

## *Critica e sovranità.* *I “Nuovi approcci” al diritto internazionale*

di Marco Goldoni

### 1. *Premessa*

Da oramai due decenni un movimento critico, i *Critical Legal Studies*, è emerso e si è affermato nelle facoltà di diritto statunitensi con lo scopo dichiarato di interrogare i presupposti tradizionali della dogmatica giuridica. Il successo del movimento, soprattutto nel contesto anglosassone ma anche in quello continentale, è un fatto indiscutibile come testimonia l'ampia letteratura sul movimento stesso<sup>1</sup>. La dottrina dei *CLS* ha avuto ripercussioni su diversi ambiti del sapere giuridico, non da ultimo anche sul diritto internazionale, nel quale sono state trasposte le categorie concettuali impiegate nella critica al diritto “interno”. “Nuovi Approcci” (*New Approaches*) al diritto internazionale: attorno a questa definizione si sono raccolti alcuni studiosi, perlopiù di area anglosassone, che condividono un metodo di ricerca volto a decostruire e ricostruire i fondamenti teorici del diritto internazionale. Contribuendo alla messa in questione di alcuni capisaldi della dogmatica giusinternazionalistica, in particolare alla razionalità giuridica intrinseca al moderno *jus publicum europaeum*, i “Nuovi Approcci” hanno allo stesso tempo sottolineato l'ineludibilità della riflessione teorica nella costruzione della dottrina internazionalistica.

Scopo di questo intervento è di presentare il programma di ricerca proposto dai “Nuovi Approcci”: nei paragrafi che seguono verranno introdotti e delineati, in primo luogo, i temi centrali del movimento facendone una breve archeologia dei metodi critici. Si tratta, in un primo momento, di guardare la concezione del movimento dall'interno, vale a dire cercando di rimanere, per quanto possibile, ad un livello descrittivo. Si cercherà di delineare una breve panoramica dei tratti caratteristici del movimento, sottolineandone le radici principali. Queste sono per lo più di matrice continentale e vanno dallo strutturalismo (fonte di ispirazione primaria) alla decostruzione ed alla genealogia. In un secondo momento si mostrerà quali sono i punti critici che gli esponenti dei *Critical Legal Studies* individuano nella dottrina moderna del diritto internazionale. Quest'ultima viene qualificata come teoria “liberale”, peraltro secondo un motivo ricorrente in tutta la letteratura dei *Critical Legal Studies*. Il carattere politico intrinseco ad un simile edificio teorico, che ciononostante si presenta come neutrale, consegnerebbe il diritto internazionale ad una condizione di arbitrarietà quasi assoluta, sottraendo forza normativa al discorso legale internazionale. L'analisi di una nota pronuncia della Corte internazionale di Giustizia secondo la metodologia dei “Nuovi Approcci” permette-

---

<sup>1</sup> Mi limito a qualche breve accenno alla letteratura italiana: A. Carrino (a cura di), *Critical Legal Studies*, numero monografico di “Democrazia e Diritto”, 1990, vol. 30; id., *Ideologia e coscienza. Critical Legal Studies*, Napoli, 1992 (ottima presentazione del movimento dove si possono ritrovare numerosi riferimenti alla letteratura in lingua inglese); id., *Roberto M. Unger e i Critical Legal Studies: scetticismo e diritto*, in Gf. Zanetti, (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, 1999.

rà di verificarne l'efficacia in quanto strumento d'indagine della "ragione internazionale". Emergerà pertanto in quale senso i "Nuovi Approcci" possano affermare che l'orizzonte a partire dal quale si è costruito il diritto internazionale sia ascrivibile a giusto titolo ad una metafisica moderna del diritto, immanente sia alla dimensione giuridica "esterna", sia a quella "interna"<sup>2</sup>. Come per altre filosofie cosiddette postmoderne (o teorie che comunque si prefiggono di prender congedo dalla metafisica), gli autori dei "Nuovi Approcci" sono determinati nell'annunciare, narrandola, la fine della propria disciplina, proponendosi come gli ultimi rappresentanti "oggettivi" nonché, allo stesso tempo, come i "liquidatori" della stessa. La domanda, spesso riecheggiata in dottrina, sulla giuridicità del diritto internazionale<sup>3</sup> perde d'importanza: il problema non è sapere se il diritto internazionale sia veramente un diritto, ma in quale modo esso venga rappresentato.

Il principio di sovranità, secondo un *leit-motiv* ricorrente non solo nei *CLS*, risulta essere il vero e proprio perno attorno a cui si sviluppa il diritto internazionale moderno. In quanto costitutiva della soggettività nel diritto internazionale, secondo l'idea per la quale dove c'è un sovrano c'è un soggetto di diritto, essa funge da architrave da "decostruire" (ma non necessariamente da superare) al fine di mettere in luce i *double binds* soggiacenti. Esattamente come la logica del principio di sovranità è bifronte, ossia assenza di potere superiore (lato interno) e eguaglianza fra entità sovrane (lato esterno), così una teoria della normatività positivista implica sempre il supplemento necessario dell'opposto naturalista, e viceversa<sup>4</sup>. Il diritto internazionale si fonda quindi su un paradosso: dovendo regolare le relazioni fra sovrani è costretto a risalire al loro comportamento ed al consenso espresso tramite le medesime azioni per garantire la propria obbligatorietà, ma in quanto diritto internazionale deve decidere quali comportamenti siano tollerabili e quali non lo siano. La condizione costitutiva di contraddittorietà risulta irrisolvibile, positivismo e naturalismo sono infatti le due facce opposte della stessa medaglia: *tertium non datur*. L'esito di un'archeologia della normatività non potrà mai arrestarsi ad un punto in grado di mostrare l'"essenza" (nell'idioma critico si parlerebbe di "reificazione"<sup>5</sup>) del discorso legale internazionale mediante l'affermazione chiara ed indiscutibile di uno dei due lati della medaglia.

Una volta rappresentato in tale guisa il diritto internazionale, converrà ricostruire brevemente l'epistemologia soggiacente al metodo critico. Ciò consentirà, per concludere in maniera inevitabilmente provvisoria, di formalizzare la *pars con-*

<sup>2</sup> I testi di riferimento, imprescindibili, sono: D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, "Buffalo Law Review", 1979, vol. 7, pp. 209-237; D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, "Harvard Law Review", 1976, vol. 89, pp. 1685-1767.

<sup>3</sup> F. Kratochwil, *Is International Law "Proper" Law?*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1983, vol. 69, pp. 13 ss.

<sup>4</sup> Seppure a partire da una filosofia differente, Norberto Bobbio ha posto l'attenzione sulla presenza di elementi sia giuspositivisti che giusnaturalisti in un autore decisivo per la formazione del diritto internazionale moderno come Thomas Hobbes. Si veda N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Torino, 1989; Cfr. anche M. Koskeniemi, *The Hobbesian Structure of International Legal Discourse*, in T. Araksen e M. A. Bertman (eds.), *Hobbes: War Among Nations*, Avebury, 1989, pp. 168 e ss.

<sup>5</sup> Il processo di reificazione viene inteso come oblio del carattere artificiale dell'oggetto reificato. Per una definizione in ambito *CLS* si veda G. Peller, *The Metaphysics of American Law*, "California Law Review", 1985, vol. 73, p. 1151.

*struens* e, di conseguenza, sollevare alcuni dubbi circa la coerenza teoretica della metodologia critica.

Per compiere questa operazione sarà necessario presupporre una certa generalizzazione; all'interno del movimento convivono infatti posizioni teoriche eterogenee e, talvolta, così distanti da non poter essere ridotte ad un quadro unitario organico. Allo scopo di sondare la validità e la bontà delle proposte dottrinali presenterò un "programma teorico" ricavato dagli elementi comuni, o per lo meno più ricorrenti, degli scritti dei "Nuovi Approcci".

