

Capitolo 1

Unità e frammentazione del diritto internazionale*

1. Già a metà degli anni Novanta si sosteneva che il potere della maggior parte degli Stati stesse significativamente diminuendo e che sia la loro autorità sulle popolazioni sia le loro attività all'interno dei rispettivi confini territoriali si stessero indebolendo. Nel frattempo autorità non statali stavano incrementando la propria influenza su quelle popolazioni e su quelle attività¹.

È utile osservare che questa crisi dello Stato e dello spazio giuridico pubblico, produce, nel contesto domestico ed in quello internazionale, cambiamenti alquanto contraddittori. Da un lato attiva reazioni di forte conservazione da parte dei difensori delle prerogative della sovranità nelle sue manifestazioni interne ed esterne, il c.d. sovranismo e il populismo²; dall'altro, apre la strada alla possibilità di inedite, per quanto non chiare, trasformazioni. Quel che emerge, comunque, ad un primo sguardo, è che il diritto internazionale pubblico cessa di essere l'unico attore sulla scena mondiale che si trova a dover registrare la compresenza di quelli che sono stati definiti regimi internazionali³ – le nuove tipologie giuridiche a vocazione globale –,

* Questo capitolo è già apparso in precedenza sulla rivista *Teoria politica*, (2, 2008, pp. 41-63) col titolo *Il diritto internazionale in bilico fra Stati, comunità internazionale e società civile globale*. Qui è ripubblicato aggiornato, modificato in alcune sue parti e molto ampliato.

¹ S. Strange, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

² M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 29-30.

³ A. Fischer-Lescano-G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 4, 2004, pp. 999-1046, secondo i quali lungo la globalizzazione si sono consolidati numerosi “regimi internazionali”, frutto di un notevole livello di integrazione internazionale che segna il nostro tempo, soprattutto in materia economica. B. Simma-D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, in *European Journal of International Law*, 3, 2006, p. 486. Il concetto di “regime internazionale” è inizialmente definito da Krasner (S.D.

mentre gli Stati⁴ devono competere, sulla stessa scena, con nuovi attori non-statali, variamente definiti sovranazionali, locali o privati, finendo per perdere il proprio primato normativo⁵.

La relativa disciplina starebbe, di conseguenza, attraversando una delle sue periodiche crisi, in cui tenta di rinnovarsi, aggiornandosi, e di ribadire la propria rilevanza “disciplinare”⁶. Gli Stati, a loro volta, devono sottomettersi a nuove e più intense forme di sorveglianza e di monitoraggio a causa dell’incremento del numero di “regimi” (che riguardano questioni molto diverse quali il controllo delle armi, la salvaguardia dell’ambiente, la salute mondiale, il commercio globale, la violazione dei diritti umani, ecc.), del numero di Corti internazionali⁷ (dalla Corte internazionale di Giustizia fino alla Corte internazionale penale, passando attraverso tutti i tribunali speciali e gli *appellate body* come quello del WTO), e di quello di autorità sovranazionali (dall’Unione europea al sistema delle Nazioni Unite). Inoltre, l’emergenza di nuovi settori sociali al tempo stesso separati e interconnessi – dalla sicurezza al clima, all’ambiente, alla salute, al commercio, ai diritti umani –,

Krasner (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983) come un insieme di “principi espliciti o impliciti, di norme, di regole e procedure decisionali, intorno alle quali convergono le aspettative degli attori in un determinato settore delle relazioni internazionali”.

⁴M.R. Ferrarese, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli stati*, in *Stato e mercato*, 1, 2017, pp. 79-104, p. 85: “Lo stato, inteso tipicamente come un soggetto unitario, quale era nella rappresentazione sovrana, nei vari regimi internazionali si rifrange in figure composite, come in un quadro cubista, dando luogo ad una situazione di prevalente “frammentazione” nello scenario internazionale, che riguarda sia le norme che l’autorità”, facendo riferimento a T. Broude, *Fragmentation(s) of International Law: On Normative Integration as Authority Allocation*, in T. Broude, Y. Shany (eds), *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy, and Subsidiarity*, Hart publishing, Oxford-Portland, 2008.

⁵B. Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, in *European Journal of International Law*, 9, 1998, pp. 599-625. Cfr. in proposito M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Il Mulino, Bologna, 2002; Id., *Diritto Sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006 e S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

⁶A. Orford, *A Jurisprudence of the Limit*, in A. Orford (ed.), *International Law and its Others*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 1 ss., p. 2, e cfr. Id., *The Destiny of International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 17, 2004, p. 441 ss.

⁷Cfr. B. Kingsbury, *Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 4, 1999, p. 679 ss.; C.P.R. Romano, *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 4, 1999, p. 709 ss.; J. Charney, *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals*, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 271, 1998, pp. 101-382.

comporta che due o più regimi giuridici possono rilevare contemporaneamente su tali settori⁸.

A causa di questo incremento si è, invece, sostenuto che, mai come oggi, la realtà internazionale sarebbe pervasa dal diritto e che sarebbe lecito parlare di espansione del diritto internazionale⁹. Una espansione che sarebbe provocata, in primo luogo, da un allargamento degli scopi materiali di tale diritto (grazie infatti alla necessità della cooperazione internazionale, esso oggi riguarderebbe quasi tutti gli ambiti dell'attività politica, sociale, economica, scientifica e tecnologica dell'uomo); in secondo luogo dalla moltiplicazione di attori non statali sulla scena internazionale e, infine, dal consolidarsi dell'efficacia degli obblighi internazionalistici (grazie all'approvazione di alcune convenzioni, soprattutto nel campo dei diritti umani, del diritto internazionale dell'economia, del diritto internazionale ambientale, del diritto del commercio internazionale e del diritto penale internazionale)¹⁰.

Indipendentemente dai giudizi che si possono dare sulla pervasività di questo diritto, sembra chiaro che gli straordinari cambiamenti provocati quotidianamente dalla globalizzazione aprano questioni complesse sia per le esistenti istituzioni internazionali, sia per le scienze giuridiche riguardo a temi quali la sovranità, il territorio, la responsabilità degli Stati, l'uso della forza. Le questioni che vengono poste al sistema internazionale e alla relativa disciplina richiederebbero, infatti, che le risposte consentissero una comprensione delle forme oggi assunte dalla globalizzazione¹¹.

Per gli studiosi di questo diritto le risposte a tali questioni sono comunque "fonte di ansia", un'ansia che Koskenniemi non ha esitato a definire post-moderna e che sarebbe anche collegata alla rilevanza o irrilevanza della disciplina giusinternazionalista e del ruolo "accademico" degli studiosi di diritto internazionale. È stato sostenuto¹² che, "sebbene la questione di quale ruolo debbano giocare il giusinternazionalista e il pratico, il giurista professionalmente impegnato nelle organizzazioni internazionali, sia questione an-

⁸ G. Palombella, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2, 2018, pp. 315-342.

⁹ T. Treves, *The Expansion of International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Brill, Leiden, 2019; H. Cantú-Rivera, *The Expansion of International Law Beyond Treaties*, in *American Journal of International Law Unbound*, 108, 2014, pp. 70-73.

¹⁰ P.M. Dupuy, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 4, 1999, p. 791 ss.

