, vuoi per l'indeducibilità del diritto dal fatto, vuoi per la teoria della *democratic peace*, vuoi ancora per ragioni di avanzamento dell'ordinamento verso un più elevato tasso di civiltà giuridica e morale, vuoi infine per rafforzarlo nel confronto con altri sistemi di legalità –, mancano abitualmente di riconoscere il doppio fondamento su cui il modello dell'effettività è stato tradizionalmente incentrato. Non è solo la sua strumentalità rispetto all'ordinato funzionamento del sistema giuridico internazionale che può spiegarne il successo. A tale ragione, se ne è sempre affiancata un'altra, che conferi-

143. U. Villani, *Aspetti problematici dell'intervento militare nella crisi libica*, in "Diritti Umani e Diritto Internazionale", 2, 2011, pp. 369 ss.

144. Cfr. ad esempio Talmon, *Recognition of the Libyan National Transitional Council*, cit.; J. B. Bellinger, *Legal Questions in us Nod to Libya's Opposition*, in <http://www.cfr.org/libya/legal-questions-us-nod-libyas-opposition/p25489>; D. Akande, *Recognition of Libyan National Transitional Council as Government of Libya*, in <http://www.ejiltalk.org>.

145. Per un'analisi del tema, cfr. Minnerop, *Paria-Staaten*, cit., pp. 447 ss.

146. D. F. Vagts, *Hegemonic International Law*, in "American Journal of International Law", 2001, pp. 843 ss.

sce all'effettività una sua base di legittimità. Come si è più volte detto, infatti, in un contesto di relazioni internazionali improntato al pluralismo ideologico, il criterio del controllo effettivo era quello che per approssimazione meglio si prestava a dimostrare, almeno in via presuntiva, che il potere era *giusto* perché basato su una volontà popolare espressa attraverso l'ubbidienza all'ordinamento. Il passaggio, dopo la fine della guerra fredda, a un mondo unipolare sotto il profilo ideologico, politico e militare (anche se non economico) ha fatto sì che si moltiplicassero e potenziassero le aspettative d'evoluzione dell'ordinamento in direzione di un più alto tasso di legalità e legittimità, e quindi in senso contrario all'effettività. Secondo un auspicio diffuso, si è preso quindi a configurare come necessario il passaggio da un ordinamento "debole" incapace di opporsi alla legge del più forte a un ordinamento "forte" imperniato sulla virtù civilizzatrice della democrazia, dei diritti dell'uomo e del *rule of law*.

Sussiste tuttavia anche la possibilità di adottare differenti spiegazioni di quanto sta avvenendo. L'intero discorso, infatti, può essere declinato non nei termini dell'integrale sostituzione del diritto al fatto, o di un nuovo modello di legittimità al modello dell'effettività, quanto invece di un'integrazione fra i due. O ancora è possibile ricondurre la pretesa evoluzione *all'interno* del vecchio modello dell'effettività.

Ammettendo l'integrazione, si dovrebbe ritenere che il vecchio modello dell'effettività abbia perso uno dei suoi punti d'appoggio (cioè che non operi più la presunzione in virtù della quale la volontà popolare si esprime nell'ubbidienza a un assetto di potere interno e si riflette quindi nel controllo effettivo). Il suo posto sarebbe stato preso o da un obbligo positivo alla democrazia o dall'ideale della democrazia come criterio ispiratore di assetti politico-istituzionali.

Rimanendo invece all'interno del modello dell'effettività, e quindi ammettendo la perdurante esistenza della presunzione appena menzionata, dovrebbe solo prendersi atto di come, oggi, sia divenuto assai più agevole fornire la prova contraria, in ragione del fatto che la comunità internazionale appare maggiormente coesa attorno ad alcuni valori collettivi di cui promuove l'attuazione universale e la cui protezione giustifica una più profonda ingerenza negli affari interni dei singoli Stati. Il tutto unito alla reviviscenza di vecchi meccanismi di garanzia collettiva e alla creazione di nuovi.

Il vantaggio, tuttavia, del ricorso al vecchio modello dell'effettività o all'ipotesi dell'integrazione tra modelli, nuovi e vecchi, di legittimità è che diviene possibile spiegare – accanto alla progressiva maggiore incidenza di criteri di legalità/legittimità, che pure va senza dubbio riconosciuta – l'altro aspetto che caratterizza il trattamento della statualità negli ultimi decenni, ovverosia la resistenza dell'effettività ("su una gamba", per così dire).

Ciò che avviene, infatti, è che gli Stati o i governi illegittimi, per quanto isolati, sanzionati o colpiti, non sono (e non possono essere) del tutto ignorati

dall'ordinamento internazionale. La ragione va essenzialmente rintracciata nelle caratteristiche strutturali dell'ordinamento stesso. Anche sotto questo profilo, però, non è mera strumentalità quella che sorregge l'effettività. Il funzionamento dell'ordinamento nelle comunità territoriali organizzate sotto il controllo di un apparato di governo, sia esso "buono" o "cattivo", "legale" o "illegale", significa anche garanzia che qualcuno risponderà della tutela dei diritti dell'uomo, del perseguimento e della punizione degli autori di crimini internazionali, della protezione degli stranieri, del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Garanzia, insomma, di un ordinamento che non divenga puramente virtuale, né cada vittima dell'*horror vacui* che lo affligge.