



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2020 FASC. I

(ESTRATTO)

GIANCARLO GUARINO

**MIGRAZIONI E MIGRANTI: PER LA RICOSTRUZIONE DI UNA
PREVALENZA STRUTTURALE DEL DIRITTO
INTERNAZIONALE SUL DIRITTO INTERNO**

13 FEBBRAIO 2020

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Giancarlo Guarino

Migrazioni e migranti: per la ricostruzione di una prevalenza strutturale del diritto internazionale sul diritto interno*

ABSTRACT: *Taking the cue from the question of migrations, the contribution analyses the crucial question of the relations between international and national law, short of the kelsenian theory of the supremacy of international law, to ascertain in which measure the idea of the "intangibility" of National law, and in particular the fundamental principles of Constitutional law of the single States is really actual, as many scholars assert. One of the fundamental question therefore is: how the principle of the freedom of each man of abandoning one's own country (art. 12.2 International Covenant on Civil and Political Rights: "Everyone shall be free to leave any country, including his own") is compatible with the principle of sovereignty of States, to conclude that, being sovereignty an "Institute" of international law, is the same international law the sole having jurisdiction on the extent of the State-sovereignty.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Diritto internazionale e diritto interno: stranieri, migranti e diritto internazionale. - 3. Diritto internazionale, soggetti, stati e ordinamenti giuridici interni. - 4. La struttura dei rapporti tra ordinamenti internazionale e interni: gerarchia o anarchia. - 5. Diritto internazionale e anarchia. - 6. Prassi, consuetudine e norme di diritto internazionale. - 6.1. *La formazione "dialettica" delle norme generali. L'uguaglianza sovrana.* - 6.2. *La funzione della prassi.* - 6.3. *Diritto internazionale e fatto.* - 7. Conclusioni. - 7.1. *Il coordinamento tra le norme di diritto internazionale quelle di diritto interno.* - 7.2. *Il conflitto tra diritti e la sua soluzione: la scelta dell'ordinamento di destinazione.*

1. Introduzione.

Lo scopo principale delle righe che seguono è quello di illustrare come, rispetto al fenomeno particolare del trattamento del problema delle migrazioni, i sistemi legislativi, o meglio normativi, interessati, si coordinino *obbligatoriamente* in modo da definire una graduazione di applicabilità fra di essi, pur non di tipo gerarchico, ma di logica sistemica: ciò non pertanto rigorosamente obbligatoria. Il tema, infatti, è oggetto di normative statali, di organizzazioni internazionali e di diritto internazionale generale e pattizio.

Sotteso all'intero tema, e sempre, è il tema cardine, di diritto internazionale e di diritto interno, del principio di sovranità, la cui "assolutezza" si trova a dover essere graduata e pertanto attenuata, per la presenza di norme che ne limitano necessariamente la presunta portata¹. Il principio di sovranità o meglio *la sovranità*, perciò e come vedremo, risulterà per quello che è: un istituto giuridico di diritto internazionale regolato dal diritto internazionale. *Regolato*, e quindi un istituto il cui contenuto e i cui *limiti* e modalità di applicazione sono regolati dal diritto, internazionale e interno, e non dalla volontà del singolo soggetto, che ne è il titolare. Sottolineo "limiti" per affermare che la sovranità, lungi dal sostanzarsi nel potere assoluto *legibus solutus* di un ente nei confronti di tutti i propri simili e della stessa Comunità internazionale, come spesso si afferma, è, invece, in quanto *istituto giuridico* del diritto internazionale, assoggettato a limiti, a modalità, a tempi di esercizio, definiti dall'Ordinamento internazionale².

Come perciò vedremo, la ricostruzione teorica dei rapporti tra sistemi normativi e quindi tra norme³, è tutt'altro che astratta, dato che ha effetti concreti e diretti sulla validità stessa e comunque sulla applicazione, e sulla stessa legittimità della applicazione delle disposizioni legislative che sono

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

Destinato, con poche marginali modifiche, anche agli scritti in onore di Massimo Panebianco.

¹ V. ad es. già L. RAGGI, *La teoria della sovranità, contributo storico e ricostruttivo alla dogmatica del diritto pubblico*, Genova, A. Donath Editore, 1908, 251 ss.

² Altra ovviamente è la definizione della sovranità dal punto di vista del diritto interno, v. sul punto *infra*, il § 4.

³ Destinata, poi e come vedremo, a diventare *la* norma che regola *quella* fattispecie.

destinate ad essere applicate alle fattispecie in esame, tanto che le norme statali, emesse in nome del principio di sovranità e per difendere quel principio, possono risultare non solo illegittime dal punto di vista internazionale, ma inapplicabili, *giuridicamente inapplicabili quando non addirittura illegittime* dal punto di vista dello stesso diritto *interno* dello stato interessato, quando addirittura non inneschino il meccanismo della *responsabilità personale* di chi quelle norme *ha fatto e ha applicato e applica* alla luce dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale. Anzi, non è nemmeno da escludere che, magari solo come soluzione “estrema”, si possa addivenire, per le norme di diritto internazionale generale ad una soluzione non diversa da quella che nel diritto interno italiano, è stata elaborata in riferimento al diritto dell’UE, con la conseguente possibilità (anche qui, molto probabilmente) del giudice e dell’amministratore di *non applicare* la norma interna laddove il conflitto con quella internazionale sia insuperabile. Ciò, aggiungo, anche in quegli ordinamenti che non dispongano di norme del tipo di quelle italiane degli artt. 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost. Ma, del resto, anche nei paesi di common law, la cosa, almeno formalmente è acquisita, in virtù del principio «*International law is part of the law of the Land*»⁴.

E dunque, innanzitutto due parole sul tema della astrattezza. Solo per ricordare in realtà una banalità che merita di essere ricordata solo perché i vari “legislatori” spesso la dimenticano o la disprezzano, pur essendo la prima cosa che si impara in una Facoltà di Giurisprudenza: le leggi sono generali e astratte, nel senso che una disposizione di legge, per precisa ed analitica che sia non può mai prevedere, né deve o dovrebbe proporsi di prevedere, e regolare analiticamente tutte le ipotesi, tutte le fattispecie, che da quella legge dovranno essere regolate e quindi indica un metodo, un principio, una regola generale da adattare, caso per caso, alle circostanze E, è appena il caso di ricordarlo, “adattare”, che poi vuol dire interpretare, è ciò che compete ai giudici. Viceversa è un fenomeno molto ricorrente, appunto nei legislatori, quello di cercare – che poi vuole solo dire “credere” - di regolamentare tutte le possibili fattispecie per poi stupirsi o scandalizzarsi che “la legge non sia applicata”, la lettera della legge, perché dimenticano che le variabili che possono portare alla creazione di una fattispecie sono estremamente numerose e incontrollabili, per cui, anche nei confronti della più precisa e analitica delle disposizioni normative, prima o poi la collocazione nel sistema giuridico e la soluzione della fattispecie stessa dipenderanno invariabilmente dalla interpretazione sia della fattispecie che della disposizione così come inquadrata nell’intero sistema giuridico, che vuol dire dalla ricostruzione della *norma*, della quale la disposizione legislativa è solo un aspetto, un elemento.

Il che ci porta al tema della *complessità* del sistema giuridico e della stretta e inscindibile interdipendenza delle varie parti di esso e quindi dei vari ordinamenti che lo compongono. Cui si collega il tema più importante, sulle modalità di graduazione delle norme, che è spesso il tema sul quale si confrontano le varie ipotesi di soluzione dei problemi concreti. Anzi, dato il tema di queste pagine, è molto spesso, per non dire quasi sempre evidente e anche plateale il tentativo di accreditare l’idea per la quale, stante certe leggi in un ordinamento di uno stato “sovrano”, quelle leggi vanno applicate *tout court* e farebbero perciò premio su qualunque altra disposizione, del medesimo o anche di altri ordinamenti, dove, invece, la disposizione, letta in via interpretativa e alla luce delle altre norme rilevanti per la fattispecie, si rivela incapace di spiegare l’effetto voluto⁵. Basterebbe, altresì,

⁴ Per tutti cfr. H. LAUTERPACHT, *Is International Law a Part of the Law of England?*, in ID., *Transactions of the Grotius Society*, Cambridge University Press, 1939, 51 ss. ma v. anche, come ovvio, l’art. VI, comma 2, della Costituzione degli USA, che recita: «... all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land»; nonché nella famosa sentenza della Corte Suprema USA, *Paquete Habana*, 175 US 677, 1900, addirittura nel *Syllabus*: «International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination».

⁵ Che poi ciò attesti spesso la incompetenza del “legislatore”, che si affanna a creare disposizioni da applicare incontrovertibilmente, ma che poi non si possono applicare è un dato che non ci interessa, anche se basterebbe a dimostrarlo la recente disposizione italiana che “cerca” di stabilire che in ogni caso chi reagisca a una indesiderata intrusione in casa agisca *di per sé* in legittima difesa, ma finisce solo per complicare ulteriormente le cose. Lo “scandalo”

a smentire questa tesi superficiale, la breve e stringata ordinanza del GIP di Agrigento⁶, che appunto applica o meglio prende in considerazione, *come non può non fare*, altre disposizioni prima e a prescindere da quella invocata. “Prima e a prescindere”, che non vuol dire affatto ignorare la disposizione in oggetto, ma vuol dire leggerla e collocarla nel sistema (complesso) di cui fa parte, per trarne, appunto, la norma o, meglio, il complesso di norme che effettivamente regolano la fattispecie⁷: norme, aggiungo di diritto interno e di diritto internazionale, generale e pattizio⁸, tutte da leggere in termini sistemici, perché “fermarsi” al disposto interno, finisce per falsare il senso della norma, anzi, per impedire di trovarla.

Sia pure, mi si conceda questa breve interpolazione, in modo meno esplicito di come ho scritto più sopra, il risultato finale è esattamente quello: la norma interna cede di fronte a quella internazionale⁹. “Cede”, vuol dire che *la norma interna non può essere applicata così com'è perché se ne deve applicare un'altra*: più precisamente la *norma* è diversa dalla disposizione presuntivamente da applicare. La ricostruzione di cui parlo, perciò, nonché alquanto diversa (almeno nella terminologia e nella sistematica) da quella del giudice di Agrigento, è molto diversa da quella della cd. “non applicazione” della norma interna per la presenza di una norma comunitaria in quanto parte di un “altro ordinamento” competente sul punto. Diversa anche se analoga. Ma in questo caso, ciò che accade è che la disposizione interna nemmeno viene presa in considerazione, posto che quella internazionale si applica e “cancella” (nella specifica fattispecie) quella interna: più precisamente *si sovrappone* a quella interna, producendo un risultato che *non è* la specifica disposizione interna, *ma nemmeno quella internazionale*. Diversamente, appunto, dal caso della sentenza *Granital*, insomma, la disposizione interna non convive, sia pure non applicata, con quella internazional-comunitaria per “risorgere” qualora il diritto comunitario dovesse scomparire o cambiare, ma scompare una volta e per tutte: *non si applica né ora né mai*¹⁰ a parità di condizioni e circostanze date perché si trova *assorbita* insieme alla disposizione internazionale, dalla norma che regola *effettivamente* la fattispecie.

che ha determinato il fatto che dei giudici non abbiano applicato pedissequamente certe leggi, la apparente lettera di quelle leggi, ma lo abbiano fatto interpretandole, come doveroso, alla luce di altre, è assolutamente inammissibile in uno stato di diritto. Un caso ormai “classico” è, infatti, quello dell’ordinanza del Tribunale di Bologna 2 maggio 2019, e quella precedente del 19 marzo 2019 del Tribunale di Firenze, che poi hanno fatto scuola in materia di concessione della residenza a stranieri non ancora pienamente regolarizzati, in apparente “contrasto” con il cd. decreto sicurezza, su cui più avanti.

⁶ Mi riferisco all’ordinanza del Tribunale di Agrigento, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 2 luglio 2019, n. 3169/19 R.G.N.R., n. 2592/19 R.G.GIP

⁷ Nella ordinanza cit. meritano segnalazione le considerazioni appunto di ordine generale del giudice del caso, quando ad es. afferma (4): «Dalla lettura congiunta delle suddette previsioni, si desume il principio *della libertà degli stati di regolare i flussi di ingresso nel suo territorio nazionale (espressione di sovranità) con i limiti - tuttavia - derivanti dal diritto consuetudinario* e dai limiti che lo Stato stesso si impone mediante adesione ai trattati internazionali, idonei a conformare la stessa sovranità nazionale, e tra detti limiti figurano (art. 18 sopra richiamato), il dovere di pronto soccorso alle navi in difficoltà e di soccorso ai naufraghi» e 11: «Ritiene, peraltro, questo Giudice che, *in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative sopra richiamate, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della Sea Watch 3, oltre che delle autorità nazionali*», che perciò conclude, 12: «Su tale quadro normativo non si ritiene possa incidere l'art. 11 comma *ter* del d.lgs. 286-98 (introdotto dal d.l. n. 53/2019): difatti, ai sensi di detta disposizione, il divieto interministeriale da essa previsto (di ingresso, transito e sosta) *può avvenire, sempre nel rispetto degli obblighi internazionali* dello Stato, solo in presenza di attività di carico o scarico di persone in violazione delle leggi vigenti nello Stato Costiero, fattispecie qui non ricorrente vertendosi in una ipotesi di salvataggio in mare in caso di rischio di naufragio» (corsivo mio).

⁸ *Contra*, con qualche eccesso critico, A.L. VALVO, *Nota all’Ordinanza del GIP di Agrigento del 21.7.2019 proc. pen. n. 3169/19 R.G.N.R. e n. 2992/19 R.G. GIP*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, n. 62, 2019, 103 ss.

⁹ In termini più sofisticati, ma mi pare simili, v. di recente R. CADIN, *Profili ricostruttivi e linee evolutive del diritto internazionale dello sviluppo*, Torino, Giappichelli, 2019, 11 e *passim*

¹⁰ Salvo che, sia la norma internazionale stessa a scomparire o cambiare, magari per influsso proprio di quella disposizione interna attualmente inapplicabile o meglio non valida.

Del resto a soluzioni non dissimili si può arrivare, ove si voglia ragionare in punta di diritto ma anche nell'interesse del diritto nel suo senso più vero e cioè nell'interesse delle persone, come ad esempio nella bella sentenza della Corte d'appello di Salerno, che, dovendo decidere della espulsione di due stranieri, che avrebbe determinato un danno grave principalmente di natura culturale e psicologica ai loro due figli, la respinge senza esitazione così non applicando la lettera della legge italiana, ma facendo "prevalere" il "superiore interesse" del bambino, guarda caso, oggetto di grande attenzione internazionale, sia nelle norme in materia di diritti dell'uomo, che, più specificamente nella Convenzione sui diritti del fanciullo¹¹. La cosa è tutt'altro che strana, se solo si pensi al famoso caso *Chen*, deciso dalla Corte di Giustizia UE, su richiesta pregiudiziale di un tribunale britannico, che decide precisamente questo, esattamente negli stessi termini¹².

2. Diritto internazionale e diritto interno: stranieri, migranti e diritto internazionale.

Quanto detto sopra, in fondo, è quasi l'"abc" di qualunque giurista, anche se vale la pena averlo ricordato e ribadirlo, per esempio citando brevemente, solo per meglio chiarire quello che intendo discutere, l'art. 1 del cosiddetto "decreto sicurezza bis"¹³ 14 giugno 2019 n. 53, il cui attacco recita oggi testualmente: «Il Ministro dell'Interno ... nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale ... » e all'art. 2 prevede: «... In caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, notificato al comandante e, ove possibile, all'armatore e al proprietario della nave, si applica a ciascuno di essi la sanzione amministrativa ... » che quindi, ove fosse rimasta nel testo originario, avrebbe addirittura integrato una pretesa di estensione extraterritoriale della legislazione italiana in acque internazionali, ma che nella versione attuale determina un eccesso enorme di pena in caso di violazione, come

¹¹ Corte d'appello di Salerno, II Sez. Civile, n. V.G. n. 936/2018, 150.1.2019, che afferma tra l'altro: «considerato che, nel giudizio avente ad oggetto l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare di minore straniero, l'eventuale sussistenza di comportamenti del familiare incompatibili con il suo soggiorno nel territorio nazionale deve essere valutata in concreto attraverso un esame complessivo della sua condotta, al fine di stabilire, all'esito di un attento bilanciamento, se le esigenze statuali di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale debbano prevalere su quelle derivanti dai gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, cui la norma conferisce protezione in via primaria», dove rilevo incidentalmente, l'opportunità, questa volta, dell'«attento bilanciamento», che è tra interessi giuridicamente protetti e non tra diritti.

¹² V. Corte giust. UE, sent. 30 maggio 2002, C-500/02, 30. dove afferma § 16: «By those questions, the national court seeks in essence to ascertain whether Directive 73/148, Directive 90/364 or Article 18 EC, if appropriate, read in conjunction with Articles 8 and 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), confer, in circumstances such as those of the main proceedings, upon a young minor who is a national of a Member State, and is in the care of a parent who is a national of a non-member country, the right to reside in another Member State where the minor receives child-care services. If such right be conferred, the national court wishes to ascertain whether those same provisions consequently confer a right of residence on the parent concerned» per cui argomenta in conclusion, § 45: «On the other hand, a refusal to allow the parent, whether a national of a Member State or a national of a non-member country, who is the carer of a child to whom Article 18 EC and Directive 90/364 grant a right of residence, to reside with that child in the host Member State would deprive the child's right of residence of any useful effect. It is clear that enjoyment by a young child of a right of residence necessarily implies that the child is entitled to be accompanied by the person who is his or her primary carer» (corsivo mio).

¹³ Il cui testo provvisorio, poi modificato in Consiglio dei Ministri prevedeva all'art. 2, di modificare l'art. 12 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, con l'aggiunta di un n. 6 bis del seguente tenore: « ... Salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, il comandante della nave, che nel corso della navigazione procede, anche in acque internazionali, ad azioni di soccorso di mezzi adibiti alla navigazione ed utilizzati per il trasporto di migranti, anche mediante il recupero delle persone ovvero il traino del mezzo, è tenuto ad operare nel rispetto della normativa internazionale e delle istruzioni operative emanate dalle autorità responsabili dell'area in cui ha luogo l'operazione di soccorso ... » in [HuffPost](#) del 20 maggio 2019. Sorvolo, ma non dovrei, sulla assurda terminologia, che definisce a priori delle persone, con la qualifica di *migrante*, il che è, a dir poco, tutta da accertare, ma finisce per attribuire a quel termine e alla persona che ne viene investita una valenza negativa, discriminatoria.

rilevato dal Presidente della Repubblica¹⁴, ma, specialmente, proprio richiamando la norma internazionale, pretende se non di violarla almeno di aggirarla.

Nel suo comunicato, infatti, il Presidente oltre a sottolineare la eccessiva gravità delle sanzioni previste (delle quali ventila chiaramente la incostituzionalità, alla luce delle recente sentenza della Corte costituzionale¹⁵) rileva il contrasto normativo che si determina a causa della disposizione pur così “asciugata”, in quanto letta alla luce delle norme della Convenzione di Montego Bay, affermando: «Va anche ricordato che, come correttamente indicato all’articolo 1 del decreto convertito, la limitazione o il divieto di ingresso può essere disposto “nel rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia”, così come ai sensi dell’art. 2 “il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale”. Nell’ambito di questa la Convenzione di Montego Bay, richiamata dallo stesso articolo 1 del decreto, prescrive che “ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l’equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo”»¹⁶. La domanda cui accennavo sopra, viene, come si vede, posta esplicitamente e duramente dal Presidente della Repubblica, che, mi pare, non si limita a segnalare al Parlamento la necessità di modificare la disposizione italiana, ma, nello spiegarne la ragione, dà in sostanza gli estremi di una interpretazione, *illico et immediate* a prescindere dalle modifiche parlamentari, da parte di chi si trovi, nelle more, a doverla applicare. Esattamente ciò che ha fatto come accennavo il GIP di Agrigento e, sia pure su altra questione, i Tribunali di Bologna e Firenze, ecc.

La domanda, ai fini delle righe che seguono, è: come si coordina una norma del genere con le norme, pur citate in parte, di diritto internazionale pattizio e, specialmente, con le norme non scritte, alla luce del fatto che l’ordinamento italiano, o almeno il Governo italiano, presuppone di pretendere di applicare *tout court* le disposizioni italiane? E, si potrebbe aggiungere, come si fa a sapere se la persona che ci si accinge a soccorrere o che si soccorre sia un migrante? Anzi: cosa è un “migrante”, uno straniero purchessia, o solo un tipo particolare di straniero, o ancora uno straniero intenzionato a restare a lungo o definitivamente in Italia, per non aggiungere, come si distingue un turista da un migrante e uno straniero da un cittadino europeo? E infine, come si coordina quella disposizione con l’ultima frase dell’art. 18 della Convenzione di Montego Bay, che recita: « ... passage includes stopping and anchoring are rendered necessary by *force majeure* or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress». Ma su ciò tornerò più avanti.

