

ROBERTO AGO

**SCIENZA
GIURIDICA
E DIRITTO
INTERNAZIONALE**

— XXXVIII —

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press
2026



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. CHIARLONI, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. CAMMARATA, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023

19. C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023
20. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Presentazione di G. Alpa), 2024
21. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale* (Introduzione di G. Insolera), 2024
22. G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici* (Introduzione di G. Tarli Barbieri), 2024
23. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Introduzione di C. Luzzati), 2024
24. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela* (Introduzione di B. Tonoletti), 2024
25. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati* (Prefazione di G. Greco), 2024
26. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (Prefazione di T.E. Frosini), 2024
27. G. PUGLIESE, *Property. Diritto Comparato* (Introduzione di L. Vacca e V. Zencovich), 2024
28. P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis* (Introduzione di E. Stolfi), 2025
29. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti* (Introduzione di M. Busetto), 2025
30. G. GORLA, *El contrato. Problemas fundamentales tratados segun el método comparativo y casuístico* (tomo I) e *El contrato. Problemas fundamentales tratados segun el método comparativo y casuístico* (tomo II) (Prológo de M. Lupoi), 2025
31. G. LAZZARO, *Argomenti di giudici* (Introduzione di E. Diciotti), 2025
32. G. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro* (Introduzione di F.P. Luiso), 2025
33. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile* (a cura di A. Carratta) (Introduzione di L. Passanante), 2026
34. T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato* (a cura di T. dalla Massara, M. Stella Richter), 2026
35. S. SATTA, *Quaderni del diritto e del processo civile (I-III)* (vol. I) e *Quaderni del diritto e del processo civile (IV-VI)* (vol. II) (Introduzioni di I. Birocchi e R. Vaccarella), 2026
36. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* (Introduzione di A. Pugiotto), 2026
37. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio* (Introduzione di F. Mucciarelli), 2026

IL PROGETTO ROMA TRE-PRESS

Il progetto della Roma TrE-Press nasce nel 2013 ed inizia la sua attività all'interno del Sistema Bibliotecario di Ateneo.

Vengono avviate le prime Collane e Riviste di Ateneo. Fin dall'inizio il progetto ha scelto la strada dell'open access: opere scientifiche realizzate in formato digitale ed accessibili a chiunque, dovunque, sempre.

Le ragioni sono le stesse che spingono altre università europee: la ricerca accademica è finanziata da risorse pubbliche; occorre che i suoi risultati siano accessibili a tutti, senza onerose intermediazioni; ciò è reso possibile dalle tecnologie digitali; rientra nella "terza missione" delle università diffondere al pubblico più largo i suoi prodotti sia didattici che scientifici; ma è anche un'esigenza di contenimento dei costi dettata dalle crescenti ristrettezze di bilancio.

Nel primo quinquennio (2013/2017) la Roma TrE-Press pubblica quasi 100 volumi. La crescente richiesta dei ricercatori dell'Ateneo e il successo dell'iniziativa (oltre 150.000 downloads) suggeriscono agli organi di Ateneo di affidare, a partire dall'autunno 2018, l'attività di e-press alla Fondazione Roma Tre Education.

Le linee guida della Roma TrE-Press sono:

- La piena autonomia scientifica dei Dipartimenti e dei Centri di Ateneo nella scelta di che cosa pubblicare, con un forte incoraggiamento verso procedure di assicurazione della qualità secondo le migliori prassi recepite dalle comunità scientifiche di riferimento.
- L'apertura verso autori e istituzioni non appartenenti all'Università Roma Tre, secondo logiche di aggregazione e di promozione della ricerca di qualità.
- Il plurilinguismo, non solo come esigenza culturale ma anche come strumento di coesione e collaborazione internazionale.
- La cura – affidata alla responsabilità della Roma TrE-Press – della linea grafica (copertine e impaginazione), secondo la secolare tradizione del libro come prodotto anche estetico ed artistico.
- La promozione del movimento verso una generale politica di open access che coinvolga anche altre istituzioni accademiche italiane e straniere in coerenza con il dettato dell'art. 9 della nostra Costituzione: *"La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica"*.

LA SQUADRA DELLA ROMA TRE-PRESS È COSÌ COMPOSTA

prof. Vincenzo Zeno-Zencovich (*Delegato di Ateneo per l'e-press*)

prof.ssa Nazarena Patrizi (*Responsabile editoriale*)

prof. Sirio Zolea (*Delegato per i rapporti internazionali*)

dott. Ivan Guiducci (*Webmaster*)

Alessandro Riboldi (*Collaboratore informatico*)

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

ROBERTO AGO

**SCIENZA
GIURIDICA
E DIRITTO
INTERNAZIONALE**

Introduzione di
MARIA CHIARA MALAGUTI

XXXVIII

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press
2026

Direttori della Collana La Memoria del Diritto

Luca Loschiavo, *Università di Teramo*

Giorgio Pino, *Università Roma Tre*

Vincenzo Zeno-Zencovich, *olim Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

Brandon Grottesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press* ©

Roma, luglio 2026

ISBN: 979-12-5977-644-0

<http://romatrepress.uniroma3.it>

La presente riedizione riproduce anastaticamente l'opera pubblicata nel 1950 dalla Casa Editrice Giuffrè che si ringrazia sentitamente per la autorizzazione alla riproduzione.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana “*La Memoria del Diritto*”

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana “*La Memoria del Diritto*” intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle “*Opere Giuridiche*” di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati “scaricati” decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice ‘riedizione’, ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente, sempre e ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l’accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest’ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

LUCA LOSCHIAVO

GIORGIO PINO

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

STUDI DI DIRITTO INTERNAZIONALE
DIRETTI DA ROBERTO AGO E GIORGIO BALLADORE PALLIERI

14

ROBERTO AGO

SCIENZA GIURIDICA
E DIRITTO
INTERNAZIONALE

DOTT. A. GIUFFRÈ - 1950

Indice

Introduzione di MARIA CHIARA MALAGUTI,

Fonti senza fonte. La teoria del diritto spontaneo di Roberto Ago e il dibattito contemporaneo

XIII

1. La scienza giuridica di fronte al diritto internazionale. Difficoltà e problemi 9
2. La questione dell'esistenza del diritto internazionale in Grozio e nella sua scuola 11
3. Il diritto internazionale come diritto naturale puro nell'indirizzo giusnaturalistico di derivazione hobbesiana 13
4. Il diritto internazionale in alcune concezioni non positivistiche successive all'abbandono del diritto naturale 16
5. Il positivismo propriamente detto ed il porsi del problema del «fondamento» del diritto internazionale. Le varie scuole del positivismo statualistico e i diversi tentativi di salvare l'esistenza del diritto internazionale 20
6. Ragioni profonde delle difficoltà del positivismo nei confronti del diritto internazionale. Reazione critica da parte della dottrina successiva e suoi limiti 29
7. L'indirizzo normativistico e il suo atteggiamento di fronte al diritto internazionale 31
8. Ragioni dell'incapacità del normativismo a superare le difficoltà relative al diritto internazionale. Mancato superamento di certe premesse positivistiche da parte di tale dottrina 38
9. Il diritto internazionale nella concezione dell'indirizzo dommatico. Suo esame critico 42
10. Ricerca di nuove vie da parte della dottrina più moderna:
 - a) il riancoramento al diritto naturale 45
 - b) tentativi di sviluppare e correggere le conclusioni degli indirizzi normativistico e dommatico 49
 - c) la ricerca di una base al diritto internazionale positivo nel suo sostrato sociale 53
13. Necessità di una revisione profonda dei concetti e delle premesse fondamentali, al fine di uscire dalle difficoltà createsi intorno al problema del diritto internazionale. Natura e compiti della scienza giuridica 63

XI

14. Riesame e determinazione del concetto di norma giuridica. La norma come giudizio e i caratteri differenziali dei giudizi giuridici nel quadro dei diversi giudizi sociali	67
15. L'ordinamento giuridico e la sua organizzazione	75
16. Distinzione del concetto di diritto «spontaneo» da quello di diritto «positivo» o posto in essere da fatti normativi. I mezzi rispettivi per la determinazione dell'esistenza delle norme positive e delle norme spontanee	78
17. Critica dei tentativi di positivizzazione del diritto spontaneo insiti nelle diverse configurazioni della consuetudine come fatto normativo	84
18. Convivenza e posizione rispettiva del diritto spontaneo e del diritto positivo in ogni ordinamento giuridico	91
19. Corollari che si deducono dalle conclusioni raggiunte riguardo alla pretesa «positività» dell'ordinamento giuridico, alla costruzione gerarchica delle sue norme, al c.d. concetto di norma base, ed al preteso problema del «fondamento» dell'ordinamento internazionale	95
20. Riesame delle questioni dell'esistenza di un ordinamento giuridico della Comunità internazionale alla luce dei chiarimenti e delle semplificazioni raggiunte. Natura giuridica delle norme che si riscontrano operanti nella società internazionale e dell'ordinamento che esse formano. Conclusione	100

Introduzione

Fonti senza fonte *La teoria del diritto spontaneo di Roberto Ago* *e il dibattito contemporaneo*

MARIA CHIARA MALAGUTI

SOMMARIO: 1. Un paradosso irrisolto – 2. Ago nel suo tempo – 3. La fertilità del confronto di quegli anni: Ago a confronto con Morelli e Quadri – 4. Le rielaborazioni di Ago dopo *Scienza giuridica e diritto internazionale* – 5. L'applicazione della dottrina di Ago alla codificazione della responsabilità – 6. Bilancio critico – 7. 'Fonti senza fonte' nel dibattito contemporaneo – 8. Per un nuovo dibattito.

1. Un paradosso irrisolto

Che esistano 'fonti senza fonte' - norme giuridiche che non derivano da uno specifico atto volontario di produzione, che nessuna autorità ha posto, che nessun procedimento ha generato - è un dato che il diritto internazionale ben conosce, nel convivere di trattati e consuetudini. La consuetudine ne è infatti l'esempio più evidente: nessuno dubita che vincoli gli Stati, eppure nessuno può indicare un atto che l'ha generata. Si identificano invece comportamenti qualificati, evidenze della loro ripetizione costante, della convinzione che una determinata condotta sia necessitata, della sua conformità a una prassi consolidata.

Il problema, però, si pone oggi in termini parzialmente diversi da quelli tradizionali. Non si tratta più solamente di spiegare l'esistenza di diverse categorie di norme, 'poste' e 'non poste' - e in particolare come nasca quella che chiamiamo 'consuetudine' in quanto appunto regola 'non posta' -, ma di capire, in via più generale, se la ricerca ostinata di una fonte sia davvero necessaria per riconoscere una 'norma giuridica'. In un ordine internazionale attraversato dalla moltiplicazione degli attori, dalla proliferazione della *soft law*, dalla frammentazione in regimi settoriali, vengono osservate molte 'norme' (nel linguaggio di Ago, molte norme semplicemente *operano*, ovvero vengono invocate, applicate, rispettate)¹,

¹ Sono troppe le premesse teoriche da dover esplicitare nell'utilizzo di ogni singolo termine,

senza che si possano ricondurre ad una procedura di formazione che solo se rispettata ne determina la giuridicità. È qui che la riflessione di Roberto Ago rivela la sua sorprendente modernità.

In *Scienza giuridica e diritto internazionale* Ago proponeva di spostare l'asse dell'indagine: dalla ricerca di una fonte alla constatazione di un'effettività. Alcune norme *sono* giuridiche non perché derivino da qualcosa, ma perché *funzionano* come tali nel sistema. Questo spostamento - che Ago teorizzava a proposito della consuetudine - anticipa questioni che percorrono la riflessione contemporanea: il ruolo degli attori non statali, la rilevanza delle risoluzioni delle organizzazioni internazionali e delle decisioni delle corti, l'emergere di obblighi in tempi accelerati rispetto alla tradizionale *diuturnitas*, la *soft law* multilaterale come strumento di fatto predominante rispetto al trattato.

Il ritorno a quel testo, a oltre settantacinque anni di distanza, è molto più del recupero di un'opera di uno dei nostri maggiori internazionalisti: diviene stimolo alla ripresa di alcuni principi fondanti per la comprensione di un presente così difficile da interpretare. La sua proposta - riconoscere (nel senso di esercizio cognitivo di identificare) le norme per ciò che *fanno*, non per ciò *da cui provengono* o *per il procedimento che le genera* - offre itinerari di riflessione forse ancor più promettenti di quanto già lo fossero nel contesto culturale e del dibattito giuridico del suo tempo.

2. Ago nel suo tempo

L'opera del 1950 muove da un'esigenza teoretica precisa: superare l'impatto in cui versava la dottrina delle fonti del diritto internazionale,

fuori luogo in una breve nota che vuole solo essere introduttiva ad un volume di cui la dottrina conosce molto bene le basi concettuali. Mi limito quindi ad un solo chiarimento. L. PROSDOCIMI, in *Observantia. Ricerche sulle radici «fattuali» del diritto consuetudinario nella dottrina dei giuristi dei secoli XII-XV* (Giuffrè 2001), evidenzia come il diritto del Medioevo non nascesse solo da leggi scritte o decreti, ma emergesse continuamente dal basso, consolidandosi attraverso l'effettiva e ripetuta osservanza pratica. L'*observantia* è quindi il ponte tra il mero fatto storico e il valore giuridico che quel fatto assume nel tempo. Utilizzo questo tra i molti riferimenti per il richiamo, fin dal titolo, all'espressione latina *Observantia*, che sintetizza l'intera concettualizzazione. Come si vedrà nel prosieguo, R. Ago parla piuttosto dell'*operare* della norma consuetudinaria, che appunto esiste ed è valida per il solo fatto di 'operare' spontaneamente nella realtà sociale. Usare questa diversa espressione gli permetterà di andare alla ricerca di potenziali 'caratteri oggettivi' di identificazione di una norma consuetudinaria.

stretta tra l'inadeguatezza del volontarismo e le aporie del normativismo kelseniano.² Ago, formatosi nella tradizione anzilottiana attraverso il magistero di Cavaglieri, condivideva con Morelli il rifiuto tanto delle concezioni giusnaturalistiche quanto della riduzione volontaristica della consuetudine ad accordo tacito.³

La *pars destruens* dell'opera investe la teoria della norma fondamentale. L'originaria identificazione della *Grundnorm* con il *pacta sunt servanda* avrebbe potuto reggere solo presupponendo che ogni norma internazionale derivasse da un atto di volontà - ipotesi appunto confutata dalla impossibilità di ricondurre la consuetudine a un accordo tacito.⁴ La successiva correzione normativista, che sostituiva il *pacta sunt servanda* con un parallelo *consuetudo est servanda*, non appare ad Ago meno vulnerabile: essa non spiega la posizione degli altri elementi dell'ordinamento rispetto alle norme, né rende conto della giuridicità della norma base medesima.

La *pars construens* introduce allora la distinzione tra *ius positum* e *droit spontané*: tra diritto posto e diritto che sorge spontaneamente, senza fonte.⁵ Superata la concezione che riduce il diritto internazionale a sistema di norme poste, il problema si trasforma in una questione di conoscenza del diritto quale è nella realtà, non di una spiegazione della sua obbligatorietà. Le norme spontanee si formano senza l'intervento di atti di produzione giuridica; la loro formazione non è giuridicamente prevista né disciplinata; di esse la scienza giuridica può solo verificare l'esistenza e determinare il contenuto.

La contrapposizione che sorregge l'impianto teorico non è quella tra diritto naturale e diritto positivo, bensì quella tra diritto della volontà e diritto della coscienza. Il primo promana dal consenso degli Stati; il secondo, privo di fondamento positivo, può solo essere constatato (in tal senso, *riconosciuto*) nella coscienza dei consociati. La qualificazione di 'spontaneo' allude così a un processo di accertamento, non di formazione.

² J.L. KUNZ, *Roberto Ago's Theory of a "Spontaneous" International Law*, in *American Journal of International Law*, 1958, vol. 52, pp. 85-91.

³ R. LUZZATTO, *Gli internazionalisti*, in *Il diritto internazionale nella realtà dei fenomeni giuridici. Scritti scelti a cura degli allievi*, Tomo I, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 1463-1469; F. DURANTE, *Introduzione*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Roberto Ago*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. I, pp. XI-XXXII.

⁴ H. KELSEN, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1926, vol. 14, pp. 227-331; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1912, vol. I, pp. 42-58.

⁵ Si veda anche R. AGO, *Science juridique et droit international*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1956, vol. 90, pp. 851-958, spec. p. 878.

Rinunciare a individuare una fonte formale significa spostare l'attenzione sul piano conoscitivo: la giuridicità di alcune norme è accertata perché esse operano come diritto, anche quando non sia identificabile un atto o un procedimento che le abbia prodotte. Laddove esistano fonti formali, la loro rilevanza resta pienamente affermata; ciò che la teoria del diritto spontaneo esclude è che la qualifica di norma dipenda sempre e comunque da una procedura di 'formalità'.

Benché Ago si confronti esclusivamente con la dottrina internazionalistica, la sua elaborazione riflette e si inserisce in dibattiti del suo tempo. Riccardo Orestano,⁶ ad esempio, in un'analisi che attraversa diverse epoche storiche e concezioni del diritto, riporta appunto la qualifica della consuetudine alla concezione del diritto da cui si muove, e riconosce ad Ago – così come a Giuliano – un ruolo particolarmente rilevante nel superare concezioni formalistiche: *“Particolarmente importanti, a questo riguardo, mi sembrano le considerazioni svolte, anche fra noi, da alcuni internazionalisti i quali, muovendo da un approfondimento dell'esperienza concreta, hanno richiamato l'attenzione – per il prodursi delle formazioni consuetudinarie – più che sui comportamenti dei singoli, sui «giudizi sociali» intorno ad essi”*.

La modernità del suo pensiero, che lo colloca in un dibattito già consapevole della crisi – o per lo meno della vulnerabilità - di una certa comprensione formalistica del diritto, è esattamente ciò che lo rende attuale ancora oggi.

3. *La fertilità del confronto di quegli anni: Ago a confronto con Morelli e Quadri*

In quegli anni fu fecondo il dibattito che Ago ebbe soprattutto con Morelli, che, pur muovendo da premesse affini, gli obietta che la spontaneità della formazione non implica l'assenza di fonte.⁷ Le norme consuetudinarie hanno la loro fonte nel fatto sociale in cui si concreta la consuetudine; questo fatto è sì spontaneo, ma - in quanto riconosciuto dall'ordinamento come idoneo a creare norme giuridiche - costituisce esso stesso una fonte in senso proprio. Il paradosso delle 'fonti senza fonte'

⁶ R. ORESTANO, *Dietro la consuetudine*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 13 (1963), pp. 521-536.

⁷ G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, VII ed., Padova, CEDAM, 1967, p. 531 (nota 14).

sarebbe dunque solo apparente: la fonte esiste, e consiste nel fatto sociale qualificato dall'ordinamento. Morelli mantiene così ferma l'esigenza sistematica di una norma base: un ordinamento non può dirsi autonomo se non in virtù di una norma esclusivamente propria, la cui giuridicità non derivi da alcun altro ordinamento.⁸ L'esistenza di tale norma non può essere dedotta, ma solo indotta dalla realtà storica. Nel *Cours général* del 1956, Morelli ribadisce l'impostazione rigorosamente dualista, positivista e gradualistica, che postula una norma base unica da cui tutte le altre fanno derivare la loro giuridicità.⁹

Ago distingue tra spontaneità del fatto sociale e spontaneità della norma; Morelli riconduce la spontaneità al solo momento fattuale, preservando la struttura formale delle fonti. La divergenza investe il rapporto tra effettività e validità: per Ago, alcune norme *sono* giuridiche senza *derivare* da una fonte; per Morelli, ogni norma giuridica *deve* derivare da qualcosa - fosse anche un fatto spontaneo elevato a fonte.

Quadri, dal canto suo, fonda la validità del diritto internazionale sull'autorità del 'corpo sociale' degli Stati, che esprime e organizza il potere normativo in un sistema di principi strutturali concernenti, rispettivamente, la produzione delle regole, la loro constatazione e i meccanismi di garanzia. In questa chiave, l'ordinamento si regge su una fonte immanente al corpo sociale, che conferisce qualità giuridica agli atti e ai fatti che rientrano nelle funzioni così delineate, ricollocando la consuetudine e gli altri processi normativi entro la continua attività dell'autorità comune. Ago obietta che la mera riconduzione delle regole all'autorità del corpo sociale non scioglie il nodo del perché esse debbano valere come diritto, poiché resta indeterminato il titolo che rende 'giuridica' quell'autorità. Per questo, egli preferisce un criterio interno di giuridicità fondato sull'operare delle norme nel sistema, anziché sull'individuazione di una fonte formale o di un'autorità presupposta.¹⁰ Anche Quadri, dunque, cerca una fonte - l'autorità del corpo sociale - laddove Ago nega che una fonte debba necessariamente esistere.

⁸ *Op. cit.*, pp. 29-35.

⁹ G. MORELLI, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1956, vol. 89, pp. 437-604, spec. pp. 445-460.

¹⁰ L. SICO, *Incontro celebrazione Rolando Quadri*, disponibile in www.sidi-isil.it, pp. 3-8; E. CANNIZZARO, *Il mutamento dei paradigmi della scienza giuridica internazionalista*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 79-110, spec. pp. 84-86.

4. *Le rielaborazioni di Ago dopo* Scienza giuridica e diritto internazionale

Le rielaborazioni di Ago successive all'opera che qui si ripropone affinano il paradosso delle 'fonti senza fonte', anticipando sviluppi che la dottrina contemporanea ha solo parzialmente recepito. I dibattiti attuali sulla *instant custom*, sulla rilevanza normativa delle risoluzioni dell'Assemblea Generale, sul ruolo della prassi delle organizzazioni internazionali e l'applicazione della *soft law*, presuppongono implicitamente la possibilità di norme che emergono al di fuori dei canali tradizionali di produzione giuridica - esattamente ciò che la categoria del diritto spontaneo intendeva teorizzare.

In *Diritto positivo e diritto internazionale*, uscito nel 1955, Ago compie un passaggio teorico decisivo: la qualifica della giuridicità non deve dipendere dalla ricostruzione di una catena di autorizzazioni formali, ma può essere attribuita in virtù di caratteri oggettivi propri delle norme stesse. Precisando il concetto di 'caratteri oggettivi', Ago individua un insieme di indici riconoscibili sul piano dell'ordinamento: la norma è giuridica quando viene invocata dai soggetti dell'ordinamento come fondamento di pretese e di obblighi, quando la sua violazione genera conseguenze disciplinate dal sistema, quando la sua esistenza è constatabile attraverso l'analisi della prassi e della coscienza giuridica dei consociati. La portata di questa precisazione va colta in rapporto alle obiezioni della scuola italiana che il dibattito precedente aveva sollevato: se Morelli obiettava che ogni norma richiede una fonte — fosse anche il fatto sociale qualificato dall'ordinamento — e se Quadri proponeva di ancorare la giuridicità all'autorità del corpo sociale, Ago replica che il criterio di riconoscimento va cercato non a monte della norma (nella fonte o nell'autorità), bensì nella norma stessa, nel suo modo di operare nel sistema. Soltanto accettando ciò, argomenta Ago, la scienza giuridica disporrà di strumenti ulteriori rispetto al mero riferimento a una 'posizione' storicamente realizzatasi, emancipandosi dalla necessità di ricondurre ogni regola a un atto di produzione identificabile e aprendo la strada a un'analisi strutturale delle norme che prescindano dalla loro genesi.¹¹

Nel corso all'Accademia dell'Aia del 1956 — *Science juridique et droit international* — Ago porta la teoria del diritto spontaneo nella sua sede internazionale più autorevole, conferendole un'articolazione sistematica

¹¹ R. AGO, *Diritto positivo e diritto internazionale*, in *Comunicazioni e Studi*, 1955, vol. VII, pp. 33-86, spec. pp. 50-57.

che supera l'enunciazione del 1950 e le precisazioni del 1955.¹² La bipartizione si fa ora esplicita e operativa: da un lato, norme positive, tratte da procedimenti normativi espressamente predisposti — il trattato in primo luogo, ma anche l'atto delle organizzazioni internazionali e le altre fonti formali riconducibili a un atto di volontà; dall'altro, norme deducibili da comportamenti fattuali non preordinati alla produzione giuridica, per le quali non è individuabile una fonte formale in senso proprio. Questa bipartizione riformula in termini analitici la distinzione originaria tra *ius positum* e *droit spontané*: il primo polo corrisponde al diritto 'posto', il secondo al diritto che sorge spontaneamente nella prassi e nella coscienza dei consociati, senza che un procedimento ne abbia disciplinato la formazione.

Il contributo specifico del *Cours* risiede nel fatto che Ago non si limita più a postulare l'esistenza del diritto spontaneo, ma ne delinea il metodo di accertamento: la scienza giuridica constata che determinate regole operano come diritto e ne deduce la giuridicità da caratteri oggettivi. Non è casuale, peraltro, che proprio nello stesso anno Morelli tenesse il proprio *Cours général* all'Aia, ribadendo la propria impostazione gradualistica fondata su una norma base unica: i due corsi esprimono, nella medesima sede accademica, la polarità che attraversava la scuola italiana, divergenza che investiva non l'esistenza del fatto sociale, ma la sua rilevanza ai fini della qualificazione giuridica.

5. *L'applicazione della dottrina di Ago alla codificazione della responsabilità*

Le teorie di Ago espresse in *Scienza giuridica e diritto internazionale* e negli scritti successivi¹³ hanno avuto ulteriori sviluppi con un impatto sulla dottrina del diritto internazionale del secondo novecento. La distinzione tra norme primarie — che stabiliscono obblighi di condotta a carico degli Stati — e norme secondarie — che disciplinano le conseguenze giuridiche della violazione di tali obblighi — risale come noto ad Anzilotti, che la formulò nei termini di una separazione analitica tra regola di comportamento e regola sanzionatoria.¹⁴ Il contributo specifico di Ago in tal contesto

¹² R. AGO, *Science juridique et droit international*, cit., pp. 880-920.

¹³ Cfr. Anche R. AGO, *Le organizzazioni internazionali e le loro funzioni nel campo dell'attività interna degli Stati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1956, vol. 39, pp. 525-555.

¹⁴ D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*,

consiste nell'aver trasformato questa distinzione analitica in un principio di organizzazione del materiale normativo adottato dalla Commissione del Diritto Internazionale come architrave dell'intero progetto di codificazione della responsabilità degli Stati.¹⁵ L'approccio è coerente con la logica del diritto spontaneo: se la giuridicità di una norma si coglie nei suoi 'caratteri oggettivamente propri' — nella sua osservanza — allora è possibile isolare un insieme di strutture giuridiche che disciplinano la responsabilità indipendentemente dal contenuto materiale dell'obbligo primario violato. In altri termini, non occorre chiedersi da dove provenga ciascun obbligo primario per determinare che cosa accada quando esso viene violato: le norme secondarie operano sulla base di caratteri strutturali riconoscibili — l'esistenza di un fatto internazionalmente illecito, l'attribuzione della condotta allo Stato, le circostanze che escludono l'illiceità — senza che il loro funzionamento dipenda dalla genesi dell'obbligo infranto. Gli *Articles on State Responsibility* del 2001¹⁶ rappresentano, così intesi, il frutto più maturo dell'impostazione metodologica di Ago: un corpus normativo che identifica strutture giuridiche per ciò che sono e per come operano, non per ciò da cui provengono — esattamente secondo la logica delle 'fonti senza fonte'.

Va tuttavia riconosciuto che la distinzione tra norme primarie e secondarie, nell'economia dei lavori della Commissione, rispondeva anche — e forse principalmente — a un'esigenza pratica: delimitare il mandato della codificazione, evitando l'impresa impossibile di catalogare tutti gli obblighi di condotta del diritto internazionale. Come osserva Crawford,¹⁷ Ago motivò la scelta in termini prevalentemente operativi nel suo primo rapporto come Relatore Speciale. La coerenza con la logica del diritto spontaneo è dunque più una *consonanza metodologica* che una *derivazione causale*: la teoria non ha generato la codificazione, ma ha fornito il quadro concettuale entro cui la scelta pratica assumeva piena coerenza teorica.

La portata pratica di questa separazione si misura per contrasto con l'alternativa che Ago deliberatamente scartò: codificare la responsabilità degli Stati enumerando gli obblighi primari la cui violazione dà luogo a responsabilità. Un simile approccio — che avrebbe richiesto un

Firenze, Lumachi, 1902, spec. pp. 65-96; Id., *Corso di diritto internazionale*, 3ª ed., vol. I, Roma, Athenaeum, 1928, pp. 385-424 (4ª ed., Padova, CEDAM, 1955).

¹⁵ J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 14-16 e 30-35.

¹⁶ ILC, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

¹⁷ *Op. cit.*

catalogo tendenzialmente esaustivo degli obblighi di condotta gravanti sugli Stati — sarebbe risultato non solo impraticabile per ampiezza, ma anche concettualmente incoerente con un ordinamento in cui nuovi obblighi emergono continuamente, anche per via consuetudinaria, senza un atto formale o un procedimento che ne disciplini la formazione. La scelta di concentrarsi sulle sole norme secondarie — le ‘strutture’ della responsabilità — rese possibile una codificazione intrinsecamente aperta: gli *Articles* si applicano a qualunque violazione di un obbligo internazionale, a prescindere dalla sua natura, dalla sua fonte e dal suo contenuto, purché sussistano gli elementi strutturali dell’illecito.

La persistente influenza di questo schema sulla giurisprudenza internazionale ne conferma la fecondità ben oltre il momento della codificazione. La Corte Internazionale di Giustizia applica sistematicamente le categorie degli *Articles* — attribuzione della condotta, circostanze escludenti l’illiceità, forme di riparazione — senza interrogarsi sulla genesi dell’obbligo primario violato; i tribunali arbitrali, sia in materia di investimenti sia in contesti interstatali, adottano il medesimo approccio strutturale, trattando le norme secondarie come un quadro autonomo di riferimento. Ciò che rileva, ai fini del discorso, è che la giurisprudenza non si limita ad applicare le soluzioni tecniche degli *Articles*, ma recepisce, spesso implicitamente, il presupposto metodologico su cui essi riposano: la giuridicità delle norme sulla responsabilità è riconosciuta nelle loro caratteristiche strutturali, non nella loro derivazione da una fonte formale.

6. *Bilancio critico*

Come detto, la dottrina del diritto spontaneo ha evidenziato alcune incongruenze di una certa comprensione formalistica del diritto. Non le ha tuttavia completamente risolte e se di tale dottrina si vuol vedere appieno la modernità, ci si deve confrontare anche con i suoi limiti.

Il primo punto critico investe la soglia tra giuridicità ed effettività ‘solamente’ sociologica (tra giuridicità e fatto sociale). La replica di Ago all’obiezione di Morelli — la giuridicità risiede nei ‘caratteri oggettivamente propri’ delle norme, nel loro operare nel sistema — sposta il problema senza completamente risolverlo: quali siano tali caratteri, dove passi la linea che separa una norma giuridica operante da una mera regolarità di fatto osservata nella prassi, Ago non lo precisa con piena

determinatezza. Invocabilità, generazione di conseguenze, percezione di obbligatorietà sono indici significativi, ma ciascuno di essi è graduabile e nessuno è, di per sé, risolutivo: una norma di *soft law* può essere invocata e generare conseguenze senza essere giuridica in senso stretto; una regola consuetudinaria può essere percepita come obbligatoria anche quando la prassi che la sorregge è esigua. L'indeterminatezza della soglia non è tuttavia un vizio fatale: è, piuttosto, il riflesso di una condizione reale dell'ordinamento internazionale, dove la frontiera tra giuridico e non giuridico è intrinsecamente sfumata — e il dibattito contemporaneo sulla *soft law*, che brevemente proverò ad esaminare, si colloca esattamente su questa soglia.