## 2. *I New Approaches. Lineamenti fondamentali*

Stabilire una data di nascita di un movimento dottrinale rischia sempre di essere un'operazione alquanto arbitraria. Tanto più se i componenti di questa corrente dottrinale non hanno redatto una piattaforma d'intenti comune. Alcuni incontri e seminari sono stati organizzati con riferimento alla possibilità di trovare un nucleo dottrinale comune fra le diverse proposte, ma non esiste a tutt'oggi un programma di ricerca complessivo. Gli esponenti non hanno una formazione omogenea: alcuni sono effettivamente professori di diritto pubblico internazionale, ma altri provengono da studi giuridici sull'ambiente, sul nazionalismo, sul commercio, nonché da discipline diverse (la sociologia, il diritto comparato e la filosofia del diritto). Di fatto gli studi ascrivibili senza alcun dubbio al gruppo che hanno una "*book-length*" sono tre<sup>6</sup>. Tuttavia, a testimoniare un dibattito che si è svolto in modo prevalente sulle riviste giuridiche americane, gli articoli ed i saggi apparsi sono molteplici e documentano comunque un interesse non superficiale e costante al tema della teoria del diritto internazionale<sup>7</sup>.

Il clima culturale che vede nascere i "Nuovi Approcci" è collocabile fra la fine degli anni settanta e gli inizi degli anni ottanta. In quanto disciplina, la teoria del diritto internazionale aveva conosciuto, soprattutto negli studi americani, un rapido ed inesorabile declino già a partire dal dopoguerra, a causa dell'affermazione del metodo pragmatista. Tale scuola, nelle parole di Koskenniemi, "approached international law with the implicit assumption that the problems of theory [were] non-

---

<sup>6</sup> Per quanto riguarda i volumi si segnalano A. Carty, *The Decay of International Law: A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, 1986; D. Kennedy, *Structures of International Law*, Baden-Baden, 1987; M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, Helsinki, 1989. Come si può notare è attorno alla fine degli anni Ottanta che viene esperita la prima formalizzazione sistematica della metodologia dei "Nuovi Approcci". Un altro testo coevo, contrassegnato da una comune sensibilità ma ispirato soprattutto alla teoria dell'agire comunicativo di Habermas è F. Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions. On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in the International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, 1989. Per altri testi collocabili sulla scia dei "Nuovi Approcci" si vedano: P. Allott, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford, 1990; V. Heiskanen, *International Legal Topics*, Helsinki, 1992; J. Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, 1995; Id., *The Critique of the State*, Cambridge, 2001.

<sup>7</sup> Gli articoli sono numerosi, come testimonia la bibliografia sul gruppo pubblicata in D. Kennedy, C. Tennant, *New Approaches to International Law: a Bibliography*, "Harvard International Law Journal", 1994, vol. 35, pp. 431-460, costantemente aggiornata a cura dello European Law Research Centre, presso la Harvard Law School.

problems and that sociological and normative issues of world order [could] be best treated by closely sticking to one's doctrinal task of analyzing valid law"<sup>8</sup>. L'ostilità al pragmatismo è per l'appunto uno dei caratteri centrali, e forse più promettenti, di quello che è stato chiamato "New Stream"<sup>9</sup>. In effetti, il pragmatismo aveva cercato di accantonare le questioni teoriche limitandosi ad applicare il diritto, cercando quindi di incorporare il realismo legale nell'analisi del diritto internazionale, rendendo quest'ultimo contestuale. Evitarono perciò di affrontare le domande concernenti le origini e la validità del diritto internazionale, aggirando in tal modo diversi problemi filosofici e ritirandosi in campi specifici della dottrina<sup>10</sup>. Essi ritenevano infatti che la concretezza dell'analisi dottrinale avrebbe conferito forza vincolante al diritto internazionale anche in assenza di una teoria coerente di supporto. Il problema della legittimità riemergeva però con tutta la sua forza: diventava necessario derivare la coerenza di una specifica soluzione ad un *issue* di diritto internazionale da una dottrina più astratta e generale di quella usata solitamente<sup>11</sup> o, perlomeno, un principio implicito in grado di orientare una decisione o una risoluzione di una controversia era sempre inferibile. La crisi (o decadenza) del liberalismo internazionale, ed in particolare della forma di universalismo "neutrale" veicolata dalla *vulgata* dottrinale, costituisce un altro antefatto decisivo per comprendere il *milieu* concettuale dal quale nasce il movimento critico. Ed è proprio nello spazio aperto dalla crisi della teoria internazionale che hanno trovato terreno fertile, sul quale fiorire, le riflessioni dei *New Approaches*.

Dal punto di vista metodologico, in reazione all'atteggiamento modernista, gli studiosi dei "Nuovi approcci" hanno dato rilievo al ruolo della teoria nell'edificazione della disciplina, alla quale corrisponde una rivalutazione del ruolo del "giurista internazionale" in quanto capace di rendere leggibile, quindi anche reale, l'ordine giuridico internazionale. Radicalizzando l'interrogativo sulla legittimità e l'obbligatorietà del diritto internazionale, i "Nuovi approcci" hanno adottato un orientamento pluridisciplinare, ricco di influenze provenienti dalla teoria critica, dallo strutturalismo, dall'antropologia, dalla letteratura, dalla psichiatria<sup>12</sup> e, per alcuni temi, dal "*linguistic turn*". In secondo luogo, viene riconosciuto il carattere di tradizione, al pari di diverse altre, alla teoria liberale, indebolendone la forza normativa universalista. *A fortiori*, il carattere neutrale della disciplina giuridica internazionale sostenuto dalla teoria liberale viene liquidato come forma di ideologismo mascherato.

Dopo decenni di proposte teoretiche perlopiù "deboli", i "Nuovi Approcci" hanno presentato una teoria ambiziosa, in grado di ripensare il diritto internazionale fin

---

<sup>8</sup> M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, op. cit., p. XIV.

<sup>9</sup> D. Kennedy, *A New Stream of International Law Scholarship*, "Wisconsin International Law Journal", 1988, vol. 7, p. 4.

<sup>10</sup> Per Pragmatismo concettuale i "Nuovi Approcci" intendono un insieme di diverse scuole che si affermarono dagli anni Trenta nell'ambito degli studi gius-internazionalistici americani. Fra queste vi sono la "rule approach school", i cui esponenti principali furono Brierly e Oppenheim, la più legata all'esperienza del formalismo; "Policy-Approach", conosciuta anche come scuola di Yale, dall'Università nella quale insegnavano i fondatori, McDougal e Lasswell; infine i realisti, fra i quali vanno annoverati autori del calibro di Henkin e Morgenthau.

<sup>11</sup> Non a caso la "nuova corrente" ha sottolineato il carattere incoerente e pavido del pragmatismo.

<sup>12</sup> D. Kennedy, *A New Stream of International Law Scholarship*, op. cit., p. 9.

dalle sue fonti. Un “sentimento” critico, direi decostruttivo e/o genealogico<sup>13</sup> piuttosto che normativo, accomuna i pensatori del gruppo: cifra concettuale e stilistica nonché esito coerente delle premesse dalle quali prendono le mosse i lavori ascrivibili ai “Nuovi Approcci”<sup>14</sup>.