Ma, molto più in generale, la domanda “come si coordina” la norma interna con quella di provenienza internazionale, in termini di analisi giuridica teorica diventa un’altra e precisamente: è valida, valida *per il diritto interno*? In altre parole, la vecchia disputa tra dualismo e monismo, la

¹⁴ Per la precisione mi riferisco all’art. 11, comma 1-*ter* (e all’art. 16, comma 6-*bis*) del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, modificato dal d.l. 14 giugno 2019, n. 53 di cui al [Comunicato del Presidente della Repubblica dell’8 agosto 2019](#) in sede di promulgazione della conversione in legge (l. 8 agosto 2019 n. 77), del decreto (v.lo nelle [Cronache dalle Istituzioni 2019](#), in questa [Rivista](#)). Anche qui, siamo ai limiti della violazione delle norme più elementari di diritto del mare: la pretesa di “governare” il comportamento di navi straniere, anzi addirittura dell’equipaggio!, in acque internazionali in contrasto con la stessa Convenzione di Montego Bay, della quale si cita l’art. 19, ma non, ad esempio, il 21, comma 1, lett. h.

¹⁵ V. [Corte cost., sent. n 112/2019](#), dove si rileva la necessità che le pene siano *commisurate* alla gravità del reato. Dove, cioè si afferma l’indispensabilità di un coordinamento tra disposizioni diverse di ambito diverso e per situazioni diverse, che vanno, nel caso di cui sto discutendo, fino al *necessario* coordinamento con norme di diritto internazionale.

¹⁶ Il riferimento è all’art. 98 della Convenzione, che recita testualmente: «*Duty to render assistance* 1. Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers: (a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost; (b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him; ... 2. Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose».

disputa famosa tra Triepel e Kelsen¹⁷, insomma, ha ancora un senso o invece, come io credo, una concezione moderna del diritto implica che esso debba essere considerato come integrato e universale, cioè *sistemicamente* universale, talché le norme, *tutte le norme di tutti gli ordinamenti giuridici anzi gli stessi ordinamenti giuridici*, sono parte di un sistema unico, *necessario e universale*? Per dirla in termini giornalistici: la globalizzazione non è una scelta giuridica di questo o quell'ordinamento o potentato, è *invece semplicemente un fatto*¹⁸, non diversamente da come è un fatto che noi tutti facciamo parte di questo mondo, che il mare ne fa parte come l'aria e che se dunque il mare si riscalda troppo ne derivano conseguenze ovunque, né più né meno di come se una disposizione di uno stato è difforme dal contenuto della norma "universale" quella disposizione determina conseguenze negative, e come se il mare si riscalda occorre raffreddarlo per garantire la continuazione della vita sulla terra, la disposizione divergente va modificata o cancellata per impedire l'esplosione del sistema giuridico universale. Che, a sua volta, non è solo il diritto internazionale, ma il complesso degli ordinamenti giuridici nazionali e internazionale, e non solo come ovvio, la cui "risultante" di volta in volta è la norma applicabile alla fattispecie¹⁹.

3. Diritto internazionale, soggetti, stati e ordinamenti giuridici interni.

Tornando, dunque alle disposizioni del citato Decreto sicurezza, è facile rilevare come sia lo stesso decreto ad affermare che la norma italiana si applica «nel rispetto degli obblighi internazionali», il che, come ho accennato, vuole semplicemente dire che la disposizione va collocata *logicamente*, oltre che giuridicamente, nell'ambito dell'Ordinamento internazionale e non solo in una specifica disposizione o norma internazionale. È, bene però sottolineare che quell'espressione è allo stesso tempo superflua ed ellittica.

Superflua perché afferma una ovvietà già espressa molto chiaramente, a dire solo di essa, nella Costituzione italiana (come, del resto, in quelle di quasi tutti i paesi civili) dove gli artt. 10, comma 1, e 117, comma 1, e non solo, affermano il principio generale per cui l'ordinamento italiano, certamente utilizzando una terminologia tipicamente dualista²⁰ (che però non cambia la sostanza del problema) si conforma sempre e senza eccezioni, e nel caso delle norme generali di diritto internazionale anche senza ritardo, immediatamente – perché la norma di diritto internazionale, *ex art. 10 Cost.*, è nello stesso momento in cui si forma *norma di diritto interno* – alle norme, scritte e non, di diritto internazionale²¹. Ma comunque, come vedremo meglio più avanti, le norme italiane,

¹⁷ Quella ad esempio della problematica [sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014](#) e di altre successive, su cui ho scritto in tempi non sospetti in questa [Rivista Studi 2014](#), [Corte costituzionale e Diritto internazionale, il ritorno dell'estoppel?](#) (4.12.2014)

¹⁸ Che poi questo *fatto* non sia stato regolamentato, o meglio non sia stato regolamentato bene, dal diritto internazionale, è cosa che non cambia la natura del fenomeno. V. ad es. e di recente, M. PANEBIANCO, *Il futuro del sovranismo: Stato globale, Stato costituzionale, Stato ricodificatore*, in *Rivista della Cooperazione giuridica internazionale*, 2019 n. 62, 11 ss., dove però, a mio giudizio, si attribuisce un valore globale alle disposizioni di Organizzazioni internazionali cdd. "sovranazionali", che certamente cercano di "regolare" o controllare il fenomeno, ma che in quanto contrattuali non possono fare più di tanto, mentre lo possono le norme di diritto internazionale generale, come sostengo nel testo, v. *ibid.*, 27 ss.

¹⁹ Su ciò, v. *infra* § 5. Cfr. anche, le considerazioni sul punto di J. KLABBERS, *Law-making and Constitutionalism*, in J. KLABBERS, A. PETERS, G. UFLSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Un. Press, 2009, 81 s. e 85 ss.

²⁰ Ma, solo per completezza di discussione, non sempre così dualista come sembra. Ad esempio, quando l'art. 2 afferma che l'Italia riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo lo fa *tout court* e direttamente senza mediazioni. "Riconosce", vuol dire che già ci sono e quindi li "garantisce": come potrebbe garantirli se non fossero già vigenti e operativi?

²¹ Ovviamente, per quanto attiene alle norme pattizie, previa ratifica. Sul fatto che, a ratifica avvenuta, si possa non trasformare la norma pattizia in norma interna è abbastanza dubbio (se non altro per la conseguente responsabilità internazionale) e non per caso la giurisprudenza in materia di applicazione delle norme comunitarie, ha fatto per dir così

come quelle di qualunque altro soggetto di diritto internazionale, semplicemente *devono* corrispondere alle norme di diritto internazionale, generale e, previa ratifica, pattizie.

Ellittica, perché, al di là della espressione ambigua quando parla di «rispetto degli obblighi», così potendo legittimare l'interpretazione per cui sia riferita ai soli obblighi pattizi di diritto internazionale (il riferimento, immagino, è stato usato “copiando” la terminologia dell'art. 117, comma 1, Cost., ma senza la necessaria “sottigliezza” e, diciamo pure, competenza) appare limitativa, *illicitamente limitativa*, della realtà, perché le norme rilevanti di diritto internazionale non sono solo quelle citate nella disposizione, ma *tutte le norme di diritto internazionale* e quindi non solo quelle scritte, per non parlare delle norme di diritto interno degli altri soggetti di diritto internazionale, che, in ipotesi, possano essere “competenti” o comunque rilevanti, nella misura in cui anche le norme e le giurisprudenze degli altri soggetti di diritto internazionale, contribuiscono alla definizione del contenuto delle norme internazionali²².

Non è, o almeno non dovrebbe essere, una novità sorprendente quella per cui, già da molto tempo la stessa formazione delle norme di diritto internazionale è strettamente, e inscindibilmente, collegata al diritto interno, o meglio almeno alle norme fondamentali di diritto interno dei soggetti parte della collettività internazionale (“soggetti”, non solo stati), cioè di tipo se non di forma costituzionale, che determinano sia la formazione che il contenuto delle norme di diritto internazionale, così come del resto viceversa. Insomma che tra l'ordinamento internazionale e quelli interni vi sia una sorta di osmosi bidirezionale continua è un fatto ben noto. Questo, mi pare, è il senso di quella vera e propria “intuizione” che ha portato alla formazione dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, dove accanto alla famosa lettera *c*, che parla dei principi di diritto riconosciuti dalle nazioni civili come strumento per la soluzione giudiziaria delle controversie internazionali, non si può dimenticare la spesso trascurata lettera *d*, che cita oltre alla giurisprudenza, e questo è ovvio, anche il parere dei giuristi. Non è certamente un caso, che, per tale via, si finisca per fare riferimento, esplicito, alla ben nota e fondamentale tecnica del diritto romano dello *ius respondendi ex auctoritate principis*²³, che ha costituito la struttura portante e creativa dell'intero diritto romano²⁴.

giustizia di certo ritardi e modificazioni. Anche se oggi, pare che la Corte costituzionale, in un clima invero stranamente sempre più “nazionalistico” (se non “sovranista”) sembra tentennare, pur senza stravolgere il concetto. Quanto alla ipotesi della ratifica non seguita dallo scambio o dal deposito ... meglio sorvolare!

²² Basterebbe citare le pagine famose di E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione aggiornata da G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1990, 817: «Nell'interpretazione giuridica di un ordinamento in vigore il giurista non si può arrestare a rievocare il senso originario della norma - come se si trattasse di un'entità storica, di un fatto del passato, avente un senso in sé concluso —, ma deve fare un passo avanti: perché la norma, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante, ed è *destinata a passare e a trasfondersi nella vita sociale, alla cui disciplina deve servire*. Qui, pertanto, l'interprete non ha ancora finito di adempiere il suo compito, quando ha ricostruito l'idea originaria della formula legislativa (cosa che pur deve fare), ma deve, dopo ciò, *mettere d'accordo quell'idea con la presente attualità, infondendovi la vita di questa, perché appunto a questa la valutazione normativa dev'essere riferita*. Tenendo presente tale criterio, riuscirà più agevole rendersi conto dei problemi che ora vengono in discussione» (corsivo mio).

²³ Di cui in Digesto 1.2.2 48-49, famosissimo, che, al di là delle discussioni sulla possibile interpolazione di una parte del testo irrilevante a questo fine, recita, *Pomponius, libro singulari enchiridii* : «48. *Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. Hic etiam Nerva Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat. 49. Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet» (corsivo mio), che non a caso Gaio definiva anche *iura condere*, appunto (v. A. GUARINO, [Il «ius publice respondendi»](#)).*

²⁴ V. B. ALBANESE, [Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello ius respondendi](#) e J. PARICIO, [Il «ius publice respondendi ex auctoritate principis»](#).

Il diritto, lo ripeto, è un fenomeno *complesso*²⁵, che, proprio per questo, va sempre “letto” nella sua interezza: sempre; e per di più alla luce della realtà fattuale, rispetto alla quale ho usato la formula, che è solo una formula, del diritto come fenomeno “dell’uomo e dall’uomo”²⁶. E pertanto il *fatto* che una norma di un ordinamento (“interno”) rinvii in qualche modo alle norme di un altro ordinamento²⁷, interno o internazionale, non inficia in nulla il fatto per cui, seppure quel rinvio manchi, dovendo i due o più ordinamenti convivere in un medesimo ambito territoriale ed umano, non solo il *contrasto* non possa superare un certo livello (quando gli ordinamenti entrino in contatto diretto, come, per intenderci, nel caso del diritto internazionale privato) ma non *possa per definizione esistere* se il rapporto è tra un ordinamento *più ampio* ed uno più ristretto, come è il caso nei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale²⁸, se non altro posto che l’ordinamento internazionale nasce e esiste per regolare i rapporti tra i soggetti di diritto internazionale²⁹.

Alla luce di quanto detto fin qui, raccolgo con interesse e proprio per approfondire, le parole di un giovane e brillante autore che, lucidamente se pure troppo sinteticamente, pone il problema teorico di cui parlo così dimostrando che è essenziale, anche se, “mascherandolo” da semplice considerazione preliminare, in realtà lo rafforza, quando dice: «Il reiterato tentativo di criminalizzare o di rendere illegale l’attività di salvataggio compiuta da navi private che operano nel Mediterraneo da quasi un decennio si infrange contro la forza impassibile di principi internazionali ... »³⁰, in un contributo il cui titolo wertmülleriano non deve trarre in inganno, sulla profondità tecnica, sì tecnica, con cui il tema è affrontato, anche se (non è una critica, sia chiaro) come ahimè ci ha mostrato la storia, la fattispecie ivi analizzata non attiene più “solo” alle navi private.

Entro subito nel merito. Tecnico, infatti, vuole essere il discorso che segue, come è quello dell’autore citato, che non è un voler sminuire il valore o il livello di ciò che si dice, al contrario perché tecnico deve essere il metodo scientifico per la ricostruzione di un problema giuridico, e che, nella specie si concretizza nel problema, appunto solo apparentemente teorico, su quale sia la norma applicabile al fatto in esame, *che pur sempre un tema di vita reale è*. Perché, ed è bene concludere così con una precisazione netta, il diritto, lo si voglia o no, è un fenomeno sociale fatto dall’uomo per servire l’uomo; ma nel suo esercizio è un problema tecnico, che, in quanto tale, richiede per essere compreso ed esplicitato una piena coscienza della natura dei problemi che sono regolati dalla norma, insomma della fattispecie, e una piena conoscenza del *metodo* di ricostruzione dello stesso³¹ o, per

²⁵ Nel senso da me indicato in uno scritto precedente cit. (*infra* nt. 36).

²⁶ V., *infra*, testo alla nt. 37.

²⁷ Di nuovo cito le belle pagine di E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 817 s.: «... si ha in occasione del richiamo e rinvio a leggi straniere nella necessità riconosciuta in diritto internazionale privato, di un processo di adattamento, per cui la norma straniera richiamata deve subire ... una congrua messa a punto del contenuto e degli effetti»

²⁸ Sul punto, v., molto articolatamente, H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beiträge zu einer reinen Rechtslehre*, Aalen, Scientia Verlag, 1960 (ma 1927), 111 ss.

²⁹ Potrei anche aggiungere, che è del tutto indifferente che dei rapporti tra ordinamenti interni e ordinamento internazionale si abbia una concezione dualista o monista, dato che, sia pure in una visione dualista, la triepeliana *Vereinbarung* è un *accordo per vincolarsi*, certo liberamente, magari reversibilmente anche, ma vincolo significa obbligo. Se poi si constata che il diritto internazionale dispone di norme generali, non di natura e formazione contrattuale, la relazione è ancora più chiara.

³⁰ N. COLACINO, *Di naufraghi, migranti, capitani e... nuove fattispecie giuridiche: il «soccorso in mare di immigrazione» tra obblighi internazionali e «gride» ministeriali*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2019, 3, 632.

³¹ Sorprende in questo senso una osservazione del probabilmente più grande linguista vivente, che in uno splendido volume di sintesi delle sue affascinanti teorie, scrive, però, quasi dimenticando ciò che dirà subito dopo circa l’estremo conformismo della società culturale statunitense: «Compare mathematics and the political sciences ... In mathematics, in physics, people are concerned with what you say, not with your certification. But in order to speak about social reality, you must have the proper credentials, particularly if you depart from the accepted framework of thinking. Generally speaking, it seems fair to say that the richer the intellectual substance of a field, the less there is a concern for credentials, and the greater is the concern for content. One might even argue that to deal with substantive issues in the ideological disciplines may be a dangerous thing, because these disciplines are not simply concerned with discovering and explaining the facts as they are; rather, they tend to present these facts and interpret them in a manner that conforms to certain ideological requirements, and to become dangerous to established interests if they do not do so», sorvolando sulla

dirla in maniera più sussiegosa: della sussunzione della fattispecie alla norma, secondo le regole tecniche proprie del diritto.

Dicendo “fatto dall’uomo per servire l’uomo” non assegno al verbo fare un valore letterale, nel senso che non tutte le regole, o meglio le norme, del sistema giuridico possano *materialmente* essere state costruite dall’uomo *coscientemente e deliberatamente* per essere tali, dato che il funzionamento storico e sociale del sistema giuridico è anche il frutto della affermazione di norme prodotte dalla evoluzione storica e sociale dell’umanità, talché alcuni principi e comportamenti di origine sostanzialmente sociale diventano norme giuridiche che, grazie alla tecnica (questa volta sì) giuridica fatta e usata dall’uomo diventano e poi si applicano come norme giuridiche e sono *riconosciute* come tali. In altre parole, la “tecnica” giuridica trasforma determinati fatti o *esigenze sociali, storiche, ecc.* in disposizioni giuridiche esplicite da cui derivano le norme conseguenti. Mentre chi agisce in un certo modo piuttosto che in un altro, sa perfettamente di agire e di scegliere tra diverse possibilità, ma non sa *che e se* quel comportamento diventerà una norma giuridica, ragion per cui una norma giuridica così fatta, è tale nel momento in cui viene effettivamente *riconosciuta* come tale, quando cioè “ci si accorge” che quella norma è nata e funziona, e pertanto è obbligatoria (non più un modo di essere sociale) anche se nessun “potere” la ha posta per essere tale. E questo vale nel diritto interno come in quello internazionale.

Che, per fare un esempio, la schiavitù fosse un illecito, di diritto interno e (prima!) di diritto internazionale, è una norma giuridica, o meglio è diventata una norma giuridica *già prima* che venisse esplicitamente scritta in norme giuridiche interne e in trattati internazionali³². Non diversamente, peraltro, da come taluni principî o assunti, filosofici, morali, politici, ecc. sono diventati norme giuridiche solo dopo essere stati esposti come teorie politiche, filosofiche, ecc.

Basterebbe citare la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino, che “pone” per la prima volta i diritti del cittadino definendoli “uguali”, cosa per definire in concreto la quale occorreranno decenni se non secoli.

E dunque, altro è il diritto, e altro, ben altro sono la politica o la morale o l’ideologia³³. Nel senso che la politica (o la morale, o la religione ecc.) è quella che “pone” le disposizioni giuridiche (i “comandi”, se vogliamo, il diritto positivo, insomma) che le inventa per dir così e che, entro certi

osservazione, un po’ offensiva invero, secondo cui nelle scienze sociali si bada più alle qualifiche che ai contenuti, si mostra all’evidenza una certa confusione tra il conformismo culturale non solo americano che accetta solo ciò che è “accettato” e guarda con sospetto (e quindi sottopone ad “esame” chi ne usi) chi non è nella linea del pensiero dominante, e il patrimonio tecnico delle scienze sociali: tutte, diritto incluso. Peccato anche che dimentichi (e detto da un linguista la cosa è particolarmente sorprendente) che nelle scienze sociali (non *ideologiche*) i “fatti” sono solo *se e quando interpretati*, diversamente sarebbero solo *conformisti in quanto già interpretati da “Altri”* e la maiuscola non è un errore di stampa! V. N. CHOMSKY, *On Language*, New York, New Press, 2007, 7.

³² E ciò, come vedremo più avanti, ha un peso fondamentale nella valutazione della prassi, che, anticipando quanto cercherò di dire più avanti, non basta da sola, non basta mai a *determinare* la norma. L’idea, insomma, della prassi che *crea* invariabilmente il diritto, è una idea del tutto infondata: il comportamento di una frazione di secondo può determinare una norma, così come un comportamento ripetuto per secoli può non farlo.

