

IUS GENTIUM E IUS COGENS. ALLE RADICI
DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI

FRANCESCO VIOLA

È generalmente riconosciuto che i diritti umani hanno prodotto un notevole mutamento nell'assetto generale del diritto internazionale. Non si tratta soltanto dell'emergere di nuovi contenuti normativi, ma soprattutto di un'erosione dell'identificazione del diritto internazionale come diritto inter-statale e come rigorosamente basato sulla sovranità interna ed esterna degli Stati. Tanti indizi confermano questa nuova linea di tendenza che consolida un diritto internazionale dei diritti umani.

In primo luogo, l'eliminazione della reciprocità: uno Stato non può addurre a giustificazione delle proprie violazioni dei diritti la violazione compiuta da altri Stati. Il principio di responsabilità internazionale nei confronti del rispetto dei diritti umani è stato ampiamente accettato. In secondo luogo, la contrazione della giurisdizione domestica, che non è più un dominio riservato e non protegge gli Stati da uno scrutinio e da una supervisione internazionale. In terzo luogo, la priorità dei doveri dei governi nei confronti dei diritti degli individui. I governi devono render conto di come trattano il loro stesso popolo. I diritti umani basilari costituiscono obblighi *erga omnes* riconosciuti da molti governi e istituzioni internazionali. Insomma, non solo la presenza dei diritti umani ha prodotto una rivoluzione nel diritto internazionale, contribuendo a umanizzare il diritto internazionale pubblico, ma – cosa ancor più importante – è stata proprio la convinzione della loro universalità a produrla. Ad esempio, la clausola *si omnes*, per cui se una parte del conflitto non è parte del trattato, allora questo non si applica a tutte le parti, è stata

più volte superata mediante il ricorso al diritto consuetudinario umanitario. Nel caso del diritto umanitario l'obbligazione ha carattere incondizionato e non reciproco¹.

In quest'articolo intendo mostrare che il fattore decisivo di quest'evoluzione del diritto internazionale contemporaneo risiede nel ritorno in forma nuova del diritto delle genti.

Solitamente il diritto delle genti è identificato, specie dopo il Trattato di Westfalia, con il diritto internazionale. Sostengo che quest'identificazione è erronea e impedisce di cogliere la relativa autonomia e le caratteristiche proprie del diritto delle genti. Qui intendo difendere l'idea che lo *ius gentium* è una forma a sé di diritto, la cui presenza è persistente lungo la storia, anche se in modi sempre diversi². Essa è stata ed è in continua comunicazione con le altre forme di diritto e spesso trasfonde in esse i suoi contenuti e le sue categorie senza, però, che questo faccia venir meno la sua identità e la sua funzione. Il diritto delle genti è morto ed è rinato più volte, tanto da potersi ritenere che non sia eliminabile dalla storia del diritto e dall'evoluzione dei sistemi giuridici l'istanza che lo anima né che sia pienamente sostituibile dalle altre forme del diritto.

La difesa di questa tesi richiede che si mostri in che cosa la forma giuridica dello *ius gentium* differisca dalle altre forme giuridiche, che s'individuino le ragioni per cui essa sorge accanto e però separatamente dalle altre, che si dimostri che queste ragioni riposano su esigenze presenti permanentemente nell'evoluzione dei sistemi giuridici. Poiché lo *ius gentium*, a sua volta, s'è presentato lungo la storia della cultura giuridica sotto differenti configurazioni, bisognerà anche mostrare che v'è cio-

¹ Per un'analisi approfondita di queste notazioni cfr. T. Meron, *International Law in the Age of Human Rights. General Course on Public International Law*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 301, M. Nijhoff, Leiden 2004.

² Di recente Waldron ha segnalato come un caso di *ius gentium* l'interessante pratica della Corte Suprema degli Stati Uniti di servirsi del materiale giuridico internazionale e straniero per interpretare la Costituzione americana. Cfr. J. Waldron, «Foreign Law and the Modern Ius Gentium», *Harvard Law Review*, n. 119, 2005, pp. 129-147.

nonostante fra esse una certa qual comunanza che permette di difendere un'unità analogica del suo concetto.

1. *Ius gentium romano*

Per la ricerca della forma giuridica propria dello *ius gentium* non è molto importante aver presente quali siano stati i rapporti intersoggettivi di cui s'è occupato nella sua lunga storia. S'è, infatti, parlato di tre modelli di diritto delle genti: quello prevalentemente rivolto al rapporto tra individui, quello prevalentemente rivolto al rapporto tra Stati e quello rivolto al rapporto tra individui e Stati. In realtà questa diversità di contenuti segna semmai le fasi principali del diritto delle genti³ e i problemi storici contingenti che via via ha dovuto affrontare, ma poco ci dice di per sé sulla sua natura giuridica, poiché gli stessi contenuti sono affrontati dal diritto interno e da quello internazionale.

Molto più interessante ai nostri fini è la questione perenne se lo *ius gentium* sia una forma di diritto naturale o di diritto positivo. È questo un interrogativo che è presente in tutte le fasi dell'evoluzione del diritto delle genti, dall'epoca romana a Tommaso d'Aquino e Vitoria, da Vico a Vattel fino ai tentativi più recenti di fondare il concetto di *ius cogens* presente nella problematica attuale del diritto internazionale. Il confronto tra queste posizioni differenti è complicato dal fatto che le idee sottostanti di diritto naturale e positivo non sono uniformi, cosicché non rare volte le soluzioni sono più vicine tra loro di quanto non appaia a prima vista. In più, non sempre questi autori si pongono lo stesso interrogativo. Infatti, chiedersi quale sia l'origine dello *ius gentium* non è la stessa cosa che domandarsi quale sia la sua natura giuridica. Ad esempio, è certo che secondo la concezione romana la fonte dello *ius gentium* è lo *ius naturale*⁴, ma

³ C. van Vollenhoven, *Les trois phases du droit de gens*, M. Nijhoff, La Haye 1919.

⁴ «Quod (ius) naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium». Gai. I, 1. Cfr. anche S.

ciò è pienamente compatibile con la loro convinzione che si tratti di diritto positivo a tutti gli effetti.

Com'è noto, lo *ius gentium* romano governava le relazioni fra i *cives* romani e gli stranieri (*peregrini*) e degli stranieri fra loro. Non era soltanto un diritto *inter gentes*, ma anche *intra gentes*. Era amministrato, a partire dal 242 a.C., da un pretore apposito (*praetor peregrinus*), i cui editti annuali eserciteranno un ruolo fondamentale nella formazione di categorie giuridiche proprie dello *ius gentium*, cioè capaci di essere applicate nelle relazioni fra soggetti che non condividono la stessa cultura né la stessa tradizione giuridica. Si profila così il vero e proprio compito dello *ius gentium*, quello permanente in tutte le epoche, cioè quello di governare le relazioni fra «estranei», tra esseri non appartenenti alla stessa tribù, allo stesso clan, alla stessa nazione, alla stessa cultura se non alla comune umanità. Questo – a mio parere – è nella sostanza il vero e proprio compito del diritto in generale, che, anche quando regola rapporti fra consociati, consanguinei o amici, li considera dal punto di vista della loro estraneità, cosa peraltro compatibile con una nozione allargata di amicizia qual è quella di Aristotele. In effetti, quando si litiga, una certa estraneità cala nel rapporto intersoggettivo e impedisce di tener conto dei legami personali che pur vi sono e continuano a esserci. Qui 'estraneo' non significa necessariamente 'straniero' o 'nemico', ma l'altro uomo considerato sulla base dell'eguaglianza e della reciprocità, anche se all'interno di contesti storici e culturali determinati. È proprio per queste ragioni, che giustificano l'esserci del diritto, che attribuisco al diritto delle genti un'importanza cruciale.