### 3. *La struttura dell’argomento legale internazionale*

#### 3.1 I limiti della ragione internazionale: la contraddizione fondamentale

Secondo uno schema ricorrente nelle scuole critiche, la struttura dell’argomento internazionale si fonda su un’opposizione fra naturalismo e positivismo: nel vocabolario dei *Critical Legal Studies* l’endiadi viene declinata nella cosiddetta “contraddizione fondamentale”<sup>15</sup>. La via scelta dai Nuovi Approcci è “quella non di cogliere i paradossi del sistema liberale, ma di individuare tutto il sistema liberale come, in qualche modo, esso stesso un paradosso, ovvero una contraddizione integrale”<sup>16</sup>. Il discorso sulla giustificazione della propria autorità disciplina la storia del diritto internazionale, organizzandosi attorno ad un’oscillazione costante fra richiami ai due termini della dicotomia che compongono la contraddizione fondamentale<sup>17</sup>. È la fragilità di una tale giustificazione il bersaglio preferito dalla teoria critica: focalizzare l’analisi intorno ai limiti del discorso cruciale per il diritto internazionale, ossia quello del suo carattere vincolante<sup>18</sup>, conduce direttamente alla critica della razionalità precipua del discorso legale internazionale.

---

<sup>13</sup> A. Carrino, *Ideologia e coscienza*, op. cit., pp. 20-28, dove si può trovare una tipologia degli approcci dei *Critical Legal Studies*.

<sup>14</sup> Commentando la conferenza sui *New Approaches* tenutasi in Essex (Mass.) nell’autunno del 1993, M. Koskeniemi scrive nel rapporto al Ministro degli Esteri finnico: “The Conference left (once more) unresolved the difficult problem of the relationship of international legal research (especially avant-garde research) to diplomatic and other international law practice. At their best, new approaches illuminate the political role of international legal practice as it privileges certain actors (states, international organizations) and marginalized others (various non governmental movements and efforts)...Skepticism about the material determinacy of international law seems to prevent new approaches lawyers from making normative propositions. Such propositions are, perhaps, understood as matters of political preference”, cit. in D. Kennedy, C. Tennant, *New Approaches to International Law: A Bibliography*, “Harvard International Law Journal”, 1994, vol. 35, p. 427.

<sup>15</sup> Il riferimento più importante in tema di contraddizione fondamentale è certamente D. Kennedy, *The Structure of Blackstone’s Commentaries*, op. cit., in particolare pp. 211-221.

<sup>16</sup> A. Carrino, *Ideologia e coscienza*, op. cit., p. 56.

<sup>17</sup> Specifico subito che alla dicotomia naturalismo/positivismo ne corrispondono altre nella letteratura dei “Nuovi approcci”, spesso usate come sinonimi. Al fine di non appesantire il testo utilizzo alcune di tali opposizioni. A seconda del contesto avremo rispettivamente: oggettivo/soggettivo; normativismo/realismo; utopista/apologetico; discendente/ascendente.

<sup>18</sup> La dottrina è solita distinguere in tre parti il discorso legale internazionale: *substance*, *process* e *sources*. Quest’ultimo punto implica un discorso sul carattere obbligatorio dei fondamenti del diritto internazionale.

In realtà, la contrapposizione fra naturalismo e positivismo corre il rischio di risultare *tranchante*, come viene d'altronde avvertito dagli stessi autori<sup>19</sup>. Essa dovrebbe essere intesa come un “*holistic device*”, valido in quanto capace di consentire una rappresentazione sintetica della tensione interna all'argomento internazionale<sup>20</sup>. A contraddistinguere il “discorso legale internazionale” sarebbe quindi tale griglia concettuale, formata dall'opposizione fra normativo e reale (nel Novecento questa opposizione è perfettamente rappresentata dalla distanza che separa l'opera gius-internazionalistica di Kelsen da quella di Schmitt)<sup>21</sup>. Le due polarità non sono fra loro complementari. Si presentano invece come esaustive e, poiché pretendono di rappresentare autonomamente la realtà, si escludono a vicenda<sup>22</sup>.

Una matrice aporetica è già inscritta nel cuore dell'origine della teoria internazionale. Ecco il peccato originale della dottrina internazionale, senza la cognizione del quale non si spiegherebbero le debolezze che affliggono l'impostazione tradizionale. La formalizzazione di argomenti contraddittori e quindi irrazionali da parte di tutti gli operatori e studiosi della disciplina sarebbe dovuta all'oscillazione incerta e senza termine fra questi due opposti che, vincolando il discorso sul diritto internazionale, lo rendono strutturalmente incoerente. I sostenitori dei “Nuovi approcci”, come in genere quelli dei *Critical Legal Studies*, mantengono ferma l'idea che l'incoerenza e l'irrazionalità dell'argomento internazionale siano frutto della provenienza liberale dei principi all'origine della disciplina, matrice imputabile anche all'applicazione dell'«*analogia domestica*» (“*domestic analogy*”), vero e proprio strumento di rappresentazione dell'ordine internazionale sulla falsariga della metafora individuale. L'inadeguatezza e l'insufficienza della spiegazione liberale della politica e del diritto internazionale discenderebbero così dalla stessa logica interna della teoria internazionale. Nascosta dietro un velo di ragionevolezza e coerenza, l'epistemologia liberale veicolerebbe un discorso sul potere (legittimandolo) incapace di risolvere razionalmente le controversie giuridiche. L'attacco al liberalismo segue perciò un “piano di battaglia” in quattro punti (o momenti logici):

- a) la logica del liberalismo nel diritto internazionale è internamente incoerente;
- b) il discorso della teoria internazionale è “costretto” in una struttura aporetica;

---

<sup>19</sup> L'articolo che puntualizza in maniera più chiara questo passaggio è D. Kennedy, *A New Stream of International Law Scholarship*, op. cit., pp. 17-26; altre indicazioni si trovano in M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, op. cit., pp. 83-98; va ricordato che uno dei pochi manuali di storia del diritto internazionale imposta il tema secondo la suddetta dicotomia. Si veda A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, 1954. Per una critica della vaghezza e dell'ambiguità del concetto di contraddizione utilizzato dai *CLS* si veda N. McCormick, *Reconstruction after Deconstruction*, “Oxford Journal of Legal Studies”, 1990, vol. 10, p. 522.

<sup>20</sup> Da un punto di vista storico, la matrice aporetica del principio di sovranità viene fatta risalire per *communis opinio* alla pace di Westfalia. Tuttavia, David Kennedy sostiene che la tensione interna alla teoria internazionale risalga ad un periodo ed ad una scuola di pensiero antecedente, in particolare alla filosofia della seconda scolastica; si veda D. Kennedy, *Primitive Legal Scholarship*, “Harvard International Law Journal”, 1986, vol. 27, pp. 1-98.

<sup>21</sup> D. Kennedy, *Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship*, “New England Law Review”, 1986, vol. 21, pp. 248-249.

<sup>22</sup> M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, op. cit., pp. 40-41.

- c) l'analisi liberale del diritto internazionale risulta pertanto incoerente ed indeterminata;
- d) essa consegna così ad una condizione di estrema fragilità il senso ultimo dell'autorità che fonda il diritto internazionale<sup>23</sup>.

L'importanza della posta in gioco non può certo sfuggire, soprattutto alla luce della conclusione raggiunta nel punto (d). Ne va infatti dello stesso statuto giuridico del diritto internazionale. Se i teorici dei "Nuovi approcci" avessero ragione si potrebbe dubitare della possibilità che il diritto internazionale sia qualcosa d'altro dalla maschera di copertura di un nichilismo assiologico collocato al centro della disciplina.

La concezione delle fonti del diritto internazionale, classico *locus* problematico della dottrina, rivelerebbe la duplicità anodina della matrice teorica liberale. In effetti, il pensiero liberale (l'utilizzo del singolare per riferirsi all'arcipelago liberale non è fuori luogo: mira a riprodurre il tropo stilistico con il quale i teorici dei *New Approches* descrivono la tradizione dominante) adotta solitamente due approcci per fondare l'obbligazione internazionale. Il primo, definito "consensualista", si richiama ad un'idea volontaristica del soggetto di diritto internazionale: si obbliga solamente chi ha prestato il proprio consenso. Kelsen, ad esempio, sul punto è sibillino: "toute cette théorie de sources n'est qu'une paraphrase de la théorie bien connue de l'autolimitation de l'Etat, suivant la quelle l'Etat ne pourrait être obligé que par sa propre volonté"<sup>24</sup>. Il secondo approccio dell'obbligazione internazionale fa perno su uno o più principi rinvenibili al di là del consenso degli interessati. *The Law of Peoples*<sup>25</sup> di Rawls costituisce un esempio di teoria liberale costruita secondo un processo di legittimazione che fa capo ad un elemento extraconsensuale. Solo chi rispetta determinati principi di giustizia accede allo status di soggetto di diritto internazionale legittimo. Coloro che invece non li osservano, rimangono al di fuori della legittimità e della legalità internazionale<sup>26</sup>. Si tratta, per spiegare in altri termini il conflitto fra i due atteggiamenti, di un'opposizione fra un'epistemologia del "a priori" ed una del "a posteriori" alle quali corrispondono, rispettivamente, una teoria normativista (oggettiva) ed una realista (soggettiva). La prima fa capo ad una logica dell'utopia, la seconda ad un'affermazione del "fatto

---

<sup>23</sup> N. Purvis, *Critic Legal Studies in Public International Law*, op. cit., p. 92. Sempre sul tema dei caratteri del diritto internazionale, si veda, per un giudizio simile, F. Viola, *Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica*, "Ragion Pratica", 2001, vol. 17, p. 70, dove dopo aver specificato che "Per chi assuma il modello dello Stato di diritto a paradigma fondamentale della giuridicità il diritto internazionale continua ad apparire come un diritto primitivo, accettabile solo nei limiti in cui mostri in qualche modo di muoversi verso forme giuridiche più progredite" alla nota 52 si legge "Queste caratteristiche offrono facilmente il fianco, fra le altre, alle critiche del movimento dei CLS, che ha messo in luce i tentativi di giustificarlo nell'ottica liberale. L'autorità internazionale si autogiustifica e le regole internazionali sono altamente indeterminate".

<sup>24</sup> H. Kelsen, *Les Rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, RCADI, 1926/IV, vol. 14, p. 285.

<sup>25</sup> J. Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge Mass., 1999; tr. it. *La legge dei popoli*, Milano, 2001.

<sup>26</sup> Oltre ai popoli "liberali" e "decenti", Rawls distingue, con un criterio normativo *a priori*, fra *out-law states*, *societies burdened by unfavorable conditions* e *benevolent absolutisms*; idem, pp. 62-64.

compiuto”. La parzialità delle idee che sottintendono la concezione temporale delle fonti del diritto internazionale mina la logicità stessa dell’argomentazione legale, rendendola lacunosa ed irrazionale.

I sostenitori dei *NAIL* hanno messo in luce l’oscillazione tipica di ciascun ragionamento costruito a partire da uno dei due orientamenti. La logica del consensualismo risulterebbe viziata *ab origine*: la creazione di una norma consensuale richiede l’esistenza di una norma non consensuale secondo la quale il consenso è l’elemento sufficiente e necessario per creare il diritto. Per dirla con Hart, le obbligazioni volontarie presuppongono l’esistenza di regole conferenti il potere. Il principio *pacta sunt servanda*, il quale stabilisce l’obbligatorietà del vincolo contratto per mezzo del consenso e quindi la normatività dei trattati, non ha una natura consensuale<sup>27</sup>. Un principio meta-soggettivo in grado di dotare di forza vincolante il diritto internazionale è sempre richiesto a partire da una prospettiva consensualista, a pena di lasciarne sospesa sul vuoto la validità.

La prospettiva non consensuale incontra, a sua volta, una speculare difficoltà. Le norme perentorie, considerate svincolate dal principio di legittimazione tramite il consenso delle parti, formano il nucleo conosciuto in dottrina come *Jus cogens*. La “cogenza” di tale insieme di norme risiederebbe nella capacità di vincolare i soggetti di diritto internazionale indipendentemente dal loro consenso. L’articolo 53 della convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati<sup>28</sup> indica il carattere non pacifico della forza normativa del *Ius Cogens*: una norma perentoria è “a norm accepted and recognized by the international community as a whole”. I sospetti principali sullo statuto puramente oggettivo del concetto di *jus cogens* si erano già concentrati sulla contiguità teoretica che quest’ultimo intrattiene con una certa moralità naturale. Virally, per esempio, ha notato che il concetto di *jus cogens* può essere solamente naturalista, sostenendo che esso pone un problema di identificazione perché “la supériorité intrinsèque de telle ou telle règle est, en effet, une affaire d’opinion, liée à une appréciation de l’échelle des valeurs morales et sociales”<sup>29</sup>. Come si vede si scivola verso una posizione soggettiva; il richiamo al riconoscimento della comunità internazionale “*as a whole*” ex art. 53 è indice di questo slittamento (a pena, inoltre, di violare il principio dell’eguaglianza fra sovrani<sup>30</sup>). La struttura argomentativa del concetto di *Jus cogens* si potrebbe riassumere in questo modo: norme imperative vincolano gli stati indipendentemente dal loro consenso ma il contenuto di queste norme viene determinato in virtù del consenso degli stessi soggetti. Consenso ed oggettività si presentano come ricomposti: la riconciliazione sarebbe tuttavia, secondo gli esponenti dei *New Approaches*,

---

<sup>27</sup> Sul legame fra consenso degli stati e legittimità del principio *pacta sunt servanda* si veda I. Lukashuk, *The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation Under International Law*, “American International Law Journal”, 1989, vol. 83, pp. 509-521.

<sup>28</sup> La circolarità implicita nella ratifica di un trattato che stabilisce la legge sui trattati è stata sottolineata da O. De Schutter, *Les Critical Legal Studies au pays du droit international public*, “Droit et Société”, 1992, vol. 22, p. 589.

<sup>29</sup> M. Virally, *Panorama du droit international contemporain; cours général de droit international public*, RCADI, 1983, vol. 183, p. 176.

<sup>30</sup> P. Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, “American International Law Journal”, 1983, vol. 77, pp. 426-427.



soltanto apparente. Anche se nella presentazione del ragionamento essi sembrano sintetizzati, si verificherà una rottura quando si tenterà di applicare una norma imperativa ad un soggetto non consenziente. In questo caso, uno Stato potrebbe eccepire che una norma non gli può essere opposta poiché egli non la ha mai riconosciuta come *Jus cogens*. Sarà a questo punto che il *dispute-solver* dovrà scegliere una delle due opzioni, oggettiva o soggettiva. In breve, o il consenso dello Stato è necessario o non lo è. Nella prima ipotesi, si perde il carattere distintivo del *Jus cogens* rispetto alle altre fonti del diritto internazionale (consuetudini e trattati). Nel secondo caso, o si ammette l'esistenza di una moralità naturale oppure si riconosce la validità della regola di maggioranza (violando così il principio di eguaglianza) per rendere valida una norma imperativa<sup>31</sup>. I tentativi di sintesi fra le due polarità dell'argomentazione, consapevoli o inconsapevoli che siano e comunque sempre pensati a partire dalla stessa ragione, sono destinati, in ultima istanza, a dichiarare la propria preferenza, svuotando così il significato dell'operazione di riconciliazione<sup>32</sup>.