³³ V. H. KELSEN, *Das Problem*, cit. 107: «Die Rechtsquelle ist hier der Satz: Verhalte dich so, wie der Monarch befiehlt. Es ist dasselbe, was früher als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichnet wurde. Daß man diesen Satz als letzte, nicht weiter ableitbare Norm voraussetzt, darin liegt ... ebenso die Positivität des Rechts wie die Souveränität des Staates. Hier ist festzustellen, daß nur dann zwei voneinander verschiedene, gänzlich Normensysteme vorliegen, wenn sie aus zwei verschiedenen, voneinander gänzlich unabhängigen, d. h. auseinander in keiner Weise ableitbaren, aufeinander in keiner Weise rückführbaren „Quellen“ oder Grundsätzen, Ursprungsnormen entwickelt werden müssen», per cui 109: «Das Rechtssubjekt - die physische wie die sogenannte juristische Person, *welch letztere nicht um ein Haar mehr „juristisch“ ist als die sogenannte physische* - hat keine Naturrealität, sondern - als Produkt juristischer Erkenntnis - nur die Natur des Rechtes selbst. Das spezifische „Subjekt“ der Rechtswissenschaft ist *nichts anderes als eine von der juristischen Erkenntnis vollzogene Personifikation*; und das Substrat dieser Personifikation kann - wie bereits in einem anderen Zusammenhang festgestellt wurde - nichts anderes sein als der Gegenstand der juristischen Erkenntnis: die Rechtsnormen» (corsivo mio).

limiti, assegna alle disposizioni stesse un rango, un livello di operatività in termini di desiderata³⁴ relazione tra norme nell'ambito dell'ordinamento in cui sono poste³⁵, ma il diritto inteso come sistema (anzi, come sistema complesso, per rinviare a un mio scritto precedente³⁶) è quello che ingloba e “digerisce” le regole le più diverse, portandole (e non potrebbe fare altrimenti) ad unità, innanzitutto logica³⁷, o meglio, innanzitutto secondo la logica giuridica, che prescinde del tutto dalla politica e dalla religione e dall'etica ecc., perché è e non può non essere la “logica del sistema”, non “creata” dall'uomo (politico o giurista che sia) ma, tra mille virgolette “naturale”, perché propria del diritto. In altre parole, “porre la norma” come si dice spesso specie dai politicanti, e quindi più correttamente *porre o scrivere la disposizione* non vuol dire in nessun caso *determinare* la norma³⁸. Fatta salva, lo ripeto ancora, l'affermazione che comunque la bussola del sistema, per così dire, non può non essere che quella di cui parlavo sopra e cioè che il diritto è *dell'uomo e per l'uomo*, per cui anche le figure “mitiche” e astratte, ad esempio, dello stato o della nazione, sono forme giuridiche, alla fine, dell'uomo e per l'uomo. Per dirla, dunque, in termini che potrebbero fare rabbrivire molti giuristi dell'ottocento ma anche del novecento e forse oltre: la “ragione di stato”³⁹ è, ed è legittima, *solo se è la ragione delle persone che sono parte di quello stato* e nella misura in cui, e solo nella misura in cui, queste ultime sono parte delle persone del sistema universale, del mondo intero, nel senso che *anche le ragioni delle persone di uno stato possono* (giuridicamente: debbono) *cedere di fronte alle ragioni dell'umanità*⁴⁰.

E quindi, l'idea tipicamente ottocentesca dello stato inteso come entità *diversa* dai suoi cittadini, anzi dal suo popolo⁴¹, che è quella che porta a ritenere che lo stato sia portatore di interessi, diritti e poteri tali da sopprimere, se necessario, o meglio ignorare i cittadini (e più in generale i sudditi, non a caso definiti così specialmente nel diritto internazionale più risalente) è una idea oggi largamente superata e inaccettabile, se non altro perché lo stesso stato è *fatto* dalle persone che lo compongono e, si potrebbe aggiungere, non solo dai cittadini⁴². Oggi, certamente, ciò è più chiaro nella misura in

³⁴ Desiderata perché, anche se le disposizioni vengono scritte esplicitamente (o dettate, comunque “poste”) in maniera “graduata” non è detto che quella graduazione, nella applicazione della norma valga a indicare la definizione giuridica della fattispecie.

³⁵ Ivi compresa l’“aspirazione” che quella norma prevalga strutturalmente su altre anche di altri ordini giuridici.

³⁶ G. GUARINO, *Per una analisi critica delle basi dell'Ordinamento internazionale come sistema*, in G. Guarino (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 399 ss., ma v. anche ID., *I diritti dell'uomo come sistema: un'ipotesi di lavoro*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, 7 ss.

³⁷ In cui perciò, la concezione molto di moda di norme o diritti o garanzie “multilivello” non trova posto: da diversi livelli se vogliamo chiamarli così, ma la terminologia corretta sarebbe “da diversi ordini giuridici”, confluiscono proposizioni normative che determinano la formazione di *una* norma, che regola dunque *quella* fattispecie e solo quella.

³⁸ Forse, sia detto con tutto il rispetto, è questo il passaggio che manca a Chomsky nelle affermazioni di cui alla precedente nota 31.

³⁹ Che, come noto, in Hegel prevale sulle esigenze individuali. V. sul punto le bellissime pagine di N. BOBBIO, *Stato Governo Società, per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985, 76 dove spiega appunto «il principio dell'azione dello Stato deve essere ricercato nella sua stessa necessità di esistere, di un'esistenza che è la condizione stessa dell'esistenza (non solo dell'esistenza ma anche della libertà e del benessere) degli individui».

⁴⁰ Solo così, mi pare, si può sciogliere il contrasto, evidenziato di recente da M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, La nave di Teseo, 2019, tra giustizia e norma (*Dike*, CACCIARI e *Nomos*, IRTI). La giustizia, infatti, per il giurista è quasi una “bestemmia”, fedele come sia e finché sia, il giurista, al brocardo *dura lex sed lex*, anche se la norma, se scritta con giustizia, può fondere i due concetti. Ciò, però, è particolarmente evidente, per non dire suscettibile di maggiore probabilità, nel diritto internazionale, dove le norme *si formano* nella prassi anche *sulla base delle esigenze (di giustizia) dell'uomo*. E comunque, grazie all'interpretazione quella fusione è garantita, o meglio *può* essere garantita. Per dirla con un piccolo azzardo, si potrebbe affermare che mentre la disposizione, la legge non è in sé né giusta né ingiusta, la *norma* in quanto frutto della interpretazione è, o meglio può essere, giusta. Se mi si permette un tono scherzoso: *Dike* è contenta solo se *Nomos* viene interpretato, magari con l'aiuto di *Eusebeia*!

⁴¹ Nel senso giuridico e sociale del termine e non nel senso becero e rozzo con cui viene spesso utilizzato in “politica”, per mascherare attraverso di esso la “ragione di stato”, intesa come ragione di una parte, benché prevalente, dello stato.

⁴² Non a caso, il diritto internazionale ha elaborato il concetto e l'istituto dell'autodeterminazione dei popoli, per definire il “diritto” (che nella specie è una *garanzia* della Comunità internazionale al popolo) della popolazione di un

cui gli stati moderni sono per lo più retti da sistemi democratici (o sedicenti tali), dove, almeno in teoria, la volontà e le esigenze dei cittadini-persone – cioè di tutti coloro che abitano nello stato – dovrebbero prevalere sui “presunti” interessi dell’ente stato in quanto tale. E proprio le fattispecie che sono oggetto di questo breve studio, sono la dimostrazione di quanto ho appena detto. All’affermazione della assoluta prevalenza della volontà, o meglio del superiore interesse dello stato sovrano, in quanto sovrano, di non permettere l’accesso al proprio territorio di stranieri, corrisponde la realtà giuridica, strettamente giuridica, che obbliga, lo voglia o no, lo stato ad accogliere gli stranieri, alla luce, appunto, di una lettura *complessiva* dell’ordinamento⁴³. Che, mi si consenta l’inciso, è esattamente l’opposto di quella, purtroppo robusta, tendenza a considerare lo straniero, ovviamente definito migrante, come “nemico” e quindi destinatario di un diritto penale *ad hoc*, non per caso definito «diritto penale del nemico»⁴⁴.

Ciò posto è chiaro che la volontà dell’ente stato è suscettibile di essere contestata e giudicata illecita, non solo quando violi la volontà legittimamente espressa dalla popolazione, ma anche quando sia dimostrabile (cosa che purtroppo sempre più spesso accade) che la volontà popolare sia stata *di fatto* coartata, ad esempio grazie ai sempre più sofisticati meccanismi disponibili oggi per il controllo della volontà popolare. Controllo sia esercitabile deliberatamente da parte *dello* stesso stato o da parte delle forze politiche o economiche *nello* stato, sia esercitabile dall’esterno ad opera, ad esempio, di potenze straniere, intese ad ottenere comportamenti corrispondenti alla propria volontà. Solo per fare un esempio, si potrebbero valutare gli effetti del famoso *tweet* del Presidente USA Trump nel quale si affermava l’auspicio che il prof. Conte venisse nominato Presidente del Consiglio italiano. Trattandosi di un messaggio personale e ufficiale, quel *tweet* equivale ad una dichiarazione pubblica dello stato USA e pertanto costituisce una evidente violazione del divieto di interferenza negli affari interni di un altro stato. È pertanto almeno lecito domandarsi se la nomina effettiva del predetto ad opera del Presidente della Repubblica italiana, non costituisca addirittura un illecito, dato che il Presidente non avrebbe operato in completa libertà e autonomia come prescrivono la Costituzione e il diritto internazionale, che ritiene che un soggetto di diritto internazionale sia effettivo solo se “indipendente” al punto che le proprie norme e azioni non “dipendano” dalla volontà altrui ed esterna (o addirittura non vengano *legittimate* da un altro soggetto) con la conseguenza che il Capo dello Stato potrebbe, se del caso, essere “sospettabile” di violazione degli artt. 54 e 90 Cost.

Qui, naturalmente, occorre fare una distinzione tra le “pressioni” esterne e quelle interne. Quelle esterne, infatti, possono ben rappresentare una violazione del principio della non interferenza negli

territorio, che si definisce popolo a prescindere dalle nazionalità, a *pretendere* non solo e non tanto la costituzione di uno stato autonomo (l’indipendenza in un certo senso) ma specialmente e oggi principalmente, la *democrazia*, intesa come obbligatoria corrispondenza dell’azione dello stato con la volontà *effettiva e reale* della popolazione, cui dunque non basta il voto e meno che mai un *referendum* e meno ancora risibili *democrazie dirette* per vedere soddisfatta la propria aspirazione.

⁴³ Ma v., *infra*, § 7 per qualche maggiore precisazione.

⁴⁴ V. sul punto il mio G. GUARINO, *Migrazioni, terrorismo e sovranità*, in A. DI STASI, L. KALB, *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 23 ss. ma specialmente 66 ss. e v. anche, tra gli altri, l’inventore del concetto, G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRR-Strafrecht: Online Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 2004, n. 3, 88 ss. «Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg», ma v. anche L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia* n. 4, 2006.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen. 2006, n. 2, 735 ss.* e *ivi* ampia bibliografia. Concetti, questi, non poi tanto sorprendenti se si pensa alle tesi odierne del «diritto penale vendicativo», uno dei quali effetti, che più perversi non si può immaginare, è il “demenziale” «ergastolo ostativo» (caro ai nostri politici, in particolare della Lega e del Movimento 5Stelle), condannato dalla dottrina, v. per tutti S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”*: dalla corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana, in *Diritto penale contemporaneo*, 6.10.2019 e naturalmente E AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Milano, Donzelli, 2019, e la sentenza della *Corte europea dei diritti dell'uomo*, Affaire Marcello Viola C. Italie (No 2), 13 giugno 2019, n. 77633/16 e infine cancellato del tutto con la sentenza 221 del 23 ottobre 2019.

affari interni di un altro stato, fino al limite addirittura della aggressione, sia pure esercitata con strumenti elettronici o altro⁴⁵. Dal punto di vista interno, invece, il tema è ancora più delicato e complesso, nella misura in cui l'uso di questi strumenti, deliberato e non, statale e non, può interferire pesantemente nella *effettiva* libertà di scelta e di decisione dei singoli e dei gruppi di cittadini, falsando così il risultato della loro espressione di volontà, anzi falsando addirittura il processo di formazione di quella volontà. Qui, infatti, si interferisce con uno degli istituti fondamentali del diritto internazionale quale il principio di autodeterminazione dei popoli.

È dunque in questa prospettiva che è possibile, anzi doveroso, riportare oggi nella giusta chiave la disposizione del terzo *considerando* della *Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo* dove si richiama appunto, e in termini estremamente netti il tema⁴⁶ proprio sotto il profilo della coartazione della volontà effettiva del popolo da cui consegue la legittimità della stessa rivoluzione. Insomma, come ho avuto occasione di mostrare altrove, il principio di autodeterminazione, non solo è attuale e presente, ma impone sempre di verificare la realizzazione *di fatto* e non solo formale di esso. Tema, mai come oggi, presente e perfino drammatico, anche se per lo più visto da un punto di vista esclusivamente internazionalistico, di conflitto insomma tra stati e molto meno di rispetto del principio democratico *negli* stati, che invece sempre di più appare come il presupposto di quello. In effetti, detto qui molto rapidamente, è proprio il rispetto e specialmente la *garanzia* del rispetto dei principi di democrazia *negli* stati, ciò che serve per dimostrare che anche nella Comunità internazionale, che, appunto, li garantisce, i principi democratici siano di fatto presenti e riconosciuti, superando così, a mio parere, l'ormai superato concetto del *deficit* democratico della Comunità internazionale⁴⁷, nel senso che, e mi fermo qui, se per democrazia si intende solo un sistema di consultazione popolare attraverso sistemi elettorali di vario tipo e con tutti i limiti appena descritti, è addirittura banale che esso non possa esistere con riferimento alla Comunità internazionale. Ma se democrazia significa, come già da tempo affermato proprio dal diritto internazionale in particolare dell'autodeterminazione, rispetto della volontà *effettiva* dei popoli, il "meccanismo" per accertarla è irrilevante⁴⁸, ciò che conta è il risultato, almeno finché un "Governo mondiale" non sarà realizzato ... sempre che tale sia la "giusta" strada.

4. *La struttura dei rapporti tra ordinamenti internazionale e interni: gerarchia o anarchia.*

Conviene ora, forse, tentare anche un piccolo passo ulteriore.

Qualunque sia la natura che si intenda riconoscere al diritto internazionale, è un *fatto* che se due stati, o meglio due soggetti di diritto internazionale, intendono convivere e magari cooperare, devono necessariamente accettare o autoimporsi delle regole di convivenza, sia pure di natura contrattuale, cioè delle regole di diritto internazionale⁴⁹, tanto più che la loro stessa qualifica di *soggetto* deriva da una norma di diritto internazionale, e quindi solo così si arriva a disporre di diritti azionabili.

⁴⁵ Sul punto ci sarebbe molto da dire, ma v. di recente N. TSAGOURIAS, *Electoral Cyber Interference, Self-Determination and the Principle of Non-Intervention in Cyberspace*, in [EJIL:Talk! the blog of the European Journal of International Law](#), 26.8.2019, e ivi ulteriore bibliografia.

⁴⁶ *Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo*: « *Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law* », A/RES/217 (III), 10.12.1948

⁴⁷ V. sul punto A. PETERS, *Dual Democracy*, in J.KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization*, cit., 267 ss.

⁴⁸ V. sul punto ampiamente il mio lavoro cit., *infra*, nt. 108.

⁴⁹ V. sul punto H. BULL, *The Anarchical Society, A Study of order in world Politics*, London, MacMillan Education, 1977, 13: « *A society of states (or international society) exists when a group of states, conscious of certain common interests and common values form a society in the sense that they conceive themselves to be bound by a common set of rules in their relations with one another, and share in the working of common institutions. If states today form an international society ..., this is because, recognising certain common interests and perhaps some common values, they*

Il trattato, dunque, una volta stipulato del tutto liberamente, determina due conseguenze. La prima è che il soggetto che lo ha stipulato, essendo impegnato a rispettarlo, deve necessariamente fare sì che il proprio sistema giuridico sia conforme o si conformi alla norma contrattuale sottoscritta. Ciò, ovviamente, è il tema dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, dove però è *necessario* concludere che, se una norma contrattuale internazionale confligge con una norma interna, la norma internazionale benché contrattuale prevalga sulla norma interna eventualmente confliggente. Prevalga, dico, *necessariamente*, cioè *normativamente*. Ciò dunque, per dirlo in altre parole, non richiede in alcun modo né che vi sia una norma internazionale che *obblighi* alla prevalenza di quest'ultimo sugli ordinamenti interni, né che vi sia una norma interna sulla gerarchia delle fonti, che obblighi a rispettare la norma internazionale⁵⁰. È il fatto in sé di avere, ad esempio, stipulato un trattato internazionale che determina, innanzitutto logicamente, ma quindi anche giuridicamente, la conseguenza indicata.

Ma non basta.

Perché è evidente che lo stato che stipula un trattato, lo fa garantendone per ciò stesso il rispetto salvo a pagarne le conseguenze. Chi stipulerebbe mai un accordo con uno stato, non sapendo (o prevedendo, o sperando, o, *giuridicamente* contando) che l'altro lo rispetterà o che potrà pretendere il rispetto, pretendere giuridicamente cioè legittimamente. E dunque la norma *pacta sunt servanda* è, a sua volta, *necessariamente* in vigore anzi, per la precisione, è la *condicio sine qua non* per la stessa stipula del trattato, altrimenti, come dicevo, nessun soggetto rispetterebbe gli accordi, anzi non vi sarebbero accordi, vi sarebbe cioè il *caos*, non l'anarchia, che invece è *il modo di essere del* diritto internazionale.

Il soggetto che stipula un accordo non ha alcun modo per garantirsi l'esecuzione se non, come dicevo prima, la certezza di poterne giuridicamente pretendere il rispetto: *giuridicamente* e quindi non solo usando la forza, che certo è, in astratto, sempre a disposizione del soggetto, sia nel diritto internazionale che nel diritto interno.

Quando ad esempio, per riferirmi ad un mio recente studio⁵¹, Ramses II stipula un accordo di pace con Khattushili III, dopo avere perso (o forse "pareggiato") la guerra con gli ittiti con la decisiva battaglia di Qadesh si garantisce dal possibile cambiamento di idea dell'avversario, sia ospitando sul proprio territorio il pretendente al trono ittita (Murshili III, tra l'altro verosimilmente più legittimo del sovrano regnante), sia sposando le figlie del re ittita, e infine giurando, non diversamente dall'altro, agli dei che avrebbe rispettato il trattato; ma non minacciando (o se vogliamo non solo, tanto più che in quel momento era in una posizione di "debolezza") di usare la forza, ma anzi, stipulando quello che oggi definiremmo un trattato di mutuo soccorso, insomma una alleanza militare tale che in caso che l'uno sia attaccato l'altro *deve* intervenire a sua difesa. Anzi quel "giuramento" è un modo per dire che esisteva una norma che imponeva il rispetto dell'accordo.

Insomma, una gerarchia tra norme è possibile solo in due modi: o di diritto o di fatto.

Cioè, può darsi il caso, e si dà, che nell'ambito di un determinato ordinamento o sistema giuridico, vi sia una gerarchia che individui nella norma "x" una prevalenza normativa sulla norma "y", che funzioni sempre, ma sempre interpretazione permettendo⁵². E ciò può ben accadere anche

regard themselves as bound by certain rules in their dealings with one another, such as ... that they should be subject to certain limitations in exercising force against one another. At the same time they cooperate in the working of institutions such as the forms of procedures of international law, the machinery of diplomacy and general-international organisation, and the customs and conventions of war» (corsivo mio).

⁵⁰ Non è certo un caso che la stessa giurisprudenza costituzionale ha sempre dato per acquisito questo dato, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 117, comma 1, Cost. Del resto già Mortati, parlava di leggi particolarmente garantite con riferimento alle norme di attuazione di un trattato internazionale.

⁵¹ G. GUARINO, *Il trattato di Qadesh: dimostrazioni di forza, appeasement, propaganda. Alle origini del diritto internazionale*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2019, 185 ss., v. anche G. CAVILLIER, *La battaglia di Qadesh: Ramses II alla conquista dell'Asia, fra mito, storia e strategia*, Torino, 2006, Cap. II, 11

⁵² È significativo il caso verificato proprio in Italia, dove la norma dell'art. 10, comma 1, Cost., che sancisce l'applicazione automatica e immediata delle norme generali di diritto internazionale nell'ordinamento italiano, venga

strutturalmente tra ordinamenti diversi, come è il caso dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento degli stati membri, dove la scelta della prevalenza dell'uno sull'altro è dell'ordinamento più generale, che “impone” esplicitamente la propria prevalenza, proprio perché se non fosse così, l'ordinamento più generale non solo non potrebbe funzionare, ma non avrebbe senso. Ma tale imposizione vale solo fin tanto che lo stato membro non eserciti la propria libertà di “liberarsi” dell'ordinamento comunitario. Il che lo stato, può fare, perché l'ordinamento comunitario è di derivazione contrattuale. Ma su ciò anche più avanti⁵³.

Ma, “fare parte” dell'ordinamento internazionale, non è una scelta contrattuale, è *un dato di fatto* al quale non si può sfuggire non diversamente da come uno stato non può non fare parte del Mondo.

E dunque, come dicevo, “di fatto”, per il fatto di fare parte della Comunità internazionale, che c'è, è innegabile, e come ogni società o comunità umana “crea” diritto, sia pure di fatto e quindi si rivolge ai suoi membri, che sono soggetti di diritto internazionale, e che quindi devono “trasferire” i suoi comandi in norme interne, ma, lo facciano o meno e lo facciano o meno una volta e per tutte, vi sono norme che si impongono da sé, direttamente, *all'interno degli stati*⁵⁴: non solo, come ovvio, le norme in materia di diritti dell'uomo, ma anche, e principalmente, quella che impone ai soggetti di rispettare il diritto internazionale: *consuetudo est servanda* è ben altro e più della più “banale” *pacta sunt servanda* perché quest'ultima è valida e funziona solo grazie a quella⁵⁵.