Queste considerazioni sono confermate dalla linea di tendenza della storia delle società umane e, parallelamente, degli ordinamenti giuridici: prima confinati nel clan tribale e nelle strutture della parentela, poi allargatisi alle città comunali e allo Stato moderno e, infine, sempre più orientati verso la dimensione globale e internazionale. Il diritto ha seguito passo passo quest'evo-

luzione delle società umane, portando al loro interno l'esigenza di un affrancamento dalla considerazione particolare delle persone (*acceptio personae*). Anche se quest'esigenza è stata sempre pesantemente condizionata dalle discriminazioni di origine culturale e sociale, tuttavia si può affermare che nella storia del diritto è chiaramente distinguibile la lotta contro il particolarismo degli individui, delle tribù, dei ceti, delle classi sociali, delle razze, degli Stati nazionali. Sembra che la situazione attuale sia più propizia a evidenziare le istanze più profonde della civiltà giuridica.

Di fatto è avvenuto, ma non sarà la prima né l'ultima volta, che molto più tardi a Roma le categorie giuridiche dello *ius gentium* si travasarono nello *ius civile*, cosicché la nostra cultura giuridica attuale sarebbe ben diversa senza l'influsso del diritto delle genti romano. Ciò lo dico a riprova del suo carattere 'positivo'. In effetti il diritto delle genti è un laboratorio giuridico in cui i principi generali della convivenza umana vengono lentamente trasformati in principi di diritto positivo. Com'è noto, il processo di fusione dello *ius gentium* e dello *ius civile* e di contaminazione fra loro inizia e si svolge nel periodo della giurisprudenza classica, cioè nell'età ciceroniana, soprattutto quando gli elementi interni dei negozi del commercio vengono valorizzati in una società che si va facendo sempre più cosmopolita e influenzata dallo stoicismo prima e dal cristianesimo poi⁵.

Non so se il *praetor peregrinus* avesse conoscenze approfondite degli usi e costumi giuridici dei popoli stranieri. Il fatto è che in ragione del suo ufficio era condotto a privilegiare la sostanza sulla forma, specie quando i litiganti non appartenevano allo stesso popolo. I vincoli formali sono molto più condizionati dalla cultura di quanto lo siano gli accordi reali. Così, ad esempio, nell'ambito del regime dei contratti gli effetti giuridici sono collegati alla presenza reale del *consensus*, della *voluntas* o del-

⁵ In particolare, nel campo dei negozi giuridici, si forma la dottrina del *contractus* nella sua nozione più larga, sia riguardante i diritti reali sia quelli relativi ai vincoli obbligatori. Il punto centrale di essi è la *conventio*. Cfr. *ibid.*, p. 102.

l'*animus*, anche se la forma fa difetto. Gente che non rare volte neppure si comprende sul piano linguistico ha bisogno per interagire giuridicamente di affidarsi alla sostanza delle cose. Ciò significa che lo *ius gentium* non è un diritto in senso tecnico, ma è un diritto legato a quelle forme elementari della vita che sono comuni a tutti gli uomini, che poi era il modo romano di considerare pragmaticamente il diritto naturale.

È interessante notare che l'orgoglio romano non consentiva di applicare all'interno regole provenienti dall'esterno e, quindi, induceva a rielaborare come diritto interno ciò che pure proveniva da usi e costumi di altri popoli⁶. In tal modo accanto allo *ius strictum* prendeva corpo lo *ius aequum*⁷, cioè un diritto che non sacrifica al formalismo le esigenze di umanità. L'equità, introdotta dallo *ius gentium*, non deve essere intesa come un indebolimento del diritto o come una sua mitigazione, ma come un potenziamento della sua tendenziale universalità⁸. Il rigore, come l'appartenenza, è discriminante e contrasta con l'intento di favorire la comunicazione fra gli uomini, accogliendo nella misura del possibile il pluralismo dei valori. Lo *ius gentium* porta in sé l'esigenza di un diritto positivo universale o, meglio, di un diritto interno che sia in linea di principio accettabile da tutti i popoli e da tutti gli uomini, di un diritto non nazionalistico ma aperto alla diversità. È superfluo notare che oggi i diritti umani, protetti dalle costituzioni, assolvono la medesima funzione e possono considerarsi, pertanto, come parte dello *ius gentium* del nostro tempo.

Da ultimo vorrei segnalare un altro aspetto dello *ius gentium* romano interessante anche per noi, cioè la centralità in esso

⁶ Cfr. H.C. Clark, «Ius Gentium – Its Origin and History», *Illinois Law Review*, vol. 14, n. 4, 1919, p. 248.

⁷ Secondo Ulpiano «aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex». Dig. XIII, 4, 4, 1.

⁸ L'espressione «diritto mite» di per sé è ambigua, potendosi intendere come un diritto meno imperativo e più permissivo. Ma opportunamente Zagrebelsky l'intende come un diritto che si sforza di evitare la tirannia dei valori. Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992 e anche N. Bobbio, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Linea d'Ombra, Milano 1994.

dell'elemento etico della *bona fides*, dell'affidamento, della fiducia⁹. Ciò è per buona parte richiesto dal mondo dei traffici internazionali e dalla necessità di proteggere la stabilità delle relazioni commerciali, nonché l'affidabilità delle persone¹⁰. La ricerca degli effettivi elementi interiori della volontà e quella della determinazione del contenuto dei negozi e della loro finalità sostanziale sono funzionali all'individuazione dell'oggetto della *fides*, affinché l'atto di affidamento possa essere giustificato. L'estraneità culturale e linguistica non esclude che dalle relazioni intersoggettive non nascano vincoli pregiuridici. Di fatto questi stranieri, con cui i cittadini romani avevano a che fare, non erano soltanto persone con cui avevano intrattenuto rapporti fugaci, ma anche e soprattutto gente con cui avevano stretto rapporti duraturi di convivenza e persino vincoli più specifici, come avveniva nell'ambito della famiglia romana e nei rapporti di patronato, di *amicitia* e di *hospitium*. Voglio dire che lo *ius gentium* si occupa non solo della sicurezza dei traffici commerciali, ma anche della protezione delle consuetudini di vita¹¹. Insomma, laddove esseri umani s'incontrano e intrecciano relazioni di qualsiasi genere, già è presente un problema di diritto e di torto per la tutela delle aspettative legittime, in una parola un problema di giustizia. Da questo punto di vista il diritto delle genti è legato alla consuetudine se essa è intesa non già come fatto culturale specifico (*mores*), ma in senso più allargato di normalità dei rapporti umani a prescindere dalle differenze culturali e dagli stili particolari di vita. Per questo si colloca tra il diritto naturale e quello positivo e ha qualcosa dell'uno e dell'altro senza essere riducibile totalmente all'uno o al-

⁹ Cfr. P. Frezza, «Ius gentium», ora in A. Corbino (a cura di), *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Cedam, Padova 1995, pp. 99-128.