Il secondo punto critico riguarda la persistenza dell'obiezione di Morelli sulla necessità logica della fonte. Se l'ordinamento riconosce che certe norme operano come diritto — se il sistema le tratta come giuridiche — allora esiste, almeno implicitamente, una 'norma di riconoscimento': una norma secondaria che stabilisce 'quando una regola è da trattarsi come giuridica'. L'obiezione non è banale: se tale regola di riconoscimento esiste, essa è una fonte; se non esiste, il sistema è privo di un criterio di validità e si espone alla dissoluzione del confine tra diritto e fatto. Ago aveva tentato di aggirare il problema affermando che la giuridicità si constata, non si deduce: il giurista non applica un sillogismo (norma base → fonte → norma derivata), ma verifica un dato (la norma opera come diritto). Questo approccio, coerente con l'impianto cognitivo della teoria, lascia però aperta la questione di chi compia la constatazione e con quale autorità essa vincoli: il giudice internazionale? La comunità degli Stati? La dottrina? Il pluralismo giuridico globale ripropone esattamente questa domanda, moltiplicando gli attori che 'constatano' la giuridicità e rendendo potenzialmente più urgente — invece che meno — un qualche criterio di riconoscimento.

Il terzo punto critico tocca la dimensione soggettiva della 'coscienza giuridica'. La categoria del diritto spontaneo presuppone una coscienza dei consociati in cui le norme si formano e si radicano. Ago, tuttavia, non chiarisce di quale coscienza si tratti, come essa si formi, né quali siano i meccanismi che la rendono riconoscibile. Nel contesto del 1950, il riferimento poteva ancora appoggiarsi a una comunità internazionale relativamente omogenea — europea, occidentale, statuale. Nel contesto attuale, attraversato dalla diversità culturale, dalla asimmetria di potere e dalla moltiplicazione degli attori, la nozione di 'coscienza dei consociati' richiede un supplemento di indagine critica. Questa domanda — latente

in Ago, esplicitata dai suoi continuatori — è forse il punto in cui la teoria del diritto spontaneo incontra più direttamente le istanze del pensiero postcoloniale, degli *Third World Approaches to International Law* e del costituzionalismo globale, che interrogano chi parla quando si parla di ‘coscienza giuridica internazionale’ e quali voci ne siano escluse.

Il quarto punto critico concerne la tensione che si apre con l’obiettivo della ‘certezza del diritto’, intesa come prevedibilità dell’obbligo. L’approccio di Ago è intrinsecamente funzionale: una norma è giuridica se funziona come tale. Questo criterio è potente sul piano descrittivo, perché coglie la realtà di un ordinamento in cui norme effettivamente operano senza fonte; è però fragile sul piano prescrittivo, perché non offre, *ex ante*, una guida certa agli operatori giuridici. Il metodo funziona quando si opera su norme la cui giuridicità è già ampiamente riconosciuta; ma il problema riemerge con forza quando si tenta di applicare il medesimo criterio a norme controverse — la *soft law*, gli standard tecnici internazionali, le risoluzioni non vincolanti — dove la constatazione della giuridicità è essa stessa l’oggetto della disputa. Proprio qui, tuttavia, l’impostazione di Ago si rivela più promettente di quanto le sue premesse sembrino permettere: il criterio funzionale invita a graduare la giuridicità, anziché costringerla in una dicotomia (giuridico/non giuridico), aprendo la strada a quelle teorie della normatività a spettro che il dibattito contemporaneo sulla frammentazione e sulla *soft law* sta elaborando.

Questi quattro punti critici convergono verso un’unica tensione di fondo, appunto tra validità formale ed effettività materiale. La dottrina del diritto spontaneo non supera questa antinomia; la riarticola, proponendo un criterio di giuridicità interno al sistema, indipendente da una catena di autorizzazioni formali — un criterio che guarda a ciò che la norma è nel sistema, non a ciò da cui proviene. Il prezzo di questa riarticolazione è, come si è visto, un’indeterminatezza dei ‘criteri di riconoscimento’ che il dibattito successivo sulla formazione del diritto consuetudinario non ha dissipato, e che le *Draft Conclusions* del 2018 sulla consuetudine internazionale¹⁸ hanno, semmai, reso più visibile ribadendo la necessità dei due elementi — prassi e *opinio iuris* — senza risolvere il circolo tra fatto e diritto che Ago aveva tentato di spezzare. Ma è precisamente questa indeterminatezza a rendere la teoria di Ago non un capitolo chiuso della storia del pensiero giuridico, bensì un programma di ricerca ancora aperto. Ciascuno dei punti deboli individuati corrisponde a una traiettoria

¹⁸ ILC, *Draft conclusions on identification of customary international law*, 2018, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_13_2018.pdf

contemporanea. Se Ago ha ‘riarticolato’ l’antinomia senza risolverla, la domanda da porsi non è se la soluzione sia insoddisfacente — ogni soluzione di un’antinomia costitutiva lo è — ma se la riarticolazione abbia aperto spazi di pensiero che le impostazioni concorrenti non consentivano. I percorsi contemporanei che ne discendono sono tanto più fecondi quanto più si tiene fermo il bilancio critico che qui si è tentato.

7. ‘Fonti senza fonte’ nel dibattito contemporaneo

Le traiettorie contemporanee che seguono non sono scelte a caso: ciascuna raccoglie, per vie diverse, la sfida lasciata aperta da uno dei punti critici individuati. La soglia tra giuridicità e fatto sociale riaffiora nel dibattito sulla *soft law*. La necessità logica della fonte si ripropone nel pluralismo giuridico globale, dove molteplici attori ‘constatano’ la giuridicità con autorità concorrente. La storicità del concetto di ‘coscienza giuridica’ è interrogata dalla critica postcoloniale e dal costituzionalismo globale. La descritta tensione tra criterio funzionale e certezza del diritto intesa come prevedibilità dell’obbligo percorre il diritto transnazionale e la frammentazione in regimi settoriali.

Il pluralismo giuridico globale costituisce il terreno più fertile per una ripresa delle intuizioni di Ago.¹⁹ La constatazione – quale premessa della ricostruzione concettuale – che nell’ordine globale contemporaneo interagiscono molteplici normatività – domestiche, regionali, internazionali, formali e informali, private e pubbliche, e che tale interazione è determinante per comprendere la configurazione complessiva dell’ordine contemporaneo, riecheggia la distinzione tra *ius positum* e *droit spontané*. La categoria del diritto spontaneo offre strumenti concettuali per pensare situazioni in cui il diritto non consiste in un unico ordinamento (insieme di regole?) unitario, ma in una molteplicità di sotto-ordinamenti (sotto-insiemi) con pretese potenzialmente concorrenti di autorità: ‘fonti plurali’, spesso senza fonte comune.

La dottrina contemporanea riconosce che gli Stati non sono più i soli ‘soggetti’ del diritto internazionale e che le fonti non riguardano più esclusivamente le azioni degli Stati.²⁰ L’approccio del pluralismo giuridico

¹⁹ P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 25-75.

²⁰ BERMAN, *op. cit.*, pp. 76-125.

globale ammette che vi possano essere molteplici attori che partecipano a un sistema giuridico per 'creare' diritto, accettando disparità di potere. Questo è coerente con un approccio alle fonti del diritto internazionale che contempra la produzione normativa da parte di attori diversi dagli Stati - imprese, gruppi non statali, organizzazioni non governative - esattamente nella logica della normatività diffusa, senza fonte unitaria, che Ago teorizzava.

D'altro canto, la nozione di diritto transnazionale, elaborata da Philip Jessup nel 1956, opera su un piano diverso da quello di Ago — l'ambito di applicazione del diritto, non la natura delle sue fonti — ma presenta un punto di tangenza significativo: entrambe le impostazioni contestano l'adeguatezza di categorie rigide (fonte formale/assenza di fonte; diritto interno/diritto internazionale) per cogliere la complessità dei fenomeni giuridici.²¹ Per Jessup, il diritto transnazionale regola azioni o eventi che trascendono i confini nazionali, includendo tanto il diritto pubblico quanto il diritto privato, tanto i rapporti tra Stati quanto quelli tra individui e imprese. La categoria diviene oggi un laboratorio metodologico in cui studiare la relazione del diritto con altre forme di ordinamento sociale, le sue fonti e norme, i suoi attori e processi. La rinuncia di Ago a ricondurre ogni norma a una fonte formale predeterminata risuona in questa apertura verso forme di giuridicità non riconducibili allo schema statualistico.

Ugualmente, il dibattito sulla frammentazione del diritto internazionale - l'emergere di regimi settoriali autonomi (commercio, ambiente, diritti umani, investimenti) con logiche proprie e potenzialmente confliggenti - ripropone la questione della pluralità delle fonti e della loro interazione.²² La distinzione tra diritto posto e diritto spontaneo può illuminare i rapporti tra regimi: alcune norme traversano i confini settoriali perché radicate nella coscienza giuridica comune - 'fonti senza fonte', appunto -, altre restano confinate ai rispettivi ambiti perché derivano da atti specifici.

Infine, il fenomeno della *soft law* - dichiarazioni, linee guida, standard, codici di condotta privi di forza vincolante in senso formale ma dotati di effettività pratica - sfida le categorie tradizionali delle fonti. La teoria del diritto spontaneo suggerisce soprattutto in questo contesto un approccio fertile: anziché interrogarsi sulla fonte formale di tali strumenti, si dovrebbe verificare se essi operano come norme giuridiche nel sistema, se sono percepiti come vincolanti, se la loro inosservanza genera conseguenze.

²¹ P.C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, pp. 1-35.

²² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group, UN Doc. A/CN.4/L.682, 2006.

Il criterio diviene funzionale, non formale: ancora una volta, non *da dove* viene la norma, ma *come* opera. In questa prospettiva, la *soft law* non si colloca semplicemente ‘al di sotto’ del diritto vincolante, ma occupa una posizione lungo uno spettro di normatività graduata — esattamente la ‘normatività a spettro’ verso cui il criterio funzionale di Ago orienta, e che risponde al primo dei punti critici individuati: l’indeterminatezza della soglia tra giuridicità ed effettività sociale non è un difetto della teoria, ma il riflesso di una realtà normativa che la dicotomia giuridico/non giuridico non riesce più a cogliere.

Non può peraltro concludersi un qualsiasi abbozzo, per quanto sommario, delle incongruità tra la realtà del mondo contemporaneo e il diritto internazionale ‘classico’ senza confrontarsi con un ultimo, fondamentale aspetto della sua concettualizzazione. La costituzionalizzazione dell’ordine internazionale - l’emergere di ‘norme gerarchicamente superiori’ (*jus cogens*, obblighi *erga omnes*), di istituzioni con funzioni quasi-giudiziarie, di principi strutturanti - solleva da sempre interrogativi sul fondamento di tale gerarchia. Ago aveva ben presente che alcune norme si impongono indipendentemente dal consenso degli Stati: la categoria del diritto spontaneo può contribuire a fondare teoricamente il primato di tali norme, non nella loro derivazione da una fonte formale superiore, ma nel loro radicamento nella coscienza giuridica della comunità internazionale nel suo complesso.

Va precisato che il fondamento teorico dello *jus cogens* ha una genealogia autonoma, radicata nella tradizione del diritto naturale razionalista — segnatamente nell’opera di Verdross²³ — e codificata nella Convenzione di Vienna del 1969 senza riferimento alla dottrina del diritto spontaneo. Il contributo che la categoria di Ago può offrire non riguarda dunque il fondamento di una ‘superiorità gerarchica’, bensì il modo di identificazione delle norme imperative: se la giuridicità si coglie nell’operare della norma nel sistema, l’imperatività potrebbe essere colta, per analogia, nella resistenza della norma alla deroga — un ‘carattere oggettivo’ verificabile nella prassi e nella giurisprudenza, non dedotto da una fonte formale qualificata come superiore.

Il vero ostacolo oggi? Il diritto spontaneo implica una certa comunione di intendimenti, di comprensioni e auto-comprensioni, un *humus* comune. In un mondo così complesso come quello attuale, dove gli elementi di diversità e pluralismo non debbono essere sottostimati ma anzi

²³ A. VERDROSS, *Forbidden Treaties in International Law*, in *American Journal of International Law*, 1937, vol. 31, n. 4, pp. 571-577; Id., *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, *ivi*, 1966, vol. 60, n. 1, pp. 55-63.

internalizzati nell'impostazione concettuale come premesse ineludibili, la 'coscienza' di cui parlava Ago va reinterrogata criticamente: di chi? Formatasi come? Con quali esclusioni? Sono queste le domande che il pensiero postcoloniale e i *Third World Approaches to International Law* rivolgono al diritto internazionale nel suo complesso, e che investono con particolare forza la categoria del diritto spontaneo: se la 'coscienza dei consociati' è storicamente costruita, essa riflette rapporti di potere e processi di inclusione ed esclusione che la teoria di Ago, figlia del suo tempo, non poteva tematizzare come facciamo noi oggi, ma che il suo impianto — fondato sulla constatazione di ciò che effettivamente opera nel sistema — consente oggi di riaprire e problematizzare.

8. *Per un nuovo dibattito*

Le traiettorie esaminate convergono verso una riconsiderazione della domanda fondamentale che Ago poneva nel 1950: che cosa rende giuridica una norma internazionale? La risposta, oggi come allora, non può esaurirsi nel riferimento a una fonte formale. Ma a differenza del 1950 — quando la domanda era anzitutto teorica e riguardava la consuetudine fra Stati — oggi essa si pone sul terreno dell'esperienza quotidiana dell'operatore giuridico internazionale: il consulente d'impresa che deve valutare la vincolatività di uno standard adottato da un organismo tecnico; il giudice arbitrale che applica principi non codificati in un trattato; l'avvocato che invoca una risoluzione dell'Assemblea Generale ONU come fondamento di un obbligo; il funzionario di un'organizzazione internazionale che constata l'emergere di una prassi istituzionale senza mandato formale. In ciascuno di questi casi, il criterio di Ago — verificare la norma nel suo concreto agire e nella consapevolezza sociale, offre una guida concettuale che va oltre e problematizza il tradizionale rinvio alle fonti dell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

Il paradosso delle 'fonti senza fonte' resta irrisolto — e deve restare tale, come condizione di fecondità. Un paradosso che si risolvesse cesserebbe di interrogare; un'antinomia che si chiudesse cesserebbe di generare pensiero. La forza della proposta di Ago sta precisamente nel suo offrire una soluzione non definitiva, nel fornire *in primis* un metodo — un modo di guardare al diritto che libera l'analisi dalla dipendenza esclusiva dalla fonte e la orienta verso l'operare effettivo della norma nel sistema.

Questo metodo apre almeno tre cantieri concreti di lavoro, che meritano di essere esplicitati come programma di ricerca. Il primo riguarda la già accennata ‘graduazione della normatività’. Se si accetta il criterio funzionale di Ago — la norma è giuridica quando opera come tale — la conseguenza logica è che la giuridicità non è una proprietà binaria ma uno spettro: vi sono regole pienamente vincolanti e della cui giuridicità nessuno dubita, regole la cui obbligatorietà è contestata, regole che effettivamente ‘regolano’ senza rispondere ai requisiti che una ricostruzione formale della validità delle norme esigerebbe. Una teoria della normatività a spettro, radicata nella logica del diritto spontaneo, permetterebbe di superare la sterile contrapposizione tra *hard law* e *soft law* e di cogliere la realtà di un ordinamento in cui molteplici gradi di normatività coesistono e interagiscono — esattamente come nel quotidiano dell’operatore che applica, al tempo stesso, un trattato, una risoluzione, uno standard tecnico e un principio consuetudinario.

Il secondo cantiere investe la pluralità dei ‘constatanti’. Se la giuridicità si constata anziché dedursi, il problema cruciale diviene chi sia legittimato a compiere la constatazione — secondo quali criteri, e con quale autorità essa vincoli. Nel 1950 la risposta poteva ancora appoggiarsi allo Stato e alla dottrina come unici osservatori qualificati; oggi, la moltiplicazione degli attori — giudici internazionali e interni, organizzazioni internazionali, organismi tecnici, imprese, società civile — esige un ripensamento del ‘chi constata’ che il diritto spontaneo di Ago non aveva previsto ma che il suo impianto logico consente di accogliere. Un programma di ricerca ispirato al diritto spontaneo potrebbe indagare come la convergenza di molteplici constatazioni — giurisprudenziali, dottrinali, istituzionali, pratiche — produca giuridicità non per atto di autorità, ma per accumulazione di riconoscimenti, nella logica di ciò che già accade, ad esempio, quando una serie di decisioni arbitrali consolida un principio che nessun trattato ha formulato.

Il terzo cantiere riguarda la storicità e l’inclusività della coscienza giuridica. La coscienza dei consociati in cui Ago radicava il diritto spontaneo era, come si è visto, storicamente situata. Oggi, la sfida è duplice: da un lato, ammettere che la coscienza giuridica della comunità internazionale riflette rapporti di potere e processi di inclusione ed esclusione che ne condizionano il contenuto; dall’altro, e per ciò stesso, intendere il diritto spontaneo non come registrazione passiva di una coscienza data, ma come processo dinamico in cui nuove voci — quelle del Sud globale, degli attori non statali, delle comunità indigene, dei movimenti per i diritti — possono contribuire a formare e trasformare la

coscienza da cui emergono le norme. Il criterio funzionale di Ago contiene in sé questa apertura: se una norma è invocata, applicata e percepita come vincolante da una comunità più ampia di quella che l'ha originariamente formulata, la sua giuridicità si rafforza per il fatto stesso del suo operare, indipendentemente dalla sua genesi.

Le pagine di *Scienza giuridica e diritto internazionale*, a oltre settantacinque anni di distanza, possono anche leggersi come l'incipit di un lavoro — che il confronto con Morelli e Quadri ha affinato, che la codificazione della responsabilità ha verificato, che il bilancio critico ha onestamente circoscritto -, che le traiettorie contemporanee invitano a proseguire.

Il centro delle riflessioni di Ago conserva tutto il suo vigore. Se ci si pone in questa prospettiva, si apre la teoria alla complessità, al pluralismo, alla dinamicità dei fenomeni — e si dispone, soprattutto, di lenti migliori per interpretare il presente. Non lenti perfette: lenti che mettono a fuoco ciò che le lenti tradizionali lasciano sfocato, al prezzo di una certa indeterminatezza sui bordi dell'immagine. Ma nel diritto internazionale del ventunesimo secolo — attraversato da norme senza fonte, da fonti senza autorità formale, da autorità senza territorio — è precisamente sui bordi che accade ciò che più importa comprendere.

STUDI DI DIRITTO INTERNAZIONALE
DIRETTI DA ROBERTO AGO E GIORGIO BALLADORE PALLIERI

14

ROBERTO AGO

SCIENZA GIURIDICA
E DIRITTO
INTERNAZIONALE

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1950

1. Il diritto di una società, quale la Comunità internazionale, formata non da individui ma da una pluralità di società a loro volta giuridicamente organizzate e che nella loro vita associata non ammettono alcun rapporto di reciproca subordinazione, nè l'intervento di alcun ente gerarchicamente superiore, ma soltanto relazioni di coordinamento su base paritaria, ha costituito sempre una fonte di difficoltà per la scienza giuridica.

Avvezzi, per lo più, a considerare il fenomeno giuridico nel quadro delle società statuali, dotate di caratteri strutturali così profondamente diversi, i quali naturalmente si trovano riflessi nel diritto in quanto fenomeno tipicamente sociale; posti all'interno di quel quadro, di fronte al fatto macroscopico dell'esistenza dello stato, della sua organizzazione e dell'enorme concentrazione di funzioni giuridiche nelle sue mani, e quindi facilmente portati a dimenticare che non per questo lo stato può perdere la sua natura di soggetto di diritto, il quale deve pur sempre trarre i suoi poteri anche se estesissimi, da norme dell'ordine giuridico; soliti, per lo più, a considerare nel diritto interno temi parziali, relativi a questa od a quella branca del vasto sistema giuridico di una società statale, piuttosto che non l'ordinamento nel suo insieme e i suoi problemi primi e fondamentali, i giuristi si sono trovati, nell'affrontare l'esame dell'ordinamento giuridico internazionale, di fronte ad un fenomeno per tanti aspetti così diverso da quelli abitualmente considerati, da sostare inevitabilmente di fronte ad esso con notevoli perplessità.

A ciò si è aggiunta storicamente l'influenza, da un lato di teorie politiche che, nell'intento di accrescere i poteri dello stato e dei suoi reggitori hanno affermato la necessità che lo stato stesso si consideri assolutamente indipendente da ogni vincolo superiore nella sua azione, il che non ha certo preparato un terreno particolarmente adatto alla comprensione del diritto internazionale; e dall'altro di alcune importanti dottrine filosofiche che hanno non di rado introdotto nel problema scientifico della conoscenza del fenomeno giuridico elementi ad esso estranei, causando per tal modo difficoltà non lievi nella soluzione di quelle questioni giuridiche generali e d'insieme che appunto si pongono più frequentemente nei confronti dell'ordinamento internazionale.

Da tutto ciò è derivato che la scienza giuridica si sia venuta tradizionalmente proponendo, nei confronti del diritto internazionale, un problema che per lo più essa non si pone nei confronti degli altri ordinamenti, e cioè quello della sua giuridicità, della sua stessa esistenza come ordinamento di diritto: problema evidentemente essenziale, in quanto dalla sua risoluzione in senso positivo dipende se sia legittimo o meno, per quella scienza, affrontare il successivo compito della conoscenza di un tale fenomeno. E poichè, nella grande maggioranza dei casi, i giuristi veri e propri non possono evidentemente considerarsi soddisfatti di una conclusione negativa nei confronti di un fenomeno la cui esistenza costituisce un dato di esperienza evidente e di cui, pur tra tanti aspetti diversi, non può non risaltare l'identità sostanziale di natura con quello che, visto nel quadro di altri ambienti sociali, si considera senza alcun dubbio come diritto, ne è venuto, nello sviluppo storico del pensiero scientifico, che per molti l'originaria questione dell'esistenza del diritto internazionale si sia trasformata in un diverso problema e cioè in quello della ricerca di una pretesa ragione, di un fondamento che spieghi il suo carattere giuridico nonostante la diversità di certi suoi fonda-

tali caratteri da quelli di un diritto che, per le molteplici ragioni ora esposte, ha finito per costituire ai loro occhi il diritto per eccellenza.

2. Il problema dell'esistenza di quel diritto « quod inter populos plures aut populorum rectores intercedit » si trova affrontato in Grozio, il quale prende appunto le mosse, nei *Prolegomena* del *De jure belli ac pacis*, dalla necessità di controbattere l'opinione di coloro che sostengono che quel diritto non sia altro che « inane nomen » (1). La risposta non è difficile per Grozio, in quanto, alla pari dei suoi predecessori tra i « fondatori » della scienza del diritto internazionale, e nonostante le diversità religiose che lo separano da alcuni di essi, egli è un seguace della tradizione aristotelica, secondo la quale l'uomo è per natura tendente alla socialità e per cui in ogni *communitas* umana si trova vivente un sistema di diritto (2), necessariamente composto di due parti: uno *jus naturale*, necessariamente prodotto dall'*appetitus societatis* insito nella natura umana e dalla *recta ratio*; ed un diritto *constitutum*, posto in essere volontariamente per l'utilità sociale, che Grozio chiama *jus voluntarium*, e che dal primo

(1) Cfr. HUGONIS GROTII, *De jure belli ac pacis libri tres*, editio nova, Amsterdami, MDCXLVI, *Prolegomena*, p. 1. « In omnium ferme ore » dice Grozio, a proposito degli autori da lui combattuti, « est Euphemi dictum apud Thucydidem, regi aut civitati imperium habenti, nihil injustum quod utile: cui simile illud, in summa fortuna id aequius quod validius, et rempublicam sine injuria geri non posse ». Grozio ha qui presenti, evidentemente, quegli scrittori politici che si pongono come gli assertori dell'autorità dello stato, e nei confronti dei quali una qualifica di « negatori » del diritto internazionale si giustifica più nel senso che essi affermano l'opportunità per lo stato di rifiutare l'osservanza di qualsiasi regola che non sia quella dell'*utilitas reipublicae*, che non nel senso che essi vedano una difficoltà teorica a concepire l'esistenza di un diritto delle genti, problema quest'ultimo che è del tutto estraneo alla loro mente.

(2) Poichè « nulla est communitas quæ sine jure conservari possit » (*Prolegomena*, p. 5).

trae il suo fondamento. Il parallelo tra singole *civitates e magna universitas civitatum*, e tra i relativi sistemi giuridici, è stabilito, su queste basi, in modo perfetto. Nell'una come nell'altra si manifesta il necessario dualismo tra le forme fondamentali del diritto; solo che nelle società statuali lo *jus voluntarium* è *jus civile* in senso proprio, promanante dalla *potestas civilis*, mentre nella società internazionale è *jus gentium*, promanante dalla volontà di tutte o di più nazioni ed espresso in *pacta*, taciti od espressi (1). Ma lo *jus gentium* è della stessa natura dello *jus civile*: ambedue hanno base consensuale, ambedue fanno parte degli *jura civilia* in senso lato, che traggono la loro *vis obligandi* dal medesimo principio necessario, e proprio dello *jus naturale*, dello *stare pactis* (2).

(1) Cfr. *Liber primus, Caput I, XIV*, p. 6 e s.: « Civile (jus) est quod a potestate civili proficiscitur... jus Gentium... est quod Gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit ». Si rilevi che Grozio intende per *jus voluntarium*, prodotto dai *pacta*, soprattutto le consuetudini, ciò che è comprovato dal fatto che egli (*ibid.*, p. 7) afferma che « Probatur autem hoc jus gentium pari modo quo jus non scriptum civile, uso continuo et testimonio peritorum ». Grozio è infatti pienamente nella tradizione romano-canonistica che concepisce la consuetudine come *tacitum pactum* (su cui v. *infra*). Dato ciò, non è del tutto facile comprendere quali norme fossero per Grozio da riservare allo *jus gentium* e quali allo *jus naturale*, poichè quest'ultimo, a sua volta, non è, nella sua concezione, soltanto un complesso di principi che possano venir provati *a priori* deducendoli dalla retta ragione, ma è anche un diritto effettivamente dettato dalla *naturalis ratio* alla *societas* e quindi in essa operante, che può esser provato *a posteriori* « si non certissima fide, certe probabiliter admodum » attraverso una ricerca di « id quod apud omnes gentes aut moratiores omnes tale (juris naturalis) esse creditur » (*ibid.* XII, p. 6). L'unico criterio distintivo finisce quindi per essere quello di un carattere necessario anzichè di mera *utilitas* per la società, criterio che, d'altra parte, non cesserà di esercitare la sua attrazione su molti giuristi, fino ancora ai nostri giorni.

(2) Cfr. *Prolegomena*, p. 3 e s. Sotto questo aspetto la concezione che Grozio ha della società e dell'autorità sociale appare tipicamente contrattualistica: « Nam qui se coetui alicui aggregaverant, aut homini hominibusve subjecerant, hi aut expresse promiserant, aut ex negotii natura tacite

Più o meno nello stesso modo, con le stesse partizioni e col medesimo parallelismo tra società internazionale e società interne, la questione della giuridicità del diritto internazionale è senza difficoltà e per lo più implicitamente risolta, nella dottrina che segue a Grozio, sia dai c.d. « groziani » che si attengono in genere fedelmente all'insegnamento del maestro, sia anche da coloro che già allora si sogliono designare come « positivisti » per avere messo, assai più decisamente di lui, l'accento sullo *jus gentium*, volontario e, in tal senso, « positivo ». Malgrado tale qualifica, infatti, gli appartenenti a questo indirizzo mantengono, per lo più, anche se in diverse proporzioni, l'idea del diritto internazionale come composto sia di *jus gentium* — nel senso attribuito a tale espressione da Grozio — che di *jus naturale*, e fanno quindi salva sia la possibilità di trovare nel secondo un principio che possa valere da fondamento al primo, sia quella di stabilire un pieno parallelismo strutturale tra diritto internazionale e diritto interno. E se alcuni, come il Bynkershoek, non parlano più dello *jus naturale*, essi non mancano, per altro verso, di introdurre come base per la determinazione dei principî e per la risoluzione delle questioni dello *jus gentium*, accanto e prima dei *mores* e dei *pacta* degli stati, l'elemento della *ratio* (1), col quale, evidentemente, il diritto non « positivo » opera per altra via il suo reingresso nel quadro del sistema giuridico.

3. Le prime difficoltà dovevano sorgere per effetto della filosofia dell'Hobbes, il quale, ponendosi in netta antitesi con la tradizione aristotelica, nega la socialità naturale dell'uomo e ne

promississe debebant intelligi; secuturus se quod aut coetus pars major, aut hi quibus delata potestas erat, constituissent ».

(1) Cfr. BYNKERSHOEK, *Quæstionum Juris Publici Libri II*, ed. 1737, in *Classics of International Law*, Oxford, 1930, *Ad lectorem* e Liber I, cap. II, p. 10.

deduce che gli stati — così come già gli uomini prima che avessero convenuto di rinunciare ai loro diritti naturali in favore di una autorità superiore — vivrebbero ancor oggi tra loro in un puro stato di natura, ossia di lotta, nel quale non vi può essere diritto « positivo », dovendo tale termine essere riservato a designare il diritto dettato da un'autorità ai suoi subordinati, ma soltanto una legge naturale, dettata alla coscienza dei membri della società unicamente dalla ragione (1).

Alla filosofia hobbesiana si riattaccano infatti, almeno parzialmente, nella dottrina internazionalistica, i c. d. « giusnaturalisti » puri, come il Pufendorf, il Thomasius, noto iniziatore della teoria della « coattività » quale carattere distintivo delle norme giuridiche, e la loro scuola. Per essi l'affermazione groziana dell'esistenza di uno *jus gentium* positivo è una contraddizione in termini. Avendo identificato il valore del termine *jus positivum*

(1) Il pensiero dell'Hobbes riguardo al diritto internazionale (v. soprattutto *Leviathan*, trad. it. Perticone, Torino, 1925, I, XV, p. 46 e ss., e II, XXX, p. 134 e s.; e *De cive*, ed. nova Lausannæ, MDCCCLXXXII, cap. XIV, IV, p. 245 e s.) è stato tuttavia oggetto di errate interpretazioni. Il fatto che egli fosse il teorico dell'assolutismo all'interno dello stato e che egli negasse ai principî del diritto internazionale il carattere di *Leges*, perchè non costituenti dei « comandi » posti in essere da un superiore (cfr. *De Cive*, cap. VI, IX, p. 101: « *Leges civiles nihil aliud sunt, quam eius qui in civitate summa potestate præditus est, de civium futuris actionibus mandata* ») ha fatto talora classificare il filosofo inglese tra i « negatori » del diritto internazionale, mentre egli ha inteso piuttosto stabilire una netta distinzione tra il diritto interno, che discende dal volere dell'autorità (ma la cui obbligatorietà è sempre stabilita dal diritto naturale: cfr. *De Cive*, cap. XIV, X, p. 250) e il diritto internazionale, che è *lex naturæ* dettata alla coscienza dei reggitori degli stati dalla pura ragione, così come dalla pura ragione furono dettate le prime regole di condotta agli uomini che ancora non avevano istituito un governo civile. Ugualmente a torto è stato indicato come negatore del diritto internazionale lo Spinoza, sulle cui dottrine relative al diritto internazionale cfr. LAUTERPACHT, *Spinoza and International Law*, in *Brit. Year Book*, 1927, p. 89 e ss.; e VERDROSS, *Das Völkerrecht im Systeme von Spinoza*, in *Zeit. f. öff. Recht*, 1928, p. 100 e ss.

con quello di diritto emanato da un legislatore sopraordinato, questi autori non possono, in effetti, ammettere che, accanto al diritto internazionale naturale, possa esistere anche uno *jus gentium voluntarium seu positivum... quod quidem legis proprie dictae vim habeat, quae gentes tanquam a superiore profecta stringat* (1). Il diritto internazionale deve concepirsi pertanto esclusivamente come uno *jus naturale*, avente origine dalla *naturalis ratio*.

