

UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E SCIENZE
POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

**La visione dell'ordine legale internazionale
nella riflessione filosofico-giuridica
di Martti Koskenniemi**

Relatore:
Chiar.mo Prof. Paolo Heritier

Candidato:
Alessandro Calogero Calabrò

ANNO ACCADEMICO 2025/2026

Indice

0 Introduzione	1
0.1 La domanda	1
0.2 Che cosa si intende per ordine legale internazionale	3
0.3 Che cosa si intende per multipolarismo	5
0.4 Perché Koskenniemi	6
0.5 Metodo e delimitazione	8
0.6 Struttura della tesi	12
Capitolo I. Evoluzione storica del diritto internazionale e nascita del problema multipolare.....	14
1.1 Universalità giuridica e configurazioni del potere: il problema storiografico ...	14
1.2 Il diritto pubblico europeo e la sua pretesa universale, 1815-1914	18
1.3 1919-1945: crisi dell'ordine europeo, Versailles, Norimberga.....	21
1.4 1945-1989: Nazioni Unite, decolonizzazione e universalità contesa	24
1.5 Dall'unipolarismo alla transizione multipolare: nascita del problema.....	29
Capitolo II. Universalità, sovranità e pluralismo: coordinate filosofico-giuridiche.....	34
2.1 Universalità e particolarismo come problema giuridico, non come opzione filosofica.....	34
2.2 Kant: pace, federazione e diritto cosmopolitico	36
2.3 Kelsen: unità dell'ordinamento, primato del diritto internazionale e suoi limiti	39
2.4 Pluralismo e universalismo istituzionale: perché il problema non si chiude	46
2.5 Dalle teorie normative alla critica del linguaggio: premesse per Koskenniemi.	51
Capitolo III. La struttura dell'argomentazione internazionalistica in Martti Koskenniemi	54
3.1 Martti Koskenniemi: percorso, opere e criterio di lettura	54
3.2 Contesto, metodo e obiettivo di *From Apology to Utopia*	58
3.3 La critica dell'oggettività nel diritto internazionale	61

3.4 Apologia e utopia come poli dell'argomentazione giuridica.....	65
3.5 Concretezza, normatività e la dottrina liberale della politica.....	70
3.6 Indeterminatezza e operazioni interpretative.....	77
3.7 Il ruolo del giurista internazionale.....	82
3.8 Portata e limiti della critica koskenniemiiana.....	87
Capitolo IV. Koskenniemi e la politica del diritto internazionale.....	94
4.1 Dall'indeterminatezza alla politica del diritto internazionale.....	94
4.2 Il diritto internazionale come linguaggio professionale.....	97
4.3 Universalismo, egemonia e progetto politico.....	102
4.4 *The Gentle Civilizer of Nations*: sovranità, civiltà e impero.....	108
4.5 Sovranità, politico e neutralizzazione tecnica: Schmitt nella ricostruzione di Koskenniemi.....	113
4.6 Formalismo, cultura giuridica e responsabilità del giurista.....	119
4.7 Governance, mutamento delle fonti e separazione dei poteri.....	127
4.8 Critica, emancipazione e uso del vocabolario universalistico.....	132
Capitolo V. L'ordine internazionale multipolare alla luce di Koskenniemi.....	138
5.1 Il multipolarismo come problema per il linguaggio del diritto internazionale.....	138
5.2 Universalità giuridica, interessi particolari ed egemonia.....	142
5.3 Istituzioni, expertise e managerialismo.....	148
5.4 Frammentazione, regimi speciali e conflitto fra vocabolari normativi.....	155
5.5 BRICS+ come caso di studio circoscritto, incluse le istituzioni finanziarie....	167
5.6 Apologia e utopia nelle rivendicazioni di un ordine post-occidentale.....	175
5.7 Il diritto internazionale è strutturalmente in grado di reggere il multipolarismo?	179
6 Conclusioni.....	185
Bibliografia.....	196
Documenti e atti istituzionali.....	203
Giurisprudenza.....	206

Fonti normative	208
Ringraziamenti	211

0 Introduzione

Quando due Stati in conflitto invocano il diritto internazionale, di norma non ne invocano due diversi. Citano gli stessi trattati, gli stessi principi, spesso le stesse decisioni, e ne traggono conclusioni opposte. L'uno sostiene che l'intervento armato viola il divieto dell'uso della forza, l'altro che rientra nella legittima difesa; l'uno che l'autodeterminazione fonda la secessione, l'altro che l'integrità territoriale la esclude. Nessuno dei due nega la norma. Entrambi la adoperano.

Questa circostanza, che la pratica del diritto internazionale mostra con regolarità, non è un difetto occasionale del sistema né il sintomo di una sua crisi recente. Martti Koskenniemi ne ha fatto il punto di partenza di un'analisi che descrive l'argomentazione giuridica internazionale come strutturalmente esposta a due obiezioni simmetriche: quella di limitarsi a giustificare gli assetti di potere esistenti, e quella di appellarsi a principi privi di riscontro nella condotta degli Stati.¹ Il giurista che cerca di sottrarsi alla prima si espone alla seconda, e viceversa.

Il problema che questa tesi affronta nasce da qui, ma non si esaurisce nella descrizione di un meccanismo argomentativo. Se il diritto internazionale funziona come un vocabolario nel quale posizioni contrapposte restano traducibili l'una nell'altra, allora la sua tenuta dipende da una condizione che di solito resta implicita: che i partecipanti continuino a riconoscere quel vocabolario come proprio. Finché ciò accade, il disaccordo resta giuridico. Quando smette di accadere, il disaccordo diventa un'altra cosa.

0.1 La domanda

La domanda di questa ricerca è se, e a quali condizioni, il diritto internazionale possa conservare capacità ordinante in un contesto caratterizzato da una pluralità di centri di potere capaci di sostenere ciascuno un proprio progetto di ordine.

Posta così, la domanda ha una forma più antica del diritto internazionale: riguarda il luogo da cui un ordine si lascia dire. Nella ricostruzione di Koskenniemi la coscienza liberale non trova un ordine oggettivo, ne proietta uno «costantemente relativo al proprio luogo di proiezione, lo Stato», e quel luogo nasce quando, dissolta l'autorità del Papa e dell'Imperatore, qualcosa come una *suprema potestas* viene proiettato sul monarca nazionale. La sovranità di

¹ M. Koskenniemi, «The Politics of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 1, n. 1, 1990, pp. 4-32, in particolare pp. 4-6, dove l'autore descrive quella che chiama *the flight from politics*, il tentativo del diritto internazionale di sottrarsi alla politica e il suo fallimento ricorrente.

Bodin non è constatata ma ricavata da un argomento logico: in una comunità può esservi un solo luogo di autorità suprema, e in quanto supremo non può essere condiviso né diviso. Che più centri possano concorrere a dire che cosa il diritto comune significhi mette in questione quella premessa: l'inferenza è di questa tesi.²

Conviene dire subito che cosa non si sta chiedendo. Non si discute se il diritto internazionale esista: la questione, che ha una storia lunga e che questa tesi non ripercorre, non è quella affrontata qui, e la risposta negativa non è presupposta né cercata. Non si chiede neppure se il diritto internazionale sia «in crisi», formula che descrive uno stato d'animo della dottrina più che una condizione dell'ordinamento, e che, a chi scrive, pare aver perso a forza di ripetizione ogni capacità informativa. Non si tratta infine di prevedere quale assetto geopolitico prevarrà: è una domanda legittima, ma appartiene ad altre discipline e con altri strumenti.

La domanda è più circoscritta e, proprio per questo, verificabile. Riguarda le condizioni alle quali un linguaggio normativo che si pretende universale continua a funzionare come tale quando chi lo parla non condivide più né gli interessi né i fini.

Si potrebbe obiettare che una domanda così posta non sia giuridica ma politica, e che di trasformazioni degli equilibri internazionali debbano occuparsi altre discipline. L'obiezione coglie un rischio reale, ma non l'oggetto. Chiedersi quali Stati siano più forti è questione politica; chiedersi se il vincolo giuridico continui a operare quando la forza si distribuisce diversamente è questione che riguarda le condizioni di funzionamento dell'ordinamento, e che i giuristi non possono delegare senza rinunciare a comprendere il proprio oggetto. La distinzione è sottile ma praticabile, e questa tesi cerca di mantenerla: dei rapporti di potere si occupa soltanto nella misura in cui incidono sull'uso del vocabolario giuridico, mai per formulare diagnosi o previsioni sul loro andamento.

La tradizione che concentra la decisione in un luogo unico non risponde però alla domanda sull'ordine fra i luoghi. Koskenniemi ne registra il punto di frattura: per Bodin sussisteva ancora fra gli Stati un diritto naturale residuo, per Hobbes non ve n'è alcuno. Da quella premessa scettica discende, e non la precede, l'uguaglianza sovrana: negazione del diritto naturale, indipendenza e uguaglianza «si presuppongono a vicenda», sicché nessuna cade da

² M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, riedizione con nuovo Epilogo, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, edizione alla quale rinviano tutte le citazioni del volume del 1989, pp. 74, 77 e 78 (trad. mia). Alla p. 74: «Instead of an objective, pre-existing order, liberal consciousness created a projected order, constantly relative to its place of projection, the State»; alla p. 77: «The dissolution of the Pope's and the Emperor's authority was accompanied by a metamorphosis of the feudal community into the State where something like a *suprema potestas* was projected on the national monarch»; alla p. 78, su Jean Bodin: «His political authority – sovereignty – arose from a logical argument: in a community, there could be only one place of supreme authority. As it was supreme, it could not be shared nor divided». Di J. Bodin, *Six livres de la République*, si riferisce per il tramite di Koskenniemi.

sola.³ Chiedersi se il diritto internazionale conservi capacità ordinante è chiedersi che cosa accada a quella solidarietà logica: questione di teoria del diritto. Quella concentrazione non è d'altra parte l'unica risposta possibile: accanto alla tradizione continentale della sovranità, cioè di un legislatore onnipotente, sta quella del *rule of law*, e adoperare la coppia per la domanda qui posta è operazione di questa tesi.⁴

0.2 Che cosa si intende per ordine legale internazionale

L'espressione ricorre in almeno tre accezioni, e la scelta fra esse non è neutrale rispetto alla risposta.

Nella prima, l'ordine legale internazionale è l'insieme delle norme formalmente valide: trattati in vigore, consuetudini accertate, principi generali. In questa accezione la domanda della tesi avrebbe risposta rapida e poco interessante. Le norme restano valide finché non sono abrogate o sostituite, e nessuna trasformazione degli equilibri di potere le priva di per sé di validità.

Nella seconda, l'ordine è l'assetto istituzionale che di quelle norme cura l'applicazione: le Nazioni Unite, le corti internazionali, le organizzazioni tecniche e finanziarie. Qui la domanda diventa più interessante, ma rischia di trasformarsi in una valutazione dell'efficienza di determinate istituzioni, che è cosa diversa dalla capacità ordinante del diritto.

Vi è però una ragione ulteriore per non identificare l'ordine con le istituzioni che lo amministrano. Quel che l'estetica giuridica chiama «il luogo da cui procederebbe socialmente la forza legittimante una struttura di potere, suscettibile di essere occupata da figure sempre diverse» ha conosciuto occupanti successivi: impero, papato, Stato, la multinazionale, successione che quella lettura riconosce come apporto specifico di Pierre Legendre e legge come superamento della «tradizionale lettura schmittiana del "centro di riferimento" proprio di ogni secolo».⁵ Se il luogo permane e gli occupanti si succedono, identificare l'ordine con i suoi

³ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., pp. 90 e 93-94 (trad. mia). Alla p. 90: «For Bodin there existed a residually controlling natural law among States. For Hobbes there can be none»; alle pp. 93-94 l'uguaglianza sovrana è detta «not a premise but a consequence of the more fundamental assumption about the non-existence of a pre-existing hierarchy of values»; alla p. 94: «The three ideas – denial of natural law, independence, equality – all presume each other. If one were to show itself untenable, the other two would lose their foundation». Di T. Hobbes, *Leviathan*, si riferisce per il tramite di Koskenniemi.

⁴ M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 22: «mentre il Continente aveva ereditato dal diritto romano la tradizione della sovranità, ossia di un legislatore onnipotente, nel mondo di *common law* si era affermata la differente tradizione del *rule of law* [...] e, appunto, del *constitutionalism*».

⁵ P. Heritier, «Democrazie liberali o società post-totalitarie? Per un ripensamento della nozione di libertà», in *Biblioteca della libertà*, n. 196 online, 2009, pp. 1-18, p. 5: «il luogo da cui procederebbe socialmente la forza legittimante una struttura di potere, suscettibile di essere occupata da figure sempre diverse, è lo spazio della

amministratori attuali scambia l'occupante per il luogo, e lascia privi di strumenti proprio quando l'occupante cambia. Trasporre quell'osservazione al piano dell'ordine fra Stati è operazione di questa tesi.

La tesi adotta perciò una terza accezione, che comprende le prime due senza risolversi in esse: l'ordine legale internazionale è la pratica argomentativa condivisa attraverso la quale pretese contrapposte vengono formulate, contestate e giustificate in termini giuridici. Le norme valide ne sono il materiale, le istituzioni la sede principale ma non esclusiva; ciò che le tiene insieme è la disponibilità dei partecipanti a servirsene per motivare le proprie posizioni davanti agli altri.

La scelta si giustifica per la domanda che si vuole affrontare. Se si vuole sapere se il diritto internazionale «regge», e non semplicemente se esiste sulla carta o se un'istituzione funziona, il livello pertinente è quello in cui il diritto viene effettivamente usato. Koskeniemi individua questo livello nel duplice requisito che ogni argomentazione giuridica internazionale deve soddisfare: essere concreta, cioè riconducibile alla volontà e alla condotta effettiva degli Stati, e insieme normativa, cioè capace di vincolarli anche quando non vogliono.⁶ È un requisito che descrive un'attività, non un catalogo di norme.

Un riscontro viene da fuori del diritto internazionale. La teoria costituzionale registra da tempo la metamorfosi dello Stato legislativo, nazionale e legicentrico, in Stato costituzionale, retto da una fonte superiore e «sempre più integrato nelle comunità europee, internazionale e globale»; e chi descrive quella traiettoria colloca lo Stato internazionale fra gli stadi possibili, non fra i realizzati.⁷ Sono proposizioni di storia costituzionale, e trasferirle alle fonti del diritto

rappresentazione iconico-mitica del suo fondamento, sempre traducibile in immagini-emblema capaci di influire sulla sfera del singolo individuo». La successione delle immagini fondatrici è alla p. 8, e non è proposizione di Heritier: egli la riconosce come l'apporto specifico di Pierre Legendre, di cui riferisce, scrivendo che l'ultimo capitolo di quella successione «non pertiene più tanto al giuridico-politico (come precedentemente lo erano l'impero, il papato, lo stato) ma all'economico-tecnologico (la multinazionale)»; suo è il giudizio che l'apporto superi «anche la tradizionale lettura schmittiana del "centro di riferimento" proprio di ogni secolo».

⁶ M. Koskeniemi, «The Politics of International Law», cit., pp. 7-8. La sezione, intitolata *The Content of the Rule of Law: Concreteness and Normativity*, è dedicata al duplice requisito. Alla p. 8 l'autore scrive: «The dynamics of international legal argument are provided by the constant effort of lawyers to show that their law is either concrete or normative and their becoming thus vulnerable to the charge that such law is in fact political because apologist or Utopian» (trad. mia: le dinamiche dell'argomentazione giuridica internazionale sono date dallo sforzo costante dei giuristi di mostrare che il loro diritto è concreto oppure normativo, e dal loro divenire perciò vulnerabili all'accusa che tale diritto sia in realtà politico, in quanto apologetico o utopico).

⁷ M. Barberis, «Le futur passé de la séparation des pouvoirs», in *Pouvoirs*, n. 143, 2012, pp. 5-15, p. 12 (trad. mia): «les derniers cinquante ans, en particulier, ont vu la métamorphose de l'État législatif (*Gesetzesstaat* en allemand), national, démocratique et légicentrique, en État constitutionnel (*Verfassungsstaat*), non seulement régi par cette source supérieure qu'est la Constitution, mais de plus en plus intégré dans les communautés européennes, internationale et globale». Cfr. M. Barberis, *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Giappichelli, Torino, 2022, p. XI, dove l'evoluzione del diritto è detta passare «per tre stadi, stadi o Stati reali, giurisdizionale, legislativo, e costituzionale, e uno possibile, lo Stato internazionale».

internazionale è operazione di questa tesi; ma se si sposta il luogo in cui le norme si producono, identificare l'ordine con l'elenco delle norme formalmente valide misura ciò che è più facile contare, non ciò che si vuole sapere.

Adottare questa accezione non significa scartare le altre due, ma disporle su piani distinti. Un ordinamento può conservare norme formalmente valide mentre le sue istituzioni si paralizzano; può avere istituzioni funzionanti che nessuno riconosce come legittime; e può mantenere l'una e l'altra cosa mentre il vocabolario con cui le pretese vengono giustificate si spezza in idiomi non comunicanti. Sono situazioni diverse, che una risposta unica confonderebbe. La tesi le tiene separate su cinque piani (validità, effettività, legittimità, capacità istituzionale, capacità argomentativa) e alle conclusioni è affidato il compito di dire su quali il diritto internazionale regga e su quali no. L'ultimo di questi piani è quello su cui la lettura di Koskenniemi ha più da dire, ed è la ragione per cui è stato scelto come asse.

0.3 Che cosa si intende per multipolarismo

Il termine circola con significati eterogenei, e nella pubblicistica designa spesso una tesi implicita sull'esito di trasformazioni in corso. Qui è usato in senso operativo e ristretto.

Per multipolarismo si intende la condizione nella quale più centri di potere sono in grado di sostenere, ciascuno, una propria interpretazione del diritto internazionale, e di ottenere che altri la trattino come un'interpretazione da discutere anziché da ignorare. Non è la mera esistenza di più potenze: è la loro capacità di partecipare alla produzione del significato delle norme comuni.

Una definizione così costruita sembra eludere la domanda decisiva: non chi partecipi, ma chi decida. L'obiezione ha una formulazione classica, che Koskenniemi riferisce da Carl Schmitt: sovrano è «colui che decide sull'eccezione», e per il diritto internazionale «la questione rilevante è sempre, in concreto, chi debba decidere che cosa in questo caso sia diritto, che cosa conti come pace, che cosa sia una minaccia o una turbativa della pace...».⁸ La definizione qui adottata non elude quella domanda: la assume, e ne sposta il riscontro dalla forza al

⁸ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 428 e 429 (trad. mia). Alla p. 428 sovrano è «he who decides on the exception»; alla p. 429: «in concreto the relevant question is always who shall decide what in this case is law, what counts as peace, what is a threat or disturbance of peace, with what means it shall be restored, when a situation has become normal or "peaceful" and so on». Le due proposizioni sono di Carl Schmitt, citate in Koskenniemi alle pagine indicate, che per esse rinvia a *Political Theology*: ogni proposizione schmittiana passa qui per la sua ricostruzione.

riconoscimento, perché chiede chi venga trattato come interprete, non chi sia più forte. Dello stesso Schmitt il capitolo IV esamina una pagina in cui la questione dei poli si fa giuridica.⁹

La definizione appena proposta comporta due conseguenze. La prima è che gli indicatori materiali della distribuzione del potere (prodotto interno lordo, spesa militare, quote del commercio mondiale) non sono assunti come indicatori di multipolarismo giuridico. Sono dati sulla capacità di agire, non sulla capacità di argomentare, e il passaggio dai primi alla seconda non è automatico: è proprio ciò che la tesi deve verificare. Dedurre conseguenze giuridiche dalla sola distribuzione della potenza materiale è l'errore che Koskenniemi imputa alle letture apologetiche del diritto internazionale.

La seconda conseguenza è che il multipolarismo, così definito, non è di per sé una minaccia per il diritto internazionale. Una pluralità di interpreti è la condizione ordinaria di ogni ordinamento esteso, e in linea di principio arricchisce il vocabolario invece di dissolverlo. Il problema sorge quando le interpretazioni divergenti smettono di essere reciprocamente traducibili: quando cioè le parti non usano più lo stesso vocabolario in modo diverso, ma vocabolari diversi.

Un fenomeno affine viene spesso confuso con questa condizione. La frammentazione del diritto internazionale (la moltiplicazione di regimi speciali dotati di principi, organi e criteri interpretativi propri) è un fenomeno di origine diversa, che non dipende dalla distribuzione del potere fra Stati: nasce dalla specializzazione funzionale, e i suoi conflitti si producono anche fra istituzioni che nessuno considera antagoniste. Il multipolarismo qui definito è cosa diversa: riguarda la pluralità dei soggetti che rivendicano il diritto di dire che cosa il diritto comune significhi. I due fenomeni possono sovrapporsi e tenerli distinti serve a non attribuire alla competizione fra potenze effetti che discendono dall'organizzazione tecnica degli ordinamenti settoriali.

0.4 Perché Koskenniemi

La scelta di un asse interpretativo va giustificata, perché comporta di vedere alcune cose e di non vederne altre.

⁹ *Ivi*, pp. 419-420, dove sono esposte le tre alternative che Schmitt formulava nel 1955, fra le quali «una struttura di divisione territoriale fra un numero limitato di grandi blocchi (*Grossräume*) che si riconoscessero reciprocamente ed escludessero l'intervento esterno» (trad. mia). La parola «multipolare» non compare in quelle pagine, e descrivere in tali termini la terza alternativa è lettura di questa tesi: si veda *infra*, cap. IV, § 4.5, dove il passo è riportato per esteso e le cautele sono ripetute. La fonte del rinvio è C. Schmitt, «Der neue Nomos der Erde» (1955).

L'opera di Koskenniemi offre uno strumento che questa ricerca non ha trovato altrove: una descrizione di come l'argomentazione giuridica internazionale è costruita, indipendente dalla posizione che si voglia sostenere. Il suo saggio del 1990 formula in poche pagine ciò che il libro del 1989 dimostra estesamente: che il giurista internazionale è costretto a muoversi fra due poli, e che ciascuna delle strategie disponibili per sottrarsi all'uno lo consegna all'altro.¹⁰ La tesi assume questa descrizione come strumento di analisi, non come verdetto sul diritto internazionale.

La scelta si comprende meglio per differenza. Un'analisi condotta con gli strumenti del positivismo giuridico avrebbe potuto accertare quali norme siano in vigore e quali obblighi ne discendano, ma avrebbe risposto alla domanda sulla validità, che qui non è in discussione: nessuna delle parti in conflitto sostiene che i trattati che invoca siano invalidi. Un'analisi realista avrebbe potuto mostrare come le posizioni giuridiche seguano gli interessi degli Stati, ma avrebbe dovuto spiegare perché quegli Stati continuino a sostenere spese, tempo e reputazione per argomentare in termini giuridici anziché limitarsi a agire. L'approccio di Koskenniemi ha il vantaggio di prendere sul serio entrambe le circostanze: che il diritto non determini l'esito, e che ciononostante nessuno rinunci a servirsene. È esattamente la situazione che il multipolarismo rende visibile.

Vi è una ragione ulteriore, che riguarda il rapporto fra le idee e il potere. Una ricerca sul multipolarismo non può eluderlo, e il modo più comune di trattarlo consiste nel contrapporre i due termini, come se le idee operassero su un piano e la forza su un altro.

Koskenniemi respinge la contrapposizione: non esiste potere che non si vesta di idee sul bene, sul giusto e sull'utile, e non esistono idee libere di fluttuare in attesa che qualcuno le raccolga, ma soltanto idee trasmesse attraverso istituzioni e attraverso attori che in quelle istituzioni occupano una posizione.¹¹ Descrivere un vocabolario giuridico non è dunque un

¹⁰ M. Koskenniemi, «The Politics of International Law», cit., p. 12, dove l'esposizione alle due obiezioni è riferita alle dottrine moderne, e p. 22, dove il medesimo meccanismo è mostrato sull'argomento consensualistico: ogni tentativo di fondare il vincolo sul consenso deve spiegarsi in termini interamente consensuali o interamente non consensuali, e in entrambi i casi ricade sotto una delle due obiezioni. Sul rapporto fra il saggio del 1990 e l'opera maggiore si veda il capitolo III, § 3.2: il saggio ne espone l'argomento in forma programmatica e non ne sostituisce la lettura. Di *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., il capitolo IV adopera l'introduzione, pp. 1-10, il capitolo 2, pp. 98-178, le sezioni conclusive del capitolo 6, pp. 480-509, e l'epilogo, pp. 510-517; per Lauterpacht si rinvia a Id., «Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 8, n. 2, 1997, pp. 215-263.

¹¹ M. Koskenniemi, «International Law as Therapy: Reading *The Health of Nations*», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 2, 2005, pp. 329-341, p. 341: «There is no power that would not dress itself in ideas about the good, the right, the useful and so on. [...] And there are no free-floating ideas waiting to be grasped by influence, only ideas transmitted through and calling for realization through institutions and actors well positioned in such institutions» (trad. mia). Alla medesima pagina: «The battle is not between power and ideas but between *ideas and ideas*, between *power and power*».

modo di aggirare la questione del potere: è il modo in cui il potere diventa osservabile a un giurista che non voglia limitarsi a registrarne gli effetti.

Quel rifiuto ha lasciato traccia nel lessico. L'autore dichiara di preferire la parola *sensibilità* a quella di *idee*, perché la fluidità del termine consente di connotare insieme chiusura e apertura e di comprendere la fede politica, l'immagine di sé e della società e i vincoli strutturali entro cui i professionisti del diritto internazionale vivono e lavorano; e avverte di avere attenuato di proposito la coppia apologia-utopia, non di averla abbandonata.¹² Che la scelta lessicale sia la forma metodologica di quel rifiuto è lettura di questa tesi; ne discende che i due libri vanno letti con attenzione diversa, e lo strumento resta la descrizione dell'argomentazione.

Occorre precisare che cosa questo strumento non consente di fare. Non consente di stabilire quale delle interpretazioni in conflitto sia corretta: la descrizione dell'oscillazione non è un criterio di decisione. Non consente di prevedere quali posizioni prevarranno, perché non è una teoria del potere. E non autorizza a concludere che il diritto internazionale sia indifferente rispetto agli esiti, conclusione che Koskenniemi ha respinto ed è comunque estranea al suo argomento. Una lettura che ne ricavasse un invito a disfarsi del vocabolario giuridico ne fraintenderebbe la funzione.

Vi è infine una ragione di ordine metodologico. Applicare a un problema contemporaneo uno strumento elaborato per descrivere l'argomentazione giuridica in generale espone a un rischio preciso, quello di trovare conferme ovunque. Se ogni rivendicazione può essere descritta come apologetica o utopica, la descrizione perde valore informativo. La tesi cercherà quindi di indicare, per ciascuna applicazione, che cosa la coppia illumina e che cosa lascia in ombra.

0.5 Metodo e delimitazione

Il metodo è la lettura ravvicinata di un numero limitato di testi, seguita dalla loro applicazione a un problema circoscritto. Non si tratta di una rassegna della filosofia del diritto internazionale né di una ricostruzione storica dell'opera di Koskenniemi. Ai capitoli III e IV è affidata l'analisi dei testi; il capitolo V ne verifica la portata su un caso determinato.

¹² M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., pp. 2 e 5 (trad. mia). Alla p. 2: «If instead of "ideas," the essays choose to speak of "sensitivity," this is because the fluidity of the latter enables connoting closure and openness at the same time [...] but also involves broader aspects of the political faith, image of self and society, as well as the structural constraints within which international law professionals live and work»; alla p. 5: «For the play of apology and utopia is of course effective in the writings of the lawyers I discuss below [...]. But I have consciously tried to downplay that aspect of their work». *Sensitivity* si rende qui «sensibilità», mai «mentalità», che traduce *mindset*, né «cultura», che l'autore scarta alla p. 2.

Lettura ravvicinata significa tenere insieme due cose che l'esposizione tende a separare: che cosa un testo afferma e come lo afferma. È il criterio che Koskenniemi adopera quando legge gli altri. Discutendo il secondo libro di Philip Allott dichiara di volerne accostare forma e contenuto per rispondere a una sola domanda, quanto quel libro sia davvero rivoluzionario, e osserva che quanto più si distoglie lo sguardo dalla forma della scrittura tanto più si impongono domande sul messaggio e sulle sue conseguenze politiche e istituzionali per il lavoro del giurista.¹³

Trascurare la forma significa attribuire a un testo una forza persuasiva che non viene dalle sue premesse, e contarla fra i suoi argomenti quando essa appartiene al modo in cui il testo si fa accettare.

Lo stesso sguardo può rivolgersi a un genere anziché a un singolo libro. Del corso generale dell'Accademia dell'Aia Koskenniemi scrive che ripetizioni e generalità vi svolgono una funzione precisa: il corso agisce come ricreazione rituale del diritto internazionale in quanto tutto coerente, separato dalla politica e dalla diplomazia, e inizia gruppi successivi di studenti agli impegni storici, sociologici ed etici, e alla lingua, che sostengono la credibilità delle carriere che potranno essere loro offerte.¹⁴ L'osservazione non riguarda le dottrine esposte, ma ciò che l'esposizione fa a chi la ascolta.

Alla stessa pagina l'autore ne trae una conseguenza che questa tesi adopera. La persistenza stessa del corso generale, malgrado le inquietudini alla moda sulla specializzazione e sulla frammentazione, gli appare la prova più concreta dell'esistenza di un corpo coerente di diritto e di pratica.¹⁵ Che una pratica continui a essere esercitata dice qualcosa sulle condizioni

¹³ M. Koskenniemi, «International Law as Therapy», cit., p. 329: «In this brief contribution I would like to discuss Philip's second major book, the justly award-winning *The Health of Nations*, especially by juxtaposing its form and its content and with the view to elucidating this one question: How revolutionary is it?»; e, poche righe sopra, alla stessa pagina: «The more one could look away from the form of Philip's writing, the more another set of questions set in – namely questions about what really was its message and, above all, its political implications, including political and institutional consequences for the work of the international lawyer» (trad. mia). L'autore discusso è Philip Allott, *The Health of Nations. Society and Law beyond the State*, 2002, volume noto qui per il tramite della recensione di Koskenniemi e adoperato come materiale su cui egli esercita la propria lettura.

¹⁴ M. Koskenniemi, «Repetition as Reform: Georges Abi-Saab, *Cours général de droit international public*», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 405-411, p. 406: «Yet repetition and generalities have a role to play in the manner in which the general course acts as a ritual recreation of international law as a coherent whole, separate from politics, diplomacy and the rest of the legal world, initiating successive groups of law students into the historical, sociological and ethical commitments (and language) that sustain the credibility of the careers that may later be offered to them in the field of the public management of international affairs» (trad. mia).

¹⁵ *Ibidem*: «In a sense, the persistence of a 'general course' — despite all the fashionable *Angst* about specialization, fragmentation and tribalism — remains the most concrete proof of (or is perhaps identical with) the existence of a coherent body of law and practice that still provides that 'view from nowhere' that the rest of modernity lost somewhere during the previous *fin-de-siècle*» (trad. mia).

che essa presuppone, e lo dice anche quando nessun atto vincolante ne discende. È il criterio con cui il capitolo V legge documenti che non producono obblighi.

La scelta di un numero ristretto di testi discende dalla stessa considerazione. Una rassegna della letteratura avrebbe dovuto poggiare su sintesi, e il genere in cui la teoria si riduce a poche generalità collocate nelle prime pagine, dal rapporto non sempre chiaro con ciò che segue, è proprio quello che Koskenniemi registra con diffidenza.¹⁶ Leggere per intero un numero limitato di saggi permette di verificare che cosa un'affermazione faccia nel testo in cui compare, e non soltanto che cosa dica. Ne discende una delimitazione dell'oggetto, che conviene enunciare subito: la ricerca non formula affermazioni sull'insieme della letteratura internazionalistica, e ciò che sostiene riguarda i testi che analizza.

Una cosa diversa le somiglia da vicino, e la somiglianza è abbastanza forte da rendere necessaria una precisazione. Non è un'analisi realista. Il realismo giuridico aveva già mostrato, e Koskenniemi ne riconosce il debito, che nozioni come sovranità, fonti e forza vincolante sono deboli e malleabili, e che lo sono soprattutto quando vengono invocate per spiegare la natura del diritto internazionale; ma la prospettiva esterna che esso adotta accresce la consapevolezza di sé e affina la capacità critica senza rispondere alle domande interne sul diritto valido.¹⁷

La differenza non è di sfumatura. Una ricerca che si limitasse a mostrare come gli Stati adoperino il diritto per i propri fini resterebbe fuori dall'ordinamento che pretende di descrivere, e non potrebbe dire nulla sulla sua capacità ordinante. Qui la descrizione è condotta dall'interno, sul modo in cui gli argomenti vengono costruiti da chi li costruisce.

Ne discendono due esclusioni ulteriori. La tesi non spiega gli esiti con la volontà degli Stati e non li spiega con dati empirici sul loro comportamento: attraversare il realismo, osserva Koskenniemi, significa imparare che né il volontarismo né l'empirismo si reggono, e che la competenza giuridica conserva qualcosa di irriducibile alla psicologia e alla sociologia.¹⁸

È anche la ragione per cui l'obiezione da cui questa introduzione è partita, che la domanda sia politica e non giuridica, non è risolutiva. Per afferrare quei problemi serve teoria giuridica, e ne serve più di quanta ne offrano la scienza politica, la sociologia o lo studio delle

¹⁶ M. Koskenniemi, «Repetition as Reform», cit., pp. 405-406: «Often theory is reduced into a few generalities in the first pages of the published course which seek a reconciliation between naturalist, sociological and formalist approaches, generalities whose relationship to the rest of the course — the exposition of valid norms — is not always clear» (trad. mia). Il periodo è a cavallo fra le due pagine: si apre a p. 405 e si chiude a p. 406.

¹⁷ M. Koskenniemi, «Introduction: Alf Ross and Life Beyond Realism», in *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 4, 2003, pp. 653-659, p. 655. Le due affermazioni riferite nel testo sono entrambe a questa pagina: «"Sovereignty", "legal sources" and "binding force", among others, are weak and malleable»; «The external perspective offered by realism may increase self-awareness and sharpen critical ability. But it does not provide responses to "internal" questions about valid law» (trad. mia).

¹⁸ *Ivi*, p. 657.

relazioni internazionali, discipline che tendono a presupporre una nozione molto rudimentale di diritto internazionale.¹⁹

La teoria giuridica utile qui non è soltanto quella del diritto internazionale. Al problema di rendere imputabile un potere la tradizione ha dato una risposta, la separazione dei poteri, che è «una dottrina, non un fatto o una teoria scientifica»: chi oggi la ricostruisce la vede spostarsi su una costellazione di poteri pubblici e privati che partecipano alla *governance* internazionale, e osserva che l'integrazione degli ordinamenti è stata favorita meno dai poteri politici che dal dialogo trasversale delle corti.²⁰ Di quella dottrina la tesi trattiene la domanda, quale potere bilanci quale altro, non l'architettura: l'analogia domestica è ciò che la tradizione da cui si muove ha smontato, e il capitolo IV lo mostra.

Resta da dire come le categorie di Koskenniemi vengano applicate a materiali che non sono i suoi. Il criterio l'ha indicato lui stesso, replicando a chi gli rimproverava di descrivere un diritto senza storia: invocare la sovranità nel 1873, nel 1919, nel 1965 o nel 2006 sono atti completamente diversi, perché di un termine giuridico non si accerta un significato proprio, ma ciò che con esso si intende sostenere o contrastare nel momento in cui viene pronunciato.²¹ Il capitolo V procede così: non chiede se le dichiarazioni esaminate contengano il concetto corretto di diritto internazionale, ma quali pretese vengano avanzate adoperandolo e contro quali altre.

Restano fuori dal perimetro alcune questioni che il tema evoca. La prima è la teoria normativa della giustizia globale, che pure ha prodotto una letteratura vasta e che sarebbe stato agevole richiamare. La ragione dell'esclusione non è di merito ma di pertinenza: quella letteratura si chiede quali principi debbano governare i rapporti fra popoli, mentre qui ci si chiede come funzioni un vocabolario normativo che già esiste e che gli Stati adoperano indipendentemente da ciò che si ritiene giusto. Sono due domande legittime e distinte, e trattarle insieme produrrebbe un lavoro che ne affronta due a metà anziché una per intero. Dove un

¹⁹ *Ivi*, p. 655.

²⁰ M. Barberis, «Le futur passé de la séparation des pouvoirs», cit., pp. 5, 13 e 13-14 (trad. mia). Alla p. 5: «il s'agit bien d'une doctrine, non d'un fait ou d'une théorie scientifique»; alla p. 13: «cette constellation de pouvoirs publics et privés qui participent à la gouvernance administrative, communautaire ou internationale»; e a cavallo fra le pp. 13 e 14: «l'intégration des systèmes juridiques a été favorisée moins par les pouvoirs politiques, sujets à un contrôle plus étroit de la part des opinions publiques nationales, que par ce qu'on appelle parfois le dialogue transversal des cours». Il saggio tratta di funzioni costituzionali e non sostiene alcunché sul diritto internazionale come ordinamento; che dalla separazione dei poteri si trattenga la domanda e non l'architettura è conclusione di questa tesi, svolta *infra*, cap. IV, § 4.7, e cap. V, § 5.3.

²¹ M. Koskenniemi, «A Response», in *German Law Journal*, vol. 7, n. 12, 2006, pp. 1103-1108, p. 1106. Il passo è la replica dell'autore all'obiezione secondo cui *From Apology to Utopia* descriverebbe un diritto internazionale immobile.

riferimento a quella letteratura serva a chiarire per contrasto la domanda posta, sarà fatto in forma breve e funzionale.

Una seconda esclusione riguarda il registro. Questa tesi non propone rimedi e non misura il presente su un esito auspicato. Come funzioni l'operazione contraria si vede là dove Koskenniemi ricostruisce il modo in cui una dottrina autorevole dispone la storia: le origini del diritto internazionale sarebbero universali, l'egemonia dei concetti europei un episodio sopravvenuto, e il diritto della cooperazione ristabilirebbe l'universalità perduta, sicché lo spirito progressivo della storia rassicura sul realismo di riporre fiducia nel diritto internazionale.²² Uno schema di questo tipo, applicato al multipolarismo, darebbe una tesi già scritta prima di essere verificata.

Restano parimenti fuori le previsioni sull'evoluzione degli equilibri internazionali, per la ragione già detta. E si evita di qualificare come ordinamento giuridico autonomo qualunque raggruppamento di Stati che non lo sia in base ai propri atti istitutivi: è una conclusione da dimostrare, non un presupposto da cui muovere. Il caso di studio del capitolo V serve a mettere alla prova le categorie: se ne escano confermate o smentite è ciò che quel capitolo deve stabilire.

0.6 Struttura della tesi

Il capitolo I ricostruisce il rapporto fra la pretesa di universalità del diritto internazionale e le successive configurazioni dell'egemonia, dal diritto pubblico europeo alla transizione in corso. Non è una cronologia: serve a mostrare che la tensione oggi attribuita al multipolarismo accompagna il diritto internazionale da quando esiste, e che ciò che cambia è la forma in cui si presenta.

Il capitolo II fissa le coordinate concettuali del problema attraverso due autori, Kant e Kelsen, che hanno formulato in modo diverso l'aspirazione a un ordine giuridico universale, e ne individua i limiti. Conduce alla tensione fra normatività e concretezza che il capitolo successivo analizza.

Il capitolo III è dedicato alla struttura dell'argomentazione internazionalistica quale Koskenniemi la ricostruisce, con particolare attenzione alla coppia apologia-utopia, alla nozione di indeterminatezza e alle sue conseguenze sul ruolo del giurista.

²² M. Koskenniemi, «Repetition as Reform», cit., p. 408: «The origins of international law were universal (at 51). The hegemony of European concepts such as statehood and colonialism was the result of a later development (the 'classical law'). But now the emerging law of cooperation will bring a 'qualitative change' (at 93) and re-establish the universality that was temporarily lost. History's progressive spirit reassures of the realism of putting one's faith in international law» (trad. mia). Il passo espone la costruzione storiografica di Georges Abi-Saab, non una posizione dell'autore; l'uso che la tesi ne fa, come esempio di uno schema da evitare, è proprio.

Il capitolo IV segue lo sviluppo successivo di quella critica: il diritto internazionale come linguaggio di una professione, il rapporto fra universalismo ed egemonia, la questione del formalismo e della responsabilità di chi quel linguaggio adopera. Vi ricevono trattazione distesa le due questioni qui soltanto annunciate: il § 4.5, sulla sovranità come luogo della decisione e sulla neutralizzazione tecnica del politico in Schmitt, ricostruito da Koskenniemi; il § 4.7, sulla *governance*, sul mutamento delle fonti e sulla separazione dei poteri.

I due capitoli hanno una funzione che l'elenco non lascia vedere. Il terzo mostra come l'argomentazione è costruita; il quarto verifica se la critica di quella costruzione conduca a disfarsene. La risposta che i testi consentono è negativa: già nel 1998 Koskenniemi scriveva che era tempo di passare dalla critica del formalismo alla critica del post-formalismo, e di mostrare, insieme ai nonni formalisti, come un diritto deformalizzato equivalga a un sistema di dominio burocratico che non c'è ragione di voler rendere universale.²³ È la ragione per cui la tesi tratta quella critica come uno strumento di analisi e non come una liquidazione del suo oggetto.

Il capitolo V applica queste categorie al problema iniziale, assumendo come caso di studio circoscritto il raggruppamento BRICS+, esaminato sugli atti istitutivi, sugli organi e sulla prassi documentata, e non sulle sue rappresentazioni pubblicistiche. La domanda iniziale vi ritorna al § 5.7, che raccoglie l'esito dell'analisi e prepara la distinzione dei piani.

Al caso di studio il capitolo pone una domanda che Koskenniemi aveva rivolto a un autore: se ciò che si presenta come sfida non sia piuttosto la prosecuzione di una tradizione che ha sempre cercato modi nuovi di fondare un diritto universale.²⁴ Trasferita da un libro a un raggruppamento di Stati, la domanda diventa verificabile sugli atti, perché si risolve in una ricognizione delle forme adoperate e di quelle lasciate da parte.

Le conclusioni rispondono alla domanda iniziale distinguendo i piani sui quali la risposta può essere data: validità, effettività, legittimità, capacità istituzionale e capacità argomentativa. La distinzione serve a evitare un esito binario, che sarebbe in ogni caso inesatto: un ordinamento può reggere su un piano e cedere su un altro, e stabilire su quale ceda è più utile che stabilire se «regga» in generale.

²³ M. Koskenniemi, «Repetition as Reform», cit., p. 411: «It is time to switch from the critique of formalism to a critique of post-formalism and to show (once again, with our formalist grandfathers) how deformalized law equals a system of bureaucratic rule that we have little reason to seek to make universal» (trad. mia). Sul rapporto fra formalismo e deformalizzazione si veda infra, cap. IV, § 4.6.

²⁴ M. Koskenniemi, «International Law as Therapy», cit., p. 340: «Philip is not really a challenger but a continuer of a tradition that always sought new ways to articulate the basis for a universal law» (trad. mia).

Capitolo I. Evoluzione storica del diritto internazionale e nascita del problema multipolare

1.1 Universalità giuridica e configurazioni del potere: il problema storiografico

Tre modi di scrivere la storia del diritto internazionale sono stati messi a confronto, e nessuno regge la propria promessa: la periodizzazione per epoche egemoniche fa coincidere la forza con il diritto; la storia globale non dispone di una scala che non sia già eurocentrica; la critica anti-eurocentrica denuncia l'universalismo continuando ad avvalersene. Di qui la tesi storiografica del capitolo, per cui l'universalità è una forma prima che un'estensione e va scritta come storia delle soglie di ammissione.

Che il diritto internazionale sia universale può voler dire due cose incompatibili: che si applichi a tutti gli Stati, e che le sue norme siano astratte, formali e ricavabili da una ragione comune. La prima è una proprietà dell'estensione, la seconda della forma. La storiografia della disciplina le ha per lo più trattate come se la prima fosse il compimento naturale della seconda.

Il diritto internazionale classico nasce fra il Cinquecento e il Settecento dentro la scuola giusnaturalista europea e viene poi imposto al resto del mondo fra Ottocento e primo Novecento; prodotto diretto di una visione regionale, fu però concepito dai suoi fondatori come composto di norme astratte, neutre e universalmente applicabili a tutti gli Stati, quali che fossero le loro culture giuridiche. Emmanuelle Jouannet chiama paradosso costitutivo questa coincidenza, e ne trae una conseguenza da prendere alla lettera: il diritto internazionale non può sottrarvisi senza cessare di esistere come tale.²⁵

Il carattere formale e astratto rappresentò insieme la maggiore forza della disciplina e ciò che permise di dissimulare le ambizioni di dominio degli Stati europei. Va però letto anche nell'altro senso: se fu il colonialismo a estendere il modello, è precisamente grazie a quell'astrazione che il diritto internazionale europeo ha potuto sostenersi fino a oggi, rendendo possibile la coesistenza fra entità politiche molto diverse per obiettivi, valori e concezioni del proprio bene comune.²⁶

²⁵ E. Jouannet, «Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?», in *European Journal of International Law*, vol. 18, n. 3, 2007, pp. 379-407, p. 380 per la genesi giusnaturalista del modello, e p. 379 per l'enunciazione del paradosso: «international law has, since its beginnings, contained a paradox; an inherent paradox that in large degree explains the link between international law and imperial or hegemonic practices» (trad. mia: il diritto internazionale contiene fin dai suoi inizi un paradosso inerente, che spiega in larga misura il legame fra diritto internazionale e pratiche imperiali o egemoniche).

²⁶ *Ivi*, p. 382 sulla funzione dissimulativa del carattere formale, e p. 385 sulla sua funzione di condizione della coesistenza.

Su questa vicenda si contrappongono tre storiografie, e la scelta fra esse non è neutrale: ciascuna decide in anticipo che cosa conti come mutamento e che cosa come permanenza.

La prima periodizza la vicenda per potenza egemone. Nella ricostruzione che ne dà Bardo Fassbender, l'assunto è che in ogni momento esista una sola potenza la quale, superati i rivali, determina il carattere e la forma politica dell'epoca, compreso il suo ordinamento internazionale: quanto più forte la posizione di guida, tanto più quella potenza imprime il proprio volto spirituale all'età e fa prevalere le proprie idee.²⁷

Contro quell'assunto Fassbender oppone una critica che non nega i fatti ma inverte la domanda: si sarebbe potuta scrivere la stessa storia dal punto di vista contrario, chiedendosi quali regole siano rimaste invariate anche contro l'interesse della potenza dominante. Una periodizzazione per epoche egemoniche, aggiunge, alimenta la convinzione che la forza faccia il diritto e che l'autonomia dell'ordinamento internazionale sia un'illusione.²⁸

La seconda storiografia, quella della storia globale, va introdotta con una precisazione cronologica, perché il ritardo con cui essa è arrivata ne spiega buona parte delle difficoltà. La svolta globale della storiografia generale è degli anni Novanta, quando un'esperienza effettiva di interdipendenza politica, economica e culturale spostò l'accento su trasferimenti, reti, connessioni e traduzioni; la storia del diritto internazionale è rimasta indietro, e i protagonisti della storia globale non hanno mostrato dal canto loro molto interesse per il diritto, né come concetto normativo né come pratica materiale.²⁹

Il ritardo si accompagna a un'aporia che riguarda lo strumento. Gli approcci postcoloniali e subalterni, che pure hanno allargato il campo dell'indagine esplorando le periferie, hanno contestato e spesso respinto la nozione stessa di «globale»; sicché i concetti di globale e di moderno, annota Alexandra Kemmerer, sono lame a doppio taglio quando si tratti

²⁷ B. Fassbender, «Stories of War and Peace. On Writing the History of International Law in the "Third Reich" and After», in *European Journal of International Law*, vol. 13, n. 2, 2002, pp. 479-512, p. 505, dove l'autore traduce e commenta il passo di W.G. Grewe, *The Epochs of International Law*, p. 23, citato qui per il suo tramite. Del medesimo autore si veda il saggio del 1982 sul passaggio dal diritto internazionale europeo a quello universale.

²⁸ *Ivi*, pp. 509-510.

²⁹ A. Kemmerer, «Towards a Global History of International Law? Editor's Note», in *European Journal of International Law*, vol. 25, n. 1, 2014, pp. 287-295, p. 287: «As usual, international law comes in late. It was already in the golden years of new world orders and geopolitical shifts after the end of the Cold War that historiography began its global turn. [...] An actual experience of political, economic and cultural interconnectedness put historiographical emphasis on transfers, networks, connections and cooperation, on transformation and translation. [...] The field of the history of international law, however, has lagged behind. [...] The protagonists of the blooming field of global history (or world history, or transnational history), in turn, did not show much interest in the law, be it as a normative concept or a material practice» (trad. mia). Il contributo è la nota introduttiva al simposio critico sull'*Oxford Handbook of the History of International Law* del quale fanno parte anche il saggio di Martineau e la replica dei curatori.

di comprendere il mondo.³⁰ Chi denuncia l'eurocentrismo deve dunque scegliere fra una scala mondiale che riproduce l'universalismo contestato e una scala locale che rinuncia a nominarlo.

Di qui le domande che il simposio dedicato all'*Oxford Handbook* rivolge ai curatori prima ancora che ai risultati: se di un campo vivo e mutevole come la storia del diritto internazionale, con le sue controversie disciplinari irrisolte, possa darsi un resoconto autorevole; quanto globale una simile storia possa essere; e se «storia globale» non designi piuttosto una prospettiva, un approccio, invece di un oggetto.³¹ Se vale l'ultima ipotesi, la scelta della scala è già una scelta di merito.

L'esito è controverso quanto il programma. Anne-Charlotte Martineau ha contestato all'*Oxford Handbook of the History of International Law* l'ambizione dichiarata dai curatori di offrire una «prospettiva multipolare»: presentare su un piede di parità storie confliggenti appiattisce le differenze, riduce i progetti politici a merci e rende invisibile la politica di chi compone il quadro. La conclusione è meno demolitoria di quanto sembri: il diritto internazionale come progetto europeo di universalizzazione è la nostra gabbia di ferro, e se non si può pensare fuori di essa, si può però provincializzare l'Europa e rinnovare quel pensiero a partire dai margini.³²

Nella replica dei curatori il vizio dell'obiezione viene nominato. Anne Peters e Bardo Fassbender la definiscono un argomento che ammazza la discussione: poggia sulla premessa che l'assetto mentale dell'osservatore sia immutabile, e la premessa è a sua volta essenzialista. Nello stesso testo compare la formula che questa tesi adotta: la tensione fra l'aspirazione universale del diritto internazionale e il particolarismo della sua produzione, interpretazione e attuazione è esattamente ciò che lo caratterizza.³³ Quel che per una parte è un difetto da superare, per l'altra è una struttura da descrivere.

³⁰ *Ivi*, p. 287: «And post-colonial and subaltern critical approaches in law and history, while widening the scope of inquiry and exploring peripheries, have challenged and often rejected the very notion of the "global". In short, the concepts of "global" and "modern" are indeed two-edged swords when it comes to understanding the world» (trad. mia).

³¹ *Ivi*, p. 288: «But how could there possibly be something like an "authoritative account" of a lively and ever-changing field such as the history of international law, with all its unsettled disciplinary controversies? How "global" could such a history be? And is "global history" not merely a label for a perspective, an approach?» (trad. mia).

³² A.-C. Martineau, «Overcoming Eurocentrism? Global History and the Oxford Handbook of the History of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 25, n. 1, 2014, pp. 329-336, p. 330 per la critica della «prospettiva multipolare» e p. 335 per l'immagine della gabbia di ferro. Il volume recensito è B. Fassbender, A. Peters (a cura di), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, che figura qui come oggetto della recensione.

³³ A. Peters, B. Fassbender, «Prospects and Limits of a Global History of International Law: A Brief Rejoinder», in *European Journal of International Law*, vol. 25, n. 1, 2014, pp. 337-341, p. 338 («this reproach, we think, is a "killer-argument"»), trad. mia) e p. 340 per la formula sulla tensione fra aspirazione universale e particolarismo della produzione normativa.

Che l'obiezione non fosse isolata risulta dall'economia del simposio, e senza questo dato la replica dei curatori parrebbe rivolta a una voce sola. I cinque contributi raccolti, tre di giuristi internazionalisti e due di storici con competenza rispettivamente sulla Russia e sull'Egitto, muovono tutti dall'intenzione dichiarata di superare l'eurocentrismo e si mostrano tutti scettici sul fatto che non si tratti di un gesto simbolico, ravvisando nel volume tracce eurocentriche ancora forti.³⁴

Kemmerer aggiunge un rilievo che riguarda la disciplina prima che il volume. Il campo della storia del diritto internazionale e delle sue istituzioni resta suddiviso in compartimenti disciplinari e sub-disciplinari ordinati, con i giuristi che parlano appena con gli storici, con i teorici della politica o con gli antropologi, e viceversa.³⁵ Il rilievo riguarda anche queste pagine, che si servono di storici e di giuristi senza poter verificare fino in fondo le premesse degli uni con gli strumenti degli altri.

La terza storiografia, la critica anti-eurocentrica, porta iscritta un'aporia che James Gathii ha isolato recensendo Surya Prakash Sinha: la pluralità storica delle civiltà che smentisce l'universalità di un diritto a valore unico, e insieme l'affermazione che, nonostante l'origine parrocchiale europea, il genio di quel diritto sia stato divenire universale e governare Stati di ogni civiltà.³⁶ La contraddizione non è di un solo autore: è la forma in cui il problema si ripresenta ogni volta che si denuncia l'universalismo continuando ad avvalersene.

La tesi che questo capitolo sostiene si colloca a valle delle tre. L'universalità del diritto internazionale non è la conquista progressiva che la storiografia liberale racconta né la maschera del dominio che la critica denuncia: è una forma prima che un'estensione, e lavora simultaneamente in due direzioni. Rende disponibile a chi non ha potere un vocabolario nel quale la sua pretesa deve essere affrontata nei propri termini, e rende invisibile la parzialità di chi il potere lo detiene, perché chi adopera un linguaggio universale non deve dichiarare da dove parla.

³⁴ A. Kemmerer, «Towards a Global History of International Law?», cit., p. 290, dove è descritta la composizione del gruppo dei cinque autori, e p. 291: «All contributions address the editors' explicit intention to "overcome Eurocentrism" – and all of them are rather sceptical about that claim not being merely a symbolic gesture, with strong traces of Eurocentrism still prevalent in the book. Their critical assessments are, however, not repetitive» (trad. mia).

³⁵ *Ivi*, p. 289: «After all, the field of the history of international law and institutions is still neatly subdivided in disciplinary and sub-disciplinary compartments, with lawyers barely speaking to historians, or political theorists or anthropologists, and vice versa» (trad. mia).

³⁶ J.T. Gathii, «International Law and Eurocentricity», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 1, 1998, pp. 184-211, p. 185. Il contributo è un saggio-recensione di S. Prakash Sinha, *Legal Polycentricity and International Law*, e di S.N. Grovogui, *Sovereigns, Quasi Sovereigns and Africans*, e va citato come tale.

Da qui la conseguenza storiografica. Le grandi trasformazioni istituzionali (il Concerto europeo, Versailles, San Francisco, la decolonizzazione) non sono tappe di una universalizzazione crescente, ma tentativi successivi di dare forma giuridica a una configurazione del potere che il diritto non poteva né formalizzare apertamente, perché l'uguaglianza sovrana glielo impedisce, né ignorare, perché senza di essa non sarebbe efficace. Ciascuna ha spostato la soglia di ammissione e l'elenco delle pretese dicibili; nessuna ha modificato il modo in cui la pretesa universale opera.

Ne discende un corollario di metodo: la storia dell'universalità va scritta come storia delle soglie di ammissione e delle forme di disuguaglianza legalizzata, non come storia dei vincitori. È il modo di raccogliere il monito con cui George Rodrigo Bandeira Galindo chiude la propria lettura della svolta storiografica, secondo cui quella svolta ha senso solo se consente una svolta storica, cioè se impedisce di trasformare il passato in un riflesso del presente.³⁷

1.2 Il diritto pubblico europeo e la sua pretesa universale, 1815-1914

L'universalizzazione del diritto pubblico europeo si è rivelata opera della potenza britannica e dell'idea di civiltà, non di un progresso della coscienza giuridica. L'ammissione dell'Impero ottomano nel 1856 apriva una porta del diritto regionale, non dell'universale; e il positivismo di Oppenheim, che pretendeva la separazione fra diritto e politica, faceva dell'equilibrio delle potenze una condizione del diritto stesso. Lo standard di civiltà è risultato una macchina di inclusione dotata di soglia.

La domanda che apre il secolo è quando e come il diritto pubblico europeo sia diventato universale. A questa domanda si risponde di solito per ammissioni successive, fino al compimento del 1919; la risposta è stata contestata a fondo, e in quella controversia si decide il senso della parola.

Charles Henry Alexandrowicz aveva rovesciato la prospettiva sostenendo che la comunità delle nazioni, originariamente universale e radicata nel diritto naturale, si fosse trasformata soltanto nell'Ottocento, sotto l'influsso della filosofia hegeliana del diritto e del positivismo, in un club esclusivo di nazioni fondatrici europee, le quali pretendevano di decidere con un atto costitutivo di riconoscimento l'ammissione di un nuovo membro. Grewe replica che la tesi contiene metà della verità: incontestabile è che Vitoria, Suárez e Grozio si

³⁷ G. R. Bandeira Galindo, «Marti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 2005, pp. 539-559, p. 551. Sulla nozione di «svolta storiografica» si veda *ivi*, p. 541.

orientassero all'idea giusnaturalistica di una comunità giuridica dell'intero genere umano, ma vi si contrapponeva la coscienza netta delle nazioni europee che il diritto internazionale fosse in primo luogo un ordinamento della famiglia dei popoli cristiano-europea.³⁸

Il punto di svolta va collocato all'inizio dell'Ottocento, e Grewe lo articola in quattro fattori: la formazione di un sistema di Stati che eccede l'Europa; il ruolo dell'Inghilterra, la cui posizione dominante dopo il 1815 riposava sul dominio marittimo mondiale e su possedimenti coloniali sparsi per tutto il globo; la nascita di un nuovo mondo di Stati in America, di radice cristiano-europea ma non più europeo nella sostanza; e la marcia trionfale dell'idea di civiltà, che in un clima spirituale nuovo scacciò e sostituì i contenuti cristiano-europei dell'idea di comunità giuridica.³⁹ Il quarto fattore è quello decisivo, e i tre che lo precedono ne spiegano la fortuna: fu la potenza britannica, non un progresso della coscienza giuridica, a rendere plausibile un diritto internazionale mondiale.

Al mutamento sostanziale corrisponde un mutamento di nome. Al posto di «diritto internazionale europeo» subentra progressivamente la nozione di *International Law*, coniata da Bentham nel 1789 e adottata da Wheaton nel 1836; gli autori tedeschi mantengono la vecchia denominazione fino alla metà del secolo, e poi vi rinunciano anch'essi. Alla fine della prima guerra mondiale, la comunità giuridica internazionale è incontestabilmente una comunità mondiale di tutte le nazioni civili.⁴⁰

Su questo passaggio circola una ricostruzione inesatta, che un dato documentario corregge. L'ammissione dell'Impero ottomano nel 1856 ai «vantaggi del diritto pubblico e del concerto europeo» non è ammissione a un ordinamento universale: si trattò dell'inclusione della Turchia nel diritto internazionale particolare regionale europeo e nella struttura istituzionale del concerto, alle cui conferenze da quel momento essa partecipò. L'espressione *droit public de l'Europe* designa precisamente quel diritto regionale, ed è adoperata in tal senso nello stesso trattato a proposito del regime di navigazione del Danubio.⁴¹ L'ammissione non aprì dunque l'universale: aprì una porta laterale del particolare.

³⁸ W.G. Grewe, «Vom europäischen zum universellen Völkerrecht. Zur Frage der Revision des europazentrischen Bildes der Völkerrechtsgeschichte», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 42, 1982, pp. 449-479, p. 451 per l'esposizione della tesi di Ch. H. Alexandrowicz e p. 452 per la replica (trad. mia).

³⁹ *Ivi*, pp. 466-467.

⁴⁰ *Ivi*, p. 469, dove sono documentati tanto il mutamento terminologico quanto l'esito di fine conflitto. Si veda anche il riassunto d'autore, *ivi*, p. 479: «It was at the beginning of the 19th century that international law started to become a universal legal order».

⁴¹ *Ivi*, p. 473. I riferimenti sono all'art. 7 e all'art. 15 del Trattato di pace di Parigi del 30 marzo 1856.

La forma teorica di quel diritto è il positivismo, ed è il punto in cui la lettura puramente tecnica di quella dottrina si rivela insufficiente. Il positivismo ottocentesco non fu una scelta tecnica ma una scelta normativa, e Benedict Kingsbury lo ha mostrato leggendo l'opera di Lassa Oppenheim come sostegno di tre idee politiche ritenute essenziali al diritto internazionale: una società internazionale di Stati come condizione necessaria della sua esistenza; un equilibrio di potenza fra gli Stati come requisito della sua durata; e l'adesione al positivismo giuridico come presupposto della sua praticabilità.⁴²

La seconda è enunciata da Oppenheim senza attenuazioni: la prima e principale morale è che un diritto delle genti può esistere solo se vi sia un equilibrio, una bilancia della potenza, fra i membri della famiglia delle nazioni. Il paradosso che ne risulta è che la separazione positivistica del diritto dalla morale e dalla politica è essa stessa una posizione morale e politica.⁴³

L'equilibrio, in questa costruzione, non è principio di diritto: è condizione politica del diritto, e tuttavia ne determina il contenuto. Oppenheim ne trae che l'intervento a sua tutela debba essere scusato, che spetti a ogni Stato apprezzare se esso sia in pericolo, e che non vi sia dovere di acconsentire a cessioni territoriali che lo mettano a repentaglio.⁴⁴ Una norma politica diventa così determinante del diritto positivo, perché senza di essa il diritto cesserebbe.

Della concezione oppenheimiana della società internazionale va isolato l'elemento che questa tesi adopera. La divisione del mondo fra Stati «civili» e categorie diverse di altri, largamente esterni al campo di applicazione del diritto internazionale, non era soltanto un dispositivo di esclusione: offriva anche il progetto della propria eventuale universalizzazione geografica, ed è per questo che si è rivelata tanto influente. Una concezione della società internazionale contingente rispetto al potere e ai costumi dominanti si è dimostrata durevole proprio perché in grado di sostenere il mutamento politico e sociale, mentre il concetto di civiltà che la sorreggeva non lo era.⁴⁵ Lo standard di civiltà è dunque una macchina di inclusione dotata di soglia: universalizzazione e gerarchizzazione non sono movimenti opposti ma lo stesso movimento.

⁴² B. Kingsbury, «Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 13, n. 2, 2002, pp. 401-436, p. 403.

⁴³ *Ivi*, p. 416, dove è citato L. Oppenheim, *International Law*, vol. I, 1ª ed., 1905, p. 73: «The first and principal moral is that a Law of Nations can exist only if there be an equilibrium, a balance of power, between the members of the Family of Nations» (trad. mia). Sul carattere normativo, e non tecnico, della separazione positivistica si veda *ivi*, p. 403.

⁴⁴ *Ivi*, p. 417.

⁴⁵ *Ivi*, pp. 412-413.

La pratica lo conferma. Nell'Ottocento maturo gli Stati vengono distinti in base a credenziali ideologiche, e uno degli attributi della civiltà è il possesso di un ordinamento liberale, o pseudo-liberale, in cui gli stranieri (si legga: occidentali) godano di pieni diritti; le entità escluse, ritenute incapaci di assicurare quella protezione, sono private di diritti sovrani e di immunità giurisdizionali attraverso trattati ineguali e capitolazioni.⁴⁶ John Westlake teorizza un'ammissione scaglionata, la società internazionale ammette Stati esterni a parti del proprio diritto senza ammetterli al tutto, e James Lorimer ordina il mondo in tre cerchi concentrici, gli Stati europei civili, i barbari, i selvaggi. Il criterio era utilmente sfuggente: risulta difficile indicare con precisione le circostanze in cui una nazione già barbara viene ammessa.⁴⁷

Il Concerto si dissolve prima che il secolo finisca. Con l'acuirsi delle rivalità fra le grandi potenze nella stagione delle nuove annessioni coloniali in Africa e della lotta per le sfere d'influenza asiatiche, si sciolgono insieme il gioco d'insieme del concerto europeo e il diritto internazionale regionale europeo che ne dipendeva. Sarebbe però errato, avverte Grewe, contrapporre quella dissoluzione all'irrompere di un diritto internazionale mondiale che sarebbe cominciato solo allora: esso esisteva dall'inizio del secolo, e lo stesso Bismarck aveva preteso l'associazione degli Stati Uniti alla conferenza di Berlino sul Congo del 1884-1885 per imprimere alle sue decisioni un carattere di universalità.⁴⁸ Ciò che il 1914 travolge non è dunque l'universalità: è la forma regionale entro cui essa era stata amministrata.

1.3 1919-1945: crisi dell'ordine europeo, Versailles, Norimberga

Il regime dei mandati ha dato forma istituzionale alla soglia ottocentesca invece di abolirla, e a Norimberga un ordinamento ha giudicato senza disporre di un'istanza superiore alle parti. La censura di selettività è quella che ha resistito, e del 1918 resta un esito politico presentato come inizio.

La disciplina delle istituzioni internazionali data la propria nascita al 1918. Che cosa quella data abbia effettivamente prodotto è però questione aperta.

La risposta di David Kennedy è che il 1918, così come la disciplina lo comprende, origina l'istituzione internazionale in tre modi: esegue una rottura fra un momento

⁴⁶ G. Simpson, «Two Liberalisms», in *European Journal of International Law*, vol. 12, n. 3, 2001, pp. 537-571, p. 544. L'autore avverte in nota che l'articolo fa parte di un lavoro più ampio, *Hierarchy and Equality in the International Legal Order*, da cui è nato *Great Powers and Outlaw States* (ivi, p. 537, nota d'autore).

⁴⁷ Ivi, p. 545, con citazione di J. Westlake, *International Law*, 1894, p. 82, e p. 546, con rinvio a J. Lorimer, *Institutes of the Law of Nations*, 1883, pp. 101-103, e per il rilievo sull'indeterminatezza del criterio.

⁴⁸ W.G. Grewe, «Vom europäischen zum universellen Völkerrecht», cit., p. 473 sulla dissoluzione del concerto europeo e p. 474 sull'obiezione a Carl Schmitt e sulla conferenza di Berlino del 1884-1885.

preistituzionale e uno istituzionalizzato; stabilisce un movimento progressivo attraverso quella rottura verso la Società delle Nazioni; e inaugura una pratica istituzionale di ripetizione e di esclusione che sostiene lo slancio di quel movimento dentro l'istituzione.⁴⁹

I tre termini vanno tenuti insieme, perché la rottura è un'operazione discorsiva prima che un fatto. Alcuni dei meccanismi che la producono sono puramente discorsivi, come la caratterizzazione del 1918 quale passaggio attraverso il confine fra politica e diritto, fra passione e ragione, fra realtà e utopia; altri sono esclusivi, e si manifestarono nell'esclusione delle femministe e dei riformatori radicali dalle conferenze di pace e nell'esclusione temporanea dei giuristi utopisti da parte dei politici realisti.⁵⁰

Ne segue una conseguenza che riguarda il rapporto fra istituzioni ed egemonia. Se la fondazione dell'istituzione riposa su un'esclusione, l'istituzione non supera la politica: ne stabilizza un esito, e lo sottrae alla discussione presentandolo come inizio.

Il Patto conferma la lettura: i testi che istituiscono l'istituzione internazionale moderna sono insieme assertivi ed equivoci, e la ferma formalità del Patto ricorda le radici dell'istituzione nella guerra e nella negoziazione politica mentre promette una fine istituzionale dell'anarchia e della tirannide. Quell'equilibrio è il segreto dell'insediamento istituzionale: il Patto è un cifrario aperto, preso fra la promessa di una politica nuova e il crollo di un vecchio regime, e il voto in assemblea plenaria colloca l'istituzione fra la deferenza dei membri verso l'autonomia sovrana e l'autorità sostanziale degli organi.⁵¹ L'equivocità non è un difetto di redazione: è la condizione che rende il testo capace di reggere insieme la sovranità e la sua limitazione.

Il regime dei mandati è il luogo in cui la soglia ottocentesca sopravvive assumendo forma istituzionale. L'art. 22 del Patto affida ai popoli delle colonie che hanno perduto il proprio sovrano una tutela definita «sacra missione di civiltà», e stabilisce che la tutela sia affidata alle nazioni progredite che per risorse, esperienza o posizione geografica possano meglio assumersela, esercitandola come mandatarie per conto della Società. Il sistema ha due volti irriducibili l'uno all'altro: progresso in un processo di decolonizzazione e insieme manifestazione di un dominio imperiale sui popoli, e questa duplicità riflette con precisione il

⁴⁹ D. Kennedy, «The Move to Institutions», in *Cardozo Law Review*, vol. 8, n. 5, 1987, pp. 841-988, p. 844 (trad. mia).

⁵⁰ *Ivi*, p. 846.

⁵¹ *Ivi*, pp. 979-980; la formula citata è a p. 980: «The Covenant is an open cipher, caught between the promise of a new politics and the debacle of an old regime» (trad. mia).

carattere di compromesso dell'istituto.⁵² La distinzione fra civili e incivili non viene abolita nel 1919: viene amministrata.

Che cosa significasse allora «civiltà» è detto senza indulgenza. Considerata la brutalità illimitata con cui gli Stati presuntamente civili si erano combattuti nella prima guerra mondiale, è dubbio che al tempo dei mandati esistesse un legame concreto fra civiltà e umanità; nella sostanza la civiltà era una nozione di arroganza culturale, se non una tendenza al razzismo, che considerava incivili i popoli estranei a cultura, religione e tradizioni europee. Del vocabolario resta una traccia normativa mai cancellata: l'art. 38, par. 1, lett. c dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che rinvia ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, deriva dall'art. 38 dello Statuto della Corte permanente adottato il 13 dicembre 1920.⁵³

Il 1945 pone il problema in una forma nuova, perché per la prima volta il diritto internazionale pretende di giudicare, e non soltanto di regolare. Le obiezioni sollevate contro Norimberga si concentrarono su giurisdizione, retroattività e selettività, e le ultime due sono oggi largamente accolte come censure legittime; furono argomenti forti ma di portata limitata, giacché molti invocarono il carattere *ex post facto* dell'imputazione di crimini contro la pace, pochi menzionarono l'imputazione altrettanto nuova di crimini contro l'umanità e quasi nessuno il capo di cospirazione.⁵⁴

La selettività è la censura che ha resistito. Poco dopo la sentenza, il giudice supplente britannico Norman Birkett osservò che lo Statuto non si applicava all'Unione Sovietica, agli Stati Uniti o alla Gran Bretagna, e concluse che se avesse continuato ad applicarsi al solo nemico il verdetto della storia sarebbe stato contro Norimberga; mentre i tedeschi venivano processati, lo Statuto formalizzava il rifiuto degli alleati di rinunciare alla propria immunità per crimini analoghi. Il capo d'accusa più controverso porta inoltre una contraddizione interna: il crimine contro la pace rifletteva insieme l'impulso a proteggere la sovranità, punendo gli attacchi all'ordine mondiale esistente, e l'impulso a perforarla, rendendo i singoli capi direttamente responsabili davanti al diritto internazionale.⁵⁵

⁵² N. Matz, «Civilization and the Mandate System under the League of Nations as Origin of Trusteeship», in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 9, 2005, pp. 47-95, p. 55, dove è riportato il testo dell'art. 22, par. 2 del Patto della Società delle Nazioni, e p. 56 sul carattere di compromesso del sistema.

⁵³ *Ivi*, p. 67, anche per il rilievo sull'art. 38, par. 1, lett. c dello Statuto della Corte internazionale di giustizia e sulla sua derivazione dall'art. 38 dello Statuto della Corte permanente, adottato il 13 dicembre 1920. Sulla classificazione tripartita ottocentesca dell'umanità si veda *ivi*, p. 66.

⁵⁴ K. Sellars, «Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo», in *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 4, 2010, pp. 1085-1102, p. 1089.

⁵⁵ *Ivi*, p. 1090, per il rilievo di N. Birkett e per la contraddizione interna dell'imputazione di crimine contro la pace.

Vi è infine un'obiezione strutturale, che non riguarda il contenuto delle imputazioni ma la posizione di chi giudica. Nello stato esistente del diritto internazionale, scriveva Hersch Lauterpacht nel 1944, è probabilmente inevitabile che il diritto di punire i criminali di guerra sia assunto unilateralmente dal vincitore; e poiché l'imputazione di crimine contro la pace criminalizzava anche i tentativi di farla valere, i capi potevano essere perseguiti solo dopo aver perduto una guerra di aggressione, sicché, conclude David Luban, solo la giustizia dei vincitori è possibile.⁵⁶ La formula non è un'accusa di ipocrisia: è la constatazione che un ordinamento privo di un'istanza superiore alle parti non può rendere giustizia se non attraverso una di esse.

Che il processo non abbia messo alla sbarra la sovranità lo documenta un episodio della sua preparazione. Nella bozza del discorso d'apertura destinato a Hartley Shawcross, procuratore britannico, Hersch Lauterpacht scrisse che l'istituzione del tribunale significava che lo «Stato sovrano» era stato finalmente tradotto in giudizio: per lui Norimberga segnava la fine del sistema politico della statualità, e la guerra da poco conclusa, come quella del 1914, l'esito di un'idea di sovranità antiquata e pericolosa, che anteponeva i valori egoistici della nazione a quelli di un'umanità universale. Shawcross, ricevuta la bozza, cancellò freddamente quelle parole. La ragione non è difficile da intendere: gli avversari di Hitler avevano combattuto duramente, a prezzo di molte vite, proprio per difendere la sovranità dei propri paesi.⁵⁷

1.4 1945-1989: Nazioni Unite, decolonizzazione e universalità contesa

Che l'universalità della Carta sia un atto di volontà dei suoi redattori è l'obiezione opposta qui alla lettura costituzionalista, e i quarant'anni successivi ne sono la verifica. La contestazione dei nuovi Stati non ha rifiutato il diritto internazionale ma ne ha contestato la genealogia, dissolvendo lo standard di civiltà già fra le due guerre; l'esito, però, è stato l'universalizzazione dell'appartenenza senza universalizzazione dell'autorialità delle norme.

La Carta delle Nazioni Unite pone per la prima volta la questione se l'universalità sia una categoria giuridica e non soltanto un fatto di estensione. La risposta costituzionalista è la

⁵⁶ *Ivi*, p. 1101, dove sono citati H. Lauterpacht, «The Law of Nations and the Punishment of War Crimes» (1944), e D. Luban: «Only victors' justice is possible» (trad. mia).

⁵⁷ M. Koskeniemi, recensione di R. G. Teitel, *Humanity's Law*, in *Ethics & International Affairs*, vol. 26, n. 3, 2012, pp. 395-398, p. 395 (trad. mia). L'originale: «when Shawcross received Lauterpacht's draft, he coolly crossed out the latter's wording. It is not that difficult to understand why he did so. After all, Hitler's opponents had struggled fiercely, at the cost of many lives, to defend the sovereignty of their own countries». Lauterpacht è il protagonista del capitolo quinto di M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., di cui si occupa il § 4.4.

più esposta, perché deve reggere anche di fronte agli Stati che dell'organizzazione non fanno parte, e va esaminata nei suoi termini tecnici.

Un tratto rilevante del tipo ideale di costituzione, osserva Fassbender, è il principio di universalità o inclusività: una costituzione si applica senza eccezione a tutti i membri della comunità che pretende di governare, il che non implica che debba trattarli tutti allo stesso modo; e la comunità in questione è qui l'intera comunità giuridica internazionale, compresi gli Stati sovrani che non siano membri dell'organizzazione. Il problema è reale, e l'autore non lo elude: sostenere che i non membri abbiano tacitamente accettato l'intero strumento accettandone i principi fondamentali distorcerebbe grossolanamente la realtà, e la circostanza che il numero degli Stati rimasti fuori si sia ridotto non attenua il peso dottrinale della questione.⁵⁸

La soluzione proposta poggia su un dato testuale. L'art. 2, par. 1 della Carta enfatizza l'interdipendenza di sovranità e uguaglianza e, per di più, dà precedenza all'uguaglianza relegando la sovranità al ruolo di aggettivo attributivo che si limita a modificare il sostantivo: la Carta parla di «uguaglianza sovrana», non di «sovranità uguale».⁵⁹ La sovranità, in questa lettura, non è più una qualità originaria ma lo status giuridico che la comunità internazionale assegna ai propri membri principali in un dato momento.

Resta un'obiezione che il capitolo non può tacere. La lettura costituzionalista presuppone la comunità che dovrebbe dimostrare: essa ricava l'universalità della Carta dalla volontà dei redattori di configurarla così, e una simile autoautorizzazione può essere intesa come parte del disegno rivoluzionario che sorregge lo strumento.⁶⁰ Se l'universalità è un atto di volontà di chi redasse la Carta nel 1945, allora essa è, per struttura, contestabile da chi in quel momento non c'era. La storia dei quarant'anni successivi è la storia di quella contestazione.

Quella contestazione ha però una preistoria, e datarla al 1945 falsifica il problema. Il racconto corrente presenta l'autodeterminazione come una progressione lineare: ideale politico, poi principio organizzatore dell'ordine postbellico dopo il 1919, poi principio giuridico con la Carta, e soltanto negli anni Sessanta, dopo le risoluzioni dell'Assemblea generale sulla decolonizzazione, diritto in senso proprio. Arnulf Becker Lorca ha mostrato che la progressione non regge: nei primi tre decenni del Novecento, e in specie fra le due guerre, giuristi, politici e attivisti della semiperiferia formularono pretese di diritto internazionale a sostegno della

⁵⁸ B. Fassbender, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n. 3, 1998, pp. 529-619, p. 581.

⁵⁹ *Ivi*, p. 582.

⁶⁰ *Ivi*, p. 581.

domanda di autogoverno, e così facendo si appropriarono del discorso giuridico internazionale e lo trasformarono.⁶¹

Il canale di quella trasformazione fu la petizione. Alla conferenza di pace del 1919 arrivarono, o tentarono di arrivare, delegazioni coreane, egiziane, indiane e panafricane, rappresentanti di Stati soggetti a dominio coloniale informale come la Cina, l'Impero ottomano e la Persia, organizzazioni di studenti cinesi all'estero; e dai territori che a Parigi non giunsero, dalla Siria alla Transgiordania al Togo, partirono innumerevoli telegrammi e lettere alle autorità alleate, in particolare al presidente degli Stati Uniti e a Clemenceau, che ne teneva la segreteria.⁶²

La strategia fu politicamente sconfitta, e la sconfitta è documentata nel dettaglio. Né i capi nazionalisti né gli attivisti panafricani furono ammessi a presentare le proprie domande; Du Bois non riuscì a farsi ricevere da Clemenceau né da Wilson; Saad Zaghloul e Lala Lajpat Rai furono esclusi dalle delegazioni che Londra autorizzò a recarsi a Parigi; il delegato coreano Kim Kyu-shik, pur giunto in città, non fu ammesso ai negoziati.⁶³

Sul piano degli argomenti l'esito fu però diverso, ed è la ragione per cui la vicenda appartiene a questa sezione. La sconfitta, scrive Becker Lorca, fu politica e non dottrinale: nel dibattito disciplinare la semiperiferia riuscì a dissolvere lo standard di civiltà.⁶⁴

Il memorandum egiziano presentato a Parigi ne offre la formula più netta. Il nuovo ordine, vi si legge, non può continuare a distinguere fra nazioni da rendere libere e nazioni condannate alla schiavitù solo perché alla mente occidentale è piaciuto per lunghi secoli tracciare limiti etnici e geografici; e la conclusione è che ogni paese ha la propria civiltà.⁶⁵

Alla civiltà subentrò la statualità, e il mutamento del criterio è ciò che conta. Le regole di ammissione formatesi fra il 1919 e il 1923 giovarono alla semiperiferia perché sostituirono

⁶¹ A. Becker Lorca, «Petitioning the International: A "Pre-history" of Self-determination», in *European Journal of International Law*, vol. 25, n. 2, 2014, pp. 497-523, p. 498, dove sono esposte tanto la narrazione lineare corrente quanto la sua contestazione: «This article explores that "pre-history" and finds the conventional linear narrative unconvincing. For during the first three decades of the 20th century and in particular during the interwar period, lawyers, politicians, and activists from the semi-periphery articulated international law claims to support the demand for self-government. In this process, they appropriated and transformed the international law discourse» (trad. mia). L'autore adopera «semi-periphery» come categoria analitica, qui resa con «semiperiferia».

⁶² *Ivi*, p. 501.

⁶³ *Ivi*, p. 510.

⁶⁴ *Ivi*, p. 498: «At the Paris Peace Conference of 1919 this strategy failed. But this defeat was political. It came as a result of great powers ignoring semi-peripheral claims to self-determination. As a matter of law, in the sense of disciplinary debates in international law's intellectual history, however, semi-peripherals succeeded in dissolving the standard of civilization» (trad. mia).

⁶⁵ *Ivi*, p. 506, dove è citato il memorandum della delegazione egiziana alla conferenza di pace, *The Egyptian National Claims* (1919), secondo cui il nuovo ordine «cannot continue to distinguish between nations, some to be made free and others to be doomed to slavery, only because the Western mind has been pleased for long centuries to trace limits, both ethnic and geographic», per concludere che «each country has its own civilization» (trad. mia).

a un criterio sostanziale, vago e perciò facilmente manipolabile, requisiti più formali e più agevoli da soddisfare; il costo però ci fu, e Becker Lorca non lo attenua, perché quel criterio escludeva chi non avesse assicurato il controllo del territorio e faceva dell'acquisto di quel controllo con la forza una condizione di fatto della sovranità.⁶⁶

Il caso limite è quello delle Sei Nazioni irochesi. Nel settembre 1923 il capo Deskaheh giunse a Ginevra, e la petizione che il governo dei Paesi Bassi trasmise alla Società era costruita con esattezza sui requisiti di ammissione, aprendosi con la dichiarazione di essere un popolo organizzato e capace di governarsi. L'iniziativa fallì; ma Canada e Gran Bretagna dovettero ricorrere a manovre dietro le quinte per prevenire un intervento della Società, anziché invocare, come sarebbe stato ovvio pochi anni prima, uno standard di civiltà contro le tribù indigene.⁶⁷

È il punto in cui la preistoria consegna la propria eredità alla decolonizzazione. Caduto lo standard, il dominio coloniale, mandatario o protettorale perse la propria giustificazione, e l'autodeterminazione poté riemergere come diritto dei popoli che lottavano per il controllo del territorio, quando la politica internazionale mutò; ma il seme intellettuale, osserva Becker Lorca, era stato gettato prima, fra le due guerre.⁶⁸

I Nuovi Stati Indipendenti non rifiutarono il diritto internazionale: ne contestarono la genealogia. Nel 1962 Georges Abi-Saab dedicò uno scritto all'atteggiamento dei nuovi Stati verso le regole del diritto internazionale.⁶⁹ Nella ricostruzione che ne dà Umut Özsu, quella posizione muoveva su un doppio binario: legalistico, nel senso di dare valore a una stretta conformità a regole e strumenti determinati, e insieme dichiaratamente politico, nel senso di tollerare un margine considerevole di flessibilità nella negoziazione e nell'attuazione; Abi-Saab era disposto ad abbandonare regole, dottrine e istituzioni che non si conformassero all'agenda trasformativa della decolonizzazione.⁷⁰

⁶⁶ Ivi, pp. 521-522 per la sostituzione della statualità allo standard di civiltà come criterio di ammissione, e p. 523 per il costo che ne derivò ai popoli privi di controllo territoriale: «Acquiring control by force thus became a factual condition for acquiring sovereignty» (trad. mia).