¹⁰ Per un confronto tra l'antico *ius gentium* e la *lex mercatoria* v. W. Wirt Howe, «Ius Gentium and Law Merchant», *The American Law Register*, n. 50, 1902, pp. 375-393.

¹¹ Per una rassegna della tutela offerta dal diritto positivo attuale ai rapporti amicali e di cortesia cfr. A. Palazzo, I. Ferrante, *Etica del diritto privato*, 2 voll., Cedam, Padova 2002.

giusto?

l'altro. La storia del diritto mostrerà che questa sfera del giuridico è ineliminabile senza grave danno, ma dobbiamo meglio capire le ragioni del rifiuto della rigida contrapposizione fra naturale e artificiale che il diritto delle genti suggerisce e implica.

2. *Modi di produzione dello ius gentium*

Il pragmatismo dei giuristi romani non permetteva una chiarificazione filosofica dello *ius gentium*, nonostante l'influsso dello stoicismo. Non posso, però, qui ripercorrere le tappe più direttamente filosofiche e teoriche del diritto delle genti e, soprattutto, soffermarmi sull'importanza che notoriamente ha avuto per il sorgere del diritto internazionale in senso moderno. Debbo limitarmi a qualche piccolo cenno a ciò che è avvenuto dopo l'epoca romana.

Molto più tardi la riflessione di Tommaso d'Aquino, sia per i suoi contenuti sia per l'influenza esercitata sui teologi giuristi del secolo XVI, da Vitoria a Suarez, e attraverso essi su Grozio stesso, costituisce un punto di riferimento paradigmatico per chi voglia comprendere anche il diritto delle genti del nostro tempo. Apparentemente il pensiero di Tommaso a questo proposito sembra contraddittorio, poiché, da una parte, egli dice che la legge umana si distingue in *ius gentium* e in *ius civile*¹², considerando dunque il primo come diritto positivo a tutti gli effetti, mentre, dall'altra, sostiene che «al diritto delle genti appartengono le cose che derivano dalla legge naturale come conclusioni da principi»¹³. Ora qui non mi interessa sviluppare e difendere una specifica interpretazione del pensiero di Tommaso¹⁴, ma andare al nocciolo del problema, che è poi quello della ragion

¹² *Sum. theol.*, I-II, 57, 3.

¹³ *Ibid.*, I-II, 95, 4.

¹⁴ Per un'introduzione al problema rinvio ad A.-H. Chroust, «The 'Ius Gentium' in the Philosophy of Law of St. Thomas Aquinas», *Notre Dame Lawyers*, n. 17, 1941-42, pp. 22-28. Molto convincente mi sembra l'interpretazione sviluppata da J. Maritain, *Nove lezioni sulla legge naturale*, a cura di F. Viola, Jaca Book, Milano 1985, pp. 65-70.

d'essere dello *ius gentium*. Gli interpreti, da parte loro, sono generalmente d'accordo nel ritenere che per Tommaso il diritto delle genti è diritto positivo, come d'altronde ritennero i teologi della Seconda Scolastica spagnola, ma ciononostante il riferimento al diritto naturale non è privo d'importanza, perché è rivelativo di quale forma di diritto positivo si tratti.

Se partiamo dalla circostanza che il problema è come regolare i rapporti tra persone singole e tra comunità di persone che non hanno fra loro una comunanza di cultura, di stili di vita, di valori specifici, allora non si può pensare che principi generali di diritto naturale possano servire direttamente a questo scopo nella misura in cui sono pur sempre legati per la loro formulazione a determinati contesti culturali. Tuttavia queste persone già hanno tra loro una certa consuetudine di rapporti: vivono insieme, lavorano l'uno accanto all'altro, contrattano fra loro, hanno mutue relazioni, a volte fugaci e a volte dotate di una certa stabilità. Questo spiega la ragione della grande importanza che ha sempre avuto la consuetudine per il diritto delle genti. Ma ciò non significa che sia legittima una sua riduzione al diritto consuetudinario *sic et simpliciter*. È più corretto considerare tutto ciò come la base empirica dello *ius gentium*, cioè quella dimensione esperienziale da cui sorge il problema giuridico e impone la ricerca della regola. E allora dobbiamo dire che il diritto delle genti si caratterizza per il modo in cui si cerca e si stabilisce la regola giuridica in circostanze del genere.

Quando c'è una comunanza forte fra i soggetti della regolamentazione giuridica, allora si può accettare il metodo dell'autorità, perché esso si esercita all'interno di un quadro di valori già condiviso e ha lo scopo di fornire direttive d'azione univoche al fine della coordinazione delle azioni sociali. Ma nel nostro caso è proprio il riconoscimento di un'autorità comune ciò che manca; d'altronde, qualora vi fosse (come nell'ipotesi di uno Stato mondiale), allora questi problemi giuridici sarebbero risolti allo stesso modo di quelli del diritto interno. Ma è possibile un diritto positivo senza autorità? Se si vuole rispondere affermativamente a questa domanda, si deve accettare l'idea di un diritto positivo che scaturisca dalla ragione umana e non già

dalla volontà umana, senza per ciò stesso essere 'diritto naturale'. Questa è la sfida che lo *ius gentium* ha dovuto sostenere in tutte le epoche e in tutte le sue fasi storiche. Il diritto delle genti ha affrontato questa impresa seguendo due linee di ricerca, a volte separatamente e a volte congiuntamente.

Seguendo il primo orientamento, si tratta, mediante ragionamenti e dimostrazioni logiche, di derivare dai primi principi della legge naturale conclusioni che rispondano alle concrete circostanze. Ad esempio, il principio che non bisogna condannare nessuno senza prima averlo ascoltato è derivato logicamente dal rispetto che dobbiamo alla dignità di ogni uomo, anche quand'è accusato di un crimine. In quest'ottica i principi del diritto delle genti sarebbero nella sostanza un'applicazione della legge naturale alle situazioni particolari della vita associata¹⁵. E allora perché mai continuare a considerarle regole di diritto positivo?

Credo che bisognerà cercare la risposta nel fatto che esse sono frutto di un'elaborazione articolata della ragione umana e non già di conoscenza immediata o evidente. Si richiede un ragionamento e, quindi, un'opera di raziocinio umano che approdi a formulazioni più o meno convenienti e più o meno discutibili, cioè a prodotti dotati di una certa artificialità. In questo senso appartengono al diritto positivo e sono sempre rivedibili almeno per quanto riguarda la loro enunciazione. Non solo i dettami di una volontà sovrana e non solo le pratiche sociali, ma anche l'esercizio del raziocinio nella formulazione delle regole più convenienti e nella costruzione delle istituzioni più giuste appartiene al processo di positivizzazione del diritto. Forse, accogliendo un suggerimento di Maritain, sarebbe a questo proposito meglio parlare di una *legge comune dell'umanità* piuttosto che

¹⁵ È interessante notare che Tommaso d'Aquino adduce come esempio di una regola di *ius gentium* lo stesso divieto di uccidere, che solitamente viene considerata una regola di diritto naturale. Ma per Tommaso si tratta di una regola del diritto delle genti, perché è derivata mediante l'esercizio della ragione dal principio più generale che non bisogna arrecare danno al prossimo. Cfr. *Sum. theol.*, I-II, 95, 2.

di diritto delle genti¹⁶. Si tratterebbe di un corpo di principi forniti di una giustificazione razionale e di fatto ampiamente praticati, come ad esempio i principi del giusto processo, quelli del *rule of law*, quelli riconosciuti da tutte le nazioni civili e – aggiungerei oggi – il costituzionalismo e i diritti umani. Questa linea di pensiero – com'è noto – è stata enfatizzata dal giusnaturalismo razionalistico moderno con una certa dose di rigidità, si ritrova nella concezione kantiana del diritto delle genti e, più di recente, nel «diritto dei popoli» di Rawls¹⁷.