¹¹ J. Butler, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Verso, London, 2004, p. 8.

¹² A. Orford (ed.), *International Law and its Others*, cit.

tica e complessa, è vero anche che retrospettivamente è possibile affermare che le tradizionali divisioni e i dibattiti fra “positivisti” “realisti”, “pragmatisti” e “critics” (studi critici del diritto) avevano comunque uno sfondo curiosamente sicuro e comune, grazie al quale, nonostante le divisioni, alcuni assunti comuni venivano mantenuti da tutte le diverse scuole”. Le vecchie verità che tenevano insieme i membri di quello che Oscar Schachter aveva definito “l’invisibile ‘college’ dei giuristi internazionalisti”¹³ non sembrano oggi più tenere¹⁴ di fronte alle profonde contraddizioni provocate dal moltiplicarsi di regimi giuridici. Essi, infatti, provocherebbero quella che è stata definita dalla stessa Assemblea Generale delle Nazioni Unite – che, come abbiamo già anticipato, ha incaricato la Commissione di diritto internazionale, organo deputato alla codificazione di tale diritto, di studiare il nuovo fenomeno – la “frammentazione del diritto internazionale”.

A provocare questo fenomeno non sarebbe solo il conflitto fra norme, ma il fatto stesso che tale conflitto è provocato dai contrasti esistenti fra le differenti “razionalità” che distinguono i diversi attori che si muovono sulla scena globale¹⁵. La frammentazione del diritto internazionale sarebbe, di conseguenza, solo il riflesso passeggero di una frammentazione ben più profonda che è quella che caratterizza la stessa società globale.

È evidente che, se la conformità del diritto internazionale al criterio unitario valeva ad assicurare, tra le altre funzioni, quella di sancire una parallela “concezione territoriale della società”¹⁶ – ovvero quella relativa alla comunità degli Stati fondata sui confini costruiti e controllati dagli Stati stessi – tale concezione evidenzia limiti manifesti in un’epoca globale in cui i flussi di informazioni, di comunicazione, di merci e di persone rimescolano sempre più i tradizionali confini fino quasi a mettere in crisi la classica dicotomia interno-esterno¹⁷.

¹³ O. Schachter, *The Invisible College of International Lawyers*, in *Northwestern University Law Review*, 72, 1977, p. 217 ss.

¹⁴ A. Anghie, *On the critique and the other*, in A. Orford (ed.), *International Law and its Others*, cit., p. 389 ss., p. 397.

¹⁵ A. Fischer-Lescano-G. Teubner, *Regime-Collisions*, cit., secondo i quali la frammentazione del diritto internazionale riflette la collisione di razionalità fundamentalmente contraddittorie.

¹⁶ Fanno notare A. Fischer-Lescano-G. Teubner, *Regime-Collisions*, cit. che nel 1971, riflettendo sul concetto di società mondiale, Luhmann si concesse l’“ipotesi speculativa” che in futuro il diritto globale si sarebbe frammentato in modo radicale, non secondo una logica territoriale bensì settoriale. La ragione di un tale mutamento sarebbe stata il passaggio da aspettative normative (politica, moralità, diritti) ad aspettative cognitive (economia, scienza, tecnologia); una trasformazione che si sarebbe realizzata con la transizione da società organizzate attraverso confini nazionali alla società globale.

¹⁷ Cfr. M. Kaldor, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell’età globale*, Carocci, Roma

È nel passaggio dalla comunità degli Stati alla società globale che andrebbero ricercate le cause del frantumarsi del diritto internazionale, o meglio della sua *frammentazione*¹⁸.

2. I giusinternazionalisti sono soliti ragionare, quando elaborano i paradigmi della relativa scienza giuridica, in termini di comunità internazionale. È consuetudine dei medesimi, peraltro, non distinguere analiticamente fra lemmi quali società internazionale, o società degli Stati, e comunità internazionale, lemmi a cui oggi si affiancano nuovi concetti, quali appunto quello di globalizzazione.

Il termine comunità internazionale viene spesso utilizzato come sinonimo di società internazionale o comunità mondiale: è necessario, quindi, fare preliminarmente alcune distinzioni nel tentativo di mettere un po' di ordine fra i diversi concetti¹⁹.

La società internazionale è una società di Stati collegati fra loro da regole, accettate su base volontaria, che disciplinano le loro reciproche relazioni. Ancora nel 1986 la Corte dell'Aja sembrava pronunciarsi in termini di società internazionale quando, nel caso Nicaragua, affermava che “nel diritto internazionale non vi sono altre regole se non quelle che possono essere accettate da uno Stato interessato da un trattato o da altri strumenti normativi [...] e questo principio è valido per tutti gli Stati senza eccezione”. Il concetto di società internazionale è stato costruito sul riconoscimento delle plurali soggettività dei suoi membri ed è basato sulla necessità di regolare le loro relazioni. La caratteristica e la costituzione (in senso materiale) di tale società sono da identificarsi con i confini dei suoi Stati-membri. Essa “sembra riflettere in un certo modo il carattere *situato*, nello spazio e nel tempo, dei suoi componenti”²⁰.

Quando invece ci si esprime in termini di comunità internazionale il riferimento è a “un'unità politica di sostanza ideale che include gli Stati nella loro configurazione interna ed esterna e che è titolare dell'autorità di porre re-

2003, p. 40: “L'erosione delle distinzioni tra pubblico e privato, militare e civile, interno ed esterno rende in ultima analisi problematica la stessa distinzione tra guerra e pace”.

¹⁸Cfr. E. Loquin-C. Kessedjian (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000 e P. Schiff Berman, *The Globalization of International Law*, Ashgate, Aldershot, 2005; M. Shapiro, *The Globalization of Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 37, 1993, pp. 61-64.

¹⁹Cfr. A. Poch y de Caviedes, *Comunidad internacional y Sociedad internacional*, in *Revista de Estudios Políticos*, 11-12, 1943, pp. 341-400.

²⁰N. Tsagourias, *The Will of the International Community as a Normative Source of International Law*, in I.F. Dekker-W.G. Werner (eds), *Governance and International Legal Theory*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2004, p. 97 ss., p. 102.

gole operative e normative”²¹. Il semplice consenso non è quindi sufficiente a creare un sistema giuridico all’interno di tale comunità. Inoltre il riferimento agli Stati quali elementi costitutivi della comunità stessa “non preclude altri attori, istituzioni o agenti, dall’adempiere al contenuto normativo che tale comunità adotta”. Da questo punto di vista, “la comunità internazionale porta con sé un valore e si presenta come dinamica ed intrinsecamente in espansione”²², mentre la società internazionale appare statica ed introiettata su sé stessa ma, allo stesso tempo, neutra, avaloriale.

Per presentare nel modo migliore la distinzione fra i due concetti si può ricordare la distinzione proposta dall’internazionalista Thomas Frank, il quale ha affermato che la società internazionale sarebbe il fondamento della comunità internazionale. Quando le regole contrattuali di una società di Stati traggono la propria legittimità dalle procedure stabilite in base a principi condivisi ed accettati (ovvero quando si è in presenza in termini *hartiani* di regole primarie e di regole secondarie), allora la società internazionale si trasforma in comunità, *de iure* e *de facto*²³. Secondo l’opinione di diversi autori esisterebbero, quindi, norme internazionali denominate norme primarie o costituzionali dotate di un rango gerarchico superiore rispetto alle norme generali del diritto internazionale. È possibile ancora distinguere fra i due concetti facendo riferimento per il primo al c.d. “diritto della coesistenza”, che sarebbe quello vigente nella società internazionale, e per il secondo al c.d. “diritto della cooperazione”, che caratterizzerebbe la comunità degli Stati.