⁶⁷ Ivi, p. 522. La petizione è *Petition to the League of Nations from the Six Nations of the Grand River, Communicated by the Government of the Netherlands*, LoN Doc. C.500.1923.VII, citata in Becker Lorca a quella pagina, che ne riporta l'incipit «[w]e are an organized and self-governing people».

⁶⁸ Ivi, p. 523: «Then, foreign – colonial, mandate, or protectorate – rule lost its justification and self-determination could re-emerge as the right of polities fighting for territorial control. This finally occurred later, with a change in international politics, during decolonization, but the intellectual seed had been sown before, during the interwar» (trad. mia).

⁶⁹ G. Abi-Saab, «The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline», in *Howard Law Journal*, vol. 8, 1962, p. 95 ss. I dati bibliografici risultano da U. Özsu, «Organizing Internationally: Georges Abi-Saab, the Congo Crisis and the Decolonization of the United Nations», in *European Journal of International Law*, vol. 31, n. 2, 2020, pp. 601-619, p. 602, nota 3.

⁷⁰ U. Özsu, «Organizing Internationally», cit., p. 603.

Il ventennio che va dalla conferenza di Bandung del 1955 alla dichiarazione del Nuovo Ordine Economico Internazionale del 1974 è stato descritto, con una categoria presa da Koselleck, come un *Sattelzeit*, un periodo-ponte fra due epoche di dominio occidentale. La formula è utile perché registra il sospetto che accompagnò l'indipendenza fin dall'inizio: Kwame Nkrumah diagnosticò nel 1965 un neocolonialismo esercitato in primo luogo con mezzi economici o monetari, e definì la stagione della decolonizzazione formale l'imperialismo nella sua fase finale e forse più pericolosa.⁷¹

Sull'esito normativo di quella stagione la tesi di questo capitolo si misura. Sul Nuovo Ordine Economico Internazionale la valutazione a caldo di Christian Tomuschat è netta: la Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati prosegue la linea tracciata dalla Carta di Algeri e dalla dichiarazione di Lima benché si circonda del mantello giuridico della risoluzione delle Nazioni Unite, e per quanto non se ne debba sottovalutare l'impeto politico, non ha raggiunto il proprio scopo: non è una costituzione della nuova economia mondiale.⁷²

La ragione che egli adduce tocca il cuore del problema di questo capitolo. Nei rapporti interstatali manca fino a oggi quel consenso di base sugli scopi essenziali di bene comune che nello Stato nazionale rende accettabile la sottomissione a un legislatore, e sottomettersi a un legislatore mondiale che decida a maggioranza schiacciante potrebbe equivalere per taluni Stati a una condanna a morte. Un organo dotato di potere normativo universale dovrebbe perciò essere strutturato in modo che le sue delibere siano adottabili solo con il consenso di tutte le regioni politiche del mondo.⁷³

La conferma viene dallo stesso Abi-Saab, trentasei anni dopo il proprio esordio. L'imponente struttura normativa del diritto internazionale dello sviluppo è rimasta molto fragile, perché il fondamento dell'obbligo dei paesi industrializzati era assai controverso: essi hanno sempre insistito sul carattere puramente volontario della propria partecipazione, sicché la maggior parte di quella costruzione è rimasta *soft law*, se non *de lege ferenda*. E la fine della

⁷¹ C. Storr, «"The War Rages On": Expanding Concepts of Decolonization in International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 31, n. 4, 2020, pp. 1493-1506, p. 1493 per la periodizzazione come *Sattelzeit*, e pp. 1494-1495, dove è citato K. Nkrumah, *Neo-Colonialism: The Last Stage of Imperialism*, 1965, p. ix.

⁷² C. Tomuschat, «Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten. Zur Gestaltungskraft von Deklarationen der UN-Generalversammlung», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 36, 1976, pp. 444-491, p. 490 (trad. mia). Il riferimento è alla Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati, UN Doc. A/RES/3281 (XXIX), 12 dicembre 1974.

⁷³ *Ivi*, p. 489, anche per il requisito di struttura dell'organo dotato di potere normativo universale.

guerra fredda, invece di spingere la società internazionale verso una comunità più integrata, vi ha introdotto nuovi pericoli e nuovi motivi di contesa.⁷⁴

Il bilancio può essere formulato così: l'ingresso dei nuovi Stati ha universalizzato l'appartenenza senza universalizzare l'autorialità delle norme. Le potenze capitalistiche avanzate hanno in larga misura neutralizzato un'assemblea allargata incanalando molte controversie verso le organizzazioni di sicurezza collettiva e le istituzioni finanziarie che continuavano a controllare.⁷⁵ Una lettura ulteriore descrive la rete delle istituzioni internazionali come uno Stato globale nascente, che realizza gli interessi di una classe capitalistica transnazionale a scapito delle classi subalterne del terzo e del primo mondo.⁷⁶ Non occorre accogliere quella diagnosi per riconoscere il fatto che la sostiene: il luogo di produzione delle norme è rimasto dove era, mentre la platea dei destinatari si è allargata al mondo intero.

1.5 Dall'unipolarismo alla transizione multipolare: nascita del problema

Il modello a quattro livelli di Nico Krisch ha preso il posto della dicotomia fra diritto e predominio, con uno Stato dominante che usa, abbandona, rimodella e sostituisce il diritto internazionale. Nessuna delle quattro strategie appartiene a un centro determinato, e fra i due esiti che la dispersione apre una ricognizione storica non decide.

Diritto internazionale e predominio politico sono generalmente considerati inconciliabili. Gli Stati dominanti appaiono riluttanti a servirsi delle forme del diritto internazionale e a rispettarne le regole, che giudicano eccessivamente vincolanti, e si volgono alla politica; il sistema giuridico internazionale, dal canto suo, fondato sull'uguaglianza sovrana, si mostra restio a riconoscere formalmente le strutture di superiorità e le rimette al dominio politico. La dicotomia trova la sua espressione classica proprio nei ruoli di diritto e politica nell'epoca del Concerto europeo: nei rapporti con gli Stati deboli il Concerto operava con mezzi politici piuttosto che giuridici, e i giuristi internazionali furono fin troppo disposti a espellere quel predominio dal proprio campo.⁷⁷

⁷⁴ G. Abi-Saab, «Whither the International Community?», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 248-265, p. 263 sul carattere di *soft law* del diritto internazionale dello sviluppo, e p. 265 per il bilancio del dopo-guerra fredda.

⁷⁵ U. Özsü, «Organizing Internationally», cit., p. 618.

⁷⁶ B.S. Chimni, «International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making», in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 1, 2004, pp. 1-37, p. 1.

⁷⁷ N. Krisch, «International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 2005, pp. 369-408, p. 370. L'intero capoverso è resa italiana dell'autore di questa tesi e rende il passo seguente (trad. mia): «International law and political dominance are often regarded as irreconcilable. Dominant states appear to be reluctant to use the forms and abide by the rules of international law; they seem to consider it as overly constraining, and turn to politics

Nico Krisch propone di sostituire alla dicotomia un modello a quattro livelli, e il modello è ciò che questa tesi adopera. Il diritto internazionale è insieme strumento del potere e ostacolo al suo esercizio, e da questa doppia natura discende una risposta articolata degli Stati dominanti.

Le quattro mosse sono enunciate dall'autore in poche righe, che conviene riportare per intero: «in alcuni ambiti gli Stati potenti tendono a usare il diritto internazionale come mezzo di regolazione e insieme di pacificazione e stabilizzazione del proprio predominio; in altri ambiti, davanti agli ostacoli di uguaglianza e stabilità che il diritto internazionale erige, se ne ritraggono. La parte più interessante dell'azione si svolge però fra i due poli: negli sforzi di rimodellare l'ordinamento giuridico internazionale in modo che rifletta e accolga meglio la superiorità di potenza. E il diritto non finisce con il ritiro: spesso gli Stati dominanti si limitano a perseguire il diritto internazionale con altri mezzi, sostituendolo con il proprio diritto interno, che rende più agevole stabilire gerarchie e governare direttamente altri Stati».⁷⁸

Il ritratto che ne risulta è la premessa della domanda finale. L'ordinamento che si forma in condizioni di egemonia, scrive Krisch, «reca una struttura assai dissimile da quella che si ascrive di solito al diritto internazionale: costantemente sotto pressione, tende a farsi più morbido e più gerarchico, e probabilmente più frammentato, giacché il differenziale di potenza si traduce in modo assai diverso nei diversi settori del diritto». Nello stesso processo l'uguaglianza sovrana è «sempre più messa in questione», e non per il contrasto fra la sua formalità e i fatti della vita internazionale, ma perché «anche in termini formali viene erosa, via via che l'egemone occupa una posizione al di sopra del diritto e non al di sotto».⁷⁹

instead. On the other hand, the international legal system also seems to distance itself from predominant power: based on sovereign equality, it is disinclined to grant formal recognition to structures of superiority and leaves them to the political realm. [...] This dichotomy finds its classical expression in the respective roles of law and politics in the era of the Concert of Europe in the first half of the 19th century. In its relationship with weaker states, the Concert often operated through political rather than legal means; and international lawyers, in turn, were only too willing to exclude this dominance from their field».

⁷⁸ *Ivi*, p. 371 (trad. mia). L'originale: «In some areas, powerful states tend to use international law as a means of regulation as well as of pacification and stabilization of their dominance; in other areas, faced with the hurdles of equality and stability that international law erects, they withdraw from it. Most of the interesting action, though, takes place between these two poles: in efforts at reshaping the international legal order so as to better reflect and accommodate superiority in power. Moreover, law does not end with withdrawal: oftentimes, dominant states merely pursue international law by other means – they replace it with domestic law, which makes it easier to establish hierarchies and to directly govern other states».

⁷⁹ *Ivi*, p. 407 (trad. mia). L'originale: «The legal order arising in situations of hegemony thus bears a structure quite dissimilar to that typically ascribed to international law: constantly under pressure, it tends to become softer and more hierarchical, and probably more fragmented; after all, the power differential translates very differently into different areas of the law. In the process, the sovereign equality of states is increasingly challenged: not only because its formality contrasts so starkly with the facts of international life, but also because even in formal terms, sovereign equality is more and more eroded, as the hegemon comes to occupy a position above the law, not under it».

Che l'egemone si trovi in una posizione comoda è però un'illusione ottica. Con il crollo della deterrenza reciproca, gli Stati Uniti si sono assunti il compito di gestire crisi effettive e potenziali in tutto il mondo, e l'unipolarismo ha ridotto per essi i rischi dell'intervento militare a protezione di popolazioni straniere, alimentando persino un senso di responsabilità morale a intervenire: l'egemonia è divenuta così potenza senza rivali e insieme responsabilità onerosa, cioè un'arma a doppio taglio.⁸⁰

Quella stagione ha una data di chiusura, e a fissarla è Martti Koskenniemi. Il ventennio dell'ascendente liberal-internazionalista va dal 1989 al 2008, e ciò che è seguito alla sua fine è perplessità: quello che era un obiettivo chiaro e largamente condiviso, la costruzione di una comunità globale, non è più così visibile, e chi ne ha registrato il rovesciamento lo ha fatto con accenti fra loro assai diversi.⁸¹

La prassi del Consiglio di sicurezza mostra il costo di quella condizione. La reazione del Consiglio, osserva Abi-Saab, «ha oscillato, a seconda delle crisi, fra l'azione avventata — almeno agli inizi — e l'inerzia», e l'inerzia «si spiega con un progressivo disinteresse delle grandi potenze per la protezione di valori e interessi comuni là dove esse non abbiano un interesse diretto». Anche quando si è agito, poi, «l'azione non è stata assunta dall'Organizzazione stessa, ma delegata allo Stato, o alla coalizione o gruppo di Stati che si offriva di agire»; e il rischio, in un senso politico più ampio, è quello «dell'abuso della legittimazione collettiva e del quadro collettivo per servire fini privati non dichiarati degli Stati che eseguono il mandato, o per legittimare nuove egemonie».⁸²

⁸⁰ E. Benvenisti, «The US and the Use of Force: Double-edged Hegemony and the Management of Global Emergencies», in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 4, 2004, pp. 677-700, p. 678. L'intero capoverso è resa italiana dell'autore di questa tesi e rende il passo seguente (trad. mia): «With the collapse of mutual deterrence, the US — alone, or perhaps with the help of a "coalition of the willing" — assumes the role of managing actual and potential crisis situations around the globe. [...] At the same time, unipolarity reduces the risks for the US of getting involved in military action to protect foreign nationals against their government, the so-called humanitarian intervention. The unparalleled power together with the availability of reports on wide-scale human tragedies even breed a sense of moral responsibility to intervene militarily in foreign countries to prevent mass atrocities. For the US, then, hegemony has come to mean not only unrivalled power, but also taxing responsibilities. Hegemony has become a double-edged sword».

⁸¹ M. Koskenniemi, «Less is More: Legal Imagination in Context. Introduction», in *Leiden Journal of International Law*, vol. 31, n. 3, 2018, pp. 469-472, p. 469 (trad. mia). L'originale: «A partial explanation can surely be found from the end of the 20-year period of liberal-internationalist ascendancy (1989–2008) and the perplexity that has followed its demise»; le tre formule riferite sono, nell'ordine, di E. Posner, di P. Alston e di J. Crawford, dei quali l'autore dà gli estremi nella nota 1 della stessa pagina.

⁸² G. Abi-Saab, «Whither the International Community?», cit., p. 264 (trad. mia). L'originale: «The Security Council's reaction has oscillated, according to the crises in question, between rash action (at least at the beginning) and inertia, subsequently more and more frequent; an inertia which can be explained by a progressive disinterest in the protection of common values and interests on the part of the great powers where they have no direct interest [...]. Moreover, even when there has been action, whether for lack of means or the insistence of certain permanent members, notably the United States, this action has not been taken by the Organization itself, but by delegation to the state or to the coalition or group of states offering to act. [...] In a wider political sense, the risk is that of the

A questo punto la domanda della tesi può essere formulata in termini giuridici e non geopolitici. Se l'ammorbidimento del diritto, la sua gerarchizzazione e la sua sostituzione con il diritto interno sono funzioni dell'egemonia, che cosa accade quando l'egemonia si disperde senza che nessun altro centro la sostituisca? Due ipotesi sono astrattamente disponibili. La prima è che, venuta meno la pressione, il diritto internazionale recuperi la propria vocazione egualitaria, e che il multipolarismo sia dunque una buona notizia per l'uguaglianza sovrana. La seconda è che la pressione non diminuisca ma si moltiplichi, perché più Stati perseguono simultaneamente le medesime quattro strategie, e che l'esito non sia un ritorno all'uguaglianza ma la coesistenza di più progetti gerarchici concorrenti, ciascuno dei quali pretende di parlare il linguaggio universale.

Il capitolo non è in condizione di decidere fra le due, e la ragione è quella che lo attraversa da principio. Il diritto internazionale non ha mai funzionato senza una configurazione del potere che lo sorreggesse, e ogni riconfigurazione ha riaperto la questione di chi sia titolato a parlare il linguaggio universale; ciò che è nuovo nella condizione presente non è la contestazione dell'universale, che è costante, ma l'assenza di un centro capace di far passare la propria particolarità per l'universale senza incontrare una particolarità concorrente altrettanto attrezzata. Che il problema fosse già posto in questi termini risulta dal saggio di Krisch, che affronta l'uguaglianza sovrana, la gerarchia e il predominio come questioni di struttura e non di condotta.⁸³ Se una preferenza va dichiarata, chi scrive ritiene più probabile la seconda ipotesi, e non per ragioni di previsione politica: la prima presuppone che le quattro strategie fossero proprietà di un centro determinato, mentre la ricognizione condotta in questo capitolo le ha trovate disponibili a chiunque disponga della forza per adoperarle.

Resta da dire perché la domanda abbia senso giuridico e non si risolva in una previsione politica. La risposta è nell'ultima pagina del saggio di Krisch, e questa tesi la assume come cerniera verso i capitoli successivi: il diritto internazionale «è sempre sotto pressione da parte degli Stati potenti e ha bisogno di piegarsi alle loro esigenze per non essere del tutto messo da parte. Eppure può fornire loro il proprio valore specifico soltanto se non si piega del tutto: una

abuse of collective legitimization and the collective framework to serve the undeclared private ends of those states carrying out the mandated action or for legitimating new hegemonies».

⁸³ M. Byers, G. Nolte (a cura di), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003. Dall'indice ufficiale del volume risultano in particolare i contributi di M. Cosnard, *Sovereign equality – «the Wimbledon sails on»*, pp. 117-134, e di N. Krisch, *More equal than the rest? Hierarchy, equality and US predominance in international law*, pp. 135-175.

volta che appaia come loro mero strumento, non sarà più in grado di dare loro la legittimità che cercano».⁸⁴

Le due funzioni, strumento del dominio ed elemento di resistenza, sono dunque interdipendenti: «senza la resistenza — cioè senza il proprio carattere stabile, egualitario e coerente — il diritto internazionale non potrebbe offrire agli Stati potenti i benefici della pacificazione, della stabilizzazione e della legittimazione; ma senza offrire loro quei benefici il diritto internazionale perderebbe gran parte della propria efficacia».⁸⁵

Qui la ricognizione storica esaurisce ciò che può dire, e il problema passa alla teoria. Se la capacità ordinante del diritto internazionale dipende da un equilibrio fra il piegarsi e il resistere, allora chiedersi se esso «regga» il multipolarismo significa chiedersi se quell'equilibrio sia mantenibile quando le pretese cui piegarsi sono più d'una e non convergono. La domanda non si risolve con una ricognizione storica, e i capitoli seguenti la affrontano dal lato della struttura dell'argomentazione giuridica.

⁸⁴ N. Krisch, «International Law in Times of Hegemony», cit., p. 408 (trad. mia). L'originale: «It is always under pressure from powerful states and needs to bow to their demands in order not to be entirely sidelined. Yet it can provide its particular value to the powerful only if it does not completely bow to them: once it appears merely as their tool, it will be unable to provide them with the legitimacy they seek».

⁸⁵ *Ibidem* (trad. mia). L'originale: «Both functions are interdependent: without the resistance – its stable, egalitarian and coherent character – international law could not provide the benefits of pacification, stabilization and legitimation for powerful states. But without providing these benefits to the powerful, international law would lose much of its effectiveness».

Capitolo II. Universalità, sovranità e pluralismo: coordinate filosofico-giuridiche

2.1 Universalità e particolarismo come problema giuridico, non come opzione filosofica

Il problema si è mostrato per intero nella categoria di «comunità internazionale», che produce diritto senza poggiare su una base di fatto pacifica e va perciò costruita da chi la invoca. Kant e Kelsen compaiono qui per una ragione precisa: le loro costruzioni sono state trascritte nel diritto positivo del Novecento, sicché le loro difficoltà sono difficoltà dell'ordinamento vigente.

La domanda che questo capitolo deve costruire non è se esistano valori comuni all'umanità. È più stretta, e più scomoda: se una norma possa vincolare uno Stato che non l'ha accettata senza per ciò stesso cessare di essere diritto. Posta così, l'universalità smette di essere una preferenza assiologica e diventa un problema di teoria delle fonti, che si presenta ogni volta che occorre dire quale regola si applichi a chi non l'ha voluta.

Che il problema sia giuridico lo si vede dal modo in cui la dottrina lo maneggia quando è costretta a dargli un nome tecnico. La categoria di «comunità internazionale» compare nei testi normativi e nelle pronunce, produce conseguenze: obblighi *erga omnes*, norme imperative, legittimazione ad agire. E tuttavia la sua base di fatto resta contestata. Vale la pena di prendere sul serio l'avvertenza di chi ha provato a misurarla: la comunità è un concetto relativo, la sua esistenza è questione di grado, e si tratta di un fenomeno frammentario, che può darsi con intensità elevata rispetto a un oggetto e mancare del tutto rispetto a un altro.⁸⁶ Una categoria di questo tipo non si accerta, si costruisce; e la costruzione è già una presa di posizione.

Le letture disponibili del sistema internazionale sono state ordinate in quattro famiglie: quella hobbesiana o realista, per cui il diritto duplica la struttura del potere; quella vatteliana, che valorizza l'interesse individuale degli Stati e nella cooperazione vede l'eccezione; quella groziana o comunitaria, che muove dagli interessi comuni e dalle istituzioni; e quella kantiana o universalista, che scorge all'opera una comunità potenziale del genere umano.⁸⁷ La

⁸⁶ G. Abi-Saab, «Whither the International Community?», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 248-265, p. 249.

⁸⁷ B. Simma, A. L. Paulus, «The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 266-277, pp. 269-271. La classificazione è dichiarata dagli autori come modificazione di quella di Hedley Bull.

conclusione a cui quella ricognizione arriva riguarda il linguaggio e non i fatti: la nozione di comunità internazionale contiene tanta aspirazione quanta realtà.⁸⁸

Il punto di frizione più visibile è la pretesa di universalità dei diritti umani. L'uso che l'Occidente ne ha fatto come strumento di pressione politica sui paesi del Terzo mondo ha indotto questi ultimi a contestarne l'universalità in nome della relatività culturale, con un esito che è stato descritto senza indulgenza per nessuno dei due schieramenti: una strategia maldestra da entrambe le parti, capace soltanto di indebolire risultati comuni raggiunti con pazienza.⁸⁹ Non si tratta di un incidente diplomatico. È la forma che assume, sul terreno, la difficoltà teorica da cui questo capitolo muove.

Resta da chiarire perché la questione non possa essere derubricata a controversia fra filosofie. La ragione è che una delle costruzioni filosofiche in campo è stata trascritta nel diritto positivo. Iscrivendo nella Carta il *foedus pacificum* di kantiana memoria, la comunità internazionale ha prodotto due effetti simultanei: un rischio, perché il diritto si è dato una regola fondamentale, l'incompatibilità fra diritto e forza, con la quale la condotta effettiva degli Stati entra in contraddizione flagrante; e un titolo, perché da quel momento esiste uno standard rispetto al quale i progressi e le regressioni possono essere misurati.⁹⁰

Chi rifiuta di vedere questo movimento, osserva lo stesso autore, tende a fissare il diritto internazionale nella posizione del *Lotus*, cioè nella descrizione che ne dava la Corte permanente nel 1927, riducendolo alla sola dimensione della coesistenza fra sovranità rivali.⁹¹

Da qui il percorso delle tre sezioni che seguono. Kant e Kelsen non vi compaiono come tappe di una storia delle idee, ma perché le loro costruzioni sono state assunte, per intero o a pezzi, dal diritto positivo del Novecento: la federazione di Stati liberi come modello dell'organizzazione internazionale, l'unità dell'ordinamento come presupposto della pretesa di applicare il diritto internazionale dentro gli Stati. Le loro difficoltà, di conseguenza, non sono difficoltà di dottrina: sono difficoltà dell'ordinamento vigente.

⁸⁸ *Ivi*, p. 277: «the concept of an "international community" contains as much aspiration as reality» (trad. mia).

⁸⁹ G. Abi-Saab, «Whither the International Community?», cit., p. 264.

⁹⁰ P.-M. Dupuy, «International Law: Torn between Coexistence, Cooperation and Globalization. General Conclusions», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 278-286, p. 285. Il contributo è redatto in forma di dialogo immaginario con Wolfgang Friedmann; le proposizioni qui riferite sono dell'autore.

⁹¹ *Ivi*, p. 286. La caratterizzazione è di Dupuy; il rinvio a Corte permanente di giustizia internazionale, *Affaire du «Lotus»* (Francia c. Turchia), 7 settembre 1927, arrêt n. 9, in *Publications de la Cour permanente de justice internationale. Recueil des arrêts*, Série A, n. 10, vale qui a identificare la pronuncia e non a citarne una massima. La forma «*P.C.I.J. Reports*», corrente nella letteratura del settore, è impropria: la raccolta della Corte permanente è il *Recueil des arrêts*, mentre i *Reports* sono quelli della Corte internazionale di giustizia, che è istituzione successiva.

2.2 Kant: pace, federazione e diritto cosmopolitico

Della costruzione kantiana la lettura ravvicinata ha isolato tre risultati. L'universalità in gioco è procedurale prima che sostanziale, perché prescrive la forma della condizione giuridica e non un catalogo di beni; il rifiuto della coercizione centralizzata lascia un dovere senza organo, con il rischio permanente della rottura; il testo qualifica infine la propria soluzione istituzionale come surrogato negativo di ciò che la ragione richiederebbe. Il diritto cosmopolitico, per parte sua, è formulato come limite al colonialismo.

Il problema di costruzione è enunciabile in una riga: rendere illegittima la guerra senza istituire uno Stato mondiale. Il primo articolo definitivo lo affronta dall'interno degli Stati, prescrivendo che la costituzione civile di ciascuno sia repubblicana,⁹² e la definizione che ne segue è deliberatamente formale: «libertà dei membri della società (come esseri umani)», «dipendenza di tutti da un'unica legislazione comune (come sudditi)», «uguaglianza degli stessi (come cittadini)»: dice come deve essere organizzato il potere, non quali fini debba perseguire.⁹³

Il secondo articolo definitivo sposta il problema fuori dagli Stati e ne enuncia la soluzione: «Das Völkerrecht soll auf einen Föderalismus freier Staaten gegründet sein».⁹⁴ L'argomento che la sorregge procede per analogia e poi rompe l'analogia. I popoli, in quanto Stati, possono essere giudicati come singoli uomini che nello stato di natura si ledono già per il solo essere l'uno accanto all'altro, e ciascuno può pretendere dall'altro di entrare in una costituzione simile a quella civile; ma l'esito di quella pretesa dovrebbe essere una lega di popoli che tuttavia non dovrebbe essere uno Stato di popoli.⁹⁵

La ragione del divieto è tecnica, non sentimentale. Ogni Stato contiene il rapporto fra un superiore che legifera e un inferiore che obbedisce, e molti popoli riuniti in un solo Stato formerebbero un popolo soltanto: il che contraddice l'ipotesi da cui si è partiti, cioè che si tratti di regolare il diritto dei popoli fra loro *in quanto* Stati distinti.⁹⁶

⁹² I. Kant, *Zum ewigen Frieden* (1795), in *Kant's gesammelte Schriften*, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. VIII, Berlin, 1923, AA VIII, 349.07-08: «Erster Definitivartikel zum ewigen Frieden. Die bürgerliche Verfassung in jedem Staate soll republikanisch sein». Il testo è stato letto nella trascrizione dell'edizione dell'Accademia con numero di pagina e di riga (Università di Duisburg-Essen); le citazioni successive si danno in forma breve.

⁹³ AA VIII, 349.09-11 e 350.01-04. Le tre espressioni fra virgolette basse sono citate nella traduzione italiana di M. C. Pievatolo, cit., marcatori [349] e [350].

⁹⁴ AA VIII, 354.01-02. La traduzione italiana di riferimento è I. Kant, *Per la pace perpetua*, trad. di M. C. Pievatolo, in Id., *Sette scritti politici liberi*, Firenze University Press, Firenze, 2011, marcatore [354]: «il diritto internazionale deve essere fondato su un federalismo di liberi stati».

⁹⁵ AA VIII, 354.03-09.

⁹⁶ AA VIII, 354.09-15.

Ne discende la distinzione che regge l'intera architettura. Deve esistere «una lega [...] di tipo particolare, che si può chiamare lega di pace (*foedus pacificum*)», distinta dal trattato di pace, *pactum pacis*, perché questo cerca di porre fine a una guerra e quella a tutte le guerre per sempre.⁹⁷ La lega non mira all'acquisto di alcuna potenza, ma soltanto alla conservazione della libertà di ciascuno Stato e insieme degli altri Stati confederati, e proprio per questo non comporta assoggettamento a leggi pubbliche e a una coercizione comune.⁹⁸ Il libero federalismo è il surrogato dell'unione civile, che la ragione deve necessariamente collegare al concetto di diritto internazionale se in quel concetto «deve restare qualcosa da pensare».⁹⁹

Qui si trova il passaggio che rende Kant interessante per questa tesi, e che l'immagine corrente di un Kant fondatore dell'organizzazione internazionale tende a smussare. Secondo ragione, scrive, per gli Stati non c'è altro modo di uscire dalla condizione senza legge se non rinunciare, come i singoli uomini, alla propria libertà selvaggia e formare «uno stato di popoli (*civitas gentium*)» che «alla fine abbraccerà tutti i popoli della terra». Ma poiché gli Stati, secondo la loro idea del diritto internazionale, «non vogliono affatto questo, e quindi rigettano *in hypothesis* ciò che è giusto *in thesi*», «al posto dell'idea positiva di una repubblica mondiale» può subentrare soltanto il «surrogato negativo di una lega [...] che allontani la guerra», e vi subentra «con il rischio costante della sua rottura».¹⁰⁰

È l'autore stesso, dunque, a qualificare la propria soluzione istituzionale come ripiego: non la costruzione che la ragione richiede, ma quella che resta quando i destinatari rifiutano la prima.

Il terzo articolo definitivo limita il diritto cosmopolitico alle condizioni dell'ospitalità universale, e la prima precisazione è che qui, come negli articoli precedenti, non si tratta di filantropia ma di diritto.¹⁰¹ L'ospitalità è il diritto dello straniero di non essere trattato con ostilità per il fatto del suo arrivo sul suolo altrui; non è un diritto di ospite, che richiederebbe un contratto particolare, ma un diritto di visita, spettante a tutti gli uomini in virtù del comune

⁹⁷ AA VIII, 356.06-09. L'espressione fra virgolette basse è citata nella traduzione italiana di M. C. Pievatolo, cit., marcatore [356].

⁹⁸ AA VIII, 356.10-14.

⁹⁹ AA VIII, 356.31-34. La clausola fra virgolette basse è citata nella traduzione italiana di M. C. Pievatolo, cit., marcatore [356], che rende «se qui in ogni caso deve restare qualcosa da pensare».

¹⁰⁰ AA VIII, 357.05-18. Le espressioni fra virgolette basse sono citate nella traduzione italiana di M. C. Pievatolo, cit., marcatore [357]; la resa del resto del capoverso segue da vicino la medesima traduzione, dalla quale si discosta per la sola sintassi del periodo. Il testo tedesco alla riga 15 reca «das negative Surrogat»; la formula circola in letteratura anche nella forma lessicale «negatives Surrogat», che non è però quella dell'originale. Il richiamo virgiliano che chiude il capoverso è alla riga 18.

¹⁰¹ AA VIII, 357.19-23.

possesso della superficie della terra, sulla quale, essendo sferica, non ci si può disperdere all'infinito e ci si deve alla fine tollerare a vicenda.¹⁰²

La limitazione ha un destinatario preciso, ed è nominato. Se si confronta quel diritto con il comportamento inospitale degli Stati commerciali del nostro continente, l'ingiustizia che essi manifestano nella visita di paesi e popoli stranieri, visita che per loro equivale alla conquista, arriva fino allo spavento: «l'America, i paesi dei negri, le isole delle spezie, il Capo» furono per loro, alla scoperta, «paesi che non appartenevano a nessuno», perché «gli abitanti non contavano nulla».¹⁰³ Il diritto cosmopolitico nasce come limite al colonialismo, non come sua giustificazione.

Poche pagine dopo si trova la proposizione che, di questo scritto, è probabilmente la più citata. Poiché la comunità fra i popoli della terra è giunta al punto che «la violazione del diritto in un luogo della terra viene sentita in tutti», l'idea di un diritto cosmopolitico «non è un modo fantastico e stravagante di rappresentare il diritto, bensì un completamento necessario del codice non scritto tanto del diritto dello stato quanto di quello internazionale».¹⁰⁴ Vi si può leggere un'anticipazione della soggettività internazionale dell'individuo, e la lettura non è forzata; ma lo statuto argomentativo della proposizione è più modesto e più interessante. Dice che, dato un certo grado di interdipendenza di fatto, una lacuna del sistema giuridico diventa avvertibile: è un argomento sulla completezza dell'ordinamento, non sui valori.

Due anni più tardi la posizione si irrigidisce. Nel § 61 della *Metafisica dei costumi*, che chiude la parte dedicata al diritto delle genti, la pace perpetua è detta espressamente «un'idea inattuabile», mentre restano attuabili i principi politici che a essa tendono; e l'unione che ne risulta è chiamata «congresso di stati permanente», precisandosi che sotto quel nome si intende «solo un'assemblea volontaria e in ogni momento risolubile, non un'associazione» indissolubile perché «fondata su una costituzione statale».¹⁰⁵

¹⁰² AA VIII, 358.01-13.

¹⁰³ AA VIII, 358.29-35. Il capoverso prosegue alle righe 35-37 e a AA VIII, 359.01-04 con il riferimento all'India orientale. Le espressioni fra virgolette basse sono citate nella traduzione italiana di M. C. Pievatolo, cit., marcatore [358]. L'elenco è alle righe 33-35 dell'originale: «Amerika, die Negerländer, die Gewürzinseln, das Cap etc. waren bei ihrer Entdeckung für sie Länder, die keinem angehörten; denn die Einwohner rechneten sie für nichts». Si conserva qui la lettera settecentesca del testo, che non è quella dell'autore di questa tesi.

¹⁰⁴ AA VIII, 360.01-09. La proposizione citata è alle righe 03-04: «daß die Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an allen gefühlt wird»; la qualificazione del diritto cosmopolitico come «nothwendige Ergänzung des ungeschriebenen Codex» è alle righe 05-06. Le espressioni italiane fra virgolette basse sono citate nella traduzione di M. C. Pievatolo, cit., marcatore [360].

¹⁰⁵ I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), *Rechtslehre*, parte II, sezione II, § 61 = AA VI, 350-351. Il paragrafo si cita nella traduzione annotata di M. C. Pievatolo, con i marcatori di pagina AA VI [350] e [351]. I §§ 53-60 non entrano nell'esposizione. Le espressioni fra virgolette basse sono citate da quella traduzione, marcatori [350] per «un'idea inattuabile» e per «congresso di stati permanente», [351] per le restanti.

Le due formulazioni non coincidono, e se il testo del 1797 attenua quello del 1795 è questione discussa. Il punto rilevante qui è un altro: in entrambi i luoghi la soluzione istituzionale è dichiaratamente inferiore alla soluzione razionale, e la differenza fra le due è tenuta ferma dall'autore invece di essere dissimulata.

Tre conseguenze vanno tratte, perché saranno usate nelle sezioni successive. La prima riguarda il tipo di universalità in gioco: quella kantiana è procedurale prima che sostanziale, perché prescrive la forma della condizione giuridica (repubblicana all'interno, federativa all'esterno, ospitale verso i terzi) e non un catalogo di beni da realizzare. La seconda riguarda il prezzo: un diritto che rinuncia alla coercizione centralizzata è un dovere senza organo, e Kant lo sa, tanto da prevedere il rischio permanente della rottura. La terza è quella che le sezioni seguenti adoperano, ed è metodologica: la sua costruzione contiene, esplicita, la propria insufficienza. Un'universalità che si presenta come surrogato negativo di ciò che sarebbe giusto è un'universalità che rinvia altrove la propria giustificazione.

2.3 Kelsen: unità dell'ordinamento, primato del diritto internazionale e suoi limiti

Kelsen ha fornito la dimostrazione più rigorosa, ed è la dimostrazione di chi aveva più interesse a evitarla. Monismo statale e monismo internazionale sono costruzioni ugualmente corrette, e la scelta fra esse sta fuori dalla scienza del diritto. Il contraddittorio raccolto qui, da Bobbio a Rigaux a Carty, non smentisce quella conclusione ma ne mostra il costo, che è l'esonero del giurista dall'analisi politica.

Un secolo e mezzo dopo, la domanda cambia forma. Non si tratta più di stabilire come vincolare gli Stati, ma di descrivere senza contraddizione due sistemi di norme che si pretendono simultaneamente vigenti. L'unità fra diritto internazionale e diritto statale, questo è l'assunto, può essere stabilita in via conoscitiva in due modi soltanto, e chi consideri entrambi come ordinamenti di norme vincolanti simultaneamente validi non può fare diversamente dal comprenderli, nell'uno o nell'altro modo, in un unico sistema descrivibile in proposizioni giuridiche non contraddittorie.¹⁰⁶

L'alternativa che Kelsen pone è esaustiva. Due complessi di norme di tipo dinamico formano un sistema unitario o perché l'uno risulta subordinato all'altro, ed è allora la norma fondamentale dell'ordinamento superiore a essere anche il fondamento di validità dell'inferiore; oppure perché entrambi appaiono coordinati, il che però presuppone un terzo ordinamento

¹⁰⁶ H. Kelsen, «Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 19, 1958, pp. 234-248, p. 234 (trad. mia).

superiore che ne determini la produzione e ne delimiti le sfere di validità. Entrambe le interpretazioni del rapporto sono, per Kelsen, costruzioni *monistiche*: l'una significa il primato dell'ordinamento statale, l'altra il primato dell'ordinamento internazionale.¹⁰⁷

Il primo dei due primati trasforma la nozione di sovranità. La sovranità dello Stato, osserva Kelsen, non è una qualità percepibile o altrimenti conoscibile in modo oggettivo di un oggetto reale: è un presupposto, il presupposto di un ordinamento normativo come ordinamento supremo, non derivabile nella sua validità da alcun ordinamento superiore. La prova sta nell'indifferenza del concetto ai rapporti di forza: la sovranità non è un massimo di potenza reale, e Stati che in confronto alle cosiddette grandi potenze non hanno alcuna potenza degna di considerazione valgono come sovrani esattamente quanto quelle.¹⁰⁸

Che il presupposto non resti isolato lo ha rilevato Bobbio con una formula da conservare: la chiusura dell'ordinamento mediante la norma fondamentale è una chiusura di comodo, non diversa dall'idea della sovranità come potere dei poteri, perché a nessuna delle due nozioni corrisponde qualcosa di verificabile. Ne segue un'ambiguità che egli riconosce irrisolta anche in Kelsen: in un senso è il diritto ad attribuire il potere, *lex facit regem*; in un altro è il potere a istituire l'ordinamento e a garantirne l'effettività, *rex facit legem*, sicché al vertice del sistema normativo *lex et potestas convertuntur*.¹⁰⁹

La simmetria ritorna più avanti, alla fine della sezione seguente. Sovranità e norma fondamentale non sono due errori paralleli: sono due modi di dichiarare che l'ordinamento non riesce a fondarsi su nulla che gli appartenga.

Ne discende un esito paradossale. Chi muove dalla validità del proprio ordinamento statale non può che concludere che il diritto internazionale vale per quello Stato solo in quanto da esso riconosciuto; ma allora la costruzione dualistica, per potersi reggere, deve annullarsi da

¹⁰⁷ Ivi, pp. 234-235 (trad. mia). L'intero capoverso è resa italiana dell'autore di questa tesi e rende il passo seguente: «Zwei Normenkomplexe des dynamischen Typus, wie die Völkerrechtsordnung und eine staatliche Rechtsordnung, bilden ein einheitliches System entweder in der Weise, daß sich die eine Ordnung als der anderen untergeordnet herausstellt, weil die eine eine Norm enthält, die die Erzeugung der Normen der anderen bestimmt und somit diese in jener ihren Geltungsgrund findet. Die Grundnorm der höheren Ordnung ist dann auch der Geltungsgrund der niederen Ordnung. Zwei Normenkomplexe können aber ein einheitliches Normensystem auch in der Weise bilden, daß beide Ordnungen als einander gleichgeordnet, das heißt aber als in ihren Geltungsbereichen gegeneinander abgegrenzt erscheinen. Das setzt jedoch eine dritte höhere Ordnung voraus, die die Erzeugung der beiden anderen bestimmt, sie in ihren Geltungsbereichen gegeneinander abgrenzt und so allererst koordiniert». La qualificazione di entrambe le interpretazioni come «monistische Konstruktion» è a p. 235.

¹⁰⁸ Ivi, p. 237: «Souveränität ist nicht ein Maximum an realer Macht» (trad. mia).

¹⁰⁹ N. Bobbio, D. Zolo, «Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System: A Talk», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 355-367, pp. 358-359. Il contributo è la trascrizione di un colloquio del 1° luglio 1997 fra i due autori; le proposizioni qui riferite sono di Bobbio, nella resa italiana di chi scrive.

sé, perché un diritto internazionale che vale soltanto come parte dell'ordinamento statale non è un ordinamento distinto e indipendente nella validità, e fra i due non possono darsi conflitti.¹¹⁰

Il secondo primato è costruito con lo stesso rigore. Muovendo dalla validità del diritto internazionale, il fondamento di validità degli ordinamenti statali va cercato in esso, e ciò è possibile perché il principio di effettività, che è norma di diritto internazionale positivo, determina sia il fondamento sia la sfera territoriale, personale e temporale di validità degli ordinamenti statali, i quali risultano perciò delegati dal diritto internazionale e in esso compresi come ordinamenti parziali, il cui essere l'uno accanto all'altro nello spazio e l'uno dopo l'altro nel tempo è reso giuridicamente possibile soltanto dal diritto internazionale.¹¹¹ È la formulazione più netta dell'universalismo giuridico novecentesco: non un'aspirazione, ma una struttura di delega.

Il passaggio decisivo, però, è quello in cui la costruzione si volta contro se stessa. La scelta fra le due costruzioni, avverte Kelsen, non ha alcuna influenza sul contenuto del diritto internazionale, e non ne ha nemmeno sul contenuto del diritto statale; è dunque un abuso dell'una o dell'altra dedurre decisioni che possono essere prese soltanto in base al diritto positivo.¹¹² L'abuso è documentabile in entrambe le direzioni: il primato del diritto internazionale svolge un ruolo decisivo nell'ideologia politica del pacifismo, quello del diritto statale nell'ideologia imperialistica, e in un caso come nell'altro l'equivoco è favorito dall'ambiguità del concetto di sovranità, che significa ora suprema autorità giuridica ora libertà d'azione.¹¹³

La conclusione è priva di attenuazioni, ed è il perno di questo capitolo. I due sistemi di riferimento sono ugualmente corretti e ugualmente legittimi; è impossibile decidere fra essi in base a una considerazione di scienza giuridica; la decisione sta fuori dalla scienza del diritto e può essere determinata solo da considerazioni di ordine politico.¹¹⁴

¹¹⁰ H. Kelsen, «Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht», cit., p. 238 (trad. mia). L'intero capoverso è resa italiana dell'autore di questa tesi. L'originale dice che l'assunto per cui «die Geltung des Völkerrechts für einen Staat von seiner Anerkennung durch diesen Staat abhängt» spinge la costruzione dualistica «zur Selbstaufhebung», e prosegue: «Denn wenn das Völkerrecht nur als Bestandteil einer staatlichen Rechtsordnung gilt, kann es nicht eine von dieser verschiedene, in ihrer Geltung von dieser unabhängige Rechtsordnung sein; und dann kann es zwischen beiden schon darum keine Konflikte geben». Il termine «Selbstaufhebung» è reso con «annullarsi da sé».

¹¹¹ *Ivi*, pp. 238-239.

¹¹² *Ivi*, p. 244.

¹¹³ *Ivi*, p. 245.

¹¹⁴ *Ivi*, p. 248: «Es ist unmöglich, auf Grund einer rechtswissenschaftlichen Erwägung eine rechtswissenschaftliche Entscheidung zwischen beiden zu treffen. [...] Die Entscheidung selbst liegt außerhalb der Rechtswissenschaft. Sie kann nur durch andere als wissenschaftliche, sie kann durch politische Erwägungen bestimmt werden» (trad. mia: è impossibile prendere, in base a una considerazione di scienza giuridica, una

Sarebbe un errore ricavarne che la costruzione kelseniana sia inerte. Due tesi tecniche ne discendono, ed entrambe hanno lasciato traccia. La prima riguarda l'uguaglianza sovrana: secondo il diritto internazionale generale gli Stati non hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi ma la stessa capacità di averne, cosicché l'uguaglianza si riduce al principio che a parità di condizioni valgono le stesse regole, una formula vuota, compatibile con qualunque disuguaglianza effettiva.¹¹⁵ Da qui la conseguenza che Kelsen ne trae: è un'illusione credere che regole giuridiche possano essere dedotte da un concetto come la sovranità o da qualunque altro concetto giuridico.¹¹⁶

La conseguenza pratica è che la sottoposizione a una giurisdizione obbligatoria non è incompatibile con l'uguaglianza sovrana. Una corte, o un sistema di corti dotate di giurisdizione obbligatoria, anche senza potere esecutivo centralizzato, costituirebbe il primo passo indispensabile verso una vera pacificazione; se questo minimo di centralizzazione dovesse risultare irrealizzabile, la pace organizzata da quegli Stati si rivelerebbe null'altro che un breve armistizio fra questa e un'altra guerra mondiale.¹¹⁷

Quanto pesasse quel minimo di centralizzazione nell'economia della proposta lo dice l'architettura del progetto. Nel patto che Kelsen propose nel 1944, ricostruito da Leben, trentatré articoli sono dedicati alla futura Corte di giustizia, uno soltanto al Consiglio e uno all'Assemblea plenaria; e lo stesso Leben, che non nasconde il carattere utopistico della costruzione, ne indica la proposizione portante: fondamento di ogni organizzazione giuridica, come di ogni comunità giuridica, è il processo giudiziario.¹¹⁸

Ne discende una precisazione che corregge un equivoco corrente e che riguarda direttamente la domanda di questa tesi. La differenza fra ordinamento statale e ordinamento internazionale è per Kelsen di grado e non di natura, perché l'uno e l'altro sono casi particolari di un solo fenomeno, la centralizzazione e la decentralizzazione degli ordinamenti; ma che il diritto internazionale tenda a centralizzarsi non comporta che debba farlo nella misura in cui lo

decisione scientifico-giuridica fra i due; [...] la decisione stessa sta fuori dalla scienza del diritto e può essere determinata solo da considerazioni politiche).

¹¹⁵ H. Kelsen, «The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization», in *The Yale Law Journal*, vol. 53, n. 2, 1944, pp. 207-220, p. 209.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 210: «It is an illusion to believe that legal rules can be derived from a concept such as sovereignty or any other legal concept» (trad. mia).

¹¹⁷ *Ivi*, p. 220. Sulla differenza fra sottoposizione a organi giudiziari e sottoposizione a organi legislativi si veda anche *ivi*, p. 219.

¹¹⁸ C. Leben, «Hans Kelsen and the Advancement of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 287-305, p. 291 (resa italiana di chi scrive). Il progetto di patto si trova in H. Kelsen, *Peace Through Law*, 1944, citato in Leben alla medesima pagina, dalla quale sono ripresi anche il computo degli articoli e la proposizione sul processo giudiziario.

sono gli Stati. La *civitas maxima* non è uno Stato mondiale: se lo fosse, non esisterebbe più diritto internazionale, ma soltanto il diritto interno di quello Stato.¹¹⁹

Un'obiezione che tocca la definizione stessa di diritto viene dallo stesso simposio. Ciò che distingue il diritto dagli altri sistemi normativi è per Kelsen la coercizione, e l'unico modello di coercizione che egli prende in considerazione è l'esercizio o la minaccia della forza fisica entro i confini territoriali di uno Stato. Rigaux osserva che la coercizione internazionale non si esaurisce in quella forma: uno Stato membro può essere escluso da un'organizzazione, e l'efficacia di una sanzione simile deriva dall'autorità che l'organizzazione esercita nella propria sfera.¹²⁰

Il rilievo che ne segue non riguarda più la sola coercizione. Adottando la definizione di diritto propria di un ordinamento particolare, quello statale, la dottrina pura abbandona la pretesa di scientificità da cui prende il nome; e l'ipotesi alternativa che Rigaux indica porta un nome che questo capitolo incontrerà di nuovo, perché il pluralismo giuridico tratta la molteplicità degli ordinamenti senza imporre a ciascuno una nozione di diritto ricavata da un altro. La scienza giuridica non ha giurisdizione sulla definizione del diritto.¹²¹

La seconda tesi riguarda la completezza dell'ordinamento internazionale, e il testo della Carta la mette alla prova. L'idea che certe materie siano per loro natura interne è, secondo Kelsen, erronea: non esiste materia che non possa essere regolata da una norma consuetudinaria o convenzionale internazionale, e le materie esclusivamente interne sono soltanto quelle che, per il momento, non risultano regolate da alcuna norma internazionale.¹²²

Applicato agli articoli 53 e 107 della Carta, lo stesso rigore produce un risultato che l'autore non nasconde: gli Stati ex nemici restano in linea di principio fuori dal diritto della Carta, la loro messa al bando è permanente, e tutto ciò probabilmente non era voluto ed è politicamente difficilmente giustificabile, ma il testo non corrisponde all'intenzione presumibilmente più ragionevole dei suoi autori.¹²³ Il formalismo produce qui una critica: fa vedere che l'ordinamento universale non è universale quanto dichiara.

Su che cosa poggia, in ultimo, l'intera operazione, lo dice la monografia del 1954. La sicurezza di cui si occupa il diritto internazionale è la protezione dell'uomo contro l'uso della

¹¹⁹ *Ivi*, pp. 293 e 298.

¹²⁰ F. Rigaux, «Hans Kelsen on International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 325-343, pp. 334 e 338 (resa italiana di chi scrive).

¹²¹ *Ivi*, pp. 339 e 342-343. Il rilievo sulla scienza giuridica che non ha giurisdizione sulla definizione del diritto è a p. 343.

¹²² H. Kelsen, «Limitations on the Functions of the United Nations», in *The Yale Law Journal*, vol. 55, n. 5, 1946, pp. 997-1015, p. 998.

¹²³ *Ivi*, p. 1015.

forza da parte di altri uomini; e considerare la sicurezza collettiva degli Stati e la sicurezza individuale come concetti opposti non è del tutto corretto, perché in ultima analisi la sicurezza di uno Stato è la sicurezza degli individui che ne sono membri.¹²⁴ Essa è inoltre, per sua natura, sicurezza giuridica.¹²⁵ Fra questa impostazione e quella kantiana corrono una simmetria e una differenza: identico è l'obiettivo di sostituire il processo alla guerra, diverso il fondamento, perché ciò che in Kant è un dovere della ragione pratica diventa qui la descrizione di una tecnica sociale.

Che lo spostamento sia avvenuto per scelta, e non per accidente lessicale, lo attesta un lettore attento. Bobbio dichiara di essere rimasto sconcertato quando, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, Kelsen sostituì al termine pace quello di sicurezza collettiva: una correzione tutt'altro che minore, compiuta in nome di una concezione più rigidamente strumentale e antifinalistica del diritto.¹²⁶

Il contraddittorio è documentato, e converge. Analizzando la dottrina internazionalistica kelseniana, Jakab conclude che essa fu plasmata in parte dal punto di partenza epistemologico neokantiano e in parte dalla posizione politica dell'autore, ma che non le si può rimproverare una politicità dissimulata: Kelsen indica apertamente i punti in cui è politico, e sono la presupposizione della norma fondamentale e il primato del diritto internazionale.¹²⁷

Più severo è il bilancio di Zolo. La tesi del primato del diritto internazionale non può aspirare ad alcuna validità scientifica oggettiva, nemmeno nella versione attenuata che la presenta come ipotesi necessaria alla costruzione della conoscenza giuridica, e l'internazionalismo giuridico è in Kelsen molto verosimilmente una nobile opzione etico-politica.¹²⁸ Alla stessa critica appartiene il rilievo sull'impraticabilità del pacifismo giudiziario: una corte costretta a ricorrere alle forze armate delle grandi potenze per far eseguire i propri

¹²⁴ H. Kelsen, *Collective Security under International Law*, U.S. Naval War College, Newport (R.I.), 1954 (International Law Studies, vol. 49), p. 1.

¹²⁵ *Ivi*, p. 3. Sull'identificazione fra Stato e ordinamento giuridico centralizzato, presupposta da questo passaggio, si veda H. Kelsen, «Law, State and Justice in the Pure Theory of Law», in *The Yale Law Journal*, vol. 57, n. 3, 1948, pp. 377-390, pp. 381-382.

¹²⁶ N. Bobbio, D. Zolo, «Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System», cit., p. 362. Il rilievo è di Bobbio, che vi cita la seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, 1960.

¹²⁷ A. Jakab, «Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 64, 2004, pp. 1045-1057, p. 1057 (sommario dell'autore in lingua inglese).

¹²⁸ D. Zolo, «Hans Kelsen: International Peace through International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 306-324, p. 323.

verdetto non potrebbe essere imparziale proprio nei conflitti che coinvolgono una grande potenza.¹²⁹

Non tutto il contraddittorio converge, però, e la divergenza riguarda proprio la neutralità dichiarata nel 1958. Rigaux ricorda che la neutralità del 1958 è un punto d'arrivo e non un punto di partenza: nel volume del 1920 Kelsen aderiva alla *civitas maxima* di Christian Wolff come prefigurazione di un sistema giuridico universale unico, e la sosteneva non soltanto per la sua superiorità politica, ma per ragioni interne alla costruzione, perché il monismo statale è l'espressione di una soggettività mentre la *civitas maxima* dà voce alla natura oggettiva di un'unità globale.¹³⁰

Da qui l'obiezione, che colpisce esattamente la conclusione del 1958 riportata sopra. Se si è scelta la via del monismo, un argomento logico milita a favore della forma che abbraccia l'intera umanità; e una delle funzioni principali del diritto internazionale, quella di determinare la sfera di validità degli ordinamenti nazionali, ne presuppone già la supremazia. Lo scetticismo dell'autore della *Reine Rechtslehre*, conclude Rigaux, non è del tutto coerente con le proprie premesse.¹³¹

L'indecidibilità dichiarata nel 1958 è dunque contestata da chi conosceva l'opera nel dettaglio, e contestata non come errore di merito, ma come incoerenza fra una conclusione e le premesse che avrebbero dovuto sostenerla. Fra le due letture, chi scrive trova più fedele al testo del 1958 quella di Kelsen: l'argomento logico che Rigaux invoca vale a partire dalla scelta del monismo, e lo scritto del 1958 verte proprio sul fatto che quella scelta non è imposta dalla scienza del diritto. Il rilievo di Rigaux coglie però un punto che resta: se una delle funzioni del diritto internazionale è determinare la sfera di validità degli ordinamenti nazionali, la simmetria fra le due costruzioni è meno perfetta di quanto la conclusione lasci credere.

Un terzo rilievo riguarda non la costruzione ma i suoi effetti sul mestiere. Il genio di Kelsen, sostiene Carty, è stato di dare forma al desiderio della professione di depoliticizzare la disciplina e di sottrarsi alla responsabilità morale e politica di analizzare la condotta effettiva degli Stati: la dottrina pura serve a esonerare il giurista dall'analisi politica.¹³²

¹²⁹ *Ivi*, pp. 321-322. I rilievi sono riferiti nella formulazione di Zolo, che li fonda su H. Kelsen, *Peace Through Law*, 1944, e *Principles of International Law*, 1952, qui citati per il suo tramite.

¹³⁰ F. Rigaux, «Hans Kelsen on International Law», cit., p. 340. L'opera a cui il rilievo si riferisce, H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, è citata qui per il tramite di Rigaux.

¹³¹ *Ivi*, pp. 340-341.

¹³² A. Carty, «The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 344-354, pp. 344 e 346 (resa italiana di chi scrive).

Carty spinge il rilievo fino in fondo. Il potere metagiuridico dello Stato non viene eliminato, ma spostato dal diritto costituzionale al diritto internazionale, e la teoria pura diventa un lasciapassare per l'irresponsabilità professionale del giurista internazionale davanti alle difficoltà politiche.¹³³ Se ne può discutere, ed è il caso di farlo, perché è un'obiezione sull'uso di una costruzione e non sulla sua correttezza. L'accusa coglie nel segno per gli effetti e non per le intenzioni: nulla nella dottrina pura vieta al giurista l'analisi politica, e l'imputazione a Kelsen del desiderio della professione presuppone ciò che dovrebbe dimostrare. Che quella costruzione si presti a essere adoperata come esonero è però constatabile, e il capitolo IV ne troverà la versione contemporanea nel managerialismo.

Di Kelsen questa tesi trattiene la dimostrazione, condotta da chi aveva più interesse a evitarla, che la scelta fra le due costruzioni possibili dell'universalità giuridica non è giustificabile dentro la scienza del diritto; il monismo, di per sé, non le serve. Kant vi era arrivato per altra via e con altro vocabolario: nel punto in cui la costruzione dovrebbe fondarsi, essa rinvia a una decisione che non le appartiene.

2.4 Pluralismo e universalismo istituzionale: perché il problema non si chiude

Il confronto fra costituzionalisti e pluralisti non ha prodotto un vincitore, e il motivo conta più dell'esito. Nessuna delle due famiglie contesta all'altra i fatti dell'ordinamento; divergono su quale vocabolario adottare per descriverli, sapendo che la descrizione produce conseguenze istituzionali, e il costituzionalismo globale è stato riconosciuto dai suoi stessi analisti come istituzione di legittimazione più che come descrizione. La dimensione distributiva del problema è rimasta invece fuori dal dibattito.

Nella seconda metà del Novecento la domanda si sposta dal fondamento di validità alla responsabilità delle istituzioni. Poteri pubblici vengono esercitati fuori dagli Stati e spesso lontano dai quadri convenzionali; la questione non è più da dove il diritto internazionale tragga validità, ma davanti a chi rispondano gli apparati che lo producono e lo applicano.

Che la domanda fosse già iscritta nel testo su cui le istituzioni si reggono lo mostra il commentario che Kelsen dedicò alla Carta nel 1950. Il preambolo, vi si legge, enuncia ideali politici senza garantirne la realizzazione mediante le sanzioni previste dalla Carta, e ha perciò un'importanza ideologica piuttosto che giuridica; e in nota, con una brevità che è essa stessa un

¹³³ *Ivi*, pp. 348 e 352.

giudizio, il carattere democratico dell'Organizzazione è detto molto dubbio, vista la posizione privilegiata dei cinque membri permanenti del Consiglio di sicurezza.¹³⁴

Sul punto decisivo il commentario si chiude con una resa. Se le misure dell'articolo 39 siano vere sanzioni oppure provvedimenti politici rimessi alla discrezione del Consiglio è, ammette Kelsen, questione di importanza più teorica che pratica: dopo centinaia di pagine di critica testuale, l'alternativa fra un documento giuridico e un documento politico resta aperta.¹³⁵

L'altro commentario del 1950, quello di Alf Ross, dice la stessa cosa dal lato della sovranità, e con un'asprezza che questa tesi non può ignorare. L'articolo 2, paragrafo 7, sarebbe la quintessenza della tendenza del dogma della sovranità a resistere al progresso; e le grandi potenze, rivestendo la propria brama di potere dei drappaggi seducenti di quell'ideologia, sono riuscite ad abbagliare gli Stati piccoli, che desiderano naturalmente essere riconosciuti come sovrani, e ad accreditare presso di loro una posizione contraria ai propri interessi.¹³⁶

Il rilievo interessa questo capitolo per una ragione che non è polemica. La disuguaglianza di potenza non entra nell'ordinamento dall'esterno, come un fatto che il diritto subisce: entra attraverso una categoria giuridica, e attraverso la categoria che dovrebbe proteggere i deboli. È lo stesso movimento che la sezione precedente ha registrato nell'uguaglianza sovrana ridotta a formula vuota.

Il versante costituzionalista dà a questa domanda una risposta di continuità. Il diritto internazionale contemporaneo, osserva Kumm, ha esteso il proprio ambito, ha allentato il legame con il consenso degli Stati e ha rafforzato i meccanismi di aggiudicazione e di esecuzione obbligatoria: questa emancipazione parziale dal controllo statale rende inefficaci i meccanismi interni di responsabilità e sposta la contestazione della legittimità dentro gli ordinamenti nazionali, in nome della democrazia e dell'autogoverno costituzionale.¹³⁷ La risposta consiste nel dotare il giudizio di legittimità di principi espliciti: legalità internazionale, sussidiarietà, partecipazione, ragionevolezza sostanziale. Dove Kumm conserva alla sovranità il rango di premessa e le affianca dei principi, Peters glielo toglie: nella ricostruzione di Peters

¹³⁴ C. Landauer, «Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter», in *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 4, 2003, pp. 767-799, pp. 779-780 (trad. mia). Le due proposizioni sono tratte da H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 1950, rispettivamente p. 9 e p. 6 nota 4, citate in Landauer alle pagine indicate.

¹³⁵ *Ivi*, p. 783. La proposizione è di H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, cit., p. 737, citata in Landauer alla medesima pagina; il giudizio sulla resa finale del commentario è di Landauer.

¹³⁶ *Ivi*, pp. 795 e 798 (trad. mia). Le formule riferite sono di A. Ross, *Constitution of the United Nations. Analysis of Structure and Function*, 1950, p. 129, e si leggono qui nella ricostruzione di Landauer, il quale a p. 798 legge i due commentari del 1950 come attestati della scomparsa della dottrina del diritto internazionale dalla scena.

¹³⁷ M. Kumm, «The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis», in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 5, 2004, pp. 907-931, p. 907.

il principio di sovranità sta perdendo la propria posizione di *Letztbegründung* del diritto internazionale, e il suo valore normativo deriva dall'umanità e a essa è funzionalizzato, sicché i conflitti fra sovranità e diritti umani non vanno risolti in un bilanciamento fra pari, ma con una presunzione a favore dell'umanità.¹³⁸ Che questa linea sia una prosecuzione dichiarata del progetto kantiano lo afferma senza mediazioni Habermas, che legge la costituzionalizzazione del diritto internazionale come un percorso il quale, seguendo Kant, punta ben oltre lo *status quo* verso un futuro ordinamento cosmopolitico, e l'Unione europea come un passo importante su quel percorso.¹³⁹

L'obiezione pluralista non nega i fatti descritti: nega che la descrizione unitaria sia la migliore. Il nodo, per Krisch, è che nella regolazione globale manca l'accordo su una questione preliminare, davanti a *quale* collettività la *governance* globale debba rispondere. Collettività nazionali, internazionali e cosmopolitiche competono per il primato, e ne risulta un intreccio disordinato di meccanismi di responsabilità collocati a livelli diversi e dentro regimi diversi, che contrasta con gli ideali di coerenza e di unità del costituzionalismo moderno; questa struttura pluralista è destinata a durare, ed è preferibile, sul piano normativo, alle alternative costituzionaliste.¹⁴⁰

Le connessioni fra le parti dell'ordine complessivo sono allora eterarchiche e non gerarchiche, spesso politiche più che giuridiche, e la stabilità non nasce da decisioni finali fondate su un'autorità ultima, ma da processi di negoziazione, sfida e concessione fra le collettività coinvolte.¹⁴¹

Che il pluralismo non sia il punto d'arrivo lo mostra la replica che gli è stata rivolta dall'interno del campo critico. La visione post-nazionale, osserva Shaffer, è meno ambiziosa del programma costituzionalista ma non meno radicale, e condivide con la maggior parte delle visioni costituzionaliste più di quanto ammetta; soprattutto, essa è radicata nell'esperienza europea, come riflettono i casi di studio su cui si regge, e risulta perciò troppo radicale per il mondo che sta fuori dall'Europa, dove lo Stato nazionale conserva una centralità che nessuna

¹³⁸ A. Peters, «Humanity as the A and Ω of Sovereignty», in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 3, 2009, pp. 513-544, p. 513.

¹³⁹ J. Habermas, «The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 23, n. 2, 2012, pp. 335-348, p. 336. L'autore vi richiama i propri scritti sul diritto cosmopolitico kantiano pubblicati fra il 1995 e il 2005, qui noti per quel richiamo.

¹⁴⁰ N. Krisch, «The Pluralism of Global Administrative Law», in *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 1, 2006, pp. 247-278, pp. 247-248.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 278.

descrizione eterarchica cancella.¹⁴² L'osservazione ha una portata metodologica: dice che anche la descrizione pluralista ha un luogo di enunciazione.

La versione sociologica dell'obiezione va più lontano di tutte le precedenti. *Ubi societas, ibi constitutio*: dovunque nella società mondiale si formino sistemi funzionali, organizzazioni formali o regimi transnazionali, questi si danno costituzioni proprie, che contendono alle costituzioni statali la pretesa di monopolio. La critica che Teubner rivolge al costituzionalismo tradizionale è triplice e colpisce il suo centrismo giuridico, il suo centrismo statale e il suo nazionalismo metodologico.¹⁴³

Interessa qui il modo in cui quella critica si volge contro se stessa. Le versioni che riconducono le costituzioni sociali all'espansione di una sola razionalità, politica, economica o giuridica, sostituiscono al vecchio monismo dell'unica costituzione statale il monismo nuovo dell'unica razionalità che dovrebbe stare a fondamento di tutte; e il rimprovero che Teubner muove ai giuristi della tradizione kelseniana, di ridurre le costituzioni a insiemi di norme lasciando fuori la dinamica del processo politico, si ripresenta un piano più in alto.¹⁴⁴

Il punto vale anche in senso inverso. Se il pluralismo, spinto abbastanza avanti, riproduce la forma del monismo che voleva sostituire, allora la contrapposizione fra le due famiglie non è quella fra un vocabolario e il suo contrario, ma quella fra due modi di collocare la stessa unità.

Nella dottrina italiana la questione è stata posta nei termini più utili a questa tesi. L'idea di un costituzionalismo sovranazionale che funzioni da «costituzionalismo compensatorio», capace di guidare e frenare la produzione del diritto a livello globale come la costituzione fa con la legislazione interna, è secondo Palombella non soltanto un auspicio privo di riscontro, ma un fraintendimento del significato essenziale delle costituzioni contemporanee.¹⁴⁵

La proposta alternativa sposta l'universalismo su un piano diverso invece di rinunciarvi. Il *rule of law* oltre lo Stato garantisce uno spazio giuridicamente protetto in cui le legalità interferenti possano far valere ragioni ostensibili, e contrasta il monopolio di un'unica autorità

¹⁴² G. Shaffer, «A Transnational Take on Krisch's Pluralist Postnational Law», in *European Journal of International Law*, vol. 23, n. 2, 2012, pp. 565-582, p. 565. Il saggio discute N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010: la ricostruzione qui riferita è quella del recensore.

¹⁴³ G. Teubner, «Transnationaler Verfassungspluralismus: Neun Variationen über ein Thema von David Sciulli», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 76, 2016, pp. 661-685, pp. 662-663 (trad. mia).

¹⁴⁴ *Ivi*, pp. 673-674 (trad. mia).

¹⁴⁵ G. Palombella, «Dal costituzionalismo alle relazioni tra legalità», in *Diritto & Questioni pubbliche*, vol. XVI, n. 2, 2016, pp. 248-262, p. 248.

generatrice di diritto prevenendo la formazione di un'autorità normativa e regolativa globale; la questione che pone è quella dell'equilibrio e della non dominazione giuridica.¹⁴⁶

Le posizioni fin qui esaminate trattano la frammentazione come il problema che il costituzionalismo deve risolvere. Golia e Gentile ne rovesciano il segno, osservando che i fattori percepiti come ostacolo alla costituzionalizzazione possono esserne invece elementi centrali: la frammentazione dei regimi normativi e la proliferazione di nuovi attori possono servire a garantire diritti e a limitare le forme di potere che emergono nei diversi regimi di regolazione globale. Quanto il dibattito ha lasciato indietro, concentrandosi sulla triade Stato di diritto, diritti umani e democrazia, è la dimensione sociale dell'ordine giuridico internazionale.¹⁴⁷

Che l'omissione pesi lo si vede appena si torna alla domanda del capitolo. Un ordine che discute la propria legittimità in termini di legalità, di diritti e di procedura, e non in termini di distribuzione, lascia fuori proprio ciò su cui gli Stati che ne contestano l'universalità hanno costruito la contestazione.

Le teorie normative della giustizia globale muovono da una domanda diversa. Rawls, che pure viene abitualmente collocato nella famiglia kantiana, applica il modello della posizione originaria a rappresentanti di popoli e non a individui, e non prescinde dagli Stati; la sua costruzione risponde alla domanda su quali principi di giustizia possano essere condivisi fra società diverse, non alla domanda su come una norma possa vincolare chi non l'ha accettata.¹⁴⁸ Lo stesso vale, con altri strumenti, per le teorie delle capacità. Sono discorsi sulla giustificabilità morale dell'ordine internazionale, non sulla struttura del suo discorso giuridico.

Che le due famiglie siano meno distanti di quanto la polemica lasci credere è stato mostrato con un argomento che tocca il punto di partenza di questo capitolo. Costituzionalisti e pluralisti, osserva Viellechner, riconoscono entrambi la sovrapposizione crescente fra gli ordinamenti nazionali e i regimi internazionali e transnazionali, e in questo si allontanano insieme dalle vecchie teorie del monismo e del dualismo, che presupponevano una separazione netta delle materie.¹⁴⁹

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 259.

¹⁴⁷ A. J. Golia, C. Gentile, «La costituzionalizzazione del diritto internazionale: ascesa e declino di un discorso?», in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2024, pp. 77-132, pp. 129-130.

¹⁴⁸ B. Simma, A. L. Paulus, «The 'International Community'», cit., p. 273 e nota 26, dove si riferisce che nella *Theory of Justice* sono i rappresentanti degli Stati, e non gli individui, a redigere le regole delle relazioni internazionali nella posizione originaria, e che in *The Law of Peoples* la posizione originaria è applicata ai soli rappresentanti delle società liberali. Il rilievo sulle due opere di Rawls è riferito nella formulazione di Simma e Paulus, per il cui tramite esse sono qui citate.

¹⁴⁹ L. Viellechner, «Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law», in *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, n. 2, 2012, pp. 599-623, pp. 600-601 (trad. mia).

La diagnosi che ne segue riguarda il vocabolario. Il costituzionalismo, impiegato in contesto globale, è la reminiscenza di una conquista storica: funziona da segnaposto, o da cifra, sotto la quale la ricostruzione del diritto in condizioni di globalizzazione è cominciata e proseguirà finché non si trovino concetti più adeguati; e la tensione fra unità e diversità, fra universalismo e particolarismo, gli appartiene da sempre e non è un'importazione recente.¹⁵⁰

La controversia fra costituzionalisti e pluralisti non si chiude, e il modo in cui non si chiude è la ragione per cui questo capitolo può passare al successivo. Analizzando le strategie con cui il costituzionalismo mondiale legittima il proprio vocabolario, Diggelmann e Altwicker ne isolano tre: la ridefinizione semantica del termine «costituzione», l'analogia con un concetto ordinario di costituzione, e la combinazione di ragioni positive, normative e pragmatiche.¹⁵¹ La loro conclusione è che lo scopo del costituzionalismo mondiale non è di spiegare accuratamente il diritto internazionale, ma di rimodellare le relazioni internazionali cambiando il modo in cui le percepiamo: si tratta di un'istituzione dall'effetto costitutivo più che regolativo, che essi propongono di chiamare «istituzione di legittimazione» e, se intesa correttamente, un'utopia realistica per il nostro tempo.¹⁵²

Presa sul serio, questa conclusione riformula il disaccordo. Costituzionalisti e pluralisti non divergono principalmente sui fatti dell'ordinamento internazionale, che conoscono allo stesso modo: divergono su quale vocabolario adottare per descriverli, sapendo che la descrizione produce conseguenze istituzionali. È il risultato a cui Kelsen era arrivato nel 1958, trasferito dal piano del fondamento di validità a quello del linguaggio dottrinale.

2.5 Dalle teorie normative alla critica del linguaggio: premesse per Koskenniemi

Lo spostamento verso Koskenniemi passa per Kant e non contro di lui. La coppia del politico morale e del moralista politico, che l'autore riprende, converte il congedo dalla tradizione del *ius naturae et gentium* nella domanda su quale formalismo, e armato di quale parzialità.

Le tre sezioni precedenti hanno mostrato la stessa cosa da tre angolature. Nella costruzione kantiana la federazione è dichiarata «surrogato negativo» della repubblica

¹⁵⁰ *Ivi*, pp. 608 e 623.

¹⁵¹ O. Diggelmann, T. Altwicker, «Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 68, 2008, pp. 623-650, pp. 649-650.

¹⁵² *Ivi*, p. 650: «the authors suggest speaking of it as a "legitimization institution"» e «world constitutionalism can indeed be regarded as a promising candidate in the search for a "realistic utopia" for our time» (trad. mia).

mondiale, e la dichiarazione è dell'autore. Nella costruzione kelseniana la scelta fra i due primati è dichiarata indecidibile con mezzi scientifico-giuridici, e anche questa dichiarazione è dell'autore. Nel dibattito contemporaneo il vocabolario costituzionale è riconosciuto, dai suoi stessi analisti, come dotato di efficacia costitutiva più che descrittiva. In tutti e tre i casi la teoria arriva al punto in cui dovrebbe fondare la propria scelta e vi rinuncia esplicitamente.

Se questo è il quadro, l'oggetto dell'analisi deve cambiare. Continuare a chiedersi quale costruzione sia vera significa ripetere un'operazione di cui si conosce già l'esito. La domanda sensata diventa un'altra: come funzioni il discorso che rende disponibili quelle costruzioni, quali argomenti consenta di produrre, quali ne escluda e che cosa il suo uso lasci in ombra.

Che il passaggio si compia attraverso Kant, e non contro di lui, è documentato. I giuristi internazionali, osserva Koskeniemi, sono sempre stati sorpresi, e spesso imbarazzati, quando arrivando a metà di *Zum ewigen Frieden* trovano che l'autore liquida i padri del diritto internazionale, Grozio, Pufendorf e Vattel, come «leidige Tröster», fastidiosi consolatori;¹⁵³ e la sua tesi è che quel congedo dalla tradizione moderna del *ius naturae et gentium* risuoni con temi dominanti nel mondo internazionale di oggi.

Il nesso passa per un punto tecnico: le regole non enunciano le condizioni della propria applicazione, sicché tutto resta affidato al giudizio di chi applica.¹⁵⁴ Ed è qui che Kelsen viene chiamato in causa come alleato: nessun criterio consente di preferire una fra le possibilità date entro la cornice della norma da applicare, e il significato di una norma giuridica è un problema di politica del diritto, non di teoria del diritto.¹⁵⁵

La coppia concettuale che ne viene ricavata è la stessa che Kant introduce nell'*Appendice* alla *Pace perpetua*, e la trasformazione va seguita passo per passo. Il politico morale è colui che interpreta i principi della prudenza politica in modo che possano coesistere

¹⁵³ M. Koskeniemi, «Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law», in *No Foundations. Journal of Extreme Legal Positivism*, n. 4, 2007, pp. 7-28, p. 7. L'espressione kantiana è a AA VIII, 355.09-10. La stoccata non è una curiosità della lettura koskeniemiana ma un luogo della letteratura kantiana: A. Ripstein, «Distinctions of Power and the Power of Distinctions: A Response to Professor Koskeniemi», in *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n. 1, 2011, pp. 37-43, p. 42, la riferisce a Grozio, Vattel e Pufendorf e ne dà la resa inglese corrente, «miserable comforters», citando l'edizione dell'Accademia, *Toward Perpetual Peace*, 8:355, nella traduzione di M. Gregor: essi sono «always duly cited in justification of an offensive war, though there is no instance of the state ever having been moved to desist from its plan by arguments armed with the testimony of such important men».

¹⁵⁴ *Ivi*, pp. 9-10. Il rinvio dell'autore a I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, A 132-134, è a p. 9, ed è qui registrato nei termini in cui egli lo formula.

¹⁵⁵ *Ibidem*. La citazione è dalla prima edizione della *Reine Rechtslehre* (1934), riportata da Koskeniemi nella traduzione inglese del 1992: «there is no criterion on the basis of which one of the possibilities given within the frame of the norm to be applied could be favoured over the other possibilities».

con la morale; il moralista politico è colui che si forgia una morale conforme al vantaggio dello statista.¹⁵⁶

Nella rilettura, il moralista politico diventa l'esperto (di relazioni internazionali, di *compliance*, di efficacia) che guarda oltre il diritto per raggiungere la felicità, il benessere, la crescita, e riduce gli altri a strumenti della propria preferenza; il politico morale diventa il formalista la cui fedeltà è al diritto e non ai suoi obiettivi ipotizzati, dove il diritto è inteso come l'insieme delle condizioni alle quali la scelta di uno può essere unita con la scelta di un altro secondo una legge universale di libertà.¹⁵⁷ La conclusione a cui il passaggio conduce è: il problema non è mai il formalismo, che non si può evitare, ma quale formalismo, e armato di quale parzialità.¹⁵⁸

Da qui la necessità del capitolo che segue, e la sua funzione precisa. Le sezioni 2.2, 2.3 e 2.4 hanno stabilito che l'alternativa fra fondare il diritto internazionale sulla volontà degli Stati e fondarlo su un principio razionale non è decidibile dalle teorie che la pongono. Non hanno però stabilito *perché* non lo sia. Finché la spiegazione resta biografica o storica (Kant prudente per scelta politica, Kelsen sincero per rigore epistemologico, i pluralisti condizionati dall'esperienza europea), il fenomeno appare come una somma di accidenti.

Il capitolo III sostiene che non è così: che l'indecidibilità è una proprietà dell'argomentazione giuridica internazionale in quanto tale, ricostruibile risalendo dagli argomenti espliciti agli assunti che li rendono possibili, e descrivibile mediante due requisiti che nessun argomento può soddisfare insieme, la concretezza e la normatività. Senza quella ricostruzione questo capitolo resterebbe una rassegna di teorie che falliscono; con essa diventa la descrizione di un unico problema che si ripresenta sotto vocabolari diversi.

Una cautela chiude la sezione, ed è la stessa che i capitoli III e IV ripeteranno in forma più distesa. L'analisi che segue descrive come funziona l'argomentazione internazionalistica: non dice quale costruzione dell'universalità sia preferibile, né decide al posto di chi deve argomentare. Il capitolo III non risolve il problema costruito qui: ne dà la formulazione esatta.

¹⁵⁶ AA VIII, 372.08-12.

¹⁵⁷ M. Koskeniemi, «Formalism, Fragmentation, Freedom», cit., p. 18 per la ripresa della coppia kantiana e p. 21 per la definizione del diritto. Quest'ultima è tratta dall'autore da I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, ed. M. Gregor, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 24 = AA VI, 230, ed è riportata nei termini in cui egli la formula.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 21: «In the end, the problem is never formalism – for that cannot be avoided – but whose formalism, and equipped with what bias?» (trad. mia).

Capitolo III. La struttura dell'argomentazione internazionalistica in Martti Koskenniemi

3.1 Martti Koskenniemi: percorso, opere e criterio di lettura

L'autore di *From Apology to Utopia* ha praticato il diritto internazionale prima di teorizzarlo. Martti Koskenniemi, nato nel 1953, si è formato a Turku, dove nel 1989 ha conseguito il dottorato in diritto internazionale. Nello stesso anno esce a Helsinki il libro di cui questo capitolo si occupa, e la mole delle dottrine che vi sono passate in rassegna si spiega con l'ambizione del disegno: ricostruire l'intero campo, dalle fonti alla sovranità all'uso della forza, prima di trarne la conclusione strutturale.

Fra il 1978 e il 1994 appartiene al servizio diplomatico finlandese.¹⁵⁹ È l'esperienza che l'epilogo del 2005 riconduce all'origine del libro: le due insoddisfazioni da cui l'opera nasce non sono di un lettore di dottrina, ma di chi il mestiere lo aveva esercitato in sede diplomatica e presso le Nazioni Unite. Dal 1994 insegna diritto internazionale all'Università di Helsinki, dove è oggi professore emerito, e dal 1997 dirige l'Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, che ha contribuito a fondare; è stato eletto all'Institut de droit international nel 2003, che lo annovera fra i membri titolari dal 2021.¹⁶⁰

Siede poi nella Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, dal 2002 al 2006, e dal 2003 presiede il Gruppo di studio sulla frammentazione, il cui rapporto conclusivo, del 2006, è stato ultimato da lui. Per questa ricerca il dato conta più di un titolo: quel rapporto è fra le fonti principali del capitolo V, sicché l'autore di cui qui si analizza la critica è anche il redattore di uno dei documenti su cui la tesi verifica le proprie ipotesi.¹⁶¹

¹⁵⁹ M. Koskenniemi, *International Law and the Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2019, p. 53.

¹⁶⁰ Research Council of Finland, *Academician of Science Martti Koskenniemi*, in <https://www.aka.fi/en/about-the-rcf/about-us/academicians-of-science/previous-academicians-of-science/academician-of-science-martti-koskenniemi/> (consultato il 12 agosto 2026), per l'anno di nascita, per la cattedra dal 1994 e per la fondazione dell'Erik Castrén Institute nel 1997; nello stesso senso University of Helsinki, *Academician Martti Koskenniemi to be honoured on Rule of Law Day, 8 October 2025*, in <https://www.helsinki.fi/en/news/democracy/academician-martti-koskenniemi-be-honoured-rule-law-day-8-october-2025>. Per i titoli di studio, NYU School of Law, *Martti Koskenniemi. Overview*, sezione «Education»: LL.B. 1977, LL.M. 1982 e dottorato in diritto internazionale 1989 all'Università di Turku, Diploma in Law a Oxford nel 1983.

¹⁶¹ International Law Commission, *2001 Election of the International Law Commission*, in <https://legal.un.org/ilc/elections/2001election.shtml>, per l'elezione del 7 novembre 2001 e per il mandato quinquennale decorrente dal 1° gennaio 2002; Id., *Present and Former Members of the International Law Commission (1949-present)*, in <https://legal.un.org/ilc/guide/annex2.shtml>. Per la presidenza del Gruppo di studio, assunta il 18 luglio 2003, ILC Study Group, *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.644, 18 luglio 2003, par. 3.

I testi su cui la tesi lavora da vicino sono pochi, e ciascuno ha una funzione distinta. *From Apology to Utopia*, del 1989 e ripubblicato nel 2005 con un epilogo, è l'oggetto di questo capitolo, che ne segue l'argomentazione nell'ordine in cui essa procede. *The Gentle Civilizer of Nations*, del 2001, nato dalle Hersch Lauterpacht Memorial Lectures tenute a Cambridge nell'autunno del 1998, ricostruisce la vicenda storica della professione internazionalistica, ed è il testo su cui lavora il capitolo IV. Il saggio del 1990, «The Politics of International Law», condensa in poche pagine l'argomento del volume, e serve dove occorre la formulazione più stretta; quello del 2004, «International Law and Hegemony: A Reconfiguration», porta la struttura sul terreno della contestazione egemonica, ed è il testo del § 4.3; il rapporto sulla frammentazione del 2006 è insieme oggetto d'analisi e documento istituzionale, e i §§ 5.3 e 5.4 lo trattano come tale. Accanto a questi la tesi si serve di saggi minori e di repliche dell'autore, indicati via via in nota. Fuori dall'uso di questo lavoro resta il volume del 2021, *To the Uttermost Parts of the Earth*.¹⁶²

Il libro rivendica per sé uno statuto doppio, che il § 3.2 documenta sulla dichiarazione d'apertura, e questo capitolo lo prende in parola.

Le questioni che ne risultano appartengono alla filosofia del diritto più che al diritto internazionale. Che cosa si affermi quando si dice che una soluzione giuridica è oggettiva; se una descrizione del diritto possa produrre una prescrizione, e a quale prezzo; se l'indeterminatezza sia un difetto emendabile del linguaggio normativo o una sua proprietà; di che cosa risponda chi quel linguaggio adopera. Il capitolo le affronta sul materiale del diritto internazionale perché è là che l'autore le pone, e perché quel materiale le rende visibili: dove manca un legislatore, dove la giurisdizione non è obbligatoria e dove la validità non discende da un vertice, ciò che una teoria costruita sull'ordinamento statale può dare per risolto resta aperto.