In questo senso, dunque, la stessa sovranità rientra nel sistema dell'ordinamento, è un istituto di diritto internazionale e funziona nel rispetto delle norme di diritto internazionale: in altre parole, sovranità non vuol dire affatto *superiorem non recognoscere* se non altro perché le regole vanno rispettate, anche se non sono emesse da un ente superiore, ma, e parlo ovviamente delle norme generali, sono il prodotto della volontà collettiva espressa nella Comunità internazionale, attraverso i soggetti di essa e questa *volontà* è per definizione superiore. Del resto, detto incidentalmente, *superiorem non recognoscere* implica di per sé che i *non recognoscentes* siano più di uno e dunque siano tutti uguali, tutti sovrani, ma obbligati tutti a riconoscere che una norma impone di rispettare certe regole e poi i trattati, ecc., non a caso un soggetto è sovrano se il suo ordinamento è originario, non se non riconosce le regole della convivenza internazionale tanto è vero che in caso di successione tra soggetti, mentre sopravvivono solo i trattati “localizzati” nessuno revoca in dubbio che le norme generali valgano integralmente per il nuovo soggetto.

Sto parlando, insomma, di quella che in altre occasioni ho definito la “logica” della struttura, complessa, che costituisce il diritto, della quale struttura fanno parte (contribuendo a costruire quella logica) i singoli sistemi o meccanismi giuridici e le singole disposizioni, per non parlare delle convinzioni e tradizioni giuridiche dei vari paesi e soggetti di diritto internazionale, tutti. Tutte queste norme hanno un senso e “funzionano” solo se coerenti, appunto, a quella logica. Non è un caso se, in un trattato fortemente orientato a problemi concreti come il trattato UE, si sia sentito il bisogno esattamente di prevedere gli effetti della fusione o dell'incontro tra vari ordinamenti giuridici, sia

interpretata in maniera tale da ... non funzionare in determinati casi. Magari, malamente interpretata, ma alla fine il risultato è quello: v. G GUARINO, [Corte Costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?](#), *cit.*, specialmente 10 ss.

⁵³ *Infra*, al § 5.

⁵⁴ Non diversamente, del resto, da ciò che accade nel diritto interno. Se lo stato impone di dotare gli appartamenti di finestre e muri che non lascino passare il calore e i rumori, sta al singolo proprietario eseguire i lavori necessari, come vuole, fatti da chi vuole, ecc. Viceversa, se lo stato impone di non ammazzare le persone, il proprietario non può farlo nemmeno nel proprio appartamento.

⁵⁵ Beninteso, se si accetta questo ragionamento e ciò che segue nelle prossime pagine, ne deriva una conseguenza non marginale. Cioè che la norma *consuetudo* non richiede in alcun modo di essere ipotizzata in quanto norma metagiuridica o pregiuridica o quel che sia, e nemmeno come norma base. Perché quella norma è posta, esattamente come tutte le altre, dalla collettività di fatto, perché è la base *logicamente necessaria* della convivenza sociale nella Comunità internazionale e, in quanto necessaria alla esistenza stessa della comunità, è, in perfetta coscienza *posta* dagli unici che possono parlarne: i soggetti di diritto internazionale, tutti, e gli organi e le organizzazioni internazionali ecc., di fatto senza esprimerla in un dettato formalizzato.

interni (quelli degli stati membri) che internazionali (quelli della Convenzione sui diritti dell'uomo e gli stessi trattati europei e norme derivate, per non parlare dello Statuto delle NU) attraverso l'art. 6.3, che, nella sostanza, costruisce un sistema normativo auto-generativo, se mi si passa il termine: si è, in altre parole, regolamentata l'autopoiesi⁵⁶.

Ma, a ben vedere, c'è anche di più se si pensa all'art. 38 dello Statuto della CIG, che indica come la Corte debba risolvere le controversie, affermando che, per i soggetti che contrattualmente si sottopongono al giudizio della Corte, vale la regola per cui la Corte applica non solo i ben noti principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili (come poi farà il citato art. 6.3 TUE) ma anche le opinioni dei giuristi più accreditati, istituendo una sorta di *ius publice respondendi* ma non *ex auctoritate principis*, che non c'è fisicamente, ma è la Comunità internazionale e cioè il diritto internazionale.

E non mi pare trascurabile⁵⁷.

5. Diritto internazionale e anarchia.

Ciò posto, ne consegue che è semplicemente impossibile, anzi inconcepibile una norma, una legge o anche un sistema giuridico intero che sia in contraddizione con il resto del sistema diciamo così universale, o, meglio, che quando dovesse esserlo sul piano formale, non venga nella realtà reso inefficace o, grazie alla interpretazione, reso coerente. Beninteso, non in astratto, ma in concreto, perché se i vari ordinamenti non venissero mai in contatto, la contraddizione non avrebbe rilevanza⁵⁸.

Questo discorso, va aggiunto, prescinde del tutto dalla gerarchia delle norme e tra le norme, ma anche da una eventuale gerarchia tra ordinamenti. Una gerarchia è perfettamente possibile in un sistema strutturato gerarchicamente in maniera deliberata (come accade in molti ordinamenti interni) ma è impossibile quando la gerarchia non vi sia per l'assenza di un "potere" centrale capace di imporre quella gerarchia. Anche se ben può darsi il caso che la stessa gerarchia formalizzata, venga nei fatti sovvertita dalla interpretazione.

In altre parole, i sistemi giuridici, tutti i sistemi giuridici, sono "permeabili", nel senso, lo abbiamo visto poco più sopra, che l'uno "influenza" l'altro: così come una norma di diritto interno può contribuire alla formazione di una norma di diritto internazionale può avvenire, anzi avviene, il contrario, al punto che può accadere che una norma interna corrispondente ad una norma contrattuale internazionale, divenga inapplicabile perché in contrasto con altra norma internazionale contrattuale o non. Insomma, se un soggetto, per fare un esempio, stipuli un trattato e in conseguenza ne "trasformi" o "incorpori" poco importa le norme nel proprio ordinamento interno, quando dovesse stipulare un trattato sul medesimo o simile oggetto, con la conseguente trasformazione si determinerà una contraddizione che andrà risolta in via interpretativa, oppure (e questo è un altro punto

⁵⁶ Non vedo, infatti, come altro interpretare la disposizione citata nel testo, quando afferma: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali», dove le parole chiave sono "fanno parte".

⁵⁷ Sul punto v. già G. GUARINO, *L'adesione della UE alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e la Costituzione italiana*, in questa *Rivista*, *Studi 2011* (23.V.2011).

⁵⁸ Così, H. Kelsen, *Das Problem*, cit. 144 s.: «Nun ist zunächst zu bedenken, daß das Völkerrecht nicht bloß Verpflichtungen zur Normensetzung, sondern unmittelbare Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten des Staates statuieren kann; so daß die besonderen Möglichkeiten, die sich, wie im folgenden ersichtlich, aus der Scheidung, zwischen Normsetzungsakt und gesetzter Norm ergeben, nicht in Betracht kommen. Allein selbst wenn man auf diesen besonderen Fall einer völkerrechtlichen Normsetzungsverpflichtung des Staates eingeht, zeigt gerade er die Unmöglichkeit einer dualistischen Konstruktion bei Vorstellung einer Überordnung des Völkerrechts über das staatliche Recht».

fondamentale) alla luce delle regole internazionali sulla successione di norme⁵⁹, e quindi il soggetto sarà “giustificato” nella eventuale violazione del primo trattato⁶⁰. Esattamente lo stesso discorso vale, se il contrasto sia tra una norma contrattuale e una generale.

I rapporti tra i sistemi, dunque, non hanno nulla a che vedere con una “gerarchia”, ma solo con la capacità della norma specifica di essere applicata in luogo di un’altra, indipendentemente dalla collocazione della norma: il problema è sempre e comunque quello di “risolvere” la fattispecie in maniera legittima⁶¹.

Ciò non toglie affatto che una “gerarchia” tra norme sia possibile, sia di diritto che di fatto, salvo a stabilire quando si tratti di gerarchia e quando, invece, di prevalenza logica o necessaria di una norma sull’altra.

E dunque, può darsi il caso (e si dà) che, nell’ambito di un determinato ordinamento giuridico vi sia una gerarchia vera e propria che indichi che la norma “x” prevale necessariamente su quella “y”, come è il caso del rapporto tra una norma costituzionale e una norma ordinaria, nei sistemi giuridici in cui questa prevalenza è indicata. E quindi quella prevalenza c’è sempre, compatibilmente con le conseguenze della interpretazione della norma, che può determinare modifiche di fatto in quel sistema⁶². Ciò può accadere, sempre strutturalmente e cioè in quanto definita dallo stesso ordinamento⁶³, anche tra ordinamenti diversi, come è il caso tra ordinamento comunitario e ordinamenti degli stati membri, dove però è l’ordinamento comunitario che stabilisce la *propria* prevalenza, cui, in vario e diverso modo, si adattano i vari stati membri, ma, definita o non definita in termini formali, la cosa vale *purché il risultato sia quello*⁶⁴. Ma ogni soggetto è in grado di “liberarsi” dal sistema, di natura strettamente contrattuale, semplicemente uscendo dalla UE, con la conseguenza che quella prevalenza *ex lege* cessa così come è nata.

Ma, “fare parte” dell’ordinamento internazionale non è una scelta libera dei soggetti di diritto internazionale⁶⁵, ma è un dato di fatto, al quale non si può sfuggire, come non si può non fare parte del Mondo. E dunque, questa volta “di fatto”, per il *fatto* di fare parte della Comunità internazionale - che c’è, è innegabile e come ogni società umana “crea” diritto sia pure di fatto - che si rivolge ai suoi membri, che, essendo stati (o meglio soggetti di diritto internazionale) devono trasformare, trasferire, incorporare quelle norme in norme interne, insomma applicarle, anche - perché no -

⁵⁹ Ad esempio quella che stabilisce che tra un trattato a maggiore partecipazione di parti e uno a minore, ove talune delle parti del minore siano parti anche dell’altro, prevale l’accordo a maggiore partecipazione, limitatamente alle parti che lo hanno sottoscritto: art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁶⁰ Mi permetto anche qui di fare riferimento ad un mio lavoro precedente, dove cercavo di mostrare come il “gioco” delle norme contrattuali internazionali di uno stato e le norme interne basilari di un ordinamento, possano portare, di fatto cioè per necessaria interpretazione, all’applicazione proprio e solo dell’unica norma che l’ordinamento “non vorrebbe”. V. G. GUARINO, *La Charte arabe des droits de l’homme dans le système universel des droits de l’homme*, in C. Zanghì, R. ben Achour (a cura di), *La nouvelle Charte Arabe des Droits de l’Homme*, Torino, Giappichelli, 2006, 85 ss.

⁶¹ Che, nella misura in cui sia possibile, trattandosi di fare funzionare in gran parte norme non scritte, può più facilmente di quanto accada in altre circostanze, soddisfare esigenze di “giustizia” in senso “alto”. V. *supra* nt. 40 e § 3.

⁶² È il caso cui accennavo, *supra*, alla nt. 17.

⁶³ Nel senso che è possibile immaginare che l’ordinamento cerchi di regolamentare in qualche maniera l’interpretazione, sia “a monte” attraverso la definizione della disposizione, sia “a valle” controllandone gli effetti, ma non può certo impedire l’interpretazione se non altro per la riconduzione della fattispecie alla disposizione e poi alla norma.

⁶⁴ E lo è anche quando, come ad esempio in Germania, il Parlamento rivendica un controllo la cui valenza alla fine è solo formale, come nel caso della famosa sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco (*BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009*, 2 BvE 2/08, Rn. (1-421), *Lissabon Urteil*, in

⁶⁵ Per fare un parallelo, un soggetto privato può “scegliere” a quel ordinamento fare riferimento per taluni negozi, ma non può scegliere di non fare riferimento ad alcun ordinamento, perché, male che vada, è l’«attacco reale» (non a caso di natura interpretativa) quello che prevale. V., solo per fare un esempio perfino banale, il *Case Nottebohm, ICJ, Liechtenstein v. Guatemala, 6.4.1955*, 25 ss.: «He had been settled in Guatemala for 34 years. He had carried on his activities there. It was the main seat of his interests. He returned there shortly after his naturalization, and it remained the centre of his interests and of his business activities», dove appunto, alla fine, è l’ordinamento, nella specie internazionale, a quale ordinamento debba fare riferimento Nottebohm.

direttamente, e così, di nuovo - perché no - contribuire a trasformarle o costruirle *ex novo*, per cui esse, a loro volta torneranno applicabili dal soggetto, così trasformate. Beninteso, se si tratti di una norma contrattuale, come nel caso della UE, è possibile sottrarvisi, altrimenti se si tratti di una norma, come direbbe Kelsen, generale, o consuetudinaria o altro, *sottrarvisi è impossibile*, tanto più che il soggetto, per il solo fatto di esistere, *ha contribuito e contribuisce continuamente e continuativamente a costruirla*⁶⁶.

L'unica reale differenza tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni sta nel fatto che questi ultimi sono strutturati in maniera verticale, gerarchica, in quanto esiste un potere centrale in grado di e legittimato a emettere le norme, mentre il primo ne è privo, ma non per questo è privo della capacità di produrre norme, i cui destinatari sono sostanzialmente i soggetti di diritto internazionale, e solo, per ora, indirettamente gli individui⁶⁷, ai quali peraltro da un lato sono offerte garanzie atte a permettergli di fare valere i propri diritti anche contro gli stessi stati e, dall'altro, sono suscettibili di essere direttamente obbligati a rispondere dei propri comportamenti, indipendentemente dagli stati di cui sono parte⁶⁸.

In altre parole, pur se tra più sistemi normativi può non esservi un rapporto gerarchico, per la menzionata mancanza di un potere capace di imporlo come è il caso degli ordinamenti giuridici internazionale e statali, è sempre possibile, anzi è inevitabile, che se due sistemi sono connessi, tra di loro vi sia almeno una relazione di carattere strumentale per cui le norme, o talune norme, di un sistema richiedono di essere applicate prima, a prescindere o addirittura contro un altro sistema normativo.

Tutto ciò, nel caso di specie, è detto allo scopo di disegnare in termini *logici*, la struttura dei rapporti tra ordinamenti e, in particolare, tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni non solo degli stati, come ovvio.

Benché uno stato possa ben desiderare essere esente dalla necessità di applicare le norme di diritto internazionale, in nome del principio di sovranità, è proprio l'esistenza di quel principio, cioè di quella norma, e la conseguente rivendicazione di esso, che impone di tenere conto del diritto internazionale, che, se non altro, è quello, e non può che essere solo quello, che garantisce allo stato stesso, così come ad ogni singolo soggetto, la possibilità di essere titolare di quel diritto e di esercitarlo⁶⁹. Fuori del diritto internazionale, il principio di sovranità non avrebbe senso, *a meno di immaginare il caos*. Non è un caso che quando alcuni soggetti si sentono abbastanza forti da farlo, si autonomizzano, si

⁶⁶ È interessante notare che c'è ancora chi dubita che una norma di diritto internazionale generale sia addirittura suscettibile di interpretazione "in quanto non scritta". V. la discussione sul punto, francamente un po' surreale, di O. AMMAN, *On the Interpretability of Customary International Law: A Response to Nina Mileva and Marina Fortuna*, in *Opinio Juris*, 7.10.2019, e v. anche N. MILEVA, M. FORTUNA, *Emerging Voices: The Case for CIL Interpretation—An Argument from Theory and an Argument from Practice*, *ibid.*, 23.8.2019

⁶⁷ È appena il caso di citare l'*obiter dictum* della sentenza *Mavrommatis*, «By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law», Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Affaire Des Concessions Mavrommatis en Palestine, Questionne preliminaire*, 30.8.1924, Grecia v. Gran Bretagna, Serie A, n. 2, 12.

⁶⁸ V. fra i tanti, M. BARKUN, *Law without Sanctions, Order in primitive societies and the World Community*, New Haven, Yale Un. Press, 1968, 137.

⁶⁹ E quindi, posto che lo abbia, di sottoporlo, contrattualmente o non, a limiti, come nel caso famoso del vapore Wimbledon, dove, tra l'altro, la Corte afferma che alcune vie di acqua, per la loro importanza sono assimilabili, benché interne, a vie internazionali, quando afferma, 22: «It follows that the canal has ceased to be an internal and national navigable waterway, the use of which by the vessels of states other than the riparian state is left entirely to the discretion of that state, and that *it has become an international waterway intended to provide under treaty guarantee easier access to the Baltic for the benefit of all nations of the world. Under its new régime, the Kiel Canal must be open, on a footing of equality, to all vessels, without making any distinction between war vessels and vessels of commerce, but on one express condition, namely, that these vessels must belong to nations at peace with Germany*», per poi precisare, 27: «the fact remains that Germany has to submit to an important limitation of the exercise of the sovereign rights which no one disputes that she possesses over the Kiel Canal», v. Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Affaire du Vapeur «Wimbledon»*, 17.8.1923, Serie A n. 1.

separano, dall'ente che era ad essi formalmente superiore, sia la Chiesa che l'impero, affermando la propria facoltà, e quindi il proprio diritto, di legiferare al proprio interno⁷⁰, cosa del resto già accettata, di nuovo *oborto collo* nella famosa Decretale *Per venerabilem* di Innocenzo III, dove il Papa "riconosce" una competenza esclusiva del sovrano locale su ciò che accade sul *proprio* territorio⁷¹.

È il fatto, il dato di fatto, che più stati, o meglio più soggetti, convivono nel medesimo ambito territoriale, la terra, quello che consente di parlare e di rivendicare la sovranità, che in quanto principio giuridico è per definizione un principio di relazione.

Perché si possa parlare di sovranità in termini giuridici, infatti, è inevitabile che l'istituto della sovranità sia "un" istituto di un ordine giuridico, sulla cui natura è lecito discutere, ma sulla cui esistenza no. Non a caso, detto incidentalmente, la formula classica del nascente concetto di sovranità, *rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*⁷², afferma appunto che il sovrano è tale, *nel suo regno* e dunque lo è anche nei rapporti con gli altri sovrani, che tengono conto del *suo* regno e non cercano di pretendere che non sia tale⁷³. Benché sia banale dirlo, si può ben affermare che il solo fatto che le sovranità siano molteplici, implica di per sé che la sovranità non è, né può essere, un concetto e meno che mai un diritto assoluto, altrimenti sarebbe né più né meno che l'affermazione del caos, che è, se non altro per definizione, la negazione del diritto e quindi dell'Ordinamento internazionale come ordine giuridico. Nessun soggetto, o aspirante tale, infatti nega mai che la società internazionale, o meglio la Comunità internazionale, sia regolata da norme giuridiche dette diritto internazionale. Anche se, nel definirla Comunità piuttosto che società, ne afferma la *struttura non organica* o meglio *anorganica*. Non però fino al punto, come ho riferito poco più sopra, che l'Ordinamento internazionale possa limitare strutturalmente (se pure in assenza di un atto formale) la sovranità, come ad esempio nel caso citato del vapore Wimbledon, dove giunge al risultato per via strettamente interpretativa.

E quindi, come accennato sopra, ciò che caratterizza la Comunità internazionale è la mancanza di un centro di potere capace e abilitato a imporre la norma. Dato, però, che nulla impedisce di creare quel centro di potere, il fatto che non lo si faccia indica solo la *deliberata* natura *anarchica* della Comunità internazionale - continuamente, e non per caso, pervasa da pretese o tentativi di affermazione di una propria superiorità - ma non la sua *realtà* caotica. I soggetti dell'ordinamento internazionale (e già qui la anarchia del sistema impedisce di sapere *a priori* chi è soggetto e chi non lo è) entrano tra di loro in relazione, già sapendo perfettamente non solo che esistono altri soggetti a loro simili (e uguali, per definizione, in quanto sovrani) e che tutti collettivamente non possono che stabilire, almeno di fatto delle regole di comportamento reciproco, in assenza delle quali vi sarebbe solo il caos.

Nulla, infatti in astratto come in concreto, impedisce alla Comunità internazionale di organizzarsi in maniera strutturata e gerarchica, come uno stato o, se si preferisce come le persone che fanno parte dello stato, fittizia o meno che sia stata la loro effettiva partecipazione alla legittimazione di quel

⁷⁰ È Filippo il Bello, re di Francia (di una Francia, che lui definisce tale, forse per la prima volta) che "urla" a Bonifacio VIII: «*solum Deum superiorem habent in temporabilibus nullum alium recognoscentes superiorem in istis, nec imperatorem nec papam ...*» e il Papa, ormai impotente benché furente, risponde: «*Nec insurgat hic superbia gallicana: quae dicit quod non recognoscit superiorem. Mentiuntur: quia de iure sunt et esse debent sub rege romano et imperatore quia constat quod Christiani subditi fuerunt monarchis Ecclesiae romanae et esse debent ..*», cit. in F. CALASSO, *Origini italiane della formula rex in regno suo est imperator*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1930 213 ss.