Le difficoltà sono, tuttavia, fin qui, più apparenti che reali. Per quanto indicato come un sistema di diritto non positivo, lo *jus naturale gentium* è pur sempre, per i « giusnaturalisti » tradizionali, quel diritto che nella realtà disciplina la vita di relazione degli stati, e sarebbe del tutto errato ascrivere i fautori di tale indirizzo alla categoria dei « negatori » del diritto internazionale, come qualcuno ha fatto, in base ad un giudizio evidentemente superficiale (2). Il diritto internazionale non è per loro « positivo » nel senso ristretto da essi attribuito a tale espressione, ma ciò non toglie che esso rimane ai loro occhi « diritto »: diritto esistente e socialmente operante, e che, col qualificarlo come « naturale », il Pufendorf e i suoi seguaci non hanno affatto avuto l'intenzione di risolvere il diritto internazionale in un sistema di giudizi meramente ideale, avulso dalla realtà dei rapporti tra gli stati ed escluso dal mondo del diritto propriamente detto (3).

(1) Cfr. PUFENDORF, *De jure naturæ et gentium libri octo*, ed. 1672, in *Classics of International Law*, Oxford, 1931, II, c. 3, § 23, p. 156. È da notare che lo « stato di natura » secondo il Pufendorf è meno pessimistico di quello dell'Hobbes, in quanto è stato di pace, non di lotta, e la legge fondamentale in esso vigente è l'obbligo dell'uomo di promuovere relazioni di sociabilità con gli altri uomini. Sotto questo aspetto il Pufendorf si riavvicina alla tradizione aristotelica seguita da Grozio.

(2) Cfr., p. es., OPPENHEIM, *International Law*, I, 7th ed. by Lauterpacht, London, 1948, p. 91.

(3) Per una migliore conoscenza del pensiero, troppo sovente trascurato o inesattamente riferito, degli autori classici, destano un partico-

4. In realtà, a parte certi aspetti politici della questione, un vero e proprio problema teorico dell'esistenza del diritto internazionale come sistema giuridico non ha ragione effettiva di porsi, o almeno di porsi in maniera diversa dal come esso può essere proposto nei riguardi di qualsiasi ordinamento giuridico, fino all'apparire del positivismo e con esso della negazione della possibilità di ammettere l'esistenza di un diritto di origine non rigorosamente positiva. Vere difficoltà, in altri termini, non sussistono fino a quando l'indirizzo positivistico propriamente detto non si afferma e non assume un atteggiamento rigidamente intransigente, non solo rifiutando qualsiasi diritto di cittadinanza nel campo della scienza giuridica allo *jus naturale* — visto ormai, a seguito degli sviluppi teorici assunti in prosieguo di tempo dallo stesso indirizzo giusnaturalistico, come un sistema esclusivamente razionale, muoventesi su di un piano ideale, e tale da rendere quindi più difficilmente concepibile una convivenza del diritto naturale col diritto positivo nel quadro di un medesimo sistema storicamente realizzato — ma includendo implicitamente in tale rifiuto anche ogni forma di diritto che non sia « positivo » nel senso rigorosamente etimologico di tale espressione, di *jus « positum »*, posto in essere cioè, come verrà precisato dai teorici del positivismo (1), da procedimenti di fatto idonei alla produzione giuridica, storicamente realizzati ed esternamente riconoscibili.

La rinuncia definitiva a riconoscere l'esistenza, nel quadro di un ordinamento vigente, e in particolare dell'ordinamento internazionale, di una parte di diritto non positivo, non si realizza tuttavia che in modo assai lento e graduale. I grandi trattatisti del se-

lare interesse le accurate indagini che su quel pensiero ha condotto il Giuliano, nel capitolo iniziale di un suo lavoro di prossima pubblicazione.

(1) Cfr. per tutti BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892, p. 549.

colo XVIII: il Wolff (1), il Vattel (2), e Giorgio Federico Martens (3), assegnano ancora chiaramente al diritto naturale un nucleo, sia pure limitato, di principî fondamentali dell'ordinamento internazionale vigente, e così farà del pari, sul loro esempio, buona parte della dottrina del secolo XIX (4). Vero è che, con lo sviluppo dato all'indagine relativa al diritto consuetudi-

(1) Il WOLFF, *Jus gentium methodo scientifico pertractatum*, ed. 1749, in *Classics of International Law*, Oxford, 1934, *Prolegomena*, §§ 9 a 26, p. 3 e ss., è l'autore della nota *factio* di una *Civitas maxima* avente a suo capo un immaginario *Rector*, la cui autorità si rifetterebbe nello *jus gentium voluntarium*, sempre giustapposto, peraltro allo *jus gentium necessarium e naturale*.

(2) Per il VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, nouv. éd., Neuchâtel, MDCCLXXVII, *Préliminaires*, §§ 5 a 7, p. 3 e ss., la sottomissione delle nazioni al diritto naturale è una conseguenza logica della sottomissione a quel diritto degli individui la cui unione forma le nazioni. Alla bipartizione groziana il Vattel sostituisce una quadripartizione del diritto internazionale in *droit des gens volontaire*, *droit des gens conventionnel* e *droit des gens coutumier*. Le tre ultime categorie, rispettivamente fondate sul « consenso « presunto », « espresso » o « tacito » delle nazioni costituiscono insieme il *droit des gens positif*, sempre subordinato al *droit nécessaire* (*ibidem*, §§ 21 e 28, p. 20 e ss.).

(3) G. F. MARTENS, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, Goettingue, 1789, *Introduction*.

(4) L'attribuzione al diritto naturale di una delle partizioni in cui viene diviso il diritto internazionale secondo la tradizione groziano-vatteliana si trova ancora nel secolo XIX in alcuni autori tedeschi, quali il KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, nouv. éd., Paris, 1861, p. 1 e ss. e il BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, tr. Lardy, Paris, 1870, p. 52, nonostante il rapido affermarsi dell'indirizzo positivistico nella dottrina germanica. Più a lungo questa tradizione si mantiene nelle grandi trattazioni inglesi. OKE MANNING, *Commentaries on the Law of Nations*, new ed. by Amos, 1875, p. 69, afferma che « customary law should be tested by the law of nature ». Il Phillimore, il Travers-Twiss e in America il Wheaton possono essere riportati al medesimo indirizzo. Nella dottrina dei paesi latini questa stessa tradizione si mantiene soprattutto con riguardo ai c.d. diritti fondamentali degli stati, che generalmente si fanno derivare dal diritto naturale.

nario e soprattutto convenzionale (a seguito dell'incremento verificatosi nella stipulazione dei trattati), la parte riservata al diritto naturale nelle trattazioni di questi autori si restringe progressivamente a quella più che altro di un punto di ancoramento del diritto internazionale positivo, od a quella parte piuttosto nebulosa che riguarda i c.d. diritti fondamentali degli stati. Di qui ad una totale abolizione di ogni riferimento a quel diritto il passo è facile, e già alla metà del secolo XVIII lo si trova compiuto nell'opera di Johann Jakob Moser, per il quale la scienza internazionalistica non ha affatto il compito di chiedersi come gli stati dovrebbero comportarsi nei loro rapporti reciproci, ma soltanto quello di accertare in maniera empirica quali norme essi sogliono osservare nella prassi di tali rapporti, così che ogni deduzione di principî da premesse di carattere razionale deve essere respinta in quanto conduce a formulare un preteso diritto puramente ideale e irreal, anziché a descrivere quello effettivamente vigente nei rapporti tra gli stati (1). Malgrado ciò, tuttavia, il Moser, se è un anti-razionalista, non è ancora affatto un « positivista » nel senso rigoroso che assumerà più tardi questo termine. Egli non ricerca soltanto il diritto « posto in essere » da determinati fatti, ma persegue attraverso un'analisi della pura esperienza la conoscenza del diritto « vigente » sotto qualunque forma esso si manifesti: anche, p. es., nella veste di meri convincimenti degli stati; così che egli non ha ancora ragione di proporsi, nel suo sistema, un problema della giuridicità del diritto internazionale e del suo perchè come saranno poi costretti invece a fare i positivisti veri e propri.

(1) Cfr. J. J. MOSER, *Grundsätze des jetzt üblichen Völkerrechts Friedenszeiten*, Leipzig, 1750, p. 3 e ss. Sull'opera del Moser cfr. lo studio del VERDROSS, *J. J. Mosers Programm einer Völkerrechtswissenschaft der Erfahrung*, in *Zeit. f. öff. Recht*, 1922, p. 96 e ss. Atteggiamenti simili a quello del Moser hanno successivamente nella dottrina tedesca l'HEFFTER, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, VI Ausg., Berlin, 1873, p. 2 e ss. (l'a. si riferisce alla constatazione che *ubi societas ibi jus est*) e in quella inglese l'HALL, *A Treatise on International Law*, eighth ed. by P. Higgins, Oxford, 1924, p. 1 e ss.

Per le medesime ragioni, non possono venir considerati ancora affatto come dei « positivisti » in senso proprio gli autori di quella « scuola storica » che si afferma successivamente, soprattutto in Germania, col fiorire del romanticismo, e che, nonostante la posizione polemica assunta nei confronti dell'indirizzo giusnaturalistico, mantiene tuttavia, al pari di quello, una concezione dualistica del diritto. Pur respingendo infatti decisamente l'idea della esistenza di norme giuridiche di origine razionale, quegli autori non solo non riducono affatto il diritto alle norme imposte da una determinata volontà sopraordinata, ma pongono anzi al vertice delle fonti del diritto, lo « spirito del popolo » (1), vivente ed operante universalmente in tutti i membri della società, e che prima che per le vie della « legislazione » e della « scienza », si manifesta attraverso « la naturale concordanza delle convinzioni ». Un problema a sé della giuridicità del diritto internazionale non ha quindi una vera ragione di porsi per la scuola storica: anche tra diversi popoli può crearsi, secondo il Savigny, una comunanza di sentimenti giuridici simile a quella che in un popolo genera il diritto positivo (2). Analoghe considerazioni possono, d'altra

(1) « Die rechte Quelle alles Rechts », secondo il PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, 1828, p. 123. Se lo « spirito del popolo » è pertanto il fattore creativo ultimo di tutto il diritto, esso tuttavia prende forma per il Puchta in una delle tre « Rechtsquellen » della « natürliche Übereinstimmung der Überzeugung », della « Gesetzgebung » e della « Wissenschaft », cui corrispondono tre diverse « Erkenntnisquellen » del diritto: i « costumi », la « legge » e il « sistema ». Per un ampio esame critico delle dottrine della scuola storica riguardo alle fonti cfr. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, in *Wiener Staats- u. Rechtswissenschaftliche Studien*, Neue Folge, Leipzig, 1929, p. 128 e ss. e soprattutto 137 e ss.

(2) Cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, tr. Scialoja, I, Torino, 1886, p. 57 e ss. L'a. rettifica pertanto la conclusione negativa cui, nei riguardi del diritto internazionale era invece pervenuto il Puchta, *Das Gewohnheitsrecht* cit., II, p. 142.

L'idea del Savigny riguardo al diritto internazionale doveva poi eser-

parte, ripetersi per un'altra dottrina, essa pure tipicamente dualista nei riguardi delle origini del diritto, anche se ormai chiaramente antirazionalista, e cioè la dottrina francese che fa capo soprattutto al Duguit, per cui il « *droit objectif* » è superiore e precedente al diritto positivo il quale ultimo trae la sua forza obbligatoria unicamente dal primo, prodotto nella coscienza collettiva della « *solidarietà o interdipendenza sociale* » (1).

5. Come si è detto, la questione si pone invece nel modo più acuto con l'apparire del positivismo rigorosamente inteso e delle sue concezioni ristrette riguardo ai modi di formazione del diritto. Questo indirizzo, infatti, parte dal ricordato assunto che la

citare una notevole influenza su molti autori che, pur qualificandosi come « *positivisti* », si fondano in modo particolare sulla « *coscienza* » o sulla « *convinzione* » dei consociati come « *fonte* », e non solo sulle fonti di carattere volontario. Tipico in questo senso P'ULLMAN, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, tr. Buzzati, Torino, 1914, p. 26 e ss., 60 e ss. Era logico, in effetti, che la scuola storica esercitasse una notevole attrazione su coloro i quali, avendo ripudiato ogni posizione giusnaturalistica, rifiutassero peraltro di lasciarsi costringere negli schemi del positivismo più stretto. Tra gli autori che più si avvicinano ad un simile indirizzo si possono ricordare il von Bulmerincq, il Rivier, il von Liszt, il De Louter, l'Hatschek e, nella dottrina più recente, il DROST, *Grundlagen des Völkerrechts*, München, 1936, p. 16 e ss., per il quale « *auch für den Rechtscharakter eines Gesetzes konstitutiv ist das Bewusstsein, in der betreffenden Norm eine verblindliche Ordnungsregel des sozialen Lebens zu haben* ».

(1) Cfr. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901; *Traité de droit constitutionnel*, II ed., Paris, I, préface e p. 39 e ss.; *Manuel de droit constitutionnel*, IV éd., Paris, 1923, p. 7 e ss. Tutto il diritto obbiettivo si riassume per il Duguit nella formula « *ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale ... et faire tout ce qui est de nature à (la) réaliser et à (la) développer* ». Per essere legittima, la « *loi positive* » deve essere l'espressione e l'applicazione di questo principio. Anche l'HAURIUO, *Les idées de M. Duguit*, in *Recueil de législation*, Toulouse, 1911, p. 19 e s., distingue nel diritto quello che « *découle de la règle de justice* » e quello che è prodotto dalla sovranità governativa.

scienza giuridica non possa andare a ritrovare il diritto altro che nelle norme poste in essere da fatti esternamente sensibili e non ammette in alcun modo l'esistenza di una diversa categoria di principî di diritto, razionalmente dedotti o, comunque, diversamente determinati, che possano valere, tra l'altro, come giustificativi del perchè le norme prodotte appunto da quei fatti debbano considerarsi giuridiche. Con ciò esso fa sorgere un problema nuovo, e precisamente quello di una tale giustificazione, che, non potendo più trovarsi in una norma di diritto non positivo per l'esclusione stessa di una simile categoria, il positivismo si trova costretto a ricercare fuori del diritto, in un mero dato di fatto.

In base alle sue premesse, cioè, il positivismo non può che concepire le norme del diritto positivo come delle « regole », come delle direttive di condotta « volute » e imposte da un determinato ente; e non ha quindi altra via d'uscita che quella di assumere aprioristicamente la stessa « volontà » di quell'ente, non solo come origine di quelle direttive, ma come loro « fondamento », come base e ragione della loro « obbligatorietà ». Alcuni autori, specialmente di lingua inglese, ricorrono a tal fine alla finzione di una sorta di « volontà » comune dei membri del corpo sociale, i quali, almeno nella loro grande maggioranza, consentirebbero a che le « regole di condotta » poste in essere mediante dati procedimenti siano fatte obbligatoriamente osservare da un potere esterno; essi indicano quindi come base del diritto positivo in generale il c.d. « consenso comune » dei consociati, salvando per tal modo, se non altro, la possibilità di concepire l'esistenza di un ordinamento internazionale (1).

(1) Il *common consent* è infatti concepito come una condizione ugualmente necessaria, tanto perchè possano sussistere come diritto « obbligatorio » le norme positive internazionali, quanto perchè lo stesso risultato possa essere raggiunto nei riguardi delle norme poste in essere dal legislatore interno. La dottrina del *common consent*, introdotta soprattutto dal

Questa possibilità viene invece meno per i positivisti più rigorosi e più conseguenti, i quali fanno propria l'idea imperativistica del diritto come « comando » di un' autorità superiore, ed ancorano quindi direttamente ed esclusivamente il diritto così concepito alla « volontà dello stato » quale sua unica fonte e fondamento unico della sua « obbligatorietà ». Questa volontà statale che, nelle concezioni precedenti, appariva sì come fonte di diritto, ma a sua volta sottoposta al diritto stesso e da questo dotata della sua capacità normativa, viene quindi posta ora al di sopra e al di fuori del diritto, il quale si identifica così con ciò che essa « ordina ». Lo stesso concetto di « diritto positivo » viene pertanto a restringersi ulteriormente, perchè come procedimenti di fatto idonei alla produzione del diritto sono ormai considerate soltanto le statuizioni volitive dell'ente-stato. Si verifica cioè, per tal modo, una combinazione tra il dogma imperativistico di derivazione hobbesiana che riduce la nozione di diritto positivo ai « comandi » emanati da un dato legislatore ed il dogma positivistico che a sua volta restringe il concetto di « diritto » a quello di « diritto positivo »: col suo stesso affermarsi più rigoroso il positivismo diviene pertanto un mero « statualismo volontaristico ». È quanto si verifica in due ambienti, caratteristici per essere fra loro distinti e posti sotto l'influenza di concezioni filosofiche diverse: la scuola

KENT, *Commentary on International Law*, rev. ed. by Abdy, Cambridge, 1866, p. 6 e ss.; e dall'OPPENHEIM, *International Law* cit., p. 10. e ss., è in evidente rapporto di filiazione diretta con la ricordata idea groziana della origine consensuale di tutto il diritto positivo, *jus civile* compreso. Grozio, tuttavia, aveva fondato su una norma di diritto naturale (*stare pactis*) la capacità del consenso a produrre norme giuridiche; mentre ora è il consenso in se, come tale, che viene presentato quale « fondamento » della giuridicità delle norme che ad esso direttamente o indirettamente si riportino. Che con questo si sia dato al diritto positivo un fondamento puramente « sociologico » e non giuridico sarà visto particolarmente dal LAUTERPACHT, *note ad OPPENHEIM, Int. Law* cit., p. 16.

inglese dell'*analytical jurisprudence* della metà del secolo XIX e la dottrina filosofico-giuridica tedesca della fine dello stesso secolo.

Portavoce della prima è l'Austin, evidentemente influenzato dalle ricordate teoriche hobbesiane. Di diritto si può parlare in senso proprio, secondo l'autore che si propose appunto di definire il campo esatto della *province of jurisprudence* esclusivamente attraverso l'*analysis of positive law*, soltanto nei riguardi di « comandi » espressamente emanati da un'autorità superiore e caratterizzati dall'esistenza, in tale autorità, del potere e del proposito di infliggere una pena all'eventuale trasgressore dei comandi stessi. Nella società internazionale non vi è traccia di una simile autorità gerarchicamente superiore e vincolante; il diritto internazionale quindi non esiste come diritto positivo, ma unicamente come un insieme di norme di semplice « moralità positiva » e come tale non ha un proprio posto nel campo del diritto (1). Il diritto internazionale si trova pertanto di fronte, con l'Austin, alla prima negazione esplicita non più soltanto del suo carattere di diritto positivo, ma addirittura della sua giuridicità.

La dottrina positivista tedesca deriva invece il suo statalismo dalla filosofia idealistica hegheliana. Per lo Hegel lo stato è la realtà in atto dell'Idea morale obbiettiva, la potenza assoluta sulla terra, e non è quindi immaginabile una legge più alta della sua stessa volontà. Lo stato è, in altre parole, al di sopra e al di fuori del diritto, che soltanto dalla sua volontà è prodotto e imposto all'os-

(1) Cfr. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th ed., London, 1887, I, p. 182, e II, p. 635, 754. Un'analisi critica recentissima della dottrina austiniana si trova in KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1946, p. 30 e ss., 62 e ss., 94 e ss., 127 e ss. Le idee dell'Austin riguardo al diritto internazionale hanno influenzato diversi autori, tra cui il Pomeroy e lo Stephen, classificatisi, al pari dell'Austin, tra i « negatori » veri e propri della giuridicità del diritto internazionale.

servanza dei suoi sudditi. Su simili basi è evidente che è logicamente impossibile l'esistenza di un ordinamento giuridico internazionale concepito come sistema di norme cui lo stato sia esso stesso subordinato.

Dei seguaci delle condizioni giuridiche hegheliane, tuttavia, soltanto qualcuno osa giungere fino alla conclusione estrema dell'assoluta inesistenza del diritto internazionale come sistema giuridico (1). La maggioranza invece, spinta dal desiderio di una maggiore aderenza al fatto reale dell'esistenza del diritto internazionale, indirizza le proprie indagini alla ricerca di un qualche espediente che valga a spiegare la giuridicità di quel diritto nonostante le premesse positivistico-statalistiche adottate, a « fondare » l'obbligatorietà dei trattati, cioè, dato che ormai a questi ultimi soltanto è positivisticamente ridotto il diritto internazionale.

Sono queste le vere origini di quel problema del « fondamento del diritto internazionale » che da questo momento diviene, per gli autori qui considerati e quindi per la maggioranza della dottrina internazionalistica soprattutto tedesca e italiana, il problema centrale delle trattazioni del diritto internazionale, alla cui soluzione viene forzosamente subordinata quella delle altre questioni essenziali della nostra disciplina. È appunto per cercare di trovare una via d'uscita alle difficoltà che esso presenta, che si elaborano teorie artificiali soprattutto in materia di fonti e di soggetti del diritto internazionale, nelle quali è perso di vista il contatto con la realtà, e dalle quali tuttavia, per la diffusione avuta dalle teorie stesse, la dottrina successiva durerà non poca fatica a liberarsi.

(1) Così per il LASSON, *Prinzip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, 1871, p. 52, l'ordinamento internazionale non può immaginarsi che come sistema di diritto razionale e non positivo. Altro negatore del diritto internazionale sulla base di una filosofia di ispirazione hegheliana è il BINDER, *Philosophie des Rechts*, Leipzig, 1925, p. 550 e ss.

Il primo tentativo è quello, cui, come è noto, fa ricorso lo stesso Hegel (1) seguito dall'Akzin, dallo Zorn e da altri, di rappresentare il diritto internazionale come una parte del diritto statuale. Per Albert Zorn (2) il diritto internazionale deve vedersi come un « diritto statale esterno » o, meglio, come quel prolungamento del diritto statale che riguarderebbe i rapporti con l'estero (3). Tuttavia — a parte ogni considerazione sul carattere del tutto irrealistico di queste dottrine che si vorrebbero qualificare come rigorosamente positivistiche e che, pur di arrivare ad una conclusione che quadri con le premesse teoriche adottate, non esitano davanti all'idea di deformare completamente la natura delle norme del diritto internazionale, delle loro fonti e dei loro destinatari, trasportandoli in un ambiente sociale completamente diverso da quello che è loro proprio — è certo che, per questa via, il risultato sperato viene mancato completamente. Nonostante la buona volontà dei suoi ideatori, infatti, una simile

(1) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, III Aufl. v. Gans, Berlin, 1854, p. 416 e s.

(2) *Grundzüge des Völkerrechts*, 2 Aufl., Leipzig, 1903, p. 1 e s.

(3) È caratteristico che ad una configurazione del diritto internazionale come diritto statale esterno siano giunti anche degli autori che hanno seguito una via del tutto diversa da quella qui indicata come una applicazione delle concezioni hegheliane di stato e di diritto, e che hanno invece aderito alla concezione neokantiana del Kelsen — di cui si tratterà più avanti — circa la necessità assoluta di rappresentare il diritto internazionale e il diritto interno come facenti parte di un sistema giuridico unitario, rimanendo peraltro affidata ad una preferenza puramente politica la scelta tra l'idea secondo la quale i vari diritti statuali sarebbero « delegati » dall'ordinamento internazionale e l'idea opposta per cui il diritto internazionale non sarebbe che una parte del diritto statale, in virtù di una delegazione o di un riconoscimento da parte di quest'ultimo. Quegli autori infatti come il Wenzel e, in primo tempo, anche il Korovine e il VERDROSS, *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, in *Zeit. f. Völkerr.*, 1914, p. 329 e s., che hanno optato per la seconda ipotesi, sono necessariamente venuti a riprospettare il diritto internazionale come diritto statale esterno.

concezione si traduce necessariamente in una totale negazione dell'esistenza di un diritto internazionale come sistema unitario e autonomo di giudizi giuridici. Ed a conseguenze analoghe conduce inevitabilmente anche la nota teoria del Bergbohm e dello Jellinek (1) della c.d. « auto limitazione od auto-obbligazione degli stati », dato che la capacità di auto-obbligarsi non potrebbe essere fondata che sulle norme dei singoli e distinti ordinamenti interni e solo in questi quindi potrebbero avere valore giuridico le pretese obbligazioni assunte (2).

Lo sforzo più serio per superare le difficoltà insite nella concezione positivistico-statalistica è indubbiamente quello notissimo, compiuto dalla dottrina della « volontà collettiva degli stati » (3), per la quale le norme del diritto internazionale sarebbero sì riportabili, come quelle di ogni ordinamento giuridico, ad una volontà, ma non a quella degli stati singoli, bensì a quella risultante dalla fusione della volontà di più stati. Anche con questo tentativo, peraltro, nonostante la notevole fortuna che esso ha avuto

(1) Cfr. BERGBOHM, *Staatsverträge und Gesetze als Quelle des Völkerrechts*, Dorpart, 1877, p. 19, e 39 e ss.; JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Wien, 1880, p. 9, 46 e ss. Per altri autori del medesimo indirizzo, come in generale per notizie bibliografiche circa le varie dottrine dell'indirizzo positivistico intorno al problema del fondamento del diritto internazionale, v. DROST, *Grundlagen* cit., p. 20 e ss.; ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943, p. 30 e s.

(2) Questa dottrina ha anche il difetto, giustamente rilevato dallo SPERDUTI, *La fonte suprema dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1946, p. 137, di cadere in contraddizione con le proprie premesse, in quanto, mentre si fonda sull'idea che il diritto sia il prodotto della volontà di un ente superiore, esterno rispetto al diritto stesso e quindi rispetto ai soggetti che esso vuole obbligare, deve poi immaginare che questo medesimo ente rientri nel diritto per divenire destinatario delle norme da sè stesso create.

(3) Dottrina introdotta, come si sa, dal TRIEPEL, *Diritto internazional e diritto interno*, tr. Buzzati, Torino, 1913, p. 29 e ss.; e dall'ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, I, Firenze, 1902, p. 29 e s.

nella dottrina successiva, soprattutto italiana (1), le difficoltà sono superate solo in apparenza. Da un lato, infatti, gli autori più conseguenti con le premesse del positivismo statualistico, come Erich Kaufmann (2), riportano sempre le singole volontà la cui unione dà vita alla volontà collettiva, ai singoli enti materiali da cui esse promanano, ossia agli stati, con la conseguenza che l'esistenza del diritto internazionale, prodotto dalla volontà collettiva, sarebbe subordinata alla costanza dello stato nel mantenere la partecipazione a quella stessa volontà; se la semplice volontà dello stato singolo è quindi sufficiente per far estinguere nei propri confronti la norma di cui era destinatario, ciò equivale evidentemente a negare ancora una volta l'esistenza obbiettiva di un ordinamento giuridico internazionale. D'altro canto quegli autori che non vogliono pervenire a simili conclusioni, in quanto sentono più imperativo il richiamo della realtà che si tratta di rappresentare, sono costretti, come il Triepel ed i suoi seguaci, ad operare un distacco tra la « volontà collettiva » e quella dei singoli

(1) Nella dottrina italiana, la teoria della « volontà collettiva degli stati » come fondamento del diritto internazionale, introdotta dall'Anzilotti, rimane assolutamente dominante per più di 25 anni e cioè fino a quando essa è stata riveduta dallo stesso Anzilotti. Possono ricordarsi i nomi del Donati, del Marinoni, del Cavaglieri, del Salvioli, del Diena, ecc. Nella dottrina tedesca è stata forse maggiore l'influenza della dottrina dell'« auto-limitazione », che ha avuto l'adesione del Nippold o di altri, mentre il Bierling e l'Heilborn accolgono l'idea del « riconoscimento » di ogni regola da parte della coscienza giuridica degli stati, riconoscimento che, anch'esso, permette la vita giuridica della norma finchè è comune, finchè cioè le singole volontà permangono concordi. Per questo la dottrina del « riconoscimento » (per una formulazione v. HEILBORN, *Les sources du droit international*, in *Recueil des cours de La Haye*, 1926, I, p. 14 e ss.), sbocca in conclusioni non dissimili da quella dell'auto-limitazione. Su questa dottrina cfr. le osservazioni del PERASSI, *Teoria dogmatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Rivista di dir. internaz.*, 1917, p. 218 e s.

(2) *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Tübingen, 1911, p. 160 e ss.

--

stati che vi partecipano, immaginando che, una volta formata e fissata in accordi, essa viva di vita propria, indipendentemente dalle volontà particolari che avevano concorso a costituirla. Ma come è stato giustamente posto in luce dalla critica successiva, la pretesa volontà collettiva rimane così artificiosamente avulsa dall'ente reale da cui promanerebbe: non è più la volontà dei singoli stati, nè è, per l'inesistenza di enti sopraordinati agli stati, la volontà senza un ente che possa volere, il che è singolarmente contrastante con le premesse del volontarismo statualistico da cui Triepel prende le mosse. Nè, per altro verso, sia questo artificio, sia tutte le altre costruzioni, ingegnose ma arbitrarie, e tutte le deformazioni della realtà (1) cui questo autore è costretto per cercare di dare organicità al suo sistema, valgono ad evitare l'insuccesso di questa dottrina la quale non riesce a dare unità a quell'ordinamento internazionale di cui vorrebbe determinare il « fondamento », essendo costretta a risolverlo in una pluralità di ordinamenti particolari distinti, tanti cioè quanti sono i gruppi di stati tra i quali intervengono i diversi accordi, e tra i quali le premesse teoriche da cui è partita non le danno il modo di stabilire un legame giuridico unitario.

(1) P. es. di rappresentare l'accordo nel quale la volontà collettiva si realizza come un fatto pregiuridico, ponendo così l'accordo come fatto del tutto estraneo rispetto al diritto internazionale che ne deriva (sul che cfr. i classici rilievi del PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1917, p. 212 e ss.); di perpetuare l'erronea assimilazione delle consuetudini a dei patti taciti per poter includere anche le consuetudini nell'ancoramento della obbligatorietà dei trattati al dogma della volontà collettiva; di introdurre nella categoria dei trattati la distinzione tra il trattato-accordo normativo e il trattato-negozio giuridico; di immaginare l'accordo (pregiuridico) di riconoscimento come origine della personalità internazionale e come punto di partenza per i successivi accordi tra i medesimi stati; ecc,

6. Ove ci si fermi ad un esame superficiale delle cause delle difficoltà incontrate dalla dottrina positivista non appena essa ha dovuto affrontare il problema dell'esistenza di un « diritto » internazionale, non vi è dubbio che la ragione che viene alla mente in maniera più immediata è quella dell'aver essa utilizzato una nozione di diritto positivo arbitrariamente ristretto da un preconetto statualistico: di una nozione fondata, in ultima analisi, solo sulla ricordata premessa, del tutto indimostrata e indimostrabile, che la volontà dello stato, ed essa sola, costituisca una ragione valida della « obbligatorietà » delle norme « positive ». La scienza giuridica, si può osservare a questo riguardo, deve determinare i propri concetti, come ogni scienza, sulla base dell'esame, non di alcune soltanto, ma di tutte le diverse forme nelle quali il fenomeno di cui vuole appunto stabilire il concetto si presenta nella realtà; e non può soprattutto valersi di un'idea adottata in maniera puramente aprioristica, per costringere in essa, con evidente risultato di deformazione e di errore, quelle manifestazioni concrete del fenomeno stesso che si rifiutino di entrarvi. Ora è certo che l'idea che tutto il diritto positivo possa essere descritto come un insieme di comandi promananti dalla volontà superiore dello stato è di per sé un'idea errata (1) e la prova se ne ha appunto nel fatto che, applicata al diritto internazionale, essa si dimostra assolutamente inadatta a rappresentare in maniera anche appena soddisfacente perfino quella parte del diritto internazionale che più indiscutibilmente è diritto « positivo », e cioè il diritto pattizio (2).