Una collocazione di scuola l'autore non la rivendica, ma i riferimenti che egli stesso richiama la circoscrivono. Il modello dell'analisi viene dalla linguistica strutturale, da cui

¹⁶² M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. xi-xiii per l'origine del volume nelle Hersch Lauterpacht Memorial Lectures tenute a Cambridge nell'autunno del 1998. I due saggi sono Id., «The Politics of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 1, n. 1, 1990, pp. 4-32, e Id., «International Law and Hegemony: A Reconfiguration», in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, n. 2, 2004, pp. 197-218. Il volume del 2021 è Id., *To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power, 1300-1870*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, che chiude l'elenco delle opere maggiori dell'autore; se ne dà qui la sola identificazione: è una storia dell'immaginazione giuridica in quattro parti e dodici capitoli, che l'autore definisce «history of the ways in which ambitious men, mostly in Europe, used the legal vocabularies available to them in order to react to important events in the surrounding world», parole riportate da J. d'Aspremont, «Legal imagination and the thinking of the impossible», in *Leiden Journal of International Law*, vol. 35, n. 4, 2022, pp. 1017-1027, p. 1018.

prende l'idea di una grammatica che governa la produzione degli argomenti (§ 3.2); il debito verso il realismo scandinavo di Alf Ross è riconosciuto e insieme limitato, perché la prospettiva esterna del realismo non risponde alle domande interne sul diritto valido (§ 3.3); al realismo giuridico americano e agli studi giuridici critici rinvia dove mostra che ogni regola è insieme sovra- e sotto-inclusiva (§ 3.6). Il § 3.7 lo mostra poi intento a rivendicare per sé una «cultura del formalismo», che non è un'etichetta antiformalista: che cosa quella cultura conservi e che cosa abbandoni del formalismo di tradizione kelseniana, di cui si è occupato il capitolo II, è questione del capitolo IV.

Il rinvio agli studi giuridici critici chiede però di essere sciolto, perché è il solo che nomina un movimento invece di un metodo. Gli studi giuridici critici sono un fenomeno accademico statunitense affiorato nel 1976, quando un gruppo di studiosi si riunì alla facoltà di giurisprudenza dell'Università del Wisconsin e costituì una rete che chiamò *Conference on Critical Legal Studies*; il programma dei primi anni Ottanta fu dimostrare l'indeterminatezza della dottrina, cioè che un dato insieme di principi può essere adoperato per ricavarne esiti concorrenti o contraddittori, e lo slogan di quella stagione fu «law is politics».¹⁶³ Gary Minda, che ne ha ricostruito la vicenda, non nomina mai Martti Koskenniemi né parla mai di diritto internazionale: il suo libro è un capitolo di teoria del diritto statunitense, e che l'opera del 1989 ne prosegua la mossa in un altro campo è ricostruzione di chi scrive. L'intenzione, però, fu dichiarata dall'interno. David Kennedy, che negli stessi anni conduceva un progetto parallelo, riferisce che entrambi ritenevano che gli studiosi vicini a quel movimento avessero trovato il modo di rendere la teoria sociale critica utile all'analisi giuridica, e che il proposito fosse di applicare al diritto internazionale la critica del liberalismo di Roberto Unger e di ripetervi l'analisi del diritto privato di Duncan Kennedy.¹⁶⁴

¹⁶³ G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995, cap. 6, «Critical Legal Studies», pp. 106-127, alle pp. 106, 108, 114 e 116 (trad. mia). A p. 106: «This new academic movement—critical legal studies (CLS)—surfaced in 1976 when a group of legal scholars met at the University of Wisconsin Law School and formed a social and professional network called *The Conference on Critical Legal Studies*». Il fine dichiarato del movimento — esplorare «the manner in which legal doctrine and legal education and the practices of legal institutions work to buttress and support a pervasive system of oppressive, inequalitarian relations» — è riportato alla stessa pagina, ma non è formulazione di Minda: è una citazione dello *Statement of Critical Legal Studies Conference*, come dichiara la nota 3 del capitolo, a p. 294, che rinvia a P. Fitzpatrick, A. Hunt (a cura di), *Critical Legal Studies*, Basil Blackwell, New York, 1987. La tesi dell'indeterminatezza è a p. 108, dove Minda la riferisce nella formulazione di Martha Minow: «The critical scholar seeks to demonstrate the indeterminacy of legal doctrine: any given set of legal principles can be used to yield competing or contradictory results»; lo slogan è a p. 114: «a popular CLS slogan during the early 1980s was "law is politics"».

¹⁶⁴ D. Kennedy, «The Last Treatise...», cit., p. 984 (trad. mia): «We both thought scholars associated with Critical Legal Studies in the United States had worked out how to make the tradition of critical and left social theory useful for legal analysis and we intended to "apply" Roberto Unger's critique of "liberalism" to international law and imitate Duncan Kennedy's analysis of private law doctrine and history in our own chosen field».

L'appartenenza, tuttavia, non è una tessera: l'associazione al movimento è stata proposta, e l'autore l'ha detta semplificatoria, mentre le denominazioni sotto cui la sua opera è stata catalogata — NAIL, *newstream*, postmodernismo giuridico — non designano scuole costituite ma insiemi di autori che condividono un atteggiamento critico verso le dottrine tradizionali.¹⁶⁵

Il debito, d'altra parte, non è archeologico. Nel 2018 l'autore dichiara che la propria nozione di immaginazione giuridica somiglia alla *legal consciousness* di Duncan Kennedy — un vocabolario di concetti e di argomenti tipici, cioè una *langue*, più gli enunciati prodotti in quel vocabolario — ed è più ampia solo perché talvolta ne oltrepassa i confini: è la stessa coppia che il § 3.2 ricostruisce dalla linguistica strutturale, sicché i due rinvii non sono alternativi. E nel 2015 egli qualifica come la domanda che i partecipanti a quel movimento non hanno mai smesso di porre quella stessa che i §§ 3.8 e 4.6 porranno per conto proprio: compiuta la critica della determinatezza, che cosa fare della libertà che si apre al giurista, e come impedire che vi inserisca le proprie parzialità chiamandole diritto.¹⁶⁶ Perché la trasposizione radicalizzi la tesi lo spiega infine la struttura del campo prescelto: dove manca un'istanza centralizzata che separi gli argomenti buoni dai cattivi, l'etichetta di argomento giuridico spetta a ciò che i giuristi producono, e l'indeterminatezza ne risulta assai più ampia che nel diritto interno.¹⁶⁷

¹⁶⁵ G.R. Bandeira Galindo, «Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 2005, pp. 539-559, p. 540 (trad. mia): «Some authors have tried to associate him with the critical legal studies movement. His initial writings did in fact indicate a close connection with this movement. However, Koskenniemi himself has emphasized that such association would be a simplistic one».

¹⁶⁶ M. Koskenniemi, «Less is More: Legal Imagination in Context. Introduction», in *Leiden Journal of International Law*, vol. 31, n. 3, 2018, pp. 469-472, p. 471, nota 4 (trad. mia): «My use of "legal imagination" resembles Duncan Kennedy's "legal consciousness" ("a vocabulary of concepts and typical arguments" or a "*langue*" plus the specific utterances produced in that vocabulary) but is larger because even as legal imagination usually operates within a certain legal consciousness, it also may sometimes transcend its boundaries»; il rinvio è a D. Kennedy, «Three Globalizations of Law and Legal Thought», in D. M. Trubek, A. Santos (a cura di), *The New Law and Economic Development*, 2006, p. 23, come Koskenniemi lo indica, senza editore né luogo. Per la domanda ereditata dal movimento, Id., «Law's (Negative) aesthetic: Will it save us?», in *Philosophy and Social Criticism*, vol. 41, n. 10, 2015, pp. 1039-1045, p. 1044: «This is the question that participants of the US-based Critical Legal Studies movement (CLS) never ceased posing. After the critique of legal determinacy has done its work, what to do with the freedom that opens up for legal professionals, reconceived now as revolutionaries? How to avoid that they merely insert their biases as "law", perpetuating them by calling themselves a constitutional convention?»; e p. 1045, dove il dibattito è detto ancora aperto: «The debate on whether that is possible [...] is still going on». Alla medesima p. 1045 l'autore riferisce al mondo degli studi giuridici critici «the distinction between routines and contexts and the call for "context-breaking routine"»: è il titolo della sezione conclusiva di *From Apology to Utopia*, «Routines and contexts: a tentative reconstruction» (§ 3.7), e l'accostamento fra i due luoghi è rilievo di chi scrive.

¹⁶⁷ J. A. Beckett, «Rebel Without a Cause? Martti Koskenniemi and the Critical Legal Project», in *German Law Journal*, vol. 7, n. 12, 2006, pp. 1045-1088, p. 1057 (trad. mia): «being bereft of institutional vetting – by which "good" legal arguments could be separated from "bad" ones – Koskenniemi must accord the label "legal argument" to arguments emanating from "lawyers". This greatly magnifies the extent of indeterminacy».

3.2 Contesto, metodo e obiettivo di **From Apology to Utopia**

Trattare il diritto internazionale come una lingua non è qui una metafora: dall'analisi regressiva e dalla nozione di grammatica si è ricavato il criterio di lettura dell'opera, la cui posta è filosofica non meno che dogmatica, perché ne va degli assunti sulla vita sociale e sulla giustizia senza i quali il discorso dei giuristi non starebbe in piedi. Il bersaglio è il canone che separa la teoria dalla dottrina, e l'obiettivo dichiarato è liberare la professione dalle proprie false necessità.

Nell'epilogo del 2005 Koskenniemi riconduce il libro a due insoddisfazioni.¹⁶⁸ La prima riguarda la letteratura, che non rendeva conto dell'impressione, per lui netta nell'esperienza pratica, di un argomento giuridico internazionale insieme rigorosamente formale e politicamente aperto; la seconda riguarda il mestiere, ristretto a un linguaggio burocratico che rendeva in larga misura invisibile l'impegno politico da cui la disciplina era storicamente sorta.¹⁶⁹

Le due insoddisfazioni non sono dello stesso ordine. Una denuncia una lacuna della descrizione, l'altra diagnostica una condizione professionale, e dalla loro combinazione discende la partizione che regge l'opera e questo capitolo: un versante descrittivo, cui sono dedicati i §§ 3.3-3.6, e un versante normativo, cui sono dedicati i §§ 3.7 e 3.8. Nel bilancio del 2005 l'autore chiede che siano tenuti presenti insieme.¹⁷⁰

Il libro si presenta a un tempo come opera di diritto internazionale e come esercizio di teoria sociale e di filosofia politica, perché «non è né utile né in ultima analisi possibile lavorare con il diritto internazionale prescindendo da teorie descrittive sul carattere della vita sociale fra Stati e da posizioni normative sui principi di giustizia».¹⁷¹

¹⁶⁸ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Reissue with a new Epilogue, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. L'edizione originale è M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1989.

¹⁶⁹ *Ivi*, Epilogue, p. 562. L'autore vi dichiara due ordini di inquietudine riguardo allo stato del diritto internazionale come pratica professionale e come disciplina accademica, e li riferisce alla propria esperienza presso il Ministero degli affari esteri finlandese e in sede di Nazioni Unite.

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 563, dove l'articolazione dell'epilogo conferma la partizione: la sezione 2 è intitolata «The descriptive project: towards a grammar of international law», la sezione 3 «The normative project». La richiesta di leggere il volume tenendo presenti insieme i due versanti è a p. 617: «*From Apology to Utopia* should be read with both its descriptive and its critical ambition in mind» (trad. mia).

¹⁷¹ *Ivi*, Introduzione, p. 1: «This is not only a book in international law. It is also an exercise in social theory and in political philosophy»; e, alla stessa pagina: «it is neither useful nor ultimately possible to work with international law in abstraction from descriptive theories about the character of social life among States and normative views about the principles of justice which should govern international conduct» (trad. mia).

L'affermazione ha un bersaglio. Fra i canoni della scienza giuridica post-illuministica Koskenniemi isola il precetto che separa la «teoria» dalla «dottrina»: nulla in esso svaluta la riflessione teorica, ma esso indirizza lo studioso a tenere distinto ciò che afferma sull'ordine mondiale da ciò che espone come regole e principi giuridici «validi». ¹⁷² La separazione contiene però «un potenziale di distorsione», perché il giurista che voglia conservare la propria identità professionale si trova facilmente confinato nel primo dei due compiti. ¹⁷³ Da lì il pragmatismo della disciplina moderna, che però non protegge: chi si attiene al compito dottrinale incontra due delusioni, giacché i risultati dottrinali sono ogni giorno scavalcati da intese e pratiche informali, e restano comunque controversi. La seconda delusione è quella che il § 3.6 riprenderà sotto il nome di indeterminatezza. ¹⁷⁴

Il metodo è dichiarato con precisione. L'autore lo chiama *analisi regressiva*: «indagare il discorso sul diritto internazionale argomentando a ritroso fino all'esistenza di certe condizioni senza le quali quel discorso non potrebbe possedere, per i giuristi di professione, l'evidenza che di fatto possiede». ¹⁷⁵ Il modello viene dalla linguistica strutturale: gli argomenti espressi, le dottrine e le «scuole» sono una *parole* che rinvia a una *langue*, cioè all'insieme sottostante di assunti che l'autore chiama «struttura profonda» del diritto, e ciò che rileva non è quali

¹⁷² *Ivi*, p. 2 (trad. mia). L'originale: «The standard of scholarship developed by post-enlightenment lawyers includes the methodological dictum of separating "theory" from "doctrine". Not that this would automatically undermine theory. But it directs scholars to maintain distance between what they say about world order or international justice and what they come up with as expositions of "valid" legal rules and principles». Questa distinzione fra teoria e dottrina come canone della scienza giuridica non va confusa con l'alternanza fra «liberal theory of politics» e «liberal doctrine of politics».

¹⁷³ *Ibidem* (trad. mia). L'originale: «But this distinction contains a potential for distortion. For once the analytical task of exposing valid norms is separated from reflection about the sociological or normative environment of those norms, the lawyer easily finds himself confined to work within the former if he wishes to retain his professional identity».

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 3 (trad. mia). L'originale, sul pragmatismo: «The endless and seemingly inconsequential character of theoretical discourse has forced modern lawyers to make a virtue out of a necessity and turn towards an unreflective pragmatism, with the implicit assumption that the problems of theory are non-problems and that the sociological and normative issues of world order can be best treated by closely sticking to one's doctrinal task of analysing valid law»; e, sulle due delusioni: «For the lawyer is constantly faced with two disappointing experiences. In the first place, the doctrinal outcomes often seem irrelevant. In the practice of States and international organizations these are every day overridden by informal, political practices, agreements and understandings. If they are not overridden, this seems to be more a matter of compliance being politically useful than a result of the "legal" character of the outcomes or the methods whereby they were received. [...] In the second place, most doctrinal outcomes remain controversial».

¹⁷⁵ *Ivi*, pp. 6-7 (trad. mia). A p. 6: «I shall attempt to investigate discourse about international law by arguing back to the existence of certain conditions without which this discourse could not possess the kind of self-evidence for professional lawyers which it has»; e: «The approach could also be labelled "deconstructive". By this contentious term I intend to refer less to certain metaphysical doctrines than a method, a general outlook towards analysing intellectual operations through which the social world appears to us in the way it does». A p. 7: «I shall, for the most part, defer the more "radical" consequences which such an outlook might produce in order to remain as close as possible to the style and problématique which international lawyers will recognize as theirs». L'espressione dell'autore è «regressive analysis»; «struttura profonda» rende «deep-structure», che egli stesso pone fra virgolette.

argomenti vengano scelti in una data controversia, ma quali regole ne governino la produzione.¹⁷⁶ I due termini di ogni opposizione concettuale si rivelano poi dipendere l'uno dall'altro, sicché «non possiamo preferire uno degli argomenti alternativi, perché essi non sono affatto alternativi».¹⁷⁷

L'epilogo del 2005 non ritratta nulla, ma cambia il nome dell'operazione. La «struttura profonda» diventa *grammatica*, e l'analogia cessa di essere metafora: il libro non esamina il diritto internazionale *come se fosse* una lingua, lo tratta *come* una lingua, e nient'altro è implicato se non prendere sul serio che esso sia almeno il modo in cui i giuristi argomentano e che quel modo si articoli in un numero limitato di regole costitutive della grammatica, cioè in una competenza che non consiste nel sapere le regole, ma nel generare significato agendo in argomentazione.¹⁷⁸

Il passaggio decisivo sta però in una pagina precedente, e distingue l'opera da una requisitoria. Nel corso della scrittura, riferisce l'autore, gli divenne chiaro che il contrasto fra un eccesso di formalismo e un eccesso di realismo orientato alle politiche non andava risolto ma assunto come tema centrale, perché è la condizione di possibilità di un'esperienza distinta del diritto internazionale: quel contrasto è per il giurista un caso dell'oscillazione fra normatività e concretezza, che spiega insieme l'apertura degli esiti e il rigore delle forme. L'obiettivo del libro discende da qui: liberare la professione dalle sue false necessità, e mostrarle che la sua competenza non richiede alcun impegno verso idee politiche o forme istituzionali determinate.¹⁷⁹

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 8 (trad. mia). L'originale: «For me, express international legal arguments, doctrines and "schools" are a kind of parole which refers back to an underlying set of assumptions, capable of being explicated as the langue or "deep-structure" of the law»; e, poco oltre: «What is relevant is not so much what arguments happen to be chosen at some particular time or in some particular dispute but what rules govern the production of arguments and the linking of arguments together». La coppia *langue / parole* è ripresa dalla linguistica strutturale e dichiarata come tale dall'autore.

¹⁷⁷ *Ivi*, pp. 9-10 (trad. mia). Alla p. 9 lo studio decostruttivo «sees each discursive topic (e.g. "basis of obligation", "sovereignty", "nature of international law") to be constituted by a conceptual opposition», e «the participants in the discourse proceed by attempting to establish the priority of one or the other of the opposing terms»; i termini «turn out to depend on each other» e la problematica risulta, a p. 10, «a false dilemma». La frase citata nel testo è a p. 10: «We cannot make a preference between alternative arguments because they are not alternative at all; they rely on the correctness of each other».

¹⁷⁸ *Ivi*, Epilogue, p. 568: «*From Apology to Utopia* seeks, however, to go beyond metaphor. Instead of examining international law *like* a language it treats it *as* a language. [...] No more is involved than taking seriously the views that, whatever else international law might be, at least it is how international lawyers argue, that how they argue can be explained in terms of their specific "competence" and that this can be articulated in a limited number of rules that constitute the "grammar" – the system of production of good legal arguments» (trad. mia; i corsivi su *like* e *as* sono dell'autore); e p. 571: «The politics of international law is what competent international lawyers do. And *competence* is the ability to use grammar in order to generate meaning by doing things in argument» (trad. mia; corsivo dell'autore).

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 565, dove l'autore dichiara che il contrasto fra formalismo e realismo non andava eliminato ma assunto come tema centrale, ne designa la funzione come condizione di possibilità dell'esistenza di un'esperienza

Un ultimo dato tiene il capitolo legato alla domanda della tesi. Nel 2005 Koskenniemi riconosce che molto è cambiato dalla fine degli anni Ottanta, dalla rinascita del diritto internazionale nei primi anni Novanta al disincanto successivo al 2001; ma «benché sia divenuto possibile dire cose nuove nel diritto, la grammatica che si adopera per dirle è rimasta in gran parte immutata».¹⁸⁰

È una proposizione forte, e va tenuta a distanza dalle conclusioni che non autorizza. Non dice che il mondo non sia mutato; dice che il vocabolario e le regole di combinazione con cui il giurista lo registra sono rimasti quelli. Se è esatta, la domanda del capitolo V non può essere posta come domanda su norme nuove: va posta su che cosa quella grammatica consenta di dire, e a chi.

3.3 La critica dell'oggettività nel diritto internazionale

L'oggettività è definita per delimitazione e non come qualità posseduta, e da ciò dipende la forma della critica: interna al discorso analizzato, non esterna come quella realista. La sezione si è poi fermata sulla frase più citata del libro e sui tre piani su cui l'autore ne restringe la portata.

Il problema da cui l'opera muove è quello dell'oggettività, che non è una proprietà del diritto internazionale ma il risultato di due operazioni di confine: il diritto è tenuto distinto dalle descrizioni dell'ordine politico internazionale assumendo che dica che cosa fare e non descriva ciò che si è fatto, ed è delimitato rispetto ai principi della politica assumendo che dipenda meno da convinzioni soggettive sull'ordine desiderabile fra gli Stati.¹⁸¹ Definire l'oggettività per delimitazione ha una conseguenza sul modo di attaccarla: chi la contesta non deve dimostrare che al diritto manchi una qualità, gli basta mostrare che i due confini non reggono insieme. Ed è ciò che l'autore annuncia alla stessa pagina: le due distinzioni non sono state e non possono

distinta del diritto internazionale, e lo riconduce all'oscillazione fra normatività e concretezza, utopia e apologia, facendone la spiegazione insieme dell'apertura degli esiti e del rigore formale della disciplina; la resa italiana riassume il passo e non ne è traduzione letterale, e nessuna parola dell'originale è qui riportata fra virgolette. Sull'obiettivo del volume, p. 572: «By sketching the rules that underlie the production of arguments in international law, *From Apology to Utopia* seeks to liberate the profession from its false necessities»; e p. 573: «In particular, it shows them that nothing of this competence requires commitment to particular political ideas or institutional forms» (trad. mia).

¹⁸⁰ *Ivi*, p. 563: «although it has become possible to say new things in the law, the grammar which one uses to say those things has remained largely unchanged» (trad. mia). L'elenco dei mutamenti richiamati nel testo è alla medesima pagina.

¹⁸¹ *Ivi*, p. 16 (trad. mia). L'originale: «International law is kept distinct from descriptions of the international political order by assuming that it tells people what to do and does not just describe what they have been doing. It is delimited against principles of international politics by assuming it to be less dependent on subjective beliefs about what the order among States should be like. These two delimitations establish what lawyers commonly assume to be the "objectivity" of international law».

essere mantenute simultaneamente, e il diritto dei giuristi ricade di continuo in ciò che appare o come descrizione di fatti o come prescrizione politica.¹⁸²

I due confini hanno un nome tecnico. Per impedire al diritto internazionale di perdere la propria indipendenza rispetto alla politica, la mente giuridica combatte una battaglia su due fronti: assicura la *normatività* del diritto creando distanza fra esso e il comportamento, la volontà e l'interesse degli Stati, e ne assicura la *concretezza* allontanandolo da una morale naturale. Le due distanze corrono in direzioni opposte: senza la prima il diritto sarebbe apologia non normativa, mera descrizione sociologica; senza la seconda apparirebbe utopico. Il giurista moderno deve perciò mostrare che il diritto vincola lo Stato a prescindere dal suo comportamento, dalla sua volontà e dal suo interesse, e che il contenuto di quel vincolo può nondimeno essere verificato per riferimento a quegli stessi elementi.¹⁸³ La somma dei due requisiti è l'oggettività, che riguarda la giustificazione delle soluzioni, non il processo psicologico con cui vi si perviene.¹⁸⁴

La versione criticata non è ingenua: l'autore riconosce che l'oggettività giuridica è nozione già screditata e prende sul serio la dottrina dell'indeterminatezza «relativa», cui obietta di non saper spiegare perché l'incertezza resterebbe confinata ai margini, né su quale base la discrezionalità si distingua dalla scelta politica.¹⁸⁵

¹⁸² *Ibidem*: «My argument is that these intellectual operations do not leave room for any specifically legal discourse. The two distinctions have not been – and, as I shall argue, cannot be – simultaneously maintained. Lawyers' law is constantly lapsing either into what seems like factual description or political prescription» (trad. mia). Alla stessa pagina: «The argument which seeks to give identity to international law by referring to its greater objectivity (in the two senses outlined) has been a failure. No identifiable intellectual realm has emerged between historiography and politics».

¹⁸³ *Ivi*, p. 17, in apertura della sezione 1.1 «The identity of international law: the requirements of normativity and concreteness» (trad. mia). L'originale: «To prevent international law from losing its independence *vis-à-vis* international politics the legal mind fights a battle on two fronts. On the one hand, it attempts to ensure the *normativity* of the law by creating distance between it and State behaviour, will and interest. On the other hand, it attempts to ensure the law's *concreteness* by distancing it from a natural morality» (corsivi dell'autore). Alla stessa pagina: «A law which would lack distance from State behaviour, will or interest would amount to a non-normative apology, a mere sociological description. A law which would base itself on principles which are unrelated to State behaviour, will or interest would seem utopian, incapable of demonstrating its own content in any reliable way»; e: «To show that an international law exists, with some degree of reality, the modern lawyer needs to show that the law is simultaneously normative and concrete – that it binds a State regardless of that State's behaviour, will or interest but that its content can nevertheless be verified by reference to actual State behaviour, will or interest».

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 25: «Concreteness relates to the verifiability of law, normativity to our duty to exclude everything that is not contained in verified rules from the justification we give for our solution. Together they count for the law's *objectivity*»; e, alla stessa pagina: «Objectivity, then, is related to the *justification* of solutions. The law's identity *vis-à-vis* politics concerns its capability to provide such justifications» (trad. mia; corsivi dell'autore).

¹⁸⁵ *Ivi*, pp. 24-25. A p. 25: «Now, legal objectivity is surely a discredited notion». A p. 24: «But mainstream scholarship remains unmoved by such criticisms. It points out that even if much of international law is in one sense or other "political", its core, namely the practice of dispute-settlement has independence from political ideologies and positions»; e, sulla dottrina dell'indeterminatezza relativa: «This doctrine, however, is ultimately unable to explain why indeterminacy would be restricted only to marginal cases and what basis there is to distinguish discretion from evaluation, that is, political choice» (trad. mia).

Perché i due confini non possano essere tenuti insieme lo si legge nella sezione conclusiva del capitolo. Entrambe le serie di argomenti poggiano sull'assunto di prevalere l'una sull'altra, e questo è il loro unico senso distinto, sicché ogni riconciliazione si lascia mostrare o come autocontraddittoria o come preferenza silenziosa per uno dei due. Ne risulta una dottrina in movimento costante dalla concretezza alla normatività e viceversa, che sopravvive perché in essa riconosciamo «la dottrina liberale della politica entro la quale siamo abituati a far valere i nostri argomenti politici».¹⁸⁶

Il punto di massima tensione dell'argomento è all'ultimo capoverso della sezione 1.3.2, ed è la frase che l'autore stesso dice la più citata del libro.

«In other words, my argument is that international law is singularly useless as a means for justifying or criticizing international behaviour. Because it is based on contradictory premises it remains both over- and underlegitimizing: it is overlegitimizing as it can be ultimately invoked to justify any behaviour (apologism), it is underlegitimizing because incapable of providing a convincing argument on the legitimacy of any practices (utopianism).»¹⁸⁷

La portata della frase è circoscritta dall'autore stesso, e su tre piani. Il primo è interno al periodo: l'inutilità che si predica discende da premesse contraddittorie e si manifesta in due direzioni opposte insieme, sicché non è un difetto di determinatezza semantica. Il secondo sta poche righe più sotto, dove la sezione seguente respinge come fortemente contraria all'intuizione la conclusione irrazionalista, per cui la decisione giuridica sarebbe interamente irrazionale.¹⁸⁸ Il terzo è del 2005: nell'epilogo Koskenniemi riconosce che, fuori dal suo contesto, quella frase è sbagliata, perché il diritto internazionale è di fatto continuamente usato per giustificare o criticare la condotta internazionale, mentre nel contesto in cui compare il suo

¹⁸⁶ *Ivi*, pp. 65-66 (trad. mia). A p. 65: «Reconciliation is impossible. This results from the way both sets of arguments are based on the assumption that they overrule each other. Moreover, this is their *only* distinct sense. [...] The arguments are meaningful only in mutual exclusion. Therefore, each attempted reconciliation can be ultimately made to reveal itself as simply self-contradicting or in fact preferring the ascending or descending argument and unacceptable as such»; e: «Consequently, doctrine is forced to maintain itself *in constant movement from emphasizing concreteness to emphasizing normativity and vice-versa* without being able to establish itself permanently in either position» (corsivi dell'autore). Alla stessa pagina l'esito è qualificato come «a curiously incoherent doctrine which is *ad hoc* and survives only because it is such». Il periodo citato nel testo comincia in fondo a p. 65 e si chiude in testa a p. 66: «The style survives because we recognize in it the liberal doctrine of politics within which we have been accustomed to pressing our political arguments».

¹⁸⁷ *Ivi*, p. 67, ultimo capoverso della sezione 1.3.2 «Indeterminacy as contradiction». Trad. mia: in altre parole, il mio argomento è che il diritto internazionale è singolarmente inutile come mezzo per giustificare o criticare la condotta internazionale; poiché è fondato su premesse contraddittorie, esso resta insieme sovra- e sotto-legittimante: è sovra-legittimante perché può in ultima analisi essere invocato per giustificare qualunque condotta (apologismo), è sotto-legittimante perché incapace di fornire un argomento persuasivo sulla legittimità di qualsiasi pratica (utopismo).

¹⁸⁸ *Ibidem*, attacco della sezione 1.3.3: «One possible conclusion from an acceptance of these criticisms would be to think of legal decision-making as wholly irrational. If legal argument is understood capable of rendering any justification needed, then we seem to have renounced altogether the view of law as a structured discourse. But such conclusion would seem strongly counter-intuitive» (trad. mia).

senso è più stretto: la forza giustificativa e critica esiste, ma è inspiegabile in base alla teoria politica liberale che se ne invoca come fondamento.¹⁸⁹

Chi cita la frase isolata attribuisce dunque all'autore una proposizione che egli stesso qualifica come erronea; chi la cita nel contesto attribuisce alla critica un oggetto determinato, che non è il diritto internazionale ma la teoria che lo giustifica. Questa tesi si attiene alla seconda lettura.

La cautela non è soltanto redazionale, perché è la ricezione dell'opera a renderla necessaria. Chi ne fu contraddittore nel 1989 rilevava, quasi vent'anni dopo, che il volume viene citato per proposizioni generali — che il diritto internazionale oscilli fra apologia e utopia, che l'argomentazione giuridica internazionale sia indeterminata e non persuasiva — mentre l'armatura centrale dell'argomento resta un'ipotesi, e come tale non è citabile per una conclusione ordinata.¹⁹⁰

La struttura determina dunque la forma dell'argomento, non il suo esito. Due pagine più avanti l'autore lo scrive espressamente. La forma è determinata perché segue schemi ricorrenti, una costante dissociazione e associazione di argomenti sulla normatività e sulla concretezza e un tentativo di evitare la soluzione materiale, sicché non tutti gli argomenti possono avere successo entro di essa.¹⁹¹

Il debito verso il realismo giuridico scandinavo è riconosciuto e circoscritto: la lettura di Alf Ross tolse credibilità a buona parte di ciò che l'autore aveva appreso della professione,

¹⁸⁹ *Ivi*, Epilogue, p. 600 (trad. mia). L'originale: «This links to the most-often quoted sentence in the book, namely that "international law is singularly useless as a means for justifying or criticizing international behaviour" (p. 67 above). Taken out of its context, this is wrong – for international law *is* constantly used to justify or criticize international behaviour. In the context where it appears, however, its point remains valid: although international law has justifying or critical force, that force is inexplicable by the liberal political theory that is invoked as its foundation». Si noti che a p. 600 l'autore cita se stesso sopprimendo l'incipit in prima persona «my argument is that», che è invece nell'originale di p. 67.

¹⁹⁰ D. Kennedy, «The Last Treatise...», cit., p. 991 (trad. mia): «I have often seen *From Apology to Utopia* cited for some general proposition like "international law moves back and forth from apology to utopia" or "international legal argument is indeterminate and unpersuasive." This is too bad»; e, alla stessa pagina: «The central armature of his argument remains a hypothesis – it cannot be cited for a tidy conclusion». Sempre a p. 991 il rilievo sullo stato degli studi: il volume, «although often cited», è «rarely challenged or deeply engaged».

¹⁹¹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 69 (trad. mia). L'originale: «I have distinguished between the *formal structure* and the *material outcomes* of international legal argument. I shall argue that the structure or form of the international legal argument is indeed determinate in that it follows certain recurring patterns – a constant dissociation and association of arguments about normativity and concreteness and an attempt to avoid material solution. To this extent, international law has a structure. Not all arguments can be successful within it» (corsivi dell'autore; il refuso «succesful» è nel volume); e, alla stessa pagina: «"Positivism", "sovereignty" and "consent" do belong together in a stylistically recognizable manner. So do "natural law", "community" and "purpose". This is so even if neither of such sets of concepts suggests anything by way of solving any normative problems».

ma la prospettiva esterna del realismo non risponde alle domande interne sul diritto valido, e la critica dell'oggettività si colloca invece dentro il discorso che analizza.¹⁹²

Un passaggio tardo mostra che la pretesa di oggettività non si salva nemmeno scegliendo l'etichetta metodologica giusta. Alla tesi corrente per cui la scienza giuridica francese sarebbe stata «positivista» e quella tedesca «antipositivista», Koskenniemi obietta che le due nozioni si reggono l'una sull'altra: un positivismo si giustifica solo richiamando argomenti antipositivisti sul peso della volontà, mentre un antiformalismo rende noto il proprio contenuto solo richiamando ciò che sta «positivamente» lì, prassi, consuetudine o altro fatto.¹⁹³ Se ne ricava il criterio che il capitolo IV riprenderà: poiché nessuna dottrina ha un contenuto politico fisso, la sua parzialità si accerta nell'impiego, e il significato di un concetto politico «è il suo uso: ciò per cui e ciò contro cui viene invocato, in quale contesto e da chi».¹⁹⁴

3.4 Apologia e utopia come poli dell'argomentazione giuridica

Due coppie concettuali sono state tenute separate: apologia e utopia, che non sono proprietà delle dottrine ma imputazioni ricevute dalla prospettiva opposta, e argomento ascendente e argomento discendente, che sono invece i due soli modi di giustificare l'obbligo. Le quattro posizioni passate in rassegna valgono poi solo l'una in rapporto all'altra, e condividono senza dichiararlo un assunto falso sui fatti come arbitri della controversia teorica.

I due termini che danno il titolo all'opera nominano le direzioni in cui l'argomentazione può degenerare, e nessuna delle due è evitabile senza cadere nell'altra. Si ha *apologia* quando il diritto è ricostruito in modo così aderente alla condotta e alla volontà effettiva degli Stati da non poterne più censurare alcuna condotta; si ha *utopia* quando è ricostruito in modo

¹⁹² M. Koskenniemi, «Introduction: Alf Ross and Life Beyond Realism», in *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 4, 2003, pp. 653-659, pp. 653, 655 e 658. Alla p. 653 l'autore riferisce l'effetto che la lettura di A. Ross, *On Law and Justice*, ebbe sulla propria formazione; alla p. 655 le nozioni di «sovereignty», «legal sources» e «binding force» sono dette «weak and malleable»; alle pp. 655 e 658 sono esposti il limite della prospettiva esterna e la persistenza dell'uso professionale di quelle nozioni (trad. mia).

¹⁹³ M. Koskenniemi, «'By Their Acts You Shall Know Them...' (And Not by Their Legal Theories)», in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 4, 2004, pp. 839-851, p. 843 (trad. mia). L'originale: «something like a legal "positivism" is justified only by reference to "anti-positivist" arguments (about the significance of "will" or the stature of legislative sovereignty), while any "anti-formalism" can make its content known only by reference to what is "positively" there (such as practice, custom, institution, class bias or other "fact")».

¹⁹⁴ *Ivi*, p. 846: «the meaning of a political concept [...] is its use: what it is invoked for and what it is invoked against, in which context, and by whom» (trad. mia). Il rinvio dell'autore è a Q. Skinner, «Meaning and Understanding in the History of Ideas», in *Id.*, *Visions of Politics*, vol. I, 2003, p. 57, come indica la nota di Koskenniemi, che non ne dà né editore né luogo.

indipendente dalla condotta effettiva che la sua applicazione dipende da una concezione del giusto che gli Stati non condividono, e la pretesa di vincolarli diventa imposizione.

Che le due accuse siano due letture della stessa evidenza il testo lo mostra su un esempio elementare. Il rilievo consueto sull'inesistenza, nel diritto internazionale, di apparati legislativi, di giurisdizione obbligatoria e di esecuzione coattiva incorpora entrambe le critiche: da una prospettiva mette in luce l'infinita flessibilità del diritto, dunque il suo apologismo; da un'altra ne colpisce il carattere «moralistico», dunque il suo utopismo.¹⁹⁵ Confutare l'una accusa non dimostra allora la falsità dell'altra: non condividono il criterio.

Il vocabolario tecnico con cui l'opera descrive il movimento viene però dalla storiografia del pensiero politico medievale. Vi sono due soli modi di argomentare intorno all'obbligo: farlo discendere da un codice normativo anteriore e superiore allo Stato, oppure farlo salire dal comportamento, dalla volontà e dall'interesse degli Stati. Con Walter Ullmann, Koskenniemi li chiama schema *discendente* e schema *ascendente*, e ne afferma l'esclusività e la reciproca esclusione: o il codice è superiore allo Stato o lo Stato è superiore al codice, e una posizione intermedia sembra esclusa.¹⁹⁶

Una cautela terminologica si impone qui, e ora poggia sul testo anziché su una convenzione redazionale. La coppia ascendente/discendente e la coppia apologia/utopia non coincidono: la prima nomina le due direzioni possibili della giustificazione, la seconda le due accuse cui ciascuna direzione si espone quando è guardata dall'altra. Che si tratti di piani diversi lo dice l'autore in una proposizione da cui dipende molto. Nessuna posizione, argomento o dottrina è di per sé utopica o apologetica, perché tali qualificazioni si riferiscono a una posizione solo come risultato di un'interpretazione, di una proiezione da una prospettiva opposta.¹⁹⁷

¹⁹⁵ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 24 (trad. mia). L'originale: «Another group has argued that the law is too political because founded on speculative utopias. Both view international law as too ineffective to be taken seriously in the construction of world order. The standard point about the non-existence of specific legislative machineries, compulsory adjudication and enforcement incorporates both criticisms. From one perspective, this criticism highlights the infinite flexibility of international law (apologism), from another perspective, such criticism attacks the "moralistic" nature of the law (utopianism)».

¹⁹⁶ *Ivi*, pp. 59-60. A p. 59: «Following Walter Ullmann, I shall call these the "descending" and "ascending" patterns of justification»; e: «The two patterns – or sets of arguments – are both exhaustive and mutually exclusive. A point about world order or obligation can either be "descending" or "ascending" and is unable to be both at the same time. [...] Either the normative code is superior to the State or the State is superior to the code. A middle position seems excluded». A p. 60, nel testo: «From the ascending perspective, the descending model falls into subjectivism as it cannot demonstrate the content of its aprioristic norms in a reliable manner (i.e. it is vulnerable to the objection of utopianism). From the descending perspective, the ascending model seems subjective as it privileges State will or interest over objectively binding norms (i.e. it is vulnerable to the charge of apologism)»; e nelle note 142 e 143: «This is typically the content of positivist criticisms of naturalism»; «This is typically the point of naturalist criticisms of positivism» (trad. mia).

¹⁹⁷ *Ivi*, p. 164: «No position, argument or doctrine is by itself utopian or apologist. These characterizations relate to a position only as a result of interpretation, projection from an opposing perspective – another view about what it is for an argument to be "subjective" or "objective"» (trad. mia). Alla stessa pagina l'autore osserva che fra

Apologia e utopia non sono proprietà, sono imputazioni; e questa tesi non userà l'una coppia in luogo dell'altra.

La formulazione più compatta del meccanismo è nel saggio del 1990: «The dynamics of international legal argument are provided by the constant effort of lawyers to show that their law is either concrete or normative and their becoming thus vulnerable to the charge that such law is in fact political because apologist or Utopian».¹⁹⁸ Lo sforzo di evitare un'accusa produce l'esposizione all'accusa opposta, perché chi si difende dall'utopismo con la concretezza del proprio diritto si scopre sul fianco dell'apologia; e poiché entrambe le accuse dicono che tale diritto è in realtà politico, la posta in gioco resta la pretesa di distinguere il diritto dalla politica.

Il meccanismo non è un artificio dell'analista, e una decisione giudiziaria lo mostra meglio di una dottrina. Il capitolo terzo riporta il passaggio del *Lotus* in cui la Corte permanente di giustizia internazionale afferma che le regole vincolanti per gli Stati promanano dalla loro libera volontà quale espressa in convenzioni o in usi generalmente accettati, e che ciò avviene per regolare le relazioni fra comunità indipendenti coesistenti o in vista del conseguimento di fini comuni. Il commento di Koskenniemi coglie la simultaneità: il diritto è concreto perché sorge dagli Stati stessi e non da una morale preesistente, ed è normativo perché li governa mediante regole «vincolanti», in ultima analisi «in vista del conseguimento di fini comuni».¹⁹⁹ Una sola frase compie entrambi i movimenti, perché nessuno dei due è chiamato a sostenersi da solo.

i moderni e i loro predecessori non vi è differenza quanto alla struttura dell'argomento, e che «the distinction lies in rhetorics, in what associations are chosen to fulfil the ascending and descending spaces».

¹⁹⁸ M. Koskenniemi, «The Politics of International Law», cit., p. 8. Trad. mia: le dinamiche dell'argomentazione giuridica internazionale sono date dallo sforzo costante dei giuristi di mostrare che il loro diritto è concreto oppure normativo, e dal loro divenire perciò vulnerabili all'accusa che tale diritto sia in realtà politico, in quanto apologetico o utopico. La formulazione corrispondente nel volume è in M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 65.

¹⁹⁹ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 167, dove il passo della Corte è riportato fuori corpo: «International law governs relations between independent States. The rule of law binding upon States therefore emanates from their own free will as expressed in conventions or usages generally accepted as expressing principles of law and in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims». Il commento dell'autore è alla stessa pagina: «In other words, the law is concrete as it arises from the States themselves and not some pre-existing morality. But it is normative, too, as it governs inter-State conduct by "binding" rules, ultimately "with a view to the achievement of common aims"» (trad. mia). Il rinvio dell'autore, in nota 20 della stessa pagina, è a Corte permanente di giustizia internazionale, *Affaire du «Lotus»* (Francia c. Turchia), 7 settembre 1927, arrêt n. 9, in *Publications de la Cour permanente de justice internationale. Recueil des arrêts*, Série A, n. 10, p. 18. Il blocco riportato sopra è la resa che ne dà Koskenniemi e diverge dal testo ufficiale in tre punti: «rules [...] emanate» al plurale, «or by usages», «and established in order to regulate».

La parte più estesa del capitolo terzo mostra la struttura in autori singoli, e l'autore avverte di averla identificata in giuristi determinati per tenere breve la discussione: il punto sta nelle distinzioni stabilite, non nelle dottrine invocate, e i nomi propri valgono come casi.²⁰⁰

Le posizioni sono quattro perché due sono le variabili. Il giurista può spiegare la rilevanza della propria disciplina insistendo sulla forza vincolante del diritto oppure sulla sua estensione materiale, e le due mosse si ostacolano a vicenda: ne risultano la dottrina delle regole, in cui il diritto è normativamente forte ma di ambito ristretto, e quella delle politiche, in cui è normativamente debole ma di ambito ampio. Poiché le variabili sono indipendenti, se ne aggiungono altre due, la posizione scettica, dove il diritto è insieme debole e ristretto, e quella idealistica, dove è insieme forte e ampio; e tutte sono puramente relazionali, perché hanno significato solo l'una rispetto all'altra, come «lungo» e «corto».²⁰¹

Le due posizioni che restringono l'ambito falliscono per ragioni opposte. Nella versione delle regole, che l'autore illustra su Schwarzenberger, il diritto è un corpo di regole identificabili mediante una prova oggettiva di pedigree, cioè le fonti, che dice esaurientemente quali standard siano diritto e quali no; l'esito è un diritto normativamente forte ma di ruolo marginale, e il difetto più grave non è la marginalità, bensì l'incapacità di rendere conto di come diritto e politica possano essere tenuti così nettamente distinti come quella posizione assume.²⁰² Lo scetticismo di Morgenthau restringe del pari l'ambito e nega anche l'uniformità del vincolo, giacché il diritto sarebbe vincolante solo «più o meno», secondo quanto determinato dalle realtà politiche; ma il suo problema immediato è il punto di vista esterno, che associa il diritto alle

²⁰⁰ *Ivi*, p. 189: «In order to keep discussion as brief as possible, I have identified each position with a particular international lawyer. As I have said, this is not intended to be a fixed, permanent classification but only to demonstrate typical ways of trying to construct better doctrines by lawyers who have been relatively "theoretical" and consistent. The point is in the distinctions established, not in the substantive doctrines invoked» (trad. mia).

²⁰¹ *Ivi*, pp. 184-185. A p. 184: «Two versions of doctrine emerge: 1. the rule-approach position (law is normatively strong but restricted in scope); 2. the policy-approach position (law is normatively weak but wide in scope)»; a p. 185: «Thus, there are two more positions: 3. the sceptical position (law is both normatively weak and materially restricted); 4. the idealistic position (law is both normatively strong and materially wide)»; e, alla stessa pagina: «The four positions outlined do not entail any particular views about substantive norms. Each is defined exhaustively by its attitude towards the problems of normative force and material scope. The positions are also purely relational: they involve no fixed views about binding force or applicability. They are meaningful only *vis-à-vis* each other (like "long"/"short")» (trad. mia). L'enumerazione è dell'autore.

²⁰² *Ivi*, p. 189: «The rule-approach may be associated with the Austinian conception of law as rules, identifiable by reference to an objective test of pedigree (sources) which will exhaustively tell which standards qualify as law and which do not»; e p. 196: «By insisting on a strict test of pedigree – that is, a clear-cut distinction between law and non-law – the rule-approach will end up with a law with only a marginal role in international affairs. But this is not its only problem. A more serious one concerns its inability to provide a convincing account of how law and politics can be held so sharply distinct as assumed by it» (trad. mia). La sezione 3.3.1 occupa le pp. 189-196.

sanzioni di fatto e non rende conto della sensazione, diffusa fra statisti e diplomatici, che le regole esistano e li vincolino.²⁰³

Le due posizioni che allargano l'ambito falliscono in modo simmetrico. Nella versione delle politiche, illustrata su McDougal, la forza vincolante è una questione di grado, legata all'autorevolezza di fatto della decisione giuridica: poiché decisioni autorevoli si producono a ogni livello della condotta internazionale, il diritto ha rilevanza a ogni livello, e la sua forza normativa può non essere grande, ma il suo ambito è vastissimo. Per correggere la debolezza normativa quella posizione ricorre però a idee di giustizia naturalistiche o non esplicitate, minate a loro volta dallo scientismo con cui essa aveva criticato il giusnaturalismo e il positivismo standard.²⁰⁴ L'idealismo, infine, è il programma moderno nella sua forma originaria, e l'autore lo illustra su Alejandro Alvarez, a lungo giudice della Corte internazionale di giustizia: come può il diritto insieme rispecchiare la società ed esserne critico? La scrittura di Alvarez muove da quell'assunto, ma il filone critico vi è divorato da quello sociologico, e il progressismo resta senza mordente, perché il conflitto è cancellato o presentato come «errore», correggibile quando ciascuno comprenda il proprio interesse reale.²⁰⁵

Le quattro posizioni condividono qualcosa che nessuna di esse dichiara: la convinzione che il diritto sia determinato da eventi sociali e che la propria superiorità riposi sull'accuratezza con cui li descrive. L'assunto si rivela falso, perché i fatti non stanno lì come arbitri imparziali delle controversie giuridico-teoriche: sono «fabbricati» via via, per costruire un diritto che risponda ai nostri ideali sociali. Da qui il carattere interminabile delle critiche moderne e

²⁰³ *Ivi*, p. 197: «In addition to being marginal in scope, international law is also normatively flexible, binding only "more or less", as determined by political realities»; e p. 200: «Scepticism argues, then, that international law is irrelevant as neither extensive nor normative. The immediate problem with scepticism is its reliance on an external point of view. Associating law with factual sanctions fails to count for the internal aspect of rules – the feeling with many statesmen and diplomats that rules exist and are binding upon them and their States» (trad. mia). La sezione 3.3.2 occupa le pp. 197-200.

²⁰⁴ *Ivi*, p. 201: «Binding force is not an on/off affair of applying formal rules but a more-or-less problem related to the factual authoritativeness of legal decision. [...] As authoritative decision-making goes on at all levels of international conduct, law, too, has relevance at all such levels. Though the law's normative force may not always be great, its scope is very wide»; e p. 209: «To sum up: the policy-approach creates a law which is wide in scope but weak in normative force. To correct the latter defect, it uses naturalistic or unexplicated ideas of justice which are, however, undermined by the scientism through which it criticized standard naturalism and positivism. The relevance of international law is not demonstrated within it» (trad. mia). La sezione 3.3.3 occupa le pp. 201-209.

²⁰⁵ *Ivi*, p. 212: «But how can the law both reflect society and be critical of it? Let me illustrate this tension in the work of Alejandro Alvarez, a South-American legal scholar and a long-time judge at the ICJ. His writing starts out with assuming that international law both reflects the changes in the international society and is critical of that society. In the course of the argument, however, the critical strand is devoured by the sociological one»; e p. 214: «Despite its progressivist style, Alvarez' work lacks critical bite. [...] The present is portrayed as one of all-encompassing interdependence where people are in agreement about the fundamentals of social life. Existing conflict is wiped away or presented as "error" which can be corrected when everybody understands his real interest» (trad. mia). La sezione 3.3.4 si apre a p. 209 con il capoverso generale sull'idealismo; il ritratto di Alvarez comincia a p. 212. Le opinioni dissenzienti su cui l'autore lavora sono indicate nelle note 200-203 di p. 214.

l'inevitabile ricorso alla giustizia; una giustizia che però dovrà essere condannata come mero «soggettivismo», oppure minerà il progetto moderno per intero.²⁰⁶

Lo stesso si osserva sulla questione delle fonti. L'argomento che le riguarda resta, sulle proprie premesse, in fuga continua dall'ammettere il proprio carattere politico: spiega il consenso in termini di giustizia e la giustizia in termini di consenso, e resta indefinito finché lo spostamento continua, non persuasivo quando si arresta.²⁰⁷

Nel 1995, quando il Consiglio di sicurezza aveva appena cominciato a servirsi con larghezza dei poteri del capitolo VII, l'autore ha applicato lo schema a un'istituzione. Poiché i fini e i principi dell'Organizzazione sono molti, ambigui e in conflitto fra loro, il vincolo testuale è esiguo; ma la posizione che ne ricava la sufficienza dell'accordo fra i membri permanenti è apologia in forma istituzionale, e la replica del giurista, che l'autorità è categoria normativa e non fattuale, resta esposta al rilievo che ciascuna lettura dei principi trova sempre nomi autorevoli a sostegno. Applicata alle istituzioni, la coppia prende nomi nuovi: tirannide cinica quando il sistema pende dal lato dell'ordine, tirannide utopica quando i problemi di governo sono guardati dalla prospettiva di un'unica convinzione normativa.²⁰⁸

3.5 Concretezza, normatività e la dottrina liberale della politica

La struttura dell'argomentazione internazionalistica è stata ricondotta qui alla contraddizione fra libertà individuale e ordine sociale che regge e insieme divide la dottrina liberale della politica. Perché quella dottrina possa apparire non politica lo spiega, secondo la

²⁰⁶ *Ivi*, p. 223, ultime righe del capitolo 3: «The assumption that legal justice can be inferred from social facts proves false. Facts do not stand "there" as impartial arbiters of our legal-theoretical controversies. They are, as Nelson Goodman puts it, "fabricated" as we go along to construct a law which would meet our social ideals»; e: «Hence the interminable character of modern criticisms and the inability of lawyers to stay within any of the available positions. Hence the inevitable recourse to justice – a justice, however, which will either have to be condemned as mere "subjectivism" or it will undermine the modern project altogether and ultimately the liberal theory of politics» (trad. mia). L'espressione «fabricated» è di Nelson Goodman, richiamato in nota da Koskeniemi. Alla p. 219 la medesima conclusione è formulata sul piano della struttura: «An argument, doctrine or position, "intermediate" or not, can justify itself only by claiming normativity or concreteness. It cannot make reference to both without self-contradiction».

²⁰⁷ *Ivi*, p. 387, ultime righe del capitolo 5: «Sources argument will, on its own premises, remain in continuous flight from having to admit its political character. It explains consent in terms of justice and justice in terms of consent. To avoid criticism compelled by itself it constantly moves position. But its argument will remain open-ended as long as the shifting of positions continues and unconvincing when it stops» (trad. mia). Formulazione parallela, più breve, in *Id.*, «The Politics of International Law», cit., p. 22. La circolarità corrispondente in materia di consuetudine (*ivi*, p. 411) è esposta al § 3.6.

²⁰⁸ M. Koskeniemi, «The Police in the Temple. Order, Justice and the UN: A Dialectical View», in *European Journal of International Law*, vol. 6, n. 3, 1995, pp. 325-348, p. 327: «the principles and purposes of the Charter are many, ambiguous and conflicting [...] The purposes and principles are no less indeterminate than the concept of a threat to peace. Textual constraint is practically non-existent» (trad. mia); la posizione realista e la replica del giurista sono alle pp. 327-328, l'irriducibilità della competenza delle Nazioni Unite all'ordine o alla giustizia a p. 328, e le espressioni «cynic tyranny» e «utopian tyranny» a p. 330.

deduzione qui svolta, l'implicitezza necessaria dei suoi presupposti, che è condizione di funzionamento e non dissimulazione. Ne viene che l'uguaglianza sovrana non fonda il sistema, ma discende da una premessa scettica.

Se la coppia apologia/utopia nomina le accuse, la coppia concretezza/normatività nomina i requisiti che l'argomentazione cerca di soddisfare per evitarle.

Il nesso è affermato dall'autore, non ricostruito dall'interprete. Subito dopo l'esposizione dei due requisiti si legge che a un livello più profondo quella struttura d'argomento esprime la teoria liberale della politica, la quale si identifica su due assunti: che gli standard giuridici emergano dai soggetti giuridici stessi, non esistendo un ordine normativo naturale, sicché ogni ordine è giustificabile solo se collegabile alle volontà e agli interessi concreti degli individui; e che, una volta creato, l'ordine sociale divenga vincolante per quegli stessi individui, che non possono invocare le proprie opinioni soggettive per sottrarsi alla sua forza costringente.²⁰⁹ I due assunti sono la concretezza e la normatività prima che diventino requisiti del diritto internazionale, e la sensazione di stallo del giurista è spiegata, nella pagina in cui il capitolo si chiude, «in ultima analisi con la natura contraddittoria della dottrina liberale della politica».²¹⁰

In che senso «liberale», il capitolo secondo lo precisa in modo differenziale e storico. Il liberalismo ha significato solo in quanto differisce da altre dottrine, e la sua identità riposa sulla distinzione che esso creò fra sé e ciò che lo precedeva.²¹¹ Emerge fra il Cinquecento e il Settecento come tentativo di sfuggire alle conclusioni anarchiche cui la perdita della fede in un ordine mondiale teologico-morale sembrava altrimenti condurre, e il problema che lo definisce sta in tre righe. Si tratta di far fronte a esigenze apparentemente opposte di libertà individuale e

²⁰⁹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 21 (trad. mia). L'originale: «At a deeper level, this structure of argument expresses the *liberal theory of politics*. This is a theory which identifies itself on two assumptions. *First*, it assumes that legal standards emerge from the legal subjects themselves. There is no natural normative order. Such order is artificial and justifiable only if it can be linked to the concrete wills and interests of individuals. *Second*, it assumes that once created, social order will become binding on these same individuals. They cannot invoke their subjective opinions to escape its constraining force» (corsivi dell'autore)..

²¹⁰ *Ivi*, p. 66 (trad. mia). L'originale: «This feeling is ultimately explained by the *contradictory nature of the liberal doctrine of politics*. In situations of uncertainty (hard cases) we are thrown back into having to argue both what the law's content is and why we consider it binding on the State. To avoid utopianism, we must establish the law's content so that it corresponds to concrete State practice, will and interest. But to avoid apologism, we must argue that it binds the State regardless of its behaviour, will or interest. Neither concreteness nor normativity can be consistently preferred» (corsivo dell'autore).

²¹¹ *Ivi*, p. 75: «"Liberalism", like any other political doctrine, has meaning only insofar as it differs from other doctrines. Its identity rests, in this sense, on the distinction which it created between itself and what went before it» (trad. mia). Quanto al contenuto, l'autore rinvia in nota alle definizioni correnti senza imporne una propria: «There are, of course, many definitions of liberalism. They make usually some reference to the ideas individual autonomy, voluntarism, personal liberty, capacity of choice, human diversity and individualism» (p. 74, nota 7).

di ordine sociale, sapendo che il tentativo procede per riconciliazione, o per paradosso, perché la libertà si preserva creando un ordine che la restringe.²¹²

Il paradosso è il luogo in cui il vocabolario del diritto pubblico entra in scena, perché la riconciliazione riposa sul *Rule of Law*: un ordine sociale legittimo è quello oggettivo, consistente di regole formalmente neutre e oggettivamente accertabili, create in un processo di legislazione popolare, e quanto più l'ordine è neutro e accertabile, tanto meglio le libertà possono essere garantite. La glossa che l'autore inserisce fra parentesi in quella stessa frase salda il capitolo secondo al primo: «neutro e accertabile» significa «normativo e concreto». Da qui i due argomenti che il capitolo primo aveva chiamato ascendente e discendente, qui nella loro forma domestica: l'ordine sociale è legittimo solo in quanto provvede alla libertà individuale, e la libertà individuale può essere preservata solo se esiste un ordine sociale normativamente cogente.²¹³

L'assunto fondativo è che l'ordine sociale debba poggiare sul consenso soggettivo degli individui, ed è, alla lettera, la rivendicazione più fondamentale della tradizione liberale; ne discende un ordine non più oggettivo e preesistente ma proiettato, costantemente relativo al proprio luogo di proiezione, lo Stato.²¹⁴ Con esso sono implicati tre assunti ulteriori, che l'autore enumera in un periodo unico: una psicologia liberale che pone la separatezza essenziale degli individui gli uni dagli altri; una morale liberale che pone l'arbitrarietà del valore; e l'armonia fra libertà e ragione, per cui dalle decisioni separate degli individui emergerebbe un ordine sociale che riflette nel modo migliore i fini e gli interessi di ciascuno, e con cui ognuno ha perciò buona ragione di concordare.²¹⁵ Poiché non esiste un ordine sociale naturale che preesista all'ingresso

²¹² *Ivi*, p. 71: «[...] the liberal doctrine of politics which emerged between the 16th and 18th centuries as an attempt to escape the anarchical conclusions to which loss of faith in an overriding theologico-moral world order otherwise seemed to lead»; e, alla stessa pagina: «The fundamental problem of the liberal vision is how to cope with what seem like mutually opposing demands for individual freedom and social order. The liberal attempt to tackle with this conflict is by means of reconciliation, or paradox: to preserve freedom, order must be created to restrict it» (trad. mia).

²¹³ *Ibidem*: «This reconciliation rests on the Rule of Law: a legitimate social order is one which is objective, one that consists of formally neutral and objectively ascertainable rules, created in a process of popular legislation. The more the order is neutral and ascertainable (that is, the more it is normative and concrete) the better the freedoms (as mediated through legislation) can be guaranteed»; e: «There is, in other words, an ascending, individualistic argument: social order is ultimately legitimate only insofar as it provides for individual freedom. And there is the descending, communitarian argument: individual freedom can be preserved only if there is a normatively compelling social order» (trad. mia).

²¹⁴ *Ivi*, p. 74: «The idea that social order should be based on the subjective consent of individuals is the most fundamental claim of the liberal tradition»; e, alla stessa pagina: «Instead of an objective, pre-existing order, liberal consciousness created a projected order, constantly relative to its place of projection, the State» (trad. mia).

²¹⁵ *Ivi*, pp. 74-75: «A number of assumptions were entailed: a liberal psychology stressed the essential separateness of individuals from each other and a liberal morality stressed the arbitrariness of value and assumed that there existed harmony between freedom and reason: Out of the separate decisions of individuals would emerge a social order which necessarily reflected the separate ends and interests of each individual in the best possible

dell'essere umano in esso, quell'ordine ha bisogno costante di legittimazione; e la dottrina che gliela fornisce, la sovranità popolare, è a due facce: pone la libertà personale di ciascuno di decidere della propria preferenza politica, e stabilisce che, accertate le preferenze, l'ordine politico sia sovrano nel darvi corso a esclusione di quelle devianti, sicché contro le sue decisioni, divenute legittime, non si può più protestare.²¹⁶

Le sole due voci che l'autore numera per proprio conto sono le «due fastidiose modificazioni» che Locke, Rousseau e Mill aggiungono alla dottrina hobbesiana: un accento accresciuto sul consenso, e il ricorso a diritti umani fondamentali oppure a una data distinzione fra sfera privata e sfera pubblica.²¹⁷ Da esse discende un vincolo di forma: «il liberale non può accontentarsi di un argomento puramente ascendente o puramente discendente», perché il solo assetto sociale legittimo è quello che provvede a entrambi, ascendente in quanto legittimato in ultima analisi per riferimento a fini individuali, discendente in quanto contiene una teoria in forza della quale i fini soggettivi di alcuni possono essere sopraffatti.²¹⁸

Il punto in cui la costruzione cede riguarda i diritti. Se si assume l'esistenza di un insieme di diritti fondamentali oggettivi, cioè discendenti, si è già usciti dal liberalismo; se se ne nega l'esistenza, non si consegue la riconciliazione fra libertà e ordine sociale, e la prima resta in pericolo di essere divorata dal secondo. La via d'uscita consiste nel mantenere la teoria dei diritti puramente formale, collegandola a una nozione non sostanziata di «libertà».²¹⁹ Dove le regole tacciano si deve poi aderire al metaprinzipio liberale della libertà, e ne nascono difficoltà,

way and which everybody therefore had good reason to agree with» (trad. mia). Il periodo comincia a p. 74 e si chiude a p. 75; alla nota 12 di p. 75 l'autore identifica l'assunto di armonia con la «mano invisibile».

²¹⁶ *Ivi*, p. 75: «In the liberal vision, there is no natural, objective social order which would pre-exist the human being's entry into it. Therefore, it is constantly in need of legitimation»; e, alla stessa pagina: «The legitimation doctrine of popular sovereignty is two-sided: On the one hand, it stresses each individual's personal freedom to decide on his political preference. On the other hand, once these preferences are ascertained, the political order is sovereign to carry them out to the exclusion of deviating preferences – once legitimate, its decisions can no longer be protested against. In other words, political order is normatively constraining because it is based on the concrete wills and interests of individuals» (trad. mia).

²¹⁷ *Ivi*, p. 83: «Two troublesome modifications were added to the Hobbesian doctrine: 1. increased emphasis on consent; 2. reliance on fundamental human rights or a given distinction between a private and a public sphere» (trad. mia). L'enumerazione è dell'autore ed è tipograficamente numerata nel volume.

²¹⁸ *Ivi*, pp. 83-84. A p. 83: «The liberal cannot satisfy himself with a purely ascending or a purely descending argument»; a p. 84: «The only legitimate social arrangement is one which provides for both: it must be ascending in that it is legitimized ultimately by reference to individual ends. It must be descending in that it contains a theory whereby some people's subjective ends can be overruled» (trad. mia).

²¹⁹ *Ivi*, p. 85: «If we assume the existence of a set of objective (descending) fundamental rights, then we have moved beyond liberalism. If we deny their existence, we cannot achieve the reconciliation between freedom and social order. The former is constantly in danger of being devoured by the latter»; e, alla stessa pagina: «Liberalism hides this consequence by keeping its rights theory purely formal – that is, by linking it to an unsubstantiated view of "liberty"» (trad. mia).

perché le regole sono ambigue e le libertà confliggono fra loro.²²⁰ Ne risulta un liberalismo che contiene due filoni separati i quali continuamente si minacciano a vicenda, e che regge, per l'autore, solo grazie all'assunto mandevilliano secondo cui il comportamento interessato risulterà nel massimo beneficio di tutti.²²¹ Dal dilemma il liberalismo non ha via d'uscita. Se conserva il proprio scetticismo radicale sui valori, non può fondare una pratica coerente di soluzione dei problemi; se rinvia alla natura oggettiva di alcuni valori, mina la libertà.²²²

Perché una dottrina di questa portata riesca a presentarsi come non politica il capitolo lo spiega in luoghi distinti. Il primo passaggio è hobbesiano: la legittimazione politica perde il proprio carattere politico e diventa semplicemente causale, perché al sovrano basta richiamare il proprio potere fisico superiore e la propria capacità di impedire il *bellum omnium*.²²³ Il secondo generalizza: la politica intesa come teoria normativa del bene comune è respinta come speculazione soggettiva, la ragione pratica si trasforma da studio dei fini in studio degli strumenti del potere, e l'esercizio del potere politico diventa questione tecnico-giuridica anziché etico-politica. Il terzo è il più rivelatore, ed è una parentesi: l'argomento ascendente legittima l'ordine sociale per riferimento a fini individuali, mentre l'argomento discendente, «e curiosamente non politico», consente di sopraffare fini individuali particolari.²²⁴ Il quarto spiega perché quella parentesi sia necessaria: esiste una teoria implicita di ciò che è razionale volere, la quale però è curiosamente solo implicita, poiché renderla esplicita tenderebbe a far perdere la differenza fra liberalismo e medievalismo orientato ai fini naturali.²²⁵ A ciò l'autore

²²⁰ *Ivi*, p. 88: «If legal rules are lacking, then the liberal metaprinciple of freedom is to be adhered to. But this creates difficulties for: 1) rules are ambiguous and 2) freedoms clash against each other» (trad. mia). Alla stessa pagina l'autore riferisce al *Rule of Law* l'espulsione di morale e politica dall'amministrazione della società liberale: «Morals and politics are subjective and, therefore, have no place in the administration of liberal society».

²²¹ *Ivi*, p. 87: «In other words, liberalism contains two *separate* strands which continuously threaten each other» (trad. mia; corsivo dell'autore); e, alla stessa pagina: «The system is held together only by the Mandevillian assumption that self-interested behaviour will ultimately be for the greatest benefit of all. To think the system as coherent, or workable, this is what one has to assume».

²²² *Ivi*, p. 89: «There is this dilemma: if liberalism preserves its radical scepticism about values, then it cannot ground a coherent problem-solving practice – if it makes reference to the objective nature of some values it will undermine liberty» (trad. mia).

²²³ *Ivi*, p. 81: «It follows that political legitimation loses its political character and becomes simply causal. The sovereign need only refer to his overriding physical power, his ability to prevent the *bellum omnium* to justify himself and, moreover, to relate that justification to individuals' ends» (trad. mia).

²²⁴ *Ivi*, p. 82: «The State is no longer the Aristotelian *polis* but a Machiavellian instrument of authority. Politics in the sense of a normative theory of common good is rejected as subjective speculation. Practical reason is transformed from a study of ends into a study of the instrumentalities of power – a descriptive *techne*. Exercise of political power becomes a legal-technical instead of ethico-political matter»; e, alla stessa pagina: «The ascending argument legitimizes social order by reference to individual ends; the descending (and curiously non-political) argument allows overriding particular individual ends» (trad. mia). La parentesi è dell'autore.

²²⁵ *Ivi*, p. 84: «There is an implicit theory about what it is that is rational to will. This theory, however, is curiously only implicit. Making it explicit would tend to lose the difference between liberalism and natural ends – oriented medievalism» (trad. mia).

aggiunge, in nota, che il liberalismo contiene una pretesa implicita di non essere affatto una teoria politica, ma soltanto una struttura neutrale entro cui teorie politiche diverse competono per l'influenza; e già l'introduzione diceva che l'oggettività e la formalità da esso rivendicate «ne nascondono alla vista il carattere direttivo», e che esso «dovrà ricorrere a principi materiali che lascerà ingiustificati».²²⁶

Il passaggio da questa dottrina al diritto internazionale avviene per analogia domestica. Nessuno dei teorici liberali classici mostrò interesse particolare per le relazioni internazionali, ma quasi tutti sentirono di dover dire qualcosa anche su quella materia, e vi applicarono i principi che ritenevano validi fra individui, come fanno del resto i liberali moderni, benché non sia evidente perché a un liberale sia consentito trattare enti collettivi come gli Stati alla stregua di altrettanti individui.²²⁷ Che non si tratti di filosofia politica ma di diritto positivo lo mostrano poi le categorie in cui la struttura si deposita: l'ordine internazionale esiste per proteggere la libertà e favorire i fini dei singoli Stati, e per impedirgli di invaderne la sovranità si ricorre alternativamente a una dottrina dei «diritti fondamentali», a un principio di non ingerenza o a una delimitazione fra materie di competenza interna, private, e materie di interesse internazionale, pubbliche.²²⁸ Il caso esemplare è un documento: la Dichiarazione sulle relazioni amichevoli del 1970 è per l'autore una dichiarazione di liberalismo in grande, perché costruisce l'ordine internazionale a partire da fini statali privati e garantisce a ciascuno Stato il diritto di scegliere il proprio sistema di valori nella misura in cui non arrechi danno agli altri Stati.²²⁹

²²⁶ *Ivi*, p. 85, nota 49: «In a sense, liberalism contains an implicit claim of not being a political theory at all but merely an objective, neutral structure within which different political theories may compete for influence» (trad. mia). Nel testo della stessa pagina: «Liberalism is no grand political theory. It provides no material legitimation for social practices, no programme to the Government, no ends or values to be pursued beyond the general and formal aim of maximizing liberty». Sul punto si veda già l'Introduzione, p. 6, il cui soggetto è il liberalismo e non il discorso giuridico internazionale: «Its claimed objectivity and formality hide from sight its controlling character. But while it cannot, on its own assumptions, consistently hold to its objective-formal character, it will have to resort to material principles which it will leave unjustified» (trad. mia).

²²⁷ *Ivi*, p. 89: «To be sure, none of the classic liberal theorists showed any particular interest towards international relations or international law. On the other hand, most of them felt that they had to say something about this matter, too»; e: «And they did this by adopting the "domestic analogy" – assuming that the principles which they regarded as valid in inter-individual relations could, on the whole, be applied in inter-State relations as well. In a similar fashion modern liberals – Hart, Rawls – too, consider themselves capable of discussing international relations as a mere annex to their overall theory – though it is not evident why liberals should be entitled to treat such collective entities as States as simply so many individuals» (trad. mia).

²²⁸ *Ivi*, p. 93: «In a sense, the structuring power of liberal ideas in international law is evident already at the terminological level. International order exists to protect the freedom and to enhance the purposes of individual States»; e, alla stessa pagina: «To prevent international order from encroaching on State freedom (sovereignty), recourse is had variably to a doctrine of "fundamental rights", a principle of non-interference or a delimitation between matters of (private) domestic jurisdiction and (public) international concern» (trad. mia).

²²⁹ *Ibidem*: «The Friendly Relations Declaration passed by the UN General Assembly in 1970 is a declaration of liberalism writ large: It constructs international order from (private) State ends; it guarantees each State the right to choose its value-system and to pursue its own ideas of the good to the extent that no harm is caused to other States» (trad. mia). La Dichiarazione è l'allegato alla risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite 2625

Al capitolo V questa tesi porta una proposizione che sta nella conclusione del capitolo secondo. Gli assunti liberali caratterizzano anche il diritto internazionale classico: il punto di partenza è lo scetticismo sulla capacità umana di conoscere il bene, i valori sono soggettivi, e in assenza di un codice di valori universalmente valido non vi è giustificazione per sopraffare i valori di alcuni con quelli di altri; da cui, testualmente, il postulato dell'uguaglianza sovrana.²³⁰ L'uguaglianza sovrana non è dunque la premessa del sistema: ne è la conseguenza, e di una premessa scettica.

Il prezzo è nelle ultime righe del capitolo. Un diritto internazionale dell'uguaglianza sovrana è un diritto di pluralismo religioso e ideologico, scetticismo morale, strumentalismo economico e obiettivismo giuridico, valori estranei a quelli professati da molti autori e uomini di Stato, e affidarvisi comporta accettare la dottrina liberale della politica. In questo senso il diritto internazionale è un'eredità occidentale: l'idea del conflitto sociale come conflitto fra diritti sovrani è una matrice relativa al clima intellettuale dell'Europa dal Seicento.²³¹

Il meccanismo si lascia verificare su un problema tecnico circoscritto. Il concetto di «fondamentale» adoperato nel diritto dei diritti umani, e le nozioni di *ius cogens* e di norme valide *erga omnes*, presuppongono gerarchie normative che implicano una qualche forma di naturalismo morale: categorie che l'autore non propone di abbandonare, ma che non possono fondarsi sul solo consenso, perché la loro funzione è di valere anche contro di esso. Il carattere di *ius cogens* riconosciuto all'autodeterminazione impone, osserva l'autore, che il principio prevalga sull'articolo 34 della Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione degli Stati nei trattati;²³² ma stabilire quale delle due norme prevalga richiede di decidere quale valore la

(XXV), *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, adottata senza voto nella 1883^a seduta plenaria della venticinquesima sessione, 24 ottobre 1970, in *Official Records of the General Assembly, Twenty-fifth Session, Supplement No. 28 (A/8028)*, pp. 121-124.

²³⁰ *Ivi*, p. 154: «Liberalism, Rawls writes, prefers "rights" to what is "good". It privileges personal freedom and inviolability over substantive goals of social organization. I have argued that these assumptions characterize classical international law as well. Its starting-point is scepticism about human capacity to know the good. Values are subjective. In the absence of a universally valid code of values (or at least a method of knowing it), there is no justification to override the values held by some with those held by others. Hence the postulate of sovereign equality» (trad. mia).

²³¹ *Ivi*, pp. 156-157: «For an international law of sovereign equality is a law of religious and ideological pluralism, moral scepticism, economic instrumentalism and legal objectivism. These values are fundamentally alien to the values professed by many writers and statesmen. For better or for worse, reliance upon the classical law of sovereign equality entails accepting the liberal doctrine of politics» (trad. mia; il periodo comincia a p. 156 e si chiude a p. 157). A p. 156: «In this chapter I have attempted to explain what is involved in the truistic claim that international law is a Western heritage. I have argued that the international legal argument is constructed upon pluralistic and individualistic ideas which I associated with the liberal doctrine of politics. The idea of social conflict as a conflict between individual (sovereign) rights is a conceptual matrix relative to the historically specific intellectual climate of Europe from the seventeenth century onwards».

²³² M. Koskeniemi, «Hierarchy in International Law: A Sketch», in *European Journal of International Law*, vol. 8, n. 4, 1997, pp. 566-582, p. 566: «The concept of "fundamental", used in human rights law, as well as the

successione debba servire, e la decisione non è contenuta in nessuna delle due disposizioni, mentre nell'ordinamento internazionale manca il vertice da cui la validità discenderebbe per delega.

3.6 Indeterminatezza e operazioni interpretative

Proprietà del discorso e insieme esito voluto dagli attori giuridici, l'indeterminatezza non rende per ciò stesso imprevedibili le decisioni; la loro regolarità, però, non viene dalla grammatica ma dagli ambienti istituzionali in cui si argomenta, quelli cui l'autore riferisce la parzialità strutturale.

L'indeterminatezza è la tesi per cui l'opera è conosciuta, ed è anche quella che l'autore ha dovuto più volte precisare. L'epilogo del 2005 la definisce per esclusioni successive. Non è ambiguità semantica, e la pretesa è «molto più forte»: anche là dove «non vi è alcuna ambivalenza semantica, il diritto internazionale resta indeterminato, perché poggia su premesse contraddittorie e mira a regolare un futuro rispetto al quale persino le preferenze dei singoli attori restano instabili».²³³ Se l'indeterminatezza sopravvive all'univocità delle parole, nessun affinamento redazionale la riduce; e cade con essa l'ipotesi di un'indeterminatezza «relativa», che l'autore respinge in nota perché presuppone la determinatezza che pretenderebbe di misurare.²³⁴

La terza esclusione rovescia il modo consueto di impostare il problema. Il punto, scrive l'autore, «non è che tutto questo debba essere pensato come uno scandalo o (ancor meno) come una "deficienza" strutturale, ma che l'indeterminatezza è un aspetto assolutamente centrale dell'accettabilità del diritto internazionale»: essa non nasce da sbadataggine o da malafede, ma dalla volontà deliberata degli attori giuridici di assicurare che le regole adempiano agli scopi

ideas of jus cogens or imperative norms and rules valid in an erga omnes way each presuppose relationships of normative hierarchy that implicate some form of moral naturalism»; e p. 577: «Surely if the principle of self-determination is to have the jus cogens character attributed to it by the ICJ, for instance, it must override Article 34 of the 1978 Vienna Convention on the Succession of States in the Matter of Treaties, according to which a new state inherits all its predecessor's obligations» (trad. mia). Il riferimento è all'art. 34 della Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati nei trattati, del 23 agosto 1978. Sulla derivazione della validità per delega da norme di livello superiore negli ordinamenti statali, *ivi*, p. 567.

²³³ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 590 (trad. mia). L'originale: «But the claim of indeterminacy here is not at all that international legal words are semantically ambivalent. It is much stronger (and in a philosophical sense, more "fundamental") and states that even where there is no semantic ambivalence whatsoever, international law remains indeterminate because it is based on contradictory premises and seeks to regulate a future in regard to which even single actors' preferences remain unsettled». L'inciso omissso nella citazione è «(e, in senso filosofico, più "fondamentale")». Il passo apre la sezione 3.1 dell'Epilogo, «The nature of indeterminacy», pp. 590-596.

²³⁴ *Ibidem*, nota 79.

per cui furono adottate.²³⁵ La dimostrazione passa per la simultanea sovra- e sotto-inclusività delle regole formali, argomento che l'autore riconduce al realismo giuridico americano: ogni regola copre casi che il suo scopo non richiederebbe di coprire e ne lascia fuori altri che lo richiederebbero, e ciò ne mina la forza alla radice, perché impone il ricorso alla discrezionalità che la forma-regola doveva evitare.²³⁶

L'esempio è preso dal diritto sull'uso della forza. L'art. 16 del Patto della Società delle Nazioni non contemplava l'«azione di polizia», e ciò consentì al Giappone di consolidare l'occupazione della Manciuria fra il 1931 e il 1932 prima che la Società potesse agire efficacemente; la medesima disposizione avrebbe però imposto a tutti i membri di reagire contro l'Italia dopo l'attacco all'Abissinia del 1936, e avrebbe così costretto al consolidamento dell'asse fra Hitler e Mussolini nel momento in cui il compito più importante della diplomazia europea era impedirlo.²³⁷ Una sola regola, e i due difetti opposti: sotto-inclusiva verso il Giappone, sovra-inclusiva verso l'Italia. Di qui la conclusione: «L'art. 16 non fallì perché era aperto. Fallì perché non era abbastanza aperto».²³⁸ Il rimedio genera però il difetto contrario: alla rigidità dell'art. 16 sono subentrate la formula elastica della «minaccia o uso della forza» dell'art. 2, par. 4, della Carta e l'ampia discrezionalità del capitolo VII, ed è ora quella discrezionalità ad apparire responsabile degli scandali di selettività che sembrano aver minato la sicurezza collettiva delle Nazioni Unite.²³⁹ La regola determinata costringe alla

²³⁵ *Ivi*, p. 591 (trad. mia). L'originale: «The important point I wish to make in *From Apology to Utopia* is not that all of this should be thought of as a scandal or (even less) a structural "deficiency" but that indeterminacy is an absolutely central aspect of international law's acceptability. It does not emerge out of the carelessness or bad faith of legal actors (States, diplomats, lawyers) but from their deliberate and justified wish to ensure that legal rules will fulfil the purposes for which they were adopted».

²³⁶ *Ivi*, pp. 591-592. A p. 591 la dimostrazione passa per la sovra- e la sotto-inclusività della regola; a p. 592 (trad. mia): «This fundamentally – and not just marginally – undermines their force. It compels the move to "discretion" which it was the very purpose to avoid by adopting the rule-format in the first place». Alla nota 82 della stessa pagina l'autore riconduce l'argomento al realismo giuridico americano, rinviando a C. R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 130-135; M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1987, pp. 40-63; T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 67-83.

²³⁷ *Ivi*, p. 592 (trad. mia). L'originale: «This provision failed to include "police action" (and thus allowed Japan to consolidate its occupation of Manchuria in 1931–1932 before effective League action could be undertaken) but would have included a duty on all members to retaliate against Italy after its attack on Abyssinia in 1936 – and thus would have forced a consolidation of the Hitler–Mussolini axis at a moment when the most important task of European diplomacy was to prevent just that». La disposizione è l'art. 16 del Patto della Società delle Nazioni, Versailles, 28 giugno 1919, entrato in vigore il 10 gennaio 1920.

²³⁸ *Ibidem*: «Article 16 did not fail because it was open-ended. It failed because it was not open-ended enough» (trad. mia). Sono due periodi distinti nel volume.

²³⁹ *Ibidem* (trad. mia). L'originale: «Hence, of course, the flexible formulation of "threat or use of force" in Article 2(4) of the Charter and the wide discretion of the Security Council under chapter VII. But now it is precisely that discretion that seems responsible for the scandals of selectivity and partiality that have appeared to undermine the UN's collective security system». Le disposizioni richiamate sono l'art. 2, par. 4, e il capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, San Francisco, 26 giugno 1945, entrata in vigore il 24 ottobre 1945.

discrezionalità che voleva escludere, e lo stesso vale per i criteri proposti dagli anni Novanta per l'intervento umanitario.²⁴⁰

Dal parere del 1996 sulla liceità delle armi nucleari l'autore ricava che «qualunque divieto è sempre anche un permesso (di ciò che precisamente non è vietato), e quanto più chiaro è il divieto, tanto più incondizionato è il permesso».²⁴¹ Alla pagina seguente precisa però che cosa quel parere non dimostri, e la precisazione vincola chi voglia servirsene: «nulla dipendeva dall'ambivalenza semantica: fu l'ambivalenza dei fatti, e non del diritto, a rendere necessaria l'indeterminatezza della risposta della Corte». ²⁴² Il parere non è un esempio dell'indeterminatezza di cui l'opera si occupa.

Che cosa resti indeterminato l'autore lo mostra su formule normative determinate. «Non c'è nulla di necessariamente oscuro in "se si verifica un attacco armato", o in "inviolabilità territoriale", o in "diritto alla vita". L'indeterminatezza riguarda il rapporto fra quelle espressioni e le ragioni che le sorreggono, e le altre regole e principi [...]».²⁴³ La prima riproduce la formula

²⁴⁰ *Ivi*, p. 592 (trad. mia). L'autore ripete la dimostrazione sui criteri elaborati dagli anni Novanta per l'uso umanitario della forza, esempio parallelo non riportato nel corpo del testo per ragioni di estensione. L'ipotesi costruita per assurdo, e non proposta dall'autore, è alla stessa pagina: «From the perspective of preventing discretion and political misuse the best criterion would be a numeric one – say, intervention is allowed if "500" are killed. And yet, this would be unacceptable because it would allow intervention against the practice of abortion in the secular West (over-inclusive) but prevent military action when "only" 499 are tortured to death (under-inclusive)». La proposizione conclusiva citata nel testo è alla medesima pagina: «In order to avoid such problems, any criterion will necessarily have to include a contextual assessment of the seriousness of the situation – that is, to open the door of discretion that it was the point of the exercise to close»; alla stessa pagina l'autore estende il rilievo alla definizione di aggressione: «Although everyone would wish there to be a binding definition to constrain future adversaries, nobody would wish to be hampered in their own action by such definition when action appears necessary».

²⁴¹ *Ivi*, p. 593 (trad. mia). L'originale: «Any prohibition is always also a permission (of what is precisely not prohibited) and the clearer the prohibition, the more unexceptionable the permission». Il parere è Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo del 1996; le pagine della raccolta indicate dall'autore alla nota 86 sono *I.C.J. Reports* 1996, p. 263, parr. 96-97. Alla stessa pagina l'autore osserva che la Corte non poté dare una risposta diretta perché non era in grado di escludere l'ipotesi di un pericolo estremo per l'esistenza stessa di uno Stato.

²⁴² *Ivi*, p. 594 (trad. mia). L'originale: «Nothing depended on semantic ambivalence – it was the ambivalence of the facts (namely what *are* the actual effects of nuclear weapons? When might their use be the last alternative available?) and not the law that necessitated the indeterminacy of the Court's response». Alla stessa pagina la valutazione contestuale di «arbitrariness», «proportionality» e «relative effect» cui la Corte ha sottoposto ogni regola invocata davanti a sé.