⁷¹ Nel caso, come noto, il riconoscimento di figli adulterini allo scopo di successione al trono, Decretale *Per venerabilem*, Innocenzo III (1198) in *Decretalium D. Gregorii Papae IX Compilatio*, 1425 ss.

⁷² Del resto, la formula era adottata anche da Bartolo nella versione *universitates superiorem non recognoscentes*, in quanto opposte alle altre. La visione di Bartolo, però, è in un certo senso, nonché più "democratica" molto più corrispondente alla concezione odierna della Comunità internazionale, dove i soggetti sono tali in quanto effettivamente tali, ma anche in quanto vogliono essere tali e finché desiderino continuare ad esserlo.

⁷³ Per non parlare del fatto che il "suo" territorio per lo stato o meglio il "suo" ambito di competenza per il soggetto di diritto internazionale, è *definito di fatto e dal fatto* che quel soggetto afferma e mantiene il proprio potere su quell'ambito di competenza, che lui stesso si è scelto: competenza che, infatti, può *anche* non essere territoriale.

centro di potere che è lo stato. Nulla, cioè, impedisce, in astratto come in concreto, ai soggetti di diritto internazionale di stipulare quel contratto sociale, magari fittizio come quello delle persone che afferiscono ad uno stato, che potrebbe trasformare quella comunità in una società organizzata gerarchicamente.

Ma è un dato di fatto incontrovertibile che, oggi come oggi e fin tanto che oggi resti come oggi, i soggetti, o, se si preferisce, gli enti che si autodefiniscono come soggetti e che, per il *fatto* che agiscono come soggetti *sono tali* non in quanto riconosciuti, ma in quanto capaci *di fatto* di farsi valere come tali finché riescono a farlo, è un dato di fatto, dico, che quei soggetti rifiutano esplicitamente e costantemente di trasformare quella comunità in una società organizzata. Rifiutano, non sono incapaci di farlo: perché se e quando lo vogliano, possono farlo, quando, ad esempio, confluiscono in *uno stato* federale, o accettano di partecipare ad una Organizzazione internazionale “sovranazionale”⁷⁴, che in quanto tale tende a superare le sovranità, ma di per sé non le annulla: anche perché è solo il soggetto, sovrano, quello che può rinunciare ad essere tale, cioè è il solo che può stipulare il contratto sociale, non diversamente da come lo fa, o lo abbia fatto il soggetto sovrano che confluisca in una federazione rinunciando, *volontariamente ma definitivamente*, alla propria sovranità.

Insomma, proprio perché è sovrano, un soggetto di diritto internazionale non può essere “costretto” a rinunciare alla propria sovranità, ma può rinunciarvi volontariamente e liberamente, così come può concordarne limitazioni. La rinuncia, per definizione, è definitiva (principio di autodeterminazione, a parte) mentre la limitazione è sempre negoziata.

6. Prassi, consuetudine e norme di diritto internazionale.

6.1. La formazione “dialettica” delle norme generali. L’uguaglianza sovrana.

In base a quanto detto fin qui, ciò che caratterizza il processo di formazione delle norme generali, è che tutti i soggetti, ma proprio tutti, pur essendo per definizione formalmente uguali, contribuiscono, per la loro capacità e volontà, alla formazione della *volontà comune* della Comunità internazionale: il che è tutto fuor che “democrazia diretta”, perché i singoli soggetti, *uguali*, partecipano, però, in maniera *differenziata* alla formazione di quella volontà comune, dato che la partecipazione del singolo soggetto “pesa” in ragione della sua capacità di fare valere le proprie istanze normative in maniera, ebbene sì, *dialettica*: dove la dialettica internazionale in questo caso non è espressa con il fuoco dei cannoni, nel senso che la norma generale risultante da quel processo non corrisponde necessariamente alla volontà del o dei più forti. In altre parole, mancando un procedimento formalizzato per la creazione della norma, le volontà e le convinzioni dei soggetti utili a determinarne la nascita interagiscono, dialetticamente appunto, per la formazione di quella *volontà comune*, che, lo si voglia o no, costituisce la norma: *quella* norma *in quel determinato* momento.

Solo così si può “spiegare” come possa accadere, in quella determinata temperie politico-giuridica, che un paese importante e fortissimo come gli USA, abbia potuto essere “condannato” per aggressione, cioè per avere violato le norme di diritto internazionale in materia di non aggressione e di non interferenza negli affari interni di un altro stato, non ostante che rivendicasse *a gran voce in quanto pretesa legittima il proprio diritto a fare valere la propria volontà di interferire*.

In questo senso, perciò, il principio della “uguaglianza sovrana”, che ha finito storicamente per essere un elemento negativo per lo sviluppo di una forma organizzata della Comunità internazionale, ed è certamente ciò che, come noto, ha depotenziato in maniera drammatica le stesse NU, viene risolto

⁷⁴ Uso il termine solo perché “di moda”, ma solo per riferirmi alle Organizzazioni internazionali che sono soggetti di diritto internazionale, e quindi in quanto tali in grado di imporre, non solo contrattualmente, norme ai membri, ma specialmente di agire indipendente da essi.

in una forma non ugualitaria, ma anche sempre meno legata alla potenza dei soggetti egemoni. È fin troppo evidente, infatti, che il “peso” dei soggetti nel processo di formazione delle norme non scritte è diverso dalla uguaglianza formale, anche se non è necessariamente legato alla grandezza o alla potenza del soggetto stesso.

In altre parole, il principio della uguaglianza sovrana svolge e ha svolto un duplice ruolo negativo e positivo nella formazione delle norme di diritto internazionale. Nel caso delle NU ad esempio come accennavo sopra, l’uguaglianza dei membri, che finiva per mettere sistematicamente in minoranza le potenze maggiori, ha anche finito per depotenziare la funzione e l’autorevolezza delle NU. Per cui, mentre quel meccanismo è valso a garantire in larga misura il processo di decolonizzazione e l’autodeterminazione dei popoli⁷⁵, ha portato al progressivo “allontanamento” delle grandi potenze dalle NU e più precisamente dalla AG, anche se, per un po’, ha potenziato il ruolo del CdS⁷⁶, a sua volta poi bloccato dall’uguaglianza sovrana dei membri permanenti, i cui veti incrociati hanno finito per mettere a tacere lo stesso CdS.

Non è quindi un caso, che l’unico modo in cui i soggetti di diritto internazionale riescono ad esprimere una valutazione formalizzata, insomma scritta o comunque esplicita, della propria volontà normativa, a valenza collettiva, sia il meccanismo del *consensus*, cioè una manifestazione di volontà collettiva *non* espressa attraverso un voto⁷⁷, di soggetti uguali e sovrani, anche perché il voto esprimerebbe un consenso non negabile dei singoli soggetti con quella proposizione e quindi sarebbe una forma di accordo⁷⁸ che equivarrebbe ad esprimere una posizione formale, mentre così si lascia aperta la possibilità di considerarla una volontà collettiva non individualizzabile, tanto più che, mentre il meccanismo del *consensus* non obbliga a “contarsi”, permette di realizzare un atto giuridico normativo, mediante un meccanismo politico, dove cioè l’uguaglianza sovrana viene sostituita dalla capacità e dalla autorevolezza (e, perché no, dalla forza) politica dei soggetti; come dicevo, *dialetticamente*. È, quel meccanismo, il caso più evidente di connessione della politica con il diritto; cosa che in un sistema formalizzato e organizzato gerarchicamente non può mai accadere. La politica, insomma, assume le vesti di un elemento formale nella formazione delle norme. Non è certo un caso che quel meccanismo sia esplicitamente richiesto, magari come esclusivo, negli Statuti di alcune Organizzazioni internazionali oltre che in una *non Organizzazione* come l’OSCE, che, a sua volta, non ha alcuna forma concreta.

Il diritto internazionale generale, dunque, non è costituito solo da norme *consuetudinarie* ricavabili da una *prassi* prolungata nel tempo con la convinzione che quella prassi costituisca norma⁷⁹, ma è quel fenomeno complesso che ho descritto altrove⁸⁰, dove la prassi e la consuetudine sono *due* dei modi o meglio dei procedimenti per costruire le norme generali cioè le norme che, non avendo un “padrone” contrattuale sono di fatto le norme per tutti e da tutti, mentre il complesso di quelle contrattuali è garantito dalla norma *pacta sunt servanda*, a sua volta non scritta e che viene dimostrata esistente tutte le volte che il soggetto che, platealmente e magari ostentatamente, viola la norma

⁷⁵ Ad es. la ben nota e fondamentale Risoluzione A/RES/1514 1960 sulla decolonizzazione e l’autodeterminazione dei popoli, è stata adottata a maggioranza di 89 membri con 9 voti contrari (delle grandi potenze, appunto), v. UN/Doc. A/L.323 Add. 1-6 e A/PV.947, così come la immediatamente successiva A/RES/1541, 1960, A/PV.948.

⁷⁶ Che ha potuto agire, sia pure per interposti stati, contro l’Iraq all’epoca della occupazione del Kuwait, ma poi si è progressivamente “spento” se solo si pensi al silenzio imbarazzante sulla situazione in Israele.

⁷⁷ È significativo che, ad es., mentre le prime due A/RES/2200, 1966 siano state adottate all’unanimità dei votanti (UN Doc. A/PV.1496, 1966) la ben nota *Dichiarazione* (lo stesso termine usato per quelle di cui alla nt. 75) sulle relazioni amichevoli, A/RES/2625, 1970 (A/PV.1883, A/8082) sia stata adottata «senza voto», cioè mediante *consensus*.

⁷⁸ Non per dire, ovviamente, che una risoluzione delle NU sia un accordo, ma solo per mettere in evidenza che un voto palese a favore, esplicita una “posizione ufficiale” di uno stato.

⁷⁹ Non è mai un male ricordare come questa definizione della consuetudine sia stata messa un po’ in ridicolo dal R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori, 1988, 130 s. quando afferma che se così fosse ogni consuetudine sarebbe fondata su un errore: l’errore di credere che una norma vi sia, laddove, invece, è in via di costruzione.

⁸⁰ *Supra*, alla nt. 36.

pattizia dichiara di *non* violarla: cioè riconosce, ammette, che quella norma c'è e tutte le volte in cui chi abbia subito la violazione dell'accordo *pretende* che l'accordo venga rispettato. Per *pretendere*, lo ho già accennato più sopra, bisogna avere (o immaginare di avere) il diritto di pretendere e questo diritto è conferito dalla norma generale *pacta sunt servanda*⁸¹.

Da ciò deriva, mi pare, che la “norma consuetudinaria”, d'ora in avanti semplicemente “norma generale”, non è, né può essere, frutto diretto della prassi, intesa come comportamento effettivo di uno o più soggetti. La prassi è solo un elemento per la ricostruzione di una eventuale norma generale, di formazione consuetudinaria o meno che sia, un elemento che potrebbe rivelarsi irrilevante per la formazione effettiva della norma, e che potrebbe addirittura anche mancare. Insomma per fare un esempio banale: il *fatto* per cui gli USA, la Russia, la Turchia (beninteso a diversi titoli e motivazioni) entrano ed escono liberamente sparando e bombardando dalla Siria, così come la pervicace occupazione e annessione da parte israeliana dei territori palestinesi⁸², non credo che possano avere determinato la formazione di una norma che consente atti del genere, indipendentemente dal fatto che vengano o meno “perseguiti” dalla Comunità internazionale⁸³. Così come, il *fatto* importantissimo per il quale la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati definisce esplicitamente l'istituto dello *ius cogens*⁸⁴, non ne determina l'esistenza certa come norma generale di diritto internazionale⁸⁵.

Ciò non toglie che anche il comportamento negativo dei soggetti, che ad esempio insistano nell'affermare che *non* stanno violando la norma, finisce per confermare indirettamente che la norma esiste.

Per questa via, posto che come ovvio nel diritto internazionale parlare di fonte di produzione giuridica è impossibile, la prassi finisce per essere l'unico modo attraverso il quale si può costruire, nel consenso generale, una norma o constatare se una norma sia o meno già nata o in via di nascita o, anche, se una presunta norma non sia affatto nata. In questo delicato e complicato processo, si inserisce anche la figura del *persistent objector*, legittimato, secondo la dottrina dominante, a non applicare la norma *in fieri* fin tanto che non sia nata. Il punto è che l'intero procedimento di identificazione della possibile norma e di prova della sua accettazione è interamente devoluto, certamente alla prassi come detto sopra (e quindi sia in quanto quel comportamento venga seguito, sia perché venga combattuto, ecc.) ma poi in larga e determinante misura all'interprete, e non potrebbe essere altrimenti⁸⁶. Ma dato che, o nella misura in cui, la norma nasce nel senso che se ne percepisce

⁸¹ Che dunque, ma su ciò non qui, non può essere considerata metagiuridica, dato che è la norma strumentale di questo ordinamento giuridico oggi, e sottolineo oggi, perché, come di nuovo ho già osservato sopra, nulla impedisce di nonché immaginare volere un sistema giuridico internazionale formalizzato, posto che i soggetti lo vogliono o che un soggetto si imponga a tutti gli altri.

⁸² Definiti tali, tra l'altro, dal Parere della Corte internazionale di giustizia sul muro (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9.7.2004) e dalla sentenza della Corte giust. UE del 25 febbraio 2010, C-386/08, *Firma Brita GmbH vs. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*.

⁸³ Come sembrerebbe dare per scontato l'Autore di cui *infra* nt. 104.

⁸⁴ Sul cui contenuto e consistenza il dibattito è ancora più che aperto, come è ben dimostrato dalle improbabili proposte della ILC, che tutte ruotano intorno alla prova della accettazione della norma da parte della Comunità internazionale “as a whole”, senza poter mai definire quale detta prova possa essere. V. UN *Doc. A/74/10*, 2019, 147 ss.

⁸⁵ V. ad es. di recente F. SALERNO, *L'obbligo di non riconoscimento di situazioni territoriali illegittime dopo il Parere della Corte Internazionale di Giustizia sulle isole Chagos*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, 729 ss., specialmente 746 ss.

⁸⁶ Del resto la conclusione dell'*International Law Commission* sull'accertamento delle norme di diritto internazionale consuetudinario non a caso sembra chiusa in un circolo vizioso, Conclusione 2: «To determine the existence and content of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice that is accepted as law (*opinio juris*)», e, Conclusione 2: «1. In assessing evidence for the purpose of ascertaining whether there is a general practice and whether that practice is accepted as law (*opinio juris*), regard must be had to the overall context, the nature of the rule and the particular circumstances in which the evidence in question is to be found, 2. Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element». Si potrebbe aggiungere la sorpresa di vedere che secondo il *Rapporteur*, l'accertamento della prassi riguarda solo gli stati e, eccezionalmente, le Organizzazioni internazionali! Peraltro va sottolineato che nella conclusione 8, il *Rapporteur*

l'esistenza, appunto, da una qualche forma di riconoscimento (ma non di accettazione) della sua esistenza (la norma dunque *già c'è!*), vuol dire innanzitutto e necessariamente, che la norma nasce in base ad una valutazione della opportunità che quella norma vi sia, indipendentemente dal fatto che il corrispondente comportamento sia seguito: è questa la dialettica cui mi riferivo sopra, che diventa determinante ed esclude in maniera certa e definitiva che il comportamento che origina la norma o la convinzione della opportunità che quella norma vi sia possano essere "spontanei", nel senso di non volontari e deliberati, addirittura «unconscious»⁸⁷. Che ciò sminuisca moltissimo, quando non cancelli del tutto, il valore della figura del *persistent objector*, sembra evidente.

Non di accettazione, dicevo, perché la accettazione della norma implica che essa già vi sia, e che non sia soltanto un comportamento di uno o più soggetti, insomma una prassi, per cui la accettazione di una prassi non è creazione di diritto, ma sottomissione alla volontà altrui⁸⁸. Delle due l'una, insomma: o la norma è *riconosciuta* in quanto quindi già esiste, o si agisce coscientemente per determinare la nascita di quella norma⁸⁹ o, anche, per confermarla perché la norma, così formata, persiste e funziona nella misura in cui sia riconosciuta dalla Comunità internazionale, non necessariamente attraverso la ripetizione di quel comportamento, ma nel riconoscimento, all'occasione, che quel comportamento è (ancora) dovuto⁹⁰. Ciò rafforza l'idea per cui la nascita della norma prescinde interamente dal trascorrere del tempo. Ed altresì dal fatto che sia o meno praticata o riconosciuta da un numero rilevante di soggetti (e non solo di stati!) dato che il procedimento di formazione della norma non è democratico in senso formale (la maggioranza dei soggetti uguali) ma democratico in senso sostanziale⁹¹: è frutto della dialettica di cui parlavo più sopra. E ripeto, *democratico*, dato che la norma è tale perché corrisponde ad una coscienza sociale diffusa, che è

immagina: «2. Provided that the practice is general, no particular duration is required» e la prassi sarebbe generale (*ibid.*) «1. ..., meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent», v. ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, UN Doc. A/73/10, 2018.

⁸⁷ *Contra v. H. KELSEN* (Revised by R.W. Tucker), *Principles of International Law*, New York, Holt, 1967, 441.

⁸⁸ Quello della "accettazione" è sempre uno dei punti salienti nella definizione delle norme generali (termine adottato dal redattore dei rapporti sullo *ius cogens*, finalmente!) e nel loro accertamento, il che inevitabilmente conduce ad un circolo vizioso. V. ad es., D. TLADI, *Second Report on jus cogens*, ILC, UN Doc., A/CN.4/706, 18, § 37 e *passim*, che, in riferimento all'art. 53 *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, afferma: «First, the relevant norm must be a norm of general international law. Second, this norm of general international law must be accepted and recognized as having certain characteristics, namely that it is one from which no derogation is permitted and one which can be modified only by a subsequent norm of *ius cogens*». Ciò che lascia estremamente perplessi in tutta questa discussione è il fatto di volere affermare che una norma inderogabile è tale se è sia una norma di diritto internazionale generale (quindi non scritta o se si preferisce di formazione consuetudinaria, benché magari derivante da una norma scritta, per definizione, però, valida solo per chi la abbia sottoscritta) sia una norma accettata (e riconosciuta) dalla Comunità internazionale "as a whole". Sorvolo sull'idea della «*opinio juris cogentis*» di cui a pagina 40, §78.

⁸⁹ Interessante citare il caso famoso *La Jeune Eugenie*, dove il difensore del comandante della nave accusato di commercio di schiavi, ritenuto contrario al diritto internazionale, afferma, 14: «I propose to show: 1. That there is no other principle to which to refer national law, in a court having jurisdiction of the law of nations, than the *assent of nations*; and that such assent can be known only by custom or usage. 2. That as to slavery generally, or the African slave trade in particular, *nations have expressed no opinion, no assent*, which can be noticed in a national court», *Circuit Court of the United States*, Boston, December 1821, W. MASON, *Report of the Case of the Jeune Eugenie*, Boston, Wells and Lilly, 1922.

⁹⁰ V. sul punto già E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1956, 39: «... la peculiare struttura della consuetudine esige che la sua massima di condotta sia mantenuta in vigore, non già con un mero processo interpretativo (come la legge), ma con un processo confermativo, di continua ripetizione: forze della medesima natura di quelle che la generarono, sono anche chiamate a mantenerla in vita e ad assicurarne la continuità nella comunione dei consociati. Che la credenza individuale del singolo partecipante possa divergere dalla convinzione collettiva, è un fenomeno che dipende dall'inevitabile differenziarsi dello spirito individuale dei singoli rispetto alla vivente spiritualità della loro comunione, e anche dal naturale diverso atteggiarsi della funzione sociale degli istituti e dell'interesse individuale di coloro che in concreto ne perseguono l'attuazione».

⁹¹ In completo dissenso quindi, dalle conclusioni del *Rapporto* di cui *supra* nt. 88, 48, *Draft conclusion 7.3*: «Acceptance and recognition by a large majority of States is sufficient for the identification of a norm as a norm of *ius cogens*. Acceptance and recognition by all States is not required».

anche di più della volontà della *international community as a whole* e che prescinde del tutto dalla *effettiva* pratica di quella norma.