Con il termine di comunità internazionale, in ultima analisi, si intende un insieme di valori comuni, di conoscenze comuni, di interessi comuni che rivelano, da un lato, la presenza di relazioni reciproche fra i membri di tale comunità e, dall’altro, l’esistenza di un ordine giuridico interno. La società internazionale si caratterizza, invece, “per la frammentazione morale, l’alienazione e il sentimento di autonomia (il sentirsi svincolati) dei suoi componenti che caratterizzano la consistenza pluralistica, l’individualismo e l’unicità attribuibile ai suoi membri, gli Stati”²⁴.

I valori comuni, o supposti tali dalla comunità internazionale, giocano “un ruolo di coalizione della comunità stessa contro i pericoli provenienti dalla frammentazione interna, incoraggiando la conformità fra i membri costituenti

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ T. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 194-207.

²⁴ N. Tsagourias, *The Will of the International Community as a Normative Source of International Law*, cit., p. 107.

e il loro impegno reciproco”²⁵. Allo stesso tempo essi svolgono lo stesso ruolo anche contro i presunti pericoli esterni: sembra infatti possibile definire la comunità di riferimento proprio al limite dell’esclusione dalla soglia della comunità stessa.

Il concetto di comunità internazionale ha, quindi, implicazioni profonde “per l’analisi e l’interpretazione del tipo di relazioni politiche e giuridiche che si danno fra gli Stati”²⁶ sulla scena mondiale.

Oggi, più di ieri appare forte e frequente il riferimento a questa comunità, poiché la riorganizzazione dell’ambito internazionale, provocata dalle spinte provenienti dalla globalizzazione, fa sì che il concetto di società internazionale e la sua intrinseca disgregazione, sotto le vesti non-statali dei “poteri nuovi”²⁷, tornino di attualità.

Nel 1992 Weil osservava che “la comunità internazionale tende a sostituire, alla società internazionale atomizzata e frazionata, la visione di una comunità unica e solidale” e che essa “pone l’accento su quello che aggrega, piuttosto che su quello che separa”, per cui il riferimento a tale comunità, a suo avviso, “supera l’effetto di stile e di moda, poiché dietro lo slittamento semantico si profilerebbe una vera e propria evoluzione nella concezione stessa del sistema internazionale”²⁸. Oggi si potrebbe ritenere che la comunità sia sfidata dalla presenza sulla scena globale dei c.d. “poteri nuovi”, ovvero da grandi imprese, associazioni professionali, burocrazie, gruppi finanziari, che hanno posizioni strategicamente importanti dove si decidono le nuove regole per il mondo globalizzato. Un nuovo scenario che dovrebbe indurre a ripensare la stessa concezione di “sistema internazionale”. Non a caso è stato osservato che il network di soggetti privati presenti sullo scenario globale condiziona significativamente il potere degli Stati e le loro reciproche relazioni²⁹.

3. Lungi dall’essere una mera confusione lessicale o terminologica, l’uso che viene fatto dell’uno o dell’altro termine (società degli Stati o comunità internazionale) rispecchia in realtà, o meglio corrisponde a, uno specifico approccio teorico al diritto internazionale pubblico³⁰. Nella seconda metà del

²⁵ *Ivi*, p. 108.

²⁶ *Ivi*, p. 109.

²⁷ M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi*, Il Mulino, Bologna, 2022.

²⁸ P. Weil, *Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public*, Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye, 237, 1992, p. 309.

²⁹ M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi*, cit.

³⁰ J. Dunoff-M. Pollack (eds), *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

Ventesimo secolo, infatti, l'approccio positivista-oggettivista al diritto internazionale pubblico, diversamente da quello positivista-volontarista, imperante nell'Ottocento, diventò dominante e da allora sembra a molti studiosi aver avuto la meglio sul positivismo volontarista. Quest'ultimo (spesso *dualista*) enfatizza l'indipendenza e il rispetto per la sovranità statale e la giustizia formale fra gli Stati: sarebbe il volere degli Stati ad essere decisivo per la configurazione di un rapporto sul piano giuridico internazionale. Gli Stati sono sottoposti al diritto solo come effetto della propria volontà e la validità di un'azione di uno Stato non è messa in discussione dalla sua eventuale non conformità rispetto ad una regola di rango internazionale. Il diritto si limita quindi a regolare una società composta di Stati e tale società risulta retta da un diritto di tipo "relazionale"³¹. Secondo questo approccio la comunità internazionale non esisterebbe né sul piano giuridico né su quello politico, ma corrisponderebbe alla società internazionale.

In antitesi al dogma della sovranità dello Stato e al suo radicale soggettivismo, l'approccio oggettivista del diritto (eminentemente *monista*) è caratterizzato dall'importanza attribuita alle regole di diritto internazionale e al processo di produzione delle stesse. In questo contesto le entità soggetto compiono una comunità che si mostra, rendendosi visibile, nei rapporti di cooperazione, nella sanzione alle infrazioni delle regole e nell'istituzionalizzazione dell'orizzonte internazionale. In tale prospettiva gli Stati non possono, quando agiscono al loro interno, disconoscere le regole del diritto internazionale. Queste ultime, infatti, abrogerebbero *ipso facto* le regole interne ad esse antinomiche, mentre il diritto che vige nella comunità sarebbe un diritto "sovraordinato" (Dupuy parla di diritto di "sovrapposizione"³²) applicabile ad unità assemblate, che introduce un certo grado di subordinazione degli Stati a un potere istituzionalizzato. La cornice teorica entro la quale è maturata tale tesi è quella che vede il diritto internazionale come prodotto di una volontà collettiva degli Stati, scaturente da reciproci accordi, il quale diventa autonomo da quella stessa volontà.

Alla fase positivista – fase del primato del fenomeno giuridico su quello sociale – ha fatto seguito l'approccio al diritto internazionale dal punto di vista sociologico che caratterizza gli sviluppi della dottrina contemporanea in cui viene posto l'accento non tanto sul problema della validità delle norme internazionali quanto su quello della loro effettiva esistenza. Quello che è stato definito un "neo-positivismo pragmatista"³³ rifiuta di farsi rinchiudere in costruzioni teoriche, poiché il suo obiettivo è quello di descrivere oggettivamente

³¹ R.J. Dupuy, *Le droit international*, Puf, Parigi, 1996.

³² *Ivi*, p. 19.