²⁴³ *Ivi*, p. 595 (trad. mia). L'originale: «The indeterminacy treated in *From Apology to Utopia* is then not about semantic openness of legal speech. There is nothing necessarily unclear about "if an armed attack occurs" or "territorial inviolability" or "right to life". The indeterminacy is about the relationship of those expressions to their underlying reasons and to other rules and principles that makes it sometimes seem necessary to deviate from a formally unambiguous provision in view of new information or a new circumstance, to sacrifice a smaller good (abstract legality) in view of realizing a larger one».

con cui l'art. 51 della Carta condiziona la legittima difesa; l'identificazione è di chi scrive, perché l'autore la riporta fra virgolette senza indicarne la provenienza.²⁴⁴

Sulle fonti la dimostrazione diventa verificabile. Il capitolo sulla consuetudine ricostruisce il rapporto fra i due elementi senza lasciare via d'uscita: «Per identificare la presenza dell'elemento psicologico, la dottrina trae inferenze (presunzioni) dalla prassi materiale. Per accertare quali atti di prassi materiale siano rilevanti ai fini della formazione della consuetudine, si richiama all'elemento psicologico [...]. L'elemento psicologico è definito dal materiale e viceversa. Questa circolarità impedisce alla dottrina di sviluppare un metodo determinato di accertamento della consuetudine».²⁴⁵ Nella nota alla stessa pagina l'osservazione è applicata all'art. 38, par. 1, lett. b, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che enumera fra le fonti «international custom, as evidence of a general practice accepted as law»: la formula oscilla fra la prassi e la sua accettazione senza associare la consuetudine né all'una né all'altra, e ne fa, sono parole dell'autore, una terza categoria indefinita.²⁴⁶ La circolarità non è un inconveniente che una dottrina migliore potrebbe correggere: è scritta nella disposizione che elenca le fonti.

La giurisprudenza offre il resto. Nel *Lotus* la Corte permanente ricava dall'assenza di una regola proibitiva la libertà d'azione dello Stato, e l'autore ne trae la formulazione più compatta dell'approccio di puro fatto: «L'essenza del diritto non è attribuire competenze, ma stabilire doveri come eccezioni alla libertà iniziale».²⁴⁷ Quando la materia scotta, il meccanismo dei due elementi viene scavalcato: nel *Nicaragua* le regole sull'uso della forza, sulla legittima

²⁴⁴ Carta delle Nazioni Unite, cit., art. 51: «Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations [...]». L'autore riporta l'espressione fra virgolette senza indicarne la provenienza: il rilievo è di chi scrive.

²⁴⁵ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 410 (trad. mia). L'originale: «Attempting to identify the presence of the psychological element, it draws inferences (presumptions) on the basis of material practice. To ascertain which acts of material practice are relevant for custom-formation, it makes reference to the psychological element (i.e. "those acts count which express the *opinio juris*"). The psychological element is defined by the material and *vice-versa*. This circularity prevents doctrine from developing a determinate method of custom-ascertainment». Il soggetto sottinteso è la dottrina della consuetudine.

²⁴⁶ *Ivi*, p. 411, nota 84, dove la disposizione è riferita come «custom as evidence of general practice, accepted as law» e la consuetudine che ne risulta è detta «a *third*, undefined category». Il testo della disposizione è quello dell'art. 38, par. 1, lett. b, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, allegato alla Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945: «international custom, as evidence of a general practice accepted as law». Le due forme differiscono per la posizione della virgola, ed è su quella differenza che il rilievo dell'autore poggia.

²⁴⁷ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., pp. 255-256; la citazione è a p. 256 (trad. mia). L'originale: «This is nothing else than a restatement of the pure fact approach. States are vested with a natural liberty which must be given effect to when individual rules are lacking or ambiguous. The essence of the law is not to allocate competences but to establish duties as exceptions to the initial liberty».

difesa e sulla sovranità territoriale sono dette consuetudinarie meno per la prova della prassi o dell'*opinio iuris* che, nella lettura dell'autore, «per il loro carattere intrinsecamente giusto».²⁴⁸

Di qui la formula che chiude la sezione: «anche un'applicazione "letterale" è sempre una scelta non determinata dalla letteralità stessa. Non vi è spazio nel diritto internazionale che sia "libero" dal decisionismo [...] che non sia, in questo senso, *una politica del diritto internazionale*».²⁴⁹ La proposizione non autorizza l'interprete a scegliere come crede: dice che sta scegliendo anche quando è convinto di non farlo, e che la distinzione fra casi chiari e casi difficili misura il grado di contestazione, non il confine fra diritto e politica.

L'indeterminatezza non è però imprevedibilità: «Ciò non significa che le decisioni siano casuali o difficili da prevedere», perché i giuristi competenti conoscono modelli e tendenze; ma questo non dipende dalla grammatica, bensì dal contesto sociale e culturale in cui i parlanti agiscono.²⁵⁰ Quel che riduce l'incertezza sta dunque negli ambienti istituzionali in cui le norme vengono applicate, e ha il nome di *structural bias*.

Il diritto del mare ha descritto per decenni il proprio problema centrale come conflitto fra universalismo e appropriazione nazionale; ma la revisione di fatto della parte XI della Convenzione del 1982, compiuta nel 1994 per richiamo ai principi di mercato, riaffermò espressamente il principio universalista del patrimonio comune dell'umanità. La controversia Nord-Sud non era dunque un conflitto fra universalità e sovranità, come entrambe le parti sostenevano l'una contro l'altra, ma fra interpretazioni divergenti dell'universalità: il Sud chiedeva poteri universali per l'Autorità dei fondi marini, il Nord norme universali che consacrassero i principi di mercato.²⁵¹

²⁴⁸ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 469, a proposito di Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, sentenza del 1986. L'espressione dell'autore è «for their intrinsically just character» (trad. mia).

²⁴⁹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 596 (trad. mia). L'originale: «even a "literal" application is always a choice that is undetermined by literality itself. There is no space in international law that would be "free" from decisionism, no aspect of the legal craft that would not involve a "choice" – that would not be, in this sense, a politics of international law».

²⁵⁰ *Ivi*, p. 589 (trad. mia). L'originale: «This does not mean that decisions would be random or difficult to predict (as shown by *Great Belt*, among other cases). Competent lawyers are aware of patterns and tendencies. In any language, some expressions are used more than other expressions. This is not a function of the grammar, however, but of the social and cultural context in which native speakers act». Alla stessa pagina: «A grammar is not a description of what native language-speakers say in fact – it is an account of *what it is possible to say* in that language». Nel 2009 l'autore ha confermato di restare impegnato alla tesi dell'indeterminatezza quanto lo era prima: Id., «The Politics of International Law – 20 Years Later», in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 1, 2009, pp. 7-19, p. 7.

²⁵¹ M. Koskeniemi, «Hierarchy in International Law: A Sketch», cit., pp. 581-582; la conclusione sulla controversia Nord-Sud è a p. 582. Il riferimento è all'Accordo relativo all'attuazione della parte XI della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982, adottato il 28 luglio 1994, secondo considerando del preambolo. L'esempio del diritto del mare è il quarto di una serie con cui il saggio si chiude, costruita per mostrare che l'identificazione delle unità del discorso e del principio stesso del confronto è già una scelta argomentativa; l'autore chiama la mossa «strategy of splitting *topoi* and displacing hierarchies» (*ivi*, p. 579,

3.7 Il ruolo del giurista internazionale

Quel che resta al giurista è un'etica della responsabilità, non una tecnica: l'onere della giustificazione passa dal sistema al caso, e la legittimità della soluzione riposa nell'apertura del processo che l'ha scelta. La cultura del formalismo, aggiunta nel 2005, è essa stessa una scelta situata.

La domanda con cui il volume si chiude non riguarda il diritto internazionale ma chi lo pratica: «in un senso rilevante il diritto è ciò che i giuristi fanno e pensano, e il problema del diritto non può essere dissociato da quello dell'identità del giurista». ²⁵² Se la critica dell'oggettività colpisce nel segno, la ricostruzione riguarda un mestiere prima che una dottrina.

L'autore non propone un metodo, e lo dichiara: nessun metodo dato può essere delineato in astratto. La proposta si presenta inoltre come provvisoria fin dal titolo della sezione che la contiene, «Routines and contexts: a tentative reconstruction». ²⁵³ Chi vi cerca una tecnica alternativa cerca ciò che il libro dichiara di non offrire.

La visione di una razionalità giuridica autonoma è radicata, scrive Koskeniemi, nella formazione e nell'autocomprensione degli internazionalisti, e «stabilisce l'identità del campo giuridico come qualcosa di separato dai campi politici, e perciò intrinsecamente sospetti, della diplomazia e dell'arte di governo»; si materializza in una dottrina e un curriculum autonomi e nell'ufficio del consulente giuridico dei ministeri degli esteri. ²⁵⁴ Il bersaglio della critica non è allora una teoria dell'oggettività, ma l'assetto istituzionale che produce il punto di vista esterno e imparziale e consente di non discutere mai di preferenze politiche.

Il nichilismo è la conseguenza che il capitolo respinge espressamente. Riconoscere che il diritto non contiene una visione privilegiata della società «dà semplicemente corpo all'intuizione che le attese di certezza dei giuristi vadano ridimensionate e che essi [...] debbano

trad. mia). Alla stessa p. 579: «Law continues to set up hierarchies and provide the resources for reversing them. This does not lead into an arbitrary "anything goes" legal practice or jurisprudence, however» (trad. mia).

²⁵² M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 548 (trad. mia). L'originale: «But it highlights the fact that in a relevant sense law is what lawyers do and think and that the problem of the law cannot be dissociated from that of the identity of the lawyer». La sezione è 8.3, «Routines and contexts: a tentative reconstruction», pp. 548-561.

²⁵³ *Ivi*, p. 556, per l'impossibilità di delineare in astratto un metodo dato, e p. 548, per il titolo della sezione 8.3.

²⁵⁴ *Ivi*, p. 534 (trad. mia). L'originale: «Such a vision of autonomous legal rationality is, of course, firmly embedded in international legal education and the professional self-understanding of international lawyers. It establishes the identity of the legal field as something separate from the political (and therefore inherently suspect) fields of diplomacy and statesmanship»; alla stessa pagina si trovano il richiamo a «a separate legal doctrine and curriculum», a «the presence of the legal adviser's office in foreign ministries» e al punto di vista «external impartial» che consente di partecipare agli affari internazionali senza dover discutere di preferenze politiche. La pagina appartiene alla sezione 8.2, pp. 533-547.

prendere sul serio le scelte morali e politiche davanti alle quali si trovano anche quando argomentano "dentro il diritto"». ²⁵⁵ La richiesta è duplice: ridimensionare l'attesa di certezza e rispondere della scelta.

Il modello del giudice imparziale non regge; quello realistico è il consulente, «lacerato fra un impegno verso la comunità e il proprio Stato nazionale (impresa, organizzazione)», costretto a un'esistenza «schizofrenica» in cui deve essere insieme credente e non credente, giudice e politico. Molti vi si avvicinano attratti dalla promessa di una società più giusta, ma «una volta entrati, si accorgeranno che non esiste alcun progetto coerente e oggettivo per un mondo migliore incorporato nei concetti che vengono loro insegnati». ²⁵⁶ La lacerazione è la traduzione professionale della tesi strutturale.

L'integrità richiesta al giurista «può essere intesa non come dedizione a un'analisi giuridico-tecnica "rigorosa", ma come impegno a raggiungere la soluzione più giusta nelle controversie determinate con cui ha a che fare»; e piuttosto che essere normativo nel tutto, «egli dovrebbe essere normativo nel piccolo». ²⁵⁷ L'onere della giustificazione passa così dal sistema al caso. Contro la casistica arbitraria l'autore pone due condizioni di procedura e non di contenuto, la discussione aperta delle giustificazioni alternative e la prosecuzione della critica su quella che ha prevalso: «la legittimità delle soluzioni critiche non risiede nel carattere intrinseco della soluzione, ma nell'apertura del processo di conversazione e valutazione attraverso il quale essa è stata scelta». ²⁵⁸ L'etica della responsabilità che ne discende è articolata in tre termini che Koskenniemi non costruisce ma riprende da Moorhead Wright: rendere conto

²⁵⁵ *Ivi*, p. 536 (trad. mia). L'originale, nella parte qui citata: «It simply gives effect to the intuition that the lawyers' expectations of certainty should be downgraded and that they – as well as States and statesmen – must take seriously the moral-political choices they are faced with even when arguing "within the law"». Alla stessa pagina l'autore aggiunge che in un senso rilevante quelle scelte sono dei giuristi e che di esse essi devono rispondere; a p. 544 il rilievo per cui il giurista critico deve accettare la realtà del conflitto e rinunciare tanto alla presunzione di una razionalità esterna quanto all'immagine professionale del giurista come colui che possiede la tecnica per coglierne le soluzioni.

²⁵⁶ *Ivi*, p. 552 (trad. mia). L'originale del primo passo: «The role of the adviser, torn between a commitment to the community and his national State (corporation, organization) is what constitutes the modern lawyer's realistic professional option. And yet, it is an option which seems to demand the lawyer to lead a schizophrenic existence; he must be a believer and a non-believer, a judge and a politician at the same time»; del secondo: «Yet, once they enter it, they will realize that there is no coherent and objective project for a better world embedded in the concepts which they are taught».

²⁵⁷ *Ivi*, p. 555 (trad. mia). L'originale: «The integrity demanded of him may be seen, not as a devotion to "rigorous" legal-technical analysis, but as commitment to reaching the most just solution in the particular disputes which he is faced with»; e: «Rather than be normative in the whole (and be vulnerable to the objections of apologism-utopianism) he should be normative in the small».

²⁵⁸ *Ivi*, p. 545 (trad. mia). L'originale della proposizione citata: «The legitimacy of critical solutions does not lie in the intrinsic character of the solution but in the openness of the process of conversation and evaluation through which it has been chosen».

ciascuno delle proprie scelte, esercitare il potere discrezionale con equità rispetto al più ampio ventaglio di conseguenze dei propri atti, rispondere alle pretese altrui.²⁵⁹

L'opera del 1989 non dice su che cosa quei tre termini poggino. Un testo tardo lo dice, e in forma esplicita. Recensendo nel 2011 una teoria dell'obbligazione internazionale costruita su Lon Fuller, l'autore osserva che il diritto internazionale non è uno strumento di governo potente e che il suo elemento è l'avversità, non il consenso; che Fuller si accosta a questo carattere attraverso la nozione di *fidelity*; e che qualcosa di simile è articolato nell'«umiltà» di Kant e nella «vocazione» di Weber, espressioni che danno un senso sfuggente a valori procedurali quali l'equità, l'apertura alle pretese altrui, il rispetto, l'inclusione, la rendicontabilità. Quei valori, aggiunge, non mirano alla realizzazione di un progetto: riguardano il modo in cui i membri di una comunità dovrebbero rapportarsi gli uni agli altri.²⁶⁰ L'etica della responsabilità appena esposta acquista così un fondamento, e il fondamento è procedurale: non dice che cosa si debba ottenere, dice come ci si debba trattare. Che i tre termini ripresi da Moorhead Wright e i valori elencati nel 2011 siano la stessa cosa detta due volte è accostamento di chi scrive, perché l'autore non li mette in rapporto. Resta scoperta la domanda che egli stesso nomina alla fine di quel testo, nella sua forma classica: sì, questo è diritto vincolante, ma la *fidelity* ad esso è davvero dovuta?

Per risolvere problemi normativi occorre entrare in ambiti prima interdetti al giurista, la storia, l'economia e la sociologia, e la politica; e poiché l'idea di principi oggettivi e di leggi sociali naturali è caduta, la soluzione non può consistere nell'interpretare ciò che già c'è, ma deve immaginare modi nuovi di affrontare il conflitto.²⁶¹ La capacità di risolvere problemi normativi non è mai dipesa, osserva l'autore, dalla tecnica di inferire diritti e obblighi dalla

²⁵⁹ *Ivi*, p. 546, e *ivi* nota 70, che rinvia a Moorhead Wright. L'originale: «What is involved in authentic commitment ("ethic of responsibility") has been usefully summarized by Moorhead Wright in three terms» (trad. mia). La tripartizione non è dunque una costruzione di Koskeniemi, che la riprende e la fa propria.

²⁶⁰ M. Koskeniemi, «The mystery of legal obligation», in *International Theory*, vol. 3, n. 2, 2011, pp. 319-325, p. 321 (trad. mia): «International law is not a very powerful instrument of governance. It revels in adversity, not in consensus. It deals with human relationships in a way that cannot be reduced to the purposes of an institution in which those relations are actualized. Fuller approaches this through his notion of "fidelity". Something like it is also articulated in Immanuel Kant's "humility" and Max Weber's "vocation", expressions that give an elusive sense to such procedural values as fairness, openness to the claims of others, respect, inclusion, accountability, etc. These values do not look for the realization of some blueprint; they are about how members in a community should relate to each other». Il dilemma di Antigone è a p. 324: «It would have raised Antigone's dilemma. Yes, this is binding law, but is "fidelity" to it really called for?». Il testo è una recensione a J. Brunnée, S. J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

²⁶¹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., pp. 556-557. A p. 556: «Their solution in a justifiable way requires entering intellectual realms formerly held prohibited from the lawyer. [...] And this involves venturing into history, economics and sociology on the one hand, and politics on the other»; a p. 557: «Once the idea of objective principles and natural social laws is discarded, then normative problem-solution cannot proceed by simply interpreting what *is already* there. It will have to involve an attempt to *imagine* new and alternative ways to cope with social conflict» (trad. mia).

natura della statualità o della comunità internazionale, ma dal potere di immaginare un mondo sociale alternativo in cui collocare il conflitto, come mostrano le pronunce che egli adduce, dall'*Anglo-Norwegian Fisheries* al *Barcelona Traction*.²⁶²

L'epilogo del 2005 aggiunge due elementi, e dichiara di aggiungerli. Il primo è l'imputazione: «Il diritto internazionale è ciò che gli internazionalisti ne fanno. Impegnarsi verso il diritto internazionale significa lasciare che la sua grammatica entri in noi come una seconda natura, mantenendo però la posizione della scelta».²⁶³ La formula del 1989 era descrittiva; questa è normativa, perché la decisione, che il diritto non fonda, ha conseguenze imputabili «non a qualche logica o struttura impersonale, ma *a noi stessi*».

Il secondo elemento è una posizione normativa esplicita, che nel 1989 non c'era. «Di recente ho argomentato in favore di una "cultura del formalismo" come scelta progressiva», scrive Koskenniemi: «la scelta di riferirsi al "diritto" nella gestione delle questioni internazionali, anziché, per esempio, alla "morale" o alla "scelta razionale", non è politicamente innocente», perché quella cultura ha fra i propri ideali rendicontabilità, eguaglianza, reciprocità e trasparenza.²⁶⁴ La giustificazione è però storica: l'appello alla «costituzionalizzazione» che oggi si ode in Europa può dare direzione a un programma di sinistra antimperiale, ma può anche consolidare forme di autorità che perpetuano il vantaggio comparato europeo, e nessuna delle alternative disponibili può pretendere di essere determinante: formalismo e antiformalismo

²⁶² *Ivi*, p. 558 (trad. mia). L'originale: «Our capacity to solve normative problems has not depended on our technical capability to "infer" rights or obligations from the nature of statehood or that of the international community but on our power to imagine an alternative social world in which to locate the conflict. This might have required privileging the livelihood of fishing communities (*Anglo-Norwegian Fisheries Case*), the security of international business (*Barcelona Traction Case*) or simply "social progress" (*Guardianship of Infants Case*) to alternative ways of seeing what is significant in a conflict». La serie dei tre esempi è dell'autore, e il terzo, *Guardianship of Infants*, non è riportato nel corpo del testo per ragioni di estensione. Le pronunce sono da lui indicate, con le rispettive pagine della raccolta, alla nota 89 della stessa pagina: Corte internazionale di giustizia, *Anglo-Norwegian Fisheries*, *I.C.J. Reports* 1951, p. 133; *Barcelona Traction*, *I.C.J. Reports* 1970, pp. 48-50; *Guardianship of Infants*, *I.C.J. Reports* 1958, p. 71.

²⁶³ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., pp. 615-616 (trad. mia). L'originale: «International law is what international lawyers make of it. To commit oneself to international law is to allow its grammar to enter as one's second nature but still to maintain the position of choice – at a minimum a choice to work with colleagues with certain preferences in institutions with a certain bias». La seconda citazione del capoverso è a p. 615: «The decision is made, and its consequences are thus attributable not to some impersonal logic or structure but *to ourselves*».

²⁶⁴ *Ivi*, p. 616 (trad. mia). L'originale: «Recently, I have argued in favour of a "culture of formalism" as a progressive choice. This assumes that although international law remains substantively open-ended, the choice to refer to "law" in the administration of international matters – instead of, for example, "morality" or "rational choice" – is not politically innocent. Whatever historical baggage, including bad faith, such culture entails, its ideals include those of accountability, equality, reciprocity and transparency, and it comes to us with an embedded vocabulary of (formal) rights».

possono servire tanto al liberalismo cosmopolitico quanto al nazionalismo conservatore.²⁶⁵ La preferenza per il formalismo è una scelta situata.

Il criterio che ne discende, enunciato altrove dall'autore, sposta la verifica dalla professione di fede metodologica al comportamento: qualunque teoria giuridica può essere piegata a sostenere programmi abominevoli, e ciò che si deve pensare di una dottrina dipende dalle pratiche che essa è adoperata a giustificare.²⁶⁶ Trasferito al mestiere, il criterio non chiede al giurista quale scuola professi, ma quali pretese renda argomentabili e quali istituzioni renda difendibili; nella stessa direzione va la definizione del 2007, per cui il formalismo è «una disposizione culturale, un impegno, una "vocazione", a operare in un contesto indeterminato di razionalità sostanziali in competizione [...] con un senso di responsabilità per i giudizi (indeterminati) che si formulano».²⁶⁷

Che cosa ciò comporti per chi redige un atto l'autore non lo dice, e la deduzione che segue è di chi scrive. Chi redige un parere dovrebbe dichiarare quali ricostruzioni alternative ha scartato e perché, e chi partecipa a un negoziato riconoscere quale distribuzione di vantaggi la formula proposta rende probabile. Sulla formazione il rilievo di chi scrive è più circoscritto, perché il fondo è dell'autore, che nel 2018 constata come la scelta fra alternative sia il pane quotidiano della pratica giuridica e non sia, per contro, parte rilevante dell'insegnamento nella maggior parte delle facoltà, e come gli internazionalisti facciano particolare fatica a pensare il diritto in termini strategici, educati come sono a credere che regole e istituzioni siano già gravide della società ideale:²⁶⁸ se la grammatica consente esiti opposti, l'insegnamento non decide quali soluzioni gli allievi adotteranno, ma quali riusciranno a riconoscere come possibili.

²⁶⁵ *Ibidem* (trad. mia). Per la giustificazione storica: «Whatever virtue a culture of formalism might have must be seen in historical terms. The call for "constitutionalization" we hear in Europe today may give direction to an anti-imperial Left political programme – but it may equally well consolidate types of authority that seek to perpetuate Europe's comparative advantage». Per la clausola che segue, resa nel corpo del testo in discorso indiretto: «Legal work will require choice. None of the available alternatives can pretend to be controlling. Formalism and anti-formalism, positivism and natural law, as well as any alternative legal vocabularies, may be associated with cosmopolitan liberalism as well as conservative nationalism».

²⁶⁶ M. Koskenniemi, «By Their Acts You Shall Know Them...», cit., p. 839 e p. 842. A p. 839: «their ability to demonstrate how virtually any legal theory may be bent to support abominable agendas» e «What one should think of today's European (or indeed non-European) legal doctrines must above all depend on what kinds of practices they are used to justify»; la formula che dà il titolo al saggio è a p. 842 (trad. mia).

²⁶⁷ M. Koskenniemi, «Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law», in *No Foundations*, n. 4, 2007, pp. 7-28, p. 24: «Formalism is not a binding rationale itself but a cultural disposition, a commitment ("calling") to work in an indeterminate setting of competing substantive rationalities with full knowledge of their indeterminacy and their conflict and a sense of accountability for the (indeterminate) judgments one makes» (trad. mia).

²⁶⁸ M. Koskenniemi, «Less is More...», cit., p. 470 (trad. mia): «These kinds of choices are the bread and butter of legal practice. Perhaps surprisingly, they are still not a major part of the training of most law schools – an experience that frequently astonishes recent graduates when they take up their first job at a law firm, a company or public administration. International lawyers find it especially hard to think about the law strategically – perhaps because they are taught to believe that the rules and institutions themselves are already pregnant with the ideal

3.8 Portata e limiti della critica koskenniemiana

Il bilancio è restrittivo. Isolata, l'indeterminatezza prova troppo poco; la parzialità strutturale che la completa esige una verifica empirica, istituzione per istituzione, e la sua forza dipende da una premessa che l'analisi strutturale non fornisce. Il limite d'uso per i capitoli seguenti è dunque preciso: la ricostruzione dice come si argomenta, non quali argomenti prevarranno.

Quanto l'argomento dimostri lo dice per primo l'autore. Presa da sola, l'indeterminatezza vale come tesi critica debole, perché «afferma infatti soltanto che nessuna decisione è "imposta" dalla struttura giuridica e che il giudice o il giurista avrebbero sempre potuto decidere altrimenti».²⁶⁹ È una tesi sul rapporto fra i materiali e la decisione, non su quali decisioni vengano prese.

La debolezza è quella intrinseca della critica interna o «immanente»: «la dimostrazione che una pratica non è all'altezza delle spiegazioni che la giustificano non ha alcuna forza quando gli operatori stessi non prendono sul serio quelle spiegazioni».²⁷⁰ La professione non è teorica, e mostrare che essa non regge sui fondamenti che dichiara colpisce un fondamento su cui nessuno pretende di stare. Altrettanto fragile è il corollario per cui la decisione implica una scelta: indica il carattere politico del diritto senza dire perché ciò sia un problema, e nulla nel libro suggerisce una svolta verso una giurisprudenza «più politica».²⁷¹

La debolezza ha però una radice che il testo non nomina, e che uno dei commenti più estesi dedicati al progetto critico dell'autore ha additato come il difetto centrale dell'opera. L'ambizione descrittiva e quella normativa, osserva Jason Beckett, confliggono: i fini normativi dell'autore sono preclusi dal suo impegno — che Beckett giudica non necessario — a descrivere con esattezza la pratica sociale del diritto «così com'è». Il conflitto si vede in un punto preciso.

society – the "global community" – so that all that is needed is to apply them». L'autore constata la lacuna della formazione; la conseguenza tratta nel testo, che l'insegnamento decida il repertorio di ciò che l'allievo riesce a riconoscere come possibile, resta di chi scrive.

²⁶⁹ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 600 (trad. mia). L'originale: «But the articulation of the experiences of indeterminacy and hegemonic conflict amounts only to a weak critical thesis. For it states only that no decision is "compelled" by the legal structure and that the judge or the lawyer could always decide otherwise». Il passo apre la sezione 3.3 dell'Epilogo, «Structural bias», pp. 600-615.

²⁷⁰ *Ibidem* (trad. mia). L'originale: «This is the inherent weakness of internal or "immanent" critique – a demonstration that a practice does not live up to its justifying explanations has no force when the practitioners themselves do not take those explanations seriously». Il destinatario della critica condotta nel volume è la dottrina liberale della politica.

²⁷¹ *Ivi*, p. 601 (trad. mia). L'originale: «This critique, too, is only "weak", however, as it merely points to the "political" nature of law but says nothing about why this would be a problem. "All right, so all this involves a choice; but what is wrong with that?" In particular, nothing in this book suggests that there should be a turn towards a "more political" jurisprudence».

L'ordine è preferito al conflitto perché è meglio accordarsi che combattere; ma l'origine di quell'impegno normativo resta oscura, e con essa le condizioni e i limiti che lo governano.²⁷² Il rilievo va accolto. La preferenza per l'accordo non discende dalla struttura descritta, e nessuna analisi dell'argomentazione la produce: alla critica non manca dunque una causa, le manca la dichiarazione della causa. È la stessa lacuna che ricompare, in forma più stretta, nella premessa di ingiustizia da cui dipende la tesi forte.

La frase esaminata al § 3.3 riceve qui il proprio peso. La correzione del 2005 restringe la portata dell'enunciato, perché l'inservibilità è predicata non del diritto internazionale, ma della teoria liberale che se ne dà come fondamento.²⁷³ Un enunciato così circoscritto non denuncia un ordinamento; constata la distanza fra una pratica e la teoria che pretende di giustificarla, e ricade perciò nella debolezza appena descritta della critica immanente.

Perché la tesi diventi forte occorre aggiungere qualcosa che l'analisi strutturale non produce. L'autore dichiara l'intuizione da cui muove. I problemi più gravi del mondo internazionale nascono dalla divisione fra un Nord prospero e un Sud impoverito, che pratiche e istituzioni del diritto internazionale contribuiscono a mantenere; di qui la domanda «come mai concetti e strutture che sono essi stessi indeterminati finiscono nondimeno sempre dalla parte dello *status quo*?». ²⁷⁴ La risposta dà il nome alla sezione. «Perché la tesi "debole" dell'indeterminatezza si trasformi in una tesi "forte", essa deve essere integrata da un argomento empirico, e cioè che, a prescindere dall'indeterminatezza, *il sistema di fatto preferisce ancora certi esiti o certe scelte distributive ad altri esiti o ad altre scelte*. [...] esiste una *parzialità strutturale* nelle istituzioni giuridiche rilevanti, che le fa servire preferenze tipiche e profondamente radicate, e qualcosa che avvertiamo come politicamente sbagliato nel mondo è

²⁷² J. A. Beckett, «Rebel Without a Cause?...», cit., p. 1047 (trad. mia): «Koskeniemi's thesis also has both a descriptive and a normative ambition, and the central criticism offered in the present paper is that these *conflict*, that his normative aims are precluded by his (unnecessary) commitment to accurately describing the social practice of law "as it is"» (il corsivo è dell'autore). Il rilievo sulla preferenza per l'accordo è a p. 1049: «Even an unjust law precludes violence and disorder, limited confrontation can be internalised but: "*it is better to agree than to fight*." The origin of this normative commitment is unclear, as are any conditions or limitations upon it». La formula fra virgolette è riferita da Beckett, alla sua nota 19, all'Epilogo di *From Apology to Utopia*, p. 598, ed è qui riportata come egli la riporta.

²⁷³ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 600; cfr. *supra*, § 3.3 e note 29 e 31, dove la frase di p. 67 e la correzione dell'epilogo sono riportate per esteso nell'originale. Alla stessa pagina l'autore aggiunge un periodo non riportato nel corpo del testo, che condiziona l'enunciato alla premessa liberale: «If we take liberalism seriously, then international law can only seem an abysmal fraud». Il rinvio interno con cui egli richiama la propria frase, «p. 67 above».

²⁷⁴ *Ivi*, p. 606 (trad. mia). L'originale della domanda: «Why is it that concepts and structures that are themselves indeterminate nonetheless still end up always on the side of the status quo?»; e, alla stessa pagina, l'intuizione dichiarata: «My intuition was – and remains – that the most serious problems of the international world are related to its sharp division into a relatively prosperous and peaceful North and an impoverished and conflict-ridden South [...] and that our practices, institutions and conceptual frameworks somehow help to sustain it».

prodotto o sostenuto da quella parzialità».²⁷⁵ L'argomento cambia natura. Da interno diventa empirico, e chiede una verifica che la grammatica non fornisce. Una parzialità esiste del resto in qualunque contesto istituzionale, e diventa scandalo quando opera in favore dei privilegiati; allora la contingenza della posizione dominante fa da prologo a una critica politica.²⁷⁶

I due argomenti operano perciò su piani diversi: «A differenza della dimostrazione della tesi dell'indeterminatezza, che è condotta a livello *generale*, la parzialità strutturale deve essere mostrata con riferimento a istituzioni o pratiche *particolari*».²⁷⁷ La parzialità si dimostra dunque istituzione per istituzione, e il capitolo IV, che analizza singoli regimi e singole sedi, non offre illustrazioni di una tesi già provata, ma la parte di prova che manca.

Il limite più serio, che l'autore enuncia subito dopo, non è di ordine logico. La forza delle analisi di parzialità «dipende interamente dall'aspettativa che [...] molte persone la collegheranno a ciò che avvertono come caratteri inaccettabili del sistema internazionale», e se il sistema non è avvertito come ingiusto «la critica apparirà o inutile o sbagliata».²⁷⁸ La tesi forte è dunque condizionata a un giudizio di ingiustizia che essa non produce, e verso chi non condivida quella premessa non funziona come confutazione.

Gli esempi dell'autore sono determinati e istituzionali, come il rilievo per cui «benché ogni esercizio del privilegio sovrano incida sulla vita delle persone, solo gli esercizi della sovranità da parte di governi del Terzo Mondo chiamano l'intervento della "comunità

²⁷⁵ *Ivi*, pp. 606-607 (trad. mia). La definizione è a cavallo delle due pagine, con la cesura fra «the system still de» e «facto prefers». L'originale: «For the "weak" indeterminacy thesis to turn into a "strong" one, it needs to be supplemented by an empirical argument, namely that irrespective of indeterminacy, *the system still de facto prefers some outcomes or distributive choices to other outcomes or choices*. That is to say, even if it is possible to justify many kinds of practices through the use of impeccable professional argument, there is a *structural bias* in the relevant legal institutions that makes them serve typical, deeply embedded preferences, and that something we feel that is politically wrong in the world is produced or supported by that bias». La resa italiana adottata per *structural bias* è «parzialità strutturale»; l'espressione inglese si conserva dove è nome tecnico.

²⁷⁶ *Ivi*, pp. 608-609 (trad. mia). A p. 608: «In any institutional context, there is always such a structural bias, a particular constellation of forces that relies on some shared understanding of how the rules and institutions should be applied. That itself is not a scandal»; e, a cavallo delle due pagine: «But when the bias works in favour of those who are privileged, against the disenfranchised, at that point the bias itself becomes "part of the problem". That is when the demonstration of the contingency of the mainstream position can be used as a prologue to a political critique of its being an apology of the dominant forces».

²⁷⁷ *Ivi*, p. 610 (trad. mia). L'originale: «In contrast to the demonstration of the indeterminacy thesis which is made at a *general* level, structural bias must be shown by reference to *particular* institutions or practices. How are values or benefits distributed by existing legal institutions?».

²⁷⁸ *Ibidem* (trad. mia). L'originale: «They seek to show that out of any number of equally "possible" choices, some choices – typically conservative or *status quo* oriented choices – are *methodologically privileged* in the relevant institutions. Their power, however, depends wholly on the expectation that once structural bias has been revealed, many people will link it to what they feel are unacceptable features in the international system. In case one does not feel the system unjust, or fails to perceive the connection between the bias and the injustice, then the critique will seem either pointless or wrong».

internazionale"». ²⁷⁹ Accanto a essi compare la proposizione secondo cui, fin dalla nascita cinquecentesca della disciplina, il diritto internazionale sarebbe stato usato per agevolare l'espansione europea e per disciplinare e subordinare i popoli non europei: è introdotta da «si potrebbe persino sostenere che», poggia in nota su Antony Anghie ed è seguita dall'avvertenza che le discussioni sulla parzialità non hanno bisogno di simili livelli di astrazione. ²⁸⁰

Che lo spostamento verso la parzialità istituzionale corregga l'opera maggiore, e che *The Gentle Civilizer of Nations* ne sia il documento, l'autore lo nega nella pagina conclusiva: «lo scopo di quel libro non era ripudiare nulla di quanto scritto nelle pagine precedenti», ma mostrare come singoli giuristi abbiano operato dentro la struttura descritta e talvolta l'abbiano sfidata; e dichiara di servirsi tuttora di quelle tesi. ²⁸¹ La difficoltà resta però reale, ed è di chi scrive il giudizio che segue: se a determinare gli esiti sono le istituzioni, l'indeterminatezza cessa di spiegarli e ne resta la condizione di possibilità. Per l'autore i due argomenti sono complementari: l'indeterminatezza non pone limiti all'uso giustificativo e critico del diritto, la parzialità strutturale lo rende «sempre già complice dell'effettivo sistema di distribuzione dei valori materiali e spirituali nel mondo». ²⁸² Che ciò basti a sciogliere la difficoltà è questione aperta.

Resta l'obiezione sulla scelta delle opposizioni, che è dell'analista. L'autore la riconosce nell'introduzione, dove dichiara di aver differito le conseguenze più radicali del proprio

²⁷⁹ Ivi, p. 607 (trad. mia). L'originale del passo citato: «or that though every exercise of sovereign privilege affects peoples' lives, only the exercises of sovereignty by Third World governments call for intervention by the "international community"». Alla stessa pagina gli altri due esempi, non riportati nel corpo del testo per ragioni di estensione: l'asimmetria fra obiettivi di libero scambio e obiettivi di regolazione sociale nei trattati dell'Organizzazione mondiale del commercio, e l'autolimitazione del diritto internazionale alle attività «pubbliche» o «sovrane», che lascia sorgere un «empire of civil society» in cui il potere privato costruisce il proprio sistema di vincoli economici.

²⁸⁰ Ivi, pp. 607-608 (trad. mia). L'originale: «It might even be suggested that since its inception in the sixteenth century, international law has been used to facilitate European expansion and to discipline and subordinate non-European peoples»; la nota 126 rinvia ad A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, a sostegno di una proposizione che l'autore stesso introduce in forma dubitativa. La precisazione è a p. 608: «discussions of structural bias need not move at such abstract levels of international law's sociology or its history».

²⁸¹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 617 (trad. mia). L'originale: «The purpose of that book was not to repudiate anything written in the foregoing pages but to show how individual lawyers [...] have worked in and sometimes challenged the structure sketched there»; e, alla stessa pagina: «I still find myself constantly using its central theses to analyse recent developments in international law. I continue to read international cases by reference to the framework provided by the tension between normativity and concreteness as elaborated in *From Apology to Utopia*». Il libro cui l'autore si riferisce, indicato alla nota 157 della stessa pagina, è Id., *The Gentle Civilizer of Nations*, cit.

²⁸² Ivi, pp. 614-615 (trad. mia). L'originale: «If international law is indeterminate, then there is no limit to the extent it can be used to justify (and of course, to criticize) existing practices. If there is a structural bias, then international law is always already complicit in the actual system of distribution of material and spiritual values in the world».

approccio per restare vicino allo stile degli internazionalisti, e vi è tornato nel 2021.²⁸³ Il criterio è generale: chi voglia servirsi della mappa del 1989 deve applicarlo anche ad essa. Diversa è l'obiezione politica, che qui si ricostruisce dalla risposta con cui l'autore le fa fronte: una critica che insegna a diffidare di ogni autorità fornirebbe argomenti a chi vuole liberarsi dei vincoli. La risposta distingue lo scetticismo dal cinismo. Che le scelte fra principi contrapposti non siano predeterminate da norme superiori giustifica un certo scetticismo, mentre il cinico le attribuisce a manipolazioni corrotte di chi occupa posizioni egemoniche e presuppone una soluzione giusta non mediata dai vocabolari specialistici, senza rivolgere verso di sé lo stesso sguardo ipercritico.²⁸⁴

Una seconda obiezione viene dalla ricezione italiana, e colpisce il § 3.7 là dove esso affida il risultato alle virtù del giurista. Massimo La Torre concede che, fra la Scilla dell'apologia e la Cariddi dell'utopia, sia la forma del diritto a indicare all'autore l'unica via d'uscita vera, e ricorda che la debolezza di quella forma sta — sono parole dell'autore che La Torre riporta — nell'essere costruita su un'aspettativa di vincolatività del diritto come forma pura che essa non è in grado di reggere. Ma se, nella sua lettura, la possibilità di un esito decente è affidata all'ethos e alle minute virtù professionali quotidiane dei giuristi più che alla forma del diritto, l'obiezione viene da sé: non significa questo rimettere di nuovo la nostra sorte a «those gray-suited men sitting [...] in [...] endlessly polite but non-consequential meetings at Geneva and New York»?²⁸⁵ Il rilievo non è un'arguzia. Chiede quale garanzia offra una disposizione

²⁸³ *Ivi*, Introduzione, p. 7, per la dichiarazione di aver differito le conseguenze più radicali dell'approccio. Il ritorno sul punto è in Id., «"Stuck in Salamanca": A Response», in *European Journal of International Law*, vol. 32, n. 3, 2021, pp. 1043-1047, pp. 1043-1044, replica che riguarda *To the Uttermost Parts of the Earth* (2021); la formula più asciutta è in Id., «Response – "Imagination begins at home"», in *Rechtsgeschichte – Legal History*, n. 29, 2021, pp. 292-294, p. 292: «Perspective is unavoidable; there is nowhere else to begin than "home"» (trad. mia). Sulla ricezione dello stesso volume, e per una terza posizione che il testo non contempla, J. d'Aspremont, «Legal imagination and the thinking of the impossible», cit., pp. 1026-1027, che ricostruisce la serie delle giustificazioni con cui l'autore ha difeso l'ineliminabilità dell'eurocentrismo e vi oppone la propria: aver fatto «the forgetfulness about European white males and imperial locations as well as Europe-centred causalities and timelines a condition of the renewal of our imagination» (p. 1027, trad. mia).

²⁸⁴ M. Koskeniemi, *International Law and the Far Right*, cit., pp. 29-30. La formula dell'autore è: «all authority is dubious, everywhere there is a conspiracy, but not among us!» (trad. mia). A p. 31 il rilievo secondo cui anche il cinismo del sistema, che insiste sulla verità delle forme di sapere presenti contro il proprio miglior giudizio, è definito dallo scetticismo che gli manca.

²⁸⁵ M. La Torre, «Terra media (On Martti Koskeniemi's Narrative of International Law)», in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV, 2015, pp. 1125-1135, p. 1133 e pp. 1134-1135. Il testo è in inglese benché la rivista sia italiana, ed è la rielaborazione di una relazione tenuta al convegno «*Il mite civilizzatore delle nazioni.*» *Investigating International Law's Past: Philosophical, Methodological and Theoretical Issues*, Bologna e Ravenna, 26-27 marzo 2013. A p. 1133 (trad. mia): «And then it is especially the form of law, its formalism, that appears to him to show a way out, indeed the only true way to steer clear of both the Scylla of apology and the Charybdis of utopia — this despite the weakness of form, which as Koskeniemi comments, "lies in its being built on an expectation of the constraining nature of the law as pure form that it is unable to sustain"» (i corsivi sono dell'autore). La frase attribuita a Koskeniemi è riportata da La Torre senza indicazione della fonte, ed è qui citata di seconda mano. La conclusione è a cavallo delle pp. 1134-1135: «And so,

professionale priva di forma e di sanzione, e lo chiede là dove la ricostruzione del mestiere è più esposta: un'etica che non dispone né di organi né di procedure non ha criteri per distinguere il giurista responsabile da quello che si dice tale.

All'obiezione più antica, che la critica non serva a nulla, risponde il libro stesso: l'assenza di un progetto istituzionale alternativo non è una svista, perché i primi sette capitoli rendevano impossibile la costruzione di istituzioni e la facevano apparire «parte del problema», e l'offerta di rilevanza per le politiche pubbliche è un calice avvelenato.²⁸⁶ La replica del 2006 aggiunge che l'obiettivo è rendere il giurista un giurista migliore, con l'avvertenza che un buon giurista al servizio di una cattiva causa preoccupa in modo particolare.²⁸⁷ «Le scelte politiche non possono essere fondate sul diritto»: può essere giusto condividere la parzialità della propria istituzione, ma è sempre necessario esserne consapevoli e sapere che si tratta di una scelta.²⁸⁸

Per i capitoli che seguono vale un limite d'uso: la ricostruzione descrive come funziona l'argomentazione giuridica internazionale, non quali argomenti prevarranno, e ricavarne previsioni sul multipolarismo significherebbe attribuire all'autore ciò che non ha sostenuto. Vale la domanda che egli poneva nel 1998: un internazionalismo progressista non può più preferire semplicemente la comunità alla statualità, perché la domanda si è fatta più complessa e suona ora quale comunità preferire.²⁸⁹

he says, it is thanks to the lawyers' everyday work and minute professional virtues, it is thanks to their ethos, more than to the form of law itself — ever on the verge of falling into indeterminacy, and so of giving way to discretionary decision-making — that on the dramatic stage of international relations we could aspire, if not to a happy ending, at least to a more-or-less decent going»; la cesura di pagina cade all'interno del periodo, fra «that on the» e «dramatic stage», e la citazione richiede perciò entrambe le pagine. L'obiezione è a p. 1135: «And yet, we could object to him here, does this not mean entrusting our fate once more to "those gray-suited men sitting [...] in [...] endlessly polite but non-consequential meetings at Geneva and New York"?». Le due omissioni fra parentesi quadre sono nell'originale; le virgolette basse con cui La Torre isola l'espressione sono qui rese con virgolette alte per evitare l'annidamento.

²⁸⁶ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 603 (trad. mia). L'originale: «The fact that there is no alternative institutional blueprint in this book is not an incidental oversight. Readers have been right to suggest that the first seven chapters made it impossible to engage in institution-building. Indeed, it made institution-building seem, as David Kennedy would say, "part of the problem"»; e, alla stessa pagina: «Today, it often seems that academic work in the field is justifiable only if it ends up in a proposal for institutional reform. From the perspective of *From Apology to Utopia*, however, the offer of policy-relevance by engaging in institution-building was a poisoned chalice». L'espressione «part of the problem» è attribuita dall'autore a David Kennedy.

²⁸⁷ M. Koskeniemi, «A Response», in *German Law Journal*, vol. 7, n. 12, 2006, pp. 1103-1108, pp. 1104 e 1107. A p. 1104 le opposizioni concettuali «define the field within which "international law" is played out as a social practice»; a p. 1107 «to make the lawyer a better lawyer» e «A good lawyer in the service of a bad cause is particularly worrying» (trad. mia). Il testo è la replica al fascicolo monografico della rivista dedicato a *From Apology to Utopia: German Law Journal*, vol. 7, n. 12, dicembre 2006, di cui fanno parte, fra gli altri, i due contributi adoperati in questo capitolo, J. A. Beckett, «Rebel Without a Cause?...», cit., pp. 1045-1088, e D. Kennedy, «The Last Treatise...», cit., pp. 982-992.

²⁸⁸ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 613 (trad. mia). L'originale: «Political choices cannot be grounded on law. It may of course be sometimes right to share the bias of one's institution. But it is certainly always necessary to be aware of that bias and its character as such — a choice — as well as its consequences».

²⁸⁹ M. Koskeniemi, «Repetition as Reform: Georges Abi-Saab, *Cours général de droit international public*», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 405-411, p. 407: «A progressive internationalism

can no longer (as it did for most of this century) simply prefer community to statehood. The question now is more complex: whose community to prefer?» (trad. mia). Il corso recensito è G. Abi-Saab, «Cours général de droit international public», in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 207, 1987, che figura qui solo come oggetto della recensione.

Capitolo IV. Koskenniemi e la politica del diritto internazionale

4.1 Dall'indeterminatezza alla politica del diritto internazionale

L'oscillazione fra apologia e utopia, ricostruita nel capitolo precedente, ha una conseguenza per chi il diritto internazionale lo pratica. Sulla parte conclusiva del saggio del 1990 si è chiarito in che senso l'argomentazione sia politica. Le due famiglie di argomenti servono entrambe le parti, e scegliere fra ricostruzioni ugualmente sostenibili non è mossa giuridica. Restano fuori tre forzature: l'indeterminatezza non rende equivalenti le tesi, non sopprime il vincolo, non autorizza ad abbandonare il vocabolario. Il terreno su cui la decisione si sposta è però rimasto senza nome, e il § 4.5 glielo dà.

La tesi si può enunciare così: se le regole non determinano l'esito delle controversie, la decisione non scompare, ma si sposta su un terreno che il diritto non è in grado di giustificare con i propri mezzi. Non si tratta di un difetto tecnico, rimediabile con norme redatte meglio o con una dottrina più rigorosa. È una conseguenza della forma stessa dell'argomento giuridico internazionale.

Quel terreno ha un nome nella tradizione filosofico-giuridica, e non è un nome del diritto internazionale. Se la decisione non si lascia dedurre dalla norma, ciò che decide non è la norma ma chi si trova in condizione di decidere, e la domanda su chi lo sia, e a quale titolo, è la domanda della sovranità. Il § 4.5 la riprende là dove Koskenniemi la incontra per esteso, cioè nella ricostruzione del pensiero di Carl Schmitt, e mostra che l'indeterminatezza dell'argomento giuridico e la teoria della decisione sovrana sono due formulazioni dello stesso problema, non due problemi contigui. Il paragrafo che segue resta invece dentro il vocabolario della disciplina, e chiede che cosa accada quando quella decisione la prendono le istituzioni.

Koskenniemi procede per casi. Il primo riguarda l'inquinamento transfrontaliero, e ciò che vi conta non è la fattispecie ma il modo in cui le mosse si succedono. Lo Stato A, dal cui territorio i fumi provengono, si difende invocando il proprio «diritto sovrano di utilizzare le risorse naturali in conformità alle politiche nazionali»; lo Stato B, che li riceve, gli oppone una norma sull'uso non nocivo del territorio, argomentata per analogia con la disciplina delle risorse condivise. Nel farlo, ciascuno dei due ha già presentato la propria pretesa come conforme all'interesse comune e quella dell'altro come egoistica; e ad A resta un'obiezione che chiude il giro, perché nessuna norma gli è opponibile se non l'ha accettata, e le analogie di B non le ha

mai accettate.²⁹⁰ Entrambe le posizioni sono costruite con lo stesso materiale, che non contiene il criterio per scegliere fra esse: chi difende la sovranità di A può essere accusato di favorire l'anarchia, chi gli oppone un vincolo non accettato di imporgli la concezione della vita comune di qualcun altro, e sono le obiezioni che il capitolo precedente ha chiamato apologia e utopia.

Il secondo esempio riguarda il rapporto fra un investitore straniero e lo Stato ospitante. La posizione che valorizza individualità, separazione e consenso può sostenere la sovranità dello Stato ospitante e il suo diritto di nazionalizzare l'impresa senza corrispondere l'indennizzo «pieno, pronto e adeguato»; ma la medesima conclusione può essere ricavata da premesse comunitarie, fondate sulla giustizia, sull'uguaglianza o sul carattere vincolante di un nuovo ordine economico internazionale, e la posizione dello Stato di provenienza dell'investitore è sostenibile in entrambi i modi allo stesso titolo.²⁹¹ Le due famiglie argomentative del diritto internazionale non si distribuiscono dunque fra le parti in conflitto: sono disponibili a entrambe, e la scelta fra le ricostruzioni non è essa stessa una scelta giuridica.

A questa condizione il diritto internazionale contemporaneo ha risposto, secondo Koskenniemi, con una strategia riconoscibile: differire altrove la soluzione sostanziale.

«Modern international law is an elaborate framework for deferring substantive resolution elsewhere: into further procedure, interpretation, equity, context, and so on.»²⁹²

L'osservazione merita attenzione perché non è una lamentela sulla vaghezza delle norme. Il rinvio alla procedura, all'interpretazione, all'equità e al contesto non è un cedimento del legislatore internazionale: è la forma che gli consente di produrre testi su cui Stati con politiche incompatibili possano convergere. Il riscontro che Koskenniemi ne dà è la risoluzione con cui l'Assemblea generale proclamò il Decennio delle Nazioni Unite per il diritto

²⁹⁰ M. Koskenniemi, «The Politics of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 1, n. 1, 1990, pp. 29-30. L'ipotesi è costruita in forma dialogica, come scambio di argomenti fra i due Stati; qui se ne riferiscono in forma condensata le prime mosse. L'espressione fra caporali rende «sovereign right to use its natural resources in accordance with its national policies» (trad. mia), che l'autore riprende dal principio 21 della Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, adottata a Stoccolma il 16 giugno 1972 e contenuta nel rapporto della Conferenza, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1, p. 3; l'Assemblea generale ne ha preso atto con la risoluzione 2994 (XXVII) del 15 dicembre 1972. Il testo del principio si cita dalla riproduzione autentica in *United Nations Treaty Series*, vol. 1302, n. 21623, p. 219, che legge «the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies»: la formula riferita da Koskenniemi diverge dunque dalla lettera del testo, e la resa italiana nel corpo segue la sua. Il principio 21 di Stoccolma non va confuso con il principio 2 della Dichiarazione di Rio del 1992, che aggiunge alle politiche ambientali quelle di sviluppo.

²⁹¹ *Ivi*, p. 30: «The view which emphasizes individualism, separation and consent may be put forward to support the host state's sovereignty - its right to nationalize the corporation without "full, prompt and adequate" compensation. But the same position can equally well be derived from communitarian points about justice, equality or solidarity or the binding character of the new international economic order, for example. The home state's case may be argued in a similar way» (trad. mia). Si avverte che l'autore adopera una variante della formula Hull, il cui enunciato corrente è «prompt, adequate and effective»: la resa italiana segue la lettera dell'originale.

²⁹² *Ivi*, p. 28. Trad. mia: il diritto internazionale moderno è un'elaborata impalcatura per differire altrove la soluzione sostanziale, in ulteriore procedura, interpretazione, equità, contesto e così via.

internazionale, che poté essere adottata per consenso proprio perché priva di programma sostanziale: promuove il rispetto dei principi e la soluzione pacifica delle controversie senza dire a quali fini il diritto debba servire.²⁹³ Il consenso raggiunto è reale, e tuttavia riguarda la sede in cui la soluzione verrà cercata, non la soluzione: il diritto internazionale funziona come istituzione del disaccordo più che come sua composizione, e la formula non è una glossa di chi legge, perché l'autore scrive esattamente questo, che il diritto internazionale «reveals in adversity, not in consensus».²⁹⁴

Se il rinvio è la tecnica, l'organo giudicante è il luogo in cui il rinvio si arresta e qualcuno deve decidere. Un tribunale può dichiarare che una delle due posizioni è preferibile in equità, o può tentare di bilanciare le pretese; ma per giustificare la propria concezione di ciò che è equo dovrà assumere una teoria della giustizia, che non è in grado di giustificare rinviando ai concetti giuridici stessi.²⁹⁵ È il senso preciso in cui l'argomentazione internazionalistica è «politica»: non che i giudici siano parziali o le decisioni arbitrarie, ma che il momento finale della decisione poggia su una premessa che il vocabolario giuridico non contiene. La conclusione dell'autore è formulata senza attenuazioni: non è possibile assumere decisioni sostanziali all'interno del diritto che non implicino una scelta politica.²⁹⁶

Quindici anni più tardi l'epilogo di *From Apology to Utopia* porta l'enunciato al punto in cui esso cessa di ammettere eccezioni. Neppure l'applicazione «letterale» è determinata dalla literalità, e non esiste nel diritto internazionale alcuno spazio «libero» dal decisionismo, né alcun aspetto del mestiere giuridico che non implichi una scelta.²⁹⁷ Se anche l'applicazione più

²⁹³ *Ibidem*. L'autore rileva che il testo non conteneva alcun programma sostanziale, e ne fa la prova del meccanismo descritto. La denominazione corrente «Dichiarazione sul Decennio del diritto internazionale» è impropria: si tratta della risoluzione dell'Assemblea generale UN Doc. A/RES/44/23 del 17 novembre 1989, con cui fu proclamato il Decennio delle Nazioni Unite per il diritto internazionale.

²⁹⁴ M. Koskenniemi, «The mystery of legal obligation», in *International Theory*, vol. 3, n. 2, 2011, pp. 319-325, p. 321 (trad. mia: esso prospera nell'avversità, non nel consenso). Il periodo per esteso: «International law is not a very powerful instrument of governance. It reveals in adversity, not in consensus. It deals with human relationships in a way that cannot be reduced to the purposes of an institution in which those relations are actualized». Alla stessa pagina la formula generale del diritto manageriale, che è l'oggetto polemico dello scritto: «A managerial or problem-solving law is always already committed to some formal (i.e. rule-like) purpose such as "clean environment", "peace", or "protection of human rights" and only seeks optimal realization of these». Il contributo è un intervento nel simposio dedicato a J. Brunnée, S.J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

²⁹⁵ M. Koskenniemi, «The Politics of International Law», cit., p. 30.

²⁹⁶ *Ivi*, p. 31: «It is impossible to make substantive decisions within the law which would imply no political choice» (trad. mia).

²⁹⁷ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 596 (trad. mia). L'originale: «even a "literal" application is always a choice that is undetermined by literality itself. There is no space in international law that would be "free" from decisionism, no aspect of the legal craft that would not involve a "choice" – that would not be, in this sense, a politics of international law». Il corsivo finale è dell'autore. Il passo appartiene alla sezione 3.1 dell'epilogo, «The nature of indeterminacy», pp. 590-596.

modesta è già scelta, la distinzione fra casi facili e casi difficili separa le decisioni su cui si discute da quelle su cui nessuno discute, non il diritto dalla politica: l'inferenza è di chi scrive.

Va aggiunto che Koskeniemi non presenta questo esito come una sconfitta. Il ricorso all'equità che caratterizza il diritto internazionale tardo-moderno è definito una salutare ammissione di qualcosa che c'è comunque.²⁹⁸ L'aggettivo porta il peso dell'argomento: il problema, per l'autore, non è l'ingresso della politica nel diritto, che è inevitabile, ma la sua dissimulazione.

Da qui in avanti l'argomento si presta a tre forzature, e vanno chiuse. La prima: l'indeterminatezza non significa che qualunque argomento valga quanto qualunque altro, perché le posizioni vanno costruite con il materiale disponibile e non tutte le costruzioni reggono. Ciò che manca è un criterio giuridico per scegliere fra ricostruzioni tutte sostenibili, non quello per distinguere una ricostruzione sostenibile da una che non lo è. La seconda: l'assenza di determinazione non equivale all'assenza di vincolo, perché lo Stato che vuole sostenere una pretesa deve pur sempre formularla in termini che gli altri riconoscano come giuridici. È un vincolo di forma, non di esito, ed è precisamente ciò che il capitolo V dovrà mettere alla prova. La terza: la conclusione dell'autore non è che si debba abbandonare il vocabolario giuridico. L'ultima pagina del saggio dice il contrario: le soluzioni fondate sull'accettabilità politica non possono avere la certezza che i giuristi post-illuministi speravano di raggiungere, ed è proprio questa loro incertezza dichiarata a impedire che vengano usate come apologie della tirannide.²⁹⁹ Non è la critica dell'oggettività a esporre il diritto internazionale all'abuso: è la pretesa di oggettività, che sottrae la scelta politica alla discussione presentandola come esito tecnico.

4.2 Il diritto internazionale come linguaggio professionale

Sono le istituzioni a ridurre l'indeterminatezza, non le norme, e vi provvedono attraverso schemi stabili di preferenza che l'autore chiama parzialità strutturale. Il caso della detenzione in Iraq e quello di Sellafield hanno provato che l'esito dipende dalla qualificazione e dal foro, non dalla violazione di una regola. Se ne ricava un criterio di accertamento: la parzialità si misura su ciò che una comunità di interpreti riesce a rendere argomentabile.

²⁹⁸ M. Koskeniemi, «The Politics of International Law», cit., p. 31: «The late modern turn to equity in the different realms of international law is, in this sense, a healthy admission of something that is anyway there: in the end, legitimizing or criticizing state behaviour is not a matter of applying formally neutral rules but depends on what one regards as politically right, or just» (trad. mia).

²⁹⁹ *Ivi*, p. 32: «To be sure, we shall remain uncertain. Resolutions based on political acceptability cannot be made with the kind of certainty post-Enlightenment lawyers once hoped to attain. And yet, it is only by their remaining so which will prevent their use as apologies for tyranny» (trad. mia).

Il passaggio successivo riguarda chi quel vocabolario lo parla. Se il diritto internazionale non determina gli esiti ma li deve pur sempre giustificare, allora acquista rilievo la circostanza che a formulare le giustificazioni sia un ceto ristretto di specialisti, formato nelle stesse istituzioni e addestrato a riconoscere quali argomenti funzionano e quali no.

Koskenniemi ha ripreso il tema vent'anni dopo, in un testo che ne dichiara la revisione: il fuoco si sposta dall'indeterminatezza degli argomenti giuridici, alla quale l'autore si dichiara impegnato quanto prima, alle parzialità strutturali delle istituzioni internazionali.³⁰⁰ È uno spostamento di livello, non un abbandono. L'indeterminatezza resta la premessa, ma la domanda diventa che cosa la riduca in concreto, dal momento che le decisioni vengono comunque prese e con una certa regolarità.

La risposta è che a ridurla non sono le norme ma le istituzioni, attraverso ciò che l'autore chiama *structural bias*: il modo in cui, all'interno di ciascuna istituzione, si formano e operano schemi stabili di preferenza.³⁰¹ Un'istituzione non è un luogo neutrale in cui le norme vengono applicate: è un ambiente professionale con un proprio vocabolario, una propria idea di ciò che conta come problema e di ciò che conta come soluzione, e con una tendenza prevedibile a risolvere in un certo modo i casi che le vengono sottoposti.

L'esempio che Koskenniemi porta non riguarda un abuso, ma un uso corretto del vocabolario. Se un giudice britannico è in grado di leggere la detenzione a tempo indeterminato di una persona in Iraq come una misura di tutela dei diritti umani, quella decisione entra a far parte di uno schema mutevole di esiti prodotti da istituzioni che ricorrono al vocabolario dei diritti umani.³⁰² Nessuno ha violato una regola. È il vocabolario stesso, adoperato secondo le sue regole d'uso, a produrre quell'esito anziché un altro.

Nella rappresentazione consueta il compito del giurista è accertare se una norma sia stata violata; qui la norma è rispettata, l'argomentazione è corretta, e tuttavia l'esito è quello che il vocabolario dei diritti umani rende possibile e un altro avrebbe impedito. Dove una norma è violata si individua un responsabile; qui la responsabilità si distribuisce lungo una pratica professionale.

Il diritto non è stato piegato: è stato usato.

³⁰⁰ M. Koskenniemi, «The Politics of International Law – 20 Years Later», in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 1, 2009, pp. 7-19, p. 7: «The essay points to the change of focus from indeterminacy (to which I am as committed as ever) of legal arguments to the structural biases of international institutions» (trad. mia).

³⁰¹ *Ivi*, p. 9: l'aggiunta più significativa rispetto al testo originario è l'accento sullo *structural bias*, «that moves from doctrinal analysis to a discussion of institutional practices, the way in which patterns of fixed preference are formed and operate inside international institutions».

³⁰² *Ivi*, p. 10.

Un secondo esempio, discusso in un saggio del medesimo periodo, rende la cosa più concreta. Nella vicenda della centrale nucleare di Sellafield la controversia fra Irlanda e Regno Unito poteva essere trattata come questione di diritto del mare, di diritto comunitario o di protezione dell'ambiente, e ciascuna qualificazione portava con sé un foro diverso e un esito prevedibilmente diverso; ne seguirono tre procedimenti davanti a tre organi distinti, prima che la Corte di giustizia dichiarasse l'inadempimento dell'Irlanda per avere adito un giudice esterno all'ordinamento comunitario, con una sentenza che l'autore giudica notevole per la ristrettezza della sua visione.³⁰³ È il modo in cui il diritto internazionale viene affettato in regimi regionali o funzionali, rivolti a pubblici particolari, con interessi particolari e un *ethos* particolare.³⁰⁴ La scelta della «scatola» giusta non è un preliminare procedurale: è la decisione.

Che cosa quella competenza sappia fare è detto in un testo del 2019, dove l'autore rilegge il saggio del 1990. L'indeterminatezza, vi si osserva, non tolse autorità al diritto internazionale: gliela conservò, perché permise di valutare in modo professionalmente competente l'operato degli attori internazionali, conciliando le esigenze della pratica con gli ideali che quegli stessi attori proclamavano davanti al mondo. La competenza giuridica consisteva nel produrre quell'equivalenza, e nel produrla il diritto faceva apparire naturali e accettabili rapporti di potere storicamente determinati.³⁰⁵ Nessuno, in questa descrizione, finge: il giurista che riconduce una pretesa a una norma e la norma a un principio condiviso compie un'operazione che i colleghi riconoscono come corretta, ed è la sua correttezza a produrre l'effetto.

³⁰³ M. Koskeniemi, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 1, 2007, pp. 8-24, p. 8, dove la sentenza della Corte di giustizia del 2006 è detta notevole per la ristrettezza della sua visione. Sotto il nome *MOX Plant* corrono tre procedimenti distinti, davanti a tre organi diversi, che non sono intercambiabili: Tribunale internazionale del diritto del mare, *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001*, in *ITLOS Reports 2001*, p. 95; tribunale arbitrale costituito ai sensi dell'allegato VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Corte permanente di arbitrato, caso n. 2001-03, procedimento estinto con ordinanza del 6 giugno 2008; tribunale arbitrale costituito ai sensi della Convenzione OSPAR, *Final Award* del 2 luglio 2003, in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, pp. 59-151. La pronuncia della Corte di giustizia è: Corte di giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, serie C, n. 165, 15 luglio 2006, p. 2.

³⁰⁴ *Ivi*, p. 9: «the way in which it is being sliced up into regional or functional regimes that cater for special audiences with special interests and special ethos» (trad. mia). Sull'importanza di scegliere la «scatola» giusta si veda *ivi*, p. 10.

³⁰⁵ M. Koskeniemi, «Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian "Tradition"», in *European Journal of International Law*, vol. 30, n. 1, 2019, pp. 17-52, pp. 17-18 (trad. mia). L'originale, il cui primo periodo chiude la p. 17 e prosegue nella p. 18: «its "indeterminacy" – the way it did not contain substantive resolution within itself – enabled the activities of international actors to be assessed in a professionally competent way by reconciling the demands of practice with the ideals those actors trumpeted to the world at large»; e, a p. 18: «Legal competence was the ability to produce that equivalence. In providing it, law made historically specific relations of power seem natural and acceptable».

Nello stesso luogo la parzialità strutturale riceve la definizione più asciutta che l'autore ne abbia dato: l'insieme di assunti sul mondo, di norma non articolati, che consentono la chiusura in un campo argomentativo per il resto aperto.³⁰⁶ «Non articolati» è l'espressione che conta, perché distingue la parzialità dall'interesse: un interesse si dichiara e si negozia, un assunto non dichiarato no.

Ne discende il criterio che il capitolo III aveva annunciato: il significato di una dottrina dipende dal genere di pretese che vengono avanzate o contestate per suo tramite, dalle istituzioni che essa sostiene e dalle decisioni che serve a giustificare.³⁰⁷ Chiedersi se il diritto internazionale sia «di parte» in astratto è dunque domanda mal posta. La parzialità si accerta guardando che cosa una comunità di interpreti, in un dato momento, riesce e non riesce a rendere argomentabile.

A quel punto la descrizione del mestiere cambia di segno. Nell'epilogo del 2005 la competenza professionale non è più la capacità di adoperare correttamente il vocabolario, ma «la capacità di individuare le narrazioni egemoniche e contro-egemoniche del momento e di offrire i propri servizi all'una o all'altra».³⁰⁸ La definizione non è neutrale rispetto al conflitto politico: presuppone che il conflitto ci sia, che abbia in ogni momento una forma riconoscibile, e che saperla riconoscere faccia parte del mestiere anziché precederlo.

Se il diritto internazionale è il linguaggio di una professione, la sua capacità ordinante dipende dalla tenuta di quella professione, cioè dal fatto che chi lo parla continui a riconoscersi come parte di una comunità che condivide criteri di correttezza argomentativa. È condizione sociologica prima che normativa, e né la violazione di un trattato la incrina né la moltiplicazione dei trattati la garantisce: la conseguenza è ricavata da chi scrive, e l'autore non la formula.

Se ciò che tiene insieme il diritto internazionale è una cultura professionale, l'ingresso di nuovi soggetti nella comunità degli interpreti non è di per sé una minaccia: dipende da come vi entrano. Uno Stato che formula le proprie pretese nel vocabolario esistente, sia pure per contestarne gli esiti abituali, rafforza quel vocabolario nell'atto di adoperarlo; uno Stato che se

³⁰⁶ *Ivi*, p. 18: la parzialità strutturale vi è definita «the set of usually unarticulated assumptions about the world that enabled closure in an otherwise open world of argumentative possibility» (trad. mia).

³⁰⁷ M. Koskeniemi, «'By Their Acts You Shall Know Them...' (And Not by Their Legal Theories)», in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 4, 2004, pp. 839-851, p. 849: «The meaning of a doctrine depends on what kinds of claims are made or challenged by it, what institutions are supported by it and what decisions justified by it» (trad. mia). Sul criterio, e sulla sua formulazione nel volume del 1989, si veda il capitolo III, § 3.3. Sulla doppia pubblicazione del saggio e sulla scelta della versione dell'*EJIL* del 2004 si veda *ivi*, § 3.3.

³⁰⁸ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 607 (trad. mia). L'originale: «Professional competence in international law is precisely about being able to identify the moment's hegemonic and counter-hegemonic narratives and to list one's services in favour of one or the other». La stessa frase, identica parola per parola, compare in Id., «International Law and Hegemony: A Reconfiguration», in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, n. 2, 2004, pp. 197-218, DOI 10.1080/0955757042000245852, ms. p. 7.

ne dia uno proprio e incommensurabile produce una situazione che non è più disaccordo giuridico, ma coesistenza di ordinamenti che non si parlano. La distinzione è di grado, e stabilire dove passi la soglia è una delle questioni che la tesi lascia aperte.

Alla definizione del diritto internazionale come pratica argomentativa si è obiettato che essa aggira la domanda cui dovrebbe rispondere. Geminello Preterossi muove l'obiezione dalla formulazione più tarda dell'autore, quella per cui il diritto internazionale è la pratica discorsiva attraverso la quale persone competenti perseguono l'obiettivo di persuadere un uditorio o una corte: se è questo, resta da dire che cosa renda «giuridici» quei concetti e quella pratica. Il rinvio all'uso da parte di una determinata comunità, egli osserva, «o è una tesi storicistica in senso forte (alla Savigny), oppure è un modo per legittimare le valutazioni prudenziali caso per caso», e nell'uno come nell'altro caso la domanda sul potere resta senza risposta. La conclusione è senza attenuazioni: «Sostenendo che il diritto internazionale è una retorica, Koskeniemi getta la palla in calcio d'angolo. Di fronte alla necessità di ridefinire il potere nel contesto globale, la scienza del diritto si ritrae».³⁰⁹

L'obiezione colpisce la definizione dell'oggetto, non un dettaglio, e va perciò presa sul serio. Il dilemma che essa propone non esaurisce però le possibilità. Che il significato di una dottrina dipenda dalle pretese che si avanzano per suo tramite non è né la registrazione di uno spirito storico né l'abbandono al giudizio prudenziale sul singolo caso: è l'indicazione di ciò che va accertato, e cioè quali pretese una comunità di interpreti riesca e non riesca a rendere argomentabili, e davanti a quale istanza. Preterossi stesso concede che l'autore «sa bene che l'apparenza di neutralità che il linguaggio tecnico offre serve pragmaticamente ma non elimina il fondo politico delle operazioni che il diritto internazionale è chiamato a mettere in forma», e gli rimprovera di valorizzarne la peculiarità comunicativa anziché trarne le conseguenze.³¹⁰ La concessione pesa più del rimprovero, perché ammette che quel fondo sia accertabile; e se lo è, la domanda sulla soglia non riguarda il lessico, ma le condizioni alle quali una decisione resta esposta alla contestazione di chi ne esce perdente.

³⁰⁹ G. Preterossi, «Un diritto internazionale postmoderno? Il contributo di Martti Koskeniemi tra realismo politico e retorica», in *Sociologia del diritto*, n. 3, 2015, pp. 131-140, p. 139.

³¹⁰ G. Preterossi, «Un diritto internazionale postmoderno?», cit., p. 139. Non si usa qui *Ivi*, perché la nota precedente contiene più fonti. Alla stessa pagina l'autore imputa al postmodernismo giuridico, e a Koskeniemi con esso, di rifuggire «dalla tematizzazione del nesso diritto-potere» e di ritirarsi davanti alle conseguenze controegemoniche che il mantenimento fermo di quel punto di vista critico comporterebbe.

4.3 Universalismo, egemonia e progetto politico

Egemonia, nel saggio del 2004, non nomina una posizione ma un processo, quello della contestazione con cui gli attori proiettano sulle stesse regole significati diversi, ciascuno a sostegno delle proprie preferenze. Il paragrafo ha poi distinto i due usi opposti dell'universalizzazione presenti nel medesimo testo, e registrato che agli Stati non egemoni la sovranità serve da scudo senza garantire alcun contenuto politico. La contestazione è stata poi ricondotta alla questione di cui è la forma internazionale, che è quella della sovranità.

Il termine «egemonia» ricorre in Koskenniemi in un'accezione che diverge dall'uso corrente, e la prima cautela riguarda il termine stesso. Nel saggio del 2004 che al tema è dedicato per esteso l'autore non definisce l'egemonia: definisce la contestazione egemonica, cioè il processo attraverso il quale gli attori internazionali si sfidano abitualmente invocando regole e principi giuridici sui quali hanno proiettato significati che sostengono le loro preferenze e contrastano quelle degli avversari.³¹¹ La differenza non è di parole. Ciò che riceve una definizione è un processo, non uno stato né una posizione; e un processo può coinvolgere molti attori, mentre una posizione egemonica presuppone che qualcuno la occupi da solo.

L'enunciato programmatico che apre il saggio è simmetrico: anziché trattare il diritto internazionale come rigorosamente opposto all'egemonia, l'autore si propone di discuterlo come tecnica egemonica.³¹² La premessa è che non vi sia rappresentante del tutto che non sia insieme rappresentante di un particolare, giacché i «valori universali» e la «comunità internazionale» possono manifestarsi solo per il tramite di uno Stato, di un'organizzazione o di un movimento politico. Ne segue che il diritto internazionale non compare mai come insieme autonomo e stabile di pretese sulla realtà politica, ma sempre attraverso le posizioni degli attori, come modo di vestire pretese politiche in un idioma tecnico specializzato.³¹³

³¹¹ M. Koskenniemi, «International Law and Hegemony», cit., ms. p. 3 (trad. mia). L'originale: «By hegemonic contestation I mean the process by which international actors routinely challenge each other by invoking legal rules and principles on which they have projected meanings that support their preferences and counteract those of their opponents». Il saggio non definisce l'«egemonia»: il sostantivo «hegemon» vi compare per designare gli Stati Uniti (ms. pp. 2 e 20-21).

³¹² *Ivi*, ms. p. 2: «Instead of international law as strictly opposed to hegemony, I shall discuss it as a hegemonic technique» (trad. mia).

³¹³ *Ivi*, ms. p. 3 (trad. mia). L'originale: «there is no representative of the whole that would not be simultaneously a representative of some particular. "Universal values" or "the international community" can only make themselves known through mediation by a State, an organisation, or a political movement»; e, alla stessa pagina: «However universal the terms in which international law is invoked, it never appears as an autonomous and stable set of demands over a political reality. Instead, it always appears through the positions of political actors, as a way of dressing political claims in a specialised technical idiom in the conditions of hegemonic contestation».

La tesi centrale sta in una frase sola: pensare quella lotta come egemonica significa comprendere che l'obiettivo dei contendenti è far apparire totale la propria veduta parziale, e universale la propria preferenza.³¹⁴ Non è una riduzione sociologica, ed è l'errore che la formulazione invita a commettere: sostenere che dietro ogni argomento universalistico si nasconda un interesse particolare sarebbe tesi banale e autoconfutante. Ciò che l'autore sostiene è diverso: il carattere universale di un vocabolario è ciò che gli consente di rendere invisibile la propria parzialità. Un vocabolario dichiaratamente di parte è contestabile in quanto tale; un vocabolario universale costringe chi lo contesta a farlo dall'interno, adottandone i termini, e quindi accettandone il modo di descrivere il problema.

Impostata così, la contestazione egemonica è una questione di sovranità prima che di interpretazione. Ciò che i contendenti si disputano non è il significato di una regola, ma la posizione da cui si stabilisce quale significato valga; e quella posizione, nella tradizione da cui il vocabolario internazionalistico proviene, è precisamente ciò che la sovranità nomina. Il capitolo III ne ha ricostruito la premessa senza nominarne l'autore: è in Hobbes che l'ordine sociale cessa di poter essere legittimato per riferimento a idee normative trascendenti, ridotte a proiezioni delle passioni individuali, e da lì discendono insieme la libertà e l'uguaglianza dei soggetti e l'impossibilità di opporre loro un vincolo che non abbiano accettato.³¹⁵ Il § 4.5 mostrerà che nel Novecento quella premessa riceve la propria formulazione più netta da Carl Schmitt, per il quale sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione, e che la domanda pertinente in concreto è sempre chi debba decidere che cosa in questo caso sia diritto.³¹⁶ Il rilievo che ne discende è di chi scrive: la contestazione egemonica descritta nel 2004 non è un fenomeno nuovo del diritto internazionale contemporaneo, ma la forma che in esso assume una questione che la filosofia del diritto pone da quattro secoli.

³¹⁴ *Ivi*, ms. p. 4: «To think of this struggle as hegemonic is to understand that the objective of the contestants is to make their partial view of that meaning appear as the total view, their preference seem like the universal preference» (trad. mia). L'autore riprende la frase l'anno successivo in forma abbreviata e con tre varianti («is to highlight that»; «of the meaning»; «appear to be the total view») in *Id.*, «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 1, 2005, p. 119. Qui si cita la formulazione originaria del 2004.

³¹⁵ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., pp. 79-80 e 90. Alla p. 79 la rottura con l'argomento medievale è attribuita a Thomas Hobbes, per il quale l'ordine sociale non può essere legittimato per riferimento a idee normative trascendenti, essendo queste «mere proiezioni delle passioni e dei desideri individuali» (trad. mia); alla p. 80 se ne ricava che, in assenza di un diritto naturale vincolante, gli individui sono liberi e uguali in un senso particolare, non esistendo alcuno standard su cui misurare le loro preferenze soggettive. La terza proposizione, che nessun vincolo sia opponibile a chi non l'abbia accettato, ha il proprio sostegno alla p. 90: «The idea of a set of rules binding on a sovereign was irreconcilable with the definition of the sovereign» (trad. mia: l'idea di un insieme di regole vincolanti per un sovrano era inconciliabile con la definizione stessa di sovrano). Le proposizioni che il testo riferisce a Hobbes sono citate in Koskeniemi, alle pagine indicate, che rinvia al *Leviatano* per capitoli e non per pagine.

³¹⁶ M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., pp. 428 e 429.

Gli esempi dell'autore mostrano il meccanismo meglio dell'enunciato. La definizione di aggressione approvata dall'Assemblea generale nel 1974 è il caso principe: vent'anni di negoziato producono un testo insieme vincolante e aperto, perché ciascuno voleva includervi la condotta del nemico ed escluderne la propria.³¹⁷ Alla stessa logica obbedisce l'accordo sulle norme imperative, che regge, osserva Koskenniemi, proprio perché nessun collegamento istituzionale le applica e perché la loro formulazione ampia consente a tutti gli attori di proiettarvi le proprie preferenze.³¹⁸ Il vincolo è tanto più condiviso quanto meno decide.

La frammentazione riceve qui la lettura che il § 4.2 ha anticipato dal lato delle istituzioni. Contrapporre regimi a regimi, commercio contro ambiente, diritti umani contro diritto umanitario, diritto del mare contro diritto comunitario, significa che ogni qualificazione indica un'autorità diversa, la quale deciderà con preferenze e pratiche divergenti da quelle degli organi concorrenti.³¹⁹ Da qui una mossa che vale la pena isolare. Anche l'appello all'«unità del diritto internazionale», che i giuristi europei formulano come esigenza di sistema, va inteso come preoccupazione per la perdita d'influenza delle istituzioni che quel diritto generale rappresentano.³²⁰ La tesi non è che l'unità sia un valore falso: è che invocarla è una mossa dentro la contesa, non un punto di vista collocato al di sopra di essa.

Sarebbe però una mutilazione documentabile ricavarne che ogni universalismo sia per l'autore una maschera. Nel medesimo saggio l'universalizzazione compare due volte, con segno opposto. La prima è la mossa egemonica: universalizzare una preferenza sostanziale propria facendola apparire totale, come accade all'unità del mondo, che, proprio perché egemonica, può sempre essere interpretata come distopia, imposizione di interessi speciali nella veste di

³¹⁷ M. Koskenniemi, «International Law and Hegemony», cit., ms. p. 4, dove sono richiamati gli artt. 1 e 4 della definizione. Gli estremi della risoluzione dell'Assemblea generale 3314 (XXIX) del 14 dicembre 1974 non sono dati dal saggio: sono ripresi dalle note dello stesso autore in *From Apology to Utopia*, cit. Sulla rottura del negoziato relativo alla convenzione generale contro il terrorismo si veda *ibidem*.

³¹⁸ *Ivi*, ms. p. 12: «Even as there is agreement that some substantive norms must have a hierarchically superior position (usually addressed as jus cogens rules, or obligations erga omnes), this agreement is dependent on the absence of an institutional link with those norms and their open-endedness that allows all actors to project their preferences within their broad formulations» (trad. mia).

³¹⁹ *Ivi*, ms. p. 11: «A third fragmentation pits particular regimes against each other: trade against environment, human rights against humanitarian law, law of the sea against European community law»; e, alla stessa pagina: «Each classification points to a different authority that will decide, with preferences and practices deviating from those of competing bodies» (trad. mia). Le altre due forme di frammentazione descritte alle ms. pp. 10-11 sono la reinterpretazione eterodossa del diritto generale da parte di istituzioni nuove e l'istituzionalizzazione di eccezioni ferme al diritto generale.

³²⁰ *Ivi*, ms. pp. 11-12, con il periodo a cavallo delle due pagine: «Especially in Europe, lawyers have begun to worry about the "unity of international law". If this worry is understood – as it should be – as a concern about the loss of influence with the institutions representing general international law (especially the International Court of Justice), then the expectation of a constitutionalisation of the international system, advocated by those same lawyers, will hardly be forthcoming – at least in the form of buttressing the positions of precisely those institutions» (trad. mia).

interessi generali.³²¹ La seconda è la forma stessa del diritto: nel discorso giuridico i vantaggi e gli oneri che spettano a individui o gruppi determinati sono universalizzati per riferimento a regole di appartenenza, sicché ciò che altrimenti sarebbe una violazione privata, un torto fatto a me, si trasforma in violazione contro chiunque si trovi nella mia posizione.³²² Le due universalizzazioni non si elidono, e la conclusione del saggio poggia sulla seconda: libertà ed eguaglianza si realizzano soltanto se il mondo internazionale è inteso come comunità politica, cioè come forma di interazione in cui il potere sociale diventa autorità politica mediante pretese universalizzabili, ossia pretese di diritto.³²³ Chi trattiene un solo corno dell'argomento ottiene una tesi più netta e meno vera.³²⁴

Che la parzialità sia strutturale e non intenzionale si vede negli esempi con cui l'epilogo del 2005 illustra la nozione. Il primo è l'asimmetria, nei trattati dell'Organizzazione mondiale del commercio, fra gli obiettivi di libero scambio e quelli di regolazione sociale; il secondo è che, benché ogni esercizio del privilegio sovrano incida sulla vita delle persone, solo gli esercizi della sovranità da parte di governi del Terzo Mondo chiamano l'intervento della «comunità internazionale».³²⁵ Il primo esempio il saggio del 2004 lo enuncia per esteso: quei trattati proteggono in modo fermo i diritti privati degli operatori economici, e lasciano le esigenze sociali o di politica pubblica dipendenti da standard flessibili di adattamento o da clausole di

³²¹ *Ivi*, ms. p. 5: «And yet, "world unity", precisely because it is hegemonic, can always be interpreted as dystopia, the imposition of special interests in the garb of general ones» (trad. mia). Alla stessa pagina l'espressione «(hegemonic) universalisation» riferita ai valori sottostanti ai diritti umani, all'ambiente e al commercio.