(1) Per una bella critica della concezione « statual-legalistica » del diritto cfr. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, p. 1 e ss.

(2) In linea del tutto generale è il caso di rilevare che l'ordinamento internazionale può essere un ottimo banco di prova per la verifica della correttezza dei concetti che si siano determinati sulla base di una considerazione dei sistemi giuridici statuali ma a condizione che siano i concetti che vengono, se necessario, modificati in relazione alle esigenze di rappre-

Ma ove si vada più a fondo nell'esame critico, ci si deve accorgere che il vizio fondamentale della dottrina di cui si tratta è assai più profondo, e non può essere eliminato soltanto con l'eliminazione del preconcetto statualistico e con l'adozione di un concetto più ampio di diritto positivo, atto a comprendere anche le diverse forme in cui il diritto positivo stesso può essere posto in essere in ordinamenti diversi da quello statale. Non è per questa via, in altri termini, che si può pensare di uscire veramente dalle strettoie di quel preteso problema del «fondamento» della giuridicità, o della obbligatorietà, o della validità del diritto internazionale, che in realtà le premesse positivistiche come tali, e non solo quelle del positivismo statualistico, hanno fatto sorgere.

L'errore centrale del positivismo è, in effetti, nelle sue stesse premesse: è nella convinzione della riducibilità di tutto il diritto al prodotto di determinati fatti e nella conseguente idea che un simile prodotto sia «diritto» solo perchè posto in essere da quei fatti. L'impossibilità logica di dedurre la giuridicità o validità delle norme positive dal mero fatto materiale che le abbia create, qualunque sia la natura di un simile fatto, sarà in effetti il punto sul quale le dottrine successive centeranno la loro critica alla concezione positivista. E sarà ulteriore merito di quelle dottrine l'aver visto per la prima volta la necessità di proporsi in modo organico la questione essenziale della natura, dei compiti e dei metodi della scienza giuridica, come premessa necessaria all'esame dei problemi fondamentali del diritto.

Malgrado ciò, le idee che a loro volta le nuove dottrine elaboreranno, in sostituzione di quelle proprie del positivismo, non potranno apparire tali da recare un contributo di definitiva chia-

sentazione di quell'ordinamento e non quest'ultimo che viene «adattato», se non addirittura negato, per mantenere fedeltà ai concetti predeterminati. In questo senso si vedano le giuste considerazioni del ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze, 1945, § 17, p. 44.

rificazione rispetto alla questione creatasi con quell'indirizzo riguardo al carattere giuridico del diritto internazionale ed alla sua spiegazione. E questo non già certo perchè, per lungo tempo, esse non riusciranno a liberarsi di alcune posizioni errate che il positivismo statualistico aveva assunte, per effetto delle sue premesse, riguardo ad alcuni problemi specifici del diritto internazionale; e neppure soltanto perchè esse opereranno talora l'introduzione, in costruzioni che pure vorrebbero affermarsi come rigorosamente scientifiche, di nuovi elementi aprioristici, col risultato di produrre, al confronto con la realtà, difficoltà di diversa origine ma di gravità non dissimile da quella in cui si erano imbattute le dottrine precedenti. Ma soprattutto perchè, come risulterà chiaro da un loro esame, la loro revisione si fermerà a metà strada; perchè, in particolare, esse si affanneranno a ricercare una più valida spiegazione, un punto di ancoramento del diritto positivo più soddisfacente di quello indicato dai positivisti, senza volere o senza sapere veramente svincolarsi dal positivismo come tale e senza riuscire a superare così l'errato preconetto che è alla base stessa della concezione di quell'indirizzo circa l'origine necessariamente positiva del diritto. Chè anzi esse faranno propria, ponendola al centro delle loro costruzioni teoriche, la ricordata idea che il diritto debba in ogni caso essere creato da fonti, modificandola soltanto nel senso di intendere queste non più soltanto come dei fatti normativi esternamente riconoscibili, ma come dei processi di produzione giuridica appositamente previsti e preordinati dal diritto stesso.

7. La prima di tali dottrine che si contrappongono a quelle del positivismo nella sua forma originaria — prima più che per ordine di tempo, per la larga notorietà da essa raggiunta e l'influenza esercitata — è quella nota sotto il nome di dottrina pura del diritto, dovuta al Kelsen ed alla sua scuola, e che nelle sue

intenzioni vorrebbe porsi come « positivismo critico », ossia come una teoria del diritto positivo avente il proposito di conoscere esclusivamente il suo oggetto, ossia appunto il diritto positivo, essendo essa convinta che il compito essenziale sia quello di liberare la conoscenza del diritto da tutti gli elementi extragiuridici, soprattutto di ordine ideologico, che ancora vi sarebbero frammentati.

Gli aspetti di questa dottrina sono molteplici ed hanno avuto incidenze notevoli su diversi problemi della nostra disciplina. Per quanto concerne direttamente la questione che qui interessa, il primo punto da rilevare è che il Kelsen riafferma esplicitamente che diritto è « soltanto » il diritto positivo, e la sua positività risiede precisamente nel fatto che esso è creato e annullato da atti di esseri umani (1). Malgrado ciò la sua concordanza di vedute con le dottrine positivistiche in senso proprio viene meno quando si tratta di determinare il perchè della « validità » — ossia dell'esistenza come norme giuridiche « obbligatorie » — delle statuizioni prodotte da quegli atti. Il fatto che qualcuno comandi qualcosa, egli osserva riferendosi all'asserzione per cui il diritto si identificherebbe con i comandi di una determinata volontà, non è di per sè una ragione sufficiente per considerare quel comando come un comando « obbligatorio », come una norma « valida ». Perchè questo si possa fare occorre che colui che ha emesso il comando sia stato a ciò « autorizzato » da una norma più elevata. La ragione della validità di una norma non può risiedere, in altre parole, nel mero fatto che l'ha creata, ma deve essere ricercata

(1) Cfr. KELSEN, *General Theory* cit., 9, 114. Le opere di questo autore sono, come è noto, numerose. Poichè tuttavia i concetti fondamentali della sua dottrina vi si trovano spesso ripetuti, ci si limita qui, quando non sia necessario far altrimenti riguardo a qualche punto particolare, ad indicare la formulazione più recente e più evoluta del pensiero del Kelsen, che si trova appunto nell'opera ora citata.

in una precedente norma la cui validità si conosca e che contempli il fatto medesimo come fatto normativo (1). Ne consegue che il procedimento per la determinazione della validità delle norme giuridiche è un procedimento all'indietro, in cui la validità di ogni norma viene ad essere fondata su una norma precedente. Appare chiaro, pertanto, che questa dottrina, in realtà, si contrappone all'indirizzo positivistico che indicava nella « posizione » da parte di certi « fatti » il dato sulla cui base stabilire l'esistenza delle norme giuridiche, e si afferma come indirizzo « normativistico » per cui quell'esistenza può essere determinata solo mediante deduzione da preesistenti norme.

In tale procedimento di deduzione della validità di ogni norma via via da una norma più elevata non è tuttavia possibile continuare all'infinito. La validità di una « norma individuale » creata dalla decisione di un giudice potrà essere dimostrata provando che quella decisione è stata presa in conformità ad una norma legislativa; la validità di questa potrà essere accertata in quanto essa è stata posta in essere dall'organo competente a ciò designato da una norma della costituzione; la validità di quest'ultima potrà magari ancora essere riportata ad una costituzione precedente; ma in un modo o nell'altro si arriverà, ad un certo momento, alla norma che attribuisce validità giuridica a quanto statuisca una determinata assemblea costituente o comunque un dato legislatore costituzionale, e la validità di tale norma non potrà più esser dedotta da una norma più elevata. A questo momento si è, secondo il Kelsen, in presenza di una « norma base », la quale è una norma valida non perchè sia stata creata in un determinato modo, ma perchè si deve presupporre che sia valida, perchè è indispensabile assumerla come fondamento ipotetico della validità di tutto l'ordinamento giuridico, in quanto, se valida essa non fosse, ver-

(1) *General Theory* cit., p. 110 e ss.

rebbe necessariamente meno la giuridicità di esso ordinamento e di tutte le sue norme (1). L'ordinamento giuridico non è, pertanto, che il sistema delle norme la cui validità può essere in ultima analisi ricondotta alla medesima norma base: è questa che attribuisce ad un certo fatto la qualifica di fatto normativo iniziale e stabilisce così il punto di partenza necessario per la creazione di tutte le norme giuridiche del sistema, il quale ha in essa il legame che lo costituisce in unità. Per tal modo il «fondamento» della validità delle norme prodotte da determinati fatti, non è più riposto nè nella «volontà» insita nei fatti stessi, nè in un principio razionale metagiuridico, ma in un'ipotesi giuridica, in una norma base, giuridica, ma non positiva, la cui validità non può essere che presupposta dal pensiero giuridico (2).

Facendo applicazione di queste concezioni di teoria generale, il Kelsen, dopo essersi previamente domandato se le norme comunemente designate come diritto internazionale siano realmente «diritto» nello stesso senso del diritto statale, e dopo aver adottato una risposta affermativa a tale interrogativo — pur ammettendo che non possa essere esclusa una opposta interpretazione delle attuali relazioni internazionali (3) — procede alla formula-

(1) *General Theory* cit., p. 115 e ss.

(2) *General Theory* cit., p. 116, 436. Col formulare la norma base, secondo il Kelsen, non si introduce nella scienza del diritto alcun metodo nuovo, ma si dà semplicemente espressione a ciò che tutti i giuristi inconsciamente presumono quando considerano il materiale empirico che si offre alla loro conoscenza come un sistema di norme giuridicamente valide e non soltanto come un complesso di fatti, mentre al tempo stesso respingono la idea di un diritto naturale dal quale quello positivo riceverebbe la sua validità. La norma base ipotetica non fa che esprimere, quindi, la condizione necessaria per la conoscenza giuridica dei dati empirici.

(3) *General Theory* cit., p. 328 e ss. Occorre tener presente, a questo riguardo, che nel Kelsen l'elemento coercitivo è elevato a carattere essenziale e differenziale del diritto. Quest'ultimo è ordinamento coercitivo, nel senso che è una «tecnica sociale» (*ibid.*, p. 15) consistente nell'ottenere la

zione dell'ipotesi giuridica che deve essere considerata come la norma base dell'ordinamento internazionale. Al fine di determinare tale norma base egli segue la stessa via già adottata nei confronti dell'ordinamento statale, e cioè prende le mosse da una

realizzazione di una certa condotta da parte dei membri della società attraverso la minaccia di misure coercitive in caso di condotta contraria. Nel diritto, in conseguenza, si attua il monopolio dell'uso della forza da parte della comunità (*ibid.*, p. 21 e s.), nel senso che l'impiego della forza vi appare o come illecito, oppure come reazione all'illecito, ossia come sanzione. Allorchè l'a. si domanda, pertanto, se quello che si chiama normalmente diritto internazionale possa essere descritto in termini di norme giuridiche, ossia di « giudizi ipotetici ricolleganti un atto coercitivo come conseguenza ad un comportamento illecito considerato come condizione » (su tale concezione v. *infra* per una critica più particolare), la risposta a tale quesito è per lui evidente: il diritto internazionale può essere descritto come diritto in quanto risulti che l'uso della forza da parte di uno stato sia giuridicamente permesso in quell'ordinamento solo come reazione della comunità giuridica internazionale ad un illecito. Dato che è concordemente ammesso che ciò sia vero per quanto riguarda quell'impiego della forza che assume le forme della rappresaglia, tutto il problema è di accertare se lo stesso possa dirsi nei confronti dell'impiego della forza che si presenti sotto le più ampie forme della guerra (*ibid.*, p. 330 e ss.). A questo riguardo il KELSEN, pur affermandosi sostenitore del principio per cui in diritto internazionale solo la guerra come reazione ad un illecito sarebbe giuridicamente permessa, ammette peraltro che sia possibile interpretare la situazione attuale delle relazioni internazionali, tanto nel senso della verità della teoria del *bellum justum*, ossia della guerra-sanzione come sola guerra lecita, quanto anche nel senso opposto. La scelta tra le due interpretazioni potrebbe essere effettuata, allo stato attuale, non in base ad una preferenza scientifica, ma soltanto in base ad una preferenza politica; ed è appunto in base ad una preferenza di tal natura che egli si decide in favore della prima (*ibid.*, p. 341).

Vi è appena bisogno di sottolineare l'estrema gravità di una simile conclusione, per cui l'esistenza del diritto internazionale come ordinamento giuridico è fatta dipendere esclusivamente da una preferenza politica, in quanto tale questione non sarebbe suscettibile di soluzione in sede scientifica. È da notare, al riguardo, che il dubbio che viene formulato riguardo all'esistenza del diritto internazionale come sistema giuridico non ha altra origine che quella del carattere del tutto aprioristico dei concetti di norma

norma di grado inferiore e da questa risale fino alla prima norma, la cui validità non può essere dedotta da una norma più elevata (1). Il fondamento della validità della norma posta in essere dalla sentenza di un tribunale internazionale si ritrova nel trattato in esecuzione del quale quel tribunale è stato creato; la validità del trattato riposa a sua volta sulla norma generale che obbliga gli stati a comportarsi in conformità ai trattati da essi conclusi, e che viene comunemente espressa con la frase *pacta sunt servanda*. In questa norma il Kelsen aveva in un primo tempo indicata l'ipotesi giuridica da porre alla base dell'ordinamento internazionale, in ciò evidentemente influenzato ancora dalla dottrina della « volontà collettiva degli stati » e dall'idea della consuetudine come accordo tacito (2). Più, recentemente, tuttavia,

giuridica e di ordinamento giuridico adottato dal Kelsen e in particolare dell'idea dell'ordinamento come sistema coercitivo che organizza l'impiego della forza e ne fa il monopolio della comunità.

È appena il caso di ricordare qui, anche allo scopo di evitare un appesantimento della trattazione, che a far dipendere l'esistenza del diritto internazionale da una mera scelta politica il Kelsen perviene anche sotto un altro aspetto: e cioè in conseguenza della possibilità, che egli lascia, di decidere solo in base ad una preferenza per le tendenze imperialiste o per quelle pacifiste la questione del c. d. primato del diritto internazionale oppure del diritto interno. Data la sua notissima concezione monistica, per cui la scienza giuridica, in base al principio dell'unità della conoscenza, non potrebbe costruire che un solo sistema di diritto positivo, se si sceglie l'ipotesi del primato del diritto interno si cade necessariamente — come si è già ricordato — nell'idea del diritto internazionale come diritto statale esterno, ossia nell'effettiva negazione della sua esistenza. Per la formulazione originaria della posizione del Kelsen a questo riguardo, cfr. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1928, p. 102 e ss.; e per una sua recente riaffermazione, *General Theory* cit., p. 388.

(1) *General Theory* cit., pag. 369 e ss.

(2) Cfr. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 174 e ss. Come è noto, un'analoga impostazione è stata accolta e sviluppata particolarmente, nella nostra dottrina, dall'ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1928, p. 42 e s., il quale ha abbandonato, in quella notissima

egli ha riconosciuto l'impossibilità — su cui hanno insistito numerosi autori, tra i quali in primo luogo il Romano — di ammettere la natura pattizia della consuetudine, ed ha affermata la necessità di distinguere nettamente la consuetudine, considerata come « fonte » di diritto internazionale generale, dal trattato che crea soltanto diritto internazionale particolare: il principio *pacta sunt servanda* appare quindi ora all'autore non più come norma ipotetica ma come una norma positiva, posta in essere da una fonte precedente che sarebbe appunto la consuetudine (1). Da ciò egli

opera, la tesi della volontà collettiva degli stati, precedentemente da lui indicata come « fondamento » del diritto internazionale, ed ha riconosciuto la necessità dell'esistenza di una norma precedente a quella volontà, che la contempra e la preveda come fonte di norme giuridiche. L'a. ha pertanto aderito all'idea della norma *pacta sunt servanda* come ipotesi prima e indimostrabile, cui l'ordinamento internazionale si riattaccherebbe in maniera necessaria.

Nella dottrina di lingua inglese, la formulazione data dal Kelsen riguardo all'ipotesi iniziale del diritto internazionale è stata criticata dal LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, p. 420 e ss., come legata all'idea della consuetudine quale patto tacito, e quindi come inadatta a dare un fondamento unitario a tutto il diritto risultante dalla « volontà » della Comunità internazionale, costituito da consuetudini, da trattati e da principi generali di diritto. Questo a. introduce quindi una variante nella formulazione di tale norma base ipotetica, così da poter prevedere appunto « the will of international society » come fonte prima del diritto internazionale: la norma base è pertanto da lui descritta con la proposizione *voluntas civitatis maximæ est servanda*.

(1) L'idea che la norma « *pacta sunt servanda* » non sia che una norma di origine consuetudinaria, accennata dal Kelsen nella sua *Théorie générale du droit international public, Problèmes choisis*, in *Recueil des Cours de La Haye*, 1932, IV, p. 31, è stata poi da lui particolarmente sviluppata nell'articolo *Théorie générale du droit international coutumier*, in *Rev. int. de la Théorie du Droit*, 1939, p. 256 e s.

L'esigenza di porre al più alto gradino della scala gerarchica delle norme del diritto internazionale le norme consuetudinarie, sole norme di diritto internazionale comune, e di riconoscere che la regola *pacta sunt ser-*

trae la conseguenza che norma base del diritto internazionale sia una norma indicante la consuetudine come primo e fondamentale fatto di produzione giuridica dell'ordinamento internazionale, e la formula nel modo seguente: « Gli stati sono giuridicamente tenuti a comportarsi così come consuetudinariamente si comportano » (1).

8. Senza fermarsi ad esaminare tutte le anche troppe obiezioni che sono state mosse dagli studiosi all'indirizzo normativistico, e tutte le note critiche delle contraddizioni in esso contenute e di alcuni suoi aspetti, spesso non essenziali ai fini che qui interessano, basterà limitarsi a rilevare qui come si dimostri nei suoi confronti la verità dell'osservazione che si è formulata in generale nei riguardi delle dottrine post-positivistiche: e cioè come l'indirizzo normativistico non riesca, nonostante il notevolissimo sforzo di sistemazione teorica da esso compiuto, ad eliminare i falsi pre-

vanda, posta inizialmente dal normativismo come norma-base ipotetica al vertice del diritto internazionale, è una norma consuetudinaria, è stata espressamente riaffermata anche da chi scrive in diversi corsi di lezioni, e quindi in quello su *Le délit international* in *Recueil des Cours de La Haye*, 1939, p. 115, in contrasto, sia con la ricordata concezione, sia anche con quegli altri autori quali il Romano, il Fedozzi, il Balladore Pallieri, l'Heilborn, il Verdross ed altri, che, pur avendo avuto il merito di riaffermare contro l'indirizzo dominante la natura non pattizia della consuetudine, non avevano peraltro risolto il problema dei rapporti gerarchici tra norme consuetudinarie e norme convenzionali. Successivamente l'idea della preminenza gerarchica della consuetudine rispetto al trattato è stata accolta e talora ampiamente sviluppata da diversi autori che aderiscono alla tesi della norma base, come il MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, II ed., Padova, 1947, p. 11; lo ZICCARDI, *La costituzione cit.*, p. 240 e ss.; il GUGGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, I, Basel, 1947, p. 10; ed altri.

(1) *General Theory* cit., p. 369. A questa più recente formulazione della dottrina kelseniana aderiscono sostanzialmente, nella dottrina italiana il MORELLI, *Nozioni cit.*, loc. cit., e nella dottrina svizzera il GUGGENHEIM, *Lehrbuch cit.*, loc. cit.

supposti da cui era partito il positivismo e quindi a superare realmente gli ostacoli contro i quali quello andava per forza ad urtare. Per cui, in ultima analisi, se un merito vero ha la dottrina normativistica nei confronti della questione del diritto internazionale e della sua esistenza come ordine giuridico, tale merito è di aver mostrato come sia del tutto arbitrario porre esclusivamente nei confronti del diritto positivo « internazionale » un problema del suo « fondamento » o della ragione della sua « obbligatorietà », e come un simile problema debba, se mai, proporsi in generale nei confronti di tutto il diritto positivo (1). Ma, a parte ciò, le soluzioni accolte dalla riferita dottrina riguardo alle questioni fondamentali della natura e delle origini del diritto, e della sua conoscibilità da parte della scienza giuridica, non sono tali da permettere meglio di quelle adottate dal positivismo di uscire dalle difficoltà di quel preteso problema.

Per venire al nostro assunto, è da rilevare che, quando si parta dal duplice presupposto che le norme giuridiche non siano tali se non sono positive, ossia se non sono poste in essere da determinati fatti umani, e che al tempo stesso un fatto non possa costituire di per sé il fondamento della validità delle norme da esso prodotte, in quanto tale fondamento non può esser dato che da una norma precedente al fatto stesso, che ad esso attribuisca la qualità di fatto normativo, è certo inevitabile che si arrivi alla conclusione cui è arrivato il Kelsen. E quindi che si debba ammettere l'esistenza almeno di una prima norma non positiva, non creata cioè da alcun fatto costituito come creativo di diritto da precedenti norme, nella quale dovrebbe concentrarsi la ragione della validità di tutto il sistema che logicamente viene fatto risalire fino ad essa.

(1) Sotto questo aspetto la concezione monistica dell'esistenza di un unico ordinamento giuridico ha costituito per il normativismo un'evidente facilitazione.

Se, tuttavia, per non contraddire i presupposti dai quali si sia partiti, si afferma poi che di una simile norma base non può essere provata l'esistenza obbiettiva, e si conclude che la norma in questione può venire soltanto ipotizzata dalla scienza giuridica, si viene con ciò a rendere ipotetica la validità di tutto il diritto positivo — che dalla validità della norma base si è fatta dipendere — e quindi la sua stessa esistenza come diritto. Si viene cioè a dire che le norme del diritto positivo sono giuridicamente valide solo in quanto la scienza giuridica ammetta per ipotesi che esse lo siano: nè ciò è reso meno grave dal fatto che lo stesso Kelsen esplicitamente lo riconosca (1). A parte ogni altra considerazione, infatti, è certo che in tal modo è messa in questione tutta la validità della scienza giuridica come scienza, per la mera ipoteticità del suo oggetto.

Ma si possono fare, d'altra parte, considerazioni anche più gravi. La formulazione della norma base ipotetica da parte del pensiero giuridico è considerata come indispensabile perchè la scienza giuridica possa dare unità di sistema al materiale empirico che essa si trova di fronte, ossia, secondo la concezione comune sia al positivismo che al normativismo, alle norme positive (2). Ne consegue che, se quella norma base deve poter valere a tal fine, essa deve essere ipotizzata come vivente nel medesimo mondo empirico nel quale vivono le predette norme positive: se ne rimanesse fuori, infatti, non vi sarebbe la possibilità di dedurre dalla ipotetica « validità » di essa la « validità » di queste ultime,

(1) La caratteristica essenziale del vero positivismo starebbe anzi, secondo il KELSEN, *General Theory* cit., p. 396, 401, 436 e ss., nella rinuncia a dare alla validità del diritto positivo un fondamento che non sia puramente ipotetico e formale, in contrasto con l'idea di validità assoluta e sostanziale che sarebbe propria della dottrina del diritto naturale. Riguardo al carattere di relatività così inflitto al diritto positivo dal Kelsen cfr. SPERDUTI, *La fonte cit.*, p. 95.

(2) *General Theory* cit., p. 116 e s., 437.

per la mancanza di identità del piano su cui si muoverebbero quella norma base da un lato e quelle norme positive dall'altro. La norma che attribuisce all'originaria assemblea costituente la competenza ad emanare una costituzione giuridicamente valida deve appartenere al medesimo mondo al quale appartengono le norme di cui è poi formata la costituzione, se si vuole poter fondare sulla validità giuridica di quella la validità di queste. Ma se dunque è necessario che la norma base sia pensata, ipotizzata dal pensiero giuridico come vivente nel mondo empirico, allora occorre risolvere la contraddizione che la presenza di una simile norma rappresenta nei confronti di quella che si ritiene una verità assoluta riguardo a quel mondo, e cioè che tutte le norme giuridiche in esso contenute non possono essere che positive, ossia poste in essere da fatti a ciò resi idonei da altre norme. Dato che non è possibile immaginare quella norma ipotetica come positiva anch'essa (1), bisogna decidersi a riconoscere che quella pretesa verità è un errore e che possono essere pensate come esistenti nel mondo obbiettivo delle norme giuridiche non positive, non prodotte da fatti umani qualificati da precedenti norme come fatti di produzione giuridica. Ma con questo viene meno, evidentemente, tutta la costruzione che solo sul presupposto di quella pretesa verità era stata edificata; e cade in particolare la necessità di ricorrere ad una ipotizzazione, in quanto il fatto che riguardo a delle norme non positive non possa essere individuato un processo normativo esternamente riconoscibile che le abbia create, non significa affatto che quelle medesime norme non possano essere

(1) Se così fosse, quella norma perderebbe con ciò stesso la possibilità di essere considerata come norma base. Ipotizzandola, il pensiero giuridico dovrebbe ipotizzare anche un fatto da cui la detta norma sia stata prodotta e così pure, quindi, una precedente norma, alla quale d'altra parte neppure sarebbe possibile fermarsi, con la conseguenza di un inevitabile *regressus ad infinitum*.

altrimenti determinate come effettivamente, e non solo ipoteticamente, esistenti nella realtà empirica.

9. Le considerazioni critiche qui svolte riguardo all'indirizzo normativistico mantengono gran parte del loro valore anche nei confronti di un altro indirizzo dottrinale, sorto più o meno contemporaneamente e del tutto indipendentemente da quello, e che con esso presenta alcune analogie per quanto attiene al problema fondamentale qui considerato, anche se se ne differenzia invece nel modo più deciso riguardo ad altri momenti: l'indirizzo « dommatico », che trae la sua origine dalle indagini del Perassi e che, più specificamente dall'indirizzo normativistico, è sorto con riguardo ai problemi del diritto internazionale, in quanto ha preso le mosse precisamente dall'esigenza di determinare un fondamento giuridico all'affermazione positivistica per cui il diritto internazionale è prodotto dall'accordo di volontà degli stati.

Chiave di volta della concezione del Perassi è l'introduzione di una distinzione tra le diverse scienze che prendono in considerazione il fenomeno giuridico, e la determinazione della « dommatica giuridica » quale scienza tipica dell'ordinamento giuridico considerato nella sua funzione di sistema di norme, di canoni di valutazione delle relazioni sociali (1). Nel quadro di tale scienza, la giuridicità di una norma non esprime che l'appartenenza a quel sistema, la cui natura di ordinamento giuridico deve a sua volta essere assunta dalla dommatica come un dato, come una verità evidente che non sta ad essa di dimostrare e che è, logicamente, il presupposto necessario della sua stessa legittimità. Il metodo per la determinazione dell'appartenenza di una norma ad un ordinamento assunto come dato è per la dommatica quello della

(1) PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, rist., Roma, 1938, p. 29 e ss.

deduzione della sua giuridicità dalla giuridicità di un'altra norma che faccia parte del medesimo sistema e che abbia la caratteristica di contemplare il processo di fatto che ha dato materialmente esistenza a quella prima norma come fatto produttivo di norme. In questa catena di giudizi deduttivi, per cui da ogni norma si risale ad una precedente, è inevitabile che il Perassi pervenga, come il Kelsen, all'individuazione di una norma prima la cui giuridicità non può essere dedotta, come quella delle altre, ricercandone il fondamento in una più elevata: è questa una norma « sulla produzione giuridica » che occupa un posto a sè in quanto la dommatica non è in grado di fissarne la « fonte ». Una tale norma, cioè, la dommatica deve accontentarsi di postularla, di assumerla come una verità assoluta ma indimostrabile, per la stessa ragione per cui essa deve assumere come postulato la giuridicità dell'ordinamento che in quella prima norma tutto si riduce (1). Ma questa « norma sulla produzione giuridica postulata dalla dottrina dommatica delle fonti di diritto », non è affatto, come la norma base ipotetica del Kelsen, una mera creazione del pensiero giuridico, resa necessaria dall'esigenza di dare unità sistematica al materiale empirico di cui il pensiero medesimo constata l'esistenza. Nel postulare quella norma, cioè, il Perassi ritiene che la dommatica debba valersi di un dato fornito dalla sociologia giuridica, ossia da una diversa scienza che, con altri fini e con altro metodo, indaga e conosce la realtà sociale e il diritto. È precisamente dalla rappresentazione sociologica dell'ordinamento internazionale raggiunta dal positivismo, che la dommatica di quell'ordinamento dovrebbe mutuare il criterio fondamentale per cui l'accordo delle volontà degli stati è il procedimento di creazione del diritto proprio del sistema delle relazioni interstatuali, così da poter postulare, su tale base, la norma

(1) *Teoria dommatica* cit., p. 199 e ss.; *Introduzione* cit., p. 43 e s.

pacta sunt servanda come fondamento della giuridicità di tutte le altre norme internazionali (1).

Se con ciò la costruzione dommatica sfugge alla critica della riduzione del diritto positivo a mero sistema ipotetico in cui invece incorre la concezione normativistica, rimane tuttavia certo che — a parte ogni considerazione sulla legittimità della concezione come « scienza » di una disciplina quale la « dommatica giuridica », ridotta a dover assumere il proprio oggetto come un dato postulato e a doversi rimettere ad una scienza diversa per la determinazione della propria nozione fondamentale (2) — essa, non meno della dottrina kelseniana, va incontro al rilievo essenziale che si è formulato a conclusione dell'esame critico di quella dottrina, di non aver saputo liberarsi, cioè, dell'erroneo preconetto proprio di quel positivismo che pure essa ha, per altri aspetti, efficacemente criticato. Se è, infatti, un'esigenza logica inevitabile quella di ammettere che l'ordinamento giuridico comprenda almeno una norma la cui giuridicità non può essere determinata riportando la norma stessa all'attività di un processo di produzione giuridica previsto dall'ordinamento di cui si tratta, una necessità non meno logicamente evidente è quella di dedurre che è errato il presupposto per cui la scienza giuridica propriamente detta non potrebbe determinare l'esistenza di norme, entro un determinato ordinamento, altro che mediante la loro derivazione dall'attività di una « fonte ». Questa necessità risulta ancora più evidente a seguito del più recente atteggiamento assunto dal Perassi, il quale ha ora abbandonato l'idea della regola *pacta sunt servanda* come norma base unica del diritto internazionale, per sostituire ad essa un gruppo, sia pure estremamente scarso, di norme primarie o fondamentali, la cui

(1) *Teoria dommatica* cit., p. 206 e s.

(2) Per un esame critico delle dottrine del Perassi cfr., per quanto con qualche interpretazione che non sembra del tutto esatta, ZICCARDI, *La costituzione* cit. p. 41 e ss.; SPERDUTI, *La fonte* cit., p. 18 e ss., 98 e ss. —

formazione sarebbe peraltro solo storicamente spiegabile e la cui giuridicità nell'ordinamento internazionale rimarrebbe quindi sempre un postulato (1). La dimostrazione dell'esistenza di queste ultime norme, siano esse molte o una sola, non può essere tenuta fuori dei compiti della scienza giuridica senza con ciò ridurla a scienza di una determinata categoria di norme e non più a scienza del diritto.