³³ H. Legohérel, *Histoire du droit international public*, Puf, Parigi, 1996.

vamente il diritto nel modo in cui domina la prassi internazionale. Il pragmatismo abbandona le questioni teoriche incorporando il realismo giuridico nell'analisi del diritto internazionale, rendendo quest'ultimo contestuale, e si ritira in campi specifici della dottrina, senza affrontare le questioni delle sue origini e della sua validità. L'approccio pragmatista implica due nozioni essenziali: la sovranità dello Stato e la sua sottoposizione al diritto internazionale, da studiare con i metodi della scienza empirica. Mentre, in una prospettiva più strettamente realistica, la natura giuridica dell'ordinamento internazionale dovrebbe essere valutata non tanto dal punto di vista della sua "struttura", quanto da quello delle sue "funzioni": cioè della sua capacità di rendere effettiva la propria pretesa normativa in relazione agli scopi a lui socialmente assegnati³⁴. Questa prospettiva, piuttosto che accreditare l'idea di una *lex mundialis* che disciplini i rapporti internazionali dall'alto di una monolitica gerarchia normativa³⁵, tenta di fare propria la teoria dei "regimi" elaborata da Keohane e Krasner: "tali regimi stabilirebbero *frames* di responsabilità giuridica consolidando apparati di norme generali, di regole specifiche e di procedure che hanno lo scopo di disciplinare l'interazione fra gli attori, di definirne i diritti e di indirizzarne in vario modo i comportamenti"³⁶. È evidente che l'approccio realista nega l'esistenza stessa della comunità internazionale, sostenendo che le regole, se esistono, giocano un ruolo secondario e marginale (in questo senso i giusinternazionalisti G. Schwarzen-

³⁴ Scrive D. Zolo (*Per una filosofia moderna e realista del diritto internazionale*, in *Jura gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, <https://www.juragentium.org/topics/thil/it/zolo.htm>) che "una filosofia giusrealistica dovrebbe considerare il diritto in generale – e quello internazionale in particolare – come un fenomeno, si potrebbe dire, di natura 'sistemica'. Ciò che alla fine si afferma come disciplina effettiva di singoli casi concreti è il risultato olistico di interazioni normative fra comportamenti e aspettative di comportamenti (e aspettative di aspettative di comportamenti). Ciascun attore persegue fini particolari senza minimamente proporsi di contribuire alla stabilità di un 'ordinamento giuridico' ed anzi cercando di sottrarsi, in tutti i casi in cui lo ritenga vantaggioso, alle sue regole formali. In altre parole, la prassi effettiva che regola i rapporti sociali assimila molto selettivamente, attraverso complesse transazioni reinterpretative e distorsive, gli impulsi che la normazione formale le trasmette, e questo vale in particolare per l'ambito internazionale, che è fra i più complessi".

³⁵ Come farebbe il monismo: cfr. G. Palombella, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, cit., p. 324: "Dal punto di vista del diritto internazionale, il monismo deve considerare ogni diverso ordinamento come parte di uno, unico ordine comprensivo, così sottraendo legittimità e titolo alle legalità che contrastassero con la coerenza dell'ordine giuridico mondiale. In questo ipotetico mondo (*civitas maxima*), una sorta di monarchia giuridica richiederebbe non solo la kelseniana strutturazione formale di catene di autorizzazioni normative, ma anche una convergenza sostanziale, un'armonia di contenuto e visioni di merito condivise che appaiono evidentemente indisponibili".

³⁶ D. Zolo, *Per una filosofia moderna*, cit.

berger³⁷ e C. de Visscher³⁸) e forse si avvicinano, più che a una teoria della società internazionale, a un'analisi della pluralizzazione dei regimi che caratterizza l'attuale realtà globalizzata.

È soprattutto contro l'approccio oggettivista che si sono scagliate le teorie internazionalistiche più recenti, proprio perché, inconsapevolmente, il relativo diritto non si sarebbe liberato dalla morsa del volontarismo e quindi neanche da quella della società internazionale. I teorici critici del diritto hanno, però, mosso le loro critiche non solo all'approccio che più di ogni altro risponde all'ideale della comunità internazionale, ma anche a quello pragmatista, colpevole di aver aggirato i diversi problemi filosofici relativi al relativo diritto nel momento in cui si è rinchiuso in settori specifici della dottrina. Infatti se, secondo il pragmatismo, la concretezza dell'analisi dottrinale avrebbe conferito forza vincolante al diritto internazionale anche in assenza di una teoria di supporto coerente, secondo le teorie critiche del diritto questo approccio avrebbe chiuso la porta al problema della legittimità, che, però, sarebbe rientrato dalla finestra in quanto era sempre necessario far derivare la coerenza, di una specifica soluzione a una questione di diritto internazionale, da una dottrina astratta e generale o dedurre la soluzione della controversia o l'orientamento di una decisione da un principio implicito. Certo, secondo i teorici critici del diritto, il pragmatismo ha avuto il pregio di veicolare la crisi e la decadenza dell'approccio oggettivista (cui staremmo assistendo), ma senza mostrarne l'incoerenza e l'irrazionalità delle premesse teoriche. Il difetto maggiore del pragmatismo sarebbe quello di non aver svelato l'ideologismo occulto di quella che i teorici critici definiscono la teoria liberale del diritto internazionale. Quell'ideologismo "sarebbe frutto della provenienza liberale dei principi all'origine della disciplina, matrice imputabile all'applicazione della "analogia domestica", che è stata usata come strumento di rappresentazione dell'ordine internazionale sulla falsariga della metafora individuale". In realtà "la teoria liberale del diritto internazionale starebbe veicolando un discorso sul potere (legittimandolo) e sarebbe incapace quindi di risolvere razionalmente le controversie giuridiche" e il suo linguaggio sarebbe un falso discorso che, in realtà, non farebbe che perpetuare le gerarchie³⁹. Inoltre la teoria liberale adotterebbe due approcci per fondare l'obbligo giuridico: il primo sarebbe quello "consensualista" per cui

³⁷Cfr. G. Schwarzenberger, *Power Politics. A Study of World Politics*, Stevens, London, 1964.

³⁸Cfr. C. de Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, Pedone, Paris, 1970.

³⁹M. Goldoni, *Critica e sovranità. I "nuovi approcci" al diritto internazionale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 3, 2003, pp. 229-246.

un soggetto si obbliga solo se ha prestato il proprio consenso; il secondo farebbe, invece, perno su uno o più principi rintracciabili al di là del consenso degli interessati. In buona sostanza, tale teoria non abdicerebbe a un'idea volontarista del diritto internazionale: l'approccio oggettivista sarebbe, quindi, accompagnato necessariamente da quello volontarista per l'intrinseca e costitutiva contraddizione su cui fonda le sue basi tale diritto. Diritto che, infatti, dovendo regolare le relazioni fra Stati sovrani è costretto da un lato "a risalire al comportamento ed al consenso espresso per garantire la propria obbligatorietà", dall'altro in quanto diritto internazionale "deve decidere quali comportamenti siano tollerabili e quali non lo siano"⁴⁰. Questo atteggiamento nei confronti dell'ideologia giuridica dominante nella moderna società occidentale ha portato la teoria critica ad apprezzare i c.d. indizi di crisi o di fallimento di quella stessa società: il pluralismo, la diversità, la contingenza e l'ambivalenza, che rappresenterebbero l'esatto opposto degli ideali specifici della teoria dominante, l'universalità, l'omogeneità, l'uniformità e la chiarezza⁴¹. Alle caratteristiche dell'oggettivismo, ovvero all'universalismo, all'orientamento regolativo, al normativismo e all'istituzionalismo, andrebbe preferito l'approccio alternativo, di ispirazione critica, che mette in luce elementi, quali il pluralismo giuridico, l'eterogeneità, la frammentazione del diritto internazionale, che meglio si attagliano a un panorama caratterizzato da un fenomeno di crescente dispersione del potere.

Quel che di più interessante ai nostri fini, emerge dalle teorie critiche del diritto ed è che, come la comunità internazionale sembra convivere ancora con la società internazionale, così si può osservare, grazie a quanto teorizzato dai giuristi di ispirazione critica, che nell'universo teorico si affrontano ancora, senza che uno abbia potuto trionfare sull'altro, i due maggiori approcci al diritto internazionale, o meglio come l'oggettivismo non riesca a liberarsi definitivamente dalla morsa del soggettivismo. Ciascuna delle teorie trova la propria conferma in un aspetto del diritto internazionale situato nel tempo e nello spazio. Questo eclettismo, la convivenza forzata fra i due approcci, rispecchia le numerose contraddizioni della vita internazionale ed è il risultato della coesistenza di regole di ispirazione opposta. Le une, prodotte nell'ambito della società internazionale, che non conosce altra autorità al di sopra dello Stato, ispirano il volontarismo teorico nelle sue diverse accezioni; le altre – che si inseriscono in una struttura che si avvicina a quella del diritto interno e che tendono ad introdurre una certa subordinazione degli Stati a un potere istituzionalizzato – ispirano i diversi approcci oggettivisti. Nella real-

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ O. Casanovas, *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-New York-London, 2001, pp. 23-25.

tà, quindi, le due “società” internazionali, la società e la comunità, sembrano rimanere tra loro avviluppate: la seconda non ha ancora sostituito la prima, che si muove ancora in un mondo di Stati sovrani. I movimenti teorici di senso contrario quindi non fanno che tradurre questa realtà in teoria, aggrovigliandosi anch’essi⁴².

4. Questa stessa dialettica, o, forse, sarebbe meglio dire questa ambiguità, si rispecchia, come già accennato, anche negli atti internazionali. Se è vero che a prevalere nei documenti giuridici o nelle sentenze della Corte di giustizia è normalmente il riferimento alla comunità internazionale, non di meno si ritrovano in essi riferimenti anche alla società degli Stati: basti ricordare che il rapporto paritario dei membri della società internazionale è sancito direttamente dalla Carte delle Nazioni Unite, dove si afferma che l’Organizzazione si fonda sul principio della sovrana uguaglianza di tutti i suoi appartenenti. Il maggior tentativo di rendere giuridicamente visibile la comunità internazionale ha avuto, invece, luogo quando nel 1969 si è trattato di redigere la *Convezione di Vienna sul diritto dei trattati*, dove all’art. 53 si afferma che le norme imperative, le norme di *jus cogens*, sono “quelle accettate dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme”. Per quanto si possa ritenere che vi sia una certa dose di ambiguità nell’evocazione della “comunità degli Stati”, è possibile constatare come tale Convenzione abbia tentato di sviluppare un concetto, quello di comunità internazionale, ancora molto discusso al momento della sua redazione⁴³. La Corte di giustizia internazionale, dal canto suo, fa spesso riferimento nelle sentenze e nelle opinioni consultive, a questa comunità: nel caso *United States and Consular Staff in Teheran* del 1980, ad esempio, la Corte sostenne che gli eventi portati davanti ad essa non potessero “minare l’edificio giuridico costruito attentamente dall’umanità nell’arco di secoli, il cui mantenimento è vitale per la sicurezza e il benessere dell’insieme dell’attuale comunità internazionale”. Nel 1970, nel caso *Barcelona Traction*, la Corte ha stabilito che gli Stati possono avere due tipi di obbligazioni: o nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme (in materia di aggressione, genocidio o di principi fondamentali della persona umana) o nei confronti degli altri Stati. Il giudice Manfred Lachs nel caso *Lockerbie* del 1992 ha affermato che la Corte è “il custode della legalità per la comunità internazionale nel suo insieme, sia all’interno delle, che senza le, Nazioni Unite”⁴⁴. In compenso più di recente, nel 1995, a proposito

⁴²R.J. Dupuy, *Le droit international*, cit., p. 18 ss.; cfr. anche R.J. Dupuy *La communauté internationale entre le mythe et l’histoire*, Unesco, Paris, 1986.

⁴³P.M. Martin, *Les échecs du droit international*, Puf, Paris, 1996, p. 14.

⁴⁴*Lockerbie* (Libya vs. U.S.), I.C.J., Judg. 14 April 1992, Separate Opinion of Judge Lachs.

del caso *Timor Est*, la Corte ha riferito che anche nel caso di principi validi *erga omnes* – quale è il diritto dei popoli all'autodeterminazione, principio giuridico cogente nella comunità internazionale⁴⁵ – senza il *consenso* dello Stato interessato dalla controversia (in questo caso l'Indonesia) la Corte stessa non può esercitare la propria giurisdizione⁴⁶. E, come già ricordato, nel 1986 la Corte di giustizia internazionale sembra pronunciarsi in termini di società internazionale quando, nel caso Nicaragua, afferma che “nel diritto internazionale non vi sono altre regole se non quelle che possono essere accettate da uno Stato interessato da un trattato o da altri strumenti normativi [...] e questo principio è valido per tutti gli Stati senza eccezione”.

A screditare l'“analogia domestica”, strumento di rappresentazione dell'ordine internazionale sulla falsariga della metafora individuale, contribuisce anche un significativo rapporto della Commissione di diritto internazionale relativo alla *Responsabilità degli Stati*, il quinto, redatto dal Relatore Speciale, Roberto Ago nel 1976, dove si afferma che è solo facendo “una arbitraria analogia fra la situazione soggetta al diritto internazionale e quella soggetta al diritto interno che è stato possibile pensare a principi “costituzionali” o “fondamentali” nell'ordinamento giuridico internazionale quali quelli definiti dalla teoria delle fonti per gli ordinamenti giuridici interni”. Questo stesso rapporto sfida ogni concezione “gerarchica” dell'ordinamento internazionale che preveda al vertice norme primarie o costituzionali dotate di un rango superiore rispetto a quelle generali del diritto internazionale e contrasta l'idea stessa di una *lex mundialis*, o di un costituzionalismo globale, che disciplini i rapporti tra Stati dall'alto di una monolitica gerarchia normativa. Nel quinto rapporto si afferma, infatti, che: “nell'ordinamento giuridico internazionale nessuna fonte di diritto speciale è riconosciuta per la creazione di principi costituzionali. I principi che vengono in mente quando si usano questi termini sono essi stessi regole consuetudinarie, regole contenute in trattati o anche regole emanate da organismi o procedimenti a loro volta istituiti da trattati”⁴⁷.

È, quindi, opportuno mettere in evidenza che la comunità internazionale è qualcosa di più del semplice uso del termine quale fatto negli scritti degli

⁴⁵ In proposito mi permetto di rinviare a C. Margiotta, *Processo di decolonizzazione, diritto e violenza*, in *Quaderni del Laboratorio Hans Kelsen*, 2, 2007, pp. 73-93.

⁴⁶ *East Timor* (Portugal v. Australia), Judg. 30 June 1995: “Such a judgment would run directly counter to the “well-established principle of international law embodied in the Court's Statute, namely, that the Court can only exercise jurisdiction over a State with its consent”.

⁴⁷ *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, 2, 1, Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, *The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility* (continued).

internazionalisti, esso appare piuttosto un termine che indica determinate relazioni fra entità sociali – gli Stati – e la loro organizzazione. Il riferimento ad essa non è, quindi, né casuale né accidentale. Sembra piuttosto che solo le organizzazioni internazionali possano alimentare e accreditare il mito della comunità internazionale, dal momento che il riconoscimento da parte degli Stati dell'esistenza di norme comuni di rango internazionale che regolano le loro relazioni non è sufficiente a creare, automaticamente, una comunità. Anticipando di poco le conclusioni di questo capitolo, è, forse, possibile osservare che a strenua difesa dell'affermazione e della sopravvivenza della comunità internazionale e del suo diritto contro le sfide della globalizzazione si siano coalizzati giuristi e operatori del diritto, identificabili soprattutto fra i membri della Commissione di diritto internazionale e i giudici della Corte di giustizia. Proprio grazie all'azione della dottrina, il diritto, frutto della cooperazione tra c.d. legislatori e giuristi, tenta di non perdere il suo carattere sistematico. L'ideale di sistema sembra, infatti, fungere da ideale regolativo dell'intero processo di esposizione del materiale giuridico da parte della dottrina. Assistiamo, così, a continui sforzi di valorizzazione di alcune costanti di unitarietà giuridica, che ripropongono l'antico problema dell'unità dell'ordinamento giuridico. Come già osservato, il paradigma basato esclusivamente sul concetto di *sistema* giuridico, nonostante il moltiplicarsi di ordini e regimi che si confrontano in assenza di una reale gerarchia, continua a essere usato per riflettere la complessità attuale⁴⁸.

5. L'ingresso sulla scena internazionale della c.d. società civile globale complica il quadro sin qui delineato, che aggrava, automaticamente, anche quello degli approcci al diritto internazionale⁴⁹. Tale ingresso, infatti, per-

⁴⁸ Solo di recente (si veda più in dettaglio il prossimo paragrafo) è stata proposta l'*interlegalità* come una teoria normativa, alternativa a monismo, dualismo o pluralismo, intesa a spostare la prospettiva epistemica, dall'idea di sistema alla legalità come un tessuto composito, determinato dalle relazioni di convergenza o di conflitto che di volta in volta corrono tra legalità diverse. G. Palombella, *Interlegalità*, cit., p. 325: "Una teoria che vuole astenersi dall'adozione del modello interpretativo, dello schema ordinante, qualificativo, che in fondo li accomuna, e che ruota, attorno alla logica del sistema. Il punto di partenza non deve essere il sistema, l'idea di ordini chiusi, ma piuttosto l'intreccio di circostanze attraverso cui la legalità appare *in re*, come una realtà in sé composita, non il risultato predeterminato di una costruzione teorica, top-down, del mondo giuridico (inteso come uno, due o molti sistemi giuridici)". M. Koskenniemi, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, in *Modern Law Review*, 1, 2007, pp. 1-30, argomenta che le principali risposte accademiche al fenomeno della frammentazione del diritto internazionale sono il costituzionalismo e il pluralismo.

⁴⁹ J. Dunoff-M. Pollack (eds), *International Legal Theory*, cit.; F. J. Garcia, *Globalization and the Theory of International Law*, in *International Legal Theory*, 9, 2005, p. 11 ss.; R. Lip-

mette di mostrare le difficoltà che le tradizionali teorie giuridiche relative ai rapporti tra ordinamenti (il monismo e il dualismo) stanno incontrando a causa del conflitto e della sovrapposizione tra ordini giuridici che creano, soprattutto, incertezza interpretativa mettendo in crisi le aspettative di giustizia⁵⁰. Il paradigma pluralista tenta un vero e proprio superamento della prospettiva sia dell'“uno” (monismo) sia del “due” (dualismo)”, offrendo la possibilità di guardare al mondo in termini di ordini differenti autonomi. Partendo dalla constatazione che nell'odierno ordine globale interagiscono molteplici normatività – domestiche, regionali e internazionali, formali e informali, private e pubbliche –, esso analizza tale interazione proprio per comprendere la forma assunta, dall'ordine globale. L'ordine giuridico attuale non consisterebbe più in un ordine unitario ma in una molteplicità di “sottordini” con pretese normative in concorrenza⁵¹. Il pluralismo – ovvero, la mancanza di gerarchia tra norme giuridiche multiple e sovrapposte – si presenta come alternativa al monismo, al dualismo e al costituzionalismo globale⁵² e si propone di analizzare il funzionamento dei molteplici campi del diritto in contesti non tradizionali e distinti dallo Stato⁵³. La diversità e flessibilità degli approcci pluralisti fornisce, certamente, strumenti più efficaci per affrontare la presenza di molteplici ambiti normativi⁵⁴, sebbene, come è stato osservato, anche il modello interpretativo pluralista ruoti, fondamentale, sempre attorno alla logica del sistema⁵⁵.

Il rapporto fra le diverse legalità come rapporto non di sistema, ma come intersecazione fra diversi regimi giuridici, è stato di recente affrontato dai sostenitori della teoria dell'inter-legalità: una teoria normativa intesa a “spostare la prospettiva epistemica, dall'idea di sistema alla legalità come un tessuto composito, determinato dalle relazioni di convergenza o di conflitto che di

schutz-C. Vogel, *Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation*, in R.R. Hall-T.J. Bierstaker (eds), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 115-140.

⁵⁰G. Palombella, *Interlegalità*, cit.

⁵¹N. Krisch, *Global Legal Pluralism*, in J. Dunoff-M. Pollack (eds), *International Legal Theory*, cit., pp. 240-258; G. Teubner-P. Korth, *Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society*, in M.A. Young (ed.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 23-54.

⁵²Ancora recentemente una proposta in questo senso è stata avanzata da L. Ferrajoli, *La Costituzione della terra*, Feltrinelli, Milano, 2022.

⁵³G. Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 3-28.

⁵⁴P. Schiff Berman, *Global Legal Pluralism*, cit.

⁵⁵G. Palombella, *Interlegalità*, cit.

volta in volta corrono tra legalità diverse”⁵⁶. In quest’ottica la debolezza dell’alternativa tra monismo e dualismo⁵⁷ viene affrontata partendo dai risultati del pluralismo giuridico, ma rielaborandone alcune eredità e “scoperte”, mostrando l’inadeguatezza di alcune categorie interpretative di tale pluralismo e abbandonando la tendenza “appropriativa” intrinseca alle teorie tradizionali del diritto internazionale⁵⁸.

Un mondo caratterizzato da più livelli di produzione giuridica quali, oltre agli Stati nazionali – a competenza territoriale e vocazione universale –, “i sistemi di amministrazione de-territorializzati ed a vocazione specialistica, regimi regionali o globali che esercitano poteri regolatori non sempre riducibili alla catena di controllo degli Stati (sul piano sostanziale o anche sul piano formale), gli ordinamenti sovranazionali su base regionale derivanti da parziali cessioni di sovranità da parte degli Stati nazionali (è il caso dell’Unione europea), gli ordinamenti puramente giurisdizionali che presidiano specialmente la violazione dei diritti umani”⁵⁹ pone corti e tribunali innanzi a uno scenario inconsueto che richiede nuovi atteggiamenti e nuove prospettive giuridiche. I diversi regimi giuridici – nazionali, regionali, sovrastatali, pubblici, privati –, infatti, non sfuggono a relazioni di sovrapposizione, di concorrenza, o di conflitto, e il diritto sta nel mezzo “in-between”, come sostiene Palombella⁶⁰, è, cioè, ciò che è prodotto dall’interconnessione fra i va-

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ J. Polakiewicz, *International Law and Domestic (Municipal) Law, Law and Decisions of International Organizations and Courts*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, in <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law/epil/9780199231690/law-978019231690-e1056>.

⁵⁸ Cfr. E. Chiti-A. di Martino-G. Palombella (a cura di), *L’era dell’interlegalità*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 47-48: “Nella nota proposizione del pluralismo avanzata da Neil McCormick, pluralità e autonomia normativa dei sistemi vengono in primo piano, ma resta irrisolto il problema se vi siano criteri giuridici capaci di controllare, di volta in volta, le loro relazioni. È per questa ragione che in una seconda fase del suo lavoro McCormick sposa un pluralismo meno genuino in cui la soluzione delle sovrapposizioni e dei conflitti dipende da una regola sovraordinata ed esterna: si tratta del pluralismo risolto ‘under international law’. La creazione di questa cornice internazionalistica cui spetta la decisione ultima, l’ultima parola, trasforma le autonomie, su cui il pluralismo si fonda, in sottosistemi del diritto internazionale, che di conseguenza detiene i criteri di validità ultima. Sotto questo profilo, il pluralismo revoca sé stesso”. Con riferimento a N. McCormick, *Risking Constitutional Collision in Europe?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 1998, p. 517 ss.; Id., *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, 56, 1993, p. 1 ss.; Id., *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, 1, 1995, p. 259 ss.; Id., *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

⁵⁹ E. Chiti-A. di Martino-G. Palombella (a cura di), *L’era dell’interlegalità*, cit., pp. 31-33.

⁶⁰ G. Palombella, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality. A Manifesto*, in J.

ri regimi. Il nuovo diritto internazionale appare composito, e multiverso poiché più qualificazioni giuridiche possono insistere sul medesimo fatto: è, quindi, proprio il caso concreto il centro di articolazione della pluralità di ordinamenti e ciò rende assai rilevante il ruolo che, nella dimensione globale, svolgono le corti di giustizia⁶¹. Non a caso siccome la concezione dell'interlegalità è una concezione aggiudicatoria del diritto, la relativa teoria non può che optare per il diritto come concetto *interpretativo*. Tutti gli studi recenti sulla globalizzazione giuridica sembrano rafforzare non solo la posizione dell'interprete, ma anche il ruolo del giudice. La differenza tra i diversi approcci sta nel considerare quest'ultimo come custode dell'unità dell'ordinamento internazionale oppure come colui che prende in carico il "peso" delle ragioni che, di volta in volta, vengono espresse da regimi concorrenti.

6. L'ingresso sulla scena internazionale della c.d. società civile globale, oltre ad aggravare anche il quadro degli approcci all'ordinamento internazionale, contribuisce a complicare la scena mondiale affiancandosi alla società degli Stati e alla comunità internazionale. Lungi dal sostituire la realtà degli Stati-nazione, la globalizzazione vi si accosta⁶²: le due realtà non sembrano,

Klabber-G. Palombella (eds), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019 p. 378.

⁶¹ L'esempio migliore fatto dai promotori della teoria dell'interlegalità in questo senso a mio avviso è il caso relativo al bando della *Central European University*: "La decisione dell'ottobre 2020 della Corte di giustizia dell'Unione Europea che dichiara illegittima la legge ungherese che, per le sue conseguenze pratiche, mette al bando la Central European University (in Budapest), non riguarda solamente un "fatto" materiale, ma un "caso" già "qualificato" giuridicamente, all'incrocio tra le regole della World Trade Organisation (WTO), le norme sulla "libertà di stabilimento", i diritti protetti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (in particolare: la libertà accademica, la libertà di finanziare istituzioni di istruzione superiore, e la libertà di iniziativa economica) e naturalmente le previsioni costituzionali dell'ordinamento ungherese. La Corte svolge il proprio ragionamento attraverso i diversi profili di legalità senza utilizzare una delle legalità rilevanti come insuperabile scudo nei confronti dell'altra. La Corte inoltre evita che l'illegittimità in virtù del contrasto con una di esse (per es. con il regime di tutela dei diritti nella Carta) assorba quella derivante dal contrasto con le altre: di fronte alla Corte il "caso" è già "costruito" in dipendenza delle diverse discipline, ed è il pieno confronto di tali discipline con la legge ungherese del 2017 ad essere in questione. Ciò non toglie che la Corte sottolinei poi che l'esercizio della sua giurisdizione con riferimento alle regole internazionali del WTO e delle regole e principi di diritto internazionale consuetudinario non può di per sé pregiudicare autonome future valutazioni del *Dispute Settlement Body*: ciò anche in considerazione del fatto che la pronuncia di una Corte europea non può essere invocata al fine di sottrarsi alle obbligazioni nascenti all'interno del WTO a seguito di una pronuncia del *Dispute Settlement Body*" (E. Chiti-A. di Martino-G. Palombella (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, cit., p. 55).

⁶² M.S.M. Mahmoud, *Mondialisation et souveraineté de l'État*, in *Journal du Droit International*, 3, 1996, pp. 611-662.

però, escludersi reciprocamente, né la realtà globale fa *tabula rasa* del livello di istituzionalizzazione raggiunto dalla comunità internazionale. Piuttosto si affiancano agli Stati attori non-statali (privati o gruppi di privati, imprese, Ong, che hanno ormai acquisito una sorte di legittimazione ad intervenire in nome della società civile su determinate questioni) che potrebbero eclissare il loro ruolo. Spesso il rilievo crescente raggiunto da questi soggetti tende a ridurre il ruolo degli Stati, minacciando il loro protagonismo, e a confondere i meccanismi interstatali propri, tradizionalmente, del diritto internazionale, mostrando, allo stesso tempo, l'esaurimento della capacità di regolazione esclusiva degli Stati.

La società civile globale, è stato più volte ricordato⁶³, è considerato un *highly contested concept* e, in proposito, si è anche parlato di un *clash of definitions*, e forse, proprio per questo, essa merita l'interesse che ha suscitato⁶⁴.

Sembra, comunque, possibile ritenere che, in un certo qual modo, quando gli internazionalisti fanno riferimento alla società civile globale intendono uno spazio essenzialmente popolato di organizzazioni non governative, di grandi imprese transnazionali, di formazioni varie di esperti e gruppi professionali e di interesse, sebbene, a volte, anche gli individui vi facciano la loro comparsa, soprattutto negli scritti dedicati all'istituzione del tribunale penale internazionale.

La società civile globale sembra, comunque, assumere un ruolo nella produzione di normative internazionali, e il consenso degli Stati (sia nella forma del trattato sia in quella del diritto consuetudinario) come origine *esclusiva* di produzione e di applicazione delle regole internazionali, appare ormai obsoleto.

Questi sviluppi hanno portato alcuni teorici – fra cui, ad esempio, Teubner – a parlare dell'emergere di un diritto globale (o di globalizzazione del diritto), che si distinguerebbe sia dal diritto interno, che dallo stesso diritto internazionale, arrivando addirittura a negare l'esistenza stessa del diritto internazionale poiché ormai sarebbe possibile parlare di fenomeni giuridici so-

⁶³ Cfr. V. Pazé, *Società civile globale*, in *Teoria politica*, 2, 2008, pp. 63-80.

⁶⁴ In proposito è stato opportunamente rilevato come non vi fossero presenti interventi di internazionalisti dedicati ai mutamenti apportati dalla globalizzazione all'ordine giuridico internazionale. In proposito un internazionalista dell'Università Carlos III di Madrid (Montserrat Abad Castelos) aveva sostenuto che sarebbe stato opportuno che anche i giusinternazionalisti sviluppassero una propria concettualizzazione del significato della società civile globale per la loro disciplina, piuttosto che beneficiare di quelle che altre discipline hanno proposto a partire dai propri specifici settori (sociologia, relazioni internazionali, economia, ecc.). M. Abad Castelos, *Review: Global Civil Society 2001*, in *European Journal of International Law*, 14, 2003, pp. 1047-1051. La teoria dell'interlegalità sembra andare proprio in questa direzione.

lo in termini pluralistici o meglio “pluralistico contesturale” per cui bisognerebbe rinunciare all’unitarietà stessa dell’ordinamento internazionale dal momento che l’universo giuridico è frazionato in sfere differenziate e chiuse le une rispetto alle altre.

Quanto agli stessi internazionalisti, essi sembrano confrontarsi con un sistema in cui gli Stati appaiono sempre più indeboliti da una serie di accordi e di regole dal carattere transnazionale, che, in qualche modo, bypassano gli Stati stessi. Questo non significa, peraltro, che la società civile possa rivendicare la forza di imporre sulla scena globale un’alternativa al quadro multilaterale delle relazioni internazionali (ad esempio per quanto riguarda l’ambiente), ma certo fa emergere istanze che interferiscono nei rapporti tradizionalmente interstatuali.

I giusinternazionalisti hanno tentato di affrontare le sfide della globalizzazione guardando proprio alle sue conseguenze sul relativo diritto, ovvero alla sua progressiva frammentazione. Sono numerosissimi i contributi dedicati a questo fenomeno⁶⁵ e un dibattito crescente in materia si è aperto dopo la stesura (nel 2006) del rapporto della Commissione di diritto internazionale dedicato alla “Frammentazione del diritto internazionale: difficoltà prodotte dalla diversificazione e dalla espansione del diritto internazionale”⁶⁶. Come è stato osservato: “la questione della frammentazione del diritto internazionale rappresenta per antonomasia il dibattito dottrinale nell’epoca della globalizzazione”⁶⁷. Tale frammentazio-

⁶⁵M. Young (ed.), *Regime Interaction in International Law*, cit. e la bibliografia in esso contenuta; A. Peters, *The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2017, pp. 671-704; J. Katz Cogan, *The Idea of Fragmentation*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 105, 2011, pp. 123-25; S.A. Benson, *Fragmentation or Coherence? Does International Dispute Settlement Achieve Comprehensive Justice?*, in *International Journal of Law and Public Administration*, 1, 2020, pp. 77-88; H. Grant Cohen, *Fragmentation*, in J. d’Aspremont-S. Singh, *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, p. 315; T. Broude, *Keep calm and carry on: Martti Koskenniemi and the fragmentation of international law*, in *Temple International & Comparative Law Journal*, 2, 2013, pp. 279-292; A. Zimmermann-R. Hoffmann, *Unity and Diversity of International Law*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006; K. Wellens-R. Huesa Vinaixa (dir.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Brussels, 2006; M. Koskenniemi-P. Leino, *Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?*, in *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, pp. 553-579.

⁶⁶International Law Commission, *Report of the Study Group, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Conclusions (A/CN.4/L.702)*, 18 July 2006.

⁶⁷P.M. Dupuy, *Un Débat Doctrinal à l’Ère de la Globalisation: Sur la Fragmentation du Droit International*, in *European Journal of Legal Studies*, 1, 2007, pp. 1-19.

ne sarebbe solo il riflesso di una più generale frammentazione dell'intera società globale⁶⁸.

Pur assumendo che il diritto internazionale si sia sempre presentato come frazionato⁶⁹, staremmo assistendo al passaggio da un mondo frammentato in Stati sovrani a un mondo frammentato in "regimi specializzati"⁷⁰. Si deve, quindi, ammettere che quello che un tempo era considerato "diritto internazionale generale" è diventato il campo di azione di regimi o settori specializzati, quali il "diritto del commercio" "il diritto dell'ambiente", "il diritto dei diritti umani", "il diritto degli investimenti esteri" "il diritto dei rifugiati", "il diritto europeo", regimi definiti *self-contained* perché tendenti a rendersi "normativamente" autonomi rispetto al diritto internazionale generale e perché sembrano muoversi in uno spazio normativamente vuoto.

Ciascuno di questi settori uscirebbe, quindi, fuori dal quadro normativo generale costituito dall'ordinamento internazionale, ognuno reputando di disporre di propri modelli di controllo, di applicazione e di revisione del diritto. Ogni regime sarebbe peraltro fornito di proprie istituzioni (si pensi al WTO, alla Banca Mondiale, all'Unione europea, alle Corti dei diritti umani, ecc.) e di propri principi regolativi.

Questa settorializzazione del diritto dovuta, come già accennato, alle diverse razionalità degli attori sociali presenti nell'ambito globale, renderebbe inutile cercare la soluzione del problema nell'unitarietà dell'ordine giuridico. Questa crescente frammentazione, accompagnata dalla crisi delle sovranità domestiche, sarebbe, quindi, parallela al collasso dell'immagine di un ordine internazionale unico e gerarchicamente strutturato⁷¹. Inoltre "la tendenza dei tribunali specializzati ad applicare solo o principalmente le regole giuri-

⁶⁸B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Northwestern University Press, Evanston Illinois, 2003; D. Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge, 1995; N. Luhmann, *Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft*, in *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1998, pp. 345-380; G. Teubner, *La Bukovina globale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2, 1999, p. 2 ss.

⁶⁹Cfr. C. Wilfried Jenks, *The Conflict of Law-Making Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 30, 1953, pp. 401-453, p. 403 e cfr. ILC Study Group on the Fragmentation of International Law. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law; Report of the Study Group of the International Law Commission*, Finalized by Martti Koskenniemi. UN Doc A/CN.4/L.682, 2006: "il diritto internazionale è sempre stato relativamente frammentato a causa della diversità dei sistemi giuridici nazionali che ne facevano parte".

⁷⁰*Ibidem*.

⁷¹Sulla derarchizzazione come effetto della frammentazione giuridica globale cfr. A. Fisher-Lescano-G. Teubner, *Regime Collisions*, cit.