6.2. La funzione della prassi.

E dunque, la prassi è, benché fondamentale, “solo” il principale strumento di accertamento e analisi comunemente usato, invero non solo nel diritto internazionale, ma in esso largamente prevalente. Dove per prassi si intende: *a.*- il modo in cui i soggetti di diritto internazionale⁹² *effettivamente* agiscono o dichiarano che si debba agire, posto che il loro comportamento corrisponda ad un “modo di fare o di pensare” generalizzato o supposto tale, oppure dovuto o supposto tale, ma anche, *b.*- il modo in cui i soggetti stessi, valutano quel comportamento in termini giuridici, specie se quel comportamento è accompagnato dalla dichiarazione di volerlo, appunto, seguire in quanto considerato legittimo o non seguire perché considerato illecito. Perché solo se, un certo comportamento - come vedremo non necessariamente comune, basta usarne o parlarne una volta sola! - è considerato giuridicamente valido e lecito, non solo dai soggetti che lo mettono in atto, né solo dagli altri soggetti, né da entrambi, ma anche *nella logica* che “regola” il sistema, o meglio, che si desume dal sistema, quel comportamento *può* diventare “fonte di produzione” di diritto, così come più semplicemente elemento utile per la deduzione della esistenza di una norma, che corrisponda al “sentire comune” della Comunità internazionale, cioè “fonte di cognizione”.

Un elemento di detta prassi, definendola così in termini più ampi e omnicomprensivi, è costituito anche dalle dichiarazioni, affermazioni, valutazioni, ecc., dei soggetti di diritto internazionale e degli organismi, per esempio organizzativi e giudiziari, esistenti (di nuovo spesso solo di fatto) sulla scena, in quanto espressioni sia della volontà di determinare una norma, sia del riconoscimento della sua esistenza, sia anche del rifiuto della sua esistenza o della sua validità. Come accade ad esempio nel caso del, più volte ribadito da moltissimi e in moltissimi casi, divieto generale dell’uso della forza, a proposito della effettiva esistenza del quale mentre non vale certo la prassi, che attesterebbe invece della grande frequenza dell’uso della forza⁹³, è, invece, altrettanto fattuale non solo che tutti i soggetti di diritto internazionale che usano la forza si affannano sempre ad affermare che, *in quel caso*, addirittura non stanno usandola o che la stanno usando lecitamente, ma per di più è anche vero che gli *altri* soggetti in genere la condannano, quando non usata da loro, ma specialmente gli stati usano, relativamente, di rado la forza, e sempre così dicono sempre, sostanzialmente come *extrema ratio* o come legittima difesa. Tutto ciò, insomma, è parte della prassi che determina la norma, e quindi la

⁹² Ribadisco, *tutti* i soggetti, non solo gli stati, così come *tutta* la giurisprudenza, non solo quella internazionale, per non parlare della dottrina, ecc.

⁹³ Il che, se della prassi valesse l’interpretazione e la ricostruzione normativa su cui più avanti nel testo, varrebbe ad affermare la piena legittimità dell’uso della forza quando un soggetto desideri usarla, ad esempio come definita all’art. 12 del *Covenant*, dove l’ineluttabilità dell’uso della forza e la sua, almeno, non illiceità, traspare chiaramente nella frase: « ... they agree in no case to resort to war until three months after the award by the arbitrators or the judicial decision, or the report by the Council ... », ma nemmeno vanno sottaciuti i co. 6 e 7 dell’art. 15: «If a report by the Council is unanimously agreed to by the members thereof other than the Representatives of one or more of the parties to the dispute, the Members of the League agree that they will not go to war with any party to the dispute which complies with the recommendations of the report./ If the Council fails to reach a report which is unanimously agreed to by the members thereof, other than the Representatives of one or more of the parties to the dispute, the Members of the League reserve to themselves the right to take such action as they shall consider necessary for the maintenance of right and justice».

consuetudine non è altro che *uno dei processi* attraverso il quale si forma la norma⁹⁴, mentre il semplice ripetersi di un comportamento *non* determina la norma o almeno non basta a determinarla⁹⁵.

6.3. Diritto internazionale e fatto.

E dunque. Che, nel diritto internazionale, “*ius est factum*”⁹⁶ è un dato, a mio parere, scontato specialmente nel diritto internazionale moderno dove i tentativi di fornire a quell’ordinamento istituzioni capaci di funzionare sembra del tutto fallito, ma per esplicita e concreta volontà degli stessi soggetti della Comunità internazionale⁹⁷, nei quali, peraltro, risiede, a mano a mano che si formano, il “potere” - se non unico certo fondamentale seppure non formalizzato in istituzioni paragonabili a quelle degli stati o di enti comunque organizzati come una organizzazione internazionale⁹⁸ - di

⁹⁴ Per usare una espressione abbastanza famosa: «Customary law, like all law, is positive, man-made law. Law regulates its own creation. Treaty and custom are two different, independent procedures for creating international legal norms ... custom can lead to norms of particular or general international law: but we speak of custom here only as a procedure for creating rules of general international law», J. L. KUNZ, *The nature of customary international Law*, in *The American Journal of International Law*, 1953, 666, e in critica a R. AGO, *Scienza giuridica e diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950, che, come noto, definisce la consuetudine come una norma che sorge *spontaneamente* nella coscienza dei soggetti: «the science of law is here occupied only with the ascertainment of the principle, not with its source».

⁹⁵ La cosa non sembra molto perspicua, per citare uno scritto recentissimo, ad es., D. AKANDE, *The Diversity of Rules on the Use of Force: Implications for the Evolution of the Law*, in [EJIL:Talk! the blog of the European Journal of International Law](#), 11.11.2019, quando afferma, pasticciando un po’, a mio modesto parere, sui concetti e sugli istituti, «Indeed ... , it is typical to see extensive reference to state practice over time with the implicit suggestion (often implicit) being that as practice evolves so will the rules [cosa che a me, invece, sembra ovvia]. However, when one stands back to think about the structure and position of the rules in question – the diverse nature of those rules – it becomes clear that the issue of how they may or how they have changed is not that simple. Even if the rules relating to the use of force by states are contained in customary international law, they remain nonetheless treaty rules. Moreover, they are not just rules in any old treaty – these are rules in the UN Charter which claims superiority over other treaties».

⁹⁶ V., sul punto, le belle e famose pagine del R. QUADRI, *Le fondement du caractère obligatoire du droit international public*, in *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, 1952 vol. 80, 622: «Le droit appartient au monde des réalités empiriques et psychologiques et non au monde abstrait des valeurs ... 624 ss. Si on laisse de côté les dogmes abstraits et rationalistes de l'état de nature, inventés de toutes pièces, et que l'on considère la Communauté internationale telle qu'elle existe historiquement, on s'aperçoit facilement que non seulement *ubi societas ibi ius*, mais encore *ubi societas ibi auctoritas* ... En effet, dans chaque société les éléments individuels qui la composent se trouvent être subordonnés à l'entité collective dont la volonté et l'action sont décisives pour eux. *Devant et au-dessus de chaque entité individuelle il y a l'entité collective, le corps social, dont la force irrésistible est appelée autorité* ... C'est pourquoi il est absurde de regarder la souveraineté comme quelque chose d'absolu. Aucun Etat au monde, même le plus puissant, n'est *legibus solutus*» (corsivo mio).

⁹⁷ V. ampiamente, sul punto, il mio *Per un'analisi critica*, cit., 417, 434 e *passim*.

⁹⁸ Con un linguaggio forse più risalente come la Comunità internazionale cui si riferisce, ma del tutto lucido, si potrebbero ripetere, *mutatis mutandis*, le belle, e ancora più famose, osservazioni di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977 (ma 1918), in particolare, 52 ss., dove l'A. osserva come la Comunità internazionale sia *logicamente* preesistente ai soggetti (agli stati, nelle terminologia dell'A.) nel senso che il soggetto è tale perché una regola giuridica (un ordinamento, appunto) stabilisce chi e come debba e possa diventarne soggetto: oggi diremmo, l'*effettività* dell'essere capace di “fare” il soggetto. Che, poi, quegli stessi soggetti non vogliono (come affermo io nel testo) che la Comunità internazionale sia organizzata gerarchicamente è altro discorso. Ma, sono importanti (benché per certi versi risalenti) le parole di ROMANO (60 ss.), quando afferma: «Il procedimento con cui si forma uno Stato è, senza dubbio, *pregiuridico*; ma, quando lo Stato effettivamente ha vita, esso è già un *ordinamento di diritto*, del quale fanno parte gli organi ... Non altrimenti è a ritenersi per la comunità internazionale: la sua formazione, con l'attuale sua struttura sarà stata un fatto svoltosi lentamente e certo non governato dal diritto, ma *una volta essa costituitasi* com'è attualmente, è *divenuto giuridico il principio che gli Stati dovranno contribuire con la propria volontà all'emanazione di nuove norme* ... Il momento dunque in cui sorge la prima pietra di quest'ultimo [il diritto internazionale], fondamento delle altre che vi si accumuleranno ulteriormente, non è segnato ... da questi accordi, ma *dal sorgere della stessa comunità internazionale odierna*. Il che vuol dire che gli accordi medesimi *non hanno ... una virtù propria indipendente dalla preesistenza del diritto oggettivo* ... essi invece poggiano su un principio che si è posto col porsi della comunità internazionale e si è connaturato con la sua costituzione, con i suoi attuali caratteri istituzionali» (corsivo mio) da cui l'affermazione invece

formare le norme e di pretenderne il rispetto. Per cui la Comunità internazionale è semplicemente il luogo astratto nel quale si formano, e fin tanto che si formano, sia le norme che i soggetti, e pertanto non preesiste o viene costruita successivamente ai soggetti: c'è perché e quando vi sia più di un soggetto capace, di fatto, di agire. Per così dire: nasce e scompare con i soggetti⁹⁹. In essa risiede quindi anche una sorta di *autorità*, che però non si esprime imponendo regole, anzi non si esprime affatto, restando una entità del tutto astratta, ma non ipotetica, reale. Tanto che, nel progetto di norme sulla responsabilità internazionale della *International Law Commission*, si può legittimamente usare un'espressione, in sé fantasiosa, come "international Community as a whole".

Ius est factum, però, non vuole certamente dire, come osservato più sopra, che ogni fatto (o serie di fatti) è sempre dritto. Se, infatti, così fosse, la società o Comunità internazionale sarebbe, in pratica, *legibus soluta* così come, per conseguenza, i soggetti di essa. È, invece, diritto quel fatto che, in qualche modo, riesca ad assurgere alla dignità di norma:

a.- per consuetudine,

b.- per espressione normativa - di natura contrattuale, o anche contrattuale ma assurta a norma generale, a prescindere dalla categoria superata dei trattati-legge - ma anche

c.- per espressione solo propositiva - come nel caso della Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo o della Risoluzione sulle Relazioni Amichevoli degli Stati - o

d.- per affermazione giudiziaria o, anche,

e.- per "riconoscimento"¹⁰⁰ come norma (generale o particolare) da parte *dei* soggetti e quindi da parte della Comunità internazionale, per astratta che ne sia la definizione come società giuridicamente organizzata¹⁰¹, o anche, infine,

f.- attraverso una sorta di *ius respondendi* - che non a caso nel diritto romano solo nel tempo aggiunge *ex auctoritate principis*¹⁰² - dove, manca, mancava e mancherà ancora il *princeps*.

La Comunità internazionale, perciò, si può definire come una società *complessa*, una società cioè dove tutti gli elementi che la compongono (stati, soggetti non stati, organizzazioni internazionali, tribunali, ecc., ivi compresi gli individui e i giuristi, all'occasione) partecipano alla formazione delle

difficilmente condivisibile (63), per cui lo stesso principio per cui in certi casi l'uso della forza è ammesso nel diritto internazionale è conaturato al sistema perché nessuno mai lo ha posto.

⁹⁹ Non è pertanto, a mio parere, la Comunità internazionale che stabilisce chi sono e come si formano e devono essere i soggetti, che invece "nascono" da sé ponendosi sul terreno in rapporto con gli altri. La Comunità internazionale, quindi, non è altro che il luogo dove i soggetti agiscono.

¹⁰⁰ Nel senso di cui nello scritto cit. alla precedente nt. 97, 419 e 463 ss.

¹⁰¹ V. A. GUARINO, *Dal diritto romano ai diritti moderni*, in *Labeo*, 1962, 98 ss. e in *Pagine di diritto romano*, Napoli (Jovene) 1993, vol. 1, 142 ss.: « Significativa è l'autorità autogena rivestita in Roma dai *iuris prudentes* repubblicani, anche dopo la fine della giurisprudenza pontificale e prima della introduzione del *ius respondendi ex auctoritate principis*. Significativa è l'affermazione dell'*auctoritas principis extra ordinem* nella fase augustea del periodo classico, quando ancora non era avvenuto l'esautoramento delle istituzioni del *ius vetus*. A posteriori noi oggi diciamo, in ordine a taluni dei fenomeni dianzi accennati, che essi non furono *ius*, né furono considerati *ius* se non quando risultarono chiaramente confermati da consuetudini o da provvedimenti di governo. In parte è vero: la qualificazione «tecnica» del *ius Quiritium*, del *ius honorarium*, del *ius novum* come tali, cioè come «*ius*», e così la inserzione tra i *iura populi Romani* delle *sententiae et opiniones eorum, quibus permisum est iura condere*, vennero operate dai giuristi romani solo a congrua distanza di tempo dalla loro prima formazione. Ma se anche l'acuta riflessione giuridica opportunamente tardò sta di fatto che la coscienza popolare immediatamente avvertì quale fosse il diritto cui si dovesse obbedienza, e ne fanno prova, proprio perché si tratta di fonti atecniche i poeti i retori, Cicerone», ma, aggiunge l'A. a pagina 146: «Se è insufficiente basare la ricostruzione del diritto romano sulle sole fonti di cognizione cd. tecniche, è peraltro antimetodico e fuorviante fare un unico fascio delle fonti tecniche e di quelle atecniche, rifiutandosi di sottoporre queste ultime ad un particolare esame critico, onde stabilire quanto vi è in esse di giuridicamente «vero» (cioè di genuina intuizione e rappresentazione della realtà del diritto coevo) e quanto vi è in esse di erroneo, di derivato da altri ordinamenti, di influenzato da concezioni filosofiche astratte o, se si vuole, di anticipato e di profetico» (corsivo mio).

¹⁰² Colpisce, lo dico da incompetente di diritto romano, ma colpisce. *Pomponius, libro singulari enchiridii*, in D.1.2.2, 12: «*Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit ...*», affermazione confermata poco dopo, *ibid.*, aggiungendo il brano cit. *supra* nt. 23.

norme, in totale deliberata assenza sia di una struttura gerarchica¹⁰³, sia anche di un criterio che attribuisca a questo o a quello una funzione dominante nella formazione della norma, che perciò resta alla fine sempre e solo il frutto del “riconoscimento”, quindi *a posteriori*, di quella regola, magari grazie alla “autorevolezza” di chi la propone o la “dice” o la determina, perfino senza la deliberata volontà di costruire una norma¹⁰⁴. Che poi tutti questi modi di manifestazione della prassi, in quanto utili a formare o riconoscere la norma, vadano tenuti in debito conto a seconda della loro rilevanza formale e sostanziale, è semplicemente evidente. Ma la considerazione di tutti quegli elementi è indispensabile, senza che essi vengano rilevati in termini gerarchici¹⁰⁵.

In altre parole, posto che certamente la prassi è, nel diritto internazionale, una delle principali “fonti di cognizione” del diritto medesimo, *non è la sola prassi di per sé* a costituire diritto, non è cioè la prassi “fonte di produzione” unica e assoluta del diritto internazionale, ma, pur concorrendo a produrre le norme essa è *prova* della possibile, solo possibile¹⁰⁶, esistenza di quella norma, *tanto che*, sia pure in casi limite, *anche il comportamento di un solo soggetto o di un giudice o altro che sia*¹⁰⁷ può determinare la nascita della norma: il “meccanicismo”, per dir così, che è invece tipico della letteratura anglosassone (quello, cioè, che traduce quasi automaticamente un certo comportamento, ripetuto “qualche” volta, in una norma) finisce per falsare grandemente la realtà e per essere addirittura (spesso deliberatamente) “ideologico” quando considera prassi consolidata in diritto la prassi *tout court*, ma *certa* prassi e non altra (tanto più quando non c’è una Corte Suprema che *scelga* tra i casi della prassi, *essendo essa stessa prassi*) e quando comunque dà per assodato che *la prassi è diritto*¹⁰⁸.

Voglio dire che in questo caso, il fatto per cui una *certa* prassi sia orientata in un *certo* senso (ad esempio nel caso particolarmente significativo dell’intervento armato in stati considerati dall’agente

¹⁰³ V. ampiamente sul punto, G. GUARINO, *Per una analisi critica delle basi dell’ordinamento internazionale come sistema*, in G. Guarino (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 454 ss., 487 ss. e *passim*. In sintesi, per società o comunità complessa intendo parlare di una società/comunità dove, *pur in assenza di un centro di comando* o organizzativo autonomo, ciascun elemento della comunità agisce secondo le regole della stessa, in quanto le “riconosce” come *regole* e come regole *valide ed utili* per il regolare e ordinato funzionamento della comunità, anche se, individualmente il soggetto o organismo, sia ad esse contrario. Tanto che, chi non si adegui alle regole viene in qualche modo messo fuori, estromesso da quella collettività, o semplicemente punito, cioè scatta nei suoi confronti la sanzione (alla Kelsen) che non è comminata da una autorità e non è predeterminata, fino al punto che basta la riprovazione a realizzarla e le “scuse” a soddisfarla. La responsabilità internazionale, infatti e come è ben noto, può essere espressa anche con delle semplici scuse, sempre se si tratta di un soggetto leso che si accontenti: si dichiari soddisfatto. Se, invece, si tratta della stessa Comunità internazionale nel caso della violazione di un obbligo *erga omnes* come nel caso dell’autodeterminazione dei popoli, si può limitare alla “condanna”.

¹⁰⁴ Solo in questo senso, perciò, è accettabile la definizione di Ago, *supra* nt. 78, perché ben può darsi il caso che un soggetto, un giudice, ecc. costruisca una norma, non *proponendosi* di farlo, ma agendo consciamente *in quello che ritiene essere un comportamento già giuridicamente corretto* e in questo senso “giusto”, nel senso di cui *supra* nt. 40.

¹⁰⁵ Con la precisazione, aggiungo solo in via incidentale, che la norma contrattuale non può essere considerata prevalente nella ricostruzione della norma generale, proprio perché “solo” contrattuale. Quando si fonda la costruzione dello *ius cogens* (v. *supra* nt. 88) sull’art. 53 della [Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati](#) (aggiornata al 24.11.2019), per di più tenendo in grande considerazione le osservazioni degli USA e la loro giurisprudenza, non si può tenere in non cale il fatto che gli USA quella Convenzione non la hanno ratificata! O almeno si deve affermare, come credo sia corretto, che il contenuto (e quindi non le parole specifiche) di quella Convenzione sono norma generale, perciò obbligatoria anche per chi non la abbia ratificata o magari nemmeno firmata.

¹⁰⁶ È implicito ma vale la pena di ripeterlo: «international custom, as *evidence* of a general practice accepted as law», art. 38.1.b dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

¹⁰⁷ Basti pensare alla formazione del concetto di obbligo *erga omnes*, proposto da una sentenza della CIG (la ben nota *Barcelona Traction*) e poi ripresa di mala voglia nel progetto sulla responsabilità degli Stati, con l’idea dell’interesse della *International Community as a whole*, che non fa altro in fondo che riprendere la proposta, scartata da Crawford, di Ago, per l’impossibilità di farne a meno (*infra*, alla nt. 110).

¹⁰⁸ Quanto alla “rilevazione” delle norme consuetudinarie (che io insisto a chiamare *norme generali*), rinvio alle, invero un po’ confuse, osservazioni della ILC, nel rapporto, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, cit., sulla base dei rapporti di M. WOOD, A/CN.4/663, 682, 695, 717.

“unwilling or unable” di agire o, ancora di più, nei casi di “occupazione trasformativa”, qualunque cosa ciò significhi) diventa, per parte della dottrina e nella convinzione di alcuni soggetti, *meccanicamente la prova* dell’esistenza della norma e quindi della legittimità di quei comportamenti.

La prassi, intendo invece affermare, va letta e razionalizzata nel quadro di un *sistema* normativo capace di discriminare tra la prassi, mi si passi il termine, “buona a creare diritto” e quella “cattiva o inutile a identificare il diritto”¹⁰⁹. E quindi, in questo modo non è legittima la condotta di chi è più forte o più veloce ad adottare un certo comportamento, e nemmeno quella più frequentemente ripetuta, ma quella più e meglio corrispondente agli interessi e alla volontà della Comunità internazionale in senso lato, insomma della *international community as a whole*¹¹⁰. Come avrebbe fatto, altrimenti, la Corte Suprema USA ad *accertare* (perché di accertamento si tratta: cioè dichiarazione che *una norma esiste, già esiste*¹¹¹) la norma in materia di sequestro di navi neutrali in zona di guerra, nel caso *Paquete Habana*, se non *scegliendo* tra i casi favorevoli e contrari all’una o all’altra tesi, quelli da privilegiare per poi decidere? È fin troppo evidente che *quella* sentenza contribuisce a consolidare la norma scaturita dalla prassi, ma la norma *applicata* dalla corte *era già* norma, altrimenti non saprei come definire il comportamento di Enrico IV di Inghilterra, che nel 1403, per primo afferma quel comportamento, motivandolo ampiamente, come *dovuto*, sia pure per ragioni di “graziosa” opportunità¹¹². Anche se l’interprete, nella specie il Re, successivamente altri Re e tribunali, se ne accorgono solo *a posteriori*.

La prassi, del resto, quasi mai è univoca e quindi sceverare tra i casi e scegliere quelli significativi per la *ri-costruzione* della norma *vigente* è compito del giurista, inteso come *interprete* anche se privo dello *ius respondendi ex auctoritate principis*, dato che il principe, nel diritto internazionale, è assente, come tale. Nel diritto internazionale, però come accennavo più sopra, il “principe” è la stessa Comunità internazionale, è quella, per così dire, che pone il diritto. Perché anche il diritto

¹⁰⁹ Per spiegarmi con un esempio tanto banale quanto secondo me perspicuo, è prassi “buona” o prassi “cattiva”, l’intervento USA in Afghanistan, concordato con gran parte della Comunità internazionale dopo un attentato che si presunse orchestrato dal Governo di quel paese, o quello in Iraq alla ricerca di armi di distruzione di massa mai reperite o quello “indiretto” contro il Nicaragua? Se una prassi qualsiasi bastasse a stabilire se l’uso della forza è lecito o meno, si dovrebbe concludere che l’uso della forza è *sempre* lecito, così come sarebbe sempre lecito imporre ad uno stato (agredito) un regime politico voluto dall’aggressore (l’*occupazione trasformativa* sulla quale molto si è discettato, A. CARCANO, *The Transformation of Occupied Territory in International Law*, The Hague, Nijhoff, 2015)): il contrario esatto della legittimità del soggetto che è tale solo se dotato di un regime politico autonomo e indipendente. Tenere conto di questo, del resto elementare, principio, rovescia *ab imis* ogni discorso sulla legittimità delle singole “trasformazioni”, rendendo il tutto illegittimo, nel diritto interno diremmo *nullo*, appunto *ab imis*.

¹¹⁰ Nel senso degli artt. 25.1,b e 33.1 del Progetto ILC sulla responsabilità degli stati: « The obligations of the responsible State set out in this Part *may be owed* to another State, to several States, or *to the international community as a whole*, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach», 42: «A State is entitled as an injured State *to invoke the responsibility of another State* if the obligation breached is owed to: (a) that State individually; or (b) a group of States including that State, or *the international community as a whole*, and the breach of the obligation», e, infine, 48: «1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the *protection of a collective interest* of the group; or (b) *the obligation breached is owed to the international community as a whole*» (corsivi miei).

¹¹¹ È, questo, un implicito riferimento a quanto sopra riportato nelle affermazioni di S. ROMANO. Un giudice non *fa* il diritto, lo interpreta e, specialmente nel diritto internazionale, aiuta a rilevarlo e, attraverso l’interpretazione lo integra, lo precisa, lo *ri-costruisce*. La prassi, a sua volta, aiuta a costruire le norme, quando quella prassi (quindi *a posteriori*) si riconosce valida e “accettata”. Ma non basta che un soggetto (o anche *più* soggetti e perfino, arrivo a dire, *la maggioranza* dei soggetti) *faccia* qualcosa perché quel *fare* diventi diritto: il rischio è che ciò che fa il soggetto del quale l’interprete condivide il pensiero sia *visto* come diritto a discapito di ciò che fa un altro e così la prassi (e per sua via il diritto) diventa ideologica quando non addirittura ideologia: cioè il contrario del diritto.

¹¹² *Paquete Habana, ibid., supra* nt. 4, 165. Enrico IV, insomma, esprime in sostanza una *opinio necessitatis*, sia pure in veste “graziosa”, facendo per primo una scelta, sempre che sia stato effettivamente il primo! E quindi o *applica* una norma che ritiene esistente, oppure *determina* una norma, che nasce in quel momento e che, poi, diventa *consuetudinariamente accettata* da altri, che implicitamente considerano irrilevanti le obiezioni di chi non la ritenesse esistente.

internazionale è *diritto positivo*, cioè *coscientemente e deliberatamente posto* dai soggetti (come nel caso di Enrico IV, di cui alla sentenza *Paquete*), attraverso la Comunità internazionale, e quindi non dalla semplice *somma* dei soggetti, e meno che mai dalla *somma* del loro potere, ma *dalla sussunzione della volontà, più meno chiara e univoca*, dei soggetti, *di quei soggetti*, a norma. In questo senso, a mio parere, va interpretata l'idea per cui la consuetudine è un procedimento: è il processo, di durata assolutamente variabile, dai secoli agli istanti, di assunzione di quella norma a parametro valido dei comportamenti dei soggetti. Ragion per cui, va precisato ben chiaramente, è appena il caso di ripeterlo benché ora sembrerà evidente: “*ri-costruzione*”, non è usato a caso, ma per sottolineare, o meglio ricordare, che *ogni volta che se ne usi, la norma va ri-costruita ab imis*, dato che la norma applicata *oggi*, grazie alla prassi “prova” della sua esistenza, è *per definizione* diversa da quella applicata *ieri*.

E quindi, il tema diventa quello dell'accertamento, *anche e non solo attraverso la prassi*, della reale “volontà” normativa della Comunità internazionale, non organizzata, non gerarchizzata, ma decisiva. La prassi di un istante può essere consolidata in norma, così come una prassi secolare può non esserlo.

E quindi, per approfondire ulteriormente: la valutazione e l'accertamento della norma è fatta, e deve essere fatta, in ogni singolo momento, per valere in quel singolo momento. La “storicità” della prassi non basta a identificare e definire la norma, che anzi può essere, in quel momento almeno, *il contrario della prassi* consolidata. Solo per fare un esempio banale, già usato poco più sopra¹¹³: la prassi ha per secoli mostrato e ribadito non solo la necessità, ma la piena legittimità dello schiavismo e, in esso e per esso, del razzismo, fino a pochi anni fa presente in leggi di stati e in stati, eppure, immagino, nessuno oggi oserebbe dubitare¹¹⁴ che il razzismo e lo schiavismo *sono illeciti* ed *erano illeciti* e quindi *andavano e vanno* perseguiti perfino penalmente: sia nel diritto internazionale, sia nel diritto interno di qualunque soggetto di diritto internazionale¹¹⁵, *ma sempre e necessariamente dal momento in cui, nella prassi e nella Comunità internazionale, si è formata la convinzione della esistenza e della necessità di quella norma*. Una prassi secolare dimostrerebbe il contrario, mentre una timida e ambigua prassi degli ultimi due secoli vi si oppone. È, certo, l'evoluzione del diritto, che in un sistema organizzato verticalmente si dimostrerebbe attraverso una nuova legge, che nella Comunità internazionale non esiste (i trattati in materia, peraltro norme sempre solo contrattuali, sono pochi, recenti e a partecipazione tutt'altro che universale) ma il cambiamento (e in questo senso sì, tecnicamente, l'evoluzione) delle norme accade anche nel diritto internazionale, a prescindere dalla prassi, combattendo l'entropia del sistema¹¹⁶, che infatti è tutt'altro che immutabile¹¹⁷.

L'accertamento di tutto ciò, certo non è cosa facile, ma, appunto, possibile solo tenendo conto di *tutto ciò* che, tecnicamente o anche a-tecnicamente ma *mai ideologicamente*, contribuisce a costruire

¹¹³ *Supra* § 3 ed nt. 91.

¹¹⁴ Beh, forse proprio “nessuno” può essere eccessivo.

¹¹⁵ Talché, come ho già sostenuto, un soggetto che non lo preveda o che addirittura preveda la possibilità di esercitare lo schiavismo, verrebbe per questo solo fatto condannato dal diritto internazionale, che pretenderebbe l'annullamento di quelle disposizioni. Del resto è esattamente ciò che è accaduto nella lotta pluridecennale agli stati razzisti. Ma, v., sul punto, ampiamente la sentenza della Corte di Boston *La Jeune Eugenie*, cit. (*supra* nt. 89).

¹¹⁶ V. ampiamente sul punto, lo scritto in nt. 36, specialmente 466 e *passim*, ma v. anche già nel diritto romano: Digesto 1.3.32, 1 (*Iulianus libro 84 Digestorum*): «*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*».

¹¹⁷ Come rischierebbe di essere, se si seguisse pedissequamente l'indicazione della cit. sentenza *Paquete Habana*, per la decisione a proposito della quale, si parte dal 1403 per affermare (175), sulla base della sola prassi e dopo avere analizzato e discusso la legge e la giurisprudenza «By an ancient usage among civilized nations, beginning centuries ago and gradually ripening into a rule of international law, coast fishing vessels pursuing their vocation of catching and bringing in fresh fish have been recognized as exempt, with their cargoes and crews, from capture as prize of war». Saremmo proprio certi che anche oggi quella “norma” consuetudinaria e consolidata in quattro secoli per la Corte Suprema USA, sia valida e accettata?

una norma; come nel vecchio diritto romano, non solo i giuristi, ma la «coscienza popolare ... i poeti, i retori, Cicerone»¹¹⁸!

Difficile? certo. Incerto? sicuramente. Ma fin tanto che la Comunità internazionale non troverà il modo, o meglio *deciderà* di trovarlo, per creare un sistema centralizzato di formazione autoritativa delle norme, dato che i soggetti potrebbero se volessero, ma non lo vogliono costruire, l'unico modo per *accertare* le norme generali di diritto, e non pretendere o imporre la propria volontà o ideologia, è, ancora una volta, questo: «coscienza popolare ... i poeti, i retori, Cicerone», e ciò vale, sostanzialmente, anche per le norme contrattuali.

Alla luce di tutto quanto detto fin qui, cerchiamo di riesaminare il tema di questo articolo, per comprendere alla fine, cioè non solo per il diritto internazionale, quali norme regolino il caso e perché.

7. Conclusioni.

Dato quanto fin qui detto e a prescindere dalla discussione sulla costituzionalità o meno delle norme interne di riferimento che ovviamente riguarda solo e direttamente il diritto italiano non diversamente da quello di ogni altro stato, ho cercato di dimostrare come sia impossibile prescindere nella soluzione di questo tipo di fattispecie dalle norme di diritto internazionale¹¹⁹, che, nella misura in cui sono ricostruibili in maniera certa e, tenuto conto del modo in cui le stesse norme nazionali influiscono a loro volta, in particolare attraverso la loro interpretazione, sul contenuto di quelle internazionali e viceversa, sono sia pure solo le prime, seguite poi dalle altre, a dovere essere prese in considerazione. Ma *inderogabilmente*, se non altro già solo per motivi logici in quanto norme di carattere più generale rispetto a quelle nazionali, ma specialmente in quanto essendo norme di un ordinamento giuridico nato e destinato a “regolare” i comportamenti dei soggetti di diritto internazionale, sono quelle che “regolano” la stessa formazione delle disposizioni applicabili alla fattispecie: nazionali e internazionali. *Inderogabilmente*, dicevo, prima di quelle nazionali, perché queste ultime *devono* corrispondere, a parità di contenuto, alla norma internazionale. Sorvolo, beninteso in questa sede, sulla discussione del modo in cui già comunque gli articoli 10, commi 1 e 2, e 117, comma 1, della Costituzione italiana indichino per l'appunto questa soluzione, così come le stesse disposizioni dei decreti sicurezza e delle altre disposizioni applicabili, che tutte, anche a prescindere dal discorso generale fin qui fatto, indicano la necessità di applicare le norme italiane nel rispetto di quelle internazionali. Anzi, a stretto rigore, di produrre norme nazionali solo se compatibili con quelle internazionali.

In altre parole e come già accennato, penso sia inammissibile che la nostra come qualunque altra Corte Costituzionale o tribunale supremo, ecc.¹²⁰, possa autonomarsi come “giudice ultimo e unico”

¹¹⁸ *Supra* nt. 101.

¹¹⁹ E come, intendo, la medesima soluzione valga per qualsiasi altro ordinamento giuridico, disponga o meno esso di norme che indichino nel diritto internazionale l'ordinamento regolatore della stessa legislazione interna.

¹²⁰ Così come, anzi ancora di più, un Parlamento nazionale, come è il caso del tutto inammissibile del Parlamento tedesco, che, sia pure sulla base di una sentenza del Tribunale costituzionale, pretende di essere l'ultima voce nella applicazione di una norma di diritto dell'UE. V. il cd. *Lissabon Urteil* (BVerfG, BVE, 2/08, 30.6.2009), la cui prima massima afferma: «Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union. Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker - das heißt die staatsangehörigen Bürger - der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben», sulla scia della comoda tesi del deficit democratico della UE. Di ciò già in passato ho scritto, ma sul punto specifico basterebbe solo rilevare che, ciò premesso, come mai potrebbe conciliarsi la partecipazione ad un accordo internazionale debitamente sottoscritto con una decisione divergente del Parlamento, se non uscendo dall'accordo o dichiarandone la, illecita, volontà di violarlo? Che ciò dimostri la poca o punta novità dei più recenti “sovranismi” specie italiani, non spiega l'impossibilità logica prima ancora che giuridica di una pretesa del genere, tutta espressione, come accennavo sopra, dell'idea della sovranità intesa rozzamente come *superiorem non recognoscere*, cioè escludere la Comunità internazionale, avallare il caos.

della esistenza e del contenuto di una norma internazionale, tanto da decidere, di propria esclusiva iniziativa di non applicarla, a vantaggio di quella nazionale¹²¹, esprimendo così una sorta di “sovranoismo” giuridico, forse di moda, ma giuridicamente improponibile. Sentire dire, come sempre più spesso accade, che vi sono norme costituzionali inderogabili anche da norme generali di diritto internazionale è semplicemente inammissibile, se non altro perché, per definizione, le norme generali di diritto internazionale sono anche – in realtà, a ben vedere, *solo* – il frutto delle norme interne e della volontà dei soggetti di diritto internazionale che hanno contribuito, coscientemente, alla loro formazione.

Una cosa del genere è del tutto illegittima, dato che l’ordinamento internazionale, lo si voglia o no, è la struttura ordinatrice del comportamento dei soggetti di diritto internazionale. Ciò non toglie che:

a.- in termini interpretativi si dia il caso che l’interpretazione interna della norma internazionale contribuisca a riempire di contenuti la norma internazionale, e a modificarla, e,

b.- che una norma interna, e perfino una interpretazione di una norma interna o internazionale, contribuisca a creare una norma internazionale, così come

c.- è perfettamente possibile (e anche frequente) che la norma interna, corrisponda a quella internazionale, pur essendo più precisa o più ampia, talché applicarla è solo un modo per applicare la norma internazionale, magari contribuendo ad integrarla come in *a*, per determinare gli effetti in questione.

Insomma, per dirla in termini molto succinti, premesso che, per sua natura, il diritto interno di uno stato contribuisce alla formazione delle norme internazionali (del resto è l’art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che lo dice esplicitamente, solo per citare l’ipotesi più famosa, ma non diversamente dall’art. 6.3 TUE, ecc.) ogni soggetto di diritto internazionale fa parte di un ordinamento la cui funzione è esattamente quella di regolare il comportamento dei soggetti di diritto internazionale. I quali in quanto soggetti, da un lato partecipano alla formazione delle norme internazionali, e dall’altro può ben darsi il caso che dispongano di norme più precise come detto prima, ma non destinate a derogare alle norme internazionali, da loro stessi formate.

E pertanto, tornando al tema, il primo problema per l’interprete è quello della stessa definizione della fattispecie, che va vista nella sua integralità per poter essere definita e risolta senza contraddire a quanto detto fin qui. E dunque, il semplice fatto che certe persone, senza autorizzazione, giungano sul territorio di uno stato, è insufficiente a definire la fattispecie, perché rivestono una notevole, spesso prevalente, importanza altri elementi come, da un lato, le modalità con cui le persone in questione giungano nel paese interessato, e dall’altro le motivazioni per le quali esse siano partite dal luogo di provenienza, ivi compresa la pura e semplice volontà di lasciare il proprio paese¹²². Per cui la fattispecie si deve descrivere come: il fatto per il quale delle persone, che si allontanano dal proprio paese, giungono in un altro paese senza autorizzazione e ciò fanno, sulla base di motivazioni rilevanti ai fini della definizione della fattispecie visto che l’allontanamento dal proprio paese può essere determinato, ad esempio:

a.- dalla necessità di fuggire da una situazione politicamente insostenibile quando non pericolosa,
o

¹²¹ Colgo sul unto le molto interessanti e puntuali osservazioni di C. PITEA, *La nozione di “Paese di origine sicuro” e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, 627 ss., di cui rilevo la significatività delle osservazioni finali (662): «Se da un lato, l’effettiva tutela dei diritti fondamentali ... necessiterebbe di una condotta scrupolosa e prudentiale da parte delle autorità amministrative e giurisdizionali, dall’altro la nozione stessa di “Paese di origine sicuro” suggella normativamente la diffidenza verso il migrante da esso proveniente». È appena il caso di ricordare che la “diffidenza” non mi sembra un concetto e meno che mai un istituto giuridico accettabile, specie se collegabile, quando lede diritti fondamentali (in gran parte di provenienza internazionale), a quanto da me suggerito (*supra* alla nt.44 e testo corrispondente), in tema di diritto penale del nemico.

¹²² Che, come ovvio e noto, è un diritto elementare delle persone, di tutte le persone (*infra* nt. 124).

b.- dalla necessità di cercare altrove una soluzione ai propri problemi di sopravvivenza o di crescita economica, o

c.- anche semplicemente dal desiderio di vivere altrove che nel proprio paese.

Ma anche, in secondo luogo, si deve tenere conto dello scopo del trasferimento (o della permanenza) nello stato di destinazione¹²³. È più che evidente come tutti questi elementi vanno considerati insieme e unitamente anche alle modalità attraverso le quali il viaggio avviene, nella giusta proporzione, per definire la fattispecie concreta, da applicare ad ogni singola persona che si trovi in quella situazione.

7.1. Il coordinamento tra le norme di diritto internazionale quelle di diritto interno.

A prescindere da ulteriori approfondimenti delle ipotesi descritte, il tema si riduce, dunque, al contrasto tra due norme, entrambe generali, di diritto internazionale e le loro corrispondenti e derivate di diritto interno: la norma sulla sovranità dello stato, nella sua specificazione del presunto diritto dello stato a decidere insindacabilmente e, appunto, sovranamente, chi ammettere nel proprio territorio, e la norma, altrettanto generale, sulla libertà di ciascuno di lasciare il proprio paese, qualunque ne sia la motivazione¹²⁴, cui si aggiungono le norme sul salvataggio in mare, quelle in tema di divieto di maltrattamenti e le norme in tema di accoglienza. Da un lato, dunque, il *Totem* della sovranità¹²⁵, e dall'altro l'altrettale *Totem* del diritto delle persone, del diritto di libertà. È appena il caso di sottolineare, che il più delle volte, il comportamento dello stato "ricevente" lo straniero, è profondamente diverso, a parità di circostanze a seconda della provenienza dello stesso, per cui la fattispecie può venire complicata dalla presenza di elementi di discriminazione razziale, nazionale, religiosa, ecc., ma su questo ulteriore aspetto della questione non è utile entrare ai fini del discorso qui proposto.

Orbene, per quanto attiene al tema della sovranità: sintetizzando al massimo un discorso assai complesso, è un dato di fatto quello per il quale le definizioni della sovranità sono normalmente legate all'idea della absolutezza del potere del sovrano, grazie, eventualmente, al fatto che l'ente stato è l'organizzazione sovrana di un territorio, che è assoluta perché, sia pure in base ad una costituzione, esercita il massimo potere all'interno del territorio dello stato. Insomma, descrivono il potere dello stato dal punto di vista del diritto interno, per poi in qualche modo "trasferire" il medesimo concetto al livello del diritto internazionale. Come sottolineato più sopra, però, nel diritto internazionale questo concetto non può, per definizione, essere altrettanto assoluto anzi, non può esserlo affatto, in quanto la sovranità è un istituto giuridico di diritto internazionale, che compete a tutti i soggetti di diritto internazionale - e quindi, incidentalmente non solo agli stati - in quanto membri della Comunità internazionale e come diritto di relazione¹²⁶. L'idea cioè della sovranità come diritto assoluto, porta all'idea dello stato sostanzialmente *legibus solutus* nella Comunità internazionale, in quanto ente *superiorem non recognoscens*, che invece non è applicabile, almeno alla situazione odierna del diritto

¹²³ Basterebbe citare la sentenza (di cui *supra* alla nt. 11) della Corte di appello di Salerno, che, appunto, costruisce il diritto dello straniero a rimanere in Italia, sulla base di considerazioni non solo di diritto interno, anzi, solo o almeno principalmente di diritto internazionale, nel caso di specie nell'intento di difendere l'interesse del bambino.

¹²⁴ Norma espressa, come noto e per limitarmi alle norme di carattere generale, benché scritte, all'art. 13 della *Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo* e all'art. 12 del *Patto sui diritti civili e politici* del 1966.

¹²⁵ Un totem intangibile, al punto che, anche in uno studio articolato, si arriva a paragonare la sovranità alla ... verginità, che, una volta persa, non è recuperabile né trasferibile ad altri come invece la proprietà: N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty, Law State and Practical Reason*, Oxford, Un. Press, 2008 (ma 1999), 126.

¹²⁶ V. chiarissimo N. BOBBIO, *Stato*, cit., 82: «... la legittimità è un puro e semplice stato di fatto. Il che non toglie che un ordinamento giuridico legittimo in quanto efficace e come tale riconosciuto dall'ordinamento internazionale possa essere sottoposto a giudizi assiologici di legittimità, che possono portare ad una graduale, più o meno rapida, inosservanza delle norme dell'ordinamento, e quindi a un processo di delegittimazione del sistema. Resta però che in base al principio di effettività un ordinamento continua ad essere legittimo sino a che l'inefficacia è giunta a tal punto da rendere probabile o prevedibile l'efficacia di un ordinamento alternativo» (corsivo mio). E v. anche *ibid.*, 92 s.

internazionale, perché ove fosse accettata implicherebbe in realtà o che il diritto internazionale non esiste affatto, o che si riduca ad una serie di regole di comportamento reciproco non obbligatorie in quanto anche le norme contrattuali non potrebbero essere garantite da una norma che ne assicuri il rispetto, il che equivarrebbe a dire che il diritto internazionale non esiste e che, pertanto, anche quelle contrattuali non sarebbero regole sia pure reciproche.

Insomma, una comunità descritta come un luogo nel quale ognuno è padrone di fare ciò che vuole, non è una comunità, sia pure anarchica, ma è la definizione del caos. Ma su ciò rinvio a quanto già scritto altrove¹²⁷, salvo a sottolineare la necessaria conseguenza, per cui *dunque* il diritto, e il conseguente potere assoluto, dello stato di decidere se e chi fare entrare nel proprio territorio non esiste, o, meglio, va reso compatibile con gli altri diritti garantiti dall'ordinamento internazionale, tra cui sia i diritti degli altri stati, che i diritti garantiti alle persone: la sovranità, ripeto, è dunque un diritto di relazione. Con l'ulteriore necessaria precisazione per la quale, non essendo gli individui *soggetti* di diritto internazionale, se non altro per l'incapacità assoluta di *azionare* diritti nella Comunità internazionale, parlare di *diritti* riferiti alle persone nella Comunità internazionale è tecnicamente scorretto, mentre è corretto parlare di *garanzie*, cioè del fatto per cui è la stessa Comunità internazionale a farsi carico di assicurare ai singoli individui la soddisfazione di *determinate* loro aspirazioni, pretese e bisogni¹²⁸, ovviamente ove non o non interamente assicurati dallo stato in cui gli individui vivono¹²⁹. Ragione per la quale, quegli stessi aspirazioni, pretese e bisogni, *garantiti* dalla Comunità internazionale, sono a stretto rigore, talvolta, anche *diritti* nell'ambito di uno stato¹³⁰. *Talvolta*, dico, perché ben può darsi il caso che ciò che viene garantito a livello internazionale, non trovi riscontro o corrispondenza normativa nell'ambito di competenza di un soggetto. *Ciò però*, ed è questo in realtà l'assunto di fondo di questo lavoro, *non priva l'individuo della possibilità di avvalersi*, anche e specialmente nell'ambito di competenza del singolo soggetto di diritto internazionale, di quei benefici che sono garantiti dalla Comunità internazionale¹³¹ in quanto il soggetto di diritto internazionale, nel rispetto e in ossequio dell'Ordinamento internazionale, è tenuto, *obbligato*, ad assicurarli anche al suo interno¹³², se del caso modificando in conseguenza le proprie norme¹³³.

Compatibile, dicevo sopra e non bilanciata con altri "diritti", in particolare dell'individuo: perché "bilanciare" implica accettare il principio per il quale un soggetto privato, o anche un giudice, possa

¹²⁷ V. *supra passim* e specialmente ntt. 52 e 86.

¹²⁸ Il che non esclude la *giustiziabilità* di taluni diritti individuali, come ad esempio quelli riconosciuti dalle convenzioni in materia di diritti dell'uomo, a cominciare ovviamente da quella europea, il che presuppone la permanenza della partecipazione dello stato alla Convenzione, ma anche di quelli collettivi, particolarmente protetti dalla Convenzione africana sui diritti dell'uomo, su cui v. ampiamente R. CADIN, *Profili*, cit., 194 ss.

¹²⁹ *Vivono non sono cittadini*: dato che quei diritti fondamentali spettano agli individui per sé, in quanto tali e quindi vanno sempre e comunque *garantiti* dalla Comunità internazionale, quando gli stati non lo facciano.

¹³⁰ Sul punto rinvio a quanto ho avuto modo di argomentare altrove: G. GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984, aggiungendo solo che la garanzia lungi dall'essere meno rilevante rispetto ad un diritto *implicando l'obbligo per la Comunità internazionale e quindi per i singoli soggetti di diritto internazionale di assicurare la soddisfazione di quel "diritto"*, lo rafforza.

¹³¹ Inutile dire che, conseguenza ovvia di tutto ciò, è che, ad esempio, considerare l'art. 2 della Costituzione italiana una disposizione riferita al "vecchio" diritto naturale, non è corretto: l'art. 2 fa esplicito riferimento alle norme internazionali, contrattuali e non, sui diritti dell'uomo. V. M. AINIS, V. SGARBI, *La Costituzione e la bellezza*, Milano, La Nave di Teseo, 2016, *commento art. 2*. V. invece A. BARBERA, *Commento art. 2*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Roma, Zanichelli- Il Foro Italiano, 1975, vol. 1, 52 ss.

¹³² Sia pure come semplice *fatto* nella accezione di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, Cedam, 1975, 320 ss.

¹³³ In applicazione, nel caso italiano, dell'art. 10, comma 1, Cost. e della giurisprudenza conseguente. Del resto, quando il predetto art. 10 afferma che il diritto internazionale generale è diritto interno, non fa altro che dire che la norma internazionale è *già diritto interno nel momento stesso in cui "nasce" nel diritto internazionale*. Poi, se il legislatore ha bisogno di legiferare per rendere quella norma funzionante, non cambia il fatto che di quella norma è *immediatamente legittimo* chiederne l'applicazione al caso specifico. Qualcosa di non molto diverso dalla applicazione *intuitu personae* delle direttive UE non trasformate in tempo in diritto interno.

decidere di modificare il contenuto di norme, piuttosto che applicarle nella giusta successione alla luce dell'interpretazione di esse, fino al punto che una o più di esse semplicemente non siano applicate, perché non congruenti ad altre norme¹³⁴. Non ha, mi pare, un giudice il potere di modificare la norma, ma solo appunto di interpretarla, stabilendo, se necessario, quale applicare a danno di un'altra, ma non "piegandole" ad un risultato per il quale non sono nate o non sono state create¹³⁵. Delle due l'una: o le norme sono in una relazione formalmente gerarchica l'una con l'altra e allora si applica quella di rango superiore o la gerarchia manca e allora si applica la norma in qualche misura prevalente o strumentale a danno o prima dell'altra, creando, o meglio ricostruendo, in questo modo una sorta di *gerarchia logica* tra le norme, specialmente se appartenenti a sistemi giuridici diversi, come appunto è il caso delle norme internazionali sulla sovranità, sui diritti dell'uomo, sul salvataggio in mare ecc., e quelle nazionali di volta in volta applicabili. Voglio dire, per fare un esempio banale, che il diritto ad essere salvati in mare, non può essere limitato da una norma che vieti di portare quella persona sul territorio dello stato, come è il caso della disposizione da cui si origina questo lavoro¹³⁶.

Per quanto attiene al tema dei diritti dell'uomo, la cosa in qualche modo è ancora più semplice, nella misura in cui le norme in materia sono norme di diritto internazionale generale largamente consolidate e note, sia sotto il versante del diritto sacrosanto di ciascun essere umano di lasciare il proprio paese se e quando lo voglia, sia sotto quello del diritto, anch'esso sacrosanto, di ottenere asilo in caso di situazioni di discriminazione e di repressione politica o razziale, culturale, etnica, ecc., sia infine sotto il profilo del diritto che più sacrosanto non si può, di essere salvato in mare se a rischio di affogamento, come anche in montagna o altro, ovviamente.

È evidente che l'esercizio di questi diritti, o meglio la necessità di darvi seguito determina un obbligo per i soggetti di diritto internazionale di comportarsi di conseguenza, cioè, nel caso specifico di cui all'inizio di questo lavoro, di accogliere e di salvare, dove salvare vuol dire non solo togliere dall'acqua ma portare a terra¹³⁷ e, ancora, sia pure nell'ambito ragionevole della propria disponibilità,

¹³⁴ La cosa, incidentalmente, non desta alcuna sorpresa, se si tratta di norme interne, ma provoca molta discussione e diffidenza se applicata a norme di provenienza da ordinamenti diversi, come se fosse sorprendente che una norma dello statuto, che so, di una società per azioni in contrasto con una norma del diritto civile semplicemente non si applichi, venga ignorata o addirittura la si cancelli.

¹³⁵ Mi sia consentito citare una mia frase in merito, in un *Editoriale* di *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 2: «Quello che, con qualche sorpresa, la nostra Corte Costituzionale ha definito un "bilanciamento" tra diritti in apparente contrasto è, almeno in termini teorici, impossibile, se non illecito. Nessuno, men che mai una suprema corte, ma nemmeno un legislatore interno può "bilanciare" diritti non gerarchizzati, specie quando non di diritti interni si tratti», v. anche G. GUARINO, *Costituzione italiana e adesione della UE alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Grotius*, 2008, n. 5, 93.

¹³⁶ Beninteso, con tutte le distinzioni e le precisazioni del caso. Ma, ad esempio e solo per riferirmi ad un caso recente, è evidente che se delle persone vengono salvate in mare da una nave italiana, a quelle persone non può essere interdetto lo sbarco in Italia, salva ovviamente la possibilità di avviare quelle persone altrove, ma solo dopo averle salvate e portate a terra. Non si tratta, dunque, di una questione di gerarchia tra norme, ma di una questione di interpretazione logica del sistema normativo nel suo complesso. Insomma il *diritto* ad essere salvato (che, lo ripeto è una garanzia del diritto internazionale) e il *diritto* dello stato a decidere chi ammettere sul proprio territorio, non possono essere *bilanciati* perché il primo sopprime necessariamente il secondo (salvo quanto, *infra*, alla nt. 138).

¹³⁷ Non è altro, in fondo, che la descrizione di una società, o meglio comunità, in continua trasformazione, che, proprio perché in continua evoluzione, in un certo senso inverte la direzione dell'entropia. Trovo significativo citare una frase conclusiva di un libro famoso, I. PRIGOGINE, I. STENGER, *Order out of Chaos, man's new dialogue with nature*, Toronto, Bantam Books, 1984, 313, che, a proposito della società umana, osservano: «We know now that societies are immensely complex systems involving a potentially enormous number of bifurcations exemplified by the variety of cultures that have evolved in the relatively short span of human history, We know that such systems are highly sensitive to fluctuations. This leads both to hope and a threat: hope, since even *small* fluctuations may grow and change the overall structure. As a result, individual activity is not doomed to insignificance. On the other hand this is also a threat, since in our universe the security of stable, permanent rules seems gone forever. We are living in a dangerous and uncertain world that inspires no blind confidence» (corsivo mio) anche se non necessariamente rivolta alla provvidenza divina, visto che il diritto è dell'uomo e quindi è proprio e solo l'uomo quello che può cambiarlo, sovvertendo, appunto, l'entropia.

di individuare i naufraghi da salvare; non diversamente da come, nel caso di quelle persone che hanno attraversato le Alpi, di essere salvate dalla neve e portate al caldo.

In entrambi i casi, poi, la destinazione finale di quelle persone è definita in altro modo, che non è, né quello di lasciarle affogare, né quello di lasciarle congelare, o altro.

7.2. Il conflitto tra diritti e la sua soluzione: la scelta dell'ordinamento di destinazione.

Qui, e in sostanza solo qui, sorge il problema dell'eventuale conflitto tra diritti: quello di sovranità che implica il possibile diritto di non accogliere e quello dell'uomo che implica il *diritto* di lasciare il proprio paese e il *diritto* di essere accolti ovviamente - non credo sia immaginabile che qualcuno possa restare sospeso nell'aria – salvo a stabilire dove e su ciò la *garanzia* la offre, deve offrirla nel senso che è di *sua esclusiva competenza*, la Comunità internazionale, cioè il diritto internazionale. In altre parole, la Comunità internazionale si incarica, si *deve* incaricare, di assicurare che chi voglia lasciare il proprio paese possa farlo liberamente anche se lo stato da cui vuole partire volesse impedirglielo, e inoltre di assicurare a quella stessa persona accoglienza in *un* altro, quale che esso sia, *purché uno vi sia*. E inoltre, la stessa Comunità internazionale è quella che *deve* assicurare allo stesso individuo, che, in caso corra pericolo di vita, venga messo al sicuro, da chi non importa, purché qualcuno vi sia. Insomma, un *obbligo di risultato* della Comunità internazionale e non (solo) dei singoli soggetti di diritto internazionale.

L'apparente, secondo me solo apparente, conflitto tra questi due diritti, o meglio tra queste due categorie di diritti – più precisamente ancora: diritti e garanzie - non si può risolvere negandone uno a vantaggio di un altro o soddisfacendoli “in parte”, come avverrebbe anche solo con un semplice bilanciamento, ma solo affermando che l'obbligo di accoglienza, verificata l'esistenza delle condizioni richieste, *esiste*, anche se non necessariamente, anzi mai, a carico di un singolo soggetto di diritto internazionale, ma nei confronti della collettività internazionale. La quale, dunque in un certo senso, ha il compito di “scegliere” il soggetto di diritto internazionale destinatario dell'obbligo di accoglienza, salvo a stabilire anche le modalità, i tempi ecc. In altre parole sta ai soggetti di diritto internazionale, rappresentati dalla Comunità internazionale, trovare, nelle forme classiche del diritto internazionale stesso, le forme e i modi per soddisfare quel diritto o per negarlo qualora non spetti, *ma comunque per gestirlo*.

La gestione pratica di questa rete di diritti ed obblighi è necessariamente devoluta ai singoli soggetti nelle forme e nei modi del loro ordinamento giuridico. E quindi se la persona che fugge giunge là dove esista, come in Italia, il *diritto* all'asilo ha, o meglio acquisisce *illico et immediate* il diritto pieno a *pretenderne* il riconoscimento, così come è perfettamente legittimo che il soggetto “destinatario” si accordi con un altro per trasferirlo *lì* a pretendere ed ottenere i diritti che *lì* gli competono o per vederseli negare se *lì* non gli competono¹³⁸.

È la Comunità internazionale, dunque, quella che assicura a quella persona la possibilità di giungere ad una destinazione “scelta” dalla Comunità internazionale stessa dove la persona potrà esercitare l'eventuale diritto all'asilo o altro che sia, in virtù del fatto, lo ribadisco, che il diritto e la conseguente garanzia, a lasciare un paese, è un ovvio diritto assoluto: dal quale consegue *un obbligo assoluto di fornire quella garanzia*. Il che vuol anche dire che l'individuo così come non può *pretendere* di essere accolto in *uno stato specifico di sua scelta*, ha però anche il diritto di lasciare il proprio paese: sia in termini di diritto interno del paese di partenza, sia in termini di *garanzia della*

¹³⁸ In questo senso, giova precisarlo, la soluzione che pare sia stata trovata a Malta alla fine dell'estate del 2019, di accogliere, redistribuire e affidare allo stato di destinazione anche il compito di *decidere* se accogliere definitivamente o meno o re-inviare al paese di origine appare perfettamente corretta. Purché sia chiaro, e praticato, il salvataggio, che vuol dire “estrazione” dall'acqua e trasferimento in un rifugio adeguato, benché provvisorio. È evidente che prolungare anche solo di un'ora la permanenza in mare, viola i fondamentali diritti dell'uomo, la Convenzione di Montego Bay, ecc., ma è altrettanto chiaro che ritardare anche solo di un'ora la conclusione dell'eventuale accordo necessario all'accoglimento altrove che nel luogo dello sbarco, incorre nelle stesse violazioni.

Comunità internazionale. Quest'ultima, perciò, può e deve sapere scegliere dove indirizzare l'individuo, con la sola eccezione dello stato di provenienza e, a maggior ragione, di quello di passaggio¹³⁹. L'eccezione deriva dal fatto che, se l'individuo esercita (garantito dalla Comunità internazionale) la propria prerogativa di allontanarsi dallo stato di origine, non può essere riportato indietro contro la sua volontà, a pena di violare la norma, di diritto internazionale generale, che garantisce a chiunque di potere liberamente lasciare il proprio paese. Anzi, qualora lo si faccia in maniera "forzata", si commette un illecito internazionale, ascrivibile alle norme di diritto penale internazionale, di cui allo Statuto di Roma, proprio perché *il rispetto dei diritti fondamentali* è obbligo primario di ogni soggetto di diritto internazionale: che sia, poi, legato o meno, quell'obbligo, alla sovranità è tutto da approfondire¹⁴⁰.

Quando dico "scelta", beninteso, intendo alludere al fatto che la scelta sarà effettuata nei termini e nei modi e nei tempi tipici del diritto internazionale, che dunque contempla anche (non solo: *anche*) la soluzione negoziale circa la scelta della destinazione o comunque una soluzione adottata secondo le classiche modalità del diritto internazionale e quindi anche ad esempio affidando (come proposto a livello europeo) ad una Organizzazione internazionale, ad un ente "terzo" insomma, il compito di *distribuire* le persone tra gli stati aderenti alla Organizzazione stessa, *purché una destinazione vi sia effettivamente*: il che implica anche *necessariamente* che l'accoglienza, diciamo così *provvisoria* sia *data* subito e senza remore, pena la violazione di norme fondamentali in materia di diritti dell'uomo.

Il soggetto di diritto internazionale, quindi, che dovesse precludere quella soluzione, impedisce alla Comunità internazionale di svolgere la predetta garanzia e dunque compie un illecito di diritto internazionale, sulla cui eventuale natura di violazione di un obbligo *erga omnes* vi potrebbe essere luogo a discutere, ma questa discussione non intende essere oggetto di queste pagine, ma coinvolge in maniera certa le norme, *tutte le norme competenti* di diritto penale internazionale e quindi in particolare quelle sulla *responsabilità penale personale di governanti e funzionari dello stato*, secondo le norme della Corte penale internazionale. Però, sia chiaro, *la responsabilità cade su ogni soggetto coinvolto nel caso*, e cioè: sia il soggetto che si vede arrivare delle persone, sia quello che ne dovesse "approfittare" per non prendere le dovute misure per assumerne lui la gestione.

Che, infine, tutto ciò possa determinare un obbligo *de contrahendo* dei soggetti è una conseguenza necessaria appunto per poter definire le rispettive responsabilità, *a posteriori*, così come è evidente che la mancata realizzazione dell'accordo eventualmente necessario, non può esimere, né esime il soggetto dalla necessità, pena la conseguente responsabilità internazionale, della soddisfazione dell'obbligo, di volta in volta: di salvataggio, di accoglienza, di protezione e così via.

Diversamente, resterebbe solo il caos e cioè, nella specie, l'arbitrio.

¹³⁹ Il fatto, poi, che nello stato di passaggio l'individuo sia sottoposto a violazioni dei suoi diritti individuali alla vita, alla esenzione dalla tortura, ecc., è un discorso diverso, che però determina la possibile violazione di una delle norme dello Statuto della Corte penale internazionale con tutte le conseguenze del caso.

¹⁴⁰ Sul significato generale della responsabilità penale internazionale per crimini di diritto internazionale e sul loro rapporto con il principio di sovranità, v. di recente l'interessante studio di R. LISS, *Crimes against the sovereign order: rethinking international criminal justice*, in *American Journal of International Law*, 2019, 727 ss., specialmente 866 s.