Sulla base del secondo orientamento, quello più empirico, è lecito ritenere che, ragionando sulle circostanze di fatto delle interrelazioni fra gente appartenente a mondi culturali ben differenti, si possa stabilire quali aspettative sono legittime e degne di tutela e quali, al contrario, sono infondate, formulando così regole e categorie giuridiche che valgano per il futuro. Non si dovrebbe trattare di scelte arbitrarie, ma giustificate dalla ragionevolezza, cioè dal rispetto maggiore possibile della libertà delle persone, della loro eguaglianza e della tutela dei beni e dei valori in questione. Si tratterebbe di ciò che è ragionevole pretendere in quelle determinate condizioni e di ciò che non sarebbe ragionevole imporre. Queste regole 'ragionevoli' si possono considerare già implicitamente accettate dai soggetti interessati per il fatto stesso della loro partecipazione a queste interazioni esistenziali e in certo qual modo come prodotte da loro stessi e, al contempo, iscritte nella struttura stessa delle relazioni intersoggettive a cui s'è dato vita¹⁸. Tutto ciò non credo sia un'ipotesi astratta, ove si pensi a ciò che succede oggi in seguito alla

¹⁶ Jacques Maritain ha proposto di chiamare così il *ius gentium* per esprimere meglio il concetto. Cfr. J. Maritain, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷ Cfr. il mio «Problemi filosofici di giustizia internazionale. A proposito di 'The Law of Peoples' di John Rawls», *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, n. 6, 2001, pp. 115-155.

¹⁸ «Quod ius gentium non solum habet vim ex pacto et condito inter homines, sed etiam habet vim legis. Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestatem ferendi legis aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium». F. de Vitoria, «Relectio de potestate civili», in T. Urdanoz (a cura di), *Obras completas de Francisco de Vitoria*, BAC, Madrid 1960, p. 191.

globalizzazione dei mercati e al moltiplicarsi delle relazioni multiculturali in assenza di un' autorità mondiale.

Questo diritto, che scaturisce dalla ragionevolezza¹⁹, si va formando in modo caotico, frammentario e provvisorio. È anche indicativo che il protagonista di questo diritto decontestualizzato al massimo sia – com'era avvenuto in epoca romana – il contratto, perché la legge positiva richiede una comunità e un' autorità. E allora è ovvio che il contratto assuma funzioni assolutamente inconcepibili nel passato, quando era inteso soltanto come composizione di interessi privati, cioè assuma funzioni di supplenza in mancanza della legge, proteggendo anche interessi pubblici. La stessa categoria del contratto si riduce all'osso e si concentra nell'unica caratteristica della volontà delle parti, escludendo ogni altro requisito (com'è palese dalla compilazione dei principi dei contratti commerciali internazionali fatta da *Unidroit*). Per inciso c'è da notare che le fonti di cognizione tendono a trasformarsi in fonti di produzione.

Un altro fenomeno, degno di nota per un filosofo del diritto, è quello dello *shopping* del diritto, per cui i cittadini di uno Stato possono per contratto optare per il diritto di uno Stato terzo. E qui è palese che la denazionalizzazione del diritto avviene anche all'interno degli Stati. Si pone il problema di un linguaggio giuridico comune e, quindi, della traduzione dei termini tecnici provenienti da differenti sistemi giuridici. Questo dà luogo spesso a una vera e propria negoziazione di nozioni che è nella sostanza una negoziazione dei valori e delle garanzie. Tutto ciò – com'è palese nel diritto comunitario europeo – non riguarda certo il diritto internazionale, ma interessa senza dubbio l'ambito del diritto delle genti.

Dunque, in vario modo, attraverso percorsi differenziati e mediante procedimenti distinti, si va formando o, meglio, continua a configurarsi uno spazio proprio, che non è diritto positivo volontario (nazionale o internazionale), ma non è neppure diritto naturale, è basato sul consenso, ma anche sulla giustificazione in ter-

¹⁹ Cfr., in generale, F. Viola, «Ragionevolezza, cooperazione e regola d'oro», *Ars interpretandi*, n. 7, 2002, pp. 109-129.

mini di ragione. Questo spazio giuridico è in piena continuità con quello che i romani chiamavano *ius gentium* e si caratterizza per un uso multiforme della ragione, dalla razionalità alla ragionevolezza, produttivo in qualche modo di giuridicità. Si tratta di una ragion pratica che dialoga con l'effettività e prende atto delle circostanze, pervenendo a risultati il cui valore è relativo e sempre rivedibile²⁰, perché si mantiene vigile ad assicurare una reale comunicazione fra uomini appartenenti a culture, nazioni, etnie e tribù differenti. La funzione di questo diritto delle genti, allora come ora, è quello di difendere l'universalità della regola giuridica, di tutelare le aspettative di tutti gli uomini senza discriminazione e di custodire beni e valori essenziali per l'umanità.

È interessante notare che questo spazio giuridico positivo non si trova in nessun luogo proprio, ma dappertutto, nel diritto interno come in quello internazionale, nella *lex mercatoria* come nelle carte dei diritti. Laddove c'è diritto positivo, ci sono istituti di *ius gentium*, perché abbiamo a che fare con l'umano senza aggettivi e senza esclusioni. Non si tratta di un sistema giuridico accanto agli altri. Il diritto delle genti non è un ordinamento giuridico compiuto e autonomo²¹, poiché riguarda un corpo di dottrine, concetti giuridici, regole e principi in ordine sparso, in continuo rifacimento e perenne rielaborazione, anche in considerazione delle sempre più ampie esigenze di comunicazione delle diversità²².

²⁰ Qui mi riferisco alla presenza di istituti di *ius gentium* che sono per noi inaccettabili, quale quello della schiavitù. Ma questo è anche indicativo della natura di questa forma giuridica e deriva dalla distinzione stoica – recepita dai Padri della Chiesa – tra diritto naturale primario e secondario. La cosa curiosa è che oggi – come si vedrà in seguito – un'istituzione di *ius gentium* è il divieto della schiavitù. Ma questo mi sembra una lampante conferma del suo carattere positivo. La positività fa perdere al diritto la garanzia della giustizia.

²¹ Ciò non significa che non vi possano essere manifestazioni autonome di istituzioni proprie di *ius gentium*, com'è avvenuto con il tribunale di Norimberga. Non si possono, invece, considerare tali i tribunali *ad hoc* per i crimini di guerra nella ex Jugoslavia o nel Ruanda, che sono espressioni di diritto internazionale a tutti gli effetti.

²² La mutabilità del diritto delle genti e del suo riferimento al consenso si trova già nella compilazione giustiniana. Cfr. *Inst.* I, 2, II.

3. Diritto delle genti e law of nations

Abbiamo sopra notato che una delle più rilevanti intuizioni del diritto romano è stata quella di rendere consapevolmente lo *ius gentium* un diritto interno, destinatario di una specifica elaborazione. Nello stesso tempo non fu considerato come un corpo giuridico separato e riservato a determinati soggetti, ma si favorì il processo di travaso nello *ius civile*, cosa che ebbe termine con la compilazione giustiniana, che rese le due sfere quasi indistinguibili. Questo fenomeno non restò isolato e già fin dall'inizio è rivelativo della capacità dello *ius gentium* di produrre civiltà giuridica.

Com'è noto, un processo dello stesso genere avvenne in riferimento al diritto internazionale. Qui gli istituti di *ius gentium*, già individuati da Vitoria²³ e precisati da Grozio, si travasarono nel diritto internazionale moderno, rendendolo un vero e proprio ordine giuridico. Anche allora sembrò che la funzione autonoma dello *ius gentium* si fosse esaurita ed esso diventò sinonimo di «diritto internazionale» (*law of nations*). Questa completa perdita d'identità si consuma nel pensiero di Vattel. Il suo problema è quello di conciliare il *law of nations* «necessario», che non è altro che l'applicazione alle relazioni internazionali del vecchio diritto naturale, nella sostanza ridotto al principio della sicurezza nazionale e a quello del mantenimento degli impegni espressi o taciti presi dagli Stati²⁴, con quello «volontario», che costituisce il corpo principale del diritto delle genti. Scompare del tutto l'idea che il diritto delle genti possa riguardare anche gli individui o gli esseri umani in quanto tali, idea ancora presente in Vitoria, che accanto al diritto dei popoli (*ius inter gentes*) aveva parlato, sulla stessa linea di Gaio²⁵, anche di un di-

²³ Cfr., ad esempio, I. Trujillo Pérez, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Giappichelli, Torino 1997, p. 103 e sgg.

²⁴ Per un'acuta analisi del pensiero di Vattel rinvio a F. Mancuso, *Diritto, Stato, Sovranità. Il pensiero politico-giuridico di Emer de Vattel tra assolutismo e rivoluzione*, ESI, Napoli 2002.

²⁵ Secondo Gaio lo *ius gentium* è istituito dalla «naturalis ratio inter omnes homines». Cfr. *Ist.*, I, 1 e *Dig.*, I, 1, 9.

ritto universale del genere umano (*ius inter homines*)²⁶. Vattel critica aspramente la confusione tra il diritto naturale degli individui e quello delle nazioni. Solo le seconde sarebbero pienamente autosufficienti e indipendenti²⁷ fino al punto da essere i giudici ultimi della propria condotta²⁸.

Questa doppia restrizione del diritto delle genti al campo internazionalistico e al rapporto fra gli Stati è un grave travisamento della sua perenne funzione storica ed è del tutto corrispondente alla sua eliminazione nel diritto interno²⁹. Voglio dire che, se la funzione storica del diritto delle genti è quella di proteggere l'umano in quanto tale nella sua diversità storica e culturale, allora esso non potrà mai essere interamente assorbito dal diritto interno e dal diritto internazionale. I sistemi giuridici, pressati dal valore della certezza e da quello della sovranità del potere, tendono a restringere, sia sul piano di estensione sia sul piano qualitativo, l'ambito dell'umano da prendere in considerazione. Ammettere o riconoscere che nel loro interno continuano a operare le istanze del diritto delle genti significa poter discernere e identificare le energie immanenti che ne sollecitano l'evoluzione.

4. *Ius cogens: una nuova fonte del diritto internazionale*

Credo che oggi siano molti gli esempi di questo lavoro dello *ius gentium* all'interno del diritto positivo contemporaneo. Vorrei soffermarmi solo su uno di essi; anche se so bene che si discute

²⁶ Cfr. L. Ferrajoli, «La conquista dell'America e la dottrina della sovranità esterna degli Stati», *Meridiana*, n. 15, 1992, pp. 17-52.

²⁷ Per la cit. di Vattel da *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres 1758 cfr. F. Mancuso, *op. cit.*, p. 262.

²⁸ Per la cit. di Vattel cfr. *ibid.*, p. 268.

²⁹ Questa visione più allargata del diritto internazionale è difesa da A. Truyol y Serra, «Théorie du droit international public», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. IV, n. 173, 1981, p. 33 e sgg. Cfr. anche P. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven 1956 e C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Praeger, New York 1958.

se si tratti di un esempio di diritto delle genti³⁰, in ogni caso ne è un prodotto.

Nella Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati si parla per la prima volta di norme imperative o di *ius cogens*, la cui violazione è causa specifica di nullità dei trattati³¹. Ma ormai è chiaro alla dottrina che con questo concetto non si ha tanto di mira l'affermazione di limiti all'autonomia contrattuale degli Stati, quanto soprattutto l'affermazione dell'esistenza di alcuni valori essenziali per la convivenza pacifica nell'ambito della Comunità internazionale³².

Il profilo estremamente interessante di queste norme di diritto internazionale risiede nella loro natura *imperativa*, cioè non derogabile dalla volontà degli Stati, sulla quale si fondavano tradizionalmente le altre fonti del diritto internazionale³³. Si tratta di

³⁰ Ma v. M. Iovane, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2000, p. 43 e sgg.

³¹ Sull'argomento la bibliografia è già molto ampia. Una rassegna completa delle interpretazioni è compiuta da R. Kolb, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, PUF, Paris 2001, anche se a mio parere è insoddisfacente ridurre il problema a quello della validità degli atti giuridici. Infatti, la tesi dell'autore è che lo *ius cogens* è una tecnica giuridica che impone un effetto speciale di certe norme sotto l'aspetto della loro derogabilità. *Ibid.*, p. 172.

³² Nel 1965 la Corte costituzionale tedesca ha definito i criteri per individuare queste norme perentorie. Si tratta di regole profondamente radicate nelle convinzioni giuridiche della Comunità delle nazioni, ritenute indispensabili all'esistenza del diritto internazionale come ordine giuridico pubblico e la cui osservanza può essere richiesta da tutti i membri della Comunità internazionale. Sono state avvicinate al *Law of Nations* necessario, di cui parlava Vattel. Ma ciò non convince, perché per Vattel si trattava di diritto naturale immutabile, mentre queste norme perentorie possono essere abrogate da altre dello stesso livello normativo. Però bisogna riconoscere il paradosso tra una società internazionale ancora intesa come interstatale e un ordine pubblico che difende valori superiori agli interessi degli Stati. Questo paradosso è ben messo in luce da G.A. Christenson, «Ius cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society», *Virginia Journal of International Law*, n. 28, 1987-88, pp. 585-648.

³³ Cfr. A. Verdross, «Ius Dispositivum and Ius Cogens in International Law», *The American Journal of International Law*, n. 60, 1966, pp. 55-63, che riprende un famoso articolo sullo *ius cogens* scritto dall'autore prima della seconda guerra mondiale (1937).

valori supremi senza i quali l'ordinamento giuridico internazionale non potrebbe neppure sussistere e la cui violazione è riconosciuta come un crimine dalla Comunità internazionale nel suo complesso³⁴. Tuttavia non v'è consenso unanime sul contenuto di tali principi. La Commissione del diritto internazionale li ha esemplificati nelle norme che vietano l'aggressione, il colonialismo, la schiavitù, il genocidio, l'*apartheid* e l'inquinamento massiccio dell'atmosfera e dei mari³⁵. Nonostante le incertezze sul loro contenuto e la scarsa incidenza operativa che finora la nozione di *ius cogens* ha avuto³⁶, l'importante è che essa sia ormai diventata diritto positivo internazionale e che, combinandosi con altre tematiche consimili (come quella degli obblighi *erga omnes* degli Stati e della loro responsabilità internazionale), contribuisca, almeno in linea di principio, al superamento del modello westfaliano delle relazioni internazionali. Ora io vorrei mostrare che questa nozione è il prodotto di un lavoro della ragione giuridica del tutto identico a quello tipico dello *ius gentium* in tutte le epoche e che – come nell'*habeas corpus* – in definitiva il suo carattere imperativo deriva dalla *cogenza della ragione*³⁷.

Innanzitutto, emerge una situazione nuova, una nuova circostanza storica, che produce consuetudini ma che non è essa stessa una consuetudine, cioè la crescita esponenziale dell'interdipendenza degli Stati e dei popoli della Comunità internazionale. Dobbiamo ben capire questo 'fatto' per poter discernere le regole che esso sollecita in combinazione con i valori già presenti nella Comunità internazionale.

³⁴ A. Cassese, *Diritto internazionale. I. I lineamenti*, a cura di P. Gaeta, il Mulino, Bologna 2003, p. 234.

³⁵ Per una rassegna dettagliata delle principali norme di *ius cogens* cfr. K. Parker, «Ius Cogens: Compelling the Law of Human Rights», *Hastings International Law and Comparative Law Review*, n. 12, 1988-89, pp. 411-463.

³⁶ Nel 1986 la Corte internazionale di giustizia ha basato una famosa decisione riguardante le attività militari e paramilitari nel e contro il Nicaragua sulla nozione di *ius cogens*.

³⁷ I precedenti si possono rintracciare nei principi romanistici: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* e *privatorum conventio iuri publico non derogat*.

Possiamo dire che nell'ultimo secolo questa Comunità è passata da un diritto alla mera coesistenza a un diritto della cooperazione e, ultimamente, si avvia verso un diritto dell'interdipendenza³⁸, con la precisazione che si procede per accumulazione, cioè senza che vengano meno i meccanismi del passato.

La differenza fra il diritto di coesistenza e quello di cooperazione è in breve la seguente: il primo è basato su interessi antagonisti e il secondo su interessi e finalità comuni; il primo riposa su obblighi di astensione, il secondo su obbligazioni a fare; il primo riposa su meccanismi di autoregolazione *uti singuli*, il secondo su un sistema istituzionalizzato; il primo sull'eguaglianza formale e il secondo su una individualizzazione materiale delle prestazioni; il primo conosce obbligazioni di risultato e invece il secondo obbligazioni di mezzo³⁹. Ma l'interdipendenza introduce fattori ulteriormente nuovi. Essa differisce dalla cooperazione per il fatto che non è volontaria, ma dettata da fatti che sfuggono alla volontà umana consapevole e a cui bisogna adattarsi se si vuole sopravvivere insieme. Si può scegliere se cooperare o meno, ma non si scelgono le dipendenze, di cui faremmo volentieri a meno. Nessuno ha in senso proprio voluto la globalizzazione, ma per il fatto che si è presentata nella nostra vita con la stessa ineluttabilità di un fenomeno atmosferico dobbiamo adattarci a essa e, al contempo, difendere al suo interno la dignità delle persone.

La crescita dell'interdipendenza ha prodotto nel diritto internazionale un progressivo trasferimento alla stessa Comunità internazionale di forme di gestione pubblicistica dei suoi valori essenziali. Gli obblighi *erga omnes* non sono che un aspetto di tale fenomeno. È interessante notare che solo quest'interdipendenza costringe a rinunciare definitivamente all'obiettivo del-

³⁸ Cfr. P. Picone, «Interventi delle Nazioni Unite e obblighi *erga omnes*», in Id. (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Cedam, Padova 1995, p. 519.

³⁹ Per queste distinzioni cfr. G. Abi-Saab, «Cours general de droit international public», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, n. 7, 1987, p. 321 e anche W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, New York 1964.

l'autosufficienza dello Stato, che – come sappiamo – è una sua finalità caratteristica⁴⁰. Un ordine internazionale basato sull'equilibrio delle potenze era possibile solo tra Stati autosufficienti in linea di principio. Ma ora nessuno Stato, per quanto potente, può definirsi indipendente in fatto di risorse, di processi economici, di sapere tecnologico, di gestione del proprio territorio. In tal modo il principio di eguaglianza degli Stati assume una dimensione ben più realistica di quella meramente formale. Esso ci dice che tutti gli Stati fanno parte di un insieme complesso di interconnessioni e di interrelazioni ben più somigliante a una Comunità di quanto lo siano individui autosufficienti e indipendenti.

Come tutti i dati di fatto, anche l'interdipendenza può essere praticata bene o male. Poiché non si tratta di un'interdipendenza paritaria e reciproca⁴¹, ma di un'interdipendenza a catena⁴², la gestione degli affari comuni e dei valori essenziali deve essere compiuta tendenzialmente da tutta la Comunità internazionale. Per questo non accetto la tesi per cui i singoli Stati hanno il diritto naturale di agire unilateralmente *uti universi* per la tutela dei valori dell'ordine pubblico internazionale⁴³. Se c'è un diritto dell'interdipendenza, le decisioni e le azioni devono essere comuni. Se è vero che ogni Stato è giudice della propria sicurezza nazionale, è altresì vero che solo la Comunità internazionale è giudice della sicurezza internazionale e del rispetto dei diritti in

⁴⁰ Cfr. il mio «La crisi della politica come comunità di vita», *Dialoghi*, vol. 1, n. 1, 2001, pp. 40-49.

⁴¹ Considero 'paritaria e reciproca' l'interdipendenza che A ha nei confronti di B e B nei confronti di A, anche se non per le stesse cose.

⁴² Chiamo 'a catena' l'interdipendenza che v'è tra un anello della catena e l'anello precedente e quello successivo. In questo caso nella sostanza ogni anello dipende da tutti gli altri e – come sappiamo – gli anelli deboli trasferiscono la loro debolezza a tutta la catena.

⁴³ Tra l'altro questa tesi è molto vicina alla concezione di Giovanni Gentile, che vede nella difesa dell'interesse nazionale non già un atto egoistico, ma un'affermazione doverosa del valore universale dello spirito. Cfr. G. Gentile, *La filosofia della guerra*, conferenza tenuta alla Biblioteca filosofica in Palermo l'11 ottobre 1914, Ergon, Palermo 1914, pp. 23-25 e, per i precedenti filosofici, G. Rametta (a cura di), *Filosofia e guerra nell'età dell'idealismo tedesco*, Franco Angeli, Milano 2003.

qualsiasi parte del mondo. Non si può notare che lo Stato contemporaneo si è assunto, oltre alla tradizionale difesa della sicurezza nazionale, anche la tutela dei valori essenziali della Comunità internazionale senza al contempo precisare che le forme di adempimento di questi obblighi sono ben diverse: dal giudizio autonomo e intransferibile del primo al giudizio comunitario e 'internazionale' del secondo. Se ci si assume la responsabilità nei confronti del rispetto dei diritti umani nel mondo, ci si assume anche l'impegno a cooperare con gli altri soggetti internazionali a questo scopo, e in primo luogo nelle decisioni da prendere. Solo così i diritti umani possono ricevere una vera e propria tutela internazionale disinteressata.

Ancora una volta notiamo, dunque, che la transizione attuale del diritto internazionale vede soggetti fondamentali come gli Stati gravati di nuovi compiti, che però non di rado vengono assolti con i vecchi strumenti della ragion di Stato. E tuttavia sarebbe irrealistico ed eticamente discutibile negare la stessa esistenza di questi nuovi compiti degli Stati e della Comunità internazionale per evitare le prevaricazioni e lo sfruttamento delle dipendenze⁴⁴.

A questo quadro approssimativo dobbiamo aggiungere una notazione finale relativa alle differenze fra il costituzionalismo statale e quello internazionale.

A livello nazionale c'è già una vita comune, fatta di relazioni stabili e cooperative nell'ambito di un determinato territorio ed è quindi necessario disegnare un quadro generale e unitario di valori e di istituzioni che regoli una convivenza pacifica e giusta. A livello internazionale l'esigenza di costituzionalizzazione è segnata – come s'è detto – dall'interdipendenza. Mentre la comunanza di vita è un tutto unitario di una comunità nazionale,

⁴⁴ In questo sono in disaccordo con la linea di pensiero di Zolo. Cfr., soprattutto, D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino 2000. Come nota Beitz, il non-interventismo non è un principio moralmente neutrale, perché implica la convinzione dell'inesistenza di principi di giustizia universali che attraversano le frontiere. Cfr. C.R. Beitz, *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, Princeton 1979, p. 89.

l'interdipendenza interstatale è frammentata e circoscritta, tant'è che spinge al policentrismo degli organismi internazionali⁴⁵. Il policentrismo del costituzionalismo internazionale sarà di conseguenza polimorfo e acefalo. In una situazione radicalmente paritaria e orizzontale, provvidenzialmente priva del consenso intorno a un'autorità suprema, è necessario che vi sia il consenso intorno ad alcune regole tra le parti e al di sopra delle parti. Per questo il fenomeno dello *ius cogens* e quello degli obblighi *erga omnes* non implicano una verticalizzazione della Comunità internazionale. Vi sono principi di ordine pubblico anche in una società paritaria e anorganica come quella internazionale, che proprio per questo non è – come se la raffigura Bull⁴⁶ – anarchica⁴⁷.

In tale contesto l'esistenza di norme imperative e di obblighi *erga omnes* materializza qualcosa di più simile a una legge senza legislatore di quanto non lo siano i trattati e le consuetudini internazionali. D'altronde questo è stato il ruolo esercitato storicamente dallo *ius gentium*, classico esempio di legge positiva senza legislatore. Di fatto finora il ruolo del giudice internazionale è stato ben modesto, né lo *ius cogens*, nonostante la previsione della suddetta Convenzione di Vienna, ha contribuito a vivificarlo⁴⁸. E tuttavia la tendenza in atto verso la costituzione di una giurisdizione internazionale penale si comprende meglio se si tien conto della diffusa accettazione di norme imperative inderogabili. Insomma, se la costituzionalizzazione implica una verticalizzazione, questa nel diritto internazionale riguarda piuttosto le regole che gli organi⁴⁹.

⁴⁵ Cfr., ad esempio, M. Walzer, «Società internazionale: qual è la cosa migliore che possiamo fare?», *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, n. 5, 2000, pp. 231-248.

⁴⁶ H. Bull, *The Anarchical Society*, Macmillan, London 1977.

⁴⁷ Cfr. M. Iovane, *op. cit.*, p. 33 e il cap. 1.

⁴⁸ Non vi sono ancora casi di applicazione dell'art. 66 della Convenzione di Vienna, cioè di ricorso unilaterale alla Corte internazionale di giustizia per le controversie relative alla determinazione del contenuto dello *ius cogens*.

⁴⁹ Cfr. J.H.H. Weiler, A.L. Paulus, «The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?», *European Journal of International Law*, vol. 8, n. 4, 1997, pp. 545-565.

Se ora noi ci chiediamo come sorgano queste regole inderogabili, che hanno rivoluzionato la struttura normativa del diritto internazionale dando alle sue fonti una dimensione gerarchica, scopriamo che i tentativi per ricondurne l'origine alle tradizionali fonti del diritto volontario⁵⁰ non sono per nulla convincenti. In particolare, ritenere che il diritto internazionale dei diritti umani poggi sulla consuetudine significa avere di essa un'idea completamente distorta. Essa poggerrebbe più sulle parole che sui fatti, più sulla retorica della diplomazia e dei vuoti proclami che sull'effettività del rispetto dei diritti, e si formerebbe istantaneamente senza guardare al passato. Che senso ha parlare di «consuetudine istantanea» o di *soft custom*? Ma l'argomento più decisivo mi sembra quello tratto dal carattere di queste regole di *ius cogens*. Esse sono generalmente proibitive e si basano su un'astensione. Come si può formare una norma consuetudinaria che si basa sull'astensione?

Non restano che due vie, entrambe legittime: o considerare gli obblighi di rispetto dei diritti umani (e, quindi, la *Dichiarazione universale* del 1948 e gli altri documenti internazionali) come un'interpretazione autoritativa degli articoli 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite, che vincola gli Stati membri in tal senso, oppure ritenere che in una Comunità internazionale, segnata dalla cooperazione e dall'interdipendenza, sorgano principi generali costitutivi che s'impongono da sé, riscuotendo l'accettazione e il riconoscimento di tutti i soggetti del diritto internazionale.

La prima soluzione non spiegherebbe il carattere apicale delle norme di *ius cogens*, ritenute superiori allo stesso Statuto delle Nazioni Unite, poiché non è dalla loro forma giuridica che ricevono tale posizione di preminenza, ma dalla natura stessa del loro contenuto, come ben ha notato la Commissione di diritto internazionale. La seconda soluzione nella sostanza considera la formazione di queste regole alla stessa stregua della configurazione dei «principi generali riconosciuti dalle nazioni civili» nel

⁵⁰ Il giuspositivismo ritiene che anche la consuetudine sia *ius voluntarium*, cioè implichi un accordo tacito fra gli Stati (Triepel e Anzilotti).

senso dell'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, cioè attraverso un processo che è tipico dello *ius gentium*⁵¹. Non si tratta, infatti, di prendere in considerazione la pratica degli Stati, ma tutte quelle vie della ragione storica attraverso cui esigenze morali e umanitarie si fanno strada nelle comunità umane, ricevendo in qualche modo una forma e un'espressione giuridica⁵².

Non voglio dire che lo *ius cogens* sia un istituto di *ius gentium*, ma che è il prodotto dell'azione dei principi del diritto delle genti sul diritto internazionale generale. L'inderogabilità di certe norme, giustificata dall'inviolabilità di certi valori, specie quand'essi sono divenuti essenziali per la stabilità di una determinata configurazione storica della Comunità internazionale, è il risultato obbligato o più ragionevole a cui pervengono, con l'accettazione e il riconoscimento, i soggetti del diritto internazionale. Pertanto, il diritto internazionale dei diritti umani, in quanto diritto positivo a tutti gli effetti, è il precipitato storico del diritto delle genti, inteso come coscienza comune dell'umanità, in modo del tutto simile al travaso dello *ius gentium* romano nello *ius civile* della giurisprudenza classica.

Tuttavia, questa è solo una parte dell'influsso dello *ius gentium* nel diritto internazionale contemporaneo, perché riguarda il suo versante pubblico. Ma – come s'è detto – il diritto delle genti ha anche un versante privato, che riguarda le relazioni fra gli uomini. E anche qui potremmo notare, a parte il sempre maggiore rilievo che ha la soggettività internazionale degli individui, un mutamento nella problematica della scelta della regola giuridica per risolvere controversie transnazionali. Sempre più

⁵¹ Questa tesi si allontana dalla considerazione dello *ius cogens* come una tutela degli interessi fondamentali della Comunità internazionale e del suo ordine pubblico per sviluppare una teoria delle fonti del diritto in cui i principi generali hanno un loro ruolo autonomo. Cfr. P.M. Dupuy, «Le juge et la règle générale», *Revue générale de droit international public*, n. 93, 1989, p. 569 e sgg., pp. 584-585, 588 e sgg.

⁵² Per queste tesi mi sono ispirato a B. Simma, Ph. Alston, «The Sources of Human Rights Law: Custom, Ius Cogens, and General Principles», *Australian Year Book of International Law*, n. 12, 1988-89, pp. 82-108.

frequentemente le corti di giustizia abbandonano i criteri puramente formali – come quello tradizionale della *lex loci delicti commissi* – per guardare alla sostanza della controversia e ai risultati della decisione, così come faceva il *praetor peregrinus*⁵³.

5. Conclusione

Gli esempi a cui abbiamo accennato, tratti da differenti epoche giuridiche, mostrano chiaramente che un'adeguata descrizione del diritto positivo non può limitarsi all'elencazione delle fonti ufficiali e delle procedure formali e neppure a render conto del loro uso normale e consolidato. Sarebbe una ricostruzione parziale e incompleta del diritto positivo, perché esso comprende anche al suo interno la tendenza all'inclusione della diversità e dell'alterità.

Il diritto positivo è animato da due esigenze spesso difficilmente conciliabili: da una parte, c'è bisogno di vincoli precisi e certi, perché questo è il modo più conducente per controllare l'esercizio del potere ed evitare l'arbitrio; dall'altra, la regola giuridica deve essere aperta il più possibile per favorire la comunicazione delle diversità e l'interrelazione fra estranei. Il primo orientamento conduce alla chiusura del diritto e al suo necessario formalismo, mentre il secondo aspira all'universalismo della regola giuridica almeno in via tendenziale.

Il ruolo paradigmatico del diritto romano consiste, a questo proposito, nell'aver dato vita a due vere e proprie forme di diritto positivo, coesistenti e comunicanti, per rispondere a entrambe queste esigenze. Non sempre apparentemente si è ripetuto quest'assetto giuridico nelle altre epoche del diritto. Tuttavia principi e categorie giuridiche di *ius gentium* si possono rintracciare sempre come in qualche modo presenti lungo la storia

???

⁵³ Si distingue, così, tra le tradizionali *choice-of-law rules* e i nuovi *choice-of-law approaches*. Cfr. L.L. McDougal III, «'Private' International Law: Ius Gentium versus Choice of Law Rules or Approaches», *The American Journal of Comparative Law*, n. 38, 1990, pp. 521-537.

del pensiero giuridico e della pratica giuridica. Spesso si riconoscono solo dai loro effetti nel diritto formale e dall'evoluzione a cui lo costringono. Il nascondimento del diritto delle genti nell'epoca moderna e contemporanea non significa la sua scomparsa o la sua cancellazione, ma è dettato dall'erronea identificazione del diritto con gli atti della volontà sovrana a scapito dell'esercizio della ragione. Di conseguenza siamo indotti a non cercare il diritto dove realmente si trova o a non cercarlo in tutti i luoghi in cui esso abita.

Nella misura in cui una civiltà giuridica riserva un certo posto alla ragione nella costruzione del diritto resta ancora aperto uno spazio per l'azione dello *ius gentium*. Ma non si tratta di una ragione metafisica che deduce da principi eterni le regole dell'agire sociale. Si tratta più modestamente di una ragione storica, che prende atto delle circostanze senza però abdicare al suo ruolo comunicativo e creativo⁵⁴. Nei confronti delle circostanze può svolgere o il ruolo di protezione di diritti e valori da queste minacciate, oppure il ruolo di promozione giuridica di diritti e valori dianzi misconosciuti. Se è vero che questa ragionevolezza ha bisogno del consenso, è anche vero che in certo qual senso lo precede e lo sollecita fino al punto di far sorgere istituti o categorie giuridiche a cui non si può che aderire, che non si possono che accettare e riconoscere. Infine, c'è da ribadire che non si tratta di una ragione immutabile, come lo sono per definizione i principi della legge naturale, e neppure necessariamente giusta, perché la ragion pratica è soggetta ai condizionamenti storici e

⁵⁴ Il filosofo che più di tutti ha individuato questo ruolo storico della ragione giuridica che si dispiega nel tempo è senza dubbio Giambattista Vico, che ha parlato di «diritto naturale delle genti». Vico vuole così mostrare che attraverso le vicende storiche contingenti e contraddittorie la cultura giuridica è alla ricerca del suo fondamento eterno e immutabile. Forse c'è troppo ottimismo in questa visione della «immutabile storicità del diritto», ma è vero che il compito del diritto è quello di ricondurre anche la violenza alle regole della ragione. Cfr. F. Botturi, *La sapienza della storia. Giambattista Vico e la filosofia pratica*, Vita e Pensiero, Milano 1991, pp. 283-327 e, da ultimo, M.M. Marzano, «Lo ius naturale gentium in Vico: la fondazione metafisica del Diritto universale», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 77, n. 1, 2000, pp. 59-87.

alla strumentalizzazione ideologica, e tuttavia in quanto ricerca sempre aperta è per principio *self-correcting*.

Ci sono cose nel diritto positivo, interno e internazionale, che non si sa bene da dove vengano, che non si possono considerare come un prodotto di atti di potere e neppure come frutto di pratiche giuridiche consolidate. Al contrario, permangono nonostante siano d'impaccio per le volontà sovrane e siano disattese dai comportamenti dei singoli e dei gruppi sociali. E alla fine ricevono quasi sempre una consacrazione ufficiale, che però le irrigidisce e le metabolizza.

Se vogliamo cercare una spiegazione di questo indubitabile 'fatto', dobbiamo – credo – cercarla nella vocazione universale del diritto, nella sua tendenza incoercibile a superare le esclusioni delle appartenenze e le discriminazioni, per rendere possibile in prospettiva utopica una comunicazione tra uomo e uomo che non sia basata in altro se non nella loro comune umanità, quand'essa è intesa come inclusiva di tutte le diversità e di tutte le sue ricche potenzialità.