³²² *Ivi*, ms. p. 21 (trad. mia). L'originale: «In law, benefits and burdens that belong to particular individuals or groups are universalised by reference to membership rules. What otherwise would be a mere private violation, a wrong done to me, a violation of my interest, is transformed by law into a violation against everyone in my position, a matter of concern for the political community itself». Alla stessa pagina Koskeniemi fa propria, citandola espressamente, la formula di R. Wai, «Countering, Branding, Dealing», in *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, p. 84, secondo cui il diritto internazionale, pur essendo politica egemonica, «is nonetheless a form of politics that has some particular virtues»: la formula è di Wai e va attribuita a lui.

³²³ *Ivi*, ms. p. 22 (trad. mia). L'originale: «Freedom and equality, however, can be realised only if the international world is understood as a political community, that is, a form of interaction where social power turns into political authority by claims about rights and duties that are universalisable, that is, claims of law».

³²⁴ Le parole *apology* e *utopia* non compaiono nel corpo del saggio, dove ricorrono soltanto nella lista bibliografica finale (ms. p. 25) come titolo del volume del 1989: ricondurre la struttura qui descritta ai due poli del capitolo III è operazione di chi scrive e non un'equivalenza posta dall'autore in questa sede. Il saggio non nomina inoltre il multipolarismo, né raggruppamenti di Stati non occidentali.

³²⁵ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 607, dove il secondo esempio suona: «or that though every exercise of sovereign privilege affects peoples' lives, only the exercises of sovereignty by Third World governments call for intervention by the "international community"» (trad. mia). Alla stessa pagina, oltre all'asimmetria dei trattati dell'Organizzazione mondiale del commercio, l'autolimitazione del diritto internazionale alle attività «pubbliche» o «sovrane». La definizione di *structural bias* è alle pp. 606-607 ed è riferita nel capitolo III, § 3.8.

eccezione ristrette.³²⁶ Nessuna delle due asimmetrie è imposta da una norma: risultano da ciò che, nei rispettivi ambienti professionali, appare naturale trattare come regola e come eccezione.

Che cosa resti agli Stati che l'egemonia non la esercitano è la domanda che il capitolo V eredita, e il saggio vi risponde in modo misurato: non contiene una teoria degli Stati non egemoni e non attribuisce loro capacità di fondare ordine giuridico, ma registra tre cose. Che la sovranità funziona da scudo, perché le inibizioni normative a essa associate moderano le diseguaglianze di potere esistenti, e che tolto quello scudo il mondo internazionale si disporrebbe presto gerarchicamente secondo le preferenze di chi occupa le posizioni forti.³²⁷ Che nessuna posizione strutturale garantisce però un contenuto politico, perché l'argomento di sovranità su cui per mezzo secolo la retorica del Terzo Mondo si era appoggiata contro il dominio occidentale è oggi il terreno dell'attacco statunitense alla Corte penale internazionale.³²⁸ E che le possibilità di contestazione contro-egemonica crescono con la contestualizzazione dei problemi, cioè con lo stesso movimento che erode la base di legittimità del sistema.³²⁹

Otto anni più tardi la prima di quelle tre registrazioni riceve segno positivo, e forma più forte. Recensendo un volume che leggeva la storia del diritto internazionale come progressiva emancipazione dalla statualità, Koskenniemi obietta che la tradizione antisovranista trascura i casi in cui la sovranità «turns into an expression of humanity's law and aspirations», e aggiunge che le esigenze di autodeterminazione e di autonomia, incorporate in istituzioni pubbliche, «have often been humanity's best defense against ambitious hegemons».³³⁰ Non è una difesa

³²⁶ M. Koskenniemi, «International Law and Hegemony», cit., ms. p. 13: «As the WTO treaties now are, they provide firm protection for the private rights of economic operators while leaving social or public policy concerns dependent on flexible adjustment standards or narrow exception clauses» (trad. mia).

³²⁷ *Ivi*, ms. p. 6 (trad. mia). Il primo periodo è citazione, dichiarata nel testo, di B. Kingsbury, «Sovereignty and Inequality», in A. Hurrell e N. Woods (a cura di), *Inequality, Globalization, and World Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 86, citato in M. Koskenniemi, «International Law and Hegemony», cit., ms. p. 6: «The normative inhibitions associated with sovereignty moderate existing inequalities of power and provide a shield for weak states and weak institutions». Il periodo successivo è di Koskenniemi: «Take away that shield and the international world will soon arrange itself hierarchically in response to the preferences of those in powerful positions».

³²⁸ M. Koskenniemi, «International Law and Hegemony», cit., ms. p. 6: «During the past half-century, much of Third World rhetoric relied on sovereignty against Western dominance. This is today the ground for the US attack on the International Criminal Court» (trad. mia). Non si usa qui *Ibidem*, perché la nota precedente contiene due fonti.

³²⁹ *Ivi*, ms. p. 19 (trad. mia). L'originale, che va riportato per intero perché è a doppio taglio: «On the one hand, the bureaucratisation of the problems leads into an erosion in the system's legitimacy basis and turns those interests into winners that usually prevail in the relevant functional context. On the other hand, as problems are contextualised, possibilities for strategic action increase, including avenues for counter-hegemonic contestation».

³³⁰ M. Koskenniemi, recensione a R.G. Teitel, *Humanity's Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, in *Ethics & International Affairs*, vol. 26, n. 3, 2012, pp. 395-398, p. 398 (trad. mia). Il periodo si apre in fondo alla p. 397 e si chiude alla p. 398: «But like the anti-sovereignty tradition in which she writes, she overlooks cases where sovereignty turns into an expression of humanity's law and aspirations. Concerns about self-determination

della sovranità come valore. È il rilievo che un'istituzione pubblica, finché funziona, oppone al potere una resistenza che il vocabolario dell'umanità non oppone, perché quest'ultimo non ha titolari determinati e chiunque può parlare in suo nome. La chiusa della recensione nomina per questo due pericoli, e li nomina insieme: che le comunità future diventino vittime inermi della propria frenesia sovrana, oppure che, sfuggite a quella frenesia, si trovino disciplinate da una struttura di potere globale i cui rappresentanti riescano a incantarle con la dolcezza del proprio canto sull'«umanità».

L'esempio con cui il saggio si chiude dice quale sia il rendimento di questa risorsa e quanto sia circoscritto. Paraguay, Germania e Messico portarono davanti alla Corte internazionale di giustizia la sorte di propri cittadini condannati a morte negli Stati Uniti, e la Germania proseguì la causa dopo che i due fratelli erano stati giustiziati: a quel punto la sentenza non serviva più un interesse particolare, ed era voce della comunità che esprimendosi si costituiva.³³¹ Il guadagno non è la vittoria. È la trasformazione di una pretesa particolare in pretesa di chiunque si trovi in quella posizione.

La domanda che questa costruzione lascia aperta l'autore l'ha formulata nello stesso anno a proposito dell'Europa, e non degli Stati Uniti. Se «Europa» è una scelta politica e non un'entità spaziale naturale, allora è anche un progetto egemonico, e sotto questo profilo non vi è differenza fra essa e ciò che essa vede fare agli Stati Uniti; la differenza va allora invocata in termini politici, e la domanda diventa perché la mia egemonia sarebbe migliore della tua.³³² Egli osserva che la questione conduce al problema della distinguibilità fra universalismi «falsi» e universalismi «genuini», e che quel problema eccede l'occasione in cui viene sollevato.³³³ Chi la usasse per concludere che ogni universalismo è una maschera compirebbe la riduzione che

and autonomy, embodied in public institutions, have often been humanity's best defense against ambitious hegemony». La chiusa, alla stessa p. 398: «some account is needed if future communities wish to avoid becoming the hapless victims of their own sovereign frenzy—or to escape this frenzy only to be disciplined by some global power structure whose representatives succeed in enchanting us with the sweetness of their song of "humanity"».

³³¹ M. Koskenniemi, «International Law and Hegemony», cit., ms. p. 22, dove la chiusa suona: «The judgement no longer supported special interests: it was a voice of the community expressing and thus constituting itself» (trad. mia). L'autore scrive «Paraguay, Germany and Mexico» e «the two German brothers».

³³² M. Koskenniemi, «By Their Acts You Shall Know Them...», cit., pp. 848-849 (trad. mia). L'originale, a p. 848: «Clearly, there is no natural spatial entity such as "Europe". "Europe" is a political choice, its boundaries contingent and contestable»; il periodo successivo si apre a p. 848 e si chiude a p. 849: «If Europe is a political idea [...] then it is also a hegemonic project and in this regard there is no difference between it and what it sees the United States involved in today»; e, a p. 849: «The difference must then be invoked in political terms: Why is hegemony by me better than yours?».

³³³ *Ivi*, p. 849: «It leads into debates about the possibility of distinguishing between "false" and "genuine" universalisms that can here be invoked only by the metaphoric opposition between "frontier" and "horizon"» (trad. mia). Nella nota 14 della stessa pagina l'autore rinvia, per la trattazione estesa del tema, a Id., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 480-509. Quelle pagine non sono l'epilogo del volume, che occupa le pp. 510-517: sono le due sezioni conclusive del capitolo 6, «Empire's law» (p. 480) e «A culture of formalism?» p. 494.

l'autore rifiuta: la domanda serve a impedire che la questione venga chiusa, non a chiuderla nell'altro senso.

Vale la pena di riconoscere che cosa sia, quella domanda. «Perché la mia egemonia sarebbe migliore della tua» non è una questione di diritto positivo, perché nessuna norma la decide e nessuna istituzione è competente a riceverla: è la domanda sul fondamento del potere, e in quanto tale appartiene alla filosofia del diritto, dove ricorre da secoli nella forma più elementare che possa assumere. Un filosofo del diritto che ha replicato all'autore l'ha ritrovata negli scolastici spagnoli, e l'ha chiamata «the childlike question, "Why do you get to make the rules?"».³³⁴ Koskenniemi la lascia aperta, e il § 4.5 mostrerà perché lasciarla aperta sia una posizione e non una rinuncia.

4.4 *The Gentle Civilizer of Nations*: sovranità, civiltà e impero

La storia della disciplina pubblicata nel 2001 ha offerto qui la verifica dell'indeterminatezza su materiale storico. Nel discorso dei primi internazionalisti l'esclusione per differenza culturale e l'inclusione per somiglianza umanitaria producevano il medesimo esito, e i trattati con i capi africani potevano essere dichiarati validi o invalidi senza che la preminenza europea ne risultasse scalfita. Lo standard di civiltà, in quel discorso, era un mito e non una soglia. Il volume sposta il fuoco dell'opera del 1989 senza ripudiarla, e la fine che vi si data è il termine di un processo che il paragrafo seguente ricostruisce.

Nel 2001 Koskenniemi pubblica una storia della disciplina fra il 1870 e il 1960, nata dalle Sir Hersch Lauterpacht Memorial Lectures tenute a Cambridge nell'autunno del 1998.³³⁵ Il rapporto con il lavoro precedente è dichiarato nell'introduzione, e smentisce la ricostruzione corrente.

L'analisi strutturale, riconosce Koskenniemi, aveva posto le basi per descrivere come si producano gli argomenti in una pratica professionalmente competente del diritto internazionale,

³³⁴ A. Ripstein, «Distinctions of Power and the Power of Distinctions: A Response to Professor Koskenniemi», in *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n. 1, 2011, pp. 37-43, p. 38 (trad. mia: la domanda infantile, «perché tocca a te fare le regole?»). Il periodo intero: «They seem to be very much a part of our world because the scholastics are puzzled about what they, like us, regard as a recurring question of legal and political life, the childlike question, "Why do you get to make the rules?"». Lo scritto è la replica al saggio di M. Koskenniemi, «Empire and International Law: The Real Spanish Contribution», pubblicato nel medesimo fascicolo della rivista. Alla p. 39 Ripstein aggiunge un rilievo che vale contro ogni lettura puramente strumentale dell'argomento giuridico: «rationalization always tries to give reasons; in this, rationalization is the purest form of hypocrisy, the flattery that vice pays to virtue», sicché il fatto stesso che si cerchi di razionalizzare una condotta giudicata bisognosa di razionalizzazione «shows that they were attuned to those concerns».

³³⁵ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., Introduzione, p. 1, dove sono richiamate le lezioni tenute a Cambridge nell'autunno del 1998; l'invito di Sir Elihu Lauterpacht è ricordato nella prefazione, p. xi.

ma la sua immagine del diritto restava piuttosto statica e non spiegava perché singoli giuristi avessero sostenuto determinate posizioni in periodi e luoghi determinati: pur affermando che ogni pratica giuridica è una politica del diritto, non diceva quale fosse stata la politica degli internazionalisti.³³⁶

Il passaggio dalla struttura alla storia non è però un ripudio, e l'autore lo dice con parole che contraddicono la lettura corrente: benché il libro copra in parte lo stesso terreno di quello pubblicato dieci anni prima, il movimento dalla struttura alla storia ne fa un'opera completamente diversa, «o quasi. Perché il gioco di apologia e utopia è naturalmente all'opera negli scritti dei giuristi di cui discuto più avanti [...]. Ma ho consapevolmente cercato di metterne in secondo piano quell'aspetto».³³⁷ L'epilogo del 2005 lo ripete, negando che il volume del 2001 fosse fatto per ripudiare alcunché di quanto scritto in precedenza, come il § 3.8 ha già registrato.³³⁸

Ciò che il libro segue non è un insieme di idee né un insieme di pratiche, ma una sensibilità, che comprende la fede politica, l'immagine di sé e della società e i vincoli strutturali entro cui i professionisti del diritto internazionale vivono e lavorano.³³⁹ Da qui la periodizzazione: il diritto internazionale moderno non «cominciò» a Westfalia né a Vienna, ma con le riunioni dell'*Institut de droit international* dal 1869, e la sua fine, effettiva e non formale, è collocata intorno al 1960.³⁴⁰ Il sottotitolo indica un'ascesa e una caduta, e quel diritto, osserva l'autore, fu sconfitto tanto dai propri successi clamorosi quanto dai propri fallimenti.³⁴¹

³³⁶ *Ivi*, pp. 1-2 (trad. mia). L'originale, con il periodo finale a cavallo delle due pagine: «But as perceptive critics pointed out, whatever merits that analysis had, its image of the law remained rather static. Even if it laid the groundwork for describing the production of arguments in a professionally competent international law practice, it fell short of explaining why individual lawyers had come to endorse particular positions or arguments in distinct periods or places. Even if it claimed that all legal practice was a "politics of law," it did not tell what the "politics" of international lawyers had been».

³³⁷ *Ivi*, p. 5 (trad. mia). L'originale: «So although this book covers quite a bit of the same ground as the one I published ten years ago, the move from structure to history makes this a completely different work. Or almost does. For the play of apology and utopia is of course effective in the writings of the lawyers I discuss below and continues to account for the fact that they became highly regarded representatives of the profession. But I have consciously tried to downplay that aspect of their work».

³³⁸ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 617: «The purpose of that book was not to repudiate anything written in the foregoing pages» (trad. mia). Il rinvio dell'autore, alla nota 157 della stessa pagina, è a *The Gentle Civilizer of Nations*.

³³⁹ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 2 (trad. mia). L'originale: «If instead of "ideas," the essays choose to speak of "sensibility," this is because the fluidity of the latter enables connoting closure and openness at the same time, as does the more familiar but slightly overburdened notion of "culture."». «Sensibilità» rende *sensibility*: l'autore lo contrappone espressamente a *ideas* e a *culture*, e il termine non va confuso con la *mindset* dei saggi successivi.

³⁴⁰ *Ivi*, p. 4, per entrambe le date: «A central thesis of chapters 1 and 2 is that modern international law did not "begin" at Westphalia or Vienna»; e, alla stessa pagina: «My second intuition was that whatever began at that time came to an effective (if not formal) end sometime around 1960».

³⁴¹ *Ivi*, pp. 2-3, con il periodo a cavallo delle due pagine: «Like the liberal reformism which created it, modern international law was defeated as much by its spectacular successes as its equally striking failures» (trad. mia).

Quella data non è soltanto la fine di una vicenda professionale. Nella ricostruzione che il volume dedica a Carl Schmitt, e che il § 4.5 percorre, la fine del diritto internazionale moderno coincide con il compimento di un processo più lungo, in cui il fondamento del diritto viene sostituito dalla tecnica: non abolito, ma rimpiazzato nella sua funzione da un sapere che non si presenta come decisione e perciò non è tenuto a giustificarsi come tale. È la ragione per cui il paragrafo seguente non passa direttamente dalla storia della professione alla cultura del formalismo: fra le due sta la diagnosi che le rende entrambe intelligibili.

L'eccezione più importante alla vocazione riformatrice di quei giuristi fu il sostegno all'imperialismo ufficiale: fino al 1914 essi chiesero l'estensione della sovranità occidentale fuori d'Europa come unico modo organizzato di portarvi la civiltà.³⁴² Il capitolo secondo del volume svolge la proposizione, ed è la parte dell'opera che più interessa la domanda di questa tesi.

L'argomento non è che i giuristi dell'epoca fossero in malafede, ma che il loro discorso fornisse una logica uniforme di esclusione e inclusione, nella quale argomenti culturali e argomenti umanitari si intersecavano in modo da consentire posizioni diverse garantendo in ogni punto la superiorità di controllo dell'«Europa».³⁴³ L'esclusione operava sulla differenza culturale, che rendeva impossibile estendere al non europeo i diritti riconosciuti agli europei. L'inclusione operava sulla somiglianza: il non europeo ha diritti che un umanitarismo universale impone di proteggere, ma la protezione passa per la sostituzione delle sue istituzioni con la sovranità europea.³⁴⁴ Le due mosse sono opposte e producono lo stesso esito, ed è questa intercambiabilità, non la denuncia dell'ipocrisia, a costituire l'argomento.

Lo standard di civiltà, letto in questa chiave, non è una soglia ma un mito: non vi era nulla da conseguire, perché ogni concessione dipendeva da una trattativa e ogni statuto da un accordo, mentre l'esistenza di un linguaggio dello standard dava a una politica congetturale l'apparenza dell'equo trattamento e dell'amministrazione regolare.³⁴⁵ Il paradosso in cui la

³⁴² *Ivi*, p. 5, in testa alla pagina: «The most important exception to this was their support of official imperialism, as discussed in chapter 2 below. Until 1914, they did advocate the extension of Western sovereignty beyond Europe as the only organized way to bring civilization to their "Orient."» (trad. mia).

³⁴³ *Ivi*, cap. 2, «Sovereignty: a gift of civilization: international lawyers and imperialism, 1870-1914», pp. 98-178, qui p. 127: «their discourse provides a uniform logic of exclusion-inclusion in which cultural arguments intersect with humanitarian ones so as to allow a variety of positions while at every point guaranteeing the controlling superiority of "Europe."» (trad. mia).

³⁴⁴ *Ivi*, p. 130, dove le due mosse sono descritte per esteso; sull'argomento per cui chi non possiede il concetto di sovranità non può trasferirla si veda *ivi*, pp. 138-139. Il contenuto delle pagine è qui riassunto in italiano: il volume vi riporta il lessico razziale della letteratura ottocentesca, che non viene riprodotto.

³⁴⁵ *Ivi*, pp. 134-135, con il periodo a cavallo delle due pagine, e p. 135: «Every concession was a matter of negotiation, every status dependent on agreement, *quid pro quo*. But the existence of a *language of a standard* still

costruzione si chiude è formulato senza attenuazioni: per ottenere l'uguaglianza la comunità non europea doveva accettare l'Europa come padrone, ma accettare un padrone era la prova di non essere uguale.³⁴⁶

La Conferenza di Berlino del 1884-1885 mostra la stessa struttura sul terreno del diritto positivo. Gli argomenti giuridici che vi furono impiegati non limitarono l'espansione: la alleggerirono dei suoi oneri. La regola dell'occupazione effettiva fu adottata senza criteri di effettività, e gran parte del lavoro di redazione consistette nell'annacquamento dei doveri della potenza colonizzatrice. L'effetto decisivo dell'Atto generale non fu territoriale ma definitorio, perché gli articoli 34 e 35 trattarono la sovranità come qualità che poteva inerire soltanto a un possesso europeo, e come esclusività non accompagnata da obblighi chiaramente definiti.³⁴⁷

I trattati conclusi con i capi africani pongono il problema in forma pura. Quelli di Ngombi e Mafela, del 1° aprile 1884, facevano cedere all'associazione di Leopoldo II «la sovranità e tutti i diritti sovrani e di governo su tutti i loro territori», con i pedaggi, la caccia e le miniere, contro una pezza di stoffa al mese.³⁴⁸ Ai giuristi si poneva una scelta priva di soluzione determinata. Dichiararli invalidi, come fecero Rolin e Westlake, significava fondare il titolo europeo su un atto unilaterale, perché chi non possiede il concetto di sovranità non può trasferirla: «il possesso della terra era funzione del possesso di un concetto».³⁴⁹ Dichiararli validi significava presupporre un universo normativo in cui europei e africani agivano da eguali, e ricadere nel paternalismo per fronteggiare il rischio della manipolazione. La conclusione è che la preminenza europea poteva essere assicurata tanto ammettendo la validità dei trattati coloniali quanto respingendola, perché nessuna delle due posizioni aveva conseguenze

gave the appearance of fair treatment and regular administration to what was simply a conjectural policy» (trad. mia; corsivi dell'autore). La sezione «Looking for a standard» comincia a p. 132.

³⁴⁶ *Ivi*, pp. 135-136, con la frase finale che apre la p. 136: «In order to attain equality, the non-European community must accept Europe as its master – but to accept a master was proof that one was not equal» (trad. mia).

³⁴⁷ *Ivi*, p. 126: «Articles 34 and 35 treated "sovereignty" as a quality that could attach only to a European possession. Moreover, sovereignty was treated first and foremost as an exclusivity, unaccompanied by clearly defined obligations. Much of the drafting process was constituted of the watering down of the duties of the colonizing power» (trad. mia). La sezione «The Berlin Conference 1884–1885» comincia a p. 121.

³⁴⁸ *Ivi*, p. 136, dove il testo dei trattati di Ngombi e Mafela del 1° aprile 1884 è riportato in inglese: «freely of their own accord, for themselves and their heirs and successors for ever . . . give up to the said Association the sovereignty and all sovereign and governing rights to all their territories» (trad. mia); il corrispettivo pattuito è indicato alla stessa pagina in «one piece of cloth per month». Koskenniemi cita da A. Hochschild, *King Leopold's Ghost*, p. 72.

³⁴⁹ *Ivi*, p. 139: «Seldom has the adage about the connections between knowledge and power been more graphically illustrated: possession of land was the function of possessing a concept» (trad. mia). La sezione sui trattati coloniali, «Between universality and relativism: colonial treaties», comincia a p. 136.

determinate ed entrambe erano egualmente idonee alla difesa e alla critica del colonialismo.³⁵⁰ È il punto in cui la struttura descritta nel capitolo III si mostra in opera su un materiale storico: l'indeterminatezza non è un vizio logico astratto, ma la ragione per cui il diritto poté accompagnare l'espansione qualunque posizione dottrinale prevalesse.

Due casi chiudono la dimostrazione. A Fashoda, nel 1898, il criterio dell'occupazione effettiva, unica regola che la Conferenza di Berlino avesse davvero prodotto, soccombette davanti a una dichiarazione unilaterale di sfera d'interesse; dopo di allora i giuristi non poterono più sostenere che il titolo coloniale seguisse dall'istituzione di un'amministrazione effettiva, e il ritorno alle sfere d'interesse astrattamente delimitate divenne il modo accettato di governare la rivalità imperiale.³⁵¹ Nello Stato indipendente del Congo la sovranità europea fu invece istituita davvero, e produsse terrore; la comunità degli internazionalisti tacque, e i due giuristi belgi che presero la parola difesero il re sostenendo che la questione era interna. Ma proprio quella difesa, osserva Koskenniemi, staccava la sovranità dalle sue giustificazioni liberali: sovranità e civiltà non andavano automaticamente insieme, e non vi andavano perché la sovranità non aveva alcun significato determinato.³⁵² Prestare attenzione a quei casi avrebbe distrutto il mito dell'inseparabilità fra sovranità europea e civiltà, o avrebbe sollevato sulla sovranità domande capaci di colpire il cuore del principio di legittimazione dell'ordine politico europeo.³⁵³

Fallita la sovranità coloniale, la missione civilizzatrice non fu abbandonata ma internazionalizzata: i mandati della Società delle Nazioni, il sacro mandato di civiltà e l'amministrazione fiduciaria sono, nella ricostruzione dell'autore, la stessa logica condotta con

³⁵⁰ *Ivi*, p. 141 («European predominance could be secured by granting the validity of colonial treaties as well as dismissing them») e p. 142 («Neither position had any determinate consequences: both were equally amenable for a defense as well as criticism of colonialism»), trad. mia.

³⁵¹ *Ivi*, p. 152 e p. 154 (trad. mia). L'originale, a p. 154: «But after Fashoda, international lawyers could hardly continue to insist that colonial title could follow only from setting up effective administration "to protect acquired rights," as required by the Berlin Act. The turn back from effective occupation to abstractly delimited spheres of interest now became an accepted means to manage imperial rivalry». La sezione «Occupation is nothing – Fashoda» comincia a metà della p. 152.

³⁵² *Ivi*, p. 169: «When Descamps and Nys claimed that the Congo administration was an internal affair, they detached sovereignty from its liberal justifications. The Congo situation showed that sovereignty and civilization did not automatically go hand in hand and that they did not because sovereignty *had no determined meaning*» (trad. mia; corsivo dell'autore). Alla stessa pagina: «It was their failure to spell out the meaning of sovereignty in social and political terms, as applied in non-European territory, that in retrospect made international lawyers seem such hopeless apologists of empire». La sezione «Sovereignty as terror – the Congo» comincia in fondo alla p. 155. Le vicende del Congo di Leopoldo II sono qui riassunte in italiano e non trascritte.

³⁵³ *Ivi*, p. 166: «Attention to them would either have destroyed the myth of the inseparability of European public law sovereignty and civilization, or it would have posed questions about the meaning of sovereignty whose implications would no longer have been confined to the margins but would have struck at the heart of the legitimating principle of Europe's own political order» (trad. mia). Il pronome rinvia ai casi di violenza coloniale discussi alla pagina precedente, sui quali i giuristi mantennero un silenzio non minore di quello serbato sul Congo.

altri mezzi.³⁵⁴ L'impero, si legge nella chiusa del capitolo, ha molti travestimenti, e la forma più efficiente di egemonia può essere invisibile o indiretta, uso della libertà per creare vincolo: in quel caso l'antimperialismo consiste in una lotta per il formalismo. Ma anche la sovranità formale può essere imperialista, ed è la lezione dell'età coloniale; e le strutture amministrative, di sovranità o di internazionalizzazione, determinano solo marginalmente le politiche per cui vengono usate, perché le istituzioni non sostituiscono la politica, la mettono in atto.³⁵⁵

Il capitolo è una storia della professione fra il 1870 e il 1914, non una teoria del colonialismo, e il giudizio che l'autore ne trae nelle ultime pagine resta duplice: la vicenda del diritto internazionale e dell'impero formale può essere storia di arroganza, di ambizione mal riposta e di crudeltà, ma resta inseparabile dalla più ampia narrazione di un internazionalismo liberale le cui aspirazioni umanitarie non si lasciano liquidare come giustificazioni in malafede del dominio occidentale.³⁵⁶

4.5 Sovranità, politico e neutralizzazione tecnica: Schmitt nella ricostruzione di Koskenniemi

Schmitt entra qui come formulatore di un problema, non come autore di una soluzione. Il paragrafo ha ricondotto alla sovranità il terreno che il § 4.1 aveva lasciato senza nome, e ha seguito la sostituzione del fondamento con la tecnica fino alla critica dell'universalismo come usurpazione. Le tre alternative formulate nel 1955 sono state riferite con le cautele che il testo

³⁵⁴ *Ivi*, sezione «From sovereignty to internationalization», che comincia a p. 166.

³⁵⁵ *Ivi*, p. 177 (trad. mia). L'originale: «Equally, empire comes under many disguises. While we often associate it with formal colonies, in fact the more efficient form of hegemony may be invisible, or indirect; the use of freedom to create constraint. In such case, anti-imperialism consists in a struggle for formalism: the establishment of formal administrative structures, police, and government. However, formal sovereignty can undoubtedly also be imperialist»; e, alla stessa pagina: «Administrative structures – whether those of sovereignty or internationalization – only marginally determine the policies for which they are used. We recognize their character only by reference to substantive ideals about the political good we wish to pursue. Here lies the difficulty. Institutions do not *replace* politics but *enact* them» (corsivi dell'autore).

³⁵⁶ *Ivi*, p. 176: «The story of international law and formal empire in 1870–1914 may be a story of arrogance, misplaced ambition, and sheer cruelty. But it is indissociable from the wider narrative of a liberal internationalism that thinks of itself as the "legal conscience of the civilized world" and whose humanitarian aspirations cannot be dismissed as a set of bad-faith justifications for Western domination» (trad. mia; corsivo dell'autore). Sull'ambivalenza della formula *conscience juridique*, che oscilla fra la coscienza morale del francese e il *Rechtsbewusstsein* cognitivo del tedesco, si vedano *ivi*, pp. 41 e 96. Dieci anni più tardi, presentando il volume ai lettori italiani, l'autore vi aggiunge un'autolimitazione più netta: «Il mondo non europeo compare qui solo come oggetto della politica e dell'impulso civilizzatore europei. Questo è un problema, certo, anche se mi auguro che affligga in misura maggiore la tradizione che il libro esamina piuttosto che il libro stesso»; e dichiara di rimpiangere di non aver scritto di più sui giuristi italiani, «specialmente su Dionisio Anzilotti» (M. Koskenniemi, *Prefazione all'edizione italiana*, in Id., *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, a cura di G. Gozzi, L. Gradoni e P. Turrini, trad. di L. Gradoni e P. Turrini, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. XXIII-XXV, datata Helsinki, 24 settembre 2011).

impone. La distanza dell'autore è documentata su tre passi: il decisionismo è un polo dell'oscillazione, non la via d'uscita.

Il capitolo del volume del 2001 da cui il paragrafo seguente ricaverà la cultura del formalismo porta un titolo che questa tesi non ha finora spiegato: *Out of Europe: Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the turn to «international relations»*. Le pagine sul formalismo ne occupano le ultime quindici; le ottanta che le precedono sono dedicate a Carl Schmitt, e non sono una digressione. Vi si trova la formulazione novecentesca più dura del problema che il § 4.1 ha lasciato aperto, e va detto subito che a formularla fu l'avversario più compromesso che quel problema potesse avere.

Nel 1950 Schmitt era un paria intellettuale. L'adesione al regime nazionalsocialista fra il 1933 e il 1936, la reputazione di *Kronjurist* del governo di Hitler e un antisemitismo mai ritrattato lo tennero *persona non grata* nella Germania federale fino alla morte, sopravvenuta nel 1983 a novantacinque anni; era stato arrestato dagli Alleati nell'agosto del 1945 e trattenuto in un campo d'internamento fino al 1947, e condotto a Norimberga come possibile imputato prima di essere rilasciato senza imputazione.³⁵⁷ Koskenniemi non attenua nulla di ciò e non se ne serve per congedare l'oggetto. La ragione per cui vi si sofferma è dichiarata in una pagina che conviene riportare, perché è la sola base su cui una tesi possa occuparsene: l'associazione riprovevole con i nazisti e l'antisemitismo palese «gettano un'ombra fondata sulla sua vita e su alcuni dei suoi scritti di quel periodo», ma «non valgono a togliere forza a molte delle sue intuizioni sul diritto e sul nuovo ordine politico».³⁵⁸ Si ricostruisce una diagnosi, dunque, non si adotta una terapia; e la distinzione fra le due cose è l'oggetto dell'ultimo capoverso del paragrafo.

L'opera cui Koskenniemi risale è *Der Nomos der Erde*, del 1950, dedicata alla fine dell'«era europea», cioè alla chiusura di quello *ius publicum Europaeum* che per tre secoli aveva regolato l'ordine del mondo.³⁵⁹ La scelta del termine non è ornamentale: *nomos* designa un

³⁵⁷ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 422 (trad. mia). L'originale: «By 1950 Schmitt had become an intellectual pariah owing to his association with the national-socialist regime in 1933–1936. Although he had been blacklisted by the SS thereafter, and lost all influence with the regime, moving from constitutional law and political theory to international law, his enthusiasm for Hitler's dictatorship after 1933, his reputation as a *Kronjurist* of the Nazi government and his (continued) antisemitism kept him a *persona non grata* within West German political society until his death (at the age of 95) in 1983. He had been arrested by the Allies in August 1945 and held in an interment camp until 1947. He had also been brought to Nuremberg as a potential defendant in the war crimes trials but was released without charges.»

³⁵⁸ *Ivi*, p. 424 (trad. mia). L'originale: «Schmitt's reprehensible association with the Nazis and his blatant antisemitism throw a well-founded shadow on his life as well as on some of his writings from that period. But they fail to undermine the force of many of his insights about law and the new political order.»

³⁵⁹ *Ivi*, p. 415, dove è citata C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1950.

ordine concreto e spaziale e si oppone al *Gesetz*, la legge formale, che Schmitt associava al «normativismo degenerato della giurisprudenza ottocentesca».³⁶⁰ Di qui la lettura del congresso di Berlino: non l'atto di nascita di un ordinamento coloniale, ma «l'ultima grande *Landnahme* eroica dei popoli europei», e insieme la prima manifestazione di una missione civilizzatrice già decadente.³⁶¹ Il § 4.4 ha letto gli stessi fatti — Berlino, il Congo, lo standard di civiltà — e ne ha tratto una conclusione incompatibile con questa, e il rilievo che segue è di chi scrive: per Koskenniemi la sovranità non aveva, in quel discorso, alcun significato determinato, sicché dichiarare validi o invalidi i trattati con i capi africani conduceva al medesimo esito; per Schmitt un significato c'era, ed è andato perduto. La differenza decide quale rimedio sia pensabile, perché chi ritiene che un significato sia andato perduto può proporsi di restituirlo.

Che cosa Schmitt intenda per sovranità è detto in una formula che Koskenniemi riporta per esteso. Il sovrano è «colui che decide sullo stato d'eccezione», cioè su «se vi sia un'emergenza estrema e su che cosa si debba fare per fronteggiarla».³⁶² La definizione non descrive una competenza ma un residuo: nessuna legge può prevedere l'eccezione né stabilire le condizioni della propria sospensione, e ogni normalità deve la propria esistenza a un potere costituente che a sua volta fu eccezione. Lo stato d'eccezione compie in politica ciò che il miracolo compie in teologia, e la proposizione che regge l'analogia è quella del 1922: «tutti i concetti significativi della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati»; il legislatore vi è concepito a immagine del Dio onnipotente, con una risposta per ogni domanda e ogni conflitto risolto in anticipo.³⁶³ Per il diritto internazionale la conseguenza è una domanda sola, e Schmitt la formula così: «in concreto la questione rilevante è sempre chi debba decidere che cosa in questo caso sia diritto, che cosa conti come pace, che cosa sia una minaccia o una turbativa della pace, con quali mezzi essa vada ristabilita».³⁶⁴

³⁶⁰ *Ivi*, p. 415 (trad. mia). L'originale: «signified a substantive or concrete (spatial) order or determination, in contrast to the formal notion of *Gesetz* that Schmitt linked with the degenerated normativism of nineteenth-century jurisprudence».

³⁶¹ *Ivi*, p. 416 (trad. mia): il *nomos* europeo aveva avuto origine nella scoperta del nuovo mondo e nell'organizzazione, fra le potenze imperiali europee, di quella *Landnahme* che fu «the last great heroic deed of the European peoples».

³⁶² *Ivi*, p. 428 (trad. mia). L'originale: «he who decides on the exception», cioè su «whether there is an extreme emergency as well as what should be done to counter it».

³⁶³ *Ivi*, p. 428 (trad. mia). L'originale: «All significant concepts of the modern theory of the state are secularized theological concepts». Koskenniemi cita C. Schmitt, *Political Theology*, traduzione inglese della *Politische Theologie* del 1922.

³⁶⁴ *Ivi*, p. 429 (trad. mia). L'originale: «in concreto the relevant question is always who shall decide what in this case is law, what counts as peace, what is a threat or disturbance of peace, with what means it shall be restored, when a situation has become normal or "peaceful" and so on». Alla pagina seguente Koskenniemi osserva che è contro il normativismo astratto che Schmitt pone il proprio antiformalismo.

È la domanda che il § 4.1 aveva lasciato aperta. Se le regole non determinano l'esito, la decisione si sposta su un terreno che il diritto non è in grado di giustificare con i propri mezzi; l'inferenza che segue è di chi scrive, e consiste nel dare a quel terreno il nome che ha nella tradizione filosofico-giuridica. Il terreno è la sovranità, e il capitolo III lo aveva sfiorato senza nominarlo, quando ricostruiva la dottrina liberale della politica di cui il vocabolario internazionalistico è tratto: nelle pagine su cui quella ricostruzione poggia Koskenniemi fa risalire a Bodin e a Hobbes la premessa scettica da cui l'uguaglianza sovrana discende, poiché in assenza di un ordine normativo naturale nessun vincolo è opponibile a chi non l'abbia accettato.³⁶⁵ Fra quella premessa e la formula schmittiana non corre una parentela storica che questa tesi possa documentare, ma corre un'identità di struttura: in entrambe la decisione resta senza fondamento esterno.

Una cautela va posta sulla parola che regge quel passaggio. «Secolarizzazione» non è la descrizione neutra di un processo storico, e chi la adopera compie già una scelta teorica: è, si è osservato, «uno strumento teorico, epistemologico, inserito in un discorso, che ha specifici obiettivi, finalità da perseguire, un apparato concettuale e metodologico da cui muovere».³⁶⁶ Le sue letture possibili sono molte, e fra esse vi è chi ne inverte il senso, parlando di una teologizzazione che muove dal politico al teologico, e chi ne dichiara paradossalmente religiosa l'essenza.³⁶⁷ La formula schmittiana non va dunque presa come constatazione: è una tesi, e per giunta una tesi che rende continuo ciò che il pensiero liberale presenta come rottura. Il rilievo è di chi scrive, e serve a impedire che alla tecnica venga attribuito il compito di portare a termine un processo di cui nessuno ha mai dato una descrizione univoca.

Su questa base Schmitt costruisce la critica dell'universalismo giuridico, e Koskenniemi avverte che non la si può isolare dal resto: la sua discussione delle tendenze universalizzanti del diritto internazionale «non può essere separata dalla sua critica della ricerca onnicomprensiva

³⁶⁵ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., pp. 78-80, 90 e 93-94. La p. 78 è dedicata a Jean Bodin, la cui sovranità nasce da un argomento logico — in una comunità può esservi un solo luogo di autorità suprema, e in quanto suprema essa non può essere né condivisa né divisa — mosso dal bisogno di sicurezza; alla p. 79 la rottura con l'argomento medievale è attribuita a Hobbes e la premessa scettica è ricondotta all'assenza di un ordine normativo naturale. La differenza fra i due sul piano internazionale è fissata alla p. 90: «For Bodin there existed a residually controlling natural law among States. For Hobbes there can be none» (trad. mia: per Bodin esisteva fra gli Stati un diritto naturale residuo con funzione di controllo; per Hobbes non ve n'è alcuno). Che l'uguaglianza sovrana sia conseguenza di quella premessa, e non premessa essa stessa, è alle pp. 93-94.

³⁶⁶ P. Heritier, «La sacra laicità», in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2009, pp. 1-20, p. 3. Il saggio distingue la questione dinamica del processo storico di secolarizzazione dal problema statico della distinzione organizzativa fra laici e chierici, e avverte che la prima non è un dato ma un costruito.

³⁶⁷ *Ivi*, p. 3, dove l'autore enumera le accezioni possibili del termine e vi include tanto il movimento inverso, che egli chiama «teologizzazione», quanto la lettura secondo cui l'essenza del concetto «resta paradossalmente religiosa». La formulazione di partenza che egli adotta è quella di Rusconi: un processo storico che conduce a uno Stato il quale non pretende dai propri cittadini alcuna specifica credenza religiosa.

di depoliticizzazione e di neutralizzazione che aveva caratterizzato il pensiero liberale occidentale dalla fine dell'età religiosa», nel corso della quale il liberalismo avrebbe ridotto ogni problema o a estetismo romantico o a questione esclusivamente economica e tecnologica.³⁶⁸ Ne viene la proposizione che interessa qui più di ogni altra: «era un'illusione pensare che i problemi politici potessero essere risolti dalla tecnica: per quanto la tecnica fosse in sé neutrale, essa era del tutto politica nei suoi usi».³⁶⁹ La tecnica, cioè, non fonda nulla: occupa il posto lasciato vuoto dal fondamento e vi porta decisioni che non è più tenuta a presentare come decisioni.

Che quel posto sia vuoto, e che la sua storia sia una storia di occupanti successivi, è la lettura che dell'operazione schmittiana ha dato l'estetica giuridica. La finzione della continuità di una tradizione, vi si legge, è «un luogo vuoto e malleabile, suscettibile di assumere qualsiasi contenuto»,³⁷⁰ e il dispositivo schmittiano dei centri di riferimento consiste appunto nella successione dei domini che di volta in volta vi si insediano: il teologico, il metafisico, il morale e umanitario, l'economico, e infine il tecnico, sicché «il ventesimo secolo cominciò come l'età non soltanto della tecnica, ma di una credenza religiosa nella tecnica».³⁷¹ La stessa lettura riconosce nella *Grundnorm* di Kelsen un dispositivo che si colloca «nel posto vuoto prima occupato dall'Imperatore, dal Papa e dal Leviatano di Hobbes».³⁷² Il capitolo II ha esposto quella norma fondamentale come premessa di un ordinamento unitario; il rilievo che se ne trae qui è di chi scrive, e non è un'obiezione a Kelsen: è la constatazione che la sostituzione del fondamento è, nel Novecento, un movimento unico, di cui il formalismo kelseniano e la sua critica schmittiana sono le due mosse contrapposte.

La forma più dura di quella critica riguarda l'umanità. Se un mondo senza Stati fosse possibile, vi resterebbero «cultura, civiltà, economia, morale, diritto, arte, intrattenimento», ma non la politica; e poiché quel mondo non c'è, «l'umanità come tale non può fare la guerra, perché

³⁶⁸ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 427 (trad. mia). L'originale: «His discussion of the universalizing tendencies of international law cannot be detached from his critique of the all-encompassing search for depoliticization and neutralization that had characterized Western liberal thought since the end of the religious era. Since then, liberalism had reduced all problems either into the realm of a romantic aestheticism or chosen to treat them as exclusively economic and technological.»

³⁶⁹ *Ivi*, p. 430 (trad. mia). L'originale: «It was a delusion to think that political problems could be solved by technology: even as technology was neutral as such, it was completely political in its uses.»

³⁷⁰ P. Heritier, «Aesthetics of Law as "Iconic Legal Theology": Legendre, Schmitt and Vico», in *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 36, n. 2, 2023, pp. 477-508, p. 477 (trad. mia). L'originale: «The fiction of the continuity of a tradition is an empty and malleable place, susceptible to assume any content.»

³⁷¹ *Ivi*, p. 481, dove lo schema storico è detto «the ideal aesthetic projection of Carl Schmitt's device of centers of reference and sovereignty», e p. 486, che ne dà la successione fino al dominio tecnico. La citazione in corpo è di Schmitt, citato in Heritier, che non ne individua l'opera (trad. mia): «The twentieth century began as the age not only of technology but of a religious belief in technology.»

³⁷² *Ivi*, p. 487 (trad. mia). L'originale: «The Kelsenian basic norm itself fits into this structural logic as a transcendental device legitimizing the State, in the empty place previously occupied by the Emperor, the Pope and Hobbes' Leviathan.»

non ha nemico, almeno non su questo pianeta. Quando uno Stato combatte il proprio nemico politico in nome dell'umanità, non è una guerra per l'umanità, ma una guerra in cui uno Stato particolare cerca di usurpare un concetto universale contro il proprio avversario militare».³⁷³ Confiscare la parola umanità, aggiunge Schmitt, ha l'effetto di negare al nemico la qualità di essere umano e di dichiararlo fuorilegge dell'umanità, «e la guerra può così essere spinta all'inumanità più estrema».³⁷⁴ La struttura qui descritta è la medesima che il § 4.8 incontrerà sotto il nome di imperialismo razionale, dove le posizioni altrui non competono nel merito ma vengono squalificate in partenza; e la nota che il capitolo dedica a quel passaggio già registra che Koskenniemi vi rinvia a Schmitt in modo esplicito. Ciò che l'autore non concede è la conseguenza pratica: che se ne esca ricostituendo il politico, cioè la capacità di designare il nemico.

Resta l'ipotesi che Schmitt formulò sull'ordine a venire, e che va riferita con esattezza perché è la sola pagina in cui la questione dei poli si presenti come questione giuridica. Nel 1955 egli riteneva incerto il futuro e vi vedeva tre possibilità: un impero universale sotto un'unica grande potenza, cioè gli Stati Uniti, che giudicava una tragedia e «la vittoria finale del dominio dell'economia e della tecnica, e di chi le possiede»; gli Stati Uniti nel ruolo di equilibratore esterno già stato dell'Inghilterra; e infine «una struttura di divisione territoriale fra un numero limitato di grandi blocchi (*Grossräume*) che si riconoscessero reciprocamente ed escludessero l'intervento esterno».³⁷⁵ La terza era quella che preferiva, ed è quella che nel 1978 riteneva già realizzata in tre grandi spazi — Stati Uniti, Unione Sovietica e Cina — con una quarta sfera di Stati in via di sviluppo che godeva ancora, allora, di «una certa libertà politica di movimento»; quanto al futuro, però, seguitava a ritenere più probabile la prima.³⁷⁶ E la definizione di *Grossraum* include l'esclusione dell'intervento esterno, mentre le rivendicazioni di cui si occuperà il capitolo V sono formulate dentro il vocabolario giuridico che contestano, e proprio per questo il § 4.2 le ha potute trattare come mosse interne a una comunità di interpreti:

³⁷³ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 433 (trad. mia). L'originale: «Humanity as such cannot wage war because it has no enemy, at least not on this planet [...] When a state fights its political enemy in the name of humanity, it is not a war for the sake of humanity, but a war wherein a particular state seeks to usurp a universal concept against its military opponent.» L'elenco che precede è alla stessa pagina.

³⁷⁴ *Ivi*, p. 434 (trad. mia). L'originale: «To confiscate the word humanity, to invoke and monopolize such a term probably has certain incalculable effects, such as denying the enemy the quality of being human and declaring him to be an outlaw of humanity; and war can thereby be driven to the most extreme inhumanity.»

³⁷⁵ *Ivi*, pp. 419-420 (trad. mia). Il periodo che introduce le tre alternative chiude la p. 419; l'enumerazione occupa la p. 420. La fonte riferita da Koskenniemi è C. Schmitt, «Der neue Nomos der Erde» (1955).

³⁷⁶ *Ivi*, p. 420 (trad. mia), che riferisce C. Schmitt, «Die Legale Weltrevolution» (1978), nella traduzione inglese «The Legal World Revolution», in *Telos*, n. 72, 1987, pp. 73-89, alle pp. 80 e 85. Alla stessa pagina il giudizio di Schmitt sul primo scenario: «il giorno in cui la politica mondiale arriverà sulla terra, essa si trasformerà in un potere di polizia mondiale».

l'analogia si ferma qui. Va aggiunto che Koskenniemi tiene distinto il *Grossraum* dal *Lebensraum* hitleriano quanto al contenuto, pur registrandone la contiguità cronologica e il servizio reso alla politica estera tedesca, e che il modello cui Schmitt lo riconduceva era la dottrina di Monroe.³⁷⁷

Perché la sezione non si chiuda dove Schmitt vorrebbe, resta da dire dove Koskenniemi se ne separa, e lo dice tre volte. Nelle ultime pagine del volume, il momento utopico del formalismo consiste nella sua resistenza a lasciarsi ridurre tanto alla struttura, che è comunque indeterminata, quanto alla «pura soggettività (la "decisione" di Schmitt)».³⁷⁸ Poche pagine più avanti, nell'epilogo, l'autore concede che debba esistere «un punto di vista per la critica che non sia soltanto una "decisione" idiosincratica del giurista weberiano di turno», e adopera Schmitt contro il pragmatismo dei giuristi contemporanei, non contro l'universalismo: quando tutto è politica, ricorda citandolo, nulla lo è.³⁷⁹ E nella descrizione dell'intervento del 1965 la conclusione schmittiana è esposta senza attenuazioni: nel suo mondo concettuale quell'atto era un atto di potere, «ma proprio perché era un atto di potere effettivo era anche un atto di diritto».³⁸⁰ Il capitolo sesto si apre con l'inquietudine di Friedmann davanti a un argomento che gli pareva avvicinarsi «involontariamente» a quello dei giuristi nazisti sulla *Völkerrechtliche Grossraumordnung*,³⁸¹ e si chiude sulla cultura del formalismo di cui Friedmann sarà il rappresentante: la composizione stessa del capitolo è la risposta di Koskenniemi a Schmitt, e il paragrafo seguente la espone.

4.6 Formalismo, cultura giuridica e responsabilità del giurista

Chiusa la via del formalismo come dottrina della validità, quel che resta è una cultura fondata dalla critica delle regole anziché ostacolata da essa: pratica di resistenza al potere, priva

³⁷⁷ Ivi, p. 421 e nota 31 della stessa pagina, dove Koskenniemi respinge simmetricamente sia l'assimilazione del *Grossraum* al *Lebensraum* sia la tesi di chi li dichiara privi di ogni rapporto; e dove la dottrina di Monroe è indicata come il primo caso del nuovo tipo di dominio informale di una potenza su una regione.

³⁷⁸ Ivi, p. 508 (trad. mia). L'originale: «Formalism's utopian moment lies in its resistance towards being reduced to structure (which is anyway indeterminate) or pure subjectivity (Schmitt's "decision")».

³⁷⁹ Ivi, p. 516 (trad. mia) per entrambe le citazioni. L'originale della prima: «there must be a standpoint for critique that is not just an idiosyncratic "decision" by the occasional Weberian jurist»; della seconda: «when everything is politics, Schmitt wrote, nothing is».

³⁸⁰ Ivi, p. 480 (trad. mia). L'originale: «an act of power, of course, but precisely because it was an act of effective power, it was also an act of law».

³⁸¹ Ivi, p. 414, che riporta W. Friedmann, «United States Policy and the Crisis of International Law», in *American Journal of International Law*, vol. 59, 1965, p. 869: «by using the language of legal rather than political justification, the argument comes unintentionally close to the attempts made by Nazi and Communist lawyers to justify the interventionist and aggressive actions of their respective governments in terms of the legal order of the future».

di essenza, distinta dallo Stato di diritto. Il paragrafo ne ha precisato il funzionamento: a tenere aperta la distanza fra pretesa universale e sua incarnazione non è la forma della disposizione ma il lavoro dell'interprete. E ha dato allo scarto fra forma e sostanza il nome politico che l'autore stesso gli dà, quello di spazio della democrazia, mostrando che misurare la legittimità sull'accettazione lo comprime.

Se le istituzioni hanno una parzialità strutturale e i vocabolari specialistici concorrono nel descrivere il mondo, che cosa resta al giurista internazionale? La risposta di Koskenniemi sta in una parola che il suo stesso lavoro sembrava avere tolto di mezzo: formalismo.

La sede in cui quella risposta è svolta per esteso è la sezione conclusiva del capitolo sesto del volume del 2001, e il suo titolo finisce con un punto interrogativo. Il segno va preso alla lettera, perché nelle prime pagine della sezione una via è dichiarata chiusa: la via del ritorno a un formalismo kelseniano, «un formalismo *sans peur et sans reproche*», non è più aperta, e «la critica delle regole e dei principi non può essere disfatta».³⁸² Il rilievo torna due volte, e la seconda con una formula che ne circoscrive l'oggetto: il formalismo può non essere più praticabile «come dottrina giuridica del bianco e nero della validità».³⁸³ La domanda del titolo è dunque determinata, e chiede che cosa resti del formalismo dopo che la critica delle regole ha fatto il proprio lavoro.

Ciò che resta non è una dottrina ma una cultura, e la definizione compare nella stessa pagina in cui la dottrina viene congedata.

«nothing has undermined formalism as a culture of resistance to power, a social practice of accountability, openness, and equality whose status cannot be reduced to the political positions of any one of the parties whose claims are treated within it.»³⁸⁴

³⁸² M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 495-496: «The way back to a Kelsenian formalism, a formalism *sans peur et sans reproche* is no longer open. The critique of rules and principles cannot be undone» (trad. mia). La sezione «A culture of formalism?» occupa le pp. 494-509 e chiude il capitolo 6 del volume; l'epilogo è alle pp. 510-517.

³⁸³ *Ivi*, p. 500: il formalismo «may no longer be open as a jurisprudential doctrine of the black and white of legal validity» (trad. mia). Lo stesso rilievo a p. 498, dove l'autore osserva che la via del ritorno al formalismo non era aperta a Friedmann nel 1966 più di quanto lo sia oggi.

³⁸⁴ *Ibidem*. Trad. mia: nulla ha minato il formalismo come cultura di resistenza al potere, pratica sociale di rendicontabilità, apertura ed eguaglianza, il cui statuto non può essere ridotto alle posizioni politiche di nessuna delle parti le cui pretese vi vengono trattate. Il corsivo dell'autore su *a culture of formalism*, nella medesima pagina, segnala il conio terminologico. La resa pubblicata in italiano è «cultura della resistenza al potere», «pratica sociale orientata verso la responsabilità, l'apertura nei confronti dell'altro e l'uguaglianza», «imperniata su argomenti formali a disposizione di tutti in condizioni di parità»; e i traduttori dichiarano di aver scelto «mite» per trasmettere «un'eco del *Diritto mite* di Gustavo Zagrebelsky», giudicando che «la prospettiva antiformalista che caratterizza quel libro sia in sintonia con la "filosofia" che ispira il modo in cui Koskenniemi racconta e valuta il diritto internazionale» (L. Gradoni, P. Turrini, *Nota sulla traduzione. Questo non è un «garbato inciviltore»*, in M. Koskenniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni*, cit., pp. XVIII-XXII). Il titolo italiano poggia dunque su una lettura che questo paragrafo contraddice, giacché l'autore chiama riduzionista proprio l'antiformalismo e rivendica per sé una cultura del formalismo. La formula di Zagrebelsky che i traduttori riportano a sostegno della scelta è

La definizione ha forma negativa e non enuncia una ragione vincolante: descrive una pratica. Ciò che la critica ha demolito è la pretesa che le forme decidano, non l'esistenza di un contegno professionale che obbliga chi decide a giustificarsi. In che cosa quel contegno consista è detto alla pagina seguente, dove la cultura del formalismo è caratterizzata come pratica costruita su argomenti formali disponibili a tutti in condizioni di eguaglianza, che cerca di persuadere gli attori a prendere una distanza momentanea dalle proprie preferenze e a entrare in un terreno dove quelle preferenze vanno giustificate, anziché date per acquisite, alla luce di criteri indipendenti dalle loro posizioni e dai loro interessi.³⁸⁵

Il messaggio politico di quella pratica è riassunto in una proposizione che l'autore stesso teme banale: che debbano esistere limiti all'esercizio del potere, che chi si trova in posizione di forza debba renderne conto, che i deboli debbano essere ascoltati e protetti, e che uomini e donne di professione, quando discutono di ciò che è lecito e di ciò che non lo è, siano impegnati in una politica che immagina la possibilità di una comunità capace di scavalcare alleanze e preferenze particolari e di rendere sensata la distinzione fra il vincolo giuridico e l'applicazione del potere nudo.³⁸⁶

A quel messaggio si è opposta un'obiezione che chiama in causa la teoria del diritto e non la politica. Il corto-circuito fra apologia e utopia, scrive Preterossi, è oggi strutturale, «e tuttavia, è insensato pensare di sottrarsi a questa "tenaglia" con un salto nel formalismo astratto, o rassegnandosi ad "adorare" l'effettività, rinunciando alla domanda sulla validità del diritto, cioè alla preservazione di un punto di vista "normativo"»: la «forma» del diritto, anche di quello internazionale, «serve, è necessaria, ma non basta a se stessa».³⁸⁷ Il rimprovero non è che il

però procedurale, spettando al diritto «il compito di realizzare la condizione di possibilità della vita comune, non il compito di realizzare direttamente un progetto predeterminato di vita comune» (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, 2^a ed., Einaudi, Torino, 1992, p. 9, citato dai traduttori): la divergenza sta nell'etichetta più che nella sostanza.

³⁸⁵ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 501 (trad. mia). L'originale: «The culture of formalism represented by Friedmann may be characterized in a familiar way as a practice that builds on formal arguments that are available to all under conditions of equality. It seeks to persuade the protagonists (lawyers, decision-makers) to take a momentary distance from their preferences and to enter a terrain where these preferences should be justified, instead of taken for granted, by reference to standards that are independent from their particular positions or interests».

³⁸⁶ *Ivi*, p. 502 (trad. mia). L'originale: «To put it simply, and, I fear, through a banality it may not deserve, the message is that there must be limits to the exercise of power, that those who are in positions of strength must be accountable and that those who are weak must be heard and protected, and that when professional men and women engage in an argument about what is lawful and what is not, they are engaged in a politics that imagines the possibility of a community overriding particular alliances and preferences and allowing a meaningful distinction between lawful constraint and the application of naked power».

³⁸⁷ G. Preterossi, «Un diritto internazionale postmoderno?», cit., p. 132, per entrambe le citazioni: la seconda chiude il primo capoverso della pagina, la prima si legge in quello successivo. Alla stessa pagina Preterossi indica la via alternativa all'arroganza dell'universalità e all'indifferenza della particolarità: essa «non può che essere critica e autoriflessiva, quindi impregnata di cultura politico-filosofica, non puramente tecnica».

formalismo sia conservatore, ma che eluda la domanda sulla validità, e conviene misurarne la portata. Contro il formalismo inteso come dottrina del bianco e nero della validità non morde, perché quella dottrina l'autore l'ha dichiarata chiusa nella stessa pagina in cui propone la cultura. Morde invece contro la cultura, alla quale chiede a quale titolo obblighi chi vi si sottopone; e a quella domanda una pratica, in quanto pratica, non è attrezzata a rispondere.

Il passaggio che rende la costruzione non contraddittoria viene poco più avanti: «È proprio perché la critica è corretta che il formalismo non può essere stabilmente associato a nessuno degli esiti sostanziali con cui ha convissuto».³⁸⁸ La critica delle regole non è l'ostacolo da aggirare, è la premessa. Se le forme determinassero gli esiti, la cultura del formalismo sarebbe il nome degli esiti che ha di volta in volta accompagnato e delle politiche che li hanno prodotti; poiché non li determinano, essa non si lascia ridurre alla posizione politica di nessuna delle parti le cui pretese vi vengono trattate.

La formula del saggio del 2007, chiama il formalismo «una disposizione culturale», un impegno a operare in un contesto indeterminato di razionalità sostanziali in conflitto con piena consapevolezza della loro indeterminatezza e con un senso di responsabilità per i giudizi che si formulano.³⁸⁹ Presa nei soli saggi, quella formula resta asserita. Nel volume è definita, provata su un caso e difesa contro due obiezioni nominate. Il caso è il dibattito del 2 maggio 1966 all'Association of the Bar of the City of New York sull'intervento statunitense nella Repubblica Dominicana, dove il contrasto fra Thomas e Berle da un lato e Friedmann dall'altro non riguardava, secondo l'autore, standard deformalizzati contro regole formali, ma due culture.³⁹⁰ Le obiezioni sono che si tratti della consueta difesa liberale dello Stato di diritto, cieca alla critica realista, e che schierarsi con Friedmann sia conservatorismo favorevole allo status quo: l'autore le enuncia e vi risponde.³⁹¹

³⁸⁸ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., pp. 503-504 (trad. mia). L'originale: «There is room for a culture of formalism even after the critique of rules has done its work. It is precisely because the critique is correct that formalism cannot be permanently associated with any of the substantive outcomes it may have co-existed with». Il periodo sul nucleo emancipativo, citato oltre alla nota 34, si apre in fondo alla p. 503 e si chiude in cima alla p. 504.

³⁸⁹ M. Koskenniemi, «Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law», in *No Foundations. Journal of Extreme Legal Positivism*, n. 4, 2007, pp. 7-28, p. 24: «Formalism is not a binding rationale itself but a cultural disposition, a commitment ('calling') to work in an indeterminate setting of competing substantive rationalities with full knowledge of their indeterminacy and their conflict and a sense of accountability for the (indeterminate) judgments one makes» (trad. mia).

³⁹⁰ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 500: «the opposition between Thomas and Berle on the one hand, and Friedmann on the other, was not about "deformalized standards" and "formal rules," but about two cultures: the culture of dynamism and what could be called *a culture of formalism*» (trad. mia; corsivo dell'autore). Il dibattito, tenuto all'Association of the Bar of the City of New York il 2 maggio 1966, è riferito alle pp. 497-499; i tre interventi vi sono letti da Koskenniemi sulla raccolta *The Dominican Republic Crisis*.

³⁹¹ *Ivi*, p. 503 per l'enunciazione delle due obiezioni; la risposta occupa le pp. 503-504.

Tre limiti testuali circoscrivono la nozione. La cultura del formalismo non è una teoria, perché non è riducibile a una dottrina giuridica, e attribuirle un positivismo è errore che il testo esclude.³⁹² Non ha essenza, e le sue tecniche «sono costantemente ridefinite nel contesto della lotta politica».³⁹³ Non è lo Stato di diritto, e su questo l'autore previene la confusione più probabile: «Lo Stato di diritto spera di fissare l'universale in uno spazio particolare e positivo, una legge, un principio morale o procedurale, un'istituzione. Una cultura del formalismo resiste a tale fissazione».³⁹⁴

La differenza non è di sfumatura. Lo Stato di diritto identifica l'universale con un contenuto determinato e lo dà per acquisito; la cultura del formalismo tiene aperta la distanza fra la pretesa di universalità e ogni sua incarnazione. Va però detto che cosa tenga aperta quella distanza, perché non è la forma della disposizione: è il lavoro dell'interprete. Poche pagine prima l'autore lo riconosce nei termini più espliciti, osservando che Kelsen e Schmitt concordavano su un punto — che nessuna decisione si inferisce automaticamente da una norma preesistente, e che ogni decisione pone invece una norma individuale nuova, un obbligo che prima non esisteva.³⁹⁵ Il formalismo di cui qui si parla non è dunque il formalismo interpretativo, la teoria per cui ogni disposizione avrebbe un solo significato; è la disposizione professionale che, sapendo che i significati sono più d'uno, impone di rendere conto di quello che si è scelto.³⁹⁶

Il modo di procedere ha però un costo, e a rilevarlo fu una recensione estesa apparsa nel 2005. Bandeira Galindo osserva che la difesa del formalismo non chiarisce quale grado di formalismo venga accettato, e che l'autore «is more concerned, for example, with separating the idea of formalism from the idea of the rule of law than with explaining the limitations and shortcomings of formalism»; la domanda pertinente, aggiunge, non è «formalism or not?» ma

³⁹² *Ivi*, p. 504: «the culture of formalism cannot be reduced to a jurisprudential doctrine, either» (trad. mia).

³⁹³ *Ivi*, p. 507: «it has no essence, and its techniques are constantly redefined in the context of political struggle» (trad. mia).

³⁹⁴ *Ibidem* (trad. mia). L'originale: «This may seem a rather strange way of putting a familiar idea: the Rule of Law. But it is not. The Rule of Law hopes to fix the universal in a particular, positive space (a law, a moral or procedural principle, an institution). A culture of formalism resists such fixation».

³⁹⁵ *Ivi*, p. 496 (trad. mia). L'originale: «Kelsen and Schmitt agreed that no decision could be automatically inferred from a pre-existing norm, but that each decision set down a new individual norm, an obligation that did not exist before.»

³⁹⁶ La distinzione fra le teorie dell'interpretazione qui presupposta è quella corrente: per il formalismo interpretativo ogni disposizione avrebbe un solo significato, per il giusrealismo più d'uno, per la teoria mista talvolta uno e talaltra più d'uno. Si veda M. Barberis, «Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione», relazione al XIX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Padova, 22-23 ottobre 2004, § 2, che la riconduce a Hart e ne discute la tenuta.

«what degree of formalism?».³⁹⁷ Alla prima metà dell'obiezione il volume risponde da sé: un grado non è determinabile, perché la cultura del formalismo non ha essenza e le sue tecniche si ridefiniscono nella lotta politica. La seconda metà resta invece aperta, ed è quella che qui pesa di più: come si difenda il formalismo là dove il quadro giuridico tende sempre più alla soluzione informale delle controversie. Formulata nel 2005 a proposito di un libro di storia, quella domanda vale in forma pratica per ogni raggruppamento che operi senza trattato, senza organi e senza foro, cioè là dove manca la sede in cui l'argomento formale dovrebbe essere speso.

Sulla responsabilità il volume ha una frase sola, ed è la più netta che l'autore vi abbia scritto. La cultura del formalismo «non può sostituire l'impegno politico o la responsabilità»; i formalisti hanno talvolta preteso che le proprie politiche fossero buone o legittime perché prodotte o sostenute dal formalismo, e «in casi simili ne hanno fatto un mostro», perché ignorano la critica delle regole e il fatto che avrebbero potuto agire altrimenti.³⁹⁸ Una politica cattiva, aggiunge, va criticata come politica, non in ragione dell'impeccabilità degli argomenti giuridici che l'hanno sorretta.³⁹⁹ L'inferenza più tentante è dunque bloccata dall'autore: il formalismo non è la soluzione, è la condizione perché una politica resti contestabile.

L'avversario non è il realismo. Friedmann stesso fu talvolta detto realista, e nel seguire Morgenthau preferiva che il diritto fosse messo da parte apertamente anziché simulato;⁴⁰⁰ ciò che la cultura del formalismo non tollera è la trasformazione del formale in facciata del materiale, in un modo che «nega il valore del formale in quanto tale».⁴⁰¹ L'avversario è quella che il volume chiama cultura del dinamismo: perché preoccuparsi di regole e forme, se

³⁹⁷ G. R. Bandeira Galindo, «Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 2005, pp. 539-559, p. 557 (trad. mia). L'originale: «The problem in Koskenniemi's book is that his advocacy for formalism does not elucidate the degree of formalism accepted. He is more concerned, for example, with separating the idea of formalism from the idea of the rule of law than with explaining the limitations and shortcomings of formalism. He also ignores a central issue, peculiar to international law: how to defend formalism, given that the legal framework is more and more inclined, for example, towards informal dispute resolution?». La premessa sta alla p. 556, dove il periodo si chiude: «the more appropriate question is not "formalism or not?", but instead, "what degree of formalism?"». Alla prima metà dell'obiezione il volume recensito risponde da sé, alla p. 507, dove la cultura del formalismo è detta priva di essenza.

³⁹⁸ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 503 (trad. mia). L'originale: «It cannot replace political commitment or responsibility. Formalists may sometimes have claimed that their policies were "good" or "legitimate" because they were produced or supported by formalism. In such cases they made a monster of it. Such defenders ignore the critique of rules, and the fact that they could have acted otherwise, too».

³⁹⁹ *Ibidem*: «A bad policy is (and should be criticized as) bad as policy and not because of whether or not it was supported by impeccable legal arguments» (trad. mia).

⁴⁰⁰ *Ivi*, p. 499. L'osservazione riguarda Friedmann, talvolta qualificato «realist», e la sua adesione al «traditionalism» di Morgenthau: il bersaglio della sezione non è il realismo, ma l'uso del linguaggio giuridico da parte di chi ne dichiara insieme l'irrelevanza.

⁴⁰¹ *Ivi*, p. 501: «Now this is precisely what a culture of formalism cannot tolerate – the transformation of the formal into a façade for the material in a way that *denies the value of the formal as such*» (trad. mia; corsivo dell'autore). L'antecedente del periodo chiude la p. 500.

sostengono il passato contro il futuro e lo fanno dietro un velo di imparzialità? Al loro posto un rapporto immediato, forse «autentico», con il conflitto sociale, tenuto nei linguaggi tecnici dell'efficacia, dell'ottimizzazione e dell'osservanza.⁴⁰²

Nei saggi degli anni successivi la stessa figura prende il nome di managerialismo, e il giudizio è che il tentativo di ripensare il diritto internazionale in termini puramente manageriali risulti intellettualmente povero e politicamente discutibile.⁴⁰³ Povero perché assume come dati gli obiettivi, che sono ciò su cui si discute; discutibile perché presenta le scelte come tecniche e le sottrae così a chi dovrebbe poterle contestare. Il volume ne dà la ragione di principio: «l'antiformalismo è riduzionista. Nel vedere il diritto come determinato da obiettivi, strutture o necessità esterne, o nel farlo apparire strumento infinitamente flessibile del decisore politico, uccide la possibilità della politica, e della libertà, che sta nello scarto fra i due».⁴⁰⁴ Lo scarto fra la forma e la sostanza non è un difetto da eliminare: è lo spazio in cui una decisione può essere detta sbagliata.

Il riduzionismo che l'autore ha in mente ha però una portata che il diritto internazionale non esaurisce. Ridurre il diritto a obiettivi, strutture o necessità esterne significa riconoscere che la normatività si produce anche altrove — nell'economia, nella morale, nella religione, nella tecnica — e ricavarne che il vocabolario giuridico non è che uno fra i molti che descrivono il mondo. Il § 4.7 mostrerà che a questa conclusione la filosofia del diritto è arrivata per una via propria, e che essa non implica la resa del giuridico: implica che il giuridico debba dire in che cosa consiste la propria differenza.

A quello scarto l'autore dà, nelle ultime pagine del volume, un nome politico. Il formalismo proietta la comunità universale come uno standard, ma sempre come uno standard non raggiunto, sicché ogni processo decisionale che aspiri all'inclusività deve rinegoziare continuamente i propri confini, sfidato da pretese nuove o circondato da silenzi nuovi; e «proprio perché non è raggiunto, esso può sostenere la democrazia (radicale) e il progresso

⁴⁰² Ivi, p. 496 (trad. mia). L'originale: «By contrast anti-formalism dressed its professionalism in a *culture of dynamism*. Why bother with rules and forms? Did they not support the past over the future, and did they not do this in an ignoble way, behind a veil of impartiality? [...] There was to be an unmediated, perhaps even "authentic" relationship to social conflict. The professionals should speak directly to the values, interests, and passions involved – and they could do this by the technical languages of effectiveness, optimization, compliance». Corsivo dell'autore su *culture of dynamism*; *compliance* è reso con «osservanza».

⁴⁰³ M. Koskenniemi, «Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization», in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, n. 1, 2007, pp. 9-36, p. 9, dove la proposizione compare in apertura del contributo: «the effort to reimagine international law in purely managerial terms appears intellectually shallow and politically objectionable» (trad. mia).

⁴⁰⁴ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 508 (trad. mia). L'originale: «By contrast, anti-formalism is reductionist. In seeing law as determined by external objectives, structures or necessities, or making it seem the infinitely flexible instrument of the political decision-maker, it kills the possibility of politics, and of freedom, that lies in the gap between the two».

politico, e resistere all'accettazione come universali delle pretese che ha più contribuito a riconoscere in passato». ⁴⁰⁵ Lo spazio in cui una decisione può essere detta sbagliata è dunque, nelle parole dell'autore e non in un'inferenza di chi legge, lo spazio della democrazia. Ne segue che comprimerlo non è un guadagno di efficienza: è una perdita di contestabilità, e il § 4.7 ne misurerà l'estensione fuori dal diritto internazionale.

Nello stesso periodo l'autore descrive il gergo manageriale della «governance legittima» come una normatività surrogata, che verifica le decisioni autoritative in base a ciò che le popolazioni destinatarie sarebbero disposte ad accettare. ⁴⁰⁶ Misurare la legittimità sull'accettazione rende superflua la giustificazione: una decisione ingiusta e accettata soddisfa il criterio, una decisione giusta e contestata no.

Che il criterio sia viziato non è però un'inferenza da compiere per conto proprio, perché l'autore la compie, e in forma generale. Discutendo una teoria dell'obbligo costruita sulle comprensioni condivise, egli scrive: «This is the problem with "legitimacy" more generally, or shared understandings as criteria of the lawfulness of something: the state of affairs gives the criteria whereby that state of affairs should be judged»; e aggiunge, richiamando Marcuse, che una tecnica costruita in questo modo non può che divenire parte del consolidamento ideologico dello *status quo*. ⁴⁰⁷ La circolarità è dunque denunciata, e non per il solo diritto internazionale: è il difetto di qualunque criterio che ricavi dalla situazione esistente la misura con cui la situazione esistente va giudicata. Resta a chi scrive il passaggio che qui serve: che a un criterio siffatto si opponga precisamente la cultura del formalismo, la quale pretende che le preferenze siano giustificate davanti a standard indipendenti dalle posizioni di chi le sostiene, e perciò indipendenti anche dal numero di coloro che le condividono.

Conviene nominare l'argomento che quel criterio introduce, e la denominazione è di chi scrive. Misurare la legittimità sull'accettazione significa fare del numero di coloro che accettano

⁴⁰⁵ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 508 (trad. mia). L'originale: «Thus every decision process with an aspiration to inclusiveness must constantly negotiate its own boundaries as it is challenged by new claims or surrounded by new silences. Yet because it is unachieved, it can sustain (radical) democracy and political progress, and resist accepting as universal the claims it has done most to recognize in the past.» Il periodo precede immediatamente quello già citato alla nota che apre questo paragrafo sull'antiformalismo riduzionista.

⁴⁰⁶ M. Koskenniemi, «Constitutionalism as Mindset», cit., p. 14.

⁴⁰⁷ M. Koskenniemi, «The mystery of legal obligation», cit., p. 323 (trad. mia: è questo il problema della «legittimità» in generale, o delle comprensioni condivise come criteri della liceità di qualcosa: lo stato di cose fornisce i criteri con cui quello stesso stato di cose dovrebbe essere giudicato). Il seguito, alla stessa pagina: «Whatever the outcome, this kind of (positivist) technique can only, as Herbert Marcuse long ago noted in one of the still best analyses of American political science, become part of the ideological consolidation of the status quo». Il rinvio, sciolto nei *References* dell'articolo a p. 325, è a H. Marcuse, *One-Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, 2^a ed., Beacon Press, Boston, 1991, pp. 115-116. La proposizione riguarda ogni criterio di legittimità fondato sull'accettazione, non il solo diritto internazionale; la sua applicazione alla cultura del formalismo è di chi scrive.

la ragione che decide, e ciò equivale a riproporre in forma quantitativa l'argomento del più forte: non più forte per potenza militare o economica, ma per consenso raccolto, e tuttavia forte in un senso che non ha nulla a che vedere con la giustificazione. Che quell'argomento sia democratico solo in apparenza si vede dalla condizione che lo rende operativo: perché il consenso valga come criterio occorre che chi non è d'accordo abbia già perso, e occorre soprattutto che nessuno sia tenuto a rispondere del perché la questione sia stata posta in quei termini.

In un saggio del 2015 lo scarto fra la forma e la sostanza riceve un secondo nome, e in registro estetico. Recensendo un libro di teoria critica, l'autore vi colloca la negatività latente del pensiero giuridico: è «precisely the gap between the indeterminacy of the law and the all-too-obvious determinacy of the social world» che il diritto tiene aperto, perché confronta di continuo i vocabolari della libertà, dell'uguaglianza e della sicurezza con le istituzioni in cui dovrebbero essersi realizzati.⁴⁰⁸ Nella prima pagina dello stesso scritto è nominato il pericolo che quello scarto fronteggia: «Under the rule of law, the one who has control over what "law" means also has control over the distribution of social resources and over all of us». Le due proposizioni vanno lette insieme, perché insieme dicono ciò che nessuna delle due dice da sola: il rischio dello Stato di diritto non è l'indeterminatezza del suo vocabolario, ma il contrario, cioè che qualcuno riesca a fissarne stabilmente il significato e a farlo passare per un dato.

4.7 Governance, mutamento delle fonti e separazione dei poteri

Fuori dal diritto internazionale il managerialismo ha un altro nome e una diagnosi più antica. Il paragrafo ha seguito il mutamento delle fonti fino all'evaporazione dell'obbligo, e ha mostrato che la separazione dei poteri, rimedio storico al problema di rendere imputabile un potere, non si lascia trasportare oltre lo Stato: se ne trasporta la ragione, non l'architettura.

Il paragrafo precedente ha lasciato il managerialismo descritto ma non collocato. Che il diritto internazionale sia oggi parlato in un lessico di obiettivi, efficacia e osservanza è un dato che Koskeniemi registra dall'interno della propria disciplina; che lo stesso lessico si sia imposto in sedi che con il diritto internazionale non hanno rapporto è un dato che la sua

⁴⁰⁸ M. Koskeniemi, «Law's (Negative) aesthetic: Will it save us?», in *Philosophy and Social Criticism*, vol. 41, n. 10, 2015, pp. 1039-1045, p. 1045 per la prima citazione e p. 1039 per la seconda (trad. mia: è, mi pare, precisamente lo scarto fra l'indeterminatezza del diritto e la determinatezza fin troppo evidente del mondo sociale il luogo in cui risiede la negatività latente del pensiero giuridico come *mindset*; e: sotto lo Stato di diritto, chi ha il controllo di ciò che «diritto» significa ha il controllo anche della distribuzione delle risorse sociali e di tutti noi). Lo scritto è una recensione a H. Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*, Bloomsbury, Londra, 2014. Alla p. 1040 si legge la formula più breve che l'autore abbia dato del managerialismo: l'amalgama di ordine e benessere con lo Stato di diritto è «a conceptual Frankenstein», e in ciò consiste il *managerial mindset*. Il titolo è riprodotto nella grafia a stampa, con l'aggettivo minuscolo.

disciplina non è attrezzata a registrare. Il nome che quel fenomeno ha ricevuto fuori di essa è governance, e la filosofia del diritto ne ha dato una diagnosi che conviene mettere accanto alla sua, non perché coincidano, ma perché divergono in un punto istruttivo.

La divergenza è questa. Koskenniemi rimprovera al managerialismo di assumere come dati gli obiettivi, che sono invece ciò su cui si discute. Nella descrizione di Alberto Andronico accade il contrario: con la governance «non è più in gioco un sistema di norme, ma un processo capace di individuare al proprio interno gli obiettivi da perseguire», e il diritto vi resta bensì uno strumento, ma «da rileggere ormai all'interno di un piano immediatamente tecnocratico», il cui fine non è più la costruzione dell'ordine sociale.⁴⁰⁹ Le due diagnosi sembrano opposte e non lo sono, e l'osservazione che segue è di chi scrive, perché nessuno dei due autori la formula e fra loro non corre alcun rinvio: individuare gli obiettivi dentro il processo equivale ad assumerli come dati per chiunque al processo non partecipi. Ciò che dall'interno appare deliberazione, dall'esterno appare premessa.

Il mutamento riguarda in primo luogo le fonti, ed è di quelli che cambiano il vocabolario prima delle regole. Andronico lo dice nei termini che questa tesi ha adoperato fin dal capitolo III: si tratta di «fare i conti con una "grammatica" radicalmente mutata rispetto a quella che ha fatto la storia del pensiero moderno».⁴¹⁰ Maria Rosaria Ferrarese lo misura sulle fonti stesse. Il *soft law*, che contraddice apertamente la nozione austiniana di comando e quella kelseniana di sanzione, rappresenta «una transizione epocale»; il contratto e il diritto di produzione giudiziale diventano modi propri della governance; e la nozione di legalità, «largamente privata della luce guida della legislazione, è oggi più che mai un mito».⁴¹¹ Ne risulta, sono parole sue, una normatività mutevole e fluida, capace di adattarsi alla specificità e alla variabilità delle situazioni, che eclissa inevitabilmente il primato della legislazione.⁴¹² Una cautela è però necessaria e va dichiarata: l'indeterminatezza di cui parla questa letteratura è la differenziazione

⁴⁰⁹ A. Andronico, «Un ordine disordinato. A proposito di *governance*», in *Teoria e critica della regolazione sociale*, vol. 6, 2012, fascicolo monografico *Libertà e buon governo*, pp. 1-30, p. 19 per la prima citazione e p. 18 per la seconda. Il rimprovero di Koskenniemi al managerialismo è al § 4.6, con rinvio a «Constitutionalism as Mindset», cit., p. 9.

⁴¹⁰ *Ivi*, p. 17. Il passaggio prosegue osservando che la perdita di centralità dello Stato implica la revisione dei concetti costruiti al suo interno.

⁴¹¹ M.R. Ferrarese, «Governance: A Soft Revolution with hard Political and Legal Effects», in *Soft Power*, 2014, pp. 35-56, p. 52 per il *soft law* e la transizione epocale, pp. 52-54 per il contratto e il diritto di produzione giudiziale, p. 56 per la legalità come mito (trad. mia). L'originale dell'ultima: «The notion of legality, largely deprived of the guiding light of legislation, is today more than ever a "myth"». Austin e Kelsen vi sono citati dall'autrice.

⁴¹² *Ivi*, p. 35 (trad. mia). L'originale: «this article highlights the emergence of a changing and fluid normativity, one capable of adapting to the specificity and the variability of situations and processes, inevitably eclipsing the primacy of the legislation itself».

delle regole applicabili, non l'indeterminatezza strutturale dell'argomento giuridico ricostruita nel capitolo III. Sono due nozioni distinte, e sovrapporle produrrebbe proprio la scorciatoia che il metodo qui adottato esclude.

Il mutamento delle fonti tocca da vicino la nozione di obbligo. Se la sanzione perde centralità fino a estinguersi come elemento costitutivo del concetto di diritto, allora, osserva Andronico, «quando si parla di governance non si parla di diritto, o quantomeno non si parla del diritto così come siamo abituati a parlarne»: non si parla della legge intesa come misura esterna all'azione.⁴¹³ La misura esterna è esattamente ciò che il § 4.6 ha chiamato criterio indipendente dalle posizioni e dagli interessi di chi decide. La convergenza con la normatività surrogata della «governance legittima», che verifica le decisioni autoritative su ciò che le popolazioni destinatarie sarebbero disposte ad accettare, è inferenza di chi scrive: i due autori descrivono la stessa operazione in due lessici, e la descrivono entrambi come una sostituzione, non come una perdita.⁴¹⁴

Che la normatività si produca anche fuori dal diritto non è, del resto, una novità che la governance introduce: è una condizione che essa rende visibile. «Vi è diritto, vi è consiglio all'uomo anche in altri sistemi sociali, l'economia, la morale, la religione, l'arte, la scienza e la tecnica, l'informazione e la comunicazione», scrive Paolo Heritier, e ne ricava che il sapere giuridico debba attraversare i propri confini per identificare «nuove forme del normativo e un nuovo sistema di fonti di consiglio normativo, poste accanto e non necessariamente contro le fonti del comando giuridico».⁴¹⁵ Koskenniemi ha registrato lo stesso fenomeno dall'esterno, quando ha osservato che il diritto sostituì un tempo la teologia come forma di discorso autorevole e che l'economia ha poi preso il posto del diritto.⁴¹⁶ Il rilievo che ne discende è di chi scrive: le due descrizioni si incontrano, ma da versanti opposti, perché l'una guarda alla successione dei saperi che occupano il posto dell'autorità e l'altra alla pluralità dei sistemi che vi convivono nello stesso momento.

Resta la domanda che il § 4.6 ha lasciato sulla responsabilità, e che qui si presenta con maggiore nettezza. Il timore, scrive Andronico, è che i dirigenti non siano scomparsi ma si siano

⁴¹³ A. Andronico, «Un ordine disordinato», cit., p. 23 (corsivo omissis).

⁴¹⁴ M. Koskenniemi, «Constitutionalism as Mindset», cit., p. 14, dove il gergo manageriale della «legitimate governance» è detto instaurare una normatività surrogata che verifica le decisioni autoritative su ciò che le popolazioni destinatarie sarebbero disposte ad accettare.

⁴¹⁵ P. Heritier, «Aesthetics of Law as "Iconic Legal Theology"», cit., p. 504 per la prima citazione e p. 505 per la seconda (trad. mia). L'originale della prima: «There is law, there is advice to man also in other social systems, economics, morals, religion, art, science-technology, information-communication»; della seconda: «identifying new forms of the normative and a new system of sources of normative advice, placed alongside and not necessarily against the sources of legal command».

⁴¹⁶ M. Koskenniemi, «Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian "Tradition"», cit., p. 19.

nascosti fra le pieghe di un processo che, presentandosi come orizzontale e privo di direzione dall'alto, «consente appunto di eludere qualsiasi imputazione di responsabilità politica, così come qualunque questione di legittimazione degli attori in esso coinvolti»; e la sua conclusione è che in tutto ciò «non c'è nulla di neutrale».⁴¹⁷ Ferrarese lo dice come doppio allontanamento: della democrazia dalla propria capacità di rappresentare il popolo, e del diritto dal procedimento legislativo.⁴¹⁸ È la parzialità strutturale del § 4.2 vista dal lato della legittimazione anziché da quello della qualificazione: gli assunti che nessuno ha articolato non diventano contestabili solo perché il processo che li adopera si dichiara aperto. La corrispondenza è rilevata da chi scrive.

Qui il discorso incontra la separazione dei poteri, che è la risposta storicamente data al problema di rendere imputabile un potere. Mauro Barberis ne ha ricostruito la vicenda mostrando anzitutto che il nome inganna: quella che si chiama separazione è in realtà una tripartizione delle funzioni statali — legiferare, attuare, applicare le leggi — accompagnata dal bilanciamento fra i poteri che le esercitano.⁴¹⁹ E ha mostrato che in meno di tre secoli è cambiata tre volte: alla vecchia separazione fondata sul primato del legislativo, che da Montesquieu arriva ai Federalisti, si è sovrapposta la nuova, fondata sull'esecutivo, e a questa la nuovissima, che punta sul giudiziario e sulle autorità indipendenti.⁴²⁰ La formulazione più nota della seconda è il parlamentarismo vincolato proposto da Bruce Ackerman: contro l'esportazione del presidenzialismo statunitense, una costituzione che non istituisca una presidenza eletta separatamente, ma affidi il governo a un primo ministro sostenuto da una camera elettiva e ne limiti il potere mediante istituzioni di controllo indipendenti, fra cui una corte costituzionale.⁴²¹ Ciò che di quella proposta importa qui non è l'assetto ma la sua giustificazione: i tre principi che, secondo Ackerman, muovono la dottrina moderna della separazione dei poteri sono la democrazia, la professionalità e la protezione dei diritti fondamentali.⁴²² Il secondo è quello che

⁴¹⁷ A. Andronico, «Un ordine disordinato», cit., p. 27 per la prima citazione e p. 28 per la seconda.

⁴¹⁸ M.R. Ferrarese, «Governance: A Soft Revolution», cit., p. 38 (trad. mia). L'originale: «governance produces one more double distancing: of democracy from its capacity to represent the people, and of law from the legislative process itself».

⁴¹⁹ M. Barberis, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis, Milano-Udine, 2023, collana «Filosofia del digitale» n. 8, ISBN 979-12-223-0621-6, § 1.1.

⁴²⁰ *Ivi*, §§ 1.2 e 1.3 per la vecchia separazione, cap. 2 per la nuova, cap. 3 per la nuovissima.

⁴²¹ B. Ackerman, «The New Separation of Powers», in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, 2000, pp. 633-729, p. 634 (trad. mia). L'originale: «the constitution should not create an independently elected presidency to check and balance a popularly elected congress. Instead, it should authorize a prime minister and her cabinet to remain in power as long as they can retain the support of a democratically elected chamber of deputies. Constrained parliamentarianism tries to check the power of the cabinet and the chamber, however, by granting independence to a variety of other checking institutions, including a constitutional court.» La lettura critica della proposta è in M. Barberis, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, cit., § 2.2.

⁴²² B. Ackerman, «The New Separation of Powers», cit., p. 634 (trad. mia): «the three great principles that motivate the modern doctrine of separation of powers — democracy, professionalism, and the protection of fundamental rights».

il § 4.6 ha incontrato sotto il nome di competenza professionale, e il terzo è quello che il capitolo V ritroverà nella contestazione dei regimi speciali.

Nessuno di quei principi, però, si sostiene da sé, e la dottrina liberale della politica da cui provengono lo dichiara. Anche la triade su cui il modello statale è costruito, libertà, uguaglianza e Stato di diritto, deriva, osserva Preterossi, «dalla negazione dell'esistenza di principi di giustizia naturale (o della nostra capacità di conoscerli)»; la misura di politica che da quella negazione discende resta inevitabile, e dovrebbe essere limitata da regole del gioco positivizzate, «ma ciò implica appunto quell'istituzionalizzazione in un contesto territoriale e comunitario definito, di cui il diritto statuale interno si è giovato e su cui il diritto internazionale non può contare, tantomeno oggi».⁴²³ Il rimedio ha dunque una condizione, e la condizione è un presupposto che il campo in cui lo si vorrebbe trasferire non possiede.

La tentazione, a questo punto, sarebbe di trasportare il modello. È la tentazione che va nominata per respingerla, e a nominarla è lo stesso Barberis, il quale, dopo aver osservato che «la giustizia internazionale è una prosecuzione della giustizia costituzionale», aggiunge nello stesso periodo l'avvertenza decisiva: per il giudiziario più che per gli altri poteri varrebbe a maggior ragione la cautela contro la *domestic analogy*, perché rimedi che hanno funzionato dentro allo Stato non è detto funzionino anche fuori, nella sfera internazionale.⁴²⁴ Il rilievo che ne discende è di chi scrive, ed è la ragione per cui questa sezione si ferma. L'analogia domestica è precisamente ciò che la tradizione da cui Koskeniemi proviene ha smontato, e il § 4.2 ne ha già dato il motivo tecnico: nel diritto internazionale non esiste un'istanza che detenga il monopolio della qualificazione, e la scelta del foro decide l'esito prima che qualunque bilanciamento cominci. Chi trasponesse la separazione dei poteri oltre lo Stato non troverebbe dunque un rimedio disponibile: troverebbe la forma che l'utopia assume quando il giurista cerca fuori dallo Stato la garanzia che dentro lo Stato ha trovato. Ciò che resta trasportabile non è l'architettura, ma la ragione che la sorregge: che nessun potere si giustifica da sé, e che il rimedio

⁴²³ G. Preterossi, «Un diritto internazionale postmoderno?», cit., p. 138, per entrambe le citazioni. La derivazione dei tre principi liberali è ricavata da Preterossi da M. Koskeniemi, *The Politics of International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 36-37, che egli cita e di cui riporta in nota il periodo «The fight for an International Rule of Law is a fight against politics, understood as a matter of furthering subjective interests, passions, prejudices and leading into an International anarchy». Quel volume, che raccoglie saggi già pubblicati, non è stato consultato: la derivazione si cita come riportata da Preterossi. La medesima premessa scettica è ricostruita al § 4.5 sulle pagine di *From Apology to Utopia* dedicate a Bodin e a Hobbes.

⁴²⁴ M. Barberis, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, cit., § 3.3: «La giustizia internazionale è una prosecuzione della giustizia costituzionale [...]. Per il giudiziario più che per gli altri poteri, in effetti, varrebbe a maggior ragione l'avvertenza contro la *domestic analogy*: rimedi che hanno funzionato dentro allo Stato non è detto funzionino anche fuori, nella sfera internazionale.»

all'antinomia fra legalità e giustizia non consiste nel limitare il potere ma nel bilanciarlo con il potere.⁴²⁵

4.8 Critica, emancipazione e uso del vocabolario universalistico

L'obiezione nichilista ha ricevuto qui la sua risposta: l'indeterminatezza non solleva dalla giustificazione ma la impone, e chi decide risponde di ciò che ha deciso. Su questa base si distinguono un universalismo imperiale, che il proprio contenuto lo possiede già, e l'universale «vuoto» della cultura del formalismo, che domanda non che cosa sia bene ma che cosa manchi. Il vocabolario universalistico non ha direzione politica costante, ed è disponibile al forte quanto al debole. L'universale non posseduto ha infine ricevuto un criterio, ed è procedurale: una comunità accettabile rinegozia la propria esclusione anziché darla per chiusa.

L'obiezione è nota: se ogni posizione è sostenibile con argomenti opposti e ogni istituzione ha la propria parzialità, il diritto internazionale sarebbe inutile e tanto varrebbe affidarsi ai rapporti di forza. Il nichilista sostiene che, non essendovi criteri, ogni scelta è equivalente e nessuna va giustificata. La posizione descritta nel paragrafo precedente è la contraria: proprio perché nessun criterio decide al posto di chi decide, ogni scelta va giustificata e chi la compie ne risponde. Il nichilismo assolve; questa posizione grava.

La cultura del formalismo non è però proposta nel vuoto. La sezione che la precede nel volume porta il titolo «*Empire's law*» e descrive il male al quale essa è il contravveleno, e quel male non è un abuso. L'invasione della Repubblica Dominicana del 1965 fu, scrive l'autore, un atto indubbiamente imperiale;⁴²⁶ ciò che gli interessa non è però la responsabilità di chi la decise, ma il fatto che l'agenda interdisciplinare, insieme a un concetto deformalizzato di diritto e all'entusiasmo per la diffusione del «liberalismo», costituisca un progetto accademico che non può non puntellare la giustificazione dell'impero americano. «Non per malafede o per cospirazione di alcuno», precisa: è la logica di un argomento che spera di salvare il diritto facendone uno strumento per i valori, o meglio per le decisioni, dei potenti.⁴²⁷

⁴²⁵ *Ivi*, § 3.3, e M. Barberis, «Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione», relazione al XIX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 22-23 ottobre 2004, § 3.3, dove l'antinomia fra legalità e giustizia è detta «in ultima istanza irriducibile» e il rimedio è indicato nel «"vincolo debole" che è il bilanciamento dei poteri». Si cita dalla versione del convegno, priva di numerazione di pagina, per numero di paragrafo; ne esiste una stesura a stampa in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 1-21.

⁴²⁶ M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 480: «The invasion of the Dominican Republic in 1965 was an undoubtedly imperial act» (trad. mia). La sezione «*Empire's law*» occupa le pp. 480-494 e precede immediatamente «A culture of formalism?».

⁴²⁷ *Ivi*, p. 484 (trad. mia). L'originale: «What I want to say, instead, is that the interdisciplinary agenda itself, together with a deformalized concept of law, and enthusiasm about the spread of "liberalism," constitutes an

La derivazione è condotta con cura. L'universalizzabilità in teoria conduce automaticamente all'espansione in pratica: se il mio principio è valido perché universale, non solo posso ma forse devo cercare di farlo accettare agli altri, e nell'entrare in contatto con loro non ho bisogno di trattarli da eguali.⁴²⁸ Di qui due esiti. Chi ritiene che le proprie preferenze soddisfino i criteri di validità universale vede in ogni preferenza divergente ignoranza, errore o manipolazione dei capi di quell'altra comunità, ed è l'imperialismo che l'autore chiama razionale;⁴²⁹ chi non crede di possedere quella validità non contestuale e nondimeno la invoca per scavalcare le preferenze altrui pratica un imperialismo cinico.⁴³⁰ Entrambe le posizioni sono imperialiste nel medesimo senso, e la ragione è di forma e non di contenuto: le posizioni altrui non competono nel merito, ma «sono scavalcate in partenza» perché prive del carattere speciale che il decisore attribuisce alle proprie norme.⁴³¹ Escluso il merito, è esclusa l'eguaglianza.⁴³²

Qui va posta la cautela che decide il senso dell'intera sezione. Chi leggesse queste pagine come una condanna dell'universalismo capovolgerebbe l'argomento. Ciò che rende imperiale una pretesa universale non è la sua universalità, ma il contesto deformatizzato in cui viene fatta valere: una cultura strumentale, avverte il testo, crea il pericolo dell'abuso amministrativo, perché se il diritto riguarda soltanto ciò che funziona e non presta attenzione agli obiettivi per cui è usato, diventa una cortina di fumo del potere effettivo.⁴³³ L'attenzione all'osservanza assume del resto in silenzio che la questione politica, quali siano gli obiettivi, sia già stata

academic project that cannot but buttress the justification of American empire, as both Schmitt and McDougal well understood. This is not because of bad faith or conspiracy on anybody's part. It is the logic of an argument – the Weimar argument – that hopes to salvage the law by making it an instrument for the values (or better, "decisions") of the powerful that compels the conclusion». La formula è ripresa a p. 489: «It is the particular configuration of interdisciplinarity, deformatization, and Kantian morality that inevitably comes to support a liberal Empire».

⁴²⁸ *Ivi*, p. 490 (trad. mia). L'originale: «Universalizability in theory leads automatically to expansion as practice. If my principle is valid because it is universal, then I not only may but perhaps must try to make others accept it as well. In any case, I can rest confident that I know what principles apply not only to me and my group but to any person or any group. If I engage in contacts with them, I need not face them as equals».

⁴²⁹ *Ivi*, p. 491: «In a deep sense, having such preference either demonstrates ignorance and error when measured against the norms or policies that are accepted as universally valid, or results from the evil manipulations of the leaders of that other community. These positions might be called *rational imperialism*» (trad. mia; corsivo dell'autore).

⁴³⁰ *Ivi*, p. 492: «He does not think that his policy enjoys the non-contextual validity that his theory of legitimate decision-making requires. But he still overrules deviating preferences, and does this by claiming that it does. This leads to what could be called *cynical imperialism*» (trad. mia; corsivo dell'autore).

⁴³¹ *Ibidem*: «Now both of these positions are distinctly *imperialist* in the sense that other positions are overruled not because of their content but because they do not enjoy the same kind of validity as that of the decision-maker. They do not compete on their merits, but are overruled at the outset as lacking some special character (non-contextuality) of the norms the decision-maker holds» (trad. mia; corsivo dell'autore).

⁴³² *Ivi*, p. 493: «Equality is excluded. Only imperialism remains, as Schmitt wrote more than sixty years ago, describing the new order through the discriminatory concept of war» (trad. mia).

⁴³³ *Ivi*, p. 486: «An instrumentalist culture, however, creates the danger of administrative abuse. If law is only about what works, and pays no attention to the objectives for which it is used, then it will become only a smokescreen for effective power» (trad. mia).

risolta.⁴³⁴ La prova sta nella struttura del capitolo: se il difetto fosse l'universalità, la sezione successiva non potrebbe andare in cerca di un universalismo non imperiale. La cerca, e la trova.

Un universalismo è imperiale quando muove da un principio positivo già posseduto: sa in anticipo che cosa sia bene per tutti, e non ha perciò bisogno di ascoltare nessuno. Quello che l'autore gli contrappone resta vuoto. Fra la Scilla dell'impero e la Cariddi della frammentazione, la cultura del formalismo rappresenta la possibilità dell'universale, ma lo fa «restando "vuota", un dato negativo anziché positivo», ed evita per questa via il pericolo dell'imperialismo, mentre cerca di indurre ogni particolarità a produrre l'universalità che vi è nascosta.⁴³⁵ Il rapporto fra il particolare e l'universale è allora paradossale, perché l'articolazione del particolare può compiersi solo protendendosi verso l'universale, e l'universale resta inseparabile dalle pretese particolari da cui promana, senza che ne segua alcuna applicazione automatica ad altri.⁴³⁶ La domanda che apre l'universale non è che cosa sia bene, ma che cosa ci manchi, e «la capacità di articolare questa mancanza, e di farlo in termini universali, è ciò che la cultura del formalismo fornisce».⁴³⁷

La ragione per cui ogni universale è oggi sospettato è consegnata a un elenco storico. La Chiesa cristiana nel medioevo, la nazione francese nel 1789, la «civiltà europea» alla fine dell'Ottocento, la classe operaia e il mercato nel Novecento hanno preteso di incarnare l'universale; ciascuna pretesa fu accompagnata da un diritto che si dichiarava universale, e ciascuna «cadde, prevedibilmente, quando l'universalità asserita si rivelò particolarità travestita».⁴³⁸ L'elenco non è un'osservazione occasionale: raccoglie, in una riga, la dottrina che

⁴³⁴ *Ivi*, p. 485: «For focus on compliance silently assumes that the political question – what the objectives *are* – has already been resolved» (trad. mia; corsivo dell'autore).

⁴³⁵ *Ivi*, p. 504 (trad. mia). L'originale: «Between the Scylla of Empire and the Charybdis of fragmentation, the culture of formalism resists reduction into substantive policy, whether imperial or particular. It represents the possibility of the universal (as Kant well knew) but it does this by remaining "empty," a negative instead of a positive datum, and thus avoids the danger of imperialism. Instead, it tries to induce every particularity to bring about the universality hidden in it». La distinzione è annunciata a p. 500 ed enunciata alle pp. 504-506.

⁴³⁶ *Ivi*, p. 505: «The particular and the universal are related through paradox: the articulation of the particular can be carried out only by reaching towards the universal. In this way, the universal also remains inseparable from the particular claims from which it emanates: no automatic application to others – imperialism – is implied» (trad. mia).

⁴³⁷ *Ivi*, p. 506: «But unlike in imperialism, it is not opened by a positive principle but a negative one: what is it that we lack? *The ability to articulate this lack, and to do this in universal terms, is what the culture of formalism provides*» (trad. mia; corsivo dell'autore). La costruzione dell'universale come «mancanza» e come «orizzonte» non è di Koskenniemi: egli la riprende da E. Laclau, *Emancipation(s)*, Verso, Londra, 1996, cui rinvia nelle note 307, 308, 310 e 311 (pp. 505, 507 e 508), e dal volume *Contingency, Hegemony, Universality*, Verso, Londra, 2000, p. 196, richiamato nella nota 309 (p. 506).

⁴³⁸ *Ivi*, p. 505 (trad. mia). L'originale: «History – and European history, in particular – is full of examples of cases where a particular actor has claimed to take on the body of that which is universal. The Christian church claimed this in the Middle Ages, the French nation in 1789, "European civilization" at the end of the nineteenth century, the working class and the market in the twentieth century. Each of them was accompanied by a law that

il § 4.5 ha ricostruito. È Schmitt ad aver dato di quella caduta la formulazione più dura, sostenendo che l'umanità come tale non può fare la guerra perché non ha nemico, e che quando uno Stato combatte il proprio nemico politico in nome dell'umanità non conduce una guerra per l'umanità, ma una guerra in cui uno Stato particolare cerca di usurpare un concetto universale contro il proprio avversario.⁴³⁹ La successione della Chiesa, della nazione, della civiltà, della classe e del mercato è la stessa figura vista in serie storica: ogni volta un particolare occupa il posto dell'universale, e ogni volta la sua caduta lascia il posto vuoto per l'occupante seguente.

Il sospetto contemporaneo verso il vocabolario universalistico non è dunque una novità del multipolarismo: è la forma che una vicenda ricorrente assume in un momento determinato. Resta da stabilire che cosa quella vicenda dimostri, e la risposta non può essere assiomatica. Se l'universale fosse per definizione un particolare travestito, come ogni caso dell'elenco sembra suggerire, non vi sarebbe modo di distinguere fra i due, e la conclusione sarebbe quella nichilista che il § 4.6 ha già respinto. La distinzione esiste, ed è di criterio prima che di contenuto: l'universale imperiale è quello che possiede già il proprio contenuto positivo e non ha perciò bisogno di ascoltare nessuno, mentre l'ideale che l'autore gli oppone «cerca la comunità comprendendo che ogni comunità si fonda su un'esclusione, e che perciò deve far parte dell'autodefinizione di una comunità accettabile il fatto di rinegoziare costantemente quella esclusione, allargando il proprio orizzonte».⁴⁴⁰ Il criterio è dunque procedurale e verificabile: non che cosa una comunità dichiari, ma se rinegozi o meno i propri confini quando una pretesa nuova li interroga. Su questa base il rilievo che segue non è più una petizione di principio, e resta di chi scrive: la caduta di un universalismo che si dichiarava già posseduto non dice nulla su un universale che non pretenda di esserlo, e confondere le due cose fa dell'esperienza storica una confutazione che essa non è. Non è, del resto, un'inferenza estranea all'autore, il quale, discutendo altrove la replica di Habermas e di Derrida a Schmitt, ha scritto che il fatto che l'universale sia sempre anche particolare «non apre la via all'incubo schmittiano:

claimed universality – and each fell, predictably, when the asserted universality revealed itself as disguised particularity».

⁴³⁹ *Ivi*, p. 433, dove Koskenniemi cita Carl Schmitt. Il passo è riportato per esteso al § 4.5. La formula più breve del medesimo sospetto non è però di Schmitt: recensendo nel 2012 un volume dedicato al «diritto dell'umanità», l'autore l'attribuisce a Pierre-Joseph Proudhon, «whoever invokes humanity wants to cheat», e osserva che soltanto in tempi più recenti è divenuto abituale servirsi dell'atto d'accusa schmittiano contro il vocabolario dell'umanità come strumento del dominio angloamericano (M. Koskenniemi, recensione a R.G. Teitel, *Humanity's Law*, cit., p. 397, dove sono richiamati alla stessa pagina anche Hardt e Negri e Wallerstein). La frase di Proudhon dà il titolo a un paragrafo del capitolo 6 del volume del 2001, che l'edizione italiana rende «Chi dice umanità vuol trarvi in inganno».

⁴⁴⁰ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 517 (trad. mia). L'originale: «It is a formal ideal that seeks community by understanding that every community is based on an exclusion and that therefore it must be a part of an acceptable community's self-definition that it constantly negotiates that exclusion, widens its horizon.»

è la condizione perché esista qualcosa come un ambito della politica in cui le questioni del giusto, del bene e del retto possano essere discusse in modo sensato», e ha annotato in nota di aver tentato egli stesso di articolare qualcosa del genere come parte del progetto politico del diritto internazionale.⁴⁴¹

Il termine emancipazione va allora maneggiato con questa distinzione. Se per emancipazione si intende l'attesa che il diritto internazionale corregga da sé gli squilibri di potere, la lettura qui condotta la esclude, perché il diritto non ha risorse proprie per farlo e chi gliele attribuisce ricade nell'utopia descritta nel capitolo III. Se invece si intende la possibilità, per chi non ha il potere di imporre la propria posizione, di articolare ciò che gli manca in termini che l'avversario non possa liquidare come mera aspirazione, allora il vocabolario giuridico offre qualcosa di preciso; e l'autore lo colloca nel nucleo emancipativo della cultura del formalismo, che sta nella sua resistenza a farsi sussumere sotto cause particolari.⁴⁴² Non è la giustizia, ed è un errore chiamarla così. È la condizione di una discussione che senza quel vocabolario non avrebbe luogo.

Su questo punto si appunta un'obiezione che mette in difficoltà la costruzione, e viene da un lettore che ne condivide le premesse. Se il vocabolario universale è ciò che resta a chi non ha potere, allora esso non soltanto offre, ma interdice. Chi rappresenta cause subalterne, osserva Beckett, «may speak – and seek empathy – in the language of universal law. However, they may not resort to violence, not even when their pleas are ignored»; e poiché il ricorso al diritto è sempre già disponibile, viene dichiarato insieme necessario e sufficiente, sicché la forza risulta non solo illegittima ma inutile. Di qui la conclusione, che rovescia quanto si è appena detto: «law is not our tool; we are constructs of international legality».⁴⁴³ Le due proposizioni

⁴⁴¹ M. Koskeniemi, recensione a G. Borradori (a cura di), *Philosophy in a Time of Terror. Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, in *German Law Journal*, vol. 4, n. 10, 2003, pp. 1087-1094, p. 1090 (trad. mia). L'originale: «The fact that the universal is always also particular, the legal also more than just "legal", does not open the way to the Schmittian nightmare: it is the precondition for there to be something like a realm of politics in which issues of right, good and just can be meaningfully debated and approached.» La nota 5 della stessa pagina rinvia a M. Koskeniemi, «What is International Law For?», in M. Evans (a cura di), *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 105-111, con la formula «I have tried to articulate something like this as part of international law's political project»: è dunque posizione dell'autore, non parafrasi di Derrida.

⁴⁴² M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., pp. 503-504: «The emancipatory core, and the universalism of the culture of formalism, lies precisely in its resistance to subsumption under particularist causes» (trad. mia). Il periodo si apre in fondo alla p. 503 e si chiude in cima alla p. 504.

⁴⁴³ J.A. Beckett, «Rebel Without a Cause? Martti Koskeniemi and the Critical Legal Project», in *German Law Journal*, vol. 7, n. 12, 2006, pp. 1045-1088, pp. 1086-1087 (trad. mia). Il primo passo sta alla p. 1086; il periodo sull'inefficacia del ricorso alla forza si apre in fondo alla stessa pagina e si chiude alla p. 1087, dove sta anche la conclusione citata, con il corsivo dell'autore su *we*. La sezione, intitolata «A Little Anxiety: Is Formalism Really Enough?», muove dal rilievo che il formalismo di Koskeniemi presuppone un desiderio d'ordine anteriore alla conoscenza del diritto, presupposto che confligge con la sua agnosticità liberale sui valori (p. 1085), e giudica per questo improbabile che il formalismo possa suscitare una sufficiente «inner anxiety of the Prince» (p. 1086).

vanno tenute insieme, perché sono vere insieme. Il vocabolario dà a chi non ha potere una posizione argomentativa che altrimenti non avrebbe, e nel darla gli sottrae ciò che sta fuori dall'argomentazione. Chiamare emancipazione la sola prima metà dello scambio significa non averlo descritto.

Due avvertenze impediscono di ricavarne una tesi consolatoria. Il vocabolario universale è disponibile anche a chi il potere ce l'ha, ed è la ragione per cui i primi internazionalisti poterono sostenere l'imperialismo ufficiale, come il § 4.4 ha riferito. E il potere contro il quale le idee vengono invocate è anch'esso potere di idee: non esistono idee libere in attesa di essere afferrate, ma idee trasmesse attraverso istituzioni e attori ben collocati in esse, sicché «la battaglia non è fra potere e idee, ma fra idee e idee, fra potere e potere».⁴⁴⁴ Chi si attende che il vocabolario universalistico produca da sé un riequilibrio gli attribuisce un'autonomia che non ha; chi vi rinuncia perché lo giudica strumento del più forte trascura che anche il più forte deve passare per esso.

Nella stessa sede l'autore ricorda che da centotrent'anni i giuristi internazionali cercano di liberarsi della divisione fra sfera interna e sfera internazionale, e che il diritto internazionale moderno non nacque per celebrare la sovranità ma per attaccarla.⁴⁴⁵ Chi denuncia oggi l'universalismo giuridico come maschera del dominio e chi lo difende come argine alla sovranità condividono un errore: attribuire al vocabolario una direzione politica costante.

Il saggio appartiene al fascicolo monografico che il *German Law Journal* dedicò nel 2006 alla riedizione di *From Apology to Utopia*, e il suo autore vi ringrazia Koskeniemi per i commenti a una stesura tarda.

⁴⁴⁴ M. Koskeniemi, «International Law as Therapy: Reading *The Health of Nations*», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 2, 2005, pp. 329-341, pp. 340-341 (trad. mia). L'originale, a p. 340: «But the power against which ideas are invoked is also the power of ideas – the power of contrasting ideas»; e, a p. 341: «There is no power that would not dress itself in ideas about the good, the right, the useful and so on. [...] Power is ideas. And there are no free-floating ideas waiting to be grasped by influence, only ideas transmitted through and calling for realization through institutions and actors well positioned in such institutions. [...] The battle is not between power and ideas but between ideas and ideas, between power and power». Il volume recensito è P. Allott, *The Health of Nations. Society and Law beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

⁴⁴⁵ *Ivi*, p. 339: «For the past 130 years, international lawyers have tried to rid themselves of the Vattelien division. Modern international law was not born to celebrate sovereignty but to attack it, and the intellectual development of the discipline has been about recurrent attempts to articulate always anew, and thus to strengthen the power of a cosmopolitan and gapless legal system over the sovereign egoism of the state» (trad. mia).

Capitolo V. L'ordine internazionale multipolare alla luce di Koskenniemi

5.1 Il multipolarismo come problema per il linguaggio del diritto internazionale

Chiedere se il diritto internazionale «reggerà» un ordine a più centri presuppone ciò che è in questione. Riformulata la domanda, una pratica argomentativa non subisce pressioni esterne, viene esercitata diversamente. E il punto su cui il multipolarismo incide è l'individuazione degli uditori autorevoli, prima ancora del contenuto delle norme, che è quanto la filosofia del diritto chiama difetto di terzietà. Del rifiuto iniziale sopravvive però una seconda domanda, che non chiede l'esito ma la dotazione, e che il § 5.7 riprende.

Il multipolarismo, nell'accezione qui adottata, è la condizione nella quale più centri di potere sono in grado di sostenere ciascuno una propria interpretazione del diritto internazionale e di ottenere che gli altri la trattino come un'interpretazione da discutere anziché da ignorare.

Da essa l'introduzione ha distinto la frammentazione, che nasce dalla specializzazione funzionale e produce conflitti anche fra istituzioni che nessuno considera antagoniste. La distinzione va tenuta ferma qui, dove il rischio di confonderle è massimo, perché i due fenomeni si presentano con gli stessi sintomi: pretese incompatibili, fori concorrenti, assenza di un criterio superiore che decida. Sintomi identici non provano cause identiche.

Su un punto occorre essere espliciti prima di procedere, perché da esso dipende il valore di tutto ciò che segue. Il multipolarismo non è un tema di Koskenniemi. Nei suoi testi non figura una trattazione della pluralità dei centri di potere come problema per il diritto internazionale, e le pagine in cui l'espressione affiora riguardano altro.⁴⁴⁶ Ciò che segue non è dunque l'esposizione di una posizione dell'autore, ma un'elaborazione condotta con i suoi strumenti. Attribuirgli una tesi sul multipolarismo significherebbe fargli dire ciò che non ha detto, e insieme sottrarre alla tesi la responsabilità di averla formulata.

Che il tema non sia dell'autore non fa però della domanda un'invenzione di chi scrive. La ricezione italiana l'ha ricavata dai suoi testi e l'ha lasciata aperta. Discutendo l'uso che Koskenniemi fa di Schmitt, Geminello Preterossi si chiede se «la presenza di una pluralità di grandi spazi speculari e simmetrici, sostanzialmente paritari, costituirebbe oggi un pluriverso come arena globale del "politico" in grado di far valere su scala internazionale, senza

⁴⁴⁶ Il rilievo riguarda i testi di Martti Koskenniemi effettivamente consultati per questa ricerca, elencati in bibliografia e letti nelle versioni pubblicate. Nessuno di essi contiene una trattazione del multipolarismo come problema per il diritto internazionale. Per la definizione operativa qui ripresa si rinvia all'Introduzione, § «Che cosa si intende per multipolarismo»; per la distinzione fra multipolarismo e frammentazione, *ivi*.

asimmetrie, la limitazione possibile della violenza tra macrosoggetti che si riconoscono».⁴⁴⁷ La forma interrogativa va conservata, perché quella non è una proposta e il lessico dei grandi spazi resta di Schmitt, di cui il § 4.5 ha registrato che Koskenniemi riferisce la posizione senza farla propria. Ciò che la domanda aggiunge qui è la sede in cui va posta. Se il diritto è, come Preterossi scrive poco oltre, «un campo di tensione costante tra effettività e validità», esposto al duplice rischio di legittimare il diritto del più forte e di fuggire moralisticamente dalla realtà, ma capace di offrire «un contesto e degli strumenti per agire conflitti rivendicativi e smascherare pubblicamente gli arbitri del potere», allora chiedere che cosa accada quando i macrosoggetti si moltiplicano non è chiedere una previsione: è chiedere verso quale dei due rischi la moltiplicazione spinga una pratica che di quegli strumenti dispone.

Ciò premesso, la prima cosa che quelle categorie fanno è cambiare la domanda.

La formulazione corrente chiede se il diritto internazionale «reggerà» il passaggio a un ordine con più centri, e presuppone risolto ciò che è in questione: che esista un diritto internazionale identificabile indipendentemente dagli usi che se ne fanno, esposto a una pressione esterna come un edificio al vento. Nella ricostruzione seguita nei capitoli III e IV il diritto internazionale non è un edificio ma una pratica argomentativa, e una pratica non viene premuta dall'esterno: viene esercitata diversamente.

Koskenniemi ha formulato il punto in una sede che non ha nulla a che vedere con il nostro problema, la conferenza inaugurale della Società europea di diritto internazionale del 2004. Discutendo il rapporto fra tradizione europea e pretesa universale, contrappone due modi di intendere il diritto internazionale. Il primo, che chiama strumentalismo, vede il diritto come un possesso della propria civiltà, da opporre al caos e all'anarchia che stanno fuori. Il secondo, che chiama formalismo, prende atto che il diritto è già dappertutto: gli ottomani hanno il Trattato di Parigi del 1856, Milošević ha la sovranità e l'autodeterminazione serba, Saddam Hussein ha il divieto dell'uso della forza e il Consiglio di sicurezza.

La conclusione è che la scelta non è fra il diritto moderno e la politica arcaica, ma fra il mio diritto e il tuo; non fra diritto e politica, ma fra una politica del diritto e un'altra.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ G. Preterossi, «Un diritto internazionale postmoderno? Il contributo di Martti Koskenniemi tra realismo politico e retorica», in *Sociologia del diritto*, n. 3, 2015, pp. 131-140. La domanda si apre in fondo alla p. 135 e si chiude alla p. 136. Le due citazioni successive sono entrambe alla p. 136, dove il diritto è detto «un campo di tensione costante tra effettività e validità, che è sì sempre esposto al duplice rischio della legittimazione del diritto del più forte e della fuga moralistica dalla realtà, ma che offre anche un contesto e degli strumenti per agire conflitti rivendicativi e smascherare pubblicamente gli arbitri del potere»; e dove l'analisi koskenniemiiana della teoria schmittiana dei «grandi spazi» è giudicata «un viatico prezioso anche per la discussione attuale».

⁴⁴⁸ M. Koskenniemi, «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 1, 2005, pp. 113-124, p. 123: «the choice is not between modern law and archaic politics, but my law and yours [...] The choice is not between law and politics, but between one politics of law,

Trasferito al problema qui in esame, e la traslazione è della tesi, il rilievo ha una conseguenza precisa. Un centro di potere che sostenga una propria interpretazione delle norme comuni non contrappone al diritto internazionale qualcosa che diritto non è: contrappone una lettura a un'altra lettura, e lo fa con il materiale del vocabolario condiviso. Finché accade questo, il multipolarismo è un fatto interno alla pratica giuridica, non un assedio a essa.

Ne discende un limite che va enunciato subito, perché chiude la strada più comoda. Non è possibile stabilire che il vocabolario si è spezzato osservando che le interpretazioni avanzate da un certo centro sono sgradevoli, opportunistiche o incompatibili con quelle a cui siamo abituati. Koskenniemi ha formulato la messa in guardia in termini che riguardano il proprio paese e i propri avversari politici, non i nostri: anche gli autoritari hanno il loro *rule of law*, vi possono essere buone ragioni per detestarlo, ma squalificarlo come non-diritto sarebbe un errore analitico e politico insieme.⁴⁴⁹ Il criterio della soglia, se esiste, deve essere di altra natura.

Dove allora il multipolarismo morde davvero? La risposta che si ricava dai testi dell'autore, e che la tesi assume come propria ipotesi di lavoro, riguarda gli uditori. Nella conferenza Asser del 2019 Koskenniemi osserva che il diritto internazionale non ha già risolto i disaccordi in modo che basti «applicare la legge», e che conviene vederlo piuttosto come una risorsa per argomentare le molte cose contraddittorie che riteniamo vere o giuste.⁴⁵⁰ Subito dopo aggiunge il passaggio decisivo: quelle scelte vengono portate davanti a uditori autorevoli come interpretazioni del diritto, e il fatto che si sia in disaccordo perfino su quali siano gli uditori autorevoli mette in evidenza il ruolo del potere all'interno del diritto internazionale.⁴⁵¹

È qui che la nozione di multipolarismo adottata in questa tesi trova il proprio innesto tecnico. La pluralità di centri capaci di sostenere una propria interpretazione non incide sul contenuto delle norme, che resta quello che è; incide sulla possibilità di indicare un uditorio la cui competenza a dire che cosa la norma significhi sia riconosciuta anche da chi ne uscirà perdente. La domanda che il capitolo persegue è dunque se e in che misura tale riconoscimento

and another» (trad. mia: la scelta non è fra diritto moderno e politica arcaica, ma fra il mio diritto e il tuo [...]) La scelta non è fra diritto e politica, ma fra una politica del diritto e un'altra). Il testo è la relazione tenuta alla conferenza inaugurale della European Society of International Law, Firenze, 13-15 maggio 2004.

⁴⁴⁹ M. Koskenniemi, «The Laws That Rule Us. The Legal Infrastructure of Global Capitalism», in *New Left Review*, s. II, n. 154, 2025, pp. 15-48, p. 48: «Authoritarians also have their rule of law. There may be good reasons to detest it, but it would be an analytical and political mistake to disqualify it as law» (trad. mia).

⁴⁵⁰ M. Koskenniemi, *International Law and the Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2019, p. 28: «Rather than a repertory of ready-made solutions, international law is better seen as a resource for arguing all the many contradictory things that we believe are true or right» (trad. mia).

⁴⁵¹ *Ivi*, p. 29: «The fact that we disagree even on what the "authoritative audiences" are, highlights the role of power within international law» (trad. mia: il fatto che si sia in disaccordo perfino su quali siano gli uditori autorevoli mette in evidenza il ruolo del potere all'interno del diritto internazionale). L'autore vi esemplifica il disaccordo indicando l'alternativa fra uditorio interno e internazionale e fra esperti economici, esperti di diritti umani, militari e giuristi.

sussista. L'inferenza è della tesi: Koskeniemi indica il disaccordo sugli uditori come un tratto permanente della disciplina, non come l'effetto di una trasformazione degli equilibri di potere.

Il disaccordo sugli uditori ha, sul piano filosofico-giuridico, un nome più preciso. La filosofia del diritto lo descrive come difetto di terzietà, e ne registra la ricorrenza su due piani che sembrano lontani: il narcisismo dell'individuo privo di limite e il totalitarismo delle istituzioni sono, si è scritto, «le due facce di uno stesso problema analizzato su piani diversi [...] caratterizzati entrambi dalla mancanza di limite, vale a dire da una mancanza di terzietà».⁴⁵² Un ordine in cui nessuno occupa la posizione del terzo non è un ordine senza regole: è un ordine in cui le regole non chiudono nulla, perché manca il luogo in cui il loro significato smetta di essere contestato, e il legame che ne resta è esperito «soltanto come un insieme di regole procedurali, incapaci di mediare forme collettive di senso».⁴⁵³ La trasposizione al piano dell'ordine internazionale è di chi scrive, e va dichiarata anche nel suo limite: dentro lo Stato la terzietà ha un titolare istituzionale possibile, fuori dallo Stato il § 5.3 mostrerà che un potere costituente che la istituisse sarebbe già impero. Il problema è dunque il medesimo, la soluzione non è trasportabile, ed è lo stesso esito a cui il § 4.7 è giunto sulla separazione dei poteri.

A questo punto la distinzione dalla frammentazione può essere resa operativa anziché soltanto enunciata. Ciò che la dottrina chiama frammentazione è, nella descrizione dell'autore, uno scontro di conoscenze e di competenze: descrizioni rivali del mondo, ciascuna con un proprio ethos, che producono risposte diverse alla medesima domanda a seconda dell'ufficio a cui la si rivolge.⁴⁵⁴ Il conflitto si presenta come lotta per la giurisdizione fra regimi.⁴⁵⁵

Il multipolarismo, così come la tesi lo definisce, non moltiplica le competenze: moltiplica i soggetti che possono istituire, finanziarle e rivendicarne il prodotto. Sono due assi

⁴⁵² P. Heritier, «Democrazie liberali o società post-totalitarie? Per un ripensamento della nozione di libertà», in *Biblioteca della libertà*, n. 196 online, 2009, p. 9. Il passo prosegue riferendo l'osservazione, di uno storico ivi citato, secondo cui la divisione fra società e individuo è stata promossa in Occidente a tal punto che «la rappresentazione di una istanza di terzietà dal carattere mitologico non è neppure più pensabile dagli specialisti che si prendono in carico lo studio delle istituzioni».

⁴⁵³ P. Sequeri, citato in P. Heritier, «Vico's *Scienza Nuova*: Sematology and Thirdness in the Law», in *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 33, n. 4, 2020, pp. 1125-1142, p. 1132 (trad. mia). L'originale: «has gone so far below the necessary threshold of cooperation and mutual trust, that it is experienced only as a set of procedural rules, unable to mediate collective forms of meaning».

⁴⁵⁴ M. Koskeniemi, *International Law and the Far Right*, cit., p. 12: «Global governance is a clash of knowledges, a clash of competences, rival descriptions of the world and of the blueprints those descriptions help produce and sustain» (trad. mia). Nella stessa pagina l'esempio: la crisi nell'Africa centrale è qualificata come problema di diritti umani o come problema di sviluppo economico a seconda che si interpellino l'Alto Commissario per i diritti umani o la Banca mondiale.

⁴⁵⁵ M. Koskeniemi, «The Laws That Rule Us», cit., p. 45: «Politics became a struggle for jurisdiction» (trad. mia). Nella stessa pagina l'autore riferisce l'emergere di discipline tecniche specialistiche e il loro conflitto reciproco.

distinti, e la loro combinazione non è scontata. Un mondo con molte scatole e un solo committente non è il mondo con molte scatole e molti committenti, e non lo è nemmeno un mondo con poche scatole e molti committenti. Anche questa distinzione è della tesi.

Resta da riprendere un filo lasciato aperto nel capitolo III. Se ogni argomentazione giuridica internazionale deve essere insieme concreta, cioè riconducibile alla condotta effettiva degli Stati, e normativa, cioè opponibile a chi non la vuole, allora la pluralità dei centri può essere letta come un aggravamento della tensione fra i due requisiti.⁴⁵⁶ Un diritto che voglia restare concreto in un mondo di prassi divergenti dovrà accogliere come rilevanti condotte che si contraddicono; un diritto che voglia restare normativo dovrà opporre a un numero maggiore di soggetti principi che un numero minore ha formulato. La tesi non ne ricava che il diritto internazionale sia perciò destinato a cedere. Ne ricava che la difficoltà classica si presenta con un margine più stretto, il che è una proposizione verificabile e non una diagnosi.

Che cosa queste categorie non illuminano va detto infine. Non dicono quali interpretazioni prevarranno, perché non sono una teoria del potere. Non forniscono una misura del grado di condivisione del vocabolario, perché la condivisione non è quantificabile con gli strumenti di un'analisi degli argomenti. E non consentono di distinguere un disaccordo profondo da una rottura, se non a posteriori. Chi cercasse qui un criterio di previsione resterebbe deluso, e avrebbe cercato ciò che l'apparato non contiene.

Il rifiuto pronunciato sopra non colpisce però ogni domanda sulla tenuta. Colpisce quella predittiva, che presuppone un oggetto esposto a pressione; una seconda le sopravvive, e non è la stessa: se la pratica disponga, fra le proprie operazioni, di quelle che le occorrono per continuare a trattare il disaccordo quando cresce il numero di chi lo alimenta. La prima chiede che cosa accadrà, la seconda che cosa la pratica sappia fare. Che la seconda sopravviva al rifiuto della prima è argomento di chi scrive, giacché l'autore respinge la formulazione predittiva senza proporre un'altra. Il capitolo persegue la seconda e la formula in chiusura, al § 5.7, quando ne avrà raccolto il materiale.

5.2 Universalità giuridica, interessi particolari ed egemonia

L'obiezione dell'origine europea non squalifica la pretesa universale del vocabolario, e il capitolo poggia sull'ambivalenza che ne risulta: la stessa storia che rende quel vocabolario

⁴⁵⁶ Sul duplice requisito e sulla sua tensione interna si veda il capitolo III, § 3.5, e la fonte ivi citata: M. Koskenniemi, «The Politics of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 1, n. 1, 1990, pp. 4-32, pp. 7-8. La domanda qui formulata è quella annunciata in chiusura di quel paragrafo.

criticabile lo rende disponibile a chi lo critica. L'obiezione realista, per parte sua, adopera lo standard che nega. L'ipotesi che ne è stata tratta è che l'universalità si misuri sulla distribuzione delle posizioni giuridiche più che sulla composizione degli organi.

La questione è antica, e specifica la prima delle due domande lasciate aperte dal capitolo IV: come possa un vocabolario formatosi in un luogo determinato continuare a pretendersi universale quando cresce il numero di chi lo parla senza dividerne l'origine. La risposta di Koskenniemi è nota e va riportata con esattezza, perché è meno concessiva di quanto sembri. Il fatto che il diritto internazionale sia una lingua europea, scrive, non impedisce minimamente che esso sia capace di esprimere qualcosa di universale, perché l'universale non ha voce né rappresentante autentico proprio: può apparire soltanto attraverso qualcosa di particolare, e solo un particolare può renderlo noto.

Il pericolo che ne deriva è quello di scambiare le proprie preferenze e i propri interessi per la propria tradizione, e poi questa per l'universale, errore che gli europei hanno commesso spesso. Da qui l'invito a prendere molto più sul serio le critiche che indicano nel diritto internazionale una tecnica egemonica; e insieme il limite che l'autore assegna a quelle critiche, perché se l'universale non ha rappresentanti propri, la particolarità non è di per sé uno scandalo. La domanda diventa allora a quali condizioni un particolare possa trascendere sé stesso.⁴⁵⁷

L'obiezione realista è affrontata nella stessa sede, e mostra un errore che la tesi deve evitare. Il richiamo all'interesse comune riflette spesso, come hanno insistito autori di destra e di sinistra, il desiderio di chi parla di realizzare il proprio interesse particolare senza dover combattere per esso.⁴⁵⁸

Ma se il realista intende che non esistono principi universali, e che ciascuno non fa che ripetere meccanicamente la propria preferenza, allora enuncia un truismo da cui non discende nulla e la questione del giusto e dell'ingiusto non può neppure essere posta. Il critico vuole invece dire qualcosa di più, cioè che la posizione dell'avversario è inautentica e politicamente sbagliata: e nel dirlo si appoggia a uno standard di universalità di cui nega all'avversario il

⁴⁵⁷ M. Koskenniemi, «International Law in Europe», cit., p. 115: «The fact that international law is a European language does not even slightly stand in the way of its being capable of expressing something universal. For the universal has no voice, no authentic representative of its own. It can only appear through something particular; only a particular can make the universal known» (trad. mia). Nella medesima pagina l'autore indica il pericolo di scambiare le proprie preferenze per la tradizione e questa per l'universale, invita a prendere sul serio le critiche che vedono nel diritto internazionale una tecnica egemonica e formula la domanda: «Under what conditions might a particular be able to transcend itself?».

⁴⁵⁸ *Ivi*, p. 116, dove il richiamo è a Pierre-Joseph Proudhon («Whoever says humanity wants to cheat») e, per il rilievo riferito nel testo, a Carl Schmitt e a Edward H. Carr.

possessione. Dal fatto che non esista una posizione autenticamente universale non segue che tutte le posizioni siano uguali.⁴⁵⁹

Il rilievo governa l'intero capitolo. Una lettura che trattasse ogni rivendicazione universalistica come una maschera di interessi si toglierebbe il terreno da sotto i piedi, perché varrebbe anche per sé stessa e non lascerebbe modo di criticare alcunché.

La nozione tecnica di egemonia è già stata fissata nel § 4.3. Va però specificata sul terreno che qui interessa, quello del significato delle parole comuni. La lotta politica, osserva Koskenniemi, si combatte su che cosa significhino termini giuridici come «aggressione», «autodeterminazione», «legittima difesa», «terrorista» o «*jus cogens*»: quali politiche essi includano e quali escludano.

Pensare quella lotta come egemonica significa mettere in luce che l'obiettivo dei contendenti è far apparire la propria visione parziale del significato come la visione totale, la propria preferenza come la preferenza universale.⁴⁶⁰ È la stessa nozione che il capitolo precedente ha ricavato dal saggio del 2007, dove ogni scopo è detto egemonico nel senso di cercare di descrivere il mondo sociale attraverso il proprio vocabolario, così che la propria competenza si applichi e la propria parzialità strutturale diventi la regola.⁴⁶¹

La sede in cui l'autore ha trattato per esteso il rapporto fra diritto internazionale ed egemonia è il saggio del 2004, posto a fondamento del § 4.3, al quale si rinvia per la ricostruzione.⁴⁶² Qui se ne trattiene il punto che serve al caso di studio: l'egemonia vi è descritta come processo di contesa, non come posizione acquisita, e il vocabolario giuridico internazionale come il terreno su cui la contesa si svolge.

La dimensione storica del problema è quella che l'autore ha esplorato più a lungo, e da essa la tesi ricava un'ambivalenza che va tenuta distinta dal resto. Le storie standard della disciplina, scrive Koskenniemi, sono profondamente eurocentriche: l'Europa ne è il centro

⁴⁵⁹ *Ivi*, pp. 118-119. Alla p. 119: «from the fact that there is no authentically universal position, it does not follow that all positions are the same» (trad. mia).

⁴⁶⁰ *Ivi*, p. 119: «To think of this struggle as hegemonic is to highlight that the objective of the contestants is to make their partial view of the meaning appear to be the total view, their preference seem like the universal preference» (trad. mia).

⁴⁶¹ M. Koskenniemi, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 1, 2007, pp. 8-24, p. 13: ogni scopo è egemonico «in the sense of seeking to describe the social world through its own vocabulary so that its own expertise would apply and its structural bias would become the rule». Sulla nozione si veda il capitolo IV, § 4.3, dove è fissata.

⁴⁶² M. Koskenniemi, «International Law and Hegemony: A Reconfiguration», in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, n. 2, 2004, pp. 197-218. Si cita dal dattiloscritto dell'autore, di ventisei pagine, con paginazione propria, diversa da quella della rivista. Se ne veda l'impiego al cap. IV, § 4.3. L'autore vi rinvia in «International Law in Europe», cit., p. 119, nota 28, e in «Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization», in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, n. 1, 2007, pp. 9-36, p. 18, nota 29.

geografico, politico e concettuale, e categorie come «antichità», «Rinascimento» o «globalizzazione» convivono con termini tecnici che ne portano tutti l'impronta. Ma nella stessa pagina l'autore aggiunge un'osservazione che la critica dell'eurocentrismo di solito trascura: proprio quelle nozioni consentono a giuristi di ogni parte del mondo di comunicare fra loro, invocando associazioni storiche largamente condivise e una teleologia normativa comune.⁴⁶³

L'ambivalenza è quella su cui l'intero capitolo poggia. La medesima origine particolare che rende il vocabolario criticabile è ciò che lo rende utilizzabile da chi lo critica. Un vocabolario privo di quella storia sarebbe più imparziale e insieme meno disponibile, perché non avrebbe alle spalle la sedimentazione professionale che permette a un giurista formato a Nuova Delhi e a uno formato a Utrecht di riconoscere lo stesso argomento come tale.

Vi è poi un passaggio che Koskeniemi formula come indicazione di metodo storiografico, e che riguarda direttamente la domanda del capitolo. Fra le strategie disponibili per fare i conti con l'eurocentrismo egli indica quella che chiama ibridazione: seguire i concetti giuridici mentre viaggiano dalla metropoli coloniale alle colonie, e osservarne gli usi mutevoli nelle mani dei colonizzati, che li piegano a sostegno di progetti propri. Studi di questo tipo, aggiunge, complicano l'idea omogenea di europeizzazione, perché minano la convinzione che l'adozione superficiale di un vocabolario giuridico europeo produca sempre le stesse conseguenze, e anzi che operi necessariamente a favore dell'Europa.⁴⁶⁴

Da questa indicazione la tesi ricava, dichiarandolo come proprio passaggio, il criterio con cui leggerà il caso di studio. Che un centro di potere non occidentale formuli le proprie pretese nel vocabolario del diritto internazionale non prova né l'assimilazione né la rottura. Non prova l'assimilazione, perché i concetti si trasformano nell'uso; non prova la rottura, perché l'uso resta interno al vocabolario. Che cosa quell'adozione produca è una questione empirica, da verificare sugli atti e sulla prassi, ed è ciò che le sezioni successive fanno.

Una cautela sull'entusiasmo per il vocabolario universale viene dallo stesso testo del 2005. Nella parte più tagliente della conferenza Koskeniemi tratta come *kitsch* alcune delle nozioni che la dottrina europea considera i propri titoli di nobiltà: il *jus cogens* e gli obblighi

⁴⁶³ M. Koskeniemi, «Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism», in *Rechtsgeschichte – Legal History*, n. 19, 2011, pp. 152-176, p. 154: «These histories are profoundly Eurocentric. Europe is their geographical, political and conceptual centre»; e, poco sopra, il rilievo che tali nozioni «enable lawyers from all over the world to communicate with each other by invoking widely shared historical associations and a normative teleology» (trad. mia).

⁴⁶⁴ *Ivi*, p. 173: «Such studies complicate the homogeneous idea of Europeanization by undermining the view that the surface adoption of a European legal vocabulary would always or necessarily produce similar consequences, indeed that it would necessarily operate in the favour of "Europe"» (trad. mia). L'autore vi elenca fra gli esempi l'uso dei concetti europei da parte delle intelligencije coloniali e anticoloniali e l'adattamento del vocabolario universale nella manualistica latino-americana.

erga omnes, due espressioni formulate in una lingua europea morta che non hanno un riferimento chiaro in questo mondo, ma che evocano il desiderio di averlo e creano una comunità a partire da quel desiderio.⁴⁶⁵ Il giudizio è severo e non va addolcito. Serve a ricordare che le categorie con cui si misura l'universalità di un ordinamento possono essere, esse stesse, il segno di una particolarità che non si riconosce come tale.

Il rilievo non è interno al diritto internazionale. La teoria del diritto registra come proprietà generale del proprio oggetto ciò che qui appare come un'anomalia: nel mondo sociale «le teorie, i modelli e anche narrazioni come queste concorrono notoriamente a modellare i fenomeni di cui parlano», e il diritto «non ha mai avuto una realtà separata dalla raffigurazione che ne forniscono dottrina o teoria giuridica».⁴⁶⁶ Che di costituzionalismo si parli ormai non più soltanto per gli Stati ma anche per la situazione giuspolitica internazionale è una di quelle raffigurazioni, e l'autore che la registra ne osserva insieme la forma retorica: quel mondo viene presentato come un nuovo mondo di pace e di giustizia, «i cui contorni sarebbero evidenti per chiunque non sia ancora accecato dai pregiudizi dello Stato legislativo».⁴⁶⁷ Egli descrive la narrazione e non la sottoscrive. L'accostamento fra questa raffigurazione e la critica koskenniemiiana dell'universale è di chi scrive, poiché fra i due autori non corre alcun rinvio; ma l'accostamento chiarisce perché l'origine particolare del vocabolario non lo squalifichi: un sapere che modella il proprio oggetto non può essere misurato da un metro che gli stia fuori.

Vi è infine uno spostamento dell'oggetto, che porta il problema dell'universalità su un terreno diverso da quello percorso fin qui. Nel saggio del 2011 sulla Scuola di Salamanca, Koskenniemi sostiene che il lascito principale dei teologi spagnoli non sta nelle pagine sull'impero formale, ma nell'elaborazione di un vocabolario di diritti privati che ha reso possibile l'ordinamento universale delle relazioni internazionali per il tramite della proprietà e del contratto: un impero informale, cioè il controllo delle risorse mediante rapporti di diritto privato, assai più duraturo del dominio esercitato con il potere statale formale.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ M. Koskenniemi, «International Law in Europe», cit., p. 122: «jus cogens and obligations erga omnes, two notions expressed in a dead European language that have no clear reference in this world but which invoke a longing for such reference and create a community out of such longing» (trad. mia). La nozione di *kitsch* è ripresa dall'autore da Milan Kundera e discussa alle pp. 121-123.

⁴⁶⁶ M. Barberis, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012, p. 9 (estratto dell'editore, pp. 7-11).

⁴⁶⁷ *Ivi*, p. 8, per entrambe le citazioni. L'autore vi registra che di nuovo costituzionalismo si parla ormai anche «per la situazione giuspolitica internazionale», e qualifica come narrazione la presentazione dello Stato costituzionale e dei suoi prolungamenti globali come «un nuovo mondo di pace e di giustizia».

⁴⁶⁸ M. Koskenniemi, «Empire and International Law: The Real Spanish Contribution», in *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n. 1, 2011, pp. 1-36, p. 32, dove i teologi e i giuristi spagnoli sono descritti come sostenitori dell'«informal empire, the control of resources through the exercise of private-law relationships of contract and property» (trad. mia). Sull'impostazione del problema si veda anche *ivi*, p. 2.

Nel saggio la critica corrente del diritto internazionale colpisce un bersaglio troppo ristretto, la parte debole del diritto che governa le relazioni internazionali, e trascura quella che l'autore chiama l'infrastruttura giuridica del capitalismo globale, cioè l'insieme di norme pubbliche e private, interne e internazionali, che distribuiscono diritti, doveri, poteri e vulnerabilità e che non sono affatto deboli né manipolabili a piacere.⁴⁶⁹

La conseguenza per la domanda di questa tesi è formulata qui e appartiene alla tesi, non all'autore. Una redistribuzione dei pesi negli organi politici e finanziari del sistema internazionale inciderebbe su ciò che Koskeniemi descrive come la parte debole dell'ordinamento, e non toccherebbe, di per sé, lo strato che assegna a ciascuno la posizione da cui può avanzare pretese. Ne segue che l'universalità del diritto internazionale non si misura sulla composizione degli organi che ne discutono, ma sulla distribuzione delle posizioni giuridiche che esso rende disponibili.

All'ipotesi si può obiettare che sbagli bersaglio, e l'obiezione è stata mossa a Koskeniemi da un filosofo del diritto che replicava al saggio del 2011 nello stesso fascicolo della rivista. Arthur Ripstein accetta la ricostruzione e ne discute la conclusione: la narrazione dei mutamenti dell'ordine internazionale seguiti alla conquista spagnola si presta, scrive, a sostenere che i problemi di dominio nati dall'impero abbiano meno a che vedere con le distinzioni tracciate dalla Scuola di Salamanca che con la loro applicazione distorta e selettiva ai casi particolari; e fra gli aspetti più penosi dell'ordine commerciale del mondo egli colloca la tendenza costante a trascurare la distinzione fra le due forme di *dominium* e a giustificare l'uso della forza per proteggere possessi privati a loro volta acquisiti con la forza, sicché molti dei peggiori eccessi discendono non dal tracciare la distinzione ma dall'ignorarla.⁴⁷⁰ La concessione si può fare per intero senza rinunciare all'ipotesi, e frutta un criterio che l'ipotesi da sola non offre: se il vocabolario privatistico non è di per sé il problema, ciò che va cercato sono i luoghi in cui la distinzione fra potere pubblico e proprietà privata collassa, cioè gli atti in cui un

⁴⁶⁹ M. Koskeniemi, «The Laws That Rule Us», cit., pp. 18-19. Alla p. 18: «it is directed at too narrow a target: the weak part of the law governing international relations [...] It overlooks what I call the legal infrastructure of global capitalism» (trad. mia).

⁴⁷⁰ A. Ripstein, «Distinctions of Power and the Power of Distinctions: A Response to Professor Koskeniemi», in *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n. 1, 2011, pp. 37-43, p. 41 (trad. mia): «Koskeniemi's narrative of the changes in the international order following the Spanish Conquest might be used to support the conclusion that the problems of domination born of empire have less to do with the distinctions drawn by the school of Salamanca than with the distorted and selective application of those distinctions to particular cases». Alla p. 42: «among the most distressing aspects of the world's commercial order is the regular tendency to overlook the distinction between the two forms of dominium and to justify the use of force to protect private holdings that were themselves acquired through force»; alla p. 43: «many of the worst excesses flow not from drawing the distinction but from ignoring it, from mixing political power with private property». Lo scritto è la replica al saggio di M. Koskeniemi, «Empire and International Law: The Real Spanish Contribution», cit., pubblicato nel medesimo fascicolo della rivista.

impegno fra Stati è fatto dipendere da rapporti costruiti su categorie di diritto privato. Che il criterio si lasci applicare agli assetti finanziari contemporanei è passaggio di chi scrive: Ripstein discute i teologi spagnoli.

Sull'idea che la moltiplicazione dei centri abbia di per sé un valore emancipatorio l'autore ha detto qualcosa che vale come avvertimento generale. Credere che l'adesione al diritto sia una scelta automaticamente progressiva non è meno rozzo, come direttiva politica, che credere che tutto debba essere allineato alla preferenza imperiale; la domanda resta sempre quale diritto, e di chi, e quale preferenza, e di chi. Costituzionalismo e impero, aggiunge, stanno bene insieme, come testimoniano tanto l'esperienza europea dell'Ottocento quanto quella americana di oggi.⁴⁷¹ La tesi ne trae la regola che governa il § 5.6: nessuna rivendicazione di pluralità va accreditata per il solo fatto di essere formulata contro un assetto esistente.

Anche la categoria di egemonia ha un campo di cecità, e va detto quale. Descrive una forma del conflitto, non la sua intensità, e non offre perciò una misura per stabilire se la situazione presente differisca da quelle precedenti per grado o per natura. Guardando alla pretesa e non all'esito, non distingue fra egemonie riuscite e tentativi falliti. Soprattutto, non fornisce alcun criterio per preferire una descrizione del mondo a un'altra, il che è precisamente ciò che il giurista deve fare quando gli si chiede di qualificare una controversia.

5.3 Istituzioni, expertise e managerialismo

Il meccanismo che converte un vocabolario indeterminato in esiti prevedibili è la specializzazione per «scatole» e il governo degli esperti, dove l'egemonia è epistemica: una preoccupazione particolare diventa quella generale e si articola come diritto vincolante. La domanda che ne nasce è formulata dalla tesi e non dall'autore, e il § 5.5 la porta su un caso determinato. Quel governo non è però un incidente delle istituzioni internazionali: è la forma che vi assume la delega con cui il sapere giuridico affida ad altri saperi la propria legittimazione. Per comporre i conflitti fra regimi non esistono gerarchie definite, e un potere costituente che le stabilisse sarebbe già impero.

Il § 4.6 ha trattato formalismo e managerialismo come alternative che si presentano al giurista, e la questione era quella della responsabilità individuale: che cosa resti a chi decide, una volta riconosciuta l'indeterminatezza. Qui la stessa coppia è presa dal lato delle istituzioni

⁴⁷¹ M. Koskeniemi, «The Politics of International Law – 20 Years Later», in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 1, 2009, pp. 7-19, p. 17: «The question remains always: what kind of (or whose) law, and what type of (and whose) preference? Constitutionalism and empire go well together, as testified both by 19th-century European experience and today's American one» (trad. mia).

e delle competenze specialistiche, per chiedere che cosa accada a quel meccanismo quando cresce il numero dei centri che possono istituire e finanziare le proprie competenze.

La descrizione da cui muovere è quella delle «scatole». Koskeniemi la costruisce nel 2007 a partire da un dato di prassi: il diritto internazionale arriva ai suoi interpreti già diviso in comparti, diritto del commercio, diritto ambientale, diritto dei diritti umani, diritto europeo, ciascuno con principi e obiettivi che non valgono oltre il proprio confine. Il punto dell'analisi non è la constatazione, che è ovvia, ma ciò che l'autore ne ricava.

Le scatole non emergono da un piano complessivo: crescono spontaneamente, per specializzazione funzionale, attraverso la costruzione di campi e l'apposizione di etichette informali che descrivono porzioni di mondo dal punto di vista di interessi determinati. Qualunque evento internazionale può essere descritto da qualunque di quelle prospettive, e la qualificazione non discende dalla natura intrinseca dell'attività ma dall'interesse da cui la si descrive.⁴⁷² L'immagine che l'autore usa è brutale e precisa: un uomo con un martello vede in ogni problema un chiodo, e un'istituzione specializzata è destinata a vedere ogni problema dall'angolo della propria specializzazione.⁴⁷³

Il passaggio dalla descrizione alla diagnosi avviene poco oltre. Dopo aver mostrato che gli organi di ciascun regime tendono a costruire regole interpretative proprie, e che la direzione della deviazione è prevedibilmente a favore di una giurisdizione più ampia dell'organo specializzato competente, Koskeniemi conclude con una frase di tre parole: questo è managerialismo. Ogni regime inteso come associazione di scopo, e ogni istituzione presunta titolare di una giurisdizione abbastanza ampia da realizzarlo.⁴⁷⁴ La definizione è istituzionale, non psicologica: non riguarda l'atteggiamento del singolo funzionario ma la forma di un'organizzazione.

Alla forma corrisponde una tecnica normativa, ed è la tecnica che rende il fenomeno visibile a chi legge i testi. La gestione su scala globale, osserva l'autore, deve procedere per standard aperti che lascino agli esperti latitudine sufficiente per aggiustare, ottimizzare,

⁴⁷² M. Koskeniemi, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», cit., p. 11: «An activity does not fall into a box because of what it is like intrinsically, but what the perspective is from which we want to describe it» (trad. mia). Nella stessa pagina le scatole sono dette insieme «solipsistic and imperialistic» e se ne esclude l'origine da un piano complessivo.

⁴⁷³ *Ibidem*: «A man with a hammer sees every problem as a nail. A specialised institution is bound to see every problem from the angle of its specialisation» (trad. mia). L'esempio che segue è la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso *Mox Plant*, già richiamata nel capitolo IV, § 4.2.

⁴⁷⁴ *Ivi*, p. 12: «This is managerialism. Each regime understood as a purposive association and each institution assumed to have jurisdiction wide enough for realising it» (trad. mia). Sulla direzione prevedibile della deviazione, *ibidem*: «It is hardly a surprise that the direction of the deviation is in favour of wider jurisdiction of the relevant expert organ». Gli esempi discussi nelle pp. 11-12 sono il *panel* dell'Organizzazione mondiale del commercio sugli organismi geneticamente modificati e la sentenza *Tadić* del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia.

bilanciare e calcolare: accordare un trattato significa accordarsi su una negoziazione continuata e su intese contestuali, con gli interessi funzionali in posizione decisiva.⁴⁷⁵ Nel saggio del 2025 la stessa osservazione è ripresa con esempi lessicali che il giurista riconosce: le regole puntuali cedono il passo a raccomandazioni e calendari commisurati alle capacità dei partecipanti, e i trattati sul clima, sugli investimenti o sui conflitti armati adottano formule ambigue quali «responsabilità comuni ma differenziate», «trattamento giusto ed equo», «proporzionalità».⁴⁷⁶

Il lettore del § 4.1 riconoscerà il meccanismo. Là il diritto internazionale era descritto come un'impalcatura per differire altrove la soluzione sostanziale; qui si vede dove la soluzione va a finire, e non è né il nulla né una decisione politica dichiarata: è un ufficio tecnico.

L'esito è nominato senza perifrasi. Il risultato, scrive Koskeniemi, è stato il governo degli esperti: anziché fornire regole formali, giudicate utopiche a fronte della complessità del mondo, il diritto si è allineato alle priorità dei sistemi di competenza tecnica ritenuti in grado di risolvere i problemi che quegli stessi sistemi avevano identificato come tali. Gli Stati possono ancora avere un ruolo nel nominare gli esperti, ma le loro politiche non hanno alcuna distanza dai regimi di competenza che sono riusciti a far apparire il proprio problema particolare come il problema generale. Nel governo globale, conclude, l'egemonia è epistemica: la trasformazione di una preoccupazione speciale nella preoccupazione generale, articolata come diritto vincolante.⁴⁷⁷

Questa frase è il punto in cui la sezione tocca la domanda del capitolo. La capacità ordinante di cui si discute non riposa, in questa descrizione, sulla forza vincolante delle norme né sulla composizione degli organi: riposa sulla riuscita di un'operazione, quella per cui la preoccupazione di una competenza diventa la preoccupazione di tutti.

Chi ne tragga vantaggio è detto in un passaggio del 2009 che va riferito per intero nella sostanza. Il managerialismo, scrive, ha una propria normatività dissimulata, che privilegia i valori e gli attori che occupano posizioni dominanti nelle istituzioni internazionali e che non hanno perciò alcuna ragione di assumere un atteggiamento critico verso quelle istituzioni; e consolida l'impressione che le questioni di distribuzione e di preferenza siano già state decise

⁴⁷⁵ *Ivi*, pp. 13-14. Alla p. 14: «global management will have to take place by open-ended standards that leave experts with sufficient latitude to adjust and optimize, to balance and calculate» (trad. mia); alla p. 13: «To agree to a treaty is to agree on a continued negotiation and contextual deal-striking, with functional interests in a decisive position».

⁴⁷⁶ M. Koskeniemi, «The Laws That Rule Us», cit., p. 45, dove sono citate le formule «common but differentiated responsibilities», «fair and equitable treatment» e «proportionality» e la deformalizzazione è ricondotta a un'osservazione di Max Weber sul governo moderno.

⁴⁷⁷ *Ivi*, pp. 45-46. Alla p. 46: «The result was expert rule [...] In global governance, hegemony is epistemic: the transformation of a special concern into the general concern, articulated as binding law» (trad. mia).

altrove, cosicché non restino che problemi tecnici.⁴⁷⁸ Poco prima l'autore aveva descritto la disposizione che ne è alla base: per il manageriale gli obiettivi dell'azione istituzionale sono dati, e le sole questioni rimaste riguardano il modo di realizzarli in maniera ottimale.⁴⁷⁹

Che quella disposizione sia poi conoscitivamente fragile è la seconda obiezione dell'autore, e va riferita per esteso, perché rovescia l'accusa che il managerialismo muove al diritto. Il managerialismo rimprovera al diritto la propria indeterminatezza, ma presuppone la determinatezza assoluta delle direttive che adopera per conseguire gli obiettivi di regime, le quali dovrebbero essere non solo semanticamente determinate ma formare un insieme stabile e armonioso, immediatamente traducibile in politica per i casi futuri.

È più che formalismo, commenta Koskenniemi: è una caricatura della giurisprudenza dei concetti dell'Ottocento. E quando la mentalità manageriale immagina sé stessa come diritto, diventa una versione particolarmente irriflessiva del letteralismo giuridico, cioè sostegno non riflettuto alla parzialità strutturale interna a un determinato discorso specialistico.⁴⁸⁰ Il corrispettivo istituzionale è formulato altrove in una riga: il governo del regime è sempre il governo della parzialità strutturale della competenza rilevante.⁴⁸¹

Nessuna delle due obiezioni riguarda la malafede degli esperti. Riguardano la forma dell'ufficio.

Legalità e illegalità, osserva Koskenniemi nel saggio del 2025, non esistono in assenza dei giuristi come la salute e la malattia esistono in assenza dei medici: sono creazioni del discorso giuridico, di cui i giuristi sono parlanti nativi, sicché per cogliere il potere e le parzialità del diritto conviene guardare ai ruoli istituzionali che i giuristi occupano.

Gli studi su quei ruoli, aggiunge, mostrano come la parzialità emerga: una pretesa si indurisce in verità, diventa pratica istituzionale e base per la distribuzione di poteri e risorse, e

⁴⁷⁸ M. Koskenniemi, «The Politics of International Law – 20 Years Later», cit., p. 16: «managerialism has its concealed normativity that privileges values and actors occupying dominant positions in international institutions and who therefore have no reason to take a critical attitude to those institutions. It solidifies the sense that questions of distribution and preference have already been decided elsewhere, so all that remain are technical questions» (trad. mia).

⁴⁷⁹ *Ivi*, p. 15: «For it, the objectives of institutional action are given and the only remaining questions concern their manner of optimal realization» (trad. mia). Alla stessa pagina la posizione immaginaria del manageriale è descritta come quella di chi ha «the prince's ear».

⁴⁸⁰ M. Koskenniemi, «Constitutionalism as Mindset», cit., pp. 16-17. Alla p. 16: «the managerial mindset assumes the absolute determinacy of the directives it uses to attain regime-objectives [...] This is more than formalism, it is a caricature of nineteenth century Begriffsjurisprudenz»; alla p. 17: «when the managerial mindset in its formalistic mode imagines itself as law, it becomes a particularly unreflective version of legal literalism» (trad. mia).

⁴⁸¹ M. Koskenniemi, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», cit., p. 17: «The rule by the regime is always rule by the structural bias in the relevant form of expertise» (trad. mia).

da quel momento certe pretese cominciano a vincere sistematicamente e altre a perdere.⁴⁸² La distanza fra una pretesa giuridica e il suo consolidarsi come vera in un contesto istituzionale è ciò che l'autore chiama la politica del diritto.

Il costo politico di questo assetto è il tema della conferenza Asser del 2019, che descrive l'effetto del governo degli esperti su chi resta fuori. Ciò che irrita chi si oppone all'ordine globale, scrive Koskeniemi, è che il potere non si presenti come valore o preferenza, cioè come politica, ma come conoscenza: gli esperti internazionali governano in quanto esperti, e lo scambio che ne risulta è paternalistico e gerarchico nella forma, perché da una parte sta la verità e dall'altra l'ignoranza, e non è disponibile una conversazione ma soltanto una resa.⁴⁸³

Chi non parla nessuna di quelle lingue non ha voce nella discussione fra esperti, e ne ricava una sola convinzione: qualunque sia la competenza, perderemo comunque; qualunque sia la politica, ci tratterà come una sottoclasse ignorante.⁴⁸⁴

L'autore aggiunge un rilievo che qui importa più di quanto sembri: anche il governo interno è ormai una versione locale di una negoziazione internazionale, perché i dicasteri operano su sistemi di conoscenza che non hanno nulla di domestico.⁴⁸⁵ La risposta che egli propone non è il ritorno alla certezza ma il passaggio dalla verità alla veridicità, cioè alle pratiche sociali con cui la conoscenza viene prodotta e diffusa, insieme all'ammissione dei suoi limiti.⁴⁸⁶

Nello stesso anno, e in altra sede, la protesta riceve una forma giuridica anziché sociologica. Nel saggio con cui chiude la serie aperta nel 1990 sulla politica del diritto internazionale, Koskeniemi riconosce che parte della reazione politica in corso in Occidente consiste nell'obiezione a essere governati da giudici non eletti che operano dentro un sistema disancorato di governo economico globale, e ne trae una conseguenza circolare: se lo Stato di

⁴⁸² M. Koskeniemi, «The Laws That Rule Us», cit., pp. 21-22. Alla p. 21: «legality and illegality are creations of legal discourse, of which lawyers are native speakers»; alla p. 22: «Studies of the roles played by lawyers in various institutional contexts demonstrate how bias emerges, as a claim hardens into a truth, becoming an institutional practice and the basis for distributing powers and resources. As a result, some claims begin to win systematically, others to lose» (trad. mia). Sulla distanza fra pretesa e verità istituzionale come «politics of law», *ibidem*.

⁴⁸³ M. Koskeniemi, *International Law and the Far Right*, cit., p. 11: «International experts rule because they are experts [...] That exchange is patronizing, and hierarchical in form; there is no conversation, only surrender is available. On the one side, truth, on the other ignorance» (trad. mia).

⁴⁸⁴ *Ivi*, p. 13: «whatever the expertise – we will always lose in the end; whatever the policy, it is bound to treat us as an ignorant underclass» (trad. mia). La frase è posta dall'autore in bocca a coloro che egli chiama *backlashers*, come sintesi della loro esperienza.

⁴⁸⁵ *Ibidem*: «All governance today is global governance», e, poco sopra, il rilievo che i dicasteri interni «operate on the basis of systems of knowledge that have nothing "domestic" about them» (trad. mia).

⁴⁸⁶ *Ivi*, p. 35, dove la risposta non cinica è indicata nel passaggio «from truth to truthfulness, the social attitudes and practices of knowledge-production and dissemination».

diritto riposa su una parzialità strutturale accettata dalle élite, l'attacco alle élite è per ciò stesso un attacco a quella parzialità, e allora la politica del legalismo apparirà come una politica fra le altre, che ha soltanto nascosto il proprio elitismo dietro una facciata di finta neutralità. Come possa a quel punto essere difesa, e perché debba esserlo, sono le due domande che egli formula e non elude.⁴⁸⁷ La risposta cambia il piano: che lo Stato di diritto sia stato complice nel creare e nel perpetuare la diseguaglianza globale l'autore lo afferma senza attenuazioni, e ne ricava che il diritto internazionale non può sopravvivere come una parte fra le altre di un mondo estremamente ingiusto e violento, ma deve trovare una voce normativa che si rivolga direttamente a quella diseguaglianza.

Il governo degli esperti non è però un incidente delle istituzioni internazionali, ed è qui che una lettura esterna al diritto internazionale rende più di quanto la disciplina possa fare da sé. Il sapere giuridico, si è osservato, «ad un certo punto, deve arrestare la ricerca antropologica del suo fondamento [...] per non entrare in contraddizione con se stesso, lasciando invece ad altri saperi, economici o tecnico-scientifici, il compito di limitare l'ambito di azione individuale e di fondare la propria legittimità».⁴⁸⁸ La proposizione è più forte di quella che il § 4.7 ha già registrato: non dice che la normatività si produca anche altrove, dice che il diritto delega ad altri saperi la propria legittimazione. Se è così, l'egemonia epistemica descritta sopra non è una deformazione ma il compimento di una tendenza, e l'inferenza è di chi scrive: sostituire gli esperti non la corregge, perché il posto che essi occupano è stato lasciato libero dal diritto stesso. Lo conferma, per contrasto, l'osservazione che i saperi subentrati ne conservano la forma, poiché alla dogmatica giuridica «succedono formule che sembrano continuarne il dispositivo, quali la razionalità economica calcolatrice, la devianza sociologica, persino la "dipendenza dal percorso"».⁴⁸⁹ La costellazione di poteri pubblici e privati che la teoria costituzionale vede

⁴⁸⁷ M. Koskeniemi, «Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian "Tradition"», in *European Journal of International Law*, vol. 30, n. 1, 2019, pp. 17-52, p. 27 (trad. mia): «Part of the present right-wing backlash in the West has to do with objection to being ruled by "unelected" judges operating within a disembedded system of global economic governance»; e, poco oltre: «If the rule of law relies on a structural bias accepted by the elites (as I suggest above), is not the attack on the elites automatically an attack against that bias as well? If so, then the politics of legalism will appear simply as one politics among others, only having hidden its elitism behind a facade of fake neutrality. How can it then be defended? Why should it be?». Alla stessa pagina la risposta: «One of the legacies of the 1990s that inspires the backlash is the ever-growing global inequality. Has the "rule of law" been complicit in creating and perpetuating it? Surely it has»; e «international law cannot survive as merely another part of an extremely unjust and violent world. Instead of consolidating its roots more firmly in that world (for example, by expanding investment arbitration), it must find a normative voice that addresses that inequality directly». Il saggio è il terzo e dichiaratamente ultimo della serie che l'autore ha dedicato nella medesima rivista alla politica del diritto internazionale, dopo quello del 1990 e l'aggiornamento del 2009; la sezione qui utilizzata è intitolata «A Question from the Present».

⁴⁸⁸ P. Heritier, «Nodi nelle *Law and Humanities*: Vico, Joyce, Lacan», in *Teoria e critica della regolazione sociale*, vol. 2, n. 13, 2016, pp. 139-161, p. 141. Nella stessa pagina l'autore richiama Böckenförde.

⁴⁸⁹ *Ivi*, p. 140.

partecipare alla governance amministrativa, comunitaria o internazionale è il medesimo oggetto che l'autore chiama scatole, e il rilievo è di chi scrive; ciò che ne segue è che «il pluralismo sociale diventa allora l'orizzonte inevitabile del futuro della separazione dei poteri».⁴⁹⁰ Il § 4.7 ne ha già tratto la conseguenza: si trasporta la ragione, non l'architettura.

Da questa ricostruzione la tesi ricava la propria domanda.

La discussione corrente sulle istituzioni internazionali in un ordine multipolare verte sulla loro composizione: quanti seggi, quali quote, quale rappresentanza. Se la descrizione riferita è corretta, quella è la domanda meno informativa, perché il meccanismo che produce gli esiti non è la composizione dell'organo ma la riuscita dell'operazione epistemica. La domanda pertinente è dunque un'altra: che cosa accade a quel meccanismo quando più di un centro è in grado di istituire e finanziare una propria competenza tecnica, e di farla valere come tale.

Due letture sono possibili, e la tesi le presenta come tali, senza sceglierne una. Nella prima, il numero delle scatole cresce e ciascuna acquista un committente rivale: al regime degli investimenti se ne affianca un altro, alle agenzie di sviluppo altre agenzie, e la forma della regola resta quella descritta, con standard aperti affidati alla discrezionalità di esperti che ora rispondono a committenti diversi. In questa lettura il multipolarismo duplica il managerialismo anziché sostituirlo, e la conseguenza è un aumento dei conflitti di giurisdizione senza alcun guadagno in capacità di giustificazione.

Nella seconda, nessuna competenza riesce più a far apparire la propria preoccupazione come la preoccupazione generale: l'egemonia epistemica fallisce, e ciò che era presentato come esito tecnico torna a mostrarsi come scelta. Sarebbe un guadagno per la discussione, nella misura in cui rende di nuovo contestabile ciò che era stato sottratto alla contestazione, ed è la direzione verso cui punta la mentalità costituzionale di cui Koskenniemi parla nel 2007, intesa come programma di rigenerazione morale e politica anziché come progetto di architettura istituzionale.⁴⁹¹ Ma la visibilità di una scelta non è ancora la capacità di compierla in comune,

⁴⁹⁰ M. Barberis, «Le futur passé de la séparation des pouvoirs», in *Pouvoirs*, n. 143, 2012, pp. 5-15, p. 13 (trad. mia). L'originale della seconda citazione: «Le pluralisme social devient alors l'horizon inévitable du futur de la séparation des pouvoirs, comme le particularisme des corps intermédiaires l'était de son passé»; della prima: «cette constellation de pouvoirs publics et privés qui participent à la gouvernance administrative, communautaire ou internationale». Alla p. 5 l'autore avverte che la separazione dei poteri «il s'agit bien d'une doctrine, non d'un fait ou d'une théorie scientifique»: non è dunque una descrizione, e come dottrina va trattata.

⁴⁹¹ M. Koskenniemi, «Constitutionalism as Mindset», cit., p. 18: «Less than an architectural project, constitutionalism would then be a programme of moral and political regeneration. This is what I mean by the description of constitutionalism as a "mindset"» (trad. mia).

e la seconda lettura non descrive un esito desiderabile per il solo fatto di essere meno tecnocratico.

Nessuna delle due letture è una previsione, e la scelta fra esse non si compie in astratto. È il motivo per cui il capitolo procede su un caso determinato anziché su una diagnosi generale.

Un vincolo residuo va però registrato, perché limita entrambe le letture. Lo stesso testo del 2007 ricorda che nessun regime, per quanto speciale, è stato mai inteso come indipendente dal diritto generale: quando le regole del regime si esauriscono, o quando il regime fallisce, le istituzioni rinviano sempre al diritto generale che costituisce il quadro entro cui esistono. Koskenniemi riporta su questo la prima conclusione del Gruppo di studio della Commissione del diritto internazionale, secondo la quale il diritto internazionale è un sistema giuridico, e ne dà una formulazione domestica: non si può staccare un dito e pretendere che resti vivo.⁴⁹²

Ma lo stesso autore avverte che il rilievo non risolve nulla, perché non esistono gerarchie definite per comporre i conflitti fra regimi, e perché una risposta costituzionale al problema dell'unità incontra un ostacolo che non è tecnico: nell'ordinamento internazionale manca un potere costituente, e se un potere costituente si presentasse, sarebbe impero, e la costituzione che emanerebbe non sarebbe quella di un ordine internazionale ma di un ordine imperiale.⁴⁹³

5.4 Frammentazione, regimi speciali e conflitto fra vocabolari normativi

Dal rapporto della Commissione del diritto internazionale si ricava un criterio restrittivo, per cui si ha regime speciale dove esistano norme proprie, organi che le amministrano e criteri interpretativi unitari, e nemmeno allora il regime resta isolato dal diritto generale. Con motivazione esplicita il rapporto mette da parte la lettura del regionalismo come strumento di egemonia. Che sia un atto istituzionale e non un saggio del suo estensore è la cautela che ne governa l'uso.

Che cosa accada quando le parzialità delle istituzioni non restano isolate ma si moltiplicano e vengono a contatto fra loro è ciò che la disciplina chiama frammentazione, e il rapporto del 2006 ne è la trattazione istituzionale più estesa.

⁴⁹² M. Koskenniemi, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», cit., p. 15, dove l'autore riferisce la prima conclusione del Gruppo di studio della Commissione del diritto internazionale, «International law is a legal system», e aggiunge: «You cannot just remove one of its fingers and pretend it is alive». Il rapporto è oggetto del § 5.4.

⁴⁹³ *Ivi*, p. 16: «This is so not only because the international realm lacks a pouvoir constituant but because if such presented itself, it would be empire, and the constitution it would enact would not be one of an international but an imperial realm» (trad. mia). Sull'assenza di gerarchie definite fra regimi, *ivi*, p. 15.

Il rapporto sulla frammentazione del diritto internazionale è stato presentato alla Commissione del diritto internazionale nel 2006 dal Gruppo di studio che se ne occupava dal 2002, e reca l'indicazione «finalized by Martti Koskenniemi», che ne era presidente dal 2003.⁴⁹⁴

Il documento del 2006 è però il termine di un lavoro durato cinque anni, e la sua genesi è documentata da cinque rapporti annuali del Gruppo di studio.⁴⁹⁵ Ripercorrerla non è esercizio di cronaca: serve a distinguere ciò che la Commissione ha deciso da ciò che il relatore ha scritto, e a rendere visibile che il perimetro dell'indagine fu ristretto per gradi, con motivazioni messe a verbale.

Il punto di partenza non fu la frammentazione ma i suoi rischi. Nel 2000 la Commissione aveva iscritto nel programma di lavoro a lungo termine il tema «Risks ensuing from fragmentation of international law», sulla scorta di uno studio di fattibilità di Gerhard Hafner; nel 2002 istituì il Gruppo di studio e ne affidò la presidenza a Bruno Simma. Il primo rapporto giudicò quel titolo inadeguato, perché dipingeva il fenomeno in una luce troppo negativa, e ne propose la sostituzione.⁴⁹⁶

La correzione non era terminologica. Nel gruppo si registrò l'accordo sul fatto che la frammentazione non fosse uno sviluppo nuovo, e vi si affacciò l'idea che il diritto internazionale sia per sua natura il diritto di un mondo frammentato; ne furono anzi segnalati gli aspetti

⁴⁹⁴ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006. L'appendice con le *draft conclusions* costituisce documento distinto: Id., UN Doc. A/CN.4/L.682/Add.1, 2 maggio 2006. Il Gruppo di studio fu istituito nel 2002 sotto la presidenza di Bruno Simma; Koskenniemi ne assunse la presidenza nel 2003. Il documento del 2002, UN Doc. A/CN.4/L.628, 1 agosto 2002, precede dunque la sua presidenza e non va attribuito a lui.

⁴⁹⁵ I rapporti annuali del Gruppo di studio sono cinque: ILC Study Group, *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.628, 1 agosto 2002; Id., *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.644, 18 luglio 2003; Id., UN Doc. A/CN.4/L.663/Rev.1, 28 luglio 2004; Id., UN Doc. A/CN.4/L.676, 29 luglio 2005; ILC Study Group, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.702, 18 luglio 2006, che reca nel titolo «of the International Law Commission» e non «on Fragmentation», differenza di cui si dice più avanti. Tutti si citano per paragrafo. Il frontespizio del documento del 2005 indica «Fifty-sixth session», ma la sessione del 2005 è la cinquantasettesima, come risulta dal documento del 2006, par. 2, che designa come cinquantaseiesima quella del 2004.

⁴⁹⁶ ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.628, cit., parr. 1-3 per l'origine del tema, per lo studio di fattibilità di G. Hafner e per l'istituzione del Gruppo di studio sotto la presidenza di B. Simma; par. 9 per il giudizio sul titolo: «It was the general sense of the Study Group that the title of the Hafner report, "Risks Ensuing from Fragmentation of International Law" was not adequate because it depicted the phenomena described by the term "fragmentation" in too negative a light» (trad. mia). Il gruppo propose «Difficulties arising from the diversification of international law» (*ivi*, par. 20); il titolo poi adottato dalla Commissione fu «Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law» (ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.644, cit., par. 2). Koskenniemi figura fra i membri del gruppo già nel 2002 (UN Doc. A/CN.4/L.628, cit., par. 3, nota 2).

positivi, fino a vedervi un segno di vitalità della disciplina e un vantaggio nell'accresciuta diversità delle voci e nel carattere policentrico del sistema.⁴⁹⁷

Nello stesso rapporto sono fissate le esclusioni che condizionano tutto il seguito. La Commissione non si sarebbe occupata della creazione degli organi giudiziari internazionali né dei loro rapporti reciproci, e non avrebbe fatto da arbitro fra le istituzioni; e non avrebbe trasposto le analogie con gli ordinamenti statali, perché introducono una nozione di gerarchia che sul piano internazionale non esiste e non va sovrapposta, mancando tanto una gerarchia di valori consolidata quanto un organo ultimo che risolva i conflitti fra sistemi.⁴⁹⁸

Le due esclusioni non hanno lo stesso rango. La prima è una scelta di competenza; la seconda è una tesi sulla struttura dell'ordinamento, e vincola l'esito assai più di quanto il suo tono procedurale lasci intendere.

Koskeniemi assunse la presidenza nel 2003, in sostituzione di Simma, che non faceva più parte della Commissione. Il rapporto di quell'anno formula la distinzione destinata a reggere l'intera indagine: gli scritti sulla frammentazione mescolano una prospettiva istituzionale, rivolta al coordinamento pratico, alla gerarchia fra organi e all'attenzione che le giurisdizioni devono prestarsi a vicenda, e una prospettiva sostanziale, che chiede se e come il diritto stesso si sia scomposto in regimi speciali privi di coerenza o in conflitto fra loro.⁴⁹⁹

Che la scelta fosse già compiuta il rapporto lo dichiara: l'analisi della discussione del 2002 rivelava una preferenza per la prospettiva sostanziale, sicché alla Commissione non si chiedeva di occuparsi della proliferazione istituzionale, e la Sesta Commissione dell'Assemblea generale sembrava concordare.⁵⁰⁰ La delimitazione che il rapporto del 2006 presenta come premessa ha dunque quattro anni di storia deliberativa alle spalle.

⁴⁹⁷ ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.628, cit., par. 6: «There was agreement that fragmentation is not a new development. The view was expressed that international law is inherently a law of a fragmented world»; e par. 7: «fragmentation can be seen as a sign of the vitality of international law. [...] Similarly, there are advantages in increased diversity of voices and a polycentric system in international law» (trad. mia).

⁴⁹⁸ *Ivi*, parr. 14 e 16 per l'esclusione delle questioni istituzionali, e par. 15 per il rifiuto delle analogie con gli ordinamenti statali: «It was thought that such analogies introduced a concept of hierarchy that is not present on the international legal plane, and should not be superimposed. It was suggested that there is no well-developed and authoritative hierarchy of values in international law. In addition, there is no hierarchy of systems represented by a final body to resolve conflicts» (trad. mia).

⁴⁹⁹ ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.644, cit., par. 3, dove è registrata la nomina di Koskeniemi a presidente «to replace Mr. Bruno Simma who was no longer in the Commission», e par. 6 per la distinzione fra prospettiva istituzionale e prospettiva sostanziale (trad. mia).

⁵⁰⁰ *Ivi*, par. 7: «An analysis of the Commission's discussion at its fifty-fourth session (2002) seemed to reveal a preference for a substantive perspective. [...] In other words, the Commission was not being asked to deal with institutional proliferation» (trad. mia); par. 8 per la corrispondente posizione della Sesta Commissione dell'Assemblea generale.

Lo stesso rapporto isola tre modelli di conflitto da tenere analiticamente distinti: fra interpretazioni divergenti del diritto generale, come nella divaricazione fra il criterio del controllo effettivo adottato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Nicaragua* e quello del controllo complessivo adottato dalla Camera d'appello del Tribunale per la ex Jugoslavia nel caso *Tadić*; fra diritto generale e diritto speciale, quando un organo si discosta dal primo non perché ne dissenta ma perché afferma che si applica il secondo; e fra campi specializzati in conflitto l'uno con l'altro, come il diritto del commercio e quello dell'ambiente.⁵⁰¹

La griglia non è neutrale rispetto alla domanda di questa tesi. I primi due modelli riguardano il rapporto fra generale e speciale dentro un unico ordinamento; soltanto il terzo mette a confronto due vocabolari, ed è quello che il multipolarismo evoca.

Che cosa la Commissione intenda per frammentazione è detto in apertura, e non coincide con l'uso corrente del termine. Ciò che dà al fenomeno rilievo giuridico non è la divisione del mondo sociale in quanto tale, ma la circostanza che a quella divisione si siano accompagnate regole, complessi di regole, istituzioni e sfere di pratica giuridica dotate di autonomia relativa. Il campo che un tempo si sarebbe detto governato dal «diritto internazionale generale» è oggi presidiato da sistemi specialistici (il diritto del commercio, quello dei diritti umani, quello dell'ambiente, il diritto del mare, il diritto europeo) ciascuno con principi e istituzioni propri.⁵⁰² Ogni complesso normativo arriva con i propri principi, la propria forma di competenza specialistica e il proprio *ethos*, non necessariamente identico a quello della specializzazione confinante.⁵⁰³

Il passaggio successivo è quello che orienta l'intera trattazione. Le deviazioni fra un regime e l'altro non vanno intese come errori di tecnica giuridica: riflettono le finalità e le

⁵⁰¹ *Ivi*, par. 9-10. I casi richiamati dal rapporto sono *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, Camera d'appello, caso n. IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1999, par. 115-145, e *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti d'America)*, merito, *I.C.J. Reports* 1986, p. 14, par. 109-116, richiamati dal rapporto per l'insieme del passaggio; per il secondo modello *Belilos c. Svizzera*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 aprile 1988, serie A n. 132, par. 60; per il terzo i casi *Tuna/Dolphins* e *Beef Hormones*.

⁵⁰² ILC, *Fragmentation of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 8: «The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. What once appeared to be governed by "general international law" has become the field of operation for such specialist systems as "trade law", "human rights law", "environmental law", "law of the sea", "European law" and even such exotic and highly specialized knowledges as "investment law" or "international refugee law" etc. - each possessing their own principles and institutions» (trad. mia). La resa italiana condensa il passo qui riprodotto per intero.

⁵⁰³ *Ivi*, par. 15: «Each rule-complex or "regime" comes with its own principles, its own form of expertise and its own "ethos", not necessarily identical to the ethos of neighbouring specialization» (trad. mia).

preferenze divergenti degli attori di una società pluralistica, e in condizioni di complessità sociale insistere sull'unità formale non ha senso.⁵⁰⁴

L'esempio da cui il rapporto muove è già noto a questa tesi. La questione degli effetti ambientali dell'impianto nucleare di Sellafield è stata sollevata davanti a tre procedure distinte: un tribunale arbitrale costituito ai sensi dell'Allegato VII della Convenzione sul diritto del mare, la procedura obbligatoria della Convenzione OSPAR, e la Corte di giustizia europea per i trattati comunitari e Euratom. Tre complessi normativi si rivolgono agli stessi fatti, e la domanda su quale debba prevalere non ha risposta ovvia.⁵⁰⁵

Il tribunale arbitrale osservò che anche dove i tre strumenti contengono diritti e obblighi simili o identici, quei diritti e obblighi hanno un'esistenza separata, perché il significato delle regole dipende dal contesto in cui vengono applicate.⁵⁰⁶ È lo stesso caso che Koskeniemi, in un saggio dell'anno successivo, adopera per descrivere la chiusura di un ordinamento tecnico dentro la propria scatola, e su cui la sezione precedente si è già soffermata.

Un limite di metodo, deciso dalla Commissione e non dal relatore, va segnalato perché condiziona tutto ciò che segue. Il rapporto distingue due aspetti del problema. Quello istituzionale riguarda la competenza degli organi che applicano il diritto e i loro rapporti gerarchici, e la Commissione lo mette da parte, ritenendo che sia meglio trattato dalle istituzioni stesse. Quello sostanziale riguarda la scomposizione del diritto in «scatole» altamente specializzate che rivendicano autonomia relativa le une rispetto alle altre e rispetto al diritto generale, ed è il solo che il rapporto affronti.⁵⁰⁷ La proliferazione di corti e tribunali, con il timore di giurisprudenze divergenti e di scelta opportunistica del foro, resta dunque fuori.

Ne discende un'affermazione che val la pena di isolare, perché è la meno intuitiva del documento e la più utile a questa tesi. Frammentazione e coerenza, vi si legge, non sono aspetti

⁵⁰⁴ *Ivi*, par. 16: «Such deviations should not be understood as legal-technical "mistakes". They reflect the differing pursuits and preferences that actors in a pluralistic (global) society have. In conditions of social complexity, it is pointless to insist on formal unity» (trad. mia).

⁵⁰⁵ *Ivi*, par. 10.

⁵⁰⁶ *Ivi*, parr. 11-12, che riportano il *MOX Plant case*, Request for Provisional Measures Order (Ireland v. the United Kingdom), 3 dicembre 2001. Sul medesimo caso, dal punto di vista della chiusura del diritto europeo in una «scatola» tecnica autonoma, si veda M. Koskeniemi, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 1, 2007, pp. 8-24, pp. 8-9, e supra, cap. IV, § 4.2.

⁵⁰⁷ ILC, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 13: «The previous paragraph raises both institutional and substantive problems. The former have to do with the competence of various institutions applying international legal rules and their hierarchical relations inter se. The Commission decided to leave this question aside. The issue of institutional competencies is best dealt with by the institutions themselves. The Commission has instead wished to focus on the substantive question - the splitting up of the law into highly specialized "boxes" that claim relative autonomy from each other and from the general law» (trad. mia). La delimitazione è ribadita al par. 489, dove si precisa che l'aspetto istituzionale fu accantonato per decisione della Commissione del 2002 e del 2003.

del mondo ma stanno nell'occhio di chi guarda: ciò che è nuovo e non familiare sfida per definizione i modi consueti di pensare e di organizzare il mondo, e si presenta come frammentazione del mondo antico.⁵⁰⁸ La proposizione non nega che i regimi speciali esistano. Nega che la loro proliferazione sia, di per sé, un fatto del quale il giurista debba limitarsi a prendere atto.

Qui si colloca il punto che questa tesi ha promesso nell'introduzione e che va documentato con esattezza, perché è precisamente il luogo in cui la frammentazione viene più spesso confusa con il multipolarismo. Discutendo il regionalismo, il rapporto dà conto delle letture che vi vedono uno strumento di egemonia, cioè la creazione di grandi spazi o blocchi egemonici da parte di una grande potenza per assicurarsi la supremazia o per correggere un equilibrio alterato altrove, e cita a questo proposito Schmitt e Grewe. Poi le mette da parte: è dubbio, si legge, che tali vedute sociologiche e speculazioni storiche, quali che siano i loro meriti, abbiano molto da offrire a un esame della frammentazione del diritto internazionale.⁵⁰⁹ Non è un'inferenza di chi scrive: è una delimitazione dichiarata nel testo.

La delimitazione, del resto, era stata decisa l'anno prima. Nel 2005 il Gruppo di studio esaminò un memorandum sul regionalismo redatto dal presidente, che vi distingueva tre accezioni: il regionalismo come insieme di approcci e metodi per lo studio del diritto internazionale, quello come tecnica di produzione normativa, e quello come ricerca di eccezioni geografiche a regole universali. Solo la terza fu ritenuta pertinente.⁵¹⁰

Le prime due furono messe da parte con argomenti che toccano da vicino la domanda di questa tesi. Le influenze sociologiche, culturali e politiche che singole regioni hanno esercitato sul diritto internazionale restano fonti storiche o culturali e influssi politici più o meno persistenti, e non riguardano gli aspetti della frammentazione che rientrano nel mandato del gruppo; fra i giuristi internazionali vige anzi una presunzione molto forte che il diritto vada letto in modo universale nonostante quelle influenze, e nessuno sostiene seriamente che certe

⁵⁰⁸ *Ivi*, par. 20: «In an important sense, "fragmentation" and "coherence" are not aspects of the world but lie in the eye of the beholder. What is new and unfamiliar, will (by definition) challenge accustomed ways of thinking and organizing the world. Novelty presents itself as "fragmentation" of the old world» (trad. mia). La resa italiana copre l'intero passo qui riprodotto, e non la sola prima proposizione.

⁵⁰⁹ *Ivi*, parr. 208-209. Il par. 208 dà conto della lettura del regionalismo come strumento di egemonia, con rinvio in nota a C. Schmitt e a W. Grewe: «Under this view, regionalism would often signify the creation of large spaces or hegemonic "blocks" - the Monroe doctrine might perhaps serve as an example - by a great power in order to ensure supremacy or to redress the balance of power disturbed by the activities of another power elsewhere in the world» (trad. mia). Il par. 209 conclude: «It is, however, doubtful whether such sociological views and historical speculations - whatever their merits - have much to contribute to an examination of the fragmentation of international law» (trad. mia).

⁵¹⁰ ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.676, cit., parr. 9-11 per il memorandum del presidente sul regionalismo e per le tre accezioni distinte, e par. 16, dove la terza è giudicata «more relevant in this context» (trad. mia).

regole debbano essere lette o adoperate in modo speciale per essere nate da un'ispirazione regionale.⁵¹¹

Un rilievo ulteriore spiega perché la questione regionale non produca una categoria propria. La particolarità regionale, osserva il memorandum, si traduce assai spesso in una particolarità funzionale: un regime ambientale o di diritti umani a base regionale conta più per il proprio oggetto che per la propria base geografica, e rientra perciò nello studio già condotto sulla *lex specialis* e sui regimi autosufficienti.⁵¹²

La conseguenza riguarda direttamente il caso di studio. Un raggruppamento definito per appartenenza geografica o politica non entra nel campo dell'indagine per il fatto di esistere: vi entra, se mai, nella misura in cui produca norme che rivendichino di derogare a regole universali.

La distinzione non equivale però a dire che la frammentazione sia un fenomeno apolitico, e il rapporto è esplicito anche su questo. Ciò che vi si legge è che un conflitto fra norme domanda una risposta legislativa e non una risposta di tecnica giuridica; e la ragione sta in ciò, che nuove regole e nuovi regimi nascono come risposta a preferenze nuove, talvolta dallo sforzo deliberato di scostarsi da quelle che i regimi precedenti avevano incorporato. Un conflitto generato in questo modo non è un errore tecnico, e non lo si elimina affinando il ragionamento giuridico.⁵¹³ La politica c'è, dunque, ma è la politica della specializzazione funzionale, che si esercita anche fra istituzioni che nessuno considera antagoniste.

La letteratura sull'egemonia, esaminata nel primo capitolo, prevede a sua volta che un ordine sottoposto a un forte differenziale di potenza tenda a farsi più frammentato, perché quel differenziale si traduce in modo diverso nei diversi settori.⁵¹⁴ Le due catene causali sono

⁵¹¹ *Ivi*, par. 13: «Although it is possible to trace the sociological, cultural and political influence that particular regions have had on international law, such influences do not really address aspects of fragmentation as coming under the mandate of the Study Group. These remain historical or cultural sources or more or less continuing political influences behind international law. There is a very strong presumption among international lawyers that, notwithstanding such influences, the law itself should be read in a universal fashion. There is no serious claim that some rules should be read or used in a special way because they emerged as a result of a "regional" inspiration» (trad. mia). Sulla seconda accezione, esclusa perché «this sociological or historical perspective, too, falls largely outside the focus of the Study Group», si veda *ivi*, par. 15.

⁵¹² *Ivi*, par. 14: «Very often regional particularity translates itself or becomes apparent as a functional one: a regional environmental or a human rights regime, for example, may be more important because of its environmental or human rights focus than as a regional regime» (trad. mia).

⁵¹³ ILC, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 484: «Normative conflicts do not arise as technical "mistakes" that could be "avoided" by a more sophisticated way of legal reasoning. New rules and legal regimes emerge as responses to new preferences, and sometimes out of conscious effort to deviate from preferences as they existed under old regimes. They require a legislative, not a legal-technical response» (trad. mia).

⁵¹⁴ N. Krisch, «International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 2005, pp. 369-408, p. 407. Sul punto si veda *supra*, cap. I, § 1.5.

distinte, e possono produrre effetti che si somigliano. Confonderle significa attribuire alla competizione fra potenze ciò che discende dall'organizzazione tecnica degli ordinamenti settoriali.

Sul piano degli strumenti, il rapporto dedica la parte più estesa alla massima *lex specialis derogat lege generali*, che compare nel testo con una frequenza superiore a quella di qualunque altra nozione tecnica. L'esito è però negativo nella forma e sostanziale nel contenuto. La massima non è una regola che decida da sé: è una tecnica corrente di ragionamento, e la sua forza le viene per intero dalle considerazioni normative alle quali dà articolazione. Poiché quelle considerazioni pesano diversamente da un caso all'altro, il modo in cui essa opera non è apprezzabile fuori dal contesto; ed è in questo senso che, si legge, la massima «non può essere sensatamente codificata».⁵¹⁵

Nessuna regola, nessun trattato, nessuna consuetudine si applica nel vuoto: il loro ambiente normativo comprende non soltanto il diritto generale che esista su quel tema, ma anche i principi che determinano chi siano i soggetti, quali siano i loro diritti e doveri fondamentali, e in quali forme possano essere modificati o estinti.⁵¹⁶

Da questa premessa il rapporto ricava la proposizione in cui il suo argomento è raccolto per intero: è impossibile avanzare pretese giuridiche soltanto in senso limitato, optando per una parte del diritto e lasciando fuori il resto, giacché il ragionamento giuridico opera in un sistema chiuso e circolare nel quale ogni riconoscimento o mancato riconoscimento di una pretesa può essere deciso soltanto riconoscendo la correttezza di altre pretese giuridiche.⁵¹⁷

La nozione di regime «autosufficiente» viene sottoposta a un trattamento analogo. Il rapporto ne distingue tre usi: quello ristretto, che designa un insieme speciale di norme secondarie sulle conseguenze della violazione; quello più ampio, che designa complessi coordinati di norme primarie e secondarie su un problema determinato; e quello, ancora più

⁵¹⁵ ILC, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 119: «Lex specialis derogat lege generali refers to a standard technique of legal reasoning, operative in international law as in other fields of law understood as systems. Its power is entirely dependent on the normative considerations for which it provides articulation [...]. Its functioning cannot be assessed independently of the role of considerations of the latter type in specific context of legal reasoning. [...] In this sense, the lex specialis maxim cannot be meaningfully codified» (trad. mia).

⁵¹⁶ *Ivi*, par. 120: «No rule, treaty, or custom, however special its subject-matter or limited the number of the States concerned by it, applies in a vacuum. Its normative environment includes - as will be elaborated in more detail in section F below - not only whatever general law there may be on that very topic, but also principles that determine the relevant legal subjects, their basic rights and duties, and the forms through which those rights and duties may be supplemented, modified or extinguished» (trad. mia).

⁵¹⁷ *Ivi*, par. 122: «It is impossible to make legal claims only in a limited sense, to opt for a part of the law, while leaving the rest out. For legal reason works in a closed and circular system in which every recognition or non-recognition of a legal claim can only be decided by recognizing the correctness of other legal claims» (trad. mia).

largo, con cui interi campi di specializzazione funzionale sono descritti come tali, dal diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio al diritto umanitario.⁵¹⁸

La conclusione è che il termine è un nome improprio: nessun regime giuridico è isolato dal diritto internazionale generale, ed è dubbio che l'isolamento sia persino possibile, perché un regime può ricevere forza giuridicamente vincolante soltanto per riferimento a regole o principi validi che gli sono esterni. Il rapporto individua la disposizione che lo dimostra nell'articolo 42 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che situa ogni regime giuridico entro il proprio quadro e che il testo chiama, con un'immagine felice, la clausola di Münchhausen.⁵¹⁹

Le conclusioni operative allegate al rapporto traducono il punto in enunciati brevi. L'applicazione del diritto speciale non estingue di norma il diritto generale rilevante, che resta valido e applicabile e torna pienamente applicabile nelle situazioni non previste dal primo; e quando il regime speciale, o le istituzioni da esso create, non funzionano come previsto, il diritto generale diventa applicabile, dovendosi inferire il fallimento quando le norme speciali non abbiano ragionevole prospettiva di conseguire gli obiettivi per i quali furono adottate.⁵²⁰

Anche la gerarchia riceve un trattamento coerente con quanto il capitolo III ha ricostruito. Il rapporto prende atto del carattere orizzontale del sistema: le regole e i principi del diritto internazionale non stanno fra loro in rapporto gerarchico, né le fonti sono ordinate secondo una priorità generale, e questa è una differenza chiave rispetto agli ordinamenti statali, dove la costituzione regola il funzionamento del sistema al livello più alto.⁵²¹

L'articolo 103 della Carta è l'eccezione più discussa, e il rapporto ne segue le difficoltà interpretative fino a concludere che la disposizione vada letta estensivamente, così da affermare che gli obblighi della Carta prevalgono anche sugli obblighi consuetudinari degli Stati

⁵¹⁸ *Ivi*, parr. 128-129.

⁵¹⁹ *Ivi*, par. 193: «Third, the term "self-contained regime" is a misnomer. No legal regime is isolated from general international law. It is doubtful whether such isolation is even possible: a regime can receive (or fail to receive) legally binding force ("validity") only by reference to (valid and binding) rules or principles outside it» (trad. mia). La qualificazione dell'art. 42 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati come «Münchhausen-provision» è nello stesso paragrafo: «It is useful to note that article 42 of the VCLT contains a "Münchhausen-provision" that is directly relevant here for it expressly situates every legal regime within its framework». Sulle due funzioni residue del diritto generale rispetto a un regime speciale si veda *ivi*, par. 192. Una precisazione sulla grafia: il rapporto scrive «Münchhausen-provision», con una sola *h*; questa tesi adopera nel corpo la forma corretta del nome del barone, «Münchhausen», e ne dà qui conto perché la difformità non appaia un refuso.

⁵²⁰ ILC, *Fragmentation of International Law. Addendum*, UN Doc. A/CN.4/L.682/Add.1, 2 maggio 2006, *draft conclusions* 9 e 16 (trad. mia). Sulla nozione di regime speciale come *lex specialis* e sui tre tipi distinti si vedano le conclusioni 11 e 12; sul ruolo del diritto generale nel colmare le lacune, la conclusione 15.

⁵²¹ ILC, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 324: «The rules and principles of international law are not in a hierarchical relationship to each other. Nor are the different sources (treaty, custom, general principles of law) ranked in any general order of priority. This is a key difference between international and domestic legal systems. Whereas domestic law is organized in a strictly hierarchical way, with the constitution regulating the operation of the system at the highest level, there is no such formal constitution in international law and, consequently, no general order of precedence between international legal rules» (trad. mia).

membri.⁵²² Il modo in cui vi giunge merita attenzione: l'interpretazione letterale darebbe un risultato chiaro e opposto, ma la prassi del Consiglio di sicurezza si è costantemente fondata sull'assunto contrario. È esattamente la reversibilità delle gerarchie che Koskeniemi aveva descritto nel 1997, qui osservata dall'interno di un organo delle Nazioni Unite.⁵²³

La risposta positiva del rapporto sta nella nozione di integrazione sistemica, ricavata dall'articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna, secondo cui nell'interpretazione va tenuto conto, insieme al contesto, di ogni regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti.⁵²⁴ Il principio va oltre la mera riaffermazione dell'applicabilità del diritto generale: un tribunale può avere giurisdizione soltanto rispetto a un dato strumento, ma deve sempre interpretarlo e applicarlo nel suo rapporto con l'ambiente normativo, cioè con l'«altro» diritto internazionale.⁵²⁵ E qui il rapporto formula l'osservazione che questa tesi utilizzerà: dal punto di vista dell'articolo 31(3)(c), l'esito di quella lettura può contare meno del fatto che, quale che sia, la sua giustificazione rinvii all'ambiente giuridico più ampio, cioè al «sistema» del diritto internazionale nel suo complesso.⁵²⁶

Le conclusioni generali sono più caute di quanto la mole del documento lasci attendere, e la cautela è dichiarata. Il conflitto normativo, vi si legge, è endemico al diritto internazionale, per il carattere spontaneo, decentrato e non gerarchico del modo in cui il diritto internazionale si produce.⁵²⁷ E il rapporto riconosce di aver comprato la propria accettabilità con la propria vacuità sostanziale, aggiungendo però che quel formalismo non è privo di un'agenda propria: lo sforzo di stendere una tecnica professionale coerente su un mondo frammentato esprime la convinzione che i conflitti fra regimi specializzati possano essere superati dal diritto, anche se

⁵²² *Ivi*, par. 345. La discussione dell'art. 103 della Carta occupa i parr. 328-345; sull'estensione della prevalenza alle decisioni vincolanti degli organi delle Nazioni Unite si veda il par. 331.

⁵²³ M. Koskeniemi, «Hierarchy in International Law: A Sketch», in *European Journal of International Law*, vol. 8, n. 4, 1997, pp. 566-582, pp. 566-567 e 577-580. Sul punto si veda supra, cap. III, § 3.5.

⁵²⁴ ILC, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 413, che riproduce il testo dell'art. 31(3)(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969. La formula «systemic integration» è ripresa nella *draft conclusion* 17 dell'Addendum, cit.

⁵²⁵ *Ivi*, par. 423: «This means that although a tribunal may only have jurisdiction in regard to a particular instrument, it must always interpret and apply that instrument in its relationship to its normative environment - that is to say "other" international law» (trad. mia).

⁵²⁶ *Ivi*, par. 479 (trad. mia).

⁵²⁷ *Ivi*, par. 486: «A key point made in this study is that normative conflict is endemic to international law. Because of the spontaneous, decentralized and unhierarchical nature of international law-making - law-making by custom and by treaty - lawyers have always had to deal with heterogeneous materials at different levels of generality and with different normative force» (trad. mia).

il diritto non va molto oltre l'esigere la disponibilità ad ascoltare gli altri, a tenere conto del loro punto di vista e a trovare alla fine una soluzione motivata.⁵²⁸

L'osservazione che segue chiude il cerchio con il capitolo IV. Che ogni regime disponga di esperti propri, di un proprio *ethos*, di proprie priorità e preferenze e di una propria parzialità strutturale è, per il rapporto, la ragione per cui esso risulta programmato sul piano istituzionale a far prevalere certe preoccupazioni su altre. La nozione di *structural bias*, che nella prosa teorica di Koskenniemi serve a spiegare perché gli esiti siano prevedibili malgrado l'indeterminatezza, compare qui in un documento delle Nazioni Unite come descrizione ordinaria del funzionamento dei regimi.

Sul rapporto fra coerenza e pluralismo il documento prende posizione in modo che questa tesi deve riportare senza attenuarlo. La coerenza è una virtù formale e astratta: per un sistema giuridico che sotto certi aspetti sia ritenuto ingiusto o inutilizzabile, nessun valore aggiunto deriva dal fatto che lo sia coerentemente; accanto alla coerenza, dunque, anche il pluralismo va inteso come valore costitutivo del sistema, e in un mondo di sovranità plurali è sempre stato così.⁵²⁹ La seconda conclusione principale è che nessun meta-sistema omogeneo e gerarchico è realisticamente disponibile per eliminare i problemi di coordinamento, e che il diritto internazionale dovrà operare in un'area in cui le esigenze della coerenza e quelle di un pluralismo ragionevole puntano in direzioni diverse.⁵³⁰

Conviene distinguere, perché la parola pluralismo copre qui due cose diverse. Quello che il rapporto eleva a valore costitutivo è pluralismo funzionale: pluralità di regimi generata dalla specializzazione. La tradizione istituzionalista italiana ne conosce un altro, che è pluralismo di ordinamenti, e di cui un lettore critico propone di riprendere «ed allargarne la principale lezione», a condizione di non perseverare nel formalismo che l'accompagnava.⁵³¹

⁵²⁸ *Ivi*, par. 487: «The report has, in a way, bought its acceptability by its substantive emptiness. Yet this "formalism" is not without its own agenda. The very effort to canvass a coherent legal-professional technique on a fragmented world expresses the conviction that conflicts between specialized regimes may be overcome by law, even as the law may not go much further than require a willingness to listen to others, take their points of view into account and to find a reasoned resolution at the end» (trad. mia). La resa italiana copre l'intero passo qui riprodotto.

⁵²⁹ *Ivi*, par. 491: «Coherence is, however, a formal and abstract virtue. For a legal system that is regarded in some respects as unjust or unworkable, no added value is brought by the fact of its being coherently so. Therefore, alongside coherence, pluralism should be understood as a constitutive value of the system. Indeed, in a world of plural sovereignties, this has always been so» (trad. mia).

⁵³⁰ *Ivi*, par. 493: «But - and this is the second main conclusion of this report - no homogenous, hierarchical meta-system is realistically available to do away with such problems. International law will need to operate within an area where the demands of coherence and reasonable pluralism will point in different directions» (trad. mia).

⁵³¹ M. Barberis, «Dopo Romano», in *Jura Gentium*, vol. XV, n. 2, 2018, pp. 129-142, p. 134: «A meno di perseverare nel pangiuridicismo e nel formalismo di Romano, in altri termini, occorre riprenderne ed allargarne la principale lezione: il pluralismo istituzionale.» Di Santi Romano si riferisce soltanto la lettura che ne dà Barberis.

Quel medesimo lettore dichiara del resto di voler proporre «un istituzionalismo diverso, meno formalista e più realista, capace di dialogare con le scienze sociali»,⁵³² sicché la lezione va ripresa allargata e non applicata com'è. La distinzione fra i due pluralismi è di chi scrive, poiché né il rapporto né quel lettore la compiono, e serve alla sezione seguente: il pluralismo del rapporto è una proprietà del diritto internazionale, quello istituzionalista è una tesi su che cosa conti come diritto, e confonderli porterebbe a qualificare come ordinamento un raggruppamento di Stati per il solo fatto della sua esistenza.

Resta la frase con cui il rapporto liquida l'allarme: se i giuristi si sentono incapaci di trattare questa complessità, ciò non riflette un problema della loro cassetta degli attrezzi, ma della loro immaginazione nell'usarla.⁵³³

Un'ultima distinzione riguarda due documenti che la citazione corrente confonde. Il rapporto reca l'indicazione «finalized by Martti Koskenniemi», e altrettanto fa l'appendice con le conclusioni in bozza del 2 maggio 2006; le conclusioni presentate dal Gruppo di studio il 18 luglio successivo costituiscono invece documento distinto, che quell'indicazione non porta e che si dichiara prodotto collettivo dei membri, esito delle deliberazioni condotte fra il 2004 e il 2006.⁵³⁴

La forma in due parti, cioè uno studio analitico ampio del presidente e un insieme condensato di conclusioni e linee guida destinato agli operatori, era stata decisa dal gruppo già nel 2004, ribadita nel 2005 e avallata dalla Commissione.⁵³⁵ Ciò che il rapporto argomenta impegna il relatore; ciò che le conclusioni enunciano impegna il gruppo.

Il contenuto conferma la lettura data sopra. La prima conclusione afferma che il diritto internazionale è un sistema giuridico, le cui norme operano in relazione ad altre norme e vanno interpretate sullo sfondo di esse, e non una raccolta casuale di precetti; la quarta enuncia il

⁵³² *Ivi*, p. 129.

⁵³³ ILC, *Fragmentation of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 222: «If lawyers feel unable to deal with this complexity, this is not a reflection of problems in their "tool-box" but in their imagination about how to use it» (trad. mia). Si veda anche il par. 502, secondo cui in un ambiente giuridico sempre più specializzato poche istituzioni restano a parlare il linguaggio del diritto internazionale generale, che si presenta oggi non tanto come insieme di regole sostanziali quanto come tecnica argomentativa formale: il passo è numerato soltanto nella versione dell'*Annuario*, mentre nel mimeografo originale appartiene alla parte conclusiva priva di numerazione.

⁵³⁴ ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.702, cit., frontespizio, che reca l'intestazione «Report of the Study Group of the International Law Commission» senza l'indicazione «Finalized by Martti Koskenniemi», presente invece sul frontespizio di UN Doc. A/CN.4/L.682/Add.1, cit.; e par. 3: «Section C sets out the conclusions of the Study Group. They are a result of the extensive deliberations the Study Group had undertaken between 2004 and 2006. They are a collective product by the members of the Study Group» (trad. mia).

⁵³⁵ ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.663/Rev.1, cit., par. 7, dove il gruppo conferma l'intenzione di produrre un documento collettivo in due parti; Id., UN Doc. A/CN.4/L.676, cit., par. 8, che la ribadisce nei medesimi termini; Id., UN Doc. A/CN.4/L.702, cit., par. 2, che dà conto dell'avallò della Commissione e identifica la prima parte nel documento UN Doc. A/CN.4/L.682.

principio di armonizzazione, per cui quando più norme incidono su una stessa questione esse vanno interpretate, per quanto possibile, in modo da dare luogo a un unico insieme di obblighi compatibili.⁵³⁶

Il resto, comprese le pagine più citate del rapporto, resta ciò che un giurista ha scritto avendo alle spalle un mandato istituzionale: non poco, ma nemmeno una posizione della Commissione.

Il rapporto fornisce alla sezione successiva un criterio, e il criterio è restrittivo. Si è in presenza di un regime speciale quando esistono norme proprie, organi incaricati di amministrarle, e criteri interpretativi che riflettono un oggetto e uno scopo unitari; e anche allora il regime non è isolato, perché riceve validità e limiti da un diritto che gli è esterno.

Un raggruppamento di Stati che rivendichi un ordine diverso non produce con ciò un regime speciale: la rivendicazione appartiene al piano degli argomenti, non a quello delle norme. Se e dove la frammentazione e il multipolarismo si incontrino è dunque una domanda che va posta a un caso determinato, e la risposta non può essere ricavata dalla definizione. Il rapporto della Commissione, del resto, dei BRICS+ non si occupa in alcun punto: che la distinzione fra argomenti e norme valga anche per un raggruppamento politico è conseguenza che si trae qui, non proposizione che vi si legga.

5.5 BRICS+ come caso di studio circoscritto, incluse le istituzioni finanziarie

Il raggruppamento, misurato sul criterio, non è né un ordinamento autonomo né un regime speciale, perché gli mancano un trattato istitutivo e organi che applichino norme proprie. Le due istituzioni nate a Fortaleza nel 2014 stanno invece dentro il diritto dei trattati, con esiti opposti quanto alla personalità internazionale, e quella sulle riserve di contingenza incorpora la condizionalità del Fondo monetario internazionale. Il risultato negativo non chiude la domanda: la rende ponibile, perché il materiale esaminato non presenta la figura che la filosofia del diritto giudica incapace di generalizzarsi, ed è per questo che funziona da banco di prova.

Il caso di studio serve a verificare un criterio, non a descrivere un raggruppamento. La domanda non è che cosa i BRICS+ facciano, ma se producano diritto e con quali forme; e la risposta va costruita sugli atti, perché è sugli atti che il criterio della sezione precedente lavora.

⁵³⁶ ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.702, cit., par. 14, conclusione 1: «International law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms»; e conclusione 4: «It is a generally accepted principle that when several norms bear on a single issue they should, to the extent possible, be interpreted so as to give rise to a single set of compatible obligations» (trad. mia).

Gli atti disponibili appartengono a specie diverse, e tenerli distinti è la prima condizione del rigore. Questa tesi adotta una griglia a tre livelli. Al primo stanno i trattati in senso proprio, con firma, ratifica, depositario ed entrata in vigore: sono due, entrambi del 2014. Al secondo stanno gli atti di indirizzo interno, che regolano il funzionamento del gruppo senza creare obblighi internazionali. Al terzo stanno le dichiarazioni finali dei vertici, che non sono fonti normative e rilevano per questa tesi in quanto uso di un vocabolario giuridico. Una dichiarazione che sostiene il multilateralismo non prova nulla sul diritto: prova che chi la firma sceglie di parlare quel linguaggio.

Del raggruppamento in quanto tale si può dire poco, e la povertà del quadro è essa stessa il primo risultato. Non esiste alcun trattato istitutivo. L'unico documento in cui il gruppo definisce sé stesso lo chiama «the name of the partnership founded by Brazil, Russia, India, China and South Africa», e aggiunge che si tratta di «an equal partnership of diverse countries with independent views» le cui decisioni sono tutte prese in piena consultazione e per consenso.⁵³⁷ Non organizzazione, non unione, non ordinamento. Nelle quattro dichiarazioni a paragrafi numerati esaminate, l'espressione *legal personality* non compare mai riferita al gruppo.

Non esiste segreteria permanente, e non esistono organi con competenze proprie: esistono una presidenza annuale a rotazione, una rete di riunioni ministeriali settoriali e un livello di sherpa, i cui *Terms of Reference* non sono pubblici. La dichiarazione di Rio del 2025 vi accenna, riconoscendo che l'ampliamento della membership e dell'agenda tematica richiede adeguamenti dei metodi di lavoro del gruppo e segnalando gli sforzi in corso per aggiornare quei termini di riferimento.⁵³⁸

A questo quadro va aggiunta una circostanza che riguarda la reperibilità stessa degli atti. I siti ufficiali delle presidenze di turno non rispondono o restituiscono pagine prive di contenuto, e i testi sopravvivono perché li ripubblicano i ministeri degli Stati membri e un centro di ricerca

⁵³⁷ *BRICS Membership Expansion: Guiding Principles, Standards, Criteria and Procedures*, Johannesburg, 23 agosto 2023, p. 1. Il documento è stato consultato nel PDF di quattro pagine ospitato dal BRICS Information Centre dell'Università di Toronto: si tratta di un centro di ricerca universitario e non di una fonte istituzionale del raggruppamento; il sito ufficiale della presidenza sudafricana indicato come fonte non risponde più. La circostanza è dichiarata qui e vale per tutti i richiami a questo documento.

⁵³⁸ *Rio de Janeiro Declaration*, Rio de Janeiro, 6 luglio 2025, § 124, PDF p. 30. Il testo è stato consultato nel PDF ufficiale pubblicato dal Dipartimento sudafricano per le relazioni internazionali e la cooperazione. Sulla numerazione dei paragrafi di questa dichiarazione circolano versioni divergenti: si è fatto riferimento esclusivamente al PDF ufficiale, verificando il numero sulla pagina.

universitario.⁵³⁹ Non è un dettaglio tecnico. Un raggruppamento privo di segreteria è anche privo di archivio, e la reperibilità dei propri atti dipende dalla diligenza altrui.

Il fatto giuridico centrale è però altrove, ed è una simmetria che vale come prova. Il 15 luglio 2014, a Fortaleza, le stesse cinque parti firmano nella stessa giornata due trattati, con lo stesso depositario e nella stessa lingua. L'Accordo istitutivo della Nuova Banca di Sviluppo stabilisce, all'articolo 29(a) del proprio Allegato, che «the Bank shall possess full international personality».⁵⁴⁰ Il Trattato istitutivo dell'Accordo sulle Riserve di Contingenza stabilisce, all'articolo 19, che l'ente non possiede personalità giuridica internazionale indipendente e non può concludere accordi, agire in giudizio o esservi convenuto.⁵⁴¹ Due atti gemelli producono un soggetto di diritto internazionale e un non-soggetto.

La simmetria prosegue sul piano della registrazione. L'Accordo sulla Banca è registrato presso il Segretariato delle Nazioni Unite ai sensi dell'articolo 102 della Carta, ed è pubblicato nella *United Nations Treaty Series*: volume 3126, numero I-53647, registrazione effettuata dal Brasile il 27 maggio 2016, entrata in vigore il 3 luglio 2015, testo autentico il solo inglese.⁵⁴² Il Trattato sulle Riserve di Contingenza non risulta registrato: il database ufficiale dei trattati dello Stato depositario riporta il campo del numero di registrazione ONU valorizzato per il primo e nullo per il secondo.⁵⁴³

⁵³⁹ I domini delle presidenze di turno sudafricana, russa e brasiliana non hanno restituito alcun contenuto. I testi ufficiali qui utilizzati provengono, per le dichiarazioni del 2023 e del 2025, dal Dipartimento sudafricano per le relazioni internazionali e la cooperazione; per quella del 2024, dal sito della Presidenza della Federazione Russa; per i testi del 2009 e del 2014 e per il documento sull'allargamento, dal BRICS Information Centre dell'Università di Toronto.

⁵⁴⁰ *Agreement on the New Development Bank*, Fortaleza, 15 luglio 2014, entrato in vigore il 3 luglio 2015, UNTS, vol. 3126, n. I-53647, Allegato (*Articles of Agreement of the New Development Bank*), art. 29(a). Per le citazioni testuali si è utilizzato il PDF pubblicato dall'ente, che ha la medesima numerazione di articoli: il testo inglese pubblicato nella *United Nations Treaty Series*.

⁵⁴¹ *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, Fortaleza, 15 luglio 2014, art. 19. Si cita il testo ufficiale portoghese allegato al Decreto della Presidenza della Repubblica Federativa del Brasile n. 8.702 del 1° aprile 2016, che promulga il Trattato: «O ACR não possui personalidade jurídica internacional independente e não pode celebrar acordos, processar ou ser processado» (trad. mia). Il testo inglese, disponibile sul repository accademico dell'Università di Toronto, reca la formulazione corrispondente e coincide sui passaggi qui utilizzati. La dichiarazione della via d'accesso vale per tutti i richiami a questo Trattato.

⁵⁴² I dati di registrazione sono letti sul fascicolo del volume 3126 della *United Nations Treaty Series*, pp. 153-205, e sul certificato di registrazione n. 66922, rilasciato a New York il 12 agosto 2016 ai sensi dell'art. 102 della Carta delle Nazioni Unite. L'intestazione riporta «Authentic text: English» e «Registration with the Secretariat of the United Nations: Brazil, 27 May 2016». L'entrata in vigore per il Brasile è confermata dal Decreto n. 8.624 del 29 dicembre 2015.

⁵⁴³ Verifica condotta sul database ufficiale dei trattati del Ministero degli esteri della Repubblica Federativa del Brasile, che è lo Stato depositario di entrambi gli atti: il campo relativo al numero di registrazione ONU è valorizzato con «53647» per l'Accordo sulla Nuova Banca di Sviluppo e nullo per il Trattato sulle Riserve di Contingenza. Il Decreto n. 8.702/2016 dichiara che il Trattato «entrou em vigor para a República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo, em 30 de julho de 2015, nos termos de seu Artigo 23»: la formulazione riguarda il Brasile, e si riproduce come tale.

Il punto va trattato con esattezza, perché si presta a essere forzato. La mancata registrazione non incide né sulla validità né sull'efficacia del trattato fra le parti: la sola conseguenza prevista dall'articolo 102, paragrafo 2, della Carta è l'impossibilità di invocarlo davanti a un organo delle Nazioni Unite. Il rilievo non è dunque che uno dei due trattati sia «meno trattato» dell'altro, ma che le due istituzioni gemelle hanno un rapporto diverso con l'apparato documentale dell'ordine esistente: quella dotata di soggettività vi si iscrive, quella che la esclude no. Letti insieme, i due dati sono coerenti fra loro: l'atto che esclude la personalità giuridica è anche quello che non compare nel registro. Che le due circostanze siano state volute insieme è un'inferenza di questa tesi, che i documenti esaminati non confermano né escludono.

Chi legge la Nuova Banca di Sviluppo come istituzione alternativa all'ordine esistente deve fare i conti con la circostanza che essa si è iscritta, di propria iniziativa e per il tramite del Brasile, nel registro dei trattati di quell'ordine, e vi è entrata come trattato multilaterale ordinario.

Il secondo risultato riguarda il contenuto del Trattato sulle Riserve di Contingenza, e non è meno importante del primo. Lo strumento non costituisce alcun fondo comune: gli impegni non comportano trasferimenti di fondi, e ciascuna Parte conserva la piena proprietà delle risorse impegnate.⁵⁴⁴

L'accesso è diviso in due porzioni. Il trenta per cento è svincolato e dipende dal solo accordo delle Parti fornitrici. Il restante settanta per cento richiede la prova dell'esistenza di un accordo in corso fra il Fondo monetario internazionale e la Parte richiedente che comporti un impegno del Fondo a fornire finanziamento «con base em condicionalidades», e il rispetto da parte del richiedente dei termini e delle condizioni di quell'accordo.⁵⁴⁵

Il medesimo trattato impone inoltre al richiedente di essere in regola con gli obblighi di sorveglianza e informazione derivanti dagli articoli IV e VIII dello Statuto del Fondo, con un

⁵⁴⁴ *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, cit., art. 2, che fissa gli impegni iniziali in 100 miliardi di dollari, ripartiti fra Cina 41, Brasile 18, Russia 18, India 18 e Sudafrica 5; e art. 2(b), secondo cui gli impegni non comportano trasferimenti diretti di fondi.

⁵⁴⁵ *Ivi*, art. 5(c) per la porzione svincolata, pari al 30 % dell'accesso massimo, e art. 5(d)(ii) per la porzione vincolata al Fondo monetario internazionale, pari al restante 70 %: «Evidência da existência de um acordo em curso entre o FMI e a Parte Requerente que envolva o compromisso do FMI de prover financiamento à Parte Requerente com base em condicionalidades» (trad. mia). L'art. 5(a) fissa i moltiplicatori dell'impegno individuale: Cina 0,5; Brasile, Russia e India 1; Sudafrica 2.

rinvio *per relationem* a un trattato terzo,⁵⁴⁶ e definisce tutte le operazioni in dollari statunitensi.⁵⁴⁷

I due dati vanno letti insieme all'annuncio che li accompagnava. La dichiarazione di Fortaleza, nel dare notizia della firma, dice che lo strumento è destinato a integrare gli assetti internazionali esistenti,⁵⁴⁸ e l'articolo dà a quell'annuncio un contenuto preciso: incorpora nel proprio testo la condizionalità dell'istituzione da integrare, e opera nella valuta di riferimento della medesima istituzione.

Su ciò che si suole chiamare dedollarizzazione, i documenti dicono una cosa sola e la qualificano da sé. La dichiarazione di Kazan del 2024 accoglie l'uso delle valute locali nelle transazioni finanziarie fra i Paesi BRICS e i loro partner commerciali, e incoraggia i regolamenti in valuta locale in linea con la *BRICS Cross-Border Payments Initiative*, «which is voluntary and non-binding».⁵⁴⁹ La dichiarazione di Rio del 2025 resta sullo stesso piano, con il linguaggio dell'interoperabilità dei sistemi di pagamento e non quello della sostituzione di una valuta di riserva.⁵⁵⁰ Fra i documenti non figura alcun atto ufficiale che istituisca una valuta comune, un sistema di pagamento operativo o un obbligo di regolamento in valuta locale.

C'è poi un dato di struttura, ed è il punto in cui il piano informale del gruppo e il piano convenzionale delle sue istituzioni si toccano. Entrambi i trattati affidano atti giuridici alla presidenza di turno dei BRICS. L'Allegato all'Accordo sulla Banca le attribuisce la convocazione della prima riunione del Consiglio dei Governatori.⁵⁵¹ Il Trattato sulle Riserve di Contingenza stabilisce che la Parte che presiede i BRICS agisca come coordinatore del Consiglio dei Governatori e della Commissione permanente, e le assegna, fra i compiti, quello di prestare servizi di segreteria durante il proprio mandato.⁵⁵²

⁵⁴⁶ *Ivi*, art. 14(b)(v), che rinvia agli artt. IV, sezioni 1 e 3, e VIII, sezione 5, dello Statuto del Fondo monetario internazionale. L'art. 14(b)(iv) esige inoltre l'assenza di arretrati verso le istituzioni finanziarie multilaterali e regionali, «including the New Development Bank».

⁵⁴⁷ *Ivi*, artt. 8 e 10, che definiscono l'operazione come acquisto di dollari statunitensi contro la valuta della Parte richiedente e successivo riacquisto alla scadenza.

⁵⁴⁸ *Sixth BRICS Summit – Fortaleza Declaration*, Fortaleza, 15 luglio 2014, § 13: il Trattato è destinato a «strengthen the global financial safety net and complement existing international arrangements». Il testo, disponibile in formato HTML, si cita per paragrafo numerato.

⁵⁴⁹ *XVI BRICS Summit Kazan Declaration*, Kazan, 23 ottobre 2024, § 65, PDF p. 17. Il testo è stato consultato nel PDF ufficiale pubblicato dalla Presidenza della Federazione Russa.

⁵⁵⁰ *Rio de Janeiro Declaration*, cit., §§ 49-50, PDF p. 13.

⁵⁵¹ *Agreement on the New Development Bank*, cit., Allegato, art. 50: «The chair of the BRICS countries shall call the first meeting of the Board of Governors as soon as this Agreement enters into force under Article 49 of this Chapter».

⁵⁵² *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, cit., art. 9(a) e 9(b)(iii): la Parte che presiede i BRICS agisce come coordinatore e deve «prestar serviços de secretariado durante seu mandato» (trad. mia). L'art. 3(b)(ix) attribuisce al Consiglio dei Governatori il potere di deliberare sulla creazione di una segreteria permanente, che alla data del Trattato dunque non esiste.

Una funzione che nessun trattato istituisce esercita competenze previste da trattati, uno dei quali registrato presso il Segretariato delle Nazioni Unite.

L'allargamento conferma la distanza fra i due piani. Il documento adottato a Johannesburg nel 2023 articola una procedura in quattro qualifiche successive, dallo Stato interessato allo Stato membro, attraverso comunicazione formale alla presidenza di turno, raccomandazione degli sherpa, raccomandazione dei Ministri degli esteri, decisione dei Leader per consenso e accettazione formale dell'invito.⁵⁵³ Non vi è strumento di adesione, non vi è depositario, non vi è ratifica, non vi è entrata in vigore. È l'esatto contrario del meccanismo che le stesse cinque parti avevano adottato nove anni prima per la Banca, dove l'adesione passa per il deposito di uno strumento presso il governo brasiliano, non ammette obiezioni né riserve, ed è governata da una clausola espressa di entrata in vigore.⁵⁵⁴

Sulla composizione attuale, i documenti dicono meno di quanto si creda, e questa tesi si attiene a ciò che dicono. La dichiarazione di Johannesburg del 2023 invita sei Stati a divenire membri a partire dal 1° gennaio 2024.⁵⁵⁵ La dichiarazione di Kazan del 2024 non nomina alcun nuovo membro e si limita a parlare dei «BRICS allargati». La dichiarazione di Rio del 2025 accoglie come nuovo membro la sola Indonesia, ed elenca separatamente dieci Stati partner.⁵⁵⁶ Argentina e Arabia Saudita non compaiono mai come membri nelle due dichiarazioni successive all'invito. Nessun atto ufficiale del raggruppamento enumera la composizione in modo consolidato.

La categoria dello Stato partner è stata istituita a Kazan nel 2024 con un atto denominato *Modalities of BRICS Partner Country Category*, che le dichiarazioni successive richiamano.⁵⁵⁷ Si può dunque affermare che la categoria esiste e che è richiamata come fondamento della partecipazione di dieci Stati. L'osservazione non è marginale: una categoria di appartenenza il cui atto costitutivo non è pubblico non è invocabile da chi vi rientra né opponibile a chi ne resta

⁵⁵³ *BRICS Membership Expansion*, cit., pp. 3-4.

⁵⁵⁴ *Agreement on the New Development Bank*, cit., Allegato, art. 48, che designa depositario il Governo della Repubblica Federativa del Brasile e, alla lettera (d), esclude che l'accettazione, la ratifica, l'approvazione o l'adesione possano contenere obiezioni o riserve; e art. 49 sull'entrata in vigore, subordinata al deposito degli strumenti da parte di tutti i BRICS. L'art. 5 disciplina l'adesione dei membri delle Nazioni Unite, alle condizioni determinate dal Consiglio dei Governatori a maggioranza speciale.

⁵⁵⁵ *XV BRICS Summit Johannesburg II Declaration*, Johannesburg, 23 agosto 2023, § 91, PDF p. 26.

⁵⁵⁶ *Rio de Janeiro Declaration*, cit., § 3, PDF p. 1. La dichiarazione di Kazan del 2024 usa l'espressione «the expanded BRICS» al § 3, PDF p. 1, senza nominare alcun nuovo membro.

⁵⁵⁷ L'atto è richiamato in *Kazan Declaration*, cit., § 5, PDF p. 2, e in *Rio de Janeiro Declaration*, cit., § 124, PDF p. 30. Al 29 luglio 2026 il testo dell'atto non risulta pubblicato da alcuna fonte ufficiale. Analogamente non sono pubblici i *Terms of Reference* adottati dagli sherpa, la cui esistenza risulta solo per rinvio dal documento del 2023 e dal § 124 di Rio.

fuori, e non consente di verificare se i dieci Stati partner vi siano ammessi secondo la medesima regola.

Resta il rapporto fra la regola del gruppo e quella delle sue istituzioni, ed è il punto in cui il caso di studio diventa istruttivo. Il gruppo decide per consenso e si dichiara partenariato fra eguali.

Nella Banca il potere di voto è pari al numero di azioni sottoscritte, e la maggioranza speciale richiede il voto favorevole di quattro dei cinque membri fondatori congiuntamente a due terzi del potere di voto complessivo;⁵⁵⁸ tre soglie inderogabili impediscono che il potere di voto dei fondatori scenda sotto il cinquantacinque per cento, che quello dei membri non mutuatari superi il venti, e che quello di un singolo membro non fondatore superi il sette.⁵⁵⁹ Nell'Accordo sulle Riserve di Contingenza il cinque per cento del potere di voto è ripartito in parti uguali e il resto in proporzione agli impegni individuali.⁵⁶⁰

La stessa struttura che nel gruppo afferma l'uguaglianza sovrana, nelle proprie istituzioni la pondera sul capitale.

Applichiamo ora il criterio ricavato dalla sezione precedente. Un regime speciale richiede norme proprie, organi che le amministrino, criteri interpretativi che riflettano un oggetto e uno scopo unitari. Il raggruppamento non soddisfa nessuna delle tre condizioni: non adotta norme, non ha organi che le applichino, non dispone di criteri interpretativi propri.

Le sue due istituzioni convenzionali soddisfano invece le condizioni, ciascuna nei propri limiti, ma vi soddisfano nella forma ordinaria del trattato multilaterale, e i loro meccanismi di soluzione delle controversie lo confermano: nella Banca l'interpretazione resta interna e si chiude con una decisione definitiva del Consiglio dei Governatori,⁵⁶¹ nel Trattato sulle Riserve

⁵⁵⁸ *Agreement on the New Development Bank*, cit., Allegato, art. 6(a) e 6(b): la maggioranza qualificata è di due terzi del potere di voto complessivo; la maggioranza speciale richiede «an affirmative vote of four of the founding members concurrent with an affirmative vote of two thirds of the total voting power of the members».

⁵⁵⁹ *Ivi*, Allegato, art. 8(c), punti (i), (ii) e (iii). Il capitale iniziale autorizzato è di 100 miliardi di dollari e quello sottoscritto di 50 miliardi (art. 7); l'Attachment 1 ripartisce la sottoscrizione iniziale in parti uguali fra i cinque fondatori.

⁵⁶⁰ *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, cit., art. 3(e). L'art. 3(b) e (d) disciplina rispettivamente le competenze del Consiglio dei Governatori, che decide per consenso, e le modalità di voto della Commissione permanente.

⁵⁶¹ *Agreement on the New Development Bank*, cit., Allegato, art. 45, che sottopone ogni questione di interpretazione al Consiglio dei Direttori e, su richiesta di un membro, al Consiglio dei Governatori, «whose decision shall be final». L'art. 46 riserva l'arbitrato alle controversie con uno Stato che abbia cessato di essere membro o successive alla decisione di terminare le operazioni.

di Contingenza il rinvio è all'arbitrato secondo il regolamento UNCITRAL.⁵⁶² Nessuna delle due soluzioni è esterna al diritto internazionale esistente.

La conclusione, che il capitolo ha voluto dimostrare anziché presupporre, è dunque duplice. I BRICS+ non costituiscono un ordinamento giuridico autonomo, e neppure un regime speciale nel senso in cui il rapporto della Commissione usa l'espressione: producono argomenti, non norme. Le loro istituzioni finanziarie sono invece pienamente dentro il diritto dei trattati, e una di esse dentro la condizionalità dell'istituzione che dichiara di integrare. Ne segue che il caso non documenta una sovrapposizione fra frammentazione e multipolarismo, ma la loro distanza: la specializzazione funzionale produce regimi, la competizione fra centri di potere produce, per ora, dichiarazioni.

Il risultato negativo non chiude la domanda: la rende ponibile. Un raggruppamento che rivendicasse un ordine diverso denunciando trattati, contestandone la validità e respingendo le istituzioni di garanzia sarebbe il caso in cui la domanda si scioglie da sé, perché presenterebbe la figura che la filosofia del diritto giudica incapace di generalizzarsi: il populismo, si è scritto, «entra in collisione con lo stato costituzionale e in particolare con le sue istituzioni di garanzia: corti nazionali e internazionali, autorità indipendenti, agenzie sovranazionali e internazionali», e «un ordine planetario populista o sovranista è semplicemente inconcepibile».⁵⁶³ Il caso esaminato non è quello, e la ragione non è di grado ma di oggetto: gli atti fondano la rivendicazione sulla Carta e le due istituzioni convenzionali stanno nella forma ordinaria del trattato multilaterale. La distinzione è assunta da chi scrive, perché quel verdetto riguarda un ordine populista o sovranista e non un ordine a più poli, che è nozione diversa. È precisamente per questo che il materiale qui esaminato funziona da banco di prova e non da liquidazione. Banco di prova, per la precisione, di una domanda che alla difesa koskenniemiiana del formalismo è stata rivolta come obiezione: come si difenda il formalismo, quando il quadro giuridico inclina sempre più verso soluzioni informali delle controversie.⁵⁶⁴

⁵⁶² *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, cit., art. 20, che prevede la consultazione nel Consiglio dei Governatori e, in difetto, l'arbitrato secondo il regolamento UNCITRAL, con esclusione dell'art. 26. L'art. 20(c) contiene la rinuncia delle Parti a eccezioni fondate sul proprio carattere sovrano.

⁵⁶³ M. Barberis, «Dopo Romano», cit., p. 142, per entrambe le citazioni.

⁵⁶⁴ G. R. Bandeira Galindo, «Matti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 2005, pp. 539-559, p. 557 (trad. mia): «He also ignores a central issue, peculiar to international law: how to defend formalism, given that the legal framework is more and more inclined, for example, towards informal dispute resolution?». L'obiezione, di cui questa è la parte finale, è discussa supra, cap. IV, § 4.6.

5.6 Apologia e utopia nelle rivendicazioni di un ordine post-occidentale

Sui singoli enunciati la coppia apologia/utopia ha mostrato che la dichiarazione di Kazan compie entrambe le mosse in un solo paragrafo, e che un requisito di ammissione funziona insieme come norma universale e come criterio verificabile. Quattro ordini di fatti le restano però estranei: la forma degli atti, la capacità istituzionale, la distribuzione degli effetti e la frammentazione. L'uso del vocabolario giuridico universale, nelle dichiarazioni, cresce con l'allargamento del raggruppamento. Che un enunciato si lasci leggere in due modi incompatibili e ugualmente sostenibili si è poi rivelata proprietà generale del discorso giuridico, e non sintomo di una crisi dell'universalismo.

La coppia apologia/utopia non è un criterio di validità e non serve a stabilire chi abbia ragione. Il capitolo III l'ha ricostruita come descrizione di due accuse reciprocamente reversibili: un argomento è apologetico quando aderisce alla condotta effettiva degli Stati al punto da non poterne censurare alcuna, utopico quando si regge su premesse che la condotta non conferma. Applicata a un enunciato determinato, la coppia mostra qualcosa. Applicata a intenzioni, a raggruppamenti o a blocchi geopolitici, produce descrizioni sempre vere, e per ciò stesso prive di valore informativo. Questa sezione assume perciò una regola d'uso: la coppia si applica soltanto a proposizioni che pretendano di dire che cosa il diritto internazionale sia o richieda, e per ciascuna applicazione si indica anche ciò che resta fuori.

Si parta da un dato di fatto, contrario a quello che la nozione di multipolarismo adottata in questa tesi lascerebbe attendere. Nelle dichiarazioni dei vertici il lessico giuridico non si dirada con l'allargamento del gruppo: si infittisce. L'espressione «international law» compare in sei paragrafi della dichiarazione di Fortaleza del 2014 e in undici di quella di Rio del 2025; la parola «consensus» passa da due paragrafi a undici.⁵⁶⁵ Il primo dato dice che il vocabolario universale continua a essere adoperato da chi rivendica un ordine diverso. Il secondo dice qualcosa di più specifico: con l'allargamento il baricentro si sposta dal contenuto alla procedura, il che è prevedibile in un raggruppamento che decide per consenso e non dispone di organi.

Che cosa la coppia illumina. La dichiarazione di Kazan del 2024 concentra in un solo paragrafo entrambe le mosse: prende atto dell'emergere di nuovi centri di potere, di decisione politica e di crescita economica, che possono aprire la via a un ordine mondiale multipolare più

⁵⁶⁵ Conteggio condotto per questa tesi sul testo integrale delle due dichiarazioni, paragrafo per paragrafo. In *Fortaleza Declaration*, cit., «international law» ricorre ai §§ 2, 27, 38, 47, 48 e 49, e «consensus» ai §§ 22 e 40. In *Rio de Janeiro Declaration*, cit., «international law» ricorre ai §§ 5, 8, 14, 19, 21, 24, 26, 27, 29, 34 e 88, e «consensus» ai §§ 2, 6, 13, 33, 40, 47, 53, 64, 98, 112 e 124. Il conteggio è per paragrafi contenenti l'espressione, non per occorrenze.

equo, giusto, democratico ed equilibrato; e, nella stessa sequenza, tenendo presente la necessità di adattare l'architettura delle relazioni internazionali alle realtà contemporanee, riafferma l'impegno al multilateralismo e al rispetto del diritto internazionale, inclusi i fini e i principi della Carta come sua pietra angolare indispensabile.⁵⁶⁶

Le due letture sono entrambe disponibili, ed è questo il punto. Si può leggere l'enunciato come apologetico: se l'ordine giusto è quello che rispecchia l'assetto effettivo dei poteri, allora l'emergere di nuovi centri produce da sé un ordine più giusto, e il diritto non fa che registrarlo. Si può leggere lo stesso enunciato come utopico: la Carta è invocata come misura contro la prassi, inclusa la prassi di chi la invoca, e nessun assetto di potere è per ciò solo conforme a essa.

Chi sostenesse la prima lettura si esporrebbe all'obiezione di ridurre il diritto a fotografia dei rapporti di forza; chi sostenesse la seconda, all'obiezione di opporre alla prassi una misura che la prassi non conferma. Il testo compie entrambe le mosse in poche righe, ed è il meccanismo descritto nel capitolo III, osservato in un documento politico contemporaneo.

Alla prima delle due obiezioni l'autore ha dato una formula, e l'ha ricavata da un materiale istituzionale non diverso da questo. Recensendo nel 2012 un volume che leggeva nella competenza del Consiglio di sicurezza a deferire casi alla Corte penale internazionale la prova di un emergente «diritto dell'umanità», Koskeniemi osserva che l'argomento tace la condizione da cui quella competenza dipende, cioè il consenso delle grandi potenze, e conclude che addurre l'attività del Consiglio come prova di quel diritto solleva il problema che indusse Rousseau ad attaccare Grozio: se si prende in questo modo il fatto per diritto, si finirà per forza col sostenere i tiranni.⁵⁶⁷ Ridurre il diritto a fotografia dei rapporti di forza ha dunque un antecedente d'autore, e ne ha uno filosofico più antico; e ciò che l'autore ne fa discendere non è un difetto di teoria ma una complicità. Ciò che qui cambia è il bersaglio: là un'opera di dottrina che celebrava un'istituzione, qui la dichiarazione di un raggruppamento di Stati che ne contesta gli esiti.

⁵⁶⁶ *Kazan Declaration*, cit., § 6, PDF p. 2 (trad. mia).

⁵⁶⁷ M. Koskeniemi, recensione a R.G. Teitel, *Humanity's Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, in *Ethics & International Affairs*, vol. 26, n. 3, 2012, pp. 395-398, p. 396 (trad. mia): «To cite Security Council activity as evidence of humanity law raises the problem that once made Rousseau attack Grotius: if we "take fact for right" in this way we will perforce end up supporting tyrants». Il rilievo sul consenso delle grandi potenze, taciuto dal volume recensito, è alla stessa pagina. Vi si legge anche una contestazione non occidentale della medesima istituzione, che l'autore registra senza scioglierla: Teitel adduce l'affermarsi della giurisdizione universale come episodio del diritto dell'umanità «but does not examine the objections by African states that see themselves as the unique targets of prosecutions», e il periodo si chiude alla p. 397 con la domanda «Might humanity law operate as a new language for the civilizing mission?».

Che un enunciato si lasci leggere in due modi incompatibili e ugualmente sostenibili non è però una proprietà del solo diritto internazionale. La teoria generale del diritto ha descritto la medesima struttura fuori da quel campo, a proposito del dibattito fra Hart e Fuller, e ne ha tratto la conclusione che importa qui: non si dà sintesi fra le due posizioni e non si dà nemmeno bilanciamento, perché «le posizioni che esse rappresentano sono reciprocamente contraddittorie, e ugualmente necessarie».⁵⁶⁸ L'accostamento è ipotesi interpretativa di chi scrive, e va tenuto nei suoi limiti: nessuno dei due autori nomina l'altro, e la differenza d'oggetto è netta, poiché apologia e utopia sono due accuse reversibili che si scambiano dentro l'argomentazione, mentre l'oscillazione descritta là corre fra due posizioni teoriche su che cosa il diritto sia. La somiglianza è di forma. Ma se la forma è generale, l'oscillazione osservata nella dichiarazione non è il sintomo di una crisi dell'universalismo: è il modo in cui un discorso giuridico funziona quando deve essere insieme vincolante e giustificabile.

Il caso che segue è però di altra natura, e riguarda un enunciato che nei documenti esaminati compare due volte in funzioni diverse. Fra i criteri di ammissione fissati nel 2023 figura che il candidato non imponga sanzioni non autorizzate dal Consiglio di sicurezza agli Stati membri esistenti; la dichiarazione di Rio del 2025 riafferma che gli Stati membri non impongono né sostengono sanzioni non autorizzate dal Consiglio di sicurezza contrarie al diritto internazionale.⁵⁶⁹

La stessa proposizione funziona su due piani. Come proposizione normativa, dice che cosa il diritto internazionale richiede a chiunque, e vale perciò anche contro chi non l'accetta. Come requisito di appartenenza, è resa concreta e verificabile: la si accerta guardando alla condotta di uno Stato determinato. È esattamente la combinazione dei due requisiti che il capitolo III ha descritto come irraggiungibile simultaneamente, e qui la si vede tentata in un documento che non è un trattato e che perciò non paga il prezzo della contraddizione.

Che cosa la coppia lascia in ombra. Quattro cose, e vanno nominate, perché è la parte che rende la descrizione informativa anziché ubiqua.

⁵⁶⁸ D. Manderson, citato in P. Heritier, «The Shadow of Affectivity Inside the "Is/Ought" Debate», in *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 36, n. 1, 2023, pp. 105-127, p. 119 (trad. mia). L'originale: «We need both positions to make sense of law, but it is impossible to acknowledge them both at once. Instead, we experience an "oscillation" from one incommensurable language and approach to the other. The positions they represent are mutually contradictory, and equally necessary.»

⁵⁶⁹ *BRICS Membership Expansion*, cit., p. 2, fra gli *Standards and Criteria*: il candidato «should not impose non-United Nations Security Council authorised sanctions on existing BRICS member states». *Rio de Janeiro Declaration*, cit., § 14, PDF p. 4: «We reaffirm that BRICS member states do not impose or support non-UN Security Council authorized sanctions that are contrary to international law».

La prima è la differenza fra un atto vincolante e una dichiarazione. La coppia descrive argomenti, e un argomento è tale sia in un trattato sia in un comunicato finale. Tutto ciò che la sezione precedente ha stabilito, dalla personalità internazionale alla registrazione, dalla condizionalità alla forma dell'adesione, è stato accertato con strumenti che con apologia e utopia non hanno nulla a che vedere. Un'analisi condotta soltanto con quella coppia avrebbe trovato materiale abbondante e non avrebbe visto la differenza fra l'articolo 29 di un allegato e il paragrafo 6 di un comunicato.

La seconda è la capacità istituzionale. Che uno strumento non abbia segreteria permanente e che la sua creazione sia rimessa a una decisione futura ed eventuale, o che gli archivi delle presidenze di turno non siano raggiungibili, non è né apologetico né utopico. È un fatto sull'infrastruttura, e nessuna delle due categorie lo coglie, perché entrambe descrivono modi di argomentare e non capacità di fare.

La terza è la distribuzione degli effetti. La coppia è simmetrica per costruzione: descrive due accuse che si rovesciano l'una nell'altra, e proprio per questo non dice a chi giovi l'oscillazione. Per rispondere a quella domanda occorrono strumenti diversi, la parzialità strutturale e l'egemonia nel senso preciso ricostruito nel capitolo IV, e anche quelli descrivono, senza prevedere.

La quarta è il fenomeno di cui si è occupata la sezione 5.4. La frammentazione non è un argomento, è un processo di specializzazione funzionale, e le categorie che descrivono l'argomentazione non le si applicano. Il rapporto della Commissione non a caso non le adopera come chiavi di lettura, pur essendo stato finalizzato da chi le aveva coniate.

Va detto che nulla di quanto precede è un giudizio di Koskeniemi sui BRICS+. Nessun testo dell'autore li tratta e le pagine precedenti applicano il suo metodo a un materiale che egli non ha esaminato. La distinzione fra ciò che l'autore ha scritto e ciò che questa tesi deduce adoperandone gli strumenti resta ferma anche qui.

Il problema passa alle Conclusioni su cinque piani distinti, che il capitolo ha toccato tutti senza chiuderne nessuno.

Sul piano della validità il capitolo non ha trovato contestazioni: nessuno degli atti esaminati mette in discussione la vigenza dei trattati che invoca, e il raggruppamento che più esplicitamente rivendica un ordine diverso fonda la propria rivendicazione sulla Carta. Sul piano dell'effettività il capitolo non ha strumenti sufficienti, perché misurare l'osservanza richiede dati che i documenti esaminati non forniscono. Sul piano della legittimità ha registrato una contestazione seria, che investe la composizione degli organi e la liceità di misure adottate al di fuori del Consiglio di sicurezza, e che è formulata nel vocabolario dell'ordine contestato.

Quanto alla capacità istituzionale il capitolo ha raccolto elementi precisi e per lo più negativi quanto al raggruppamento, e positivi ma ordinari quanto alle sue due istituzioni convenzionali. Sul piano della capacità argomentativa il risultato è quello appena raggiunto: il vocabolario giuridico universale non viene abbandonato, e serve a contestare gli esiti abituali dell'ordine esistente restando dentro i suoi termini.

I cinque piani non danno la stessa risposta, ed è la ragione per cui questo paragrafo non ne dà una. Il materiale per il giudizio è ora disponibile, ma prima di consegnarlo occorre stabilire che cosa, esattamente, si stia chiedendo: è il compito del paragrafo che segue, e alle Conclusioni resterà la risposta e non la domanda.

5.7 Il diritto internazionale è strutturalmente in grado di reggere il multipolarismo?

Riguadagnata la domanda nella sola forma che sopravvive al rifiuto del § 5.1, il paragrafo ha dato alla capacità strutturale tre condizioni verificabili e ne ha tratto le tre proposizioni che chiudono il capitolo: una pratica che regga si legittima con ciò stesso, il non reggere ha la forma della frammentazione, e il multipolarismo non è né minaccia né soluzione ma la condizione in cui una proprietà della pratica diventa osservabile. Della risposta si è detto che cosa dovrebbe contenere, non quale sia.

Il § 5.1 ha rifiutato una domanda che somiglia molto a quella del titolo, e conviene dire subito perché il rifiuto non la colpisca. Quel rifiuto aveva due bersagli e li aveva nominati: l'idea che esista un diritto internazionale identificabile a prescindere dagli usi che se ne fanno, e l'idea che il multipolarismo eserciti su di esso una pressione dall'esterno, come il vento su un edificio. Il verbo «reggerà» porta con sé entrambe le cose, e in più chiede una previsione, che il capitolo ha dichiarato fuori dalla propria portata.

Che la domanda circoli davvero in quella forma non è una costruzione polemica. Aprendo nel 2025 un seminario dedicato alla questione, un filosofo del diritto dichiara di riferirsi «alla crisi apparentemente irreversibile del diritto internazionale, mostratosi incapace di regolare i conflitti».⁵⁷⁰ Le cautele che egli stesso vi appone vanno però registrate, perché ne cambiano lo statuto: l'avverbio è suo, il titolo che dà all'incontro termina con un punto

⁵⁷⁰ M. Barberis, in *Il sogno del diritto è finito? Guerra, Europa e geopolitica. Seminario*, in *Poliarchie/Polyarchies*, vol. 8, n. 2, 2025, pp. 261-283, p. 262.

interrogativo, e nella pagina precedente ammette l'insufficienza di quanto aveva scritto in un proprio volume di quindici anni prima.⁵⁷¹

La domanda posta qui è un'altra. «Reggerà» chiede l'esito; «è strutturalmente in grado di reggere» chiede la dotazione. La seconda non presuppone l'edificio, perché non domanda che cosa accadrà a un oggetto, ma che cosa una pratica sappia fare. È la forma di domanda che i capitoli III e IV hanno rivolto ai testi, ed è per questo che sopravvive al rifiuto.

Alla parola «strutturalmente» va dato un contenuto verificabile, altrimenti la domanda resta una formula. Non significa né valido né effettivo: significa che la pratica dispone delle operazioni necessarie a fare ciò che le si chiede. Il capitolo ne ha incontrate tre, e qui le raccoglie anziché inventarle. La prima è la contestabilità, cioè che resti possibile dire che una decisione è sbagliata: è lo scarto fra forma e sostanza cui il § 4.6 ha dato, con le parole dell'autore, il nome di spazio della democrazia. La seconda è l'uditorio riconosciuto, cioè che sia indicabile un'istanza la cui competenza a dire che cosa la norma significhi venga ammessa anche da chi ne uscirà perdente. La terza è la chiusura motivata, cioè che una controversia possa concludersi con una decisione argomentata, sia pure al prezzo di una tecnica che non va molto oltre l'esigere la disponibilità ad ascoltare gli altri.

Delle tre, la seconda ha nell'autore un antecedente diretto. Egli la enuncia come il residuo che nessuna norma elimina, e la enuncia là dove il diritto pretende di essere assoluto: quanto più le norme sono «assolute», tanto più tendono a restare aperte, e il linguaggio, per assoluto che sia, non cessa di rinviare al procedimento, sicché resta sempre un'ulteriore domanda da porre, chi sia a governare il procedimento.⁵⁷² Sette anni dopo il compito del presente è descritto negli stessi termini: caduta l'autorità dei vocabolari della globalizzazione economica, dei diritti umani e del progresso democratico, non resta che afferrare altri testi e altre utopie per tentare come si può di persuadere uditori nuovi dell'autorità di ciò che si ha da dire, ammesso che vi sia qualcosa che si sia in grado di dire. Al passo non va fatto dire più di quanto dica: parla di uditori e non di poli, e quel lavoro di raccolta è una condizione in cui

⁵⁷¹ Ivi, p. 261, dove l'autore riferisce di avere pensato per il seminario un primo titolo, *Europa: un'invenzione giuridica?*, con il quale intendeva «anche ammettere l'insufficienza di quanto scritto nel mio vecchio *Europa del diritto*». Il rinvio è a M. Barberis, *Europa del diritto*, il Mulino, Bologna, 2008.

⁵⁷² M. Koskeniemi, recensione a R.G. Teitel, *Humanity's Law*, cit., p. 397 (trad. mia): «The more "absolute" the norms, the more open-ended they tend to be. Moreover, humanity law is attractive precisely because it may be expressed in any number of absolute norms that point in different directions simultaneously. Language—however absolute—does not cease to defer to process; there is always a further question to be asked: who is it that rules the process?». Il contesto è quello delle norme assolute del «diritto dell'umanità», non quello della pluralità dei centri di potere. Il secondo passaggio è in Id., «Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian "Tradition"», cit., p. 28, dove all'autorità dei vocabolari ereditati, che «can no longer be taken for granted», subentra il *bricolage*: «grasping other texts and utopias so as to try as best we can to persuade new audiences of the authority of what we have to say, provided that there is anything we are able to say» (trad. mia).

l'autore dichiara di trovarsi, non una teoria dell'ordine. Ma la domanda su chi governi il procedimento non è costruzione della tesi: è quella che l'autore pone come inevitabile. Di chi scrive restano il requisito che l'uditorio sia riconosciuto anche da chi ne esce perdente e il passaggio dal disaccordo sugli uditori alla pluralità dei centri capaci di istituirli.

Le tre condizioni sono la forma moderna di una domanda antica, quella su chi decida che cosa in questo caso sia diritto; il § 4.5 l'ha ricostruita nei termini in cui Koskenniemi riferisce Schmitt, e il § 4.5 ne ha risalito la premessa fino a Bodin e a Hobbes. Va aggiunta però una distinzione, perché la tradizione che a quella domanda risponde concentrando la decisione in un luogo unico è una fra due: mentre il continente ereditava dal diritto romano «la tradizione della sovranità, ossia di un legislatore onnipotente», nel mondo di *common law* si affermava «la differente tradizione del *rule of law* e, appunto, del *constitutionalism*».⁵⁷³ Attendersi la capacità ordinante nella forma del legislatore onnipotente è dunque già una scelta di tradizione, e non un requisito del concetto. Che cosa si cerchi quando si cerca la capacità strutturale lo dice bene un teorema che la filosofia del diritto conosce dal 1967: lo Stato secolarizzato «vive di presupposti che non è in grado di garantire», e quei presupposti non può procurarseli con i mezzi del diritto «senza abbandonare la sua liberalità».⁵⁷⁴ Heritier ne dà quella che egli stesso chiama una duplicazione individualistica, riferendolo alla libertà del singolo, che «si nutre di presupposti collettivi che essa stessa non riesce a garantire».⁵⁷⁵ Il passaggio ulteriore, dal soggetto a un ordine, è di chi scrive; ma compiuto, esso dice esattamente ciò che qui si domanda, se cioè una pratica sia in grado di produrre le condizioni di cui vive.

⁵⁷³ M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 22 (estratto dell'editore, pp. IX-XII e 1-27).

⁵⁷⁴ E.-W. Böckenförde, «La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione», in P. Prodi, L. Sartori (a cura di), *Cristianesimo e potere. Atti del seminario tenuto a Trento il 21-22 giugno 1985*, Centro Editoriale Dehoniano, Bologna, 1986, pp. 101-122, p. 121: «Così emerge di nuovo e nella sua vera sostanza la domanda circa le forze vincolanti: *Lo stato liberato, secolarizzato vive di presupposti che non è in grado di garantire*. È questo il grande rischio che esso ha corso per amore della libertà.» Il corsivo è nell'originale, dove «liberato» rende il tedesco *freiheitlich*, che le versioni successive rendono con «liberale». La traduzione, autorizzata dall'autore e dall'editore, è condotta su *Säkularisation und Utopie. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, pp. 75-94. La seconda citazione è alla medesima p. 121, dove lo Stato è detto non potersi procurare quelle forze «con i mezzi costrittivi della legge e del comando autoritario senza abbandonare la sua liberalità». Il teorema è descrittivo e non prescrittivo: alla p. 122 l'autore non ne ricava la necessità della religione, ma la domanda se lo Stato secolarizzato non debba «trarre la sua vitalità dalle forze vincolanti interne trasmesse dalla fede religiosa dei suoi cittadini», ed esclude subito che ciò significhi «ricostituire lo stato "cristiano"».

⁵⁷⁵ P. Heritier, «Libertà e persona. Il soggetto-Re presunto liberale: critica dell'autoreferenzialità del soggetto totalitario», in *Prospettiva Persona*, n. 117, 2022, pp. 28-45, p. 42, dove la formula è introdotta come «una sorta di duplicazione individualistica» del teorema di Böckenförde. Di Heritier è dunque il trasferimento del teorema dallo Stato al soggetto; di chi scrive il trasferimento ulteriore dal soggetto a un ordine, dichiarato nel testo. Lo stesso teorema è richiamato da Heritier anche in «Nodi nelle *Law and Humanities*: Vico, Joyce, Lacan», in *Teoria e critica della regolazione sociale*, vol. 2, n. 13, 2016, pp. 139-161, p. 140, nella forma per cui «il sistema liberale secolarizzato finisce per erodere i presupposti antropologici su cui si fonda».

Perché una pratica che regge si legittimi con ciò stesso occorre un argomento, e l'argomento è che per una pratica argomentativa non esiste altra legittimazione che la contestabilità nei termini comuni. Il § 5.2 ha stabilito che il vocabolario non perde attitudine universale per la propria origine, e che è anzi la sedimentazione professionale a renderlo disponibile a chi lo critica; se ne ricava che un ordine il quale rimanga contestabile nei propri termini non ha bisogno di altra legittimazione, e che un ordine il quale smetta di esserlo non è legittimabile altrimenti. L'implicazione non si rovescia, ed è bene dirlo qui perché alle conclusioni servirà: la tenuta richiede tre operazioni e la legittimazione una sola, sicché una pratica può risultare legittima senza per questo reggere. È esattamente la figura che il § 5.5 ha incontrato. L'obiezione più seria a questa proposizione viene però dallo stesso autore che la tesi adopera come voce critica: il consenso formale su un principio riconosciuto «lascia spesso spazio a un conflitto su cosa per "solidarietà" o "pace" si intenda di fatto».⁵⁷⁶ L'accordo sui termini, cioè, può essere vuoto. L'obiezione non si chiude qui, e l'ultimo capoverso dirà a quali condizioni non sia decisiva.

Sul versante opposto la filosofia del diritto offre due indicazioni che vanno prese per quel che dicono. La prima colloca lo Stato internazionale fra gli stadi possibili dell'evoluzione giuridica e non fra i tre reali — giurisdizionale, legislativo, costituzionale — che il diritto ha effettivamente attraversato.⁵⁷⁷ La seconda dichiara semplicemente inconcepibile un ordine planetario populista o sovranista, perché il populismo entra in collisione con le istituzioni di garanzia, corti nazionali e internazionali e autorità indipendenti, e perde la funzione di ricevere ed elaborare informazioni per adeguarsi ai mutamenti dell'ambiente.⁵⁷⁸ Che cosa ciò autorizzi va detto con precisione, e il rilievo è di chi scrive: populista o sovranista non significa multipolare, e la distinzione non è un cavillo. Un ordine a più poli i cui attori argomentino nel vocabolario comune non è la figura che quella diagnosi dichiara inconcepibile; ne è semmai il contrario, perché continua a ricevere e a elaborare le pretese altrui invece di respingerle in blocco.

⁵⁷⁶ P. Heritier, «Democrazie liberali o società post-totalitarie? Per un ripensamento della nozione di libertà», in *Biblioteca della libertà*, n. 196 online, 2009, p. 4: «Il consenso formale sulla solidarietà, sulla pace, e così via, lascia spesso spazio a un conflitto su cosa per "solidarietà" o "pace" si intenda di fatto.»

⁵⁷⁷ M. Barberis, *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Giappichelli, Torino, 2022, p. XI, dove l'evoluzione del diritto è detta passare «per tre stati, stadi o Stati reali, giurisdizionale, legislativo, e costituzionale, e uno possibile, lo Stato internazionale» (estratto dell'editore, pp. IX-XIV e 1-25). La proposizione riportata è quella con cui l'autore sintetizza nell'introduzione il § 1.7, *Stato internazionale?*, pp. 39-48.

⁵⁷⁸ M. Barberis, «Dopo Romano», in *Jura Gentium*, vol. XV, n. 2, 2018, pp. 129-142, p. 142: «Un ordine planetario populista o sovranista è semplicemente inconcepibile», con l'argomento che precede sulla collisione fra populismo e istituzioni di garanzia e sulla perdita della funzione evolutiva di ricevere ed elaborare informazioni. Di Santi Romano, cui il titolo allude, si riferisce soltanto la lettura che ne dà Barberis.

La seconda proposizione va enunciata senza contraddire il § 5.4, che ha tenuto distinte la frammentazione, nata dalla specializzazione funzionale, e la competizione fra centri di potere. Dire che il rischio del non reggere è la frammentazione non significa che il multipolarismo la produca: significa che, mancando la capacità, ciò che resta ne ha la forma. Il meccanismo è quello già descritto al § 5.3: cresce il numero delle scatole, ciascuna acquista un committente rivale, e i conflitti di giurisdizione aumentano senza alcun guadagno in capacità di giustificazione. Ciò che verrebbe meno non è il diritto, ma il livello che tiene insieme i regimi, cioè quel diritto generale che nessun regime speciale riesce a mettere fuori gioco.⁵⁷⁹ Va aggiunto subito, per non fare della frammentazione una caduta da un'unità che non è mai esistita, che nessun meta-sistema omogeneo e gerarchico è realisticamente disponibile: è la seconda conclusione principale del rapporto della Commissione, e vale come limite tanto per la diagnosi quanto per il rimedio.⁵⁸⁰

Resta la terza proposizione. Il multipolarismo non è una minaccia, e la ragione è acquisita: un centro che sostenga una propria interpretazione non contrappone al diritto internazionale qualcosa che diritto non è, contrappone una lettura a un'altra, e il caso del § 5.5 non presenta la figura che la filosofia del diritto giudica incapace di generalizzarsi. Non è però neppure una soluzione: nessuna rivendicazione di pluralità va accreditata per il solo fatto di essere formulata contro un assetto esistente, e la visibilità di una scelta non è ancora la capacità di compierla in comune. Resta la terza possibilità, che è quella esatta. Un banco di prova non è la causa che produce una proprietà: è la condizione in cui la proprietà diventa osservabile. Il multipolarismo non aggiunge né toglie nulla alla grammatica del diritto internazionale; rende visibile se quella grammatica sappia funzionare senza un centro, il che prima non si poteva vedere perché il centro c'era.

In questo registro la tesi trova la propria misura, e la deve a una dottrina che Heritier riprende da Einaudi. «Non esiste una regola teorica la quale ci dica quando la diversità degenera nell'anarchia e quando la uniformità è il prodromo della tirannia. Sappiamo soltanto che esiste un punto critico, superato il quale ogni elemento della vita sociale, ogni modo di vita, ogni costume che era sino allora mezzo di elevazione e di perfezionamento umano diventa strumento di degenerazione e di decadenza.»⁵⁸¹ La dottrina del punto critico, commenta Heritier, «è palesemente una teoria epistemologica dei limiti della conoscenza», e la sua struttura è quella

⁵⁷⁹ International Law Commission, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 193, già citato al § 5.4: nessun regime giuridico è isolato dal diritto internazionale generale.

⁵⁸⁰ *Ivi*, par. 493, già citato al § 5.4. È la seconda conclusione principale del rapporto.

⁵⁸¹ L. Einaudi, citato in P. Heritier, «Utili non prediche? Il punto critico e l'antropologia complessa della libertà in Luigi Einaudi», in *Biblioteca della libertà*, n. 203 online, 2012, p. 18.

di un sapere che si sa incompleto: «so che c'è un limite, una soglia, ma non conosco ove questo limite sia posto».⁵⁸² Trasporla all'ordine internazionale è operazione di chi scrive, e produce esattamente la posizione che questa tesi può sostenere: che una soglia esista oltre la quale la pluralità degenera è affermabile, dove essa passi non è predicibile, e chi lo pretendesse uscirebbe dal sapere disponibile.

Che cosa conterebbe, allora, come risposta. Per la prima condizione il capitolo ha un riscontro documentale, perché il vocabolario non viene abbandonato e serve a contestare gli esiti abituali restando dentro i suoi termini. Per la seconda ne ha uno negativo, e per giunta su un caso solo. Per la terza non ha nulla, perché verificare se una controversia si chiuda con una decisione argomentata richiederebbe di guardare al vocabolario davanti agli uditori, cioè a procedimenti e memorie che non sono stati esaminati. La risposta, inoltre, non può che essere disaggregata, per la ragione che il § 5.6 ha già dato: i piani su cui la si cerca non danno la stessa risposta, e una risposta unica sarebbe l'errore che il capitolo ha evitato in ogni sezione. Alle conclusioni spetta darla piano per piano.

Va detto infine ciò che rende accettabile l'obiezione lasciata aperta sul consenso vuoto. Che l'accordo sui termini non garantisca l'accordo sul loro significato non è un difetto rimediabile, ed è la ragione per cui la domanda su che cosa garantisca il mantenimento di un ordine «buono» resta, come Heritier osserva riprendendo Fuller, una questione centrale a cui nessun sapere risponde.⁵⁸³ Ciò che allora si chiede a una pratica non è di garantire l'esito, ma di rendere possibile la controversia sul significato senza che chi la solleva debba uscire dal comune vocabolario. Il § 4.8 ha chiamato universale non posseduto quello che si riconosce a un criterio procedurale, cioè alla disponibilità a rinegoziare la propria esclusione; e il rilievo che ne discende, di chi scrive, è che il multipolarismo è il banco di prova precisamente di questo, e non della bontà di un ordine né della sincerità di chi lo invoca. È la prova della maturità normativa di una pratica: se regga il confronto con più interlocutori senza smettere di essere una pratica sola.

⁵⁸² P. Heritier, «Utili non prediche?», cit., p. 18 per la prima citazione e p. 28 per la seconda.

⁵⁸³ P. Heritier, «The Shadow of Affectivity Inside the "Is/Ought" Debate», in *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 36, n. 1, 2023, pp. 105-127, p. 118, dove la domanda «what is the guarantee of maintaining a "good" order» è riferita come la questione che Lon L. Fuller pone alle teorie di Popper e di Hayek (trad. mia). Alla p. 119 lo stesso scritto registra, riferendo Manderson, che le posizioni fra cui l'esperienza giuridica oscilla sono «mutually contradictory, and equally necessary»: la coincidenza strutturale con la coppia apologia/utopia del capitolo III è rilievo di chi scrive, e i due autori non si rinviano l'un l'altro.

6 Conclusioni

La domanda posta nell'introduzione era se, e a quali condizioni, il diritto internazionale possa conservare capacità ordinante in un contesto nel quale più centri di potere sostengono ciascuno una propria interpretazione delle norme comuni. Il capitolo V ha raccolto il materiale e si è fermato prima della risposta, ma non prima di stabilire che cosa esattamente si stia chiedendo: non se il diritto internazionale reggerà il multipolarismo, che sarebbe previsione, ma se ne sia strutturalmente in grado, il che è domanda sulla dotazione di una pratica e non sul suo destino. Di quella dotazione il § 5.7 ha dato tre condizioni verificabili, la contestabilità, l'uditorio riconosciuto e la chiusura motivata, e ha indicato i cinque piani sui quali la risposta va data separatamente, delegandola. Questo è il luogo in cui va data. Le tre proposizioni con cui il capitolo si chiude sono qui acquisite e non ridimostrate: il compito che resta è un altro.

Rispondere piano per piano non è una cautela espositiva, e conviene dire perché. Una formula unica confonderebbe situazioni distinte: un ordinamento può conservare norme valide mentre le sue istituzioni si paralizzano, e può avere istituzioni funzionanti che nessuno riconosce come legittime.

La ragione è però più forte di questa. Se «anche un'applicazione "letterale" è sempre una scelta non determinata dalla literalità stessa», e se nel diritto internazionale non esiste «alcuno spazio che sia "libero" dal decisionismo», allora nella pratica giuridica non c'è un luogo esente da scelta.⁵⁸⁴ Il passo descrive l'operazione interpretativa; ciò che qui se ne ricava è un'altra cosa, e va imputata a chi scrive: se non esiste un luogo esente da scelta, non esiste neppure il punto di vista unico dal quale pronunciare un «regge» o un «non regge». La disomogeneità della risposta è il risultato della ricerca, non un difetto della sua esposizione.

Sul primo dei cinque piani l'esito è netto e poco informativo, come l'introduzione aveva previsto. Nessuno degli atti esaminati contesta la vigenza dei trattati che invoca, e il raggruppamento che più esplicitamente rivendica un ordine diverso fonda la propria rivendicazione sui fini e sui principi della Carta, che chiama pietra angolare indispensabile del multilateralismo.⁵⁸⁵ Il dato non era scontato: un progetto realmente alternativo comincerebbe di

⁵⁸⁴ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 596 (trad. mia). L'originale: «even a "literal" application is always a choice that is undetermined by literality itself. There is no space in international law that would be "free" from decisionism, no aspect of the legal craft that would not involve a "choice" – that would not be, in this sense, a politics of international law». Il passo appartiene all'epilogo aggiunto all'edizione del 2005, pp. 562-617, nel quale l'autore ripercorre in prima persona il progetto del 1989: è una ricostruzione d'autore, e dice come egli guardi oggi al proprio percorso, non come quel percorso si sia svolto. Si veda supra, cap. III, § 3.6.

⁵⁸⁵ XVI BRICS Summit Kazan Declaration, Kazan, 23 ottobre 2024, § 6, PDF p. 2: la dichiarazione riafferma, nella medesima sequenza in cui prende atto dell'emergere di nuovi centri di potere, l'impegno al multilateralismo

qui, denunciando trattati e rivendicando la libertà da vincoli assunti da altri. I documenti non ne recano traccia. La conclusione vale per il caso studiato e non si estende ad altri raggruppamenti.

Il piano seguente dà il risultato opposto, e va detto prima del resto: la ricerca non può pronunciarsi. Un giudizio di effettività richiede tre cose, un insieme determinato di situazioni nelle quali una norma era applicabile, l'accertamento di ciò che essa prescriveva in ciascuna e un registro della condotta tenuta: di questi elementi gli atti esaminati non offrono nessuno. Il secondo è il più impegnativo, perché stabilire che cosa una norma prescriverebbe in un caso controverso è operazione interpretativa, e il disaccordo si estende a quali siano gli uditori autorevoli chiamati a compierla.⁵⁸⁶

Misurare l'osservanza presuppone allora risolta la questione sulla quale questa ricerca ha ottenuto un riscontro negativo. Vi si aggiunge il limite della fonte: un testo ufficiale registra ciò che si dice, non la proporzione fra ciò che si dice e ciò che si fa. Nessuna verifica sulla prassi degli Stati è stata condotta, e proiettare qui i risultati ottenuti sugli altri piani sarebbe un'inferenza illecita.

Dove invece i documenti parlano, e parlano molto, è il piano della legittimità. La contestazione esiste ed è seria: investe la composizione degli organi che decidono e la liceità delle misure coercitive adottate fuori dal Consiglio di sicurezza, che gli atti qualificano come contrarie al diritto internazionale.⁵⁸⁷ La forma della contestazione è però il dato che conta: è formulata nel vocabolario dell'ordine contestato, e la misura che invoca è interna a quell'ordine. Chi argomenta così non accusa l'ordinamento di essere ingiusto nei propri principi: lo accusa di essere infedele ad essi.

È una delegittimazione che presuppone la legittimità dello standard: «dal fatto che non esista una posizione autenticamente universale non segue che tutte le posizioni siano uguali», perché il critico che denuncia l'inautenticità altrui si appoggia a uno standard di universalità di

e al rispetto del diritto internazionale, inclusi i fini e i principi della Carta delle Nazioni Unite come sua pietra angolare indispensabile. Sul passo e sulla sua duplice leggibilità si veda supra, cap. V, § 5.6.

⁵⁸⁶ M. Koskeniemi, *International Law and the Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2019, p. 29, dove il disaccordo interpretativo è esteso all'individuazione degli uditori autorevoli davanti ai quali le interpretazioni vengono portate. Sul punto si veda supra, cap. V, § 5.1.

⁵⁸⁷ *Rio de Janeiro Declaration*, Rio de Janeiro, 6 luglio 2025, § 14, PDF p. 4: «We reaffirm that BRICS member states do not impose or support non-UN Security Council authorized sanctions that are contrary to international law» (trad. mia). Il medesimo enunciato figura come requisito di ammissione in *BRICS Membership Expansion: Guiding Principles, Standards, Criteria and Procedures*, Johannesburg, 23 agosto 2023, p. 2. Sulla doppia funzione della proposizione si veda supra, cap. V, § 5.6.

cui nega all'avversario il possesso.⁵⁸⁸ Su questo piano non cede il diritto internazionale; cedono le istituzioni che ne amministrano l'applicazione, ed è cosa diversa.

Una conclusione di questo tenore obbliga a dire che cosa qui si chiami legittimità, perché il termine sopporta almeno due sensi incompatibili. Il primo va respinto: il gergo manageriale della «governance legittima» istituisce «una normatività surrogata» che verifica le decisioni autoritative alla stregua di «ciò che le popolazioni destinatarie potrebbero "accettare"», e riduce la legittimità a un sentimento, «un tiepido senso di contentezza che non cerca altra giustificazione».⁵⁸⁹ Un criterio così costruito rende superflua la giustificazione, poiché una decisione ingiusta e accettata lo soddisfa e una giusta e contestata no; è l'argomento del più forte in senso quantitativo.

Legittima, nel senso che questa tesi adopera, è invece la pratica che chiede a chi decide «di prendere una distanza momentanea dalle proprie preferenze» e di entrare in un terreno in cui esse «vanno giustificate [...] alla stregua di criteri indipendenti dalle loro posizioni o dai loro interessi particolari».⁵⁹⁰ La scelta fra i due sensi è di chi scrive: l'autore descrive il gergo manageriale e definisce una cultura professionale, non enuncia una definizione di legittimità.

Fissato il senso del termine, il piano successivo chiede un accertamento di fatto, ed è negativo da entrambi i lati per ragioni opposte. Dal lato dei nuovi centri il capitolo V ha registrato un'assenza, non una debolezza: nessun trattato istitutivo, nessuna segreteria permanente, nessun organo con competenze proprie, nessun archivio, e una categoria di partecipazione che riposa su un atto che nessuna fonte ufficiale raggiungibile pubblica.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ M. Koskeniemi, «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 1, 2005, pp. 113-124, p. 119: «from the fact that there is no authentically universal position, it does not follow that all positions are the same» (trad. mia). Sul punto si veda supra, cap. V, § 5.2.

⁵⁸⁹ M. Koskeniemi, «Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization», in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, n. 1, 2007, pp. 9-36, p. 14 (trad. mia per entrambi i passi). L'originale: «The managerial jargon of "legitimate governance" sets up an ersatz normativity [...] highlighting the instrumental role of law and public institutions in fulfilling desired objectives and the testing of authoritative decisions by reference to what target populations might "accept"»; e, poco sopra, la legittimità come qualcosa che esiste «mainly as a feeling of legitimacy, a warm sense of contentment looking for no further justification». La pagina dice che cosa la legittimità non è e non contiene alcuna definizione positiva. Sul criterio dell'accettazione dei destinatari si veda supra, cap. IV, § 4.6.

⁵⁹⁰ M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 501 (trad. mia). L'originale: «It seeks to persuade the protagonists (lawyers, decision-makers) to take a momentary distance from their preferences and to enter a terrain where these preferences should be justified, instead of taken for granted, by reference to standards that are independent from their particular positions or interests». Il passo definisce la cultura del formalismo e non la legittimità: assumerne il contenuto come definienti è operazione di questa tesi.

⁵⁹¹ Sull'assenza di trattato istitutivo, di segreteria permanente e di organi con competenze proprie si vedano *BRICS Membership Expansion*, cit., p. 1, e *Rio de Janeiro Declaration*, cit., § 124, PDF p. 30. La categoria di Stato partner è richiamata in *Kazan Declaration*, cit., § 5, PDF p. 2, e in *Rio de Janeiro Declaration*, cit., § 124, PDF p. 30; al 29 luglio 2026. Per le due istituzioni convenzionali si vedano *Agreement on the New Development Bank*, Fortaleza, 15 luglio 2014, entrato in vigore il 3 luglio 2015, *UNTS*, vol. 3126, n. I-53647, Allegato, art.

Dove invece gli stessi Stati hanno voluto istituzioni, le hanno costruite nella forma ordinaria del trattato multilaterale, e due atti firmati lo stesso giorno dalle stesse parti producono un soggetto di diritto internazionale e un non-soggetto, perché l'uno attribuisce all'ente piena personalità internazionale ed è registrato ai sensi dell'articolo 102 della Carta, l'altro la esclude e non risulta registrato. Applicato a questo materiale, il criterio ricavato dal rapporto della Commissione del diritto internazionale non lascia margini: il raggruppamento non soddisfa nessuna delle tre condizioni che identificano un regime speciale, mentre le sue due istituzioni le soddisfano nella forma più ordinaria che il diritto dei trattati conosca.⁵⁹²

Un'assenza di questo genere suggerisce un rimedio, e il rimedio va nominato per respingerlo. Ciò che si chiama separazione dei poteri non è un fatto né una teoria scientifica: «si tratta appunto di una dottrina», scrive Barberis, cioè della risposta storicamente data al problema di rendere imputabile un potere. Negli ultimi cinquant'anni lo Stato legislativo si è metamorfosato in Stato costituzionale «sempre più integrato nelle comunità europea, internazionale e globale», e alla *governance* amministrativa, comunitaria e internazionale partecipa «una costellazione di poteri pubblici e privati», sicché «il pluralismo sociale diventa l'orizzonte inevitabile del futuro della separazione dei poteri».⁵⁹³

Quella costellazione, e il rilievo è di chi scrive, è lo stesso oggetto che il § 5.3 ha chiamato scatole; l'integrazione dei sistemi giuridici, aggiunge la stessa pagina, è stata favorita meno dai poteri politici che dal dialogo trasversale fra le corti. Chi ne ricavasse un modello da trasportare fuori dallo Stato ripeterebbe l'errore che il § 4.7 ha già isolato: fuori dallo Stato non

29(a), registrato dal Brasile il 27 maggio 2016 ai sensi dell'art. 102 della Carta delle Nazioni Unite, e *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, Fortaleza, 15 luglio 2014, art. 19, letto nel testo ufficiale portoghese allegato al Decreto n. 8.702 del 1° aprile 2016 della Presidenza della Repubblica Federativa del Brasile, che non risulta registrato. Si veda supra, cap. V, § 5.5.

⁵⁹² International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 192-193; Id., *Add.1*, UN Doc. A/CN.4/L.682/Add.1, 2 maggio 2006, *draft conclusions* 9 e 16. Il rapporto è un documento del Gruppo di studio della Commissione, «finalized by» Koskenniemi in qualità di presidente: le conclusioni vi sono formulate in veste istituzionale e non valgono come tesi personali dell'autore, ed è la ragione per cui l'esito raggiunto su questo piano non è ascrivibile allo strumento di lettura adottato dalla tesi. Su questo piano, del resto, la coppia apologia-utopia non ha prodotto alcun risultato. Sull'applicazione del criterio al caso si veda supra, cap. V, §§ 5.4 e 5.5.

⁵⁹³ M. Barberis, «Le futur passé de la séparation des pouvoirs», in *Pouvoirs*, n. 143, 2012, pp. 5-15, p. 5 (trad. mia): «il s'agit bien d'une doctrine, non d'un fait ou d'une théorie scientifique». Cfr. *ivi*, p. 12, per la metamorfosi dello Stato legislativo in Stato costituzionale «de plus en plus intégré dans les communautés européennes, internationale et globale», e p. 13, per «cette constellation de pouvoirs publics et privés qui participent à la gouvernance administrative, communautaire ou internationale» e per la proposizione secondo cui «le pluralisme social devient alors l'horizon inévitable du futur de la séparation des pouvoirs». Sul punto si veda *ivi*, pp. 13-14: «l'intégration des systèmes juridiques a été favorisée moins par les pouvoirs politiques [...] que par ce qu'on appelle parfois le dialogue transversal des cours». L'autore non si occupa del diritto internazionale come ordinamento: l'identificazione della costellazione di poteri con le scatole di Koskenniemi è di chi scrive, ed è già dichiarata supra, cap. V, § 5.3. Sulla separazione dei poteri fuori dallo Stato si veda supra, cap. IV, § 4.7.

c'è un rimedio disponibile, ma la forma che l'utopia assume quando il giurista cerca fuori la garanzia che dentro ha trovato. Trasportabile non è l'architettura, ma la ragione che la sorregge: nessun potere si giustifica da sé.

Se ciò che si trasporta è una ragione e non un'architettura, il piano su cui la si osserva è l'ultimo dei cinque. Con l'allargamento del gruppo il vocabolario giuridico non si dirada: «international law» passa da sei a undici paragrafi fra Fortaleza e Rio, «consensus» da due a undici.⁵⁹⁴ La crescita del secondo termine sposta il baricentro dal contenuto alla procedura, ed è un movimento già incontrato: il diritto internazionale moderno è «un'elaborata impalcatura per differire altrove la soluzione sostanziale, in ulteriore procedura, interpretazione, equità, contesto».⁵⁹⁵

Un raggruppamento privo di organi e che decide per consenso esercita quella tecnica nella forma più pura. L'obiezione ovvia è che le parole di un comunicato non costano nulla, e la controprova sta negli atti che un costo ce l'hanno: dove le stesse parti hanno voluto produrre effetti vincolanti, la forma consueta del trattato è stata adottata per intero.

Che cosa questi dati non provano va detto con la stessa nettezza. Che il vocabolario sia adoperato di più dice che il disaccordo resta dicibile in termini comuni; non dice che produrrà gli esiti di prima. Seguire i concetti giuridici mentre vengono adottati e piegati a progetti propri, osserva Koskenniemi discutendo l'eurocentrismo della storiografia, mina la convinzione che l'adozione superficiale di un vocabolario giuridico europeo produca sempre le stesse conseguenze, e anzi che operi necessariamente a favore dell'Europa.⁵⁹⁶ Resta poi da stabilire, e la ricerca non l'ha fatto, se l'aumento delle occorrenze corrisponda a un uso argomentativo o a un ispessimento della formula: basterebbe rileggere le dichiarazioni distinguendo i paragrafi in cui una norma è invocata contro una condotta determinata da quelli in cui è invocata in astratto.

La prova tecnica della traducibilità sta altrove, e non dipende da un conteggio. La formulazione di Kazan sull'emergere di nuovi centri di potere si lascia leggere come apologetica e come utopica insieme, e nessuna delle due letture prevale sul testo: che entrambe siano

⁵⁹⁴ Il conteggio è quello condotto per il cap. V, § 5.6, sul testo integrale in lingua inglese delle due dichiarazioni. In *Sixth BRICS Summit – Fortaleza Declaration*, Fortaleza, 15 luglio 2014, «international law» ricorre ai §§ 2, 27, 38, 47, 48 e 49, e «consensus» ai §§ 22 e 40; in *Rio de Janeiro Declaration*, cit., «international law» ricorre ai §§ 5, 8, 14, 19, 21, 24, 26, 27, 29, 34 e 88, e «consensus» ai §§ 2, 6, 13, 33, 40, 47, 53, 64, 98, 112 e 124.

⁵⁹⁵ M. Koskenniemi, «The Politics of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 1, n. 1, 1990, pp. 4-32, p. 28 (trad. mia). L'originale: «Modern international law is an elaborate framework for deferring substantive resolution elsewhere: into further procedure, interpretation, equity, context, and so on». Sul punto si veda supra, cap. IV, § 4.1.

⁵⁹⁶ M. Koskenniemi, «Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism», in *Rechtsgeschichte – Legal History*, n. 19, 2011, pp. 152-176, p. 173. Sul criterio che la tesi ne ha ricavato per la lettura del caso di studio si veda supra, cap. V, § 5.2.

disponibili dimostra che l'enunciato sta dentro la pratica argomentativa. Il multipolarismo è banco di prova precisamente di questo, cioè della maturità normativa di una pratica, se regga il confronto con più interlocutori senza smettere di essere una pratica sola; e quella prova il vocabolario l'ha superata.

Va però detto su che cosa. Ciò che porta la condizione è una sensibilità che «connota tanto idee quanto pratiche» e coinvolge «i vincoli strutturali entro i quali i professionisti del diritto internazionale vivono e lavorano»; ciò che si è potuto osservare è l'uso di un vocabolario in atti ufficiali.⁵⁹⁷ Sono due cose diverse, e la seconda è una traccia della prima.

Fin qui il risultato è favorevole all'ipotesi da cui la tesi era partita; da qui in avanti non lo è più. Che il vocabolario resti condiviso non significa che sia in grado di chiudere una controversia. Il disaccordo si estende a quali siano gli uditori autorevoli davanti ai quali le interpretazioni vengono portate, e proprio questo mette in evidenza il ruolo del potere all'interno del diritto internazionale.⁵⁹⁸

Il caso lo documenta: nella Banca l'interpretazione dell'Accordo si chiude con una decisione definitiva del Consiglio dei Governatori, nel Trattato sulle Riserve di Contingenza si rinvia all'arbitrato UNCITRAL. Entrambe le soluzioni restano interne al diritto internazionale esistente, e nessuna delle due istituisce un uditorio la cui competenza a dire che cosa la norma significhi sia riconosciuta anche da chi ne uscirà perdente. La formula è di chi scrive e di chi scrive è la lettura delle due clausole come mancata istituzione di un uditorio comune. È un riscontro negativo, su un caso solo. Nemmeno l'esistenza formale di una chiusura basterebbe, poiché «le decisioni delle Corti internazionali vincolano soltanto i Paesi firmatari dei trattati e hanno effetti poco più che simbolici»: una clausola compromissoria non istituisce un uditorio se la sua pronuncia non obbliga oltre le parti.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 2 (trad. mia). L'originale: «not a set of ideas [...] nor of practices, but a sensibility that connotes both ideas and practices but also involves broader aspects of the political faith, image of self and society, as well as the structural constraints within which international law professionals live and work». Un oggetto così composto non si osserva nei testi che produce, e la trasposizione della nozione al problema della verificabilità documentale è di chi scrive. Due limiti vanno registrati qui. I capitoli III e IV seguono una linea determinata dell'opera dell'autore, quella che dalla struttura dell'argomentazione conduce alla vicenda della professione internazionalistica, e ciò che se ne conclude vale per quella linea; e nessuna verifica è stata condotta sul livello al quale una cultura professionale si mantiene o si spezza, cioè sulla formazione dei giuristi internazionali, sui percorsi di carriera e sui criteri di reclutamento.

⁵⁹⁸ M. Koskeniemi, *International Law and the Far Right*, cit., p. 29. La pagina sostiene la rilevanza degli uditori autorevoli e il nesso fra quel disaccordo e il ruolo del potere; non contiene una definizione di legittimità e non va fatta valere come tale. La formula «un uditorio la cui competenza a dire che cosa la norma significhi sia riconosciuta anche da chi ne uscirà perdente» è inferenza di questa tesi, dichiarata tale supra, cap. V, § 5.1.

⁵⁹⁹ *Agreement on the New Development Bank*, cit., Allegato, art. 45, che sottopone ogni questione di interpretazione al Consiglio dei Direttori e, su richiesta di un membro, al Consiglio dei Governatori, la cui decisione è definitiva; *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, cit., art. 20, che prevede la consultazione nel Consiglio dei Governatori e, in difetto, l'arbitrato secondo il regolamento

E il difetto non è prodotto dal multipolarismo: il disaccordo sugli uditori è un tratto permanente della disciplina, e un banco di prova non è la causa che produce una proprietà ma la condizione in cui diventa osservabile.

Un difetto permanente non è un incidente: è il segno che la domanda è più antica del multipolarismo, e le tre condizioni sono la forma moderna di una domanda che il § 4.5 ha già incontrato. Nella ricostruzione che Koskeniemi dà di Schmitt, «in concreto la questione rilevante è sempre chi debba decidere che cosa in questo caso sia diritto, che cosa conti come pace, che cosa sia una minaccia».⁶⁰⁰ La formula è ricostruzione di una diagnosi, non adozione di una terapia.

La premessa risale più indietro: in assenza di un ordine normativo naturale nessun vincolo è opponibile a chi non l'abbia accettato, ed è la premessa scettica che lo stesso autore fa risalire a Bodin e a Hobbes, distinguendoli sul punto decisivo: «per Bodin esisteva fra gli Stati un diritto naturale residuo con funzione di controllo; per Hobbes non ve n'è alcuno».⁶⁰¹ Fra quella premessa e la formula novecentesca non corre una parentela storica documentabile; corre, ed è rilievo di chi scrive, un'identità di struttura, perché in entrambe la decisione resta senza fondamento esterno. Il § 5.7 ha già aggiunto che attendersi la capacità ordinante nella forma del legislatore onnipotente è scelta di tradizione, non requisito del concetto.

Che la decisione resti senza fondamento esterno non autorizza però a farne il fondamento. L'antiformalismo, avverte lo stesso autore, «è riduzionista»: vedendo il diritto «come determinato da obiettivi, strutture o necessità esterne», o facendone «lo strumento infinitamente flessibile di chi decide politicamente», esso «uccide la possibilità della politica, e

UNCITRAL. L'impiego effettivo delle due clausole è verificabile su atti successivi, quali depositi di strumenti, decisioni degli organi e ricorso o mancato ricorso alle clausole stesse, che questa ricerca non ha esaminato. Sull'efficacia delle corti internazionali si veda M. Barberis, «Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad», in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 39, 2016, pp. 265-288, p. 287 (trad. mia): «las decisiones de las Cortes internacionales solo vinculan a los países firmantes de los tratados y tienen efectos poco más que simbólicos». L'autore vi discute il bilanciamento fra libertà e sicurezza nello Stato costituzionale e non i BRICS+.

⁶⁰⁰ M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 429 (trad. mia). L'originale: «in concreto the relevant question is always who shall decide what in this case is law, what counts as peace, what is a threat or disturbance of peace, with what means it shall be restored, when a situation has become normal or "peaceful" and so on». Di Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde e Politische Theologie*, si riferisce per il solo tramite di Koskeniemi, il quale alla p. 508 del medesimo volume prende posizione contro l'antiformalismo. Si veda supra, cap. IV, § 4.5.

⁶⁰¹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., pp. 78-80 e 90. La p. 78 è dedicata a Jean Bodin; alla p. 79 la rottura con l'argomento medievale è attribuita a Hobbes e la premessa scettica è ricondotta all'assenza di un ordine normativo naturale; alla p. 90: «For Bodin there existed a residually controlling natural law among States. For Hobbes there can be none» (trad. mia). Del *Leviathan* e dei *Six livres de la République* si riferisce per il tramite di Koskeniemi. L'identità di struttura fra la premessa scettica e la formula riferita nella nota precedente è rilievo di chi scrive, già dichiarato supra, cap. IV, § 4.5; sulla tradizione della sovranità e su quella del *rule of law* si veda supra, cap. V, § 5.7.

della libertà, che sta nello scarto fra le due cose».⁶⁰² Il decisionismo non è la risposta perché sopprime lo scarto in cui la contestazione abita.

Nello stesso autore si trova poi la descrizione dei due modi di sbagliare: una tirannia cinica, quando il sistema è tarato interamente sul problema dell'ordine e il tempio diventa un veicolo per puntellare la polizia; una tirannia utopica, quando le istituzioni e i problemi di gestione di una società sono guardati dalla prospettiva di una sola convinzione normativa. La domanda su chi decida non ha, fuori dallo Stato, una risposta istituzionale: ha due modi di essere sbagliata, e a una pratica tocca tenersi fra essi.

Il posto che nessuna delle due tirannie riesce a occupare legittimamente non resta perciò vuoto. Il sapere giuridico, osserva Heritier, «ad un certo punto, deve arrestare la ricerca antropologica del suo fondamento [...] lasciando invece ad altri saperi, economici o tecnico-scientifici, il compito di limitare l'ambito di azione individuale e di fondare la propria legittimità»; e la prospettiva positivista «deve sempre presupporre l'obbedienza [...] se vuole restare in piedi come sistema legale seguito e creduto».⁶⁰³

Trasporre l'osservazione dal piano dell'individuo a quello dell'ordine internazionale è operazione della tesi e non dell'autore che la formula; compiuta, essa dice che un diritto internazionale il quale presupponga la propria vincolatività e affidi a economia, tecnica e *governance* la propria tenuta si trova nella stessa posizione. Il caso ne offre l'indizio: il Trattato sulle Riserve di Contingenza subordina il settanta per cento dell'accesso all'esistenza di un accordo con il Fondo monetario internazionale fondato su condizionalità, e definisce tutte le operazioni in dollari.⁶⁰⁴ Il vocabolario è condiviso per intero proprio dove distribuisce meno, ed è la parte del diritto che la critica corrente trascura.

⁶⁰² M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 508 (trad. mia). L'originale: «By contrast, anti-formalism is reductionist. In seeing law as determined by external objectives, structures or necessities, or making it seem the infinitely flexible instrument of the political decision-maker, it kills the possibility of politics, and of freedom, that lies in the gap between the two». Cfr. Id., «The Police in the Temple. Order, Justice and the UN: A Dialectical View», in *European Journal of International Law*, vol. 6, n. 3, 1995, pp. 325-348, p. 330 (trad. mia): «Cynic tyranny emerges when the system is tilted in favour of the problem of order [...] when the Temple becomes a vehicle for buttressing the police»; e, subito appresso, «The danger of Utopian tyranny again, emerges when a society's institutions and its management problems are seen from the perspective of one normative belief».

⁶⁰³ P. Heritier, «Nodi nelle *Law and Humanities*: Vico, Joyce, Lacan», in *Teoria e critica della regolazione sociale*, vol. 2, n. 13, 2016, pp. 139-161, p. 141 per il primo passo e pp. 139-140 per il secondo, dove l'obbedienza presupposta è messa in rapporto con le conseguenze «già individuate da Böckenförde: il sistema liberale secolarizzato finisce per erodere i presupposti antropologici su cui si fonda». La formulazione riportata è di Heritier; il teorema cui rinvia è di E.-W. Böckenförde, «La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione», in P. Prodi, L. Sartori (a cura di), *Cristianesimo e potere*, Centro Editoriale Dehoniano, Bologna, 1986, pp. 101-122, p. 121, e riguarda lo Stato e non l'individuo: si veda supra, cap. V, § 5.7.

⁶⁰⁴ *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, cit., art. 5(d)(ii), che subordina il settanta per cento dell'accesso alla prova di un accordo in corso con il Fondo monetario internazionale fondato su condizionalità, e artt. 8 e 10, che definiscono l'operazione come acquisto e successivo riacquisto di dollari statunitensi. Sulla distinzione fra la parte debole del diritto che governa le relazioni internazionali e l'infrastruttura

Su queste premesse la proposizione che il capitolo V ha lasciato in sospeso può essere enunciata, e in una forma sola. Una pratica che disponga delle tre operazioni indicate al § 5.7 è per ciò stesso legittima nel senso qui fissato. Il converso non vale, e il caso esaminato ne è la prova: vi si è trovato un vocabolario contestabile e insieme privo di un uditorio riconosciuto. Che l'implicazione valga in una sola direzione, e il converso no, è argomento di chi scrive.

Il contenuto informativo non sta nell'implicazione, che discende dalle definizioni, ma nell'accertamento delle tre condizioni, che sul medesimo materiale ha dato tre esiti diversi: la prima è accertata in positivo, la seconda ha un riscontro negativo su un caso solo, la terza non è stata verificata, perché non sono stati esaminati né procedimenti né memorie. E la definizione non è coniata per far tornare il conto: «nulla ha minato il formalismo come cultura di resistenza al potere, pratica sociale di rendicontabilità, apertura ed eguaglianza».⁶⁰⁵ Ciò che quella cultura garantisce è una posizione, non un contenuto.

Resta da nominare ciò che il difetto della seconda condizione minaccia. Non è minacciata la validità delle norme, né la legittimità dell'ordine: è minacciata l'attitudine a concludere, cioè la persistenza di una lingua comune che continua a produrre argomenti e non più decisioni. Dire che il rischio del non reggere è la frammentazione non significa che il multipolarismo la produca: significa che, mancando la capacità, ciò che resta ne ha la forma.

Il meccanismo è quello delle scatole: cresce il loro numero, ciascuna acquista un committente rivale, e i conflitti di giurisdizione aumentano senza guadagno in giustificazione; ciò che verrebbe meno non è il diritto, ma il livello che tiene insieme i regimi. Va aggiunto che nessun meta-sistema omogeneo e gerarchico è realisticamente disponibile, e il limite vale per la diagnosi quanto per il rimedio.⁶⁰⁶

Quanto alla soglia, la posizione sostenibile è una sola, e viene dalla dottrina einaudiana del punto critico, che Heritier legge come «una teoria epistemologica dei limiti della conoscenza»: «so che c'è un limite, una soglia, ma non conosco ove questo limite sia posto».⁶⁰⁷

giuridica che distribuisce diritti, poteri e vulnerabilità si veda M. Koskenniemi, «The Laws That Rule Us. The Legal Infrastructure of Global Capitalism», in *New Left Review*, s. II, n. 154, 2025, pp. 15-48, pp. 18-19, e supra, cap. V, § 5.2.

⁶⁰⁵ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 500 (trad. mia). L'originale: «nothing has undermined formalism as a culture of resistance to power, a social practice of accountability, openness, and equality whose status cannot be reduced to the political positions of any one of the parties whose claims are treated within it. As such, it makes a claim for universality that may be able to resist the pull towards imperialism». L'implicazione enunciata nel testo raccoglie quella già formulata supra, cap. V, § 5.7.

⁶⁰⁶ International Law Commission, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 493, che è la seconda conclusione principale del rapporto. Sul meccanismo delle scatole si veda supra, cap. V, § 5.3; sulla distinzione fra la frammentazione come specializzazione funzionale e la competizione fra centri di potere, ivi, § 5.4; sulla formula qui ripresa, ivi, § 5.7.

⁶⁰⁷ P. Heritier, «Utili non prediche? Il punto critico e l'antropologia complessa della libertà in Luigi Einaudi», in *Biblioteca della libertà*, n. 203 online, 2012, pp. 1-28, p. 18 per la prima citazione e p. 28 per la seconda. La

Trasposta all'ordine internazionale, e la trasposizione è di chi scrive, la formula dice che una soglia oltre la quale la pluralità degenera è affermabile, che il suo luogo non è predicibile, e che chi lo pretendesse uscirebbe dal sapere disponibile.

Un sapere che si sa incompleto obbliga a guardare come la domanda viene posta, ed è l'ultima cosa che resta da fare. La sfida viene abitualmente enunciata come il compito di conciliare una pluralità normativa che non comprometta la stabilità. Presa così, sbaglia il soggetto. Una pluralità di interpreti è la condizione ordinaria di ogni ordinamento esteso, e il multipolarismo non aggiunge né toglie nulla alla grammatica del diritto internazionale. La sfida non riguarda la pluralità: riguarda il luogo in cui una controversia si chiude. Che cosa smentirebbe la rettifica va detto: l'accertamento che, in un caso determinato, la sola moltiplicazione degli interpreti abbia sottratto a una norma un significato che prima aveva.

Quanto alla seconda enunciazione corrente, che riguarda i valori, l'errore è più costoso: ci si attende che dal confronto emerga l'universalità dei valori fondamentali. Ma un universalismo è imperiale quando muove da un principio positivo già posseduto: sa in anticipo che cosa sia bene per tutti, e non ha bisogno di ascoltare nessuno. L'universale che questa tesi difende resta invece vuoto, «un dato negativo anziché positivo», e la domanda che lo apre non è che cosa sia bene ma che cosa ci manchi: «la capacità di articolare questa mancanza, e di farlo in termini universali, è ciò che la cultura del formalismo fornisce».⁶⁰⁸

Dal confronto non emerge un contenuto di valori: emerge la forma in cui una mancanza si lascia dire in termini che gli altri devono poter riconoscere. Né la cosa apre l'incubo schmittiano: che l'universale sia sempre anche particolare «è la condizione perché esista qualcosa come un ambito della politica nel quale le questioni del diritto, del bene e del giusto possano essere discusse in modo sensato».⁶⁰⁹ Chi si attende l'altra cosa si attende la figura che

dottrina del punto critico è di L. Einaudi, *Lezioni di politica sociale*, p. 231, citato in Heritier, *ivi*, p. 18. La trasposizione all'ordine internazionale è di chi scrive, ed è già dichiarata supra, cap. V, § 5.7.

⁶⁰⁸ M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., pp. 504 e 506 (trad. mia). Alla p. 504: «It represents the possibility of the universal (as Kant well knew) but it does this by remaining "empty," a negative instead of a positive datum, and thus avoids the danger of imperialism»; alla p. 506, in corsivo d'autore per l'intero periodo: «The ability to articulate this lack, and to do this in universal terms, is what the culture of formalism provides». La figura dell'universale come mancanza è dichiaratamente ripresa da Ernesto Laclau, cui il volume rinvia alle note 307, 308, 310 e 311: non è conio dell'autore. Si veda supra, cap. IV, § 4.8.

⁶⁰⁹ M. Koskeniemi, recensione a G. Borradori (a cura di), *Philosophy in a Time of Terror. Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, in *German Law Journal*, vol. 4, n. 10, 2003, pp. 1087-1094, p. 1090 (trad. mia). L'originale: «The fact that the universal is always also particular, the legal also more than just "legal", does not open the way to the Schmittian nightmare: it is the precondition for there to be something like a realm of politics in which issues of right, good and just can be meaningfully debated and approached». Il periodo compare nell'esposizione della posizione di Derrida, ma l'autore se ne appropria nella nota 5, apposta due righe più avanti. Si veda supra, cap. IV, § 4.8.

il capitolo IV ha mostrato imperiale; e nessun imperialismo opposto è plausibile, poiché «né filosofi morali né giuristi possono pretendere di monopolizzare l'etica».⁶¹⁰

La terza enunciazione corrente sbaglia infine il tempo del verbo: si chiede di evitare che il diritto internazionale si riduca a strumento di potere di un solo polo, ma è già accaduto, ed è l'oggetto del capitolo IV. Il pericolo non è davanti: è alle spalle. Ciò che il multipolarismo cambia non è la grammatica, ma la possibilità di osservarla, che prima non c'era perché il centro c'era.

In generale la ricerca autorizza una cosa sola: «il diritto internazionale è ciò che i giuristi internazionali ne fanno», e impegnarsi in esso significa «lasciare che la sua grammatica entri come una seconda natura, pur mantenendo la posizione della scelta», dove la competenza è la capacità di adoperare quella grammatica per produrre significato facendo cose nell'argomento. Se è così, la domanda sulla capacità ordinante non ha una risposta leggibile negli assetti: ha le risposte che una pratica continua a dare finché resta una pratica sola. I limiti di ciò che siamo in grado di immaginare sono il prodotto di una storia «che avrebbe potuto andare diversamente», e in essi nulla è fissato per sempre.⁶¹¹ Il vocabolario ha retto alla prova che gli è stata somministrata. La prova, però, era una sola, e riguardava un raggruppamento che non ha ancora dovuto decidere nulla.

⁶¹⁰ M. Barberis, «Metaetica del costituzionalismo», in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 11, 2011, pp. 135-156, p. 147: «Gli opposti imperialismi non sono plausibili: qui e oggi [...] né filosofi morali né giuristi possono pretendere di monopolizzare l'etica». L'autore vi discute il rapporto fra diritto e morale nello Stato costituzionale e non il diritto internazionale: l'accostamento è di chi scrive.

⁶¹¹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, cit., pp. 615-616 (trad. mia). L'originale: «International law is what international lawyers make of it. To commit oneself to international law is to allow its grammar to enter as one's second nature but still to maintain the position of choice». Cfr. *ivi*, p. 571, con corsivo d'autore sulla seconda proposizione: «The politics of international law is what competent international lawyers do. And *competence is the ability to use grammar in order to generate meaning by doing things in argument*». E in ultimo Id., *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 5, con corsivo d'autore: «The limits of our imagination are a product of a history that might have gone another way. There is nothing permanently fixed in those limits».

Bibliografia

ABI-SAAB G., «Whither the International Community?», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998.

ACKERMAN B., «The New Separation of Powers», in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, 2000.

ANDRONICO A., «Un ordine disordinato. A proposito di *governance*», in *Teoria e critica della regolazione sociale*, vol. 6, 2012.

BANDEIRA GALINDO G. R., «Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 2005.

BARBERIS M., «Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione», relazione al XIX Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 22-23 ottobre 2004.

BARBERIS M., «Metaetica del costituzionalismo», in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 11, 2011.

BARBERIS M., *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012.

BARBERIS M., «Le futur passé de la séparation des pouvoirs», in *Pouvoirs*, n. 143, novembre 2012.

BARBERIS M., «Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad», in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 39, 2016.

BARBERIS M., *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

BARBERIS M., «Dopo Romano. Istituzioni, razionalità, populismo», in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, vol. XV, n. 2, 2018.

BARBERIS M., *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Giappichelli, Torino, 2022.

BARBERIS M., *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis, Milano-Udine, 2023.

BARBERIS M., intervento introduttivo in *Il sogno del diritto è finito? Guerra, Europa e geopolitica. Seminario*, in *Poliarchie/Polyarchies*, vol. 8, n. 2, 2025.

BECKER LORCA A., «Petitioning the International: A "Pre-history" of Self-determination», in *European Journal of International Law*, vol. 25, n. 2, 2014.

BECKETT J. A., «Rebel Without a Cause? Martti Koskenniemi and the Critical Legal Project», in *German Law Journal*, vol. 7, n. 12, 2006.

BENVENISTI E., «The US and the Use of Force: Double-edged Hegemony and the Management of Global Emergencies», in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 4, 2004.

BOBBIO N., ZOLO D., «Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System: A Talk», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998.

BÖCKENFÖRDE E.-W., «La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione», in P. PRODI, L. SARTORI (a cura di), *Cristianesimo e potere. Atti del seminario tenuto a Trento il 21-22 giugno 1985*, Centro Editoriale Dehoniano, Bologna, 1986.

CARTY A., «The Continuing Influence of Kelsen on the General Perception of the Discipline of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998.

CHIMNI B. S., «International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making», in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 1, 2004.

D'ASPREMONT J., «Legal imagination and the thinking of the impossible», in *Leiden Journal of International Law*, vol. 35, n. 4, 2022.

DIGGELMANN O., ALTWICKER T., «Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 68, 2008.

DUPUY P.-M., «International Law: Torn between Coexistence, Cooperation and Globalization. General Conclusions», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998.

FASSBENDER B., «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n. 3, 1998.

FASSBENDER B., «Stories of War and Peace. On Writing the History of International Law in the "Third Reich" and After», in *European Journal of International Law*, vol. 13, n. 2, 2002.

FERRARESE M. R., «Governance: A Soft Revolution with hard Political and Legal Effects», in *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, vol. 1, n. 1, gennaio-giugno 2014.

GATHII J. T., «International Law and Eurocentricity», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 1, 1998.

GOLIA A. J., GENTILE C., «La costituzionalizzazione del diritto internazionale: ascesa e declino di un discorso?», in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2024.

GOZZI G., «Presentazione. Diritto internazionale e storia delle idee: il «discorso» dell'egemonia occidentale», in M. KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

GRADONI L., TURRINI P., «Nota sulla traduzione. Questo non è un «garbato incivilitore»», in M. KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

GREWE W. G., «Vom europäischen zum universellen Völkerrecht. Zur Frage der Revision des europazentrischen Bildes der Völkerrechtsgeschichte», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 42, 1982.

HABERMAS J., «The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 23, n. 2, 2012.

HERITIER P., «Democrazie liberali o società post-totalitarie? Per un ripensamento della nozione di libertà», in *Biblioteca della libertà*, anno XLIV, n. 196, 2009.

HERITIER P., «La sacra laicità», in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009.

HERITIER P., «Utili non prediche? Il punto critico e l'antropologia complessa della libertà in Luigi Einaudi», in *Biblioteca della libertà*, anno XLVII, n. 203, 2012.

HERITIER P., «Nodi nelle *Law and Humanities*: Vico, Joyce, Lacan», in *Teoria e critica della regolazione sociale*, vol. 2, n. 13, 2016.

HERITIER P., «Vico's *Scienza Nuova*: Sematology and Thirdness in the Law», in *International Journal for the Semiotics of Law – Revue internationale de Sémiotique juridique*, vol. 33, n. 4, 2020.

HERITIER P., «Libertà e persona. Il soggetto-Re presunto liberale: critica dell'autoreferenzialità del soggetto totalitario», in *Prospettiva Persona*, n. 117, 2022.

HERITIER P., «Aesthetics of Law as "Iconic Legal Theology": Legendre, Schmitt and Vico», in *International Journal for the Semiotics of Law – Revue internationale de Sémiotique juridique*, vol. 36, n. 2, 2023.

HERITIER P., «The Shadow of Affectivity Inside the "Is/Ought" Debate: Siniscalchi, Fuller, Manderson and Vico's Ghosts in the Legal Machine», in *International Journal for the Semiotics of Law – Revue internationale de Sémiotique juridique*, vol. 36, n. 1, 2023.

JAKAB A., «Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 64, 2004.

JOUANNET E., «Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?», in *European Journal of International Law*, vol. 18, n. 3, 2007.

KANT I., *Die Metaphysik der Sitten* (1797), *Rechtslehre*, in *Kant's gesammelte Schriften*, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. VI, Berlin, 1914.

KANT I., *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795), in *Kant's gesammelte Schriften*, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. VIII, Berlin-Leipzig, 1923.

KANT I., *Metafisica dei costumi, Dottrina del diritto*, parte II, sezione II, § 61, trad. e commento di M. C. Pievatolo, in appendice all'«Annotazione della curatrice» di Id., *Sette scritti politici liberi*, 2011.

KANT I., *Per la pace perpetua*, trad. di M. C. Pievatolo, in Id., *Sette scritti politici liberi*, Firenze University Press, Firenze, 2011.

KELSEN H., «The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization», in *The Yale Law Journal*, vol. 53, n. 2, 1944.

KELSEN H., «Limitations on the Functions of the United Nations», in *The Yale Law Journal*, vol. 55, n. 5, 1946.

KELSEN H., «Law, State and Justice in the Pure Theory of Law», in *The Yale Law Journal*, vol. 57, n. 3, 1948.

KELSEN H., *Collective Security under International Law*, U.S. Naval War College, Newport (R.I.), 1954 (*International Law Studies*, vol. XLIX). L'esemplare consultato reca in calce al frontespizio l'imprint U.S. Government Printing Office, Washington, 1957.

KELSEN H., «Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 19, 1958.

KEMMERER A., «Towards a Global History of International Law? Editor's Note», in *European Journal of International Law*, vol. 25, n. 1, 2014.

KENNEDY D., «The Move to Institutions», in *Cardozo Law Review*, vol. 8, n. 5, 1987.

KENNEDY D., «The Last Treatise: Project and Person. (Reflections on Martti Koskenniemi's *From Apology to Utopia*)», in *German Law Journal*, vol. 7, n. 12, 2006.

KINGSBURY B., «Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 13, n. 2, 2002.

KOSKENNIEMI M., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1989.

KOSKENNIEMI M., «The Politics of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 1, n. 1, 1990.

KOSKENNIEMI M., «The Police in the Temple. Order, Justice and the UN: A Dialectical View», in *European Journal of International Law*, vol. 6, n. 3, 1995.

KOSKENNIEMI M., «Hierarchy in International Law: A Sketch», in *European Journal of International Law*, vol. 8, n. 4, 1997.

KOSKENNIEMI M., «Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 8, n. 2, 1997.

KOSKENNIEMI M., «Repetition as Reform: Georges Abi-Saab, *Cours général de droit international public*», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998.

KOSKENNIEMI M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

KOSKENNIEMI M., recensione a G. BORRADORI (a cura di), *Philosophy in a Time of Terror. Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, in *German Law Journal*, vol. 4, n. 10, 2003.

KOSKENNIEMI M., «Introduction: Alf Ross and Life Beyond Realism», in *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 4, 2003.

KOSKENNIEMI M., «By Their Acts You Shall Know Them... (And Not by Their Legal Theories)», in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 4, 2004.

KOSKENNIEMI M., «International Law and Hegemony: A Reconfiguration», in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, n. 2, 2004.

KOSKENNIEMI M., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, riedizione con nuovo Epilogo, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

KOSKENNIEMI M., «International Law as Therapy: Reading *The Health of Nations*», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 2, 2005.

KOSKENNIEMI M., «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 1, 2005.

KOSKENNIEMI M., «A Response», in *German Law Journal*, vol. 7, n. 12, 2006.

KOSKENNIEMI M., «Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization», in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, n. 1, 2007.

KOSKENNIEMI M., «Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law», in *No Foundations. Journal of Extreme Legal Positivism*, n. 4, 2007.

KOSKENNIEMI M., «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 1, 2007.

KOSKENNIEMI M., «The Politics of International Law – 20 Years Later», in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 1, 2009.

KOSKENNIEMI M., «Empire and International Law: The Real Spanish Contribution», in *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n. 1, 2011.

KOSKENNIEMI M., «Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism», in *Rechtsgeschichte – Legal History*, n. 19, 2011.

KOSKENNIEMI M., «The mystery of legal obligation», in *International Theory*, vol. 3, n. 2, 2011.

KOSKENNIEMI M., *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, presentazione di G. Gozzi, trad. di L. Gradoni e P. Turrini, Laterza, Roma-Bari, 2012.

KOSKENNIEMI M., recensione di R. G. TEITEL, *Humanity's Law*, in *Ethics & International Affairs*, vol. 26, n. 3, 2012.

KOSKENNIEMI M., «Prefazione all'edizione italiana», in Id., *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

KOSKENNIEMI M., «Law's (Negative) aesthetic: Will it save us?», in *Philosophy and Social Criticism*, vol. 41, n. 10, 2015.

KOSKENNIEMI M., «Less is More: Legal Imagination in Context. Introduction», in *Leiden Journal of International Law*, vol. 31, n. 3, 2018.

KOSKENNIEMI M., *International Law and the Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2019.

KOSKENNIEMI M., «Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian "Tradition"», in *European Journal of International Law*, vol. 30, n. 1, 2019.

KOSKENNIEMI M., «"Stuck in Salamanca": A Response», in *European Journal of International Law*, vol. 32, n. 3, 2021.

KOSKENNIEMI M., «Response – "Imagination begins at home"», in *Rechtsgeschichte – Legal History*, n. 29, 2021.

KOSKENNIEMI M., «The Laws That Rule Us. The Legal Infrastructure of Global Capitalism», in *New Left Review*, s. II, n. 154, 2025.

KRISCH N., «International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order», in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 2005.

KRISCH N., «The Pluralism of Global Administrative Law», in *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 1, 2006.

KUMM M., «The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis», in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 5, 2004.

LA TORRE M., «Terra media (On Martti Koskenniemi's Narrative of International Law)», in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XLIV, 2015.

LANDAUER C., «Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter», in *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 4, 2003.

LEBEN C., «Hans Kelsen and the Advancement of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998.

MARTINEAU A.-C., «Overcoming Eurocentrism? Global History and the Oxford Handbook of the History of International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 25, n. 1, 2014.

MATZ N., «Civilization and the Mandate System under the League of Nations as Origin of Trusteeship», in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 9, 2005.

MINDA G., *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995; trad. it. *Teorie postmoderne del diritto*, a cura di M. Barberis, il Mulino, Bologna, 2001.

ÖZSU U., «Organizing Internationally: Georges Abi-Saab, the Congo Crisis and the Decolonization of the United Nations», in *European Journal of International Law*, vol. 31, n. 2, 2020.

PALOMBELLA G., «Dal costituzionalismo alle relazioni tra legalità», in *Diritto & Questioni pubbliche*, vol. XVI, n. 2, 2016.

PETERS A., «Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty», in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 3, 2009.

PETERS A., FASSBENDER B., «Prospects and Limits of a Global History of International Law: A Brief Rejoinder», in *European Journal of International Law*, vol. 25, n. 1, 2014.

PRETEROSSO G., «Un diritto internazionale postmoderno? Il contributo di Martti Koskenniemi tra realismo politico e retorica», in *Sociologia del diritto*, n. 3, 2015.

RIGAUX F., «Hans Kelsen on International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998.

RIPSTEIN A., «Distinctions of Power and the Power of Distinctions: A Response to Professor Koskenniemi», in *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n. 1, 2011.

SELLARS K., «Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo», in *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 4, 2010.

SHAFFER G., «A Transnational Take on Krisch's Pluralist Postnational Law», in *European Journal of International Law*, vol. 23, n. 2, 2012.

SIMMA B., PAULUS A. L., «The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998.

SIMPSON G., «Two Liberalisms», in *European Journal of International Law*, vol. 12, n. 3, 2001.

STORR C., «"The War Rages On": Expanding Concepts of Decolonization in International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 31, n. 4, 2020.

TEUBNER G., «Transnationaler Verfassungspluralismus: Neun Variationen über ein Thema von David Sciulli», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 76, 2016.

TOMUSCHAT C., «Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten. Zur Gestaltungskraft von Deklarationen der UN-Generalversammlung», in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 36, 1976.

VIELLECHNER L., «Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law», in *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, n. 2, 2012.

ZOLO D., «Hans Kelsen: International Peace through International Law», in *European Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 1998.

Documenti e atti istituzionali

The Egyptian National Claims (1919), memorandum della delegazione egiziana alla conferenza di pace di Parigi, citato in A. Becker Lorca (2014), p. 506.

Petition to the League of Nations from the Six Nations of the Grand River, Communicated by the Government of the Netherlands, LoN Doc. C.500.1923.VII, citata in A. Becker Lorca (2014), p. 522.

Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati, UN Doc. A/RES/3281 (XXIX), 12 dicembre 1974, citata in C. Tomuschat (1976), pp. 489-490.

Decreto della Presidenza della Repubblica Federativa del Brasile n. 8.624 del 29 dicembre 2015, che promulga l'*Acordo sobre o Novo Banco de Desenvolvimento*, firmato a Fortaleza il 15 luglio 2014, e dà atto della sua entrata in vigore per il Brasile il 3 luglio 2015.

Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, adottata a Stoccolma il 16 giugno 1972 in chiusura della Conferenza tenutasi dal 5 al 16 giugno 1972;

consta di un preambolo e di ventisei principi ed è contenuta nel rapporto della Conferenza, UN Doc. A/CONF.48/14 e Corr.1, nella versione riveduta A/CONF.48/14/Rev.1, p. 3. L'Assemblea generale ne ha preso atto con la risoluzione 2994 (XXVII) del 15 dicembre 1972. Estremi verificati sulla storia procedurale ufficiale dell'*Audiovisual Library of International Law* delle Nazioni Unite. Il testo del principio 21, che è la sola parte utilizzata, si cita nella riproduzione autentica contenuta nel preambolo della *Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution*, Ginevra, 13 novembre 1979, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1302, n. I-21623, registrata d'ufficio il 16 marzo 1983, testo alle pp. 217-231: il richiamo al principio 21 corre nel preambolo, a p. 219. Testo ufficiale. Il principio 21 non va confuso con il principio 2 della Dichiarazione di Rio del 1992.

Assemblea generale delle Nazioni Unite, risoluzione 2625 (XXV), *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, adottata senza voto nella 1883^a seduta plenaria della venticinquesima sessione, 24 ottobre 1970, UN Doc. A/RES/2625 (XXV), in *Official Records of the General Assembly, Twenty-fifth Session, Supplement No. 28 (A/8028)*, risoluzione a p. 121, allegato alle pp. 122-124.

Assemblea generale delle Nazioni Unite, risoluzione 3314 (XXIX) del 14 dicembre 1974, definizione di aggressione, artt. 1 e 4. Gli estremi risultano dalle note di M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., ed è per quel tramite che la risoluzione è citata.

Assemblea generale delle Nazioni Unite, risoluzione 44/23, *United Nations Decade of International Law*, 17 novembre 1989, UN Doc. A/RES/44/23, 60^a seduta plenaria (A/44/PV.60), punto 149 dell'ordine del giorno. La denominazione corrente «Dichiarazione sul Decennio del diritto internazionale» è impropria: l'atto è una risoluzione. Estremi verificati sulla tavola delle risoluzioni della quarantaquattresima sessione della Dag Hammarskjöld Library. Il rilievo sull'assenza di un programma sostanziale è di M. Koskenniemi, «The Politics of International Law», cit., p. 28.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Fragmentation of International Law. Addendum*, UN Doc. A/CN.4/L.682/Add.1, 2 maggio 2006.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, STUDY GROUP ON FRAGMENTATION, *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law*, UN

Doc. A/CN.4/L.628, 1 agosto 2002. Il frontespizio del documento del 2002 non reca ancora il sottotitolo *Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, che compare dal rapporto del 2003.

Id., UN Doc. A/CN.4/L.644, 18 luglio 2003.

Id., UN Doc. A/CN.4/L.663/Rev.1, 28 luglio 2004.

Id., UN Doc. A/CN.4/L.676, 29 luglio 2005.

Id., *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/L.702, 18 luglio 2006. È il documento che raccoglie, alla sezione C, le *Conclusions of the work of the Study Group*, con le quali è comunemente citato.

Sixth BRICS Summit – Fortaleza Declaration, Fortaleza, 15 luglio 2014. Nelle note si cita in forma breve come *Fortaleza Declaration*.

XV BRICS Summit Johannesburg II Declaration, Johannesburg, 23 agosto 2023.

BRICS Membership Expansion: Guiding Principles, Standards, Criteria and Procedures, Johannesburg, XV vertice, 22-24 agosto 2023. Il documento non reca data propria: il consenso sui principi guida è dato per raggiunto dal § 90 della *XV BRICS Summit Johannesburg II Declaration*, cit., del 23 agosto 2023.

XVI BRICS Summit Kazan Declaration, Kazan, 23 ottobre 2024.

Modalities of BRICS Partner Country Category, Kazan, 2024: i dati bibliografici risultano dal rinvio contenuto in *XVI BRICS Summit Kazan Declaration*, cit., § 5, e in *Rio de Janeiro Declaration*, cit., § 124.

Rio de Janeiro Declaration. Strengthening Global South Cooperation for a More Inclusive and Sustainable Governance, Rio de Janeiro, 6 luglio 2025. Il documento non reca sul frontespizio il prefisso del vertice, che compare al § 1: «for the XVII BRICS Summit».

NYU SCHOOL OF LAW, *Martti Koskenniemi. Overview*.

RESEARCH COUNCIL OF FINLAND, *Academician of Science Martti Koskenniemi*.

UNIVERSITY OF HELSINKI, *Academician Martti Koskenniemi to be honoured on Rule of Law Day, 8 October 2025*.

UNIVERSITY OF HELSINKI, ERIK CASTRÉN INSTITUTE, *Staff*.

UNIVERSITY OF HELSINKI RESEARCH PORTAL, *Martti Koskenniemi*.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Koskenniemi Martti*.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *2001 Election of the International Law Commission*.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Present and Former Members of the International Law Commission (1949-present)*.

Giurisprudenza

CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE, *Affaire du «Lotus» / The Case of the S.S. "Lotus"* (Francia c. Turchia), arrêt n. 9 del 7 settembre 1927, dodicesima sessione ordinaria, in *Publications de la Cour permanente de justice internationale. Recueil des arrêts*, Série A, n. 10, p. 18. Il numero d'ordine della pronuncia, arrêt n. 9, e il numero del fascicolo della serie, n. 10, sono dati distinti. Il passo riportato nel capitolo III è la resa che ne dà M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 167.

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA, *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti d'America)*, merito, *I.C.J. Reports* 1986, p. 14, parr. 109-116, citata in ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.644, cit., parr. 9-10, nei cui termini la pronuncia è riferita, e richiamata da M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 469.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Belilos c. Svizzera*, sentenza del 29 aprile 1988, serie A n. 132, par. 60, citata, come la precedente, in ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.644, cit., parr. 9-10.

TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER LA EX IUGOSLAVIA, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Camera d'appello, caso n. IT-94-1-A, sentenza del 15 luglio 1999, parr. 115-145, citata in ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.644, cit., parr. 9-10, e richiamata come esempio da M. Koskenniemi, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», cit., p. 12, con il rinvio agli estremi della sentenza alla nota 14, p. 22.

TRIBUNALE INTERNAZIONALE DEL DIRITTO DEL MARE, *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001*, in *ITLOS Reports 2001*, p. 95, caso n. 10 del ruolo; misure cautelari richieste dall'Irlanda il 9 novembre 2001 ai sensi dell'art. 290, par. 5, della Convenzione sul diritto del mare; misura prescritta al par. 89, punto 1. Citazione ufficiale e testo dell'ordinanza letti sul sito del Tribunale.

TRIBUNALE ARBITRALE COSTITUITO AI SENSI DELL'ALLEGATO VII DELLA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE SUL DIRITTO DEL MARE, *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Corte permanente di arbitrato, caso n. 2001-03; procedimento instaurato con la *Notification and Statement of Claim* trasmessa dall'Irlanda al

Regno Unito il 25 ottobre 2001 ed estinto con ordinanza del 6 giugno 2008. Dati verificati sul contributo ufficiale della Corte permanente di arbitrato al rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite sul diritto del mare, che colloca l'instaurazione genericamente nel novembre 2001; la data del 25 ottobre 2001 risulta alla lettera dall'ordinanza del Tribunale internazionale del diritto del mare del 3 dicembre 2001, che vi si richiama nelle premesse e al par. 32.

TRIBUNALE ARBITRALE COSTITUITO AI SENSI DELL'ART. 32 DELLA CONVENZIONE OSPAR, *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Final Award* del 2 luglio 2003, in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, pp. 59-151; registro tenuto dalla Corte permanente di arbitrato. Testo ufficiale delle Nazioni Unite.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Grande Sezione, 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, serie C, n. 165, 15 luglio 2006, p. 2. Numero di causa, parti, data, formazione e riferimento in *Gazzetta ufficiale* verificati sulla scheda di pubblicazione dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea; il rinvio alla *Raccolta della giurisprudenza* e l'identificativo ECLI non sono stati accertati e non vengono indicati. La sentenza è richiamata da M. Koskeniemi, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», cit., pp. 8 e 11.

GATT, PANEL, *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS21/R, 3 settembre 1991, non adottato, BISD 39S/155; denunciante il Messico, convenuto gli Stati Uniti. Testo del rapporto e stato di adozione verificati sul sito dell'Organizzazione mondiale del commercio. È il primo dei due casi che la letteratura chiama *Tuna/Dolphins*.

GATT, PANEL, *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R, 16 giugno 1994, non adottato; denunciante la Comunità economica europea e il Regno dei Paesi Bassi per conto delle Antille olandesi, convenuto gli Stati Uniti. È il secondo caso *Tuna/Dolphins*. Entrambi sono richiamati in ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.644, cit., parr. 9-10, nei cui termini il lavoro li riferisce.

ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL COMMERCIO, PANEL, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Complaint by the United States*, WT/DS26/R/USA, 18 agosto 1997, e *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Complaint by Canada*, WT/DS48/R/CAN, 18 agosto 1997: due rapporti distinti, con simboli distinti.

ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL COMMERCIO, ORGANO D'APPELLO, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, procedimento AB-1997-4, rapporto del 16 gennaio 1998, adottato dall'organo di conciliazione il 13 febbraio 1998. Intestazioni dei rapporti e cronologia verificate sul sito dell'Organizzazione mondiale del commercio, consultato il 31 luglio 2026. Il caso, sotto il nome corrente *Beef Hormones*, è richiamato in ILC Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.644, cit., parr. 9-10.

ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL COMMERCIO, PANEL, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R e WT/DS293/R, 29 settembre 2006, adottati il 21 novembre 2006; un solo panel per tre controversie, con denunciati gli Stati Uniti, il Canada e l'Argentina e convenute le Comunità europee. È il *panel* sugli organismi geneticamente modificati richiamato da M. Koskenniemi, «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», cit., p. 12, con il rinvio agli estremi del rapporto alla nota 12, p. 22.

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo del 1996, *I.C.J. Reports* 1996, p. 263, parr. 96-97, in M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 593, nota 86.

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA, *North Sea Continental Shelf*, *I.C.J. Reports* 1969, p. 23, parr. 21-23, in M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 256, nota 110.

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA, *Anglo-Norwegian Fisheries*, *I.C.J. Reports* 1951, p. 133; *Barcelona Traction*, *I.C.J. Reports* 1970, pp. 48-50; *Guardianship of Infants*, *I.C.J. Reports* 1958, p. 71: i tre esempi sono raccolti in M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 558, nota 89, e se ne conservano qui le denominazioni brevi. Le denominazioni ufficiali, verificate sul sito della Corte, sono rispettivamente *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, sentenza del 18 dicembre 1951; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, seconda fase, sentenza del 5 febbraio 1970; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, sentenza del 28 novembre 1958.

Fonti normative

Trattato di pace di Parigi, Parigi, 30 marzo 1856, artt. 7 e 15, citati in W. G. Grewe (1982), p. 473.

Patto della Società delle Nazioni, parte integrante del Trattato di pace firmato a Versailles il 28 giugno 1919; consta di un preambolo e di ventisei articoli. Luogo, data e struttura sono verificati sulla pagina dedicata al Patto dell'Ufficio delle Nazioni Unite a Ginevra; la stessa pagina non indica l'entrata in vigore, e la pagina generale del medesimo sito dà il 10 gennaio 1920 come data in cui la Società venne ufficialmente a esistenza. L'art. 22, par. 2, è citato in N. Matz (2005), p. 55.

Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, adottato il 13 dicembre 1920, art. 38, citato in N. Matz (2005), p. 67.

Carta delle Nazioni Unite, San Francisco, adottata il 25 giugno 1945 e firmata il giorno successivo, entrata in vigore il 24 ottobre 1945 a norma dell'art. 110, par. 3; depositario il Governo degli Stati Uniti d'America a norma dell'art. 110, par. 2. Si cita il testo ufficiale delle Nazioni Unite, *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*, San Francisco, 1945; per il diritto interno, legge 17 agosto 1957, n. 848, *Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 238 del 25 settembre 1957, supplemento ordinario. Non si adopera il rinvio corrente «1 UNTS XVI»: il volume 1 dell'*United Nations Treaty Series* non contiene il testo della Carta, e alla p. XVI di quel volume corre il *Regulation to give effect to Article 102 of the Charter of the United Nations* del 14 dicembre 1946. Disposizioni citate: art. 1; art. 2, parr. 1 e 7; art. 24, par. 1; art. 39; art. 51; artt. 53 e 107; capitolo VII; art. 102, anche nel par. 2; art. 103. Il testo è citato in via diretta soltanto per l'art. 51, nel capitolo III; per il resto ogni proposizione che riguarda la Carta passa per la dottrina utilizzata, in particolare B. Fassbender (1998), pp. 581-582, e M. Koskenniemi, «The Police in the Temple», cit., p. 327.

Statuto della Corte internazionale di giustizia, San Francisco, 26 giugno 1945, entrato in vigore il 24 ottobre 1945 a norma dell'art. 110, par. 3, della Carta. Estremi verificati sull'*Audiovisual Library of International Law* delle Nazioni Unite e sulla pagina dei documenti fondamentali della Corte internazionale di giustizia. L'art. 38, par. 1, lett. c, è citato in N. Matz (2005), p. 67, che riferisce la disposizione e la sua derivazione dall'art. 38 dello Statuto della Corte permanente; l'art. 38, par. 1, lett. b, è riportato alla lettera nel capitolo III per il confronto con la formulazione che ne dà M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, cit., p. 411, nota 84.

Articles of Agreement of the International Monetary Fund, Washington, 27 dicembre 1945, entrati in vigore lo stesso giorno per accettazione, registrati presso il Segretariato delle Nazioni Unite il 25 aprile 1947, in *United Nations Treaty Series*, vol. 2, n. 20, p. 39. Gli artt. IV, sezioni 1 e 3, e VIII, sezione 5, sono noti per il tramite del rinvio contenuto nell'art. 14(b)(v) del *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, cit. Gli obblighi

di sorveglianza ai quali quel rinvio si riferisce appartengono al testo emendato attualmente in vigore: nella redazione originaria del 1945, registrata nell'*United Nations Treaty Series*, l'art. IV, sezioni 1 e 3, disciplina la dichiarazione delle parità e le operazioni di cambio.

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, *UNTS*, vol. 1155, p. 331.

Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati nei trattati, 23 agosto 1978, art. 34, citato in M. Koskeniemi, «Hierarchy in International Law: A Sketch», cit., p. 577.

Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, Montego Bay, 10 dicembre 1982, entrata in vigore il 16 novembre 1994 a norma dell'art. 308, par. 1, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1833, p. 3, registrazione n. 31363 del 16 novembre 1994. Estremi verificati sulla scheda di stato della *United Nations Treaty Collection*, capitolo XXI-6. La Convenzione è citata, per la parte XI, in M. Koskeniemi, «Hierarchy in International Law: A Sketch», cit., pp. 581-582; per il tribunale arbitrale dell'allegato VII, in INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Fragmentation of International Law*, cit., par. 10; e, per l'art. 290, par. 5, nel procedimento cautelare *MOX Plant* davanti al Tribunale internazionale del diritto del mare, cit.

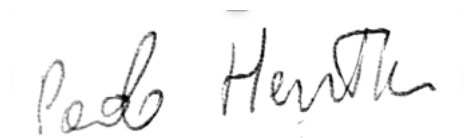
Accordo relativo all'attuazione della parte XI della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982, New York, 28 luglio 1994, applicato provvisoriamente dal 16 novembre 1994 a norma dell'art. 7, par. 1, ed entrato in vigore il 28 luglio 1996 a norma dell'art. 6, par. 1, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1836, p. 3. Estremi verificati sulla scheda di stato della *United Nations Treaty Collection*, capitolo XXI-6-a; la scheda indica la registrazione del 16 novembre 1994, n. 31364. Il secondo considerando del preambolo è citato in M. Koskeniemi, «Hierarchy in International Law: A Sketch», cit., pp. 581-582.

Agreement on the New Development Bank, Fortaleza, 15 luglio 2014, entrato in vigore il 3 luglio 2015, *UNTS*, vol. 3126, n. I-53647.

Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement, Fortaleza, 15 luglio 2014, entrato in vigore il 30 luglio 2015. Il testo è stato consultato nella versione ufficiale portoghese allegata al Decreto del Presidente della Repubblica Federativa del Brasile n. 8.702 del 1° aprile 2016, pubblicato il 4 aprile 2016.

UNCITRAL Arbitration Rules, adottate dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale nella nona sessione, 1976, e raccomandate all'uso dall'Assemblea generale con la risoluzione 31/98 del 15 dicembre 1976, quindi successivamente rivedute: *UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)*, risoluzione 65/22 del 6 dicembre 2010, in vigore dal 15 agosto 2010; *UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013)*, risoluzione 68/109 del 16 dicembre 2013; versione

attualmente in uso, *UNCITRAL Arbitration Rules (with article 1, paragraph 4, as adopted in 2013 and article 1, paragraph 5, as adopted in 2021)*, Nazioni Unite, Vienna, 2021, risoluzione 76/108 del 9 dicembre 2021. Il regolamento è richiamato, per l'arbitrato con esclusione dell'art. 26, dall'art. 20 del *Treaty for the Establishment of a BRICS Contingent Reserve Arrangement*, cit.



Ringraziamenti

Un primo sincero ringraziamento va al Professor Paolo Heritier, per avermi accompagnato nella realizzazione di questo lavoro e non solo. Insieme al Professore abbiamo intrapreso un percorso significativo avendo avuto la fortuna di partecipare per tre anni consecutivi alla Summer School a Nizza e a Cannes da lui organizzata, un'esperienza che ha rappresentato per me molto più di una semplice occasione formativa. Attraverso quelle esperienze, così come seguendo nel corso degli anni i suoi progetti e le sue iniziative, ho avuto modo di avvicinarmi alla filosofia del diritto e al pensiero dell'“estetica giuridica” scoprendo prospettive e modalità di riflessione che hanno contribuito a orientare il mio percorso accademico e i miei interessi. Per questo motivo, poter concludere il mio percorso di studi con una tesi avendo come relatore il Professor Heritier rappresenta per me motivo di grande onore per la stima che nutro nei suoi confronti e per essere stato una figura di grande ispirazione durante il mio percorso universitario.

In secondo luogo, vorrei ringraziare la mia famiglia che mi ha sempre sostenuto anche da lontano. Vivere così distante da casa, la mia Sicilia, mi ha fatto comprendere meglio il valore della loro presenza, che non è mai venuta meno nonostante la distanza. Nei momenti più difficili e in quelli più belli ho sempre saputo di poter contare sul loro affetto, sostegno e vicinanza. Il mio pensiero va a mio padre Dario e a mio nonno Lillo che oggi avrebbero dovuto essere qui fisicamente; avrebbero voluto così. Ci sono assenze che il tempo non riesce ad attenuare, perché alcune persone continuano a vivere dentro di noi nel modo in cui pensiamo, nelle scelte che facciamo, nelle parole che pronunciamo e nei valori con cui scegliamo di stare al mondo. Avrei voluto incontrare il vostro sguardo e sapere cosa avreste pensato di me. Non posso più farlo. Posso però portare con me ciò che avete lasciato. Perché crescere significa anche rendersi conto

che anche senza accorgersene si diventa custodi di ciò che le persone che amiamo ci hanno insegnato. A voi dedico questo traguardo, ed anche se non siete qui, io vi porto sempre dentro di me; i vostri valori camminano sulle mie gambe.

Tengo in particolar modo a ringraziare mia madre Elda, la donna più importante della mia vita, che non mi ha mai fatto mancare nulla. Il suo sostegno, la sua spinta e la sua motivazione mi hanno aiutato tantissimo in questi anni di formazione; se sono arrivato fin qui, una parte del merito è sua. Dietro ogni mio passo, anche quelli che ho compiuto da solo, c'è sempre stata la sua presenza.

Un altro ringraziamento importante va a mia sorella Alice per essere stata una presenza fondamentale lungo questi anni, come una migliore amica, superando ogni distanza. In mezzo a tutto ciò che cambia nella vita, tu sei una delle poche certezze che rimangono.

Un grazie particolare al mio collega e grande amico Jamel per avermi aiutato in questi anni di università, non dimenticherò mai tutto quello che hai fatto per me.

Ringrazio inoltre i miei colleghi, oltre che amici, Nicholas, Francesco, Gregorio e Manuel per questi anni di reciproco aiuto. Siamo stati dei grandi combattenti. Vi voglio bene.

Infine, un ultimo pensiero va a tutti coloro che hanno contribuito a rendermi ciò che sono oggi. Sono davvero tante: dagli amici d'infanzia con cui sono cresciuto insieme come Gabriele, Antonio, Marco e Matteo; agli amici con cui ho creato negli anni anche se più tardi un fortissimo legame come Emanuele, Leonardo, Andrea, Alfredo, Francesco, Giorgia, Maria, ecc...; fino ai miei cugini Giacinto, Agostino, Viola, Carla, Ambra, Agnese. Ovviamente la lista non termina qui, ma le persone che hanno segnato un passaggio importante della mia vita lo sanno. Grazie a tutti di cuore.