### 3.2 La sovranità come elemento costitutivo della soggettività

La struttura ideologica della teoria internazionale si rivelerebbe nella costruzione del concetto di sovranità. La conoscenza moderna fa della sovranità il principio di organizzazione della nostra realtà politica così come quello della sua comprensione. Il principio di sovranità è un principio di identità e differenza: esso è contemporaneamente trascendentale ed empirico<sup>33</sup>. Da un lato, infatti, la sovranità stabilisce le condizioni trascendentali di possibilità dello Stato moderno come "soggetto", dicendo ciò che è lo Stato e ciò che non lo è, ma anche cosa lo Stato è e cosa non è. Come conseguenza, l'alterità rispetto allo Stato, da intendere qui principalmente come soggetto di diritto, diviene ciò che lo precede e lo segue, ovvero la guerra<sup>34</sup>. Dall'altro lato, la sovranità rende lo Stato suscettibile di una conoscenza empirica in quanto oggetto. Essa non solo stabilisce i limiti trascendentali della conoscenza politica ma ne costituisce gli oggetti: lo Stato moderno in quanto perno della teoria internazionale non emerge quindi come mero risultato di una riflessione trascendentale. In questa formalizzazione è contenuta già l'ambivalenza semantica immanente alla sovranità.

---

<sup>31</sup> Per una panoramica sulle posizioni si veda A. Gomez Robledo, *Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*, RCADI, 1981, vol. 172, pp. 70-104.

<sup>32</sup> De Schutter ha proposto come esempio di sintesi l'opera di De Vattel, in virtù della nozione di "*loi volontaire*", mostrandone allo stesso tempo il carattere contraddittorio. Un altro esempio di tentato superamento della dicotomia "sovrana" si trova in W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964.

<sup>33</sup> J. Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty*, op. cit., p. 189.

<sup>34</sup> Su questo punto è opportuno segnalare il corso di Foucault raccolto in *Bisogna difendere la società*, Milano, 1998, dove il pensatore francese mostra in quale modo guerra e statualità siano intrecciati. La nota sentenza di Clausewitz "La guerra è la continuazione della politica con altri mezzi" dovrebbe essere letta nel senso di una statalizzazione della guerra in epoca moderna. In questo senso non si darebbe in realtà guerra prima e dopo lo Stato ma solo nello Stato, in quanto contenitore di mediazione dei conflitti. Sul punto si veda, da ultimo, A. Pandolfi, *Foucault e la guerra*, "Filosofia Politica", 2002, n. 3, pp. 391 ss.

La logica del principio di sovranità si presenta quindi come terreno ideale per rappresentare la medaglia le cui due facce compongono l'argomento internazionale. La nozione ancipite di sovranità implica sia l'assenza di potere superiore (faccia interna) che l'eguaglianza delle identità sovrane (faccia esterna). Fondare la validità del diritto internazionale sui comportamenti degli stati sovrani appoggiandosi all'argomento del lato "interno" è possibile a partire dal presupposto che questa sovranità s'inserisce in un sistema che le conferisce legittimità e ne assicura il rispetto rendendola compatibile con le altre. L'argomento positivista deve presupporre dunque ciò che vuole negare: affinché il consenso degli stati sia vincolante deve essere preceduto da un sistema che gli permetta di significare qualcosa. *A contrario*, la legittimazione a partire dal lato esterno della sovranità implica il riferimento ad una serie di principi quasi "metafisici" in grado di rendere pensabile una comunità internazionale di soggetti di diritto. Percorrendo questa direzione si dimentica il ruolo dei comportamenti dei singoli soggetti nella formazione del diritto. I trattati e la consuetudine sono tuttora considerati dalla *communis opinio* fonti del diritto internazionale *par excellence*<sup>35</sup>. La spirale di contraddizioni nelle quali si avvita il ragionamento legale internazionale si genera a causa di questo paradosso originario; percorrere a ritroso la spirale cercando di snodarla non svelerà quale dei due lati dell'argomento è intrinsecamente superiore<sup>36</sup> ma condurrà solamente ad una regressione senza fine.

A causa della sua stessa essenza, nella sovranità tutto si tiene, ma a rischio dell'indistinzione<sup>37</sup> e della confusione. La possibilità di utilizzare il principio di sovranità come piattaforma mutevole permette di sostenere argomenti apparentemente contraddittori ricorrendo alla stessa legittimazione. In quanto tale essa può assumere la forma di un vuoto contenitore; la giustificazione dell'obbligazione legale internazionale secondo la sovranità non potrà che essere ricondotta, in ultima istanza, ad una decisione politica (ovvero arbitraria, secondo i *CLS*), inficiando la razionalità della decisione sui casi concreti.

Per mostrare in quali forme si svolge la critica dei *CLS* alla razionalità della giurisprudenza internazionale prendiamo in esame uno dei casi più citati nel quale si tratta esplicitamente di una questione legata alla sovranità. La decisione in questione è il *Lotus case* (1927), nel quale si stabilisce il principio per il quale "ciascuna sovranità può estendersi senza alcun limite salvo quello dell'altrui sovranità". La regola in questione traduce evidentemente la massima moderna per la quale "la libertà di ciascuno termina laddove inizia quella degli altri". Esso esprime d'altronde l'idea che la sovranità sia a fondamento del diritto internazionale così come la libertà individuale lo è dell'ordinamento statale. Nel caso qui citato si trattava di riconoscere l'eventuale possibilità per la Turchia di esercitare la propria giurisdizione sopra i battelli dell'*High Seas*. La Corte prese atto dell'assenza di regole sul punto in questione e, per evitare un *non liquet*, decise il caso sulla base del principio secondo il quale in assenza di specifiche regole la sovranità sta-

<sup>35</sup> O. De Schutter, *Les Critical Legal Studies au pays du droit international public*, op. cit., p. 588.

<sup>36</sup> La persistenza dei trattati e delle consuetudini quali fonti del diritto internazionale segnala semplicemente il successo del metodo positivista nella teoria legale internazionale.

<sup>37</sup> Per un'idea della sovranità in questi termini, ma a partire da un ragionamento differente, si veda G. Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, p. 37.

tale (e *a fortiori* la sua sfera legittima di azione) è illimitata. Vi sono altre pronunce che affermano questo principio: anche nel *Wimbledon Case* (1923) e nel *Free zone case* (1932), ad esempio, la *ratio decidendi* è la medesima. Concettualmente, queste sentenze mostrano in quale modo la sovranità possa essere utilizzata come strumento per argomentare secondo principi di giustizia fra loro opposti.

Il conflitto soggiacente alla tensione fra le due polarità dell'argomento internazionale viene sovente neutralizzato, secondo i teorici dei "Nuovi approcci", dalle cosiddette "strategie di evasione". Una fra le più note, già descritta negli studi dedicati dai *CLS* al diritto privato<sup>38</sup>, è la strategia del tacito consenso, per mezzo della quale si cerca di liberare dalla circolarità che lo avvolge il discorso legale internazionale. Il tacito consenso cerca di ricostruire una teoria dell'azione internazionale<sup>39</sup> componendo i due elementi fondamentali della volontà del soggetto agente e della pratica materiale (di fatto questi sono anche le componenti della consuetudine). Anche la figura del tacito consenso, tuttavia, rimanda ad una struttura oscillante fra una componente oggettiva ed una soggettiva. Pur ancorando ad un comportamento la ricostruzione della volontà del soggetto, la dottrina del tacito consenso non riesce ad evitare l'ambivalente oscillazione che contraddistingue il ragionamento legale internazionale. L'interpretazione dei comportamenti da esaminare avviene di solito secondo modalità sia consensuali che non consensuali: i comportamenti possono essere considerati come vincolanti o perché riflettono il consenso o perché riflettono principi di giustizia non consensuali. Secondo l'approccio soggettivo, i comportamenti passati potrebbero essere intesi come tacito consenso perché essi incorporano una credenza od una volontà soggettiva di essere vincolati; l'assunto che regge questa posizione considera il comportamento tenuto nel passato come una promessa per il futuro. Solo a partire da questa premessa si può comprendere l'idea di "leggere" nei comportamenti del passato il valore vincolante per il futuro di una norma. In breve, dedurre da un mero comportamento un consenso richiederebbe "un'ermeneutica dell'evidenza" di difficile esperibilità. Nella logica della sovranità l'alternativa è costituita dal criterio dell'aspetto interno. Come fare per riconoscerlo? Non si può certo ricorrere all'opinione del medesimo soggetto, a pena di ricadere nel puro consensualismo, così come non si può nemmeno pretendere che colui che giudica sia in grado di conoscere meglio del soggetto stesso la natura del suo consenso. La strada oggettiva considera invece i comportamenti passati come rilevanti non perché essi riflettano la volontà dei soggetti di diritto, bensì per il diritto di cui godono gli altri soggetti ad un'aspettativa di continuità di condotta rispetto a quella assunta. Per legittimare tale diritto vengono di solito invocati diversi principi: quello di non contraddizione, quello di buona fede, quello di giustizia, quello di reciprocità, quello di equità e così via. Si rimane comunque all'interno di una logica dicotomica nell'ambito della quale non si può trovare una soluzione corretta poiché *tertium non datur*. Le difficoltà persistenti che affliggono la teoria internazionale del-

<sup>38</sup> C. Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, "The Yale Law Journal", 1985, vol. 94, pp. 1039-1066.

<sup>39</sup> Sul punto si veda J. P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, 1972, pp. 29-37. Jacqué definisce l'atto giuridico in termini di *negotium* (contenuto psicologico dell'atto) e di *instrumentum* (il comportamento).

la sovranità mostrano la debolezza dell'obbligazione internazionale e, *a fortiori*, dell'autorità del diritto internazionale, favorendo l'opacità del discorso legale internazionale.

### 3.3 Un caso pratico: l'ammissione all'Assemblea ONU di un nuovo membro

Un esempio paradigmatico del funzionamento di questa logica “oscillante” ci viene fornito dal caso *Admission of a State to Membership in the Un (1948)*, riguardante l'interpretazione dell'articolo 4 della Carta ONU<sup>40</sup>. Il problema sorse con riferimento alle difficoltà inerenti l'accettazione di nuovi membri nell'organizzazione durante il periodo intercorso fra il 1946 e il 1947<sup>41</sup>. Il problema legale si concentrava sulla possibilità di uno Stato membro di votare l'accettazione di un nuovo Stato alla condizione che altri stati fossero ammessi simultaneamente. Nel novembre 1947, l'Assemblea Generale decideva di sottoporre la questione alla Corte Internazionale di Giustizia. La prima parte della controversia è quella che interessa maggiormente ai fini dell'argomento qui trattato: “Is a member of the Un which is called upon, in virtue of article 4 of the Charter, to pronounce itself by its vote, either in the Security Council or the General Assembly, on the admission of a State to membership in the UN, juridically entitled to make its consent to the admission dependent on conditions not expressly provided for by paragraph 1 of the said Article?”. Così recita il suddetto primo paragrafo: “Membership in the UN is open to all other peace-loving States which accept the obligations contained in the present Charter and, in the judgement of the organization, are able and willing to carry out those obligations”. Fin dall'inizio il problema sembra implicare un conflitto fra un approccio oggettivo ed uno soggettivo. Durante la discussione molti Stati sostennero che i criteri dell'articolo 4 non fossero sufficienti per risolvere la disputa, affermando che tutta la questione dell'ammissione dello Stato avesse una carica squisitamente politica. In un *pleading*, per esempio, si enfatizzava la libertà soggettiva dei membri la quale si manifestava chiaramente nella pratica quotidiana degli organi UN. Secondo questa posizione gli stati erano liberi di legare qualsiasi condizione volessero al loro voto positivo. Dall'altro lato, altri stati sostennero che le questioni sull'ammissione fossero interamente ed esaustivamente regolate dall'articolo 4 (tra gli altri, Cina, Guatemala, India, Canada, USA, Grecia, Belgio, Iraq, Australia). I membri non avevano alcun titolo per votare secondo criteri differenti da quelli menzionati in quell'articolo. Emerge così il nucleo centrale dello scontro: i fautori della posizione soggettivista rigettavano il principio di universalità e di esclusività del testo della Carta UN<sup>42</sup>, a differenza dei sostenitori dell'approccio oggettivo. Queste posizioni sono mutualmente esclusive: la decisione dovrebbe essere presa tra il ca-

<sup>40</sup> Esempio riportato in M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, op. cit., pp. 216 e ss.

<sup>41</sup> Si tratta di una fattispecie che richiama la categoria del riconoscimento, nozione ritenuta dagli esponenti dei “Nuovi approcci” di decisiva importanza nell'economia del diritto internazionale poiché mette in gioco la soggettività degli attori internazionali. Fra gli altri si veda D. Kennedy, *International Legal Structure*, op. cit., pp. 123-124.

<sup>42</sup> In realtà si riproduce qui lo schema oppositivo fra i sostenitori del modello di Westfalia e i sostenitori del modello della Carta dell'ONU.

rattere soggettivo della volontà o il carattere non consensuale del dispositivo dell'articolo 4. E quindi o la volontà precede il testo dell'articolo 4 oppure il testo di questo articolo precede la volontà dei membri.

Entrambe le posizioni sono, nella loro "purezza", problematiche: se la decisione sull'ammissione fosse un problema meramente politico, l'articolo 4 perderebbe il suo carattere normativo, rendendo un articolo della Carta UN completamente superfluo. Dall'altro lato, se i membri non potessero esprimere la loro posizione affermativa attraverso il voto, ma questo voto registrasse solamente la presenza di criteri preesistenti, ci troveremmo di fronte ad una "bizzarra interpretazione"<sup>43</sup> del concetto di voto. Il paragrafo 2 dell'articolo 4 recita che l'ammissione "will be effected" dal voto e sembra così assumere che la volontà del membro, come espressa per mezzo del voto, è costitutiva della "membership"<sup>44</sup>. Fondamentalmente, il rischio sarebbe quello di minare la libertà dei membri esistenti di decidere sulla natura ed il grado delle relazioni legali con altri stati: in virtù della semplice presenza dei criteri elencati dall'articolo 4, essi dovrebbero reputare gli altri stati come membri eguali dell'organizzazione.

La versione pura di ciascuna delle due concezioni, come si è detto, non è mai sufficiente per giustificare una posizione. Seguendo la griglia concettuale tratteggiata nel paragrafo precedente, risulta che entrambe le posizioni sono integrate con argomenti dell'opposto approccio. Ad esempio, l'iniziale visione "oggettiva" dell'esaustività dei criteri elencati dall'articolo 4 è accompagnata dagli argomenti soggettivi secondo i quali l'articolo in questione deve essere così interpretato perché questa sarebbe stata la volontà degli estensori della Carta e nel caso di adempimento alle condizioni previste uno Stato acquisisce un diritto positivo ad essere accettato come membro. In altre parole, ignorare l'esaustività delle previsioni dell'articolo 4 significherebbe violare la volontà soggettiva degli estensori della Carta e l'essenza soggettiva degli Stati applicanti. Analogamente, l'argomento originariamente "soggettivo" sul carattere politico e discrezionale della procedura d'ammissione viene supportato dagli argomenti "oggettivi" a proposito della natura degli organi politici e della decisione d'ammissione come dalla lettura dei lavori preparatori: questi argomenti resisterebbero contro ogni diritto soggettivo dell'applicante così come potrebbero risolvere qualsiasi contrasto fra le presenti volontà dei membri.

Per l'ovvia mancanza di conoscenza della reale volontà degli estensori della Carta, sono stati avanzati punti di vista tra loro contrastanti rispetto al tema discusso. Non è quindi possibile decidere su base meramente consensuale la completezza o non completezza delle previsioni dell'articolo 4. La volontà degli estensori deve essere costruita in riferimento al testo oppure ai comportamenti passati. Manca tuttavia la possibilità di riferirsi ad un comportamento passato poiché l'unico di cui si disporrebbe sarebbe la semplice accettazione dell'articolo 4. Si rimane quindi soli di fronte al testo, senza la possibilità di rifugiarsi in un'ermeneutica letterale poiché l'indeterminatezza del testo era proprio il punto da cui prendeva le mosse il ragionamento. La circolarità dell'argomentazione è tale per cui la ricerca di un'intenzione originale

---

<sup>43</sup> Per usare un'espressione contenuta in un *pleading*.

<sup>44</sup> Quest'opinione si riferisce chiaramente al *Lotus principle*.

si rivela tautologica: una soluzione, coerente e non contraddittoria, non potrà quindi essere trovata a partire da queste condizioni.

Nessuna delle giustificazioni delle parti potrà essere accolta autonomamente. Una decisione non può fondarsi sulla semplice preferenza di una prospettiva oggettiva o soggettiva poiché le due posizioni sono allo stesso tempo oggettive e soggettive. Non si può nemmeno ricorrere alle diverse giustificazioni soggettive o oggettive siccome dipendono da presupposti, da un lato, indimostrabili e dall'altro in grado di privilegiare la volontà o percezione di uno Stato rispetto ad un altro. Spetta quindi alla Corte il compito di costruire una soluzione indipendentemente dalle posizioni avanzate. Nel fare questo essa è legata alle stesse considerazioni che hanno ispirato i ricorsi contraddittori degli Stati. Per evitare l'obiezione di prendere una decisione arbitraria, la Corte adeguerà il proprio giudizio in modo tale da includere sia elementi oggettivi che elementi soggettivi.

In primo luogo, la Corte ha affermato il carattere vincolante dell'articolo 4. Il significato più evidente (l'espressione va presa *cum grano salis*) dell'articolo farebbe propendere per l'esaustività dei criteri ivi contenuti. Un membro "is not juridically entitled to make its consent to the admission dependent on conditions not expressly provided by paragraph 1"<sup>45</sup>. Inoltre "The political character of an organ cannot release it from the observance of the treaty provisions established by the Charter when they constitute limitations on its power or criteria for its judgment"<sup>46</sup>. Queste asserzioni sono chiaramente ispirate ad un approccio oggettivo. Esse implicano un'idea di ciò che è il significato della norma dibattuta. Ma questo approccio sembra violare in maniera inopportuna il principio del consenso soggettivo. Ecco che allora la Corte aggiunge passaggi ispirati all'approccio soggettivo per sostenere la propria decisione. Si legge allora che il testo è chiaro e non lascia adito a dubbi nel mostrare le "intenzioni degli autori"<sup>47</sup>. Se gli autori avessero voluto far sì che la lista dei criteri ex articolo 4 non fosse esaustiva, allora sarebbero ricorsi ad un linguaggio differente. Così facendo, la Corte ha giustificato soggettivamente la propria decisione, mostrando quella che essa considera come "l'effettiva" intenzione degli autori del testo.

Non è ancora, però, un argomento sufficiente ad eliminare i dubbi. Rimane aperta la questione della preferenza fra il (controverso) intento originario degli autori e la volontà dei membri presenti. Una siffatta posizione minaccia contemporaneamente l'eguaglianza fra i sovrani e il carattere di procedura di voto come espressione affermativa di volontà. Queste considerazioni sono state prese in conto dalla Corte nella sua ricostruzione del contenuto dei criteri nell'articolo 4. Le condizioni elencate sono "ampie ed elastiche" e lasciano ai membri presenti "a wide degree of appreciation"<sup>48</sup>. Non si dà conflitto per la Corte, in questo caso, fra politica e legge. Il contenuto di quest'ultima viene determinato dalla prima. Si è osservato che "if and when political considerations, considerations of expediency, existed... it is both possible and likely that the applicant would be excluded on

---

<sup>45</sup> ICJ, *Admission Case* (1948), Reports, p. 65.

<sup>46</sup> Idem, p. 64.

<sup>47</sup> Idem, p. 62.

<sup>48</sup> Idem, p. 63.

reasoned grounds arising from article 4 (1)<sup>49</sup>. Questa considerazione appare apologetica. Se il contenuto dell'obbligazione di uno Stato può essere determinato dallo Stato stesso la sua forza vincolante è in pratica illusoria. Questo renderebbe inoltre l'articolo 4 completamente superfluo e tradirebbe l'intento degli autori. Quindi la Corte ha esperito un ultimo tentativo per tornare ad una posizione oggettiva. La scelta politica soggiacente non è però completamente arbitraria: viene fatto un richiamo al dovere dei membri di interpretare i criteri dell'articolo 4 in *buona fede*. Nonostante l'ultimo richiamo, il carattere antinomico ed indeterminato di una tale soluzione sembra palese. Nessuna regola, nessuna soluzione emerge: la decisione non riesce a sciogliere il groviglio concettuale. I membri delle Nazioni Unite sarebbero vincolati dall'articolo 4 ma quali siano questi criteri e in che cosa consistano spetta ai membri stessi deciderlo. La volontà del membro UN viene limitata dal ricorso alla buona fede ma il contenuto di questo principio viene lasciato vago ed indeterminato. Ogni argomento che provasse a dare sostanza al "principio di buona fede" si ritroverà a doversi confrontare con il seguente dilemma: esiste una concezione naturale della buona fede (nel senso di un contenuto predeterminato e stabile) o il principio di buona fede viene in pratica determinato di volta in volta dalla volontà degli Stati? L'articolo 4 potrebbe contenere un implicito riferimento al principio della buona fede ma, per contro, la buona fede contiene un implicito riferimento ai criteri previsti dall'articolo 4. Si ripresenta di nuovo la circolarità del ragionamento legale internazionale. Per esempio ho potuto mettere in luce con quali modalità si sviluppa la critica dei "Nuovi approcci" alla giurisprudenza internazionale<sup>50</sup>: si è mostrato come si sia riprodotta la logica alternante fra oggettivo (normativo) e soggettivo (realistico) e quali conseguenze sulle decisioni giudiziali questo ragionamento antinomico comporti. La Corte ha affermato, anzitutto, che le considerazioni di carattere oggettivo sono decisive e superano quelle legate alla volontà sovrana. Ma poi ha ricostruito queste considerazioni declinandole in senso soggettivo (d'altronde, secondo il canone critico dei *New Approaches* non avrebbe potuto fare altrimenti), a partire dal riferimento alle intenzioni degli autori. Questo riferimento determina il senso del testo in oggetto. A sua volta l'intento originale degli autori viene ricostruito a partire dal significato letterale del testo. Ovviamente, il senso letterale è per lo meno ambiguo ed elusivo; viene fatto concreto dall'uso da parte dei membri del loro "wide degree of appreciation". Il significato del testo viene deferito alla (soggettiva) volontà dei membri UN. A sua volta, la volontà dei membri non è libera, è vincolata dal principio di buona fede, il quale, come già sottolineato, dipende dal significato delle disposizioni dell'Articolo 4 e dalle interpretazioni-decisioni prese dai membri. Come si vede, gli argomenti oggettivi si riferiscono sempre, in ultima istanza, a quelli soggettivi e viceversa. Non c'è riconciliazione; semmai si tratta di una sorta di "cattiva" circolarità ermeneutica. Ogni posizione (sia quella delle parti che quella della Corte) si dissolve in un

<sup>49</sup> M. Stuart Klooz, *The Role of the General Assembly of the United Nations in the Admission of Members*, "American Journal of International Law", 1949, vol. 43, p. 261.

<sup>50</sup> Per un'analisi critica svolta secondo questa griglia concettuale della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo si veda O. De Schutter, *Les Critical Legal Studies au pays du droit international public*, op. cit., pp. 602-604.

infinito ciclo di richiami fra approccio oggettivo e approccio soggettivo, dissolvendo in tal modo qualsiasi pretesa di determinatezza e certezza della fattispecie.

#### 4. Conclusioni.

L'esame del ragionamento sottostante alle decisioni della Corte Internazionale di Giustizia, di cui ho mostrato un'analisi applicata ad una pronuncia, evidenzia i limiti del diritto internazionale interpretato secondo la chiave di lettura fornita dalla contraddizione fondamentale. La forza decostruttiva della *pars destruens* dei "Nuovi Approcci" può produrre effetti di disorientamento: la sensazione che si prova è di trovarsi di fronte ad un edificio pericolante. Ad una lettura rapida si potrebbe anche pensare che i "Nuovi Approcci" siano semplicemente desiderosi di portare l'annuncio della "Morte del diritto". In una prospettiva postmoderna è in effetti usuale porsi come liquidatori della propria disciplina, sancendone la fine perlomeno nelle forme fino a quel momento conosciute. Sviluppando in maniera radicale la logica moderna secondo le sue potenzialità i "Nuovi Approcci" propongono l'ultimo resoconto moderno della teoria internazionale, ne scrivono l'ultimo "testo" modernista<sup>51</sup>.

In realtà la funzione critica svolta dai teorici dei *New Approaches* non pretende di esaurirsi nella produzione di una *tabula rasa* quale esito dell'adozione di un'epistemologia critica sotto la quale si cela una posizione nichilista nel rapporto fra diritto e politica. Come si è già detto, l'esistenza del diritto internazionale non viene negata. Si procede invece ad uno "smascheramento" della logica pseudo-universalista del discorso legale internazionale secondo le linee di un programma che si può definire, nei suoi tratti essenziali, "grammatologico"<sup>52</sup>. In altri termini, la logica binaria che presiede alla formazione del discorso legale internazionale si istituisce attraverso l'opposizione fra due polarità, delle quali una rappresenta solitamente il lato positivo e diventa il polo dominante. In tal modo il diritto internazionale si fa strumento di giustificazione di un ordine politico internazionale. L'approccio critico contesta in quanto apologetica, in particolare, la rappresentazione della disciplina gius-internazionale come ricerca empirica del consenso degli Stati come fondamento delle norme internazionali. Da un punto di vista fenomenologico, il linguaggio giuridico internazionale deve essere inteso, sulla scorta di quanto si è appena detto, come un sottosistema del complessivo discorso della teoria liberale. L'astrazione e l'indeterminatezza immanenti al discorso liberale sono per definizione incapaci di produrre una teoria in grado di guidare in maniera non arbitraria le decisioni. In un universo concettuale liberale il diritto internazionale "collassa" inevitabilmente in discorso ideologico a tutela di una determinata politica delle relazioni internazionali, poiché nessun sistema neutrale può esistere nel mon-

---

<sup>51</sup> Una delle critiche che si muovono vicendevolmente gli autori dei "Nuovi Approcci" è di porsi come gli ultimi modernisti, ossia ancora interamente compresi nella tradizione che si intende criticare. Sul punto si vedano le critiche di Kennedy a Koskenniemi in D. Kennedy, *From Apology to Utopia* (Book Review), "Harvard International Law Journal", 1990, vol. 31, pp. 385-391.

<sup>52</sup> Ovviamente il riferimento va a J. Derrida, *De la grammatologie*, Paris, 1967; trad. it. *Della grammatologia*, Milano, 1998.



do sovrano-centrico del valore soggettivo. Il superamento dell'universalismo liberale avviene per mezzo della riduzione del liberalismo stesso a tradizione, cedendo così il passo ad una teoria "pluriversa"<sup>53</sup>. Qui possiamo identificare il luogo teorico sul quale si edifica la *pars construens* dei "Nuovi Approcci". In una rappresentazione fortemente "relativizzata" e "post-quineana" dell'ordine internazionale il ruolo dell'"*international lawyer*" si rivitalizza e diviene più che mai cruciale nell'economia di una nuova teoria. Nella proposta di Carty, la funzione del gius-internazionalista consiste nel facilitare il dialogo e la comprensione fra soggetti diversi sviluppando un lavoro di traduzione legale<sup>54</sup>. Dovere del giurista è acquisire le competenze necessarie per impegnarsi in un inesauribile e non necessariamente fruttuoso lavoro per rendere possibili le interazioni fra diverse tradizioni. Koskenniemi attribuisce invece al giurista internazionale la qualità di *social agent*: la reciproca interdipendenza fra teoria e pratica reclamata dall'autore finlandese porta alla rivalutazione del ruolo del teorico anche nella realtà giuridica quotidiana. Di qui l'invito ad una nuova "coscienza" giuridica e sociale, teleologicamente orientata, del teorico del diritto internazionale<sup>55</sup>. La strada che conduce al superamento del diritto internazionale moderno passa necessariamente attraverso il ripensamento della formazione e della funzione del giurista: Koskenniemi produce la sua propria utopia consistente nel "re-establishing the identity of international law by re-establishing that of the international lawyer as a social agent"<sup>56</sup>.

Alla luce di quanto qui esposto conviene, per concludere, soffermarsi a titolo meramente indicativo su alcuni possibili limiti della filosofia dei "Nuovi Approcci". La "debolezza" normativa, perlomeno se confrontata alle teorie moderne della normatività, e l'assenza di un discorso sull'etica del diritto internazionale sono il comune denominatore che contraddistingue le proposte dei *New Approaches*. Il criticismo fornisce un metodo efficace attraverso il quale esplorare un oggetto/disciplina: tuttavia, separando la propria concezione critica dell'ordine internazionale da una visione affermativa dello stesso, rischia di degenerare in cinismo nella misura in cui non riesce a colmare il *gap* fra teoria e azione<sup>57</sup>. L'incapacità di rendere conto della legittimità e del fondamento ultimo dell'ordine giuridico internazionale nonché di proporsi come strumento contro le ingiustizie internazionali è un problema che non riguarda solamente la teoria moderna. D'altronde, il dilemma è già di ordine epistemologico: il metodo critico adottato dai *New Approaches* sembra riprodurre, ad un altro livello, un ragionamento attorno al discorso legale internazionale che ripropone esattamente ciò che voleva superare, ovvero un dispositivo concettuale formato da un nuovo dualismo nella forma dell'opposizione fra un elemento oggettivo (moderno) ed uno critico (postmoderno), in grado di rendere arbitraria ed irrazionale la giustificazione dell'autorità del

<sup>53</sup> Per una distinzione fra due liberalismi, dei quali uno antipluralista, si veda recentemente G. Simpson, *Two Liberalisms*, "European International Law Journal", 2001, vol. 12, pp. 607-631.

<sup>54</sup> A. Carty, *Recent Trends in the Theory of International Law*, "European International Law Journal" 1991, vol. 2, pp. 66-96. È opportuno notare, brevemente, che l'idea sostenuta da Carty implica l'ascesa del diritto all'autodeterminazione a principio fondamentale dell'ordine internazionale.

<sup>55</sup> M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, op. cit., pp. 480 ss.

<sup>56</sup> M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, op. cit., p. 490.

<sup>57</sup> N. Purvis, *Critical Legal Studies in Public International Law*, op. cit., p. 126.

diritto internazionale. E nessuna delle due opzioni appartenenti al dispositivo pare essere in grado di rappresentare autonomamente ed in modo adeguato la “vita” giuridica internazionale. Spetterà, forse, ad una nuova corrente di letteratura giuridica internazionale trovare una via per riformulare il discorso legale internazionale al fine di superare l'*impasse*.