10. Posta di fronte alla manifesta impossibilità di risolvere, mediante il ricorso ad una norma meramente ipotizzata o postulata, il problema, originato dall'avvento delle concezioni positivistiche, della « validità » o dell'« obbligatorietà » giuridica delle norme poste in essere da determinati procedimenti di fatto, e quindi delle norme del diritto « positivo » internazionale, la più moderna dottrina internazionalistica cerca logicamente di battere altre vie. Ed il fatto che, non di rado, l'evoluzione del pensiero di alcuni tra gli autori più interessanti li porti ad aderire successivamente a tesi diverse, non è che una prova ulteriore dell'in-

(1) All'attuale concezione del PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, IV ed., Roma, 1935, p. 55, finisce per essere praticamente assai vicina quella del BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, IV ed., Milano, 1948, p. 13 e ss., il quale, sotto l'influenza della concezione del Romano, pone alla base del diritto internazionale una costituzione formata da alcune norme originarie, positive nel senso di essere state « poste da un processo storico realmente seguito », perchè sorte storicamente con il sorgere stesso della Comunità internazionale (come le norme che sanciscono l'obbligatorietà dei trattati e delle consuetudini e la legittimità dell'autotutela), ma dalle quali il giurista dovrebbe partire assiomaticamente per la costruzione del proprio sistema, senza poter fare altro che presupporre il valore giuridico, che, per lui, dovrebbe restare indimostrato e indimostrabile.

Rispetto all'indirizzo dommatico nella sua formulazione originale, questi indirizzi più recenti, anche se dettati dal desiderio di una maggior aderenza alla realtà, finiscono per tradursi, in ultima analisi, in una moltiplicazione del numero dei postulati o degli assiomi che il giurista dovrebbe assumere come punto di partenza delle proprie indagini.

timo travaglio originato dall'errore, non eliminato, di alcuni punti di partenza e quindi dell'insoddisfazione che permane intorno alle soluzioni via via adottate.

Le strade principali sulle quali, pur con diversi intenti e diversi sbocchi, i vari autori s'incamminano, possono ridursi a tre: quella di far evolvere il normativismo nel senso di un ritorno al diritto naturale come fondamento della validità del diritto positivo; quella di perseguire un ulteriore sviluppo ed un'eliminazione di certi ritenuti errori degli indirizzi normativistico-domatici, senza peraltro abbandonarne determinate premesse; ed infine quella di ricercare una diversa base al diritto positivo nel suo substrato sociale.

Nel riancoramento del diritto positivo al diritto naturale vedono la soluzione quegli autori che prendono le mosse proprio dalle concezioni originarie dell'indirizzo normativistico (1) per giungere all'idea che la norma *pacta sunt servanda*, concepita come norma fondamentale del diritto internazionale, sia una norma di diritto naturale o una norma etica, come il Brierly, il Salvioi, il De Visscher e, fino ad un certo momento, il Verdross (2), il quale ultimo inizia appunto la sua revisione della tesi del Kel-

(1) Questo atteggiamento va quindi tenuto distinto da quello di altri precedenti autori, come il Cathrein e il Mausbach nella dottrina germanica del primo dopoguerra, e come il Le Fur, il de la Brière ed altri autori francesi, nei quali il giusnaturalismo appare più come la continuazione di una tradizione mai venuta meno, o caso mai come una reazione alle dottrine positivistiche, piuttosto che come un ritorno provocato da un ripensamento delle posizioni della dottrina normativistica.

(2) Cfr. VERDROSS, *Le fondement du droit international* in *Recueil des Cours de La Haye*, 1927, I, p. 285 e ss.; BRIERLY, *Le fondement du caractère obligatoire du droit international*, in *Recueil des Cours de La Haye*, 1928, III, p. 546 e ss.; SALVIOLI, *Les règles générales de la paix*, in *Recueil des Cours de La Haye*, 1933, IV, p. 5 e ss.; DE VISSCHER, *Contribution à l'étude des sources du droit international*, in *Rev. droit int. et de lég. comp.*, 1933, p. 400 e ss.

sen osservando come questi abbia, nella sua costruzione, oltrepassato la sfera della mera esperienza giuridica, ed abbia introdotto, con la norma ipotetica posta a base della validità del diritto positivo, un concetto non positivo, di diritto naturale «logico», dopo di che non vi sarebbe più una ragione per non ammettere l'esistenza anche di un diritto naturale «morale» (1). Il rilevare, tuttavia, che il Kelsen abbia finito, nonostante l'asserita fedeltà al positivismo, per cadere in una sorta di giustificazione razionalistica del diritto positivo, se potrà tutt'al più valere come critica al sistema del Kelsen, difficilmente potrà apparire come una ragione sufficiente per considerare legittimo un ulteriore proseguimento sulla medesima via, e per venire così alla conclusione della necessità di fondare la validità del diritto positivo su quello che si chiama il «mondo oggettivo dei valori», ossia sulla morale di una certa filosofia: è chiaro, infatti, che con ciò si fa venir meno il rispetto di quell'esigenza che era stata il solo fondato movente del positivismo, se non una conquista da esso realizzata, e cioè la liberazione del diritto da ogni elemento extragiuridico, premessa necessaria di una conoscenza scientifica del diritto stesso.

Non si può dire, d'altra parte, che il Verdross sia riuscito nel tentativo di stabilire tra morale e diritto positivo il legame necessario per poter porre nella prima il fondamento del secondo. In un primo tempo egli si limita soltanto ad affermare che, per poter mantenere la norma *pacta sunt servanda* come base del diritto internazionale positivo, occorre concepirla come una norma obbiettiva di diritto naturale: tra il mondo ideale di valori, in cui avrebbe così la sua sede una simile norma, e il mondo dell'esperienza, in cui si porrebbe invece il diritto positivo, egli crede di poter indicare un passaggio accettabile nel fatto che la prassi degli stati si adeguerebbe effettivamente a quella norma. Insoddisfatto, tut-

(1) Cfr. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, 1926, p. 31 e ss.; e soprattutto *Völkerrecht*, Berlin, 1937, p. 36.

tavia, per molti aspetti, di tale conclusione, lo stesso autore, in un secondo momento, abbandona l'idea di una norma base unica e stabilisce l'ancoramento del diritto positivo al « diritto naturale puro » ossia alla morale, attraverso un intermediario: quello dei principî generali del diritto che sarebbero creati dalla coscienza e dalla convinzione giuridica dei consociati, considerati come « fonti secondarie » di un « diritto naturale non obbiettivo » (1). Col che si potrebbe osservare anzitutto che l'internazionalista viennese, se contribuisce efficacemente ad affermare la necessità di ammettere l'esistenza di un certo numero di norme giuridiche non positive, cade peraltro egli stesso nell'errore di cui accusa i positivisti, di qualificare cioè senz'altro come diritto naturale tutte le norme giuridiche che non si possono rappresentare come il prodotto di una fonte. Ma quello che più importa è che egli è vittima di un'illusione quando crede di aver risolta la difficoltà del passaggio dal piano ideale del diritto naturale a quello empirico del diritto positivo mediante l'inserzione di un termine intermedio. Col mero ricorrere infatti all'espedito verbale di qualificare come « diritto naturale non obbiettivo » quei principî generali che avrebbero la loro « fonte » nella coscienza giuridica degli stati — tra i quali si troverebbero, per es., i principî riguardanti l'obbligatorietà delle consuetudini e dei trattati — non si risolve affatto il problema ulteriore del collegamento tra i detti principî generali e quelli che per il Verdross sarebbero i principî assoluti del diritto naturale puro, inerenti all'idea stessa di società umana. Senza fermarsi a discutere il contenuto che egli vorrebbe prestare a tali principî (2), è certo, infatti, che nella sua concezione essi hanno

(1) *Völkerrecht* cit., p. 38 e s.

(2) Il primo principio (*vivere in societate*) esprimerebbe la necessità di una vita sociale giuridicamente ordinata; il secondo (*suum cuique*) ordinerebbe ai consociati di obbedire all'autorità socialmente costituita, la quale, a sua volta, dovrebbe provvedere ad una vita morale e razionale della società.

carattere assoluto ed esistono in un mondo puramente ideale: nessuna identità di natura e di sfera d'azione sussiste pertanto tra i principî medesimi e quelli del c.d. « diritto naturale non obiettivo », prodotto dalla coscienza giuridica dei consociati. Nè con l'ulteriore artificio, cui il Verdross ricorre, di far apparire le norme della morale obbiettiva come « rispecchiate » in quella coscienza, si fa altro che dire che, per poter funzionare come premessa dei principî generali originati dalla coscienza dei consociati, quelle norme assolute ed obbiettive devono essere fatte proprie e soggettivate dalla coscienza medesima. Col che, in ultima analisi, è quella coscienza che finisce per essere indicata quale fondamento ultimo del diritto positivo, e non il mondo obbiettivo dei valori come l'autore avrebbe voluto.

11. Il tentativo di raggiungere nuove e più soddisfacenti conclusioni attraverso una revisione ed uno sviluppo ulteriore degli indirizzi normativistico e dommatico, viene compiuto, nella dottrina italiana più recente, dallo Ziccardi e, successivamente, dallo Sperduti. Per ambedue questi autori, in quegli indirizzi è da correggere l'idea della impossibilità di risolvere il problema iniziale della conoscenza del diritto nel quadro della scienza giuridica: l'ordinamento « positivo » deve essere da questa conosciuto nella sua completezza. Occorrerebbe pertanto distinguere la scienza giuridica in due momenti fondamentali: quello predommatico od extra-dommatico, nel quale essa si proporrebbe di conoscere le norme fondamentali o costituzionali che iniziano gerarchicamente il sistema, e quello propriamente dommatico nel quale essa formulerebbe invece deduttivamente, sulla base di norme conosciute, i giudizi di appartenenza al sistema delle altre norme, e risolverebbe i problemi relativi alla valutazione giuridica dei diversi fatti (1). Mentre peraltro lo Ziccardi fonda la ricerca iniziale delle

(1) Cfr. ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 88 e ss., 110 e ss., SPERDUTI, *La fonte* cit., p. 96 e ss., 114 e s.

norme costituzionali di un sistema esclusivamente su un'applicazione del metodo induttivo ai dati forniti dall'esperienza, e attribuisce in partenza la qualifica di « positive » a tutte le norme così ricavate, in quanto esistenti nel mondo « positivo » dei fatti, lo Sperduti invece ritiene che, una volta determinata empiricamente l'esistenza di un sistema di norme « strutturalmente giuridiche », per poterne asserire la « positività » se ne debba fondare la « validità » metempiricamente su di un'ipotesi, e crede di trovare una ipotesi soddisfacente a tal fine nell'« idea della doverosità sociale », che sarebbe presente in ogni essere umano accanto all'idea della giustizia, e che avrebbe il potere di trasformare il diritto come prodotto sociale in « valore normativo » e pertanto in « diritto positivo » (1). A parte ciò lo Ziccardi vuol salvare il concetto di norma base e ricerca quindi, tra quelle costituzionali, una norma a sua volta fondamentale rispetto a tutte le altre (2), individuandola, con riguardo all'ordinamento internazionale, nella norma — da lui ritenuta « positiva » — che attribuirebbe il valore di fonte suprema alla consuetudine. Lo Sperduti invece abbandona l'idea di una norma base e mette, come già il Romano, il Balladore Pallieri, il Perassi e il Quadri, al vertice gerarchico del sistema giuridico internazionale, un ristretto gruppo di norme fondamentali, di cui indica come fonte — ipoteticamente legittimata dalla ricordata idea della « doverosità sociale » (3) — il processo di fatto fonda-

(1) *La fonte* cit., p. 108 e ss.

(2) Nel senso che deve trattarsi di una norma sulle fonti capace di modificare, mediante la fonte da essa contemplata, tutte le altre norme, rimanendo essa invece insuscettibile di modificazione entro il sistema. La funzione fondamentale della norma base, che riassumerebbe in sè *in nuce* tutto l'ordinamento, si dimostrerebbe nella seconda fase delle indagini della scienza giuridica, costituendo essa la premessa fondamentale di tutti i giudizi dommatici (*La costituzione* cit., p. 121 e ss.).

(3) Secondo questo autore (*La fonte* cit., p. 122), l'idea della doverosità sociale comporterebbe la legittimazione di ogni autonoma cerchia di

mentale attraverso il quale la società si organizza, « da sè medesima ponendo i sommi principî del proprio assetto giuridico »: processo dallo Sperduti qualificato come « consuetudine pregiuridica », e da non confondersi, secondo lui, con il processo della « consuetudine giuridica », che sarebbe invece previsto come fonte da una delle norme fondamentali.

Risulta chiaro, da quanto si è esposto, che, nonostante le intenzioni critiche da cui sono partiti e nonostante il considerevole sforzo costruttivo compiuto soprattutto dallo Ziccardi, i due autori, mentre non riescono ad evitare un effetto di incertezza in alcuni concetti fondamentali, non fanno d'altra parte porsi realmente sul terreno di una revisione sostanziale delle premesse proprie degli indirizzi da cui prendono le mosse: essi finiscono pertanto per frustrare i risultati che si sarebbero potuti ottenere sviluppando certi punti di partenza da loro assunti. Non vale asserire la verità del criterio fondamentale, sul quale anche chi scrive ha da tempo insistito, per cui la scienza giuridica, in quanto scienza, deve basarsi esclusivamente sui dati offerti dalla realtà empirica per la determinazione dei propri concetti e delle proprie conclusioni, se poi ci si accinge a quell'esame protestando aprioristicamente una fedeltà assoluta ai presupposti positivistici (1). E non è lecito credere di poter conciliare forzatamente questi presupposti e quella realtà, con l'allargare, strada facendo, il concetto di diritto positivo fino a far rientrare in esso tutto il diritto che si manifesti

convivenza sociale a darsi il proprio diritto; e quindi comporterebbe altresì che per fonte di norme giuridiche si dovrebbe intendere anzitutto il processo attraverso cui, con originaria e diretta determinazione, la società provvede alla posizione delle regole relative alla propria organizzazione ed alla propria vita. Per tal modo quell'ipotesi adempirebbe il suo compito di postulato fondamentale della scienza giuridica.

(1) Cfr. ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 25, 89 e *passim*; SPERDUTI, *La fonte* cit., p. 14 e s.

esistente nella realtà empirica (1). Con ciò infatti non si fa che perdere il vantaggio essenziale del riferimento a quest'ultima, che è proprio di far correggere, ove si dimostri errata al confronto con la realtà stessa, l'assunzione aprioristica che tutto il diritto esistente nel mondo empirico sia diritto positivo, ossia diritto « posto in essere da fatti », non semplicemente « esistente nel mondo dei fatti ». E, naturalmente, col rendere impossibile la constatazione e la correzione di quell'errore, si impedisce di trarne quindi tutte le importanti conseguenze chiarificatrici che potrebbero derivarne in tanti campi. Meno che mai si capisce, poi, che senso abbia riconoscere la necessità, per la scienza giuridica, di riferirsi alla realtà empirica, per venire alla conclusione, davvero sorprendente nei riguardi di una scienza, che, una volta constatata in quella realtà l'esistenza di norme strutturalmente giuridiche, occorrerebbe andarne a fondare la validità (ossia nient'altro che l'esistenza come norme giuridiche) in una ipotesi metempirica (2); e per di più asserendo che solo dopo averle così

(1) Lo Ziccardi non si accorge che, se è esatto dire che ogni scienza deve determinare essa sola il concetto del proprio oggetto, da ciò si può dedurre soltanto che la scienza giuridica deve determinare essa sola il concetto di diritto, mentre non è affatto legittimo inferire ulteriormente, da una qualifica di « positiva » attribuita alla stessa scienza giuridica, che quest'ultima possa determinare solo il concetto di « diritto positivo » quale concetto del suo unico vero oggetto. È appunto questo l'equivoco che fa sì che l'a., mentre afferma a p. 197 che « canone fondamentale della scienza giuridica » è che « la giuridicità delle norme di un ordinamento è in esclusiva relazione con la positività della relativa fonte », a p. 93-94 sostiene che diritto positivo è tutto quello esistente nel mondo positivo dei fatti, cui il carattere di positività non potrebbe « logicamente » mancare. Si comprende quindi come sia illusorio il credere di essere davvero riusciti a dimostrare, nei confronti della presunta « norma base », quel carattere di « norma giuridica positiva » (p. 148) che il normativismo e il dommatismo avevano giustamente ritenuto di dover escludere, in quanto è evidente che tale norma non è affatto positiva appunto per non essere stata posta in essere da alcuna « fonte ».

(2) Col risultato, oltre a tutto, di venire ad attribuire nuovamente al diritto un fondamento ed un'esistenza puramente ipotetici.

« fondate » quelle norme potrebbero esser considerate come « positive » (1). È strano d'altra parte che il valore così incerto, ma indubbiamente più esteso rispetto a quello tradizionale, che viene attribuito all'idea di « diritto positivo », non sia neppure utilizzato dai due autori per quel che avrebbe potuto valere come mezzo di superamento di certe difficoltà nelle quali gli indirizzi precedenti erano costretti dal maggior rigore dei loro concetti. Chè anzi essi sono, in realtà, così profondamente permeati delle premesse positivistico-normativistiche, che lo Sperduti vuole escogitare per forza un fatto creativo perfino nei confronti delle pochissime norme fondamentali da lui poste in cima all'ordinamento internazionale, e che sia lui che lo Ziccardi insistono a lungo nel tentativo, già infruttuosamente compiuto dal Kelsen, di rappresentare la consuetudine come un processo normativo giuridicamente previsto e disciplinato. Argomenti, questi ultimi, sui quali non ci si trattiene qui maggiormente perchè su di essi come su altri toccati da queste dottrine (2) sarà necessario ritornare nel prosieguo dell'indagine.

12. L'idea di riportarsi alla base sociale del diritto per trovarvi il fondamento della validità del diritto positivo in genere e

(1) Lo Sperduti, sembra avvedersi (p. 76), appunto riguardo alla « positività » della norma base, dell'equivoco in cui è caduto lo Ziccardi, ma purtroppo cade a sua volta in una confusione di concetti anche più grave, presentando il « diritto positivo » a p. 108 come equivalente di « un sistema di proposizioni che, oltre ad essere strutturalmente giuridiche ed empiricamente ricavate, siano *dotate di validità normativa* »; e a p. 109 come sinonimo di un « sistema di proposizioni strutturalmente giuridiche » che « si costituisce e funziona quale *efficace* sistema di criteri direttivi di condotta ».

(2) Così, p. es., sull'inaccettabile idea di una giustapposizione, nel quadro di un'unica scienza giuridica, di due momenti totalmente distinti per finalità e per metodo dell'indagine. L'influenza del dommatismo da cui vorrebbero liberarsi, è ancora così viva in questi autori che essi danno sovente l'impressione che tutto il loro sforzo si riduca, in ultima analisi, a quello della determinazione di un punto di partenza accettabile per la dommatica.

in particolare di quello internazionale, si ritrova infine, variamente atteggiata, in diverse dottrine.

Un ancoramento a basi sociologiche (1), in realtà piuttosto vaghe e indeterminate, è operato, come è noto, dalla scuola francese del Scelle, che, con un ritorno alle idee di Léon Duguit, applicate al diritto internazionale, sostiene l'esistenza in primo luogo di un « diritto oggettivo », costituito dall'insieme delle leggi « causali » che determinerebbero l'apparizione, la permanenza e lo sviluppo del fatto sociale. Di queste leggi « causali » il diritto positivo non sarebbe che la traduzione normativa, consuetudinaria, legislativa, o convenzionale, ma in ogni caso valida soltanto in quanto « concordante » con quelle leggi causali (2).

L'orientamento più deciso nel senso di trovare nel fatto sociale il fondamento del diritto positivo, ed in particolare di quello internazionale, si ha peraltro in quella parte della recente dottrina

(1) Un richiamo al principio *ubi societas ibi jus* ed al carattere di « necessità sociale » del diritto internazionale si ha anche nella recente opera internazionalistica americana del FENWICK, *International Law*, 3rd ed., New York, 1948, p. 31.

(2) Cfr. SCÈLLE, *La doctrine de Léon Duguit et le Fondement du Droit des Gens*, in *Arch. de la Phil. du Droit*, 1932, p. 83 e ss.; *Précis de droit des gens*, I, Paris, 1932, p. 1 e ss.; e *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des Cours de La Haye*, 1933, IV, p. 346 e ss. A parte ogni considerazione sulla accettabilità scientifica delle idee di questa scuola, vi è da rilevare, inoltre, che per la difficoltà che il Scelle ha a concepire come soggetto di diritto un qualsiasi ente diverso dall'individuo fisico, egli non riesce a vedere l'ordinamento internazionale come ordinamento della società degli stati, e finisce pertanto per fare del diritto internazionale una specie di sistema giuridico universale, avente a propri soggetti gli individui, ed assai più simile ad un immaginario superstato che non all'ordine giuridico della Comunità internazionale. Muovendo da difficoltà analoghe, altri, come il CAMPAGNOLO, *Nations et Droit*, Paris, 1938, p. 58 e ss., e il PAPALIGURAS, *Théorie de la société internationale*, Zürich, 1941, p. 172 e ss., giungono invece di nuovo a una identificazione tra stato e diritto e quindi alla negazione della giuridicità del diritto internazionale. Il Papaliguras ritorna all'idea austriana del diritto internazionale come « morale positiva ».

italiana che, più o meno direttamente, si rifà all'insegnamento del Romano. La notissima idea di questo autore, che considera anzitutto il diritto come « posizione, organizzazione di un ente sociale », e identifica diritto e società nell'« istituzione » (1), aveva già in passato parzialmente influenzato l'opera di diversi internazionalisti italiani (2). Più di recente essa è stata applicata nella sua configurazione integrale ai problemi del diritto internazionale dal Monaco, il quale rileva come alla base dell'ordinamento sarebbe impossibile separare la vita sociale dalla vita giuridica. La costituzione dell'ordinamento internazionale, nella quale il Monaco, come già altri autori, fa risiedere le norme riguardanti la consuetudine e i trattati come fatti di produzione giuridica, non avrebbe pertanto nulla di normativo, e la validità delle norme che ad essa andrebbero riportate si spiegherebbe in quanto la costituzione altro non sarebbe che la struttura di fatto di quella particolare istituzione sociale che è la Comunità degli stati (3).

La semplice e totale identificazione tra società e diritto, tuttavia, finisce per avere come effetto pratico soltanto l'impossibilità di una definizione, sia della società che del diritto, e quindi non vale certo a fornire la ricercata base della giuridicità del diritto positivo. Anche ammettendo che, come vuole il Romano, sia « l'organizzazione sociale che... pone... la norma », ciò non sembra ancora suffi-

(1) Per il Romano, l'aspetto fondamentale e primario del diritto è dato dall'istituzione in cui esso si concreta e non dalle norme, che ne costituirebbero invece un aspetto derivato e secondario. Cfr. *L'ordinamento giuridico* cit., §§ 16, p. 41 e ss., e per un'applicazione all'ordinamento internazionale, § 17, p. 44 e ss.; e *Corso di diritto internazionale*, Padova, 4^a ed., 1939, p. 6, 22, 31 e ss.

(2) V., p. es., FEDOZZI, *Introduzione al diritto internazionale e parte generale*, 2^a ed., Padova, 1933, p. 15 e s.; OTTOLENGHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Torino, 1936, p. 35 e s.

(3) MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico e privato*, Torino, 1949, p. 34 e ss.

ciente per dedurne che l'organizzazione « rende giuridica la norma » (1). E così pure non si spiega la giuridicità delle norme prodotte mediante legge nell'ordinamento statale, o di quelle prodotte mediante accordo nell'ordinamento internazionale, dicendo, come il Monaco, che la produzione di norme giuridiche attraverso quei processi è un semplice modo di essere rispettivo dell'istituzione sociale statale o di quella internazionale. Che tale essa sia non vuol dire, di per sè, che le norme poste in essere dai processi medesimi siano giuridiche, a meno di non porre ancora una volta alla base del diritto un assioma indimostrabile e del resto contraddetto dall'esperienza: quello cioè che la società che si organizza sia diritto, e che quindi tutte le norme cui essa dà vita siano norme di diritto.

Altri autori che pur sentono vivi gli elementi di verità che sono contenuti nella concezione del Romano — e che consistono, in ultima analisi, nel riconoscimento dell'impossibilità di considerare il fenomeno giuridico come avulso dall'ambiente sociale in cui si è formato — respingono peraltro l'idea istituzionistica, anche se insistono nel tentativo di rifarsi alla società per ritrovare in essa il fondamento del diritto positivo. Così, p. es., il Quadri opera l'ancoramento del diritto positivo alla società secondo linee che riavvicinano la sua tesi « realistica » alle idee del positivismo vero e proprio. Come da quest'ultimo, il diritto è da lui concepito quale volere di un'autorità sociale superiore ai singoli membri della società; soltanto che l'idea di tale « autorità » sociale non è vista da lui come limitata, secondo i canoni del positivismo statualistico, a

(1) Il ROMANO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 43, si accorge che la sua affermazione, per cui il diritto è organizzazione del corpo sociale, è un postulato, e cerca di giustificarlo osservando che, se non lo si accetta, si va incontro all'inconveniente di dover spiegare il fondamento e l'obbligatorietà del diritto in modo metagiuridico. Il che, tuttavia, non è che una affermazione non dimostrata e derivata anch'essa dal preconcepito positivisticò, mantenuto riguardo alle norme se non riguardo al diritto.

quella di una società istituzionalmente organizzata come la società statale, ma è allargata invece fino a comprendere anche quella di una società non organizzata, il fenomeno « autorità » dovendo considerarsi immanente in ogni società e coevo all'idea stessa di comunità. La Comunità internazionale non sarebbe da concepirsi pertanto come mera giustapposizione di membri, ma come « autorità » superstatale; e la giuridicità del diritto internazionale, al pari di quella del diritto interno, si spiegherebbe come volontà, come decisione autoritativa del corpo sociale (1).

Se, in effetti, si parte dall'idea del diritto come comando di una volontà — idea che presuppone necessariamente l'esistenza, dietro quella volontà, di un ente unitario capace di volere — non vi è dubbio che il fatto che la Comunità internazionale possa venir rappresentata come un'autorità sopraordinata ai singoli stati e dotata del potere di imporre ad essi il proprio volere, diviene una esigenza logica indispensabile per poter affermare l'esistenza di un diritto internazionale. Riconoscere che una determinata conclusione può considerarsi come fondata solo se ne è vera una data premessa, non è tuttavia ancora aver dimostrato la verità della premessa medesima. Il Quadri stesso formula un'esatta critica della tesi triepeliana della « volontà collettiva » degli stati, rimprove-

(1) Cfr. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1949, p. 21 e ss. L'errore del positivismo statualistico sarebbe quindi stato soltanto di negare la « positività » dei fenomeni giuridici là dove non vi sia un'organizzazione istituzionale a carattere statale, mentre il fatto che la volontà autoritaria cui si trova sottoposto il membro di una comunità sia stata espressa in forma organica od inorganica sarebbe del tutto indifferente ai fini della qualificazione del comando come giuridico o meno.

Come espressione diretta della volontà del corpo sociale il Quadri presenta, in particolare, le norme primarie, i principî che hanno una posizione di preminenza rispetto a tutte le altre norme internazionali: cfr. *ibid.*, p. 72 e ss., e già prima *Lo Stato (diritto internazionale)*, estr. dal *Nuovo Digesto Italiano*, 1940, p. 30. Tra tali principî sarebbero da annoverare anzitutto il *pacta sunt servanda* e il *consuetudo est servanda*.

randole di aver immaginato una volontà autoritaria priva di una base reale, ed osservando che non è possibile che più manifestazioni di volontà possano fondersi ed affermarsi come « volontà unitaria superiore ed obbligatoria », a meno che non vi sia una norma obbiettiva che preveda appunto il concorso di più volontà e ne faccia scaturire diritti e doveri. Ma a tali critiche lo stesso Quadri non riesce a sottrarsi con l'affermare che si deve evitare l'errore del Triepel di immaginare le singole volontà come fuse in una e quindi distaccate dai diversi stati che le abbiano emesse o concepite, in quanto la « volontà collettiva » sarebbe soltanto « l'adesione di una pluralità di stati alla posizione di un determinato principio e la determinazione di essi congiuntamente di imporlo come giuridico »; e neppure col dire che la volontà collettiva non si risolverebbe in dichiarazioni o manifestazioni, « ma in una *situazione psicologica permanente* che per essere comune ad una pluralità di membri della comunità in fatto diviene autoritaria ». Ciò detto, infatti, rimane sempre da spiegare come una volontà di singoli consociati, per il solo fatto di essere comune a più membri della società, possa trasformarsi in volontà di un'autorità ad essi superiore. E d'altra parte rimane sempre insoluto il quesito cui il Quadri, date le premesse adottate, non è in condizione di rispondere più delle dottrine positivistiche in genere, e in particolare di quella del *common consent* alla quale vorrebbe avvicinarsi: perchè cioè si debbano considerare come « giuridicamente obbligatorie » le norme poste in essere da quella volontà che, essa, rimane logicamente al di fuori del diritto (1).

(1) L'autore menziona particolarmente, tra i precedenti della propria dottrina, da un lato l'idea groziana dello *jus gentium voluntario*, e dall'altra quella anglo-sassone del *common consent* nella formulazione che egli attribuisce al Lauterpacht. Egli dimentica, tuttavia, che Grozio aveva riposto in una norma di diritto naturale la ragione della giuridicità dello *jus gentium*; e che il Lauterpacht è proprio l'autore che riconosce anzi l'impossibilità di spiegare giuridicamente la validità del diritto in base al

Su basi alquanto diverse da quelle delle dottrine ora ricordate, un riferimento all'ambiente sociale in cui si produce il diritto internazionale è ancora indicato come l'unica premessa possibile di una costruzione scientifica del diritto internazionale dal Giuliano, il quale vede in quel riferimento anche la strada che dovrebbe permettere di stabilire in maniera definitiva e rigorosa quali, tra le varie norme ed i vari sistemi di norme che vengono storicamente a formarsi in quella società, possano considerarsi come giuridici. Norme giuridiche sarebbero infatti quelle di cui si dimostri, in base all'esperienza, non solo che esse siano state espresse dal seno della società, ma altresì che esse « siano *nella convinzione dei consociati* norme giuridiche e contribuiscano a formare quel sistema che chiamiamo *ordinamento giuridico* » (1).

Col che, tuttavia, se è giustamente ribadito il principio essenziale per cui soltanto l'esperienza può fornire alla scienza giuridica i dati che a questa sono necessari, e se viene così ripetuto l'invito ad incamminarsi per una via che è certo la sola che, correttamente seguita, possa portare a risultati soddisfacenti, si va al tempo stesso indubbiamente al di là del segno, in quanto si cade addirittura nell'idea che la giuridicità non sia più un carattere obiettivo, che la scienza giuridica debba e possa determinare sulla base di aspetti specifici, riscontrati come realmente propri di certe norme e del sistema che esse formano, ma unicamente un carattere soggettivamente attribuito, che potrebbe cioè essere desunto soltanto di riflesso da una certa idea, da una particolare rappre-

mero « consenso », il quale non può, secondo lui, offrire che una mera spiegazione « sociologica » del diritto positivo, e ricorre quindi all'idea della norma base ipotetica che prevederebbe come fonte la *voluntas civitatis maximæ* (v. note ad OPPENHEIM, *Int. Law* cit., p. 16; e *The function of the Law* cit., p. 422).

(1) Cfr. GIULIANO, *Considerazioni sulla costruzione dell'ordinamento internazionale*, estr. da *Comunicazioni e studi dell'Istit. di dir. internaz. dell'Univ. di Milano*, II, 1946, p. 16.

sentazione psicologica, che di alcune norme si facciano i membri del corpo sociale (1).

Sotto questo aspetto torna opportuno ricordare qui anche la dottrina della recente scuola danese del Ross. Questo autore combatte l'errore che si commette quando si interpreta irrealisticamente il « dovere giuridico » come un dato di ordine ideale e supernaturale, col risultato di non riuscire poi a spiegare perchè il prodotto di dati atti umani di produzione giuridica debba creare obblighi di una certa validità ideale se non ricorrendo ad uno o più postulati improbabili, il cui contenuto è, d'altra parte, identico al dato che in base ad essi si dovrebbe spiegare: occorrerebbe dunque convincersi che la validità non è una categoria ideale e che l'obbligatorietà non è che un mero fenomeno di psicologia sociale (2). Per tal modo la « giuridicità » del diritto positivo diviene

(1) Ad una simile conclusione il Giuliano perviene in seguito all'atteggiamento scettico cui egli è indotto dai numerosi insuccessi riscontrati dalla dottrina riguardo alla determinazione dei caratteri differenziali delle norme giuridiche rispetto alle norme sociali di altra natura. Ma l'a. evidentemente non considera che se fosse proprio vero che ogni distinzione « basata su caratteristiche ritenute specifiche dalle norme giuridiche o dell'ordinamento giuridico » fosse impossibile, questa impossibilità non sussisterebbe certo soltanto per il pensiero scientifico, ma, almeno altrettanto, per il pensiero dei consociati. Basarsi sulle loro convinzioni vorrebbe dire, allora, ricavare dei concetti scientifici non direttamente dall'esame di determinati fenomeni, considerati nel loro essere obbiettivo, ma da certe rappresentazioni e caratterizzazioni soggettive dei fenomeni stessi, che in partenza si saprebbe essere del tutto arbitrarie, in quanto non fondate su alcun loro aspetto reale. Se davvero una differenziazione scientifica dei fenomeni giuridici sulla base di caratteristiche ad essi inerenti dovesse risultare impossibile, la sola conclusione evidente sarebbe l'impossibilità di stabilire un concetto scientifico di diritto e con ciò l'impossibilità di ammettere l'esistenza di una scienza giuridica.

(2) Secondo il Ross, *A Textbook of International Law*, London, 1947, p. 46 ss., è un semplice meccanismo di impulsi vari, dovuti all'organizzazione sociale ed alla tradizione, che genera nell'individuo una sorta di senso categorico del dovere, di responsabilità in senso giuridico: gli

un fatto puramente soggettivo ed il problema della sua determinazione viene ad essere ridotto a quello della individuazione di certi motivi di ordine psicologico-sociale, i quali dovrebbero avere il valore di conferire carattere giuridico a date esperienze, che sarebbero quelle di cui la scienza giuridica dovrebbe quindi valersi a titolo assolutamente esclusivo per le proprie costruzioni sistematiche. Arrivato a questo punto il Ross si lascia quindi guidare dalla sua concezione rigidamente imperativistica e coercitivistica del diritto: quest'ultimo sarebbe sentito come ordine sociale eteronomo, le esperienze giuridiche si produrrebbero solo sotto la pressione dell'esistenza di un sistema di coercizione effettivo. Le norme giuridiche dovrebbero pertanto caratterizzarsi per essere autoritativamente poste e coercitivamente applicate. Da ciò il Ross è inevitabilmente indotto in gravi difficoltà nei confronti della determinazione del carattere giuridico del diritto internazionale: verrebbe anzi meno la possibilità di affermare la giuridicità di un tale diritto che, pur non mancando, secondo il Ross, di norme autoritativamente poste, difetterebbe di mezzi effettivi di coercizione. Se, nonostante ciò, il diritto internazionale fosse in realtà sentito e sperimentato come « diritto », ciò sarebbe dovuto solo al fatto che le sue massime fondamentali, come il principio *pacta sunt servanda*, coinciderebbero con analoghe massime del diritto inter-

(1).

stessi motivi che giocherebbero nei riguardi dei doveri morali. Nello stesso senso del Ross si esprime il SORENSEN, *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946, p. 24. L'idea che la validità del diritto riposi « su dei fatti psicologici, per esempio sul sentimento dei soggetti di esser legati da dei motivi qualsiasi » era già stata avanzata, in polemica col Kelsen, dal TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *Recueil des Cours de La Haye*, 1923, I, p. 87.

(1) Cfr. *A. Texbook* cit., pag. 54. Questo rappresenta il punto d'arrivo della dottrina del Ross, cui egli è pervenuto con sensibile allontanamento dall'atteggiamento precedentemente assunto nella nota *Theorie der Rechtsquellen* cit., sopr. p. 270 e ss., dove le sue posizioni, se pur potevano

concezione ad affermare la giuridicità del diritto internazionale soltanto come derivata da quella del diritto statale.

Considerandoli nel loro complesso, in conclusione, e pur con tutte le riserve richieste dalla diversità spesso profonda degli atteggiamenti, bisogna riconoscere che anche questi tentativi di risolvere con un riferimento al fatto sociale il problema della « validità » giuridica del diritto internazionale, non danno i frutti sperati dai loro autori. Nella pretesa « volontà » di una società come

far prevedere certi sviluppi successivi, apparivano piuttosto quelle di una dottrina compresa nel quadro generale dell'indirizzo normativistico, anche se in parte polemica nei riguardi di diverse delle sue asserzioni. Le tesi allora sostenute dal Ross presentavano sensibili affinità con quelle poi affermate dalle ricordate dottrine italiane postnormativistiche, sia per quanto riguarda la necessità di identificare la « conoscenza normativa » con quella di una realtà empirica, sia per quanto concerne il significato vago ed allargato attribuito al termine « positivo » (a p. 279 l'a. identificava « positives Recht » con « geltendes Recht, wahres Recht, existierendes Recht »; a p. 280 egli sosteneva che la positività di una norma riposa sulla realtà di una volontà; e a p. 281 che la positività di una norma risiede nella sua « Zugehörigkeit zu einem System das Funktion einer entsprechenden Willenstotalität ist »); sia relativamente all'impiego del metodo induttivo nella scienza giuridica, è specialmente nel procedimento per la determinazione della presunta norma base; sia ancora riguardo al compito di determinare il sistema normativo, riunito da una data norma base, come costituente il criterio conoscitivo fondamentale della scienza giuridica, ed al rilievo attribuito nel sistema alla « costituzione »; sia infine per diversi altri aspetti, quale il legame tra il concetto di « Grundnorm » e quello di « rivoluzione », ecc.

È da rilevare ancora che un'ulteriore difficoltà, riguardo al diritto internazionale, deriva al Ross ed al Sorensen dal fatto che in questo ordinamento non vi è un'amministrazione regolare obbligatoria della giustizia, mentre la regolare applicazione del diritto da parte dei tribunali sarebbe essenziale per la genesi e lo sviluppo dei motivi che portano a sperimentare il diritto come valido. La concezione di questa scuola è talmente dominata dall'idea dell'attività giurisdizionale come creativa di diritto, che « fonti », secondo essa, sono soltanto i fattori generali che guidano il giudice nel fissare il contenuto del diritto.

tale, o nel suo « organizzarsi », si potranno trovare tutt'al più dei « fatti » materialmente idonei a produrre norme, ma non ancora la ragione per cui le norme da essi prodotte debbano considerarsi giuridiche. Mentre col riferirsi semplicemente a certe rappresentazioni od a certe sensazioni psicologiche dei membri del corpo sociale non si indica un criterio obbiettivo che possa scientificamente valere a distinguere il diritto dal non diritto.

13. Anche tutti i numerosi sforzi compiuti dalla dottrina internazionalistica più recente, dunque, nonostante che essi presentino spesso aspetti singolarmente interessanti e paiano talora rivolgersi nella giusta direzione, non riescono, in ultima analisi, a raggiungere un risultato che appaghi veramente. Il fatto è che queste dottrine non si accorgono che per uscire dalle difficoltà del preteso problema del « fondamento » del diritto internazionale non si tratta di ritrovare in principî della morale obbiettiva, o in una norma base in nuovo modo individuata, o in un'ipotesi diversamente concepita, o in principî di carattere sociologico, o nello stesso corpo sociale e nella sua autorità, ecc., un punto di attacco più solido e più convincente di quelli che finora sono stati indicati. Si tratta invece di riesaminare i termini del problema stesso e di vedere se esso non sia in realtà il frutto della mancata revisione di certe premesse e di certe convinzioni non dimostrate e non fondate, e del mantenuto impiego di alcuni concetti non correttamente stabiliti con procedimento rigorosamente scientifico. La liberazione del terreno da simili premesse e concetti errati appare pertanto ora come il compito essenziale se si vuol rendere veramente possibile un'esatta comprensione del fenomeno giuridico internazionale.

La prima idea da sottoporre a riesame è quella stessa della scienza giuridica e dei suoi compiti. Per conoscere in maniera corretta il fenomeno giuridico, e per non trovarsi di fronte ad ostacoli insormontabili non appena si inizia alla base l'esame di un

qualsiasi sistema di diritto, è essenziale tenere presente che la scienza giuridica è una scienza, la quale ha il compito di studiare un fenomeno che, per appartenere alla sfera sociale, non è meno di quelli della natura fisica un fenomeno del mondo empirico, e non richiede un diverso atteggiamento dell'indagine. Il procedimento seguito dal giurista per raggiungere la conoscenza del diritto non può quindi essere che scientifico: egli deve rifiutare, in quanto fa il giurista e soltanto il giurista, l'adozione di ogni idea predeterminata *a priori* sul terreno di una qualsiasi tendenza speculativa, o comunque di un diverso ordine di conoscenze, la quale non potrebbe funzionare, quando applicata all'indagine di fenomeni, che come lente deformante dei loro caratteri e come impedimento alla loro diretta comprensione.

In particolare, poi, quella che è del tutto da respingere è l'erronea assunzione che la scienza giuridica, pur rientrando nella categoria generale delle scienze, si differenzi rispetto alle altre per essere una scienza normativa, non nel senso di una scienza intesa alla conoscenza di norme, ma nel senso di una scienza che avrebbe per compito e per metodo esclusivo quello della costruzione di un sistema di proposizioni normative attraverso la deduzione logica di ogni singola proposizione da una premessa fondamentale, sia essa determinata su basi razionali o metafisiche, o comunque ipotizzata o postulata. Non che alla scienza giuridica non debba essere lecito, così come alle altre scienze, di valersi anche di ipotesi, ma a patto che le ipotesi siano veramente e soltanto tali, ossia costituiscano delle affermazioni provvisorie di verità (1), che è succes-

(1) Sotto questo aspetto è esatto il rilievo del VERDROSS, *Die Verfassung* cit., p. 23, 31, che le ipotesi delle scienze naturali sono delle anticipazioni della esperienza, che l'esperienza stessa dovrà successivamente comprovare, e non delle mere presupposizioni del pensiero scientifico come l'ipotesi cui fa ricorso la dottrina pura del diritto. Nello stesso senso il LE FUR, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des Cours de La Haye*, 1935, IV, p. 40 e s.

sivamente compito della scienza di accertare e di dimostrare; e non si trasformino in assiomi, in pretese verità assolute ed indimostrabili, che non hanno posto in un'indagine diretta alla conoscenza della realtà fenomenica. Le sue verità, la scienza giuridica deve determinarle e dimostrarle essa stessa sulla base esclusiva dell'analisi del fenomeno che ne forma l'oggetto, non assumerle come dati *a priori* indimostrabili. E per i suoi compiti come per il suo metodo essa non ha carattere sostanzialmente diverso dalle altre scienze: qualunque sia la natura del fenomeno che essa vuol conoscere, essa non può fare, a tal fine, che indagarlo e descriverlo sistematicamente nella sua essenza, così come esso appare ad un'analisi obiettiva: le proposizioni con cui la scienza giuridica si esprime non possono essere quindi che proposizioni esprimenti il modo di essere ed i caratteri del fenomeno giuridico (1).

(1) Nella sua più recente opera di carattere generale (*General Theory* cit., p. 163 e s.) il Kelsen ha particolarmente tenuto ad affermare che la contrapposizione tra la scienza giuridica come scienza normativa e le scienze della natura non dovrebbe intendersi nel senso che la prima non abbia carattere empirico-descrittivo alla pari delle seconde. Anch'essa, nel dare una descrizione analitica del diritto positivo come sistema di norme valide, non sarebbe meno « empirica » delle scienze naturali, in quanto prenderebbe in considerazione un materiale fornito dall'esperienza e non dalla metafisica. La differenza consisterebbe tuttavia nel fatto che le proposizioni con le quali essa descriverebbe le norme, nella loro specifica connessione con un ordine giuridico, sarebbero proposizioni esprimenti un « dover essere » anzichè un « essere ».

In realtà, la contraddizione costante nel sistema del Kelsen, tra la premessa che la scienza giuridica debba tendere alla conoscenza di un oggetto empirico e la sua idea relativa alla determinazione della validità delle norme — ossia, per usare i suoi stessi termini, della loro « esistenza specifica » — come mera deduzione da una norma base ipotetica: il contrasto, in altre parole, tra aspirazioni scientifiche e metodi non scientifici, ha proprio la sua origine nell'errore di ritenere che le verità espresse della scienza giuridica debbano essere delle statuizioni di « dover essere » anzichè di « essere ». Ciò è errato in quanto, anche se fosse vero che le norme giuridiche dovessero configurarsi nel modo voluto dal Kelsen, ossia come delle

Così pure, è assurdo pensare che la scienza giuridica possa apparire come comprensiva di due tipi di conoscenze distinte del medesimo fenomeno, caratterizzate da finalità e metodi diversi, ossia di due scienze o, meglio, di una scienza e di una dommatica. Come tutte le scienze, quella del diritto determina i suoi concetti col medesimo procedimento astrattivo dall'esame dei dati della realtà empirica, si vale dell'induzione come della deduzione per dimostrare la verità delle sue conclusioni (1), riunisce sistematicamente le nozioni raggiunte e così via; ma essa è certamente una e identica in qualunque momento e qualunque sia il problema che essa si pone. Indubbiamente, anche quando, con il fine meramente conoscitivo che le è proprio, si propone di determinare come una certa situazione od un certo comportamento umano siano

proposizioni ipotetiche colleganti appunto con un « deve essere » una conseguenza (sanzione) ad una premessa (comportamento illecito), non per questo le statuizioni della scienza giuridica dovrebbero ridursi a delle mere parafrasi delle norme, nelle quali cioè quella scienza non farebbe altro che riprodurre descrittivamente il dover essere delle norme stesse. Quando la scienza giuridica determina l'esistenza di una norma in un determinato sistema di diritto, essa pone un « essere » e non un « dover essere », comunque debba essere concepita la struttura della norma la cui esistenza viene determinata. I numerosi critici del Kelsen, nel ricercare le cause delle contraddizioni insite nel suo sistema, non hanno forse afferrato questo punto delicato di una trasposizione di un preteso carattere dei fatti che formano l'oggetto della scienza giuridica (norme) a carattere delle verità che quella scienza determina ed esprime.

(1) Completamente falsa è l'idea che la scienza giuridica si valga del metodo induttivo solo per determinare certe nozioni fondamentali e quindi del puro metodo deduttivo per stabilire, sulla base di quelle, le nozioni successive. Basta pensare alla determinazione dell'esistenza delle diverse norme del diritto non scritto, che si opera appunto attraverso induzione dall'esame delle singole manifestazioni concrete dei soggetti e delle singole applicazioni giudiziarie, per rendersi conto del largo impiego del metodo induttivo che la scienza giuridica fa, anche quando il suo problema è solo quello di stabilire il contenuto di una singola norma e il giudizio che essa dà di certi fatti concreti.

giudicati in un dato sistema giuridico, essa non muta natura e non cessa di essere scienza per divenire disciplina normativa o dommatica.

14. Dato, dunque, che la scienza giuridica non può che determinare essa stessa e con procedimento rigorosamente scientifico i concetti fondamentali di cui si vale, un'altra esigenza che si presenta evidente è quella di purificare quei concetti, e principalmente quello di norma giuridica, da tutti i residui elementi in essi arbitrariamente introdotti dalla concezione imperativistica, che tuttora sono causa di difficoltà notevoli per la comprensione del diritto internazionale. La descrizione della norma giuridica come « comando », originata unicamente dall'erronea identificazione tra diritto e volontà di un'autorità superiore, e adottata tradizionalmente ancora da alcuni che pur tuttavia respingono quell'identificazione, non può costituire in nessun caso una rappresentazione scientificamente corretta della norma giuridica: anche nei casi, infatti, in cui essa potrebbe apparire meno inappropriata, per l'origine autoritativa della norma considerata, e per il suo specifico contenuto di norma determinante il nascere di un obbligo giuridico, quella descrizione non presenterebbe la norma così come essa obbiettivamente si manifesta ad un'analisi diretta, ma così come essa può apparire, soggettivamente deformata, al destinatario dell'obbligo (1). A parte questo, poi, è certo che la descrizione stessa non potrebbe in nessun modo essere adattata a rappresentare tutte quelle norme — cui gli stessi suoi fauto-

(1) La norma che, p. es., determina i doveri del coniuge, in sè esaminata, si presenta, al pari di ogni altra, come un giudizio, il quale, nel caso concreto, considerando il fatto specifico che un matrimonio sia stato stipulato, determina il sorgere nei coniugi, di certi reciproci diritti e doveri. È solo nella rappresentazione psicologica che il coniuge può farsi di tale norma, che essa può apparire non come essa è, ma come un comando di agire, o, se si preferisce, come un criterio direttivo di condotta a lui diretto.

ri riconoscono un carattere giuridico — che, vuoi per la loro origine, vuoi per il loro contenuto, non hanno assolutamente nulla d'imperativo (1). Nè la situazione migliora quando, per differenziare ulteriormente le norme del diritto rispetto alle altre categorie di norme, gli imperativisti fanno ricorso al c. d. carattere della coattività, come specialmente qualificativo dei pretesi comandi giuridici. Che sia privo di senso parlare di « comando coattivo », almeno nei confronti di qualsiasi norma che non abbia il carattere specifico di determinare il sorgere di obblighi, così che nei suoi riguardi una possibilità di una realizzazione coattiva non sia neppure logicamente immaginabile, è cosa che non richiede evidentemente una particolare dimostrazione.

Come non soddisfacente si deve considerare, d'altra parte, la concezione — cui spetta tuttavia il grande merito di aver indicato l'erroneità dell'idea imperativistica e di aver compreso che una descrizione scientificamente obbiettiva della norma giuridica non può essere data che da una rappresentazione di essa come « giudi-

(1) In realtà gli imperativisti come il Thon, il Bierling e soprattutto il BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1890, part. p. 101 e ss., si sono fondati soprattutto, nella determinazione del concetto di norma, sull'esame di caratteri propri della norma penale. I più avveduti tra di essi, peraltro (cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2^a ed. Roma, 1946, p. 40 e ss.) hanno avvertito l'inapplicabilità del concetto puro e semplice del « comando » quando si tratta di descrivere le norme strumentali, ed hanno fatto ricorso, a questo fine, all'idea di un « comando indiretto », non senza la precisa sensazione, tuttavia, dell'inadeguatezza anche di un simile modo di rappresentazione della norma strumentale. Del resto, pur rimanendo nel campo delle norme materiali, sembra certo che, malgrado la migliore buona volontà, non si riuscirà a descrivere come un comando la norma che attribuisce al soggetto in quanto tale la facoltà giuridica di acquistare la proprietà di una cosa *nullius* con la materiale apprensione, o la norma che conferisce al soggetto che abbia compiuto una determinata età il potere giuridico negoziale.

Contro l'idea imperativistica v. anche le belle considerazioni del ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 139 e ss.

zio » — secondo la quale la norma giuridica si dovrebbe descrivere come un giudizio ipotetico ricollegante con un « dover essere » la conseguenza di un atto coercitivo al verificarsi di un comportamento illecito (1). Con una simile configurazione, infatti, i coercitivisti lasciano fuori del concetto di norma giuridica tutte le norme che non si caratterizzano affatto come giudizi disponenti direttamente l'impiego di una coercizione, e che pure sono l'evidente maggioranza, col risultato non solo di venire a qualificare del tutto arbitrariamente tali norme come mere « norme secondarie », ma di dover poi ricorrere ancora, per la descrizione di queste ultime, alla criticata idea del « comando ».

Una volta respinta ogni predeterminazione aprioristica ed assunta a base esclusiva per la determinazione dei concetti l'analisi della realtà empirica, il giurista non può in effetti non pervenire alla conclusione che il mondo del diritto non è mondo di comandi, ma di giudizi: di particolari giudizi tuttavia, aventi caratteristiche differenziali determinate. L'esame obbiettivo della realtà della vita sociale conduce infatti a riscontrare come operanti, nella vita di ogni società umana, una complessa serie di giudizi sociali. E sempre lo stesso esame, maggiormente approfondito, permette ulteriormente di rilevare che tra quei giudizi se ne possono distinguere certi la cui caratteristica è di esercitare una concreta influenza sulla posizione rispettiva dei membri del corpo sociale, in quanto, in presenza di certe condizioni di fatto, essi operano, direttamente o indirettamente, nel senso di attribuire (o togliere) a dati enti il possesso di determinate situazioni soggettive. Più particolarmente è un giudizio di questa natura quello che, verifi-

(1) Così appunto il Kelsen (v. da ultimo *General Theory* cit., p. 60 e s.). Riguardo alla rappresentazione schematica che il Kelsen dà della norma giuridica cfr. AGO, *Le délit* cit., pag. 12; SPERDUTI, *La fonte* cit., p. 102 e ss. Simile alla concezione del Kelsen, quella del ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* cit., p. 275, che risolve la norma nella « Doppelfunktion »: « wenn nicht A, dann S (Sanktion); und wenn A, dann nicht S ».

candosi determinati fatti, riconosce ad un ente (individuo o collettività) la possibilità di pretendere da altri una certa prestazione od un certo comportamento, e di far valere eventualmente particolari garanzie in appoggio a quella pretesa; e correlativamente, stabilisce il dovere di altri di corrispondere quella prestazione o quel comportamento, dovere a sua volta caratterizzato di riflesso dall'esistenza di quelle garanzie (1). Così pure è un giudizio della medesima specie quello che afferma la possibilità, per un ente determinato, di raggiungere, attraverso il compimento di una data azione materiale, un certo risultato prestabilito; o di determinare esso stesso un risultato voluto, mediante una manifestazione

(1) Per quanto riguarda, in particolare, simili garanzie, che vengono a caratterizzare la pretesa e il dovere di cui si parla rispetto a situazioni eventualmente create da altre categorie di giudizi, vi è da rilevare come la prima garanzia, diretta, sia costituita dall'ulteriore possibilità, concessa insieme con quella di pretendere da altri una prestazione od un comportamento, di far intervenire eventualmente l'impiego della forza, propria o di un terzo, per ottenere la soddisfazione di quella pretesa, ove essa non fosse soddisfatta spontaneamente. L'ulteriore garanzia, indiretta, è data dal concorso dell'azione di un ulteriore giudizio che, considerando il fatto che un obbligo non sia stato adempiuto e la corrispondente pretesa sia stata quindi elusa, attribuisce al titolare della pretesa insoddisfatta una nuova possibilità di pretendere, avente natura compensativa, oppure riconosce, sempre allo stesso titolare o ad un terzo, la facoltà di infliggere al soggetto inadempiente una sanzione: le due situazioni sono anzi talora attribuite contemporaneamente.

La possibilità di far intervenire eventualmente l'impiego della forza, sia a titolo di garanzia diretta della soddisfazione della pretesa (coercizione), sia a titolo di garanzia indiretta (sanzione), costituisce l'origine dell'idea della c.d. coattività del diritto e, insieme, l'elemento di verità contenuto in quell'idea. È chiaro, tuttavia, dopo quanto si è detto, che anche quando una norma si contraddistingua, operando nella sua natura di giudizio, per determinare il sorgere di un obbligo, coattiva non è la norma, ma tutt'al più l'obbligo; ed anche nei confronti di quest'ultimo si può dire che non sembra esatto caratterizzarlo come obbligo coattivo, ma piuttosto come obbligo il cui adempimento è garantito dall'eventuale possibilità dell'impiego della forza.

di volontà espressa in particolari forme. E sono infine ancora giudizi che rientrano nella stessa categoria quelli che, pur non attribuendo essi stessi direttamente a determinati enti il possesso di particolari situazioni, esercitano tuttavia ugualmente in forma mediata un'influenza sulla loro posizione, in quanto simili giudizi, di cui si vedrà la particolare importanza, hanno carattere meramente strumentale: operano cioè direttamente nel senso di determinare l'esistenza e il concreto funzionamento degli altri giudizi prima indicati.

Sono precisamente i giudizi che si lasciano descrivere nei modi ora detti quelli che la scienza giuridica isola nel quadro più ampio dei giudizi sociali e caratterizza come giudizi « giuridici ». Considerato poi che, almeno nella grandissima maggioranza dei casi, si tratta di giudizi che operano, non nei confronti di un singolo ente concretamente indicato, ma in modo uniforme nei riguardi di tutti coloro che, in un determinato tempo e in un determinato spazio, vengono a trovarsi nelle medesime condizioni di fatto, la scienza giuridica designa i giudizi stessi come « norme » giuridiche (1). E conseguentemente qualifica come « soggetti di diritto » gli enti, individuali o collettivi, che le norme giuridiche assumono come destinatari, attribuendo o togliendo loro il possesso

(1) Salvo certi casi limitati, in cui si danno dei giudizi operanti appunto nei riguardi di un singolo ente individualmente designato, e che pertanto si presentano come « giudizi individuali autonomi » (p. es. la legge che conferisca un diritto ad un contributo ad una persona determinata per certi suoi meriti speciali, o la sentenza dispositiva del giudice che si valga di un potere di « legiferare » riguardo al singolo caso), i giudizi giuridici si manifestano precisamente con la caratteristica di attribuire o togliere, in maniera uniforme, una uguale situazione a tutti gli enti nei riguardi dei quali si riproduca una medesima situazione di fatto.

Con ciò è evidente tuttavia, che la natura della norma e del giudizio individuale autonomo è assolutamente la stessa: la proposizione normativa non è infatti che l'espressione unitaria di una serie di giudizi individuali.

di determinate situazioni (1); e caratterizza queste ultime, a loro volta, complessivamente come « situazioni giuridiche soggettive », ed in particolare come « diritti soggettivi », « obblighi giuridici », « facoltà giuridiche » e « poteri giuridici » (2).

(1) « Soggetto », in realtà, non è che un ente (individuo fisico o collettività) cui le norme giuridiche attribuiscono diritti ed obblighi, facoltà e poteri giuridici: in altri termini un « punto di imputazione » di situazioni giuridiche soggettive. Quali soggetti di un ordinamento la scienza del diritto non fa quindi che indicare il complesso degli enti cui, dalle diverse norme dell'ordinamento stesso, sono conferite situazioni di quella natura. Da ciò si deduce quanto sia assurda l'idea di alcuni di considerare la stessa « soggettività », a sua volta, come una situazione giuridica attribuita da una specifica e apposita norma, (come se fosse possibile concepire un giudizio che imputi ad un ente la qualità di punto di imputazione!) anziché come una semplice caratterizzazione data dalla scienza giuridica a determinati enti, che essa riscontra, in un dato ordinamento, come destinatari di certe situazioni giuridiche.

(2) Come « diritto soggettivo » si vuol qualificare appunto l'indicata possibilità, attribuita ad un ente, di pretendere da altri una prestazione od un comportamento, accompagnata dalle indicate garanzie; e come « obbligo giuridico » il correlativo dovere di corrispondere quella prestazione o quel comportamento. Col termine « facoltà giuridica » si intende invece designare la possibilità di ottenere un certo risultato prestabilito compiendo una data azione: p. es. di conseguire la proprietà di una *res nullius* impossessandosene effettivamente, o di « punire » l'autore di un illecito applicandogli una sanzione. E con l'espressione « potere giuridico », infine, si intende indicare la possibilità conferita ad un ente di determinare esso stesso un certo risultato, con una volontà espressa in conformità a particolari requisiti (potere negoziale, potere legislativo, ecc.). Non si insiste ora sulla dimostrazione della correttezza di questi concetti, in quanto ai fini che qui interessano non ha, evidentemente, grande importanza che la distinzione e la caratterizzazione delle singole situazioni giuridiche soggettive sia effettuata in determinati modi piuttosto che in altri.

Sulle situazioni giuridiche soggettive in generale cfr., nella dottrina italiana più recente, AGO, *Le délit* cit., p. 15, 24 e ss.; SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, e la bibliografia ivi indicata; e con speciale riguardo al diritto internazionale MORELLI, *Nozioni* cit., p. 105 e ss. Per una recente analisi dei singoli concetti di diritto soggettivo, obbligo, facoltà e potere giuridico cfr. ROMANO, *Frammenti*

Che il criterio in base al quale la scienza giuridica può correttamente distinguere le norme giuridiche rispetto alle altre categorie di norme sociali, sia precisamente quello di riferirsi al fatto che esse, ed esse sole, operano, in presenza di dati fatti, nel senso di attribuire o togliere a certi enti il possesso di determinate situazioni soggettive, è chiaramente comprovato da quanto la stessa scienza giuridica concretamente effettua, in particolare nei casi in cui un dubbio possa sussistere in proposito. Il mezzo di cui ci si vale per accertare la giuridicità di una norma non scritta è sempre e soltanto quello di verificare se essa determina o meno il sorgere o l'estinguersi di date situazioni, caratterizzabili come situazioni giuridiche soggettive, presso determinati destinatari. Se, p. es., la scienza del diritto internazionale caratterizza come giuridica la norma riguardante le immunità diplomatiche, e come mera norma di convenienza sociale quella concernente il c. d. salute alle navi da guerra in alto mare, non è certo per un generico carattere di minore o maggiore essenzialità per la vita sociale internazionale che l'una o l'altra norma presenti, ma è precisamente perchè essa riscontra che solo la prima è un giudizio che conferisce al proprio destinatario una situazione che può essere qualificata come situazione giuridica soggettiva, e più precisamente come diritto soggettivo, in quanto riconosce allo stato che abbia inviato un agente diplomatico presso un altro stato, una vera e propria possibilità di pretendere da quest'ultimo la concessione a quell'agente di determinate immunità, accompagnata dalla garanzia di poter avanzare nei confronti del medesimo stato la successiva pretesa ad una prestazione compensativa, o di poter compiere un'azione ad esso pregiudizievole, nel caso che la pretesa iniziale non fosse soddisfatta. Mentre, considerando la seconda, la scienza stessa constata che essa non riconosce affatto allo stato, le cui navi

cit., p. 91 e ss., 172 e ss.; e soprattutto CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., p. 136 e ss.

da guerra incontrino in alto mare quelle di un altro stato, una possibilità di pretendere il saluto, ma conferisce tutt'al più al rifiuto di esso il carattere generico di atto scortese (1).

Resta infine da rilevare che, come si è detto, le norme giuridiche operano nella maniera loro propria, ossia quali giudizi che immediatamente o mediatamente conferiscono o tolgono certe situazioni soggettive a dati destinatari, soltanto in quanto si verificano determinati fatti, inteso il termine « fatti » nell'accezione più ampia, come comprensivo cioè di condizioni, eventi, comportamenti, relazioni, ecc. Simili fatti vengono pertanto a ricevere, per effetto dei giudizi che alla loro presenza condizionano la propria azione, un rilievo che per loro natura essi non avrebbero (2),

(1) Al riguardo cfr. GIDEL, *Le droit international public de la mer*, Paris, I, 1923, p. 285; e GUGGENHEIM, *Les deux éléments de la coutume en droit international*, in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de G. Scelle*, Paris, 1950, p. 278, 281.

(2) A proposito di una tale attribuzione di rilievo a dei fatti, da parte delle norme giuridiche, il PERASSI, *Introduzione* cit., p. 10 e s., parla di una qualifica o « valutazione » dei fatti stessi. Conseguentemente egli introduce, per rappresentare la norma giuridica, la nota espressione di « criterio » o « canone di valutazione », adottata poi anche da diversi altri autori. Tale configurazione, che ha indubbiamente costituito un contributo essenziale al superamento delle concezioni imperativistiche, non appare tuttavia pienamente rispondente alla natura della norma, in quanto l'espressione « criterio » o « canone » di valutazione può ingenerare l'erronea impressione che la norma sia un criterio generale sulla base del quale la valutazione di ogni singolo fatto debba esser determinata con un'operazione ulteriore, da parte di colui che di un tale criterio intenda valersi. La norma, invece, dà essa stessa direttamente il rilievo di cui si è parlato, e di cui parla il Perassi, ai fatti considerati, comunque questi fatti siano indicati nella proposizione normativa. Per questo appunto sembra che, sotto l'aspetto ora indicato, si possano indicare le norme giuridiche non come canoni di valutazione, ma come dei giudizi attributivi di un particolare rilievo a dei fatti sociali.

Con significato diverso da quello attribuito dal Perassi all'espressione « canone di valutazione », il KELSEN, *General Theory* cit., p. 47 e ss., si vale

e che è quello che permette alla scienza del diritto di caratterizzarli come « fatti giuridici ». Il rilievo di cui si tratta può essere di varia natura: può trattarsi di quello di fatto determinativo del sorgere o dell'estinguersi di questa o di quella situazione soggettiva, come pure, nel caso di giudizi di natura puramente strumentale, di quello di fatto produttivo del sorgere o dell'estinguersi di altri giudizi, o di fatto determinativo della loro certezza riguardo ad una fattispecie concreta, o ancora di fatto realizzante una garanzia del loro funzionamento. È appunto sui diversi aspetti che il rilievo di cui si tratta assume nei vari casi, che la stessa scienza giuridica si basa per stabilire, nel quadro generale dei « fatti giuridici », le sue distinzioni e le sue classificazioni (1).

15. Con l'esistenza di norme giuridiche, l'esame della realtà empirica dimostra anche la verità di un dato ulteriore e generalmente riconosciuto, e cioè che quelle norme non hanno — nè potrebbero avere, data la loro natura — esistenza isolata, ma si

del termine *Standard of valuation* per dire che le norme giuridiche — che per lui sono dei giudizi ipotetici nel senso a suo tempo descritto — possono anche essere impiegate come base per emettere uno specifico giudizio di valore del comportamento di un organo o di un soggetto, giudizio che qualifichi il comportamento stesso come « legale » o « illegale », « lecito » o « illecito ». Simili valori « specificamente giuridici » si distinguerebbero dai valori « di giustizia », che si manifesterebbero in giudizi di giusto ed ingiusto.

(1) I fatti cui è dato il rilievo di determinare il sorgere o l'estinguersi di situazioni giuridiche soggettive, sembra possano correttamente qualificarsi come « fatti di relazione intersoggettiva ». Quanto ai fatti che sono considerati da giudizi strumentali, e che hanno maggiore interesse ai fini del presente studio, perchè attraverso il particolare rilievo loro attribuito il sistema giuridico provvede, come meglio si vedrà ora, alla propria organizzazione, essi possono, appunto perciò, esser designati nel loro insieme quali « fatti di organizzazione », e in particolare quali « fatti normativi » o di « produzione giuridica », « fatti di accertamento » e « fatti di garanzia del diritto ». Al riguardo cfr. ancora Aco, *Le délit* cit., p. 17 e s.

presentano tra loro collegate e riunite in sistemi, i quali si manifestano a loro volta esistenti in corrispondenza alle diverse società umane storicamente viventi. È in ciò che si dimostra la verità della tradizionale affermazione *ubi societas ibi jus*: nel fatto cioè che, ad ogni forma di vita associata che si attui nella realtà storica, si riscontra corrispondere un sistema organico di giudizi giuridici, che nella società e, talora, con la società stessa prendono vita, e che, con l'influenza esercitata sulla posizione rispettiva dei membri del corpo sociale, rendono possibile lo svolgersi dell'esistenza della società in quanto tale, la sua conservazione ed il suo sviluppo.

All'interno di ogni sistema, i diversi giudizi si dimostrano correlati e interdipendenti tra di loro, e posti su diversi piani di un sistema gerarchico, in modo che la loro azione ne risulti organicamente coordinata e priva di contraddizioni; ed è per questa ragione che la scienza giuridica qualifica i detti sistemi come « ordinamenti » giuridici. Nella sua composizione interna, inoltre, il sistema risulta costituito in modo che il particolare rilievo che determinate norme strumentali come si è indicato, conferiscono ai fatti da esse considerati, vi è utilizzato per provvedere ad alcune funzioni organizzative fondamentali del sistema stesso: a che le norme esistenti vengano integrate e rinnovate da ulteriori norme (o giudizi individuali), in relazione agli sviluppi della vita sociale; a che la portata delle norme medesime riguardo a date situazioni di fatto sia definita con certezza, ove sorga controversia al riguardo; a che, infine, siano attuate delle garanzie a tutela di quelle, tra le situazioni giuridiche soggettive determinate dalle norme esistenti, per la cui realizzazione concreta sia necessario, appunto, prestabilire una garanzia. Un'organizzazione di queste diverse funzioni, che rispettivamente possono qualificarsi come funzioni della *produzione*, dell'*accertamento* e della *garanzia* dei giudizi giuridici, si ritrova, diversamente disposta, come è logico,

in relazione ai caratteri ed alle esigenze proprie dei vari aggruppamenti sociali, in ogni ordinamento storicamente esistente; ed è lecito pertanto alla scienza giuridica costruire su questo dato una teoria delle «funzioni di organizzazione» dell'ordinamento giuridico; a condizione, tuttavia, che non si dimentichi che una simile teoria è sempre e soltanto una costruzione scientifica, la quale, come tale, può valere fino a che eventualmente non si dimostri l'esistenza, nella realtà empirica, di un sistema di norme giuridiche organizzato diversamente. È importante rilevare ciò, perchè dal fatto, ora constatato, che le norme giuridiche si manifestano esclusivamente come facenti parte di ordinamenti giuridici, è lecito solo dedurre che, nel determinare l'esistenza di una norma di diritto, non ci si può limitare ad accertare che essa abbia in sè i caratteri che si sono visti propri delle norme giuridiche, ma occorre determinare in pari tempo il sistema cui essa appartiene, e nel quadro del quale essa opera come giudizio nel senso che si è descritto. Ma non è lecito invece inferire da quel fatto un'altra conseguenza del tutto ingiustificata: di ritenere cioè che una data norma sia giuridica esclusivamente per riflesso della sua inclusione in un dato sistema, e che la giuridicità sia pertanto un carattere che esprima soltanto l'appartenenza ad un ordinamento organizzato secondo certi particolari schemi. Se è vero, in altri termini, che non si danno norme giuridiche fuori di un sistema, ciò non toglie peraltro che la giuridicità di quest'ultimo, comunque sia organizzato, è essa un derivato del fatto di essere un sistema di norme giuridiche, un riflesso del carattere giuridico delle norme che ne fanno parte, e non il viceversa. Occorre quindi guardarsi dal facile errore di volersi valere di un certo schema teorico che scientificamente si sia costruito, riguardo alla normale organizzazione dell'ordinamento giuridico, per decidere esclusivamente sulle sue basi, in senso positivo o negativo, circa la giuridicità di un concreto sistema di norme. Un sistema potrebbe, almeno teoricamente, es-

sere organizzato in maniera che quelle funzioni cui normalmente provvede un ordinamento giuridico fossero adempiute, e tuttavia non essere giuridico per la mancata giuridicità delle norme che lo compongono; e, soprattutto, un sistema potrebbe viceversa riscontrarsi organizzato su schemi almeno in parte diversi, e tuttavia essere un sistema giuridico perchè giuridiche risultino essere le norme che ne facciano parte (1).

16. Proseguendo ora nell'analisi strutturale di quei sistemi che la scienza caratterizza come ordinamenti giuridici, è dato di rilevare ancora che le norme, e in generale i giudizi che ne fanno parte, prendono vita in maniera caratteristicamente diversa, e che al riguardo è da porre una distinzione fondamentale tra quelle norme che si possono dire di formazione *spontanea* e quelle invece la cui formazione è opera di *fatti normativi*, ossia di procedimenti di fatto, strutturalmente idonei ad una tale funzione, cui determinate norme del sistema abbiano conferito il rilievo di fatti creativi di quei particolari giudizi che si lasciano caratterizzare come giudizi giuridici. A quelle della prima categoria che, per effetto degli indirizzi dottrinali finora dominanti e dell'erronea identificazione da essi operata tra diritto, o almeno tra diritto vigente e diritto positivo, sono state particolarmente trascurate, oppure hanno subito i più deformanti tentativi di positivizzazione, devono ora essere dedicate alcune considerazioni.

In primo luogo va rilevato che, nei confronti di simili norme, appunto perchè di formazione spontanea e quindi logicamente

(1) Risulta chiaramente, da quanto qui si è detto, come si consideri necessario modificare la posizione precedentemente assunta a questo riguardo da chi scrive (cfr. *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1943, p. 24 e s.). Più decisamente quella stessa posizione era stata presa dallo ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 103 e ss.; e vi aveva aderito lo SPERDUTI, *La fonte* cit., p. 105 e ss. Per dei rilievi critici v. GIULIANO, *Considerazioni* cit., p. 8 e s.

prive di una « fonte » nel senso in cui questo termine è più correttamente impiegato dalla scienza giuridica, è un assurdo proporsi il problema di ricercare quale fatto normativo le abbia prodotte. Il sorgere delle norme spontanee non è un fatto giuridicamente previsto nè, in conseguenza, giuridicamente rilevante. Mentre, pertanto, il determinare l'esistenza e il contenuto di simili norme è oggetto specifico della scienza giuridica, non lo è invece affatto il determinare le cause di quell'esistenza. Perchè e per effetto di quali fattori le norme spontanee siano nate, se sotto l'influenza di credenze religiose, o di esigenze razionali universali, o di necessità proprie della società nella quale operano, o dell'autorità di una tradizione, di usanze per lungo tempo protrattesi, o ancora del verificarsi di determinati eventi storici, non è un dato che abbia rilievo per la scienza del diritto: non ha più rilievo per essa del perchè un certo legislatore abbia voluto il contenuto della legge che ha emanato. Il determinare simili « perchè » potrà essere interessante sotto molti aspetti, ma non ai fini di una conoscenza che ha per oggetto il diritto in quanto tale e non i motivi politico-sociali che provocano il nascere di certe norme piuttosto che di altre. Nei confronti delle norme di formazione spontanea, in conclusione, non si pone per la scienza giuridica nessun problema concernente la loro origine, ma solo un problema relativo alla loro esistenza.

Riguardo a quest'ultimo, delicato problema, si deve notare che, mentre le norme poste in essere da fatti normativi e quindi « positive » in senso proprio, pur potendo anche essere non scritte, sono più comunemente norme di diritto scritto ed hanno comunque un'esistenza materialmente esteriorizzata dal fatto stesso della loro creazione, le norme di formazione spontanea invece sono necessariamente non scritte (1) e non hanno un'esistenza esterior-

(1) Questa loro natura non muta, evidentemente, per effetto di quelle

rizzata da un atto creativo. Da ciò consegue che la scienza giuridica non ha a sua disposizione gli stessi strumenti per la determinazione dell'esistenza di una norma in un dato ordinamento giuridico, a seconda che essa abbia carattere spontaneo oppure positivo.

Per quanto riguarda una norma positiva, due sono i mezzi di cui si dispone per stabilirne l'esistenza nel sistema giuridico vivente in seno ad una data società umana. L'uno, evidentemente più lungo, complesso e talora incerto nei suoi risultati, è quello di accertare che essa si manifesti come realmente operante nel quadro di quel sistema, nella sua qualità di giudizio giuridico: che, in altre parole, si dimostri effettivamente che determinati individui o enti sono considerati, in seno alla società, come titolari di quelle situazioni soggettive di cui la norma in questione determina il sorgere; e se ne possa induttivamente ricavare che i membri di quella società hanno « coscienza » della esistenza della norma. L'altro, evidentemente più semplice e più sicuro, è quello di accertare che la norma di cui si tratta sia stata realmente prodotta nei modi prescritti da un procedimento giuridico a ciò preordinato, a condizione, naturalmente, che sia stata previamente accertata l'esistenza della norma che prevede e disciplina quel procedimento come fatto normativo. Se, nonostante tutti gli evidenti vantaggi del secondo mezzo, il primo non può venire del tutto trascurato neppure nei confronti di una norma positiva, è perchè attenendosi esclusivamente al secondo — che, oltre a tutto, può presentare in certi casi difficoltà notevoli e lasciar luogo ad incertezze — può anche avvenire che si determini come esistente e si ritenga come operante nell'ordinamento una norma, solo perchè vi sia stata regolarmente posta in essere, mentre quella norma può aver

raccolte che spesso se ne fanno, là dove le norme di tale natura sono quantitativamente rilevanti, con scopo scientifico o per servire alla pratica.

cessato di esistere per effetto dell'azione successiva di una norma spontanea (1).

Per quanto riguarda invece una norma spontanea, è evidente che la via per raggiungere la dimostrazione della sua esistenza è soltanto la prima: non sussiste altra possibilità che quella appunto di accertare che essa si manifesti operante nella vita sociale nel senso anzidetto, e di ricavare induttivamente da una serie di manifestazioni esterne rilevanti che essa esiste nella coscienza dei membri del corpo sociale. In questo senso è esatto dire che le norme spontanee hanno sede nella coscienza dei consociati, purchè si badi a non confondere il significato riflessivo di « coscienza » con quello attivo di « creazione » od « approvazione » (2); e purchè non si commetta neppure l'errore di ritenere che questo sia un carattere esclusivo di tali norme, ma si tenga presente che tutte le norme, tutti i giudizi facenti parte di un dato sistema giuridico hanno sede nella coscienza dei membri della società in cui quel sistema è operante: le une vi si trovano perchè vi si sono direttamente e spontaneamente formate, le altre perchè vi sono penetrate di riflesso come il prodotto di un fatto giudicato come normativo da una norma ivi preesistente. Una norma tipicamente sociale come la norma giuridica, che risultasse completamente estranea alla coscienza dei membri di una data società, sarebbe semplicemente una norma inesistente in quella società, estranea al relativo sistema giuridico. La differenza tra le due categorie di norme non sta dunque in una diversità di sede, ma in un diverso modo di exteriorizzazione: l'esistenza delle norme positive si riscontra nella coscienza dei consociati, ma si ritrova al tempo stesso

(1) La storia del nostro stesso diritto costituzionale offre degli esempi del genere.

(2) Una norma può anzi essere presente nella coscienza di un membro del corpo sociale che tuttavia la consideri del tutto contraria ai propri interessi, o inopportuna, o ingiusta e così via.

esteriorizzata dal relativo fatto creativo; quella delle norme spontanee si riscontra nella medesima sede, ma non è esteriorizzata altro che dalle concrete manifestazioni che della loro coscienza diano i consociati stessi.

Queste manifestazioni, per venire ad esse, non devono essere intese, come talora scolasticamente si fa, quali una serie di comportamenti materialmente uguali; al contrario dovrà trattarsi normalmente di manifestazioni assai varie: azioni che si palesino come un adempimento degli obblighi o come un esercizio dei diritti, delle facoltà o dei poteri che la norma che si tratta di provare esistente farebbe sorgere; reazioni positive o negative nei confronti di comportamenti altrui, ed anche assenza di reazioni palesi rispetto ad essi; dichiarazioni, ammissioni, affermazioni, espresse od implicite, individuali o collettive, da parte di membri del corpo sociale; riferimenti espliciti od impliciti che questi ultimi facciano all'esistenza di quella norma all'atto della creazione di altre norme, p. es., pattizie; esistenza chiaramente dimostrata di altre norme spontanee che quella da provare presuppongano in modo assolutamente necessario, ecc. È anche da tener presente che il carattere di queste manifestazioni sarà necessariamente assai vario a seconda del tipo di società umana nella quale la norma ricercata è presunta operante, della natura dei suoi membri, dell'organizzazione del suo ordinamento, e della proporzione che in questo è riservata al diritto spontaneo. Si aggiunga che l'esigenza di prova può essere variabile: in certi casi, trattandosi di una norma di un'evidenza logica difficilmente discutibile, un numero più limitato di manifestazioni, accompagnato da una generale assenza di contrasti, potrà essere considerato sufficiente; mentre in altri casi, quando la norma non risponda ad un'esigenza altrettanto palese, e più ancora quando appaiano, nella storia della vita sociale, manifestazioni dubbie e contrastanti, la determinazione di una serie notevole di attestazioni inequivocabili è certamente indispen-

sabile per poter raggiungere una prova sicura. Il solo requisito che, in altri termini, si richiede, è che si tratti di un complesso di manifestazioni nel loro insieme sufficienti a poter stabilire con sicurezza che, nella coscienza dei consociati, la norma di cui si tratta è realmente presente e vi appare operante nel modo tipicamente proprio dei giudizi giuridici. Ed è da non dimenticare che la prova deve essere attuale, dato che la norma, così come spontaneamente è sorta, spontaneamente può estinguersi nella coscienza dei consociati, e la prova della sua esistenza raggiunta in epoche passate può quindi non avere oggi più valore (1).

(1) Con queste considerazioni non si intende certamente esaurire la delicata e complessa questione della prova dell'esistenza delle norme di formazione spontanea e i problemi che si presentano, particolarmente se si tratta di individuare l'esistenza di norme di tale natura, non nell'ordinamento di una società di individui, ma in quello di una società di società come l'ordinamento internazionale. Così, p. es., i problemi relativi alla determinazione concreta degli enti le cui manifestazioni esterne siano rilevanti ai fini della prova dell'esistenza di una norma, al peso rispettivo da attribuire alle manifestazioni di certi enti nei confronti di altri, al valore delle manifestazioni dovute alle diverse categorie di organi statuali nonché a quelle degli organi internazionali. Riguardo a tali questioni, la cui soluzione richiede un'accurata analisi della prassi internazionale, e sulle quali ci si propone di ritornare in altra sede, basti qui riferirsi alle due indagini più ampie finora effettuate sull'argomento dal KOPELMANAS, *Custom as a means of the creation of international law*, in *Brit. Year Book of Int. Law*, 1937, p. 127 e ss.; e dal SORENSEN, *Les Sources* cit., p. 84 e ss. Un punto che sembra tuttavia necessario sottolineare è che, anche in una società ristretta come quella internazionale, se è vero che occorre fornire la prova che la norma spontanea esiste nella coscienza dei membri del corpo sociale, è invece un assurdo evidente ritenere che si debba dar la prova di quella esistenza nella coscienza di ciascuno dei singoli consociati. Quello che si deve raggiungere è la certezza che la norma esiste, opera nella vita sociale attribuendo certe situazioni soggettive ai suoi membri, così che si possa dire che il corpo sociale nel suo insieme ha coscienza del suo esistere: ma per questo non si richiede certo che ogni singolo membro della società abbia fornito una manifestazione esterna della sua coscienza al riguardo. L'idea della c. d. « umanità » dell'*opinio juris* ha potuto nascere, in effetti, soltanto come una conseguenza logica della teoria che concepiva il diritto

17. Alla luce delle considerazioni fatte, si comprende come non si possa che trovarsi in disaccordo con tutti i diversi tentativi di « positivizzazione » del diritto spontaneo insiti nelle numerose e diverse configurazioni del diritto consuetudinario come diritto prodotto da una « fonte ». E come tale disaccordo debba mantenersi, non solo nei confronti delle varie teorie che affermano l'esistenza di una specifica fonte del diritto consuetudinario, indicandola in fatti diversi — come quella, notissima ed ormai sufficientemente criticata, di origine romano-canonistica, ma fatta propria, per evidenti ragioni, dal positivismo volontaristico e statualistico nei riguardi della consuetudine internazionale, che attribuisce alla consuetudine una fonte pattizia (1); quella che ritiene la consuetudine come descrittiva di un diritto avente la propria fonte nello spirito del popolo o nella coscienza giuridica di esso (2); o infine quella che vede la vera fonte della

consuetudinario come diritto pattizio. Il problema, tuttavia, non ha mancato di riproporsi sotto nuovi aspetti anche per coloro che, pur respingendo l'idea del « patto tacito », concepiscono le convinzioni individuali dei consociati come elemento di un preteso fatto normativo consuetudinario. Su ciò v. al paragrafo seguente.

(1) Riguardo alla consuetudine interna è invece logico che i positivisti rigorosi le attribuiscono una fonte legislativa, presentandola cioè quale manifestazione tacita della volontà dello stato. Circa le origini della dottrina qui accennata, cfr. particolarmente BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, p. 39 e ss. In generale sulle diverse teorie relative alla consuetudine, soprattutto nel diritto internazionale, cfr. la larga bibliografia riportata in ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 186 e ss., e soprattutto p. 190 e ss.

(2) È, come è noto, la ricordata idea degli autori della scuola storica e in particolare del PUCHTA, *Das Gewonheitsrecht* cit., p. 143; e del SAVIGNY, *Sistema* cit., loc. cit. Agli autori della scuola storica possono essere avvicinati, sotto questo aspetto, e malgrado i contrasti affermati, quegli autori che ritengono che la consuetudine sia diritto solo in quanto manifestazione di un superiore diritto obbiettivo fondato sulla solidarietà sociale, sulla giustizia o sulle necessità sociali, come, sia pure con atteggiamenti diversi, fanno il DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* cit. I, p. 72 e ss. e *Manuel* cit., p. 35 e ss., il DE LOUTER, *Le droit international public positif*, I, Oxford, 1920, p. 42 e s.; il DE VISSCHER, *Contribution à l'étude des sources du droit*

consuetudine nell'attività del giudice (1) — ma ancor più decisa-

international, in *Rev. de dr. int. et lég. comp.* 1933, p. 402 e ss.; il SCELLE, *Précis du droit des gens cit.*, II, p. 304 e ss.; il LAUTERPACHT, *Règles générales du droit international de la paix*, in *Recueil des Cours de La Haye*, 1937, IV, p. 157; ed altri.

Tra gli internazionalisti che più chiaramente concepiscono la coscienza o la convinzione giuridica degli stati come fonte creativa di diritto si può indicare per tutti l'ULLMANN, *Trattato cit.*, p. 60; e tra quelli più moderni il DROST, *Grundlagen cit.*, p. 34. Non completamente definito appare, finora, il pensiero del GIULIANO, *Considerazioni cit.*, p. 30 e s., il quale, parlando dei più importanti principi giuridici dell'ordinamento internazionale, afferma che, nei loro riguardi, non si ha un « vero e proprio procedimento di posizione in essere, di produzione », ma contemporaneamente dice che si tratta di « norme alla cui affermazione contribuiscono tutti i membri della comunità internazionale » e che « promanano direttamente » dalla convinzione dei consociati, il che dà l'impressione che egli consideri quelle convinzioni appunto come una fonte. Si vedrà ora se questo autore definisca più chiaramente il suo modo di vedere, nel lavoro di cui si attende la pubblicazione. Non del tutto chiaro appare anche il pensiero del ROSS nelle sue più recenti formulazioni (*Textbook cit.*, p. 79 e ss., 87 e ss.), il quale parla della consuetudine come di una fonte, ma dopo aver definiti come fonti soltanto « the general factors (motive components) which guide the judge when fixing and making concrete the legal content, in judicial decisions ». (nella *Theorie der Rechtsquellen*, p. 292, egli affermava che « Rechtsquelle bedeutet im formaler Definition Erkenntnisgrund für etwas als Recht »). È da rilevare tuttavia che egli sembra inclinare piuttosto verso l'idea che *custom* sia, col *precedent*, sinonimo di *customary law*, e quindi escluda in realtà l'idea della consuetudine come fatto normativo. Ciò sembrerebbe anche confermato dal fatto che, confutando l'idea che una pratica tradizionale sia elemento necessario del diritto internazionale consuetudinario, l'autore osserva che il fattore centrale del diritto internazionale è la *legal attitude* manifestata in esso, e che le azioni esterne nelle quali la consuetudine si esprime sono pertanto rilevanti solo in quanto diano prova dell'esistenza e della fondatezza di quella *legal attitude*. Vi è da aggiungere anche che, per il ROSS, conformemente a tutta la sua concezione del diritto, il diritto consuetudinario è in gran parte *judge-made law* (già nella *Theorie der Rechtsquellen* egli aveva affermato (p. 426) che « als Recht lässt das Gewohnheitsrecht sich ausschliesslich direkt systembezogen durch die Anwendung des Richters erkennen »): gli elementi che confluiscono nella sua idea di consuetudine sono dunque diversi.

(1) Circa questa concezione, che si rifà soprattutto all'autorità del-

mente nei confronti di tutte quelle dottrine, e particolarmente delle più recenti, che hanno voluto presentare come una fonte, come un fatto specifico di produzione giuridica, la consuetudine stessa, trasferendo così il termine consuetudine, tradizionalmente impiegato per indicare un complesso di norme di diritto non scritto (1), alla designazione di una « fonte » in senso positivo, ossia di un fatto, giudicato e disciplinato dal diritto come fatto normativo.

Con tale trasposizione di significato, quelli che, tradizionalmente e un po' scolasticamente ripetendoli, la dottrina indicava come i segni distintivi della consuetudine intesa nel senso di « diritto consuetudinario », ossia come gli elementi dai quali riconoscere l'esistenza delle norme di quel diritto (l'*usus* combinato con l'*opinio juris* in fondo altro non significava, correttamente tradotto, che una pluralità di manifestazioni esteriori comprovanti l'esistenza di un giudizio giuridico nella coscienza dei membri del corpo sociale), sono assurti automaticamente, nella nuova costruzione operata dalla dottrina, ad elementi costitutivi del preteso

l'Austin in Inghilterra e del Lambert in Francia, cfr. ancora BOBBIO, *La consuetudine* cit., p. 42 e s.

(1) Ancora assai recentemente un autore come il FENWICK, *International Law* cit., p. 72 e s., mostra di intendere chiaramente la consuetudine in questo senso, anche se usa impropriamente nei suoi confronti l'espressione *source*, la quale nella dottrina anglosassone ha spesso un significato assai meno tecnico di quello ormai assunto dalle corrispondenti espressioni nella dottrina italiana e tedesca.

Una critica dell'erronea idea che la consuetudine sia un « fatto creativo » di diritto, anche se non accompagnata dalle necessarie illustrazioni dell'effettiva natura del diritto « oggettivo » di cui sarebbe l'espressione, si ritrova nel LAUTERPACHT, *Règles générales* cit., p. 158 e ss., il quale si riferisce in proposito anche ai termini dell'art. 38 dello Statuto della Corte Permanente di Giustizia internazionale, che definisce la consuetudine internazionale « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

processo normativo. Ne è conseguito, naturalmente, che la dottrina stessa, quando ha voluto approfondire maggiormente la natura di quei tali elementi nella loro presunta funzione, si è trovata di fronte alle più insormontabili difficoltà, ed ha dovuto ricorrere ai ripieghi, ora di negare l'*opinio juris* e di ridurre il fatto normativo alla mera tradizione, senza peraltro riuscire a spiegare perchè in certi casi un uso costantemente mantenuto creerebbe diritto e in altri no (1), ora di salvare l'*opinio* presentandola sotto un di-

(1) È noto come il Kelsen, che nella sua *Théorie du d. i. contumier* cit., p. 261 e ss., ha maggiormente tentato l'approfondimento di cui si parla, si è trovato di fronte alle più gravi difficoltà nei confronti dell'*opinio juris*, in quanto quest'ultima, concepita come elemento del fatto normativo, non può portare che ad un risultato inammissibile: se la convinzione che un certo comportamento sia giuridicamente obbligatorio è necessaria perchè il fatto normativo consuetudine si perfezioni e dia quindi luogo al nascere della norma consuetudinaria, bisogna infatti dedurne che quella convinzione è errata, e quindi giungere alla conclusione che tutto il diritto consuetudinario è fondato su un errore di diritto. Ma da questa difficoltà, nuovamente illustrata e approfondita dal BOBBIO, *La consuetudine* cit., p. 53 e ss., e dal QUADRI, *Diritto internaz.* cit., p. 76 e s., coloro che giustamente la rilevano non fanno che passare ad altre non meno insormontabili quando, eliminato del tutto il c. d. elemento interno o psicologico dell'*opinio* e ridotto il preteso processo normativo consuetudinario al mero *usus*, ossia alla tradizione, si trovano poi a non poter spiegare perchè in certi casi un uso costantemente mantenuto creerebbe diritto ed in altri no.

Qualcuno, come il Bobbio, ne tenta una spiegazione, che, in realtà, non è tale, sulla base della maggiore o minore essenzialità di certe regole per la costituzione e la conservazione del corpo sociale. Non lontano da questa posizione, ma, evidentemente, con risultati non più convincenti, il KOPELMANAS, *Custom* cit., p. 151, dopo essere pervenuto alla conclusione che l'*opinio juris* si può eliminare, perchè « di regola », nella pratica, la formazione della consuetudine non dipende dalla presenza di un elemento psicologico nella coscienza degli organi che agiscono, conclude che l'elemento decisivo sarebbe rappresentato dal carattere ragionevole e soddisfacente della regola di cui si tratta. Altri, infine, come il GUGGENHEIM, *Les deux éléments de la coutume* cit., p. 275 e ss., osserva, dopo aver eliminato

verso aspetto, ed eliminando in pari tempo l'*usus* (1), ora di com-

l'elemento subbiiettivo, che perchè ci sia consuetudine bisogna che la condotta sia realizzata in maniera costante, effettiva, e che la violazione sia suscettibile di esser seguita da una sanzione; il che è esatissimo in quanto si tratti di provare l'esistenza di una norma consuetudinaria, e può essere pienamente sottoscritto se si parta, appunto, dall'idea che la consuetudine non sia un fatto normativo, ma solo un complesso di norme di formazione spontanea, di cui si tratta unicamente di accertare l'esistenza. Ma se, al contrario, nella consuetudine si vuol vedere un processo di produzione giuridica, non è rilevando che certi usi portano alla conseguenza che la loro violazione possa dar luogo ad una sanzione ed altri no, che si determinano le caratteristiche proprie del preteso fatto normativo consuetudine; caso mai, si viene con questo a mettere in evidenza la necessità di determinarle, qualora quel punto di vista dovesse essere mantenuto.

Quanto, poi, all'altro fondamentale problema, che è di spiegare perchè sussistano delle norme di diritto non scritto che, evidentemente, non sono il prodotto di un *usus*, ma ad esso preesistono, il Bobbio — assai più realistico del Kelsen che ignora addirittura la questione — si trova costretto ad introdurre la categoria del c.d. « diritto naturale vigente », mentre il Quadri ripiega sul diritto *primario* prodotto dall'autorità sociale.

(1) I rimedi cui ricorrono, sempre di fronte alle difficoltà derivanti dal dover prospettare gli elementi tradizionali della consuetudine come momenti di un processo di produzione giuridica, altri autori come lo ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 225 e ss., che sentono l'inammissibilità dell'idea di rappresentare l'*usus* in sè come fatto normativo, non sono purtroppo più convincenti di quelli adottati dai sostenitori dell'idea stessa. L'autore crede di poter superare le difficoltà relative all'*opinio* sostituendo *convinzione* ad *opinio* e distinguendo nel processo di formazione della norma consuetudinaria due distinti momenti: il primo, nel quale vi sarebbero solo convinzioni individuali di obbligatorietà, ed il secondo in cui, quelle condizioni essendosi generalizzate fino ad un punto che, per la verità, rimane piuttosto vago, la mera « obbligatorietà » si trasformerebbe in « giuridicità », perfezionandosi così il fatto normativo a prescindere dall'*usus*. Al tentativo di uscire dal circolo vizioso presentando il c. d. elemento psicologico del fatto normativo come convinzione di essere « obbligati » puramente e semplicemente anzichè di esserlo da una norma giuridica, si è recentemente avvicinato lo stesso KELSEN, *General Theory* cit., p. 114, il quale sembra aver così abbandonato la precedente conclusione sull'assenza totale di funzione dell'*opinio*. Naturalmente, nè l'uno nè l'altro autore dice, poi, come, proprio nel suo si-

binare la prima o il secondo con ulteriori pretesi elementi (1), ma sempre con risultati, come era prevedibile, uno meno soddisfacente dell'altro. Al che si aggiungono poi le ulteriori difficoltà incontrate allorchè nei confronti di un siffatto preteso processo di produzione giuridica, ci si è accinti — e logicamente, se così deve concepirsi

stema, si potrebbe distinguere tra «obbligatorietà» e «obbligatorietà giuridica». Quanto alla relativa trasformazione essa dovrebbe, presumibilmente, considerarsi come un'altra operazione posta a carico della presunta e complessa norma base.

(1) A questo riguardo può essere ricordato lo SPERDUTI, *La fonte* cit., p. 185 e ss., il quale, dopo aver combattuto l'obiezione kelseniana dell'errore, osservando che potrebbe trattarsi di un errore specialissimo, perchè dell'intera collettività e perchè sorto sotto il preme di esigenze della vita sociale, si decide dopo alcune incertezze a far a meno dell'*opinio*, considerata come una determinante psicologica, ed a mantenere l'*usus*, che però non diverrebbe normativo senza un previo atto di riconoscimento, il quale consisterebbe nel costituirsi, nella coscienza degli stati, della rappresentazione che l'uso di cui si tratta è normativo, così che la pretesa norma sulla consuetudine si tradurrebbe nella proposizione «sono vincolanti gli usi internazionali la cui vincolabilità sia stata oggetto di riconoscimento». L'a. non si avvede che in tal modo l'uso è stato in realtà eliminato e che il vero fatto normativo nel suo sistema è diventato l'atto di riconoscimento, ad ammettere — ciò che pare a sua volta assurdo — che un riconoscimento costituito dal semplice formarsi di una rappresentazione nella coscienza degli stati possa esser considerato come un fatto di produzione giuridica. In effetti, nella costruzione ora delineata, o si ritiene che ciò che determina il carattere giuridico della norma sia l'atto di riconoscimento, e allora la vera fonte è questa, e l'*usus* si riduce ad una mera funzione preparatoria giuridicamente irrilevante; oppure il preteso atto di riconoscimento in realtà non è, come afferma lo Sperduti, che il puro e semplice «costituirsi nella coscienza degli stati della rappresentazione che un uso è normativo»; ma allora, non essendo ammissibile che il fatto costitutivo di una norma sia il «fatto del suo costituirsi», è evidente che, se una fonte della norma vi deve necessariamente essere, bisogna pensare che quel riconoscimento sia solo il riflesso del funzionamento già avvenuto di un fatto normativo e vedere quest'ultimo nell'uso: col che si è di nuovo nel bel mezzo di quella difficoltà che si era creduto di superare.

la consuetudine — a « costruire » una norma adatta a prevederlo e a disciplinarlo (1).

Tutto l'errore sta, precisamente, nell'aver voluto far salve ad ogni costo le aprioristiche premesse teoriche del positivismo — anche se rivedute e corrette secondo le esigenze degli indirizzi normativistico-dommatici — per cui il diritto si riassumerebbe esclusivamente nel prodotto di certi processi normativi esternamen-

(1) Si pensi, p. es., alla necessità in cui ci si trova, una volta partiti da un tale punto di vista, di far compiere dalla stessa ed unica norma primaria che dovrebbe contemplare nel diritto internazionale la consuetudine come fatto normativo, anche la designazione degli enti le cui manifestazioni sarebbero da essa assunte come fonte suprema. Per ovviare a tale necessità lo ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 310 e ss., è costretto a limitare arbitrariamente alle sole c. d. Potenze la cerchia dei soggetti internazionali che « creerebbero » le norme internazionali, perchè sole dotate di piena capacità giuridica. Si consideri ancora la difficoltà, cui si trovano di fronte tanto lo ZICCARDI (p. 227 e s.) quanto lo SPERDUTI, *La fonte* cit., p. 123, 222, allorchè debbono spiegare come mai non basti che il presunto fatto normativo consuetudinario abbia prodotto la norma perchè questa sussista e si mantenga in vita: col risultato che, per spiegarlo, sono costretti ad immaginare che quel tal fatto continui a produrre incessantemente nel tempo la medesima norma (per il primo la fonte sarebbe « efficace » per tutto il tempo della durata della norma; il secondo introduce addirittura la categoria dei « fatti di normazione continuativa »), non accorgendosi della contraddizione logica insita nell'idea di un « fatto creativo » che non riesca mai a creare, perchè il prodotto cui esso dovrebbe dar vita è automaticamente inesistente nel momento stesso in cui è creato, se quel medesimo fatto non si rimette incessantemente a crearlo di nuovo. E, infine, si pensi alla difficoltà di comprendere come sia possibile che quella che dovrebbe essere la « fonte suprema » di un ordinamento possa produrre anche consuetudini particolari, difficoltà che è appunto addotta dallo SPERDUTI, *La fonte* cit., p. 159 e ss., come ragione determinante della sua distinzione tra due diverse « fonti », tutte e due da individuarsi nello stesso fenomeno della consuetudine. In realtà nulla vieta logicamente, ove si concepisca la consuetudine nella sua vera natura e non come fatto di produzione giuridica, di riscontrare che vi siano norme di diritto spontaneo particolari oltre che generali. Vi è solo da rilevare che, se dovesse accertarsi — cosa che sembra da escludere — l'esistenza di consuetudini particolari relative agli stati di un determinato

te riconoscibili, e nell'aver voluto far quadrare per forza, entro la cornice di una simile concezione, anche il fenomeno della consuetudine che non è evidentemente suscettibile di rappresentazione come « fatto di produzione giuridica ». Così che, di fronte all'impossibilità di descriverlo altrimenti, si è finito da ultimo per presentare la « fonte » delle norme consuetudinarie come consistente nel semplice fatto stesso del loro spontaneo crearsi (1); il che tuttavia, significa, a ben pensarci, affermare che fatto produttivo del sorgere di una norma sia il suo sorgere.

18. Appare certo, ormai, che quelle premesse devono essere definitivamente abbandonate e che deve concretamente essere riconosciuto che il diritto non è tutto « positivo », anche se il diritto « non positivo » che si riscontri come parte dell'ordinamento giuridico proprio di una determinata società non è certo meno realmente esistente, nè meno efficace di quello posto in essere da fatti normativi. Ed appare ben chiaro altresì che non si tratta neppure — solo perchè ci si trova di fronte a norme la cui esistenza non viene dimostrata col metodo più familiare al giurista soprattutto continentale (2), ossia riportandolo all'attività di un proces-

continente, come, p. es., quello americano, ci sarebbe da domandarsi se non si tratti di norme di un ordinamento particolare, proprio di una comunità degli stati americani. Sulle comunità internazionali particolari, cfr. Ago, *Comunità internazionale universale e comunità internazionali particolari*, in *Comunità internazionale*, 1950, p. 195 e ss.

(1) Cfr. p. es., ZICCARDI, *La costituzione* cit., p. 218: « il fatto normativo si riduce a questo fatto soltanto, dell'affermarsi tra i soggetti della nozione di una regola »; e SPERDUTI, *La fonte* cit. p. 214: « il fatto normativo di cui si tratta consiste, puramente e semplicemente, come fatto normativo, nell'effettivo adeguarsi della società internazionale a certi principi o norme di ampio contenuto ».

(2) I giuristi anglosassoni sono certamente più portati, per la proporzione assai maggiore che il diritto spontaneo ha nei sistemi giuridici a loro familiari, a comprendere un modo di determinazione dell'esistenza del

so produttivo prestabilito — di doverlo agganciare per forza a qualche altra cosa, sia essa un'ipotesi o un principio razionale o, comunque, metempirico, ma esclusivamente di accettarlo come esistente (1) e di conoscerlo scientificamente nella sua essenza.

La proporzione, in ogni singolo ordinamento, tra diritto « positivo » e diritto « spontaneo », o « consuetudinario » (2), può variare considerevolmente, a seconda, anzitutto, della più o meno

diritto, diverso da quello della deduzione da regole « poste ». Per questa ragione, probabilmente, l'indirizzo dommatico non ha mai avuto fortuna presso di loro, e anche le adesioni a certe premesse normativistiche sono molto più apparenti che reali. Per la stessa ragione si comprende anche perchè sussistendo riguardo al diritto spontaneo un compito di accertamento particolarmente delicato, nel quale le manifestazioni esterne dei membri del corpo sociale costituiscono il solo segno rivelatore, abbiano assunto una così grande importanza, nel sistema anglosassone, la determinazione del diritto fatta dal giudice e l'autorità del *precedent*. È non poco caratteristico anzi che le stesse deviazioni in senso autoritario provocate in tema di consuetudine dalle concezioni statualistiche, si siano indirizzate nella dottrina continentale verso l'idea della consuetudine come volontà tacitamente espressa del legislatore, ed in quella inglese, con l'Austin, verso la idea della consuetudine come diritto giudiziario.

(1) Vengono qui alla mente le incisive parole usate dal Carnelutti nella prima edizione della sua *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 90: « la consuetudine, a differenza dalla legge, si trova bell'e pronta, come il diamante, e non occorre che scoprirla e ripulirla affinché se ne manifesti il valore ».

(2) Si può rilevare qui come, per designare nel suo complesso il diritto di formazione spontanea, sia del tutto lecito servirsi del termine tradizionale di « consuetudine », o di « diritto consuetudinario », che, per la sua origine etimologica, pone l'accento su quella pluralità di manifestazioni esterne le quali, come si è visto, costituiscono il mezzo unico e indispensabile di cui si dispone per la determinazione dell'esistenza delle norme spontanee. Sarebbe erroneo, d'altra parte, pensare di riservare il termine consuetudine per designare una parte soltanto del diritto spontaneo, ossia quelle norme spontanee che si siano formate sotto l'influsso di certi motivi piuttosto che altri. Tali motivi, infatti, secondo quanto si è già detto, appartengono ad una sfera extragiuridica e non possono assumere alcun rilievo formale differenziativo delle norme sorte per la loro influenza, nei con-

prolungata esistenza storica della società in cui l'ordinamento stesso è vigente, dato che alle origini della vita di quella società sarà per lo più prevalente il dominio del primo sul secondo, mentre in epoca più avanzata avrà generalmente preso una prevalenza quantitativa il diritto posto in essere da quei procedimenti cui l'ordinamento abbia attribuito una tale specifica funzione. Anche negli ordinamenti di società ugualmente evolute e appartenenti al medesimo tipo, d'altra parte, la proporzione reciproca può apparire ciononostante assai diversa, a seconda di circostanze storiche molteplici, dei diversi caratteri dell'ambiente e anche della naturale preferenza del corpo sociale verso un tipo o l'altro di diritto (si pensi, per esempio, ad un paragone tra il sistema giuridico inglese e quelli continentali). Infine è evidente che la proporzione può differire in modo radicale se si tratta di ordinamenti di società di tipo e di caratteri nettamente distinti, come, p. es., una società del tipo statale da un lato, e dall'altro una società del tutto diversa, come quella internazionale, dotata di un vincolo associativo assai più allentato, e composta di un numero ristretto di membri che sono a loro volta delle società, gelose della loro uguaglianza e della loro libertà d'azione, e quindi particolarmente riluttanti ad ammettere che i giudizi giuridici relativi alle loro situazioni ed ai loro rapporti reciproci si formino attraverso quei tipi di procedimenti che sono usuali negli ordinamenti delle società interne.

Ciò detto occorre tuttavia aggiungere subito che in ogni ordinamento, anche se in misura ridotta, e in realtà assai meno di quanto generalmente non si creda, vi è sempre un certo numero di norme giuridiche di formazione spontanea; e che anzi, in ogni

fronti di quelle formatesi sotto l'impulso di altre ragioni. Nel quadro del diritto spontaneo, appunto perchè formatosi «spontaneamente» e non per l'azione di fatti normativi, non è possibile introdurre alcuna distinzione relativa all'origine delle diverse norme: consuetudine e diritto spontaneo sono pertanto termini che non possono essere usati altro che come sinonimi.

ordine giuridico, alcune norme fondamentali sono sempre e necessariamente di tale natura. Poichè il diritto positivo è quel complesso di norme e di giudizi individuali che sono stati posti in essere da certi procedimenti di fatto, i quali hanno necessariamente ricevuto il rilievo di fatti normativi da una preesistente norma, è certo — e questo è indubbio merito della reazione normativistico-donnatica al positivismo l'averlo rilevato — che almeno uno di quei procedimenti, e precisamente quello che pone, tra le norme positive, quelle di grado più elevato, deve essere giudicato come fonte da una norma non positiva del sistema, ossia, appunto, da una norma spontanea. Se dalla coscienza dei membri del corpo sociale le leggi emanate da un certo legislatore, anche onnipotente, sono conosciute, non come vuote proposizioni, ma come giudizi realmente operanti nel senso che è proprio delle norme giuridiche, ciò significa semplicemente che nella loro stessa coscienza esiste una norma, spontaneamente formatavisi, che attribuisce a quel legislatore il potere di porre in essere norme con suoi atti di volontà (1). Per quanto ridotte, quindi, le norme iniziali, centrali, di un ordinamento sono sempre di formazione spontanea. E sono precisamente alcune fra tali norme quelle che, attribuendo a determinati fatti il rilievo di fatto « normativi », danno la tanto ricercata ragione della « giuridicità » delle norme del diritto « positivo », poste in essere da quei fatti.

(1) Se, cioè, un usurpatore assume il potere in una data società in maniera illegale, o se un partito rivoluzionario vi si afferma in forme costituzionalmente illecite, le norme emanate dalla nuova autorità saranno giudizi giuridici soltanto quando nella coscienza dei membri della società si sia formata, sia pure sotto l'influenza del timore, la coscienza che la volontà di quell'usurpatore, o degli organi di quel partito, produce giudizi realmente determinativi del sorgere o dell'estinguersi, presso i loro destinatari, di quelle situazioni che si sono definite come situazioni giuridiche soggettive.

19. Da quanto precede si possono ora trarre alcuni corollari. In primo luogo appare evidente che, se è lecito parlare di « diritto positivo » per designare quella parte dell'ordinamento giuridico che è posto in essere da fatti esterni, assunti a fatti normativi dall'ordinamento stesso, non è invece lecito impiegare la stessa espressione per indicare tutto l'insieme delle norme che fanno parte di un dato sistema giuridico, e tanto meno usare la qualifica di « positivo » nei riguardi dell'ordinamento come tale, il quale non è mai composto esclusivamente di norme positive. Un ordinamento può essere riscontrato della scienza giuridica come operante, quale sistema organico di giudizi giuridici, in una determinata società umana storicamente esistente: e in tal caso si dice correttamente che quell'ordinamento è vigente, non che è positivo. Nè vale, per salvare l'uso di una simile espressione, attribuirle un diverso significato — intendendo appunto « positivo » come sinonimo di « vigente », o ancora come più o meno equivalente di « efficace » — perchè con ciò non si fa che provocare equivoci terminologici gravemente nocivi alla chiarezza delle conclusioni della scienza giuridica (1). E tanto meno è lecito parlare della scienza giuridica come scienza

(1) Si è già visto, a proposito delle dottrine del Ross, dello Ziccardi e dello Sperduti, come sia inutile e insieme pericoloso attribuire ad un termine significati diversi da quello che è suo proprio. Si veda anche BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico* cit., il quale mentre a p. 16 dice che le norme esistenti nella Comunità internazionale sono di diritto positivo perchè « poste », perchè aventi la loro origine in un fatto, afferma in vece a p. 8 che « positive si dicono le norme di cui, per mezzo di sanzioni e di coercizioni, o in genere di qualunque pressione esercitabile dall'esterno sui soggetti ai quali si rivolgono, si ottenga da parte di questi la regolare osservanza ». Per recenti riaffermazioni del concetto esatto di diritto positivo v. invece MORELLI, *Nozioni* cit., pag. 24; e KELSEN, *General Theory* cit., p. 114. Il BINDER, *La fondazione della filosofia del diritto*, tr. GIOLITTI, Torino, 1945, chiama *diritto positivo* il diritto « posto per opera della volontà umana », e da questa trasferito dalla sfera della soggettività nella forma di un'esistenza obbiettiva.

del diritto positivo, per differenziarla, p. es., dalle indagini relative al diritto naturale. Il « diritto » senza qualificativi, quale fenomeno della vita sociale, è l'oggetto della scienza giuridica. Il c. d. diritto naturale, ove non sia che un complesso di principi razionalmente dedotti da certe premesse più o meno astratte (1), potrà essere un paradigma ideale del diritto, uno schema razionalmente o moralmente perfetto di esso, ma non è diritto, come la disciplina che lo determina potrà avere un elevatissimo carattere, potrà, se si vuole, far parte della filosofia morale, ma non è scienza nel senso proprio del termine.

In secondo luogo, dalle nozioni che si sono raggiunte, si deducono alcune conseguenze da tenere presenti allorchè si voglia procedere alla determinazione della scala gerarchica delle norme e dei giudizi individuali che compongono l'ordinamento giuridico internazionale. La costruzione di una simile scala è, in realtà uno dei compiti essenziali che la scienza giuridica deve assolvere ogniqualvolta si proponga di raggiungere la conoscenza sistematica di un ordinamento: essa vi deve procedere, correttamente, ponendo anzitutto al vertice della costruzione le norme di formazione spontanea, alla cui categoria, come si è visto, appartengono sempre le norme primarie e fondamentali di ogni sistema giuridico, e che, d'altra parte, non potrebbero essere logicamente immaginate come subordinate alle norme poste in essere da un determinato fatto normativo senza con ciò perdere il loro stesso carattere di spontaneità (2). Sul piano immediata-

(1) Le cose cambiano aspetto, evidentemente, se con l'espressione « diritto naturale » si intende in realtà designare una parte del diritto vero e proprio, dell'ordinamento vigente, al solo scopo di sottolineare una particolare aderenza alle esigenze razionali o sociali. In questo caso tuttavia non si è più nel campo del diritto naturale nel senso ormai assunto chiaramente da questa espressione, ma in quello del « diritto » vero e proprio. Si veda, p. es., l'uso che il BOBBIO, *La consuetudine* cit., p. 46 e ss., fa dell'espressione « diritto naturale vigente ».

(2) Questo non significa affatto il diritto positivo, prodotto dalle

mente successivo dovranno quindi esser collocate le norme poste in essere da fatti che siano giudicati come normativi da norme spontanee, e sui piani inferiori infine quelle norme che appaiono create da fonti a loro volta previste da norme prodotte dalle fonti più elevate. Non è certo questo il luogo per intrattenersi più a lungo su tale argomento: si deve solo rilevare ancora che la costruzione gerarchica dell'ordinamento deve essere applicata alle « norme », ai giudizi del sistema, e non alle « fonti », come si è talora fatto in certe applicazioni della concezione « gradualistica ». Non che le fonti non possano esser viste anch'esse, tra di loro, in posizione di preminenza o di subordinazione reciproca. Ma innanzi tutto ciò potrà esser fatto solo da un punto di vista riflesso, ossia basandosi sulle norme che, riguardando determinati procedimenti di fatto, attribuiscono loro il rilievo di fatti normativi, non certo sulla base di un aspetto materialmente inerente alle fonti stesse. Ed a parte ciò, soprattutto, è evidente che, costruendo una scala gerarchica dei fatti normativi anzichè delle norme, non si può pensare di rappresentare sistematicamente l'ordine giuridico,

diverse fonti dell'ordinamento, non possa modificare, sostituire e ridurre anche in ristrettissimi confini il diritto di formazione spontanea, se di far ciò quelle fonti hanno ricevuto il potere per giudizio della norma spontanea che prevede la più elevata tra di esse. Compito normale del diritto gerarchicamente subordinato è quello di derogare al diritto gerarchicamente superiore, nei limiti da questo stabiliti. E ciò vale soprattutto per le norme poste in essere dal fatto normativo più elevato, che è generalmente previsto con una larghissima e pressochè illimitata competenza (si pensi alla legge nel diritto statale ed al trattato in quello internazionale), per integrare, modificare e sostituire il diritto spontaneo, il quale, proprio perchè tale, è proporzionalmente limitato alla sua formazione e lento nella sua evoluzione. La sola conseguenza che sarebbe errato trarre da un simile fatto sarebbe un rovesciamento, appunto della posizione gerarchica, per cui si ritenesse che, ad un certo momento, il diritto positivo abbia sostituito il diritto spontaneo al primo posto della scala gerarchica. In realtà vi è almeno una norma alla quale nessuna « fonte » può derogare, ed è quella che la prevede appunto come fatto normativo.

sia perchè questo è un sistema di giudizi e non di fatti giuridici, sia perchè, comunque, si lascerebbero fuori necessariamente le norme che non hanno la loro origine in un processo normativo esterno e che, gerarchicamente, sono proprio quelle preminenti.

In terzo luogo, vi è appena bisogno di rilevare, dopo quanto si è detto, come sia ormai da abbandonare del tutto l'idea della ricerca di un c. d. norma-base, sia pure immaginando questa, come vuole la dottrina più recente che le rimane fedele, soltanto quale una delle norme del sistema dotata di una funzione centrale, in quanto ad essa dovrebbero riportarsi tutte le altre, e capace pertanto di riunire ad unità il sistema stesso. In realtà questa pretesa norma-base non è in alcun modo determinabile, e nell'ordinamento internazionale meno che in qualsiasi altro. La pluralità delle norme di formazione spontanea rende impossibile qualificare come norma base quella norma spontanea che preveda un determinato procedimento come primo fatto normativo del sistema, perchè rispetto alle altre norme spontanee la pretesa norma base non potrebbe svolgere la funzione che le si vorrebbe assegnare (1). Immaginare poi come norma base una qualsiasi altra norma sarebbe un evidente controsenso. Sorta con l'indirizzo normativistico-donnatico, e come una mera esigenza logica ineliminabile del sistema che questo, secondo le sue ricordate premesse teoriche, intendeva costruire, quell'idea che ha indubbiamente avuto meriti essenziali per il superamento delle strette positivistiche e per aver rappresentato essa sola, ad un certo momento, la neces-

(1) In nessun ordinamento, neanche in quelli statuali più accentrati, il diritto spontaneo si riduce mai ad un'unica norma di produzione giuridica. Ed anche a immaginare teoricamente che, ad un certo momento, una situazione simile si producesse, non potrebbe malgrado ciò essere mai negata la possibilità che altre norme spontanee si formassero in seguito, e rispetto a queste la pretesa norma base non potrebbe svolgere la funzione unificatrice che si vorrebbe assegnarle.

sità di riconoscere l'esistenza di norme giuridiche non positive, non ha più alcuna funzione da svolgere in un'analisi rigorosamente scientifica del fenomeno giuridico e dei sistemi nei quali esso si manifesta nella realtà empirica.

Un'ultima e più importante conclusione si impone infine nei riguardi del preteso problema del «fondamento» o della «ragione» della «validità» di un dato sistema di norme giuridiche e in particolare di quello internazionale: problema che, a partire da un certo momento, come si è visto, ha affaticato le menti degli studiosi senza mai trovare una soluzione soddisfacente. È tempo ormai di riconoscere che quel problema deve, in realtà, venire semplicemente eliminato dal quadro di quelli che formano oggetto della esigenza giuridica, poichè il suo porsi non è stato che la conseguenza di certi atteggiamenti scientificamente infondati, ed in particolare del diffondersi di quelle idee relative alla necessaria «positività» di tutto il diritto vigente di cui si è ampiamente indicato l'errore. All'interno di un dato ordine giuridico, e nei confronti delle singole norme propriamente positive in esso contenute, potrà essere tutt'al più proponibile il problema di determinare il «fondamento» della validità delle norme stesse, ossia, in più semplici e concreti termini, di accertare la presenza delle norme che, attribuendo carattere di «fonte» al fatto materiale che le ha poste in essere, abbia reso possibile la loro esistenza come norme giuridiche. Ma porre nei confronti dell'ordinamento come tale — che, come si è visto, non è mai composto esclusivamente di norme «positive» — un problema del fondamento della sua esistenza come sistema giuridico, è un assurdo evidente. Un ordinamento giuridico è una realtà obbiettiva la cui esistenza si constata nella storia e nei riguardi del quale si pone il compito di conoscerlo, non di «fondarlo» su fatti o su principi ideali. L'esistenza dell'ordinamento internazionale, in ispecie, è un dato che spetta unicamente ad un esame scientifico della realtà empirica di di-

mostrare vero. Volerla, dopo di ciò, asserire o negare in base a premesse di qualsiasi natura è, indubbiamente, porsi fuori del terreno della scienza giuridica.

20. Se ora, sulla base dei chiarimenti raggiunti, si riconsidera, sfrondata da tutte le complicazioni arrecate dalle diverse deformazioni teoriche che era stato costretto a subire, quel problema iniziale dell'esistenza di un ordinamento giuridico proprio della Comunità internazionale, la sua soluzione non può apparire che notevolmente semplice. Il compito dello studioso, infatti, appare ora veramente liberato da ogni preoccupazione extrascientifica, e circoscritto quindi ad una pura indagine della realtà empirica, ad una constatazione della presenza od assenza, in essa, di certi dati, ed alla determinazione delle conclusioni che da quella constatazione vengano imposte. Più in particolare, si tratta ormai soltanto di accertare obbiettivamente se, in quella specifica società che è la Comunità degli stati, si riscontri realmente esistente un sistema di giudizi che possa esser riconosciuto come sistema di giudizi giuridici.

A questo riguardo, è incontestabile il rilievo che nella Comunità internazionale, si manifestino operanti dei giudizi che appaiono dotati, sotto ogni aspetto, di quelle caratteristiche specifiche sulle quali la scienza giuridica si basa ai fini della descrizione di un giudizio come norma di diritto. Si tratta infatti di giudizi che, verificandosi date condizioni di fatto, determinano nei componenti della società internazionale il sorgere o l'estinguersi di situazioni corrispondenti precisamente a quei tipi che si sono caratterizzati come diritti soggettivi e obblighi giuridici, facoltà e poteri giuridici: in una parola come situazioni giuridiche soggettive. Nè, sulla evidenza di una tale constatazione, che è fatta ad ogni piè sospinto da chi esamina la realtà della vita internazionale, vi possono essere contrasti di sorta.

Che, per i loro intrinseci caratteri, le norme del diritto internazionale si lascino descrivere come norme giuridiche è pertanto un dato di palese certezza; e non vi è bisogno, dopo quanto si è avuto occasione di notare nello sviluppo dell'indagine, di soffermarsi a dimostrare particolarmente quanto assurdo sia voler condizionare una simile conclusione al fatto che, in seno al gruppo delle diverse norme internazionali, ve ne sia o non ve ne sia una avente un determinato contenuto (come la pretesa norma disponente il monopolio dell'impiego della forza da parte della comunità), o, peggio ancora, volerla far dipendere da una scelta politica (1).

Altro fatto che è dato di constatare in modo palese è che, nella Comunità internazionale, le norme giuridiche non si manifestano isolate, ma appaiono correlate e interdipendenti tra loro, e riunite in un sistema, così come correlate e riunite in sistema si manifestano le norme giuridiche in corrispondenza a tutti gli altri ag-

(1) Si richiamano qui le critiche formulate *supra* (p. 34 n. 3) riguardo all'affermazione del Kelsen che il diritto internazionale possa essere descritto come diritto solo in quanto risulti che l'uso della forza da parte di uno stato sia giuridicamente permesso, nell'ordinamento internazionale, unicamente a titolo di reazione della comunità giuridica ad un illecito, come pure riguardo alla conclusione stranamente antiscientifica da lui raggiunta su tale argomento, per cui solo una preferenza politica dello studioso potrebbe valere a determinare cosa disponga l'ordinamento internazionale a questo proposito. Non è il caso di prendere qui posizione riguardo al quesito se il diritto internazionale comune (per quello pattizio la cosa è fuori questione) preveda o non preveda oggi una norma che limiti la facoltà del ricorso alla guerra ai soli casi di *bellum justum*. Quello che è necessario rilevare invece è che, ove si dovesse pervenire alla conclusione, che finora è stata quella della dottrina prevalente, che nel diritto internazionale comune la guerra sia lecita anche fuori dei meri casi di reazione ad un illecito giuridico, il risultato potrebbe essere quello di dimostrare l'errore dell'idea kelseniana del diritto come disponente necessariamente il monopolio della forza a favore della comunità, ma non certo quello di far concludere che, per tale fatto, tutte le norme internazionali, per ogni altro verso riconosciute come giuridiche, dovrebbero cessare di essere considerate tali.

gruppamenti sociali. E all'interno del sistema, l'esame della realtà permette altresì di individuare, accanto alla massa delle norme che direttamente operano, nei confronti di membri della Comunità internazionale, come attributive od estintive di situazioni giuridiche soggettive, l'esistenza di un più ristretto gruppo di norme internazionali strumentali, che operano nel senso, più volte descritto, di provvedere all'espletamento delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento.

Simili constatazioni appaiono di per sé pienamente sufficienti, sulla base delle conclusioni raggiunte nel presente studio, a stabilire in maniera indiscutibile l'esistenza di un sistema di norme di diritto proprio della Comunità internazionale, ossia di un ordinamento giuridico internazionale. Si può, tuttavia, proseguire ancora, al fine di alcuni utili rilievi, l'indagine riguardo al modo in cui, in tale ordinamento, le dette funzioni di organizzazione sono disposte ed espletate.

Si è già osservato che una teoria sistematica di tali funzioni, costruita sulla base dei dati comuni che a tale proposito si rivelino esistenti in diversi ordinamenti, può avere un valore puramente scientifico, e che quindi occorre guardarsi dal considerare le conclusioni eventualmente raggiunte in una simile teoria come dei requisiti che necessariamente ogni ordine giuridico, presente o futuro, debba presentare. Nella realtà, infatti, ogni ordinamento provvede in via del tutto autonoma alla propria organizzazione, nei modi e nelle forme più consone ai caratteri della società in cui opera. Con tutto ciò l'organizzazione dell'ordinamento internazionale, ove la si esamini attentamente, non si dimostra affatto tale da richiedere una revisione di quelle che sono le normali conclusioni che la scienza giuridica per lo più raggiunge in questa materia, sulla base di un'analisi degli ordinamenti statuali. L'ordinamento internazionale si dimostra, cioè, non solo esistente come sistema di norme giuridiche, ma anche come sistema organizzato

secondo linee non diverse da quelle proprie degli altri ordinamenti, per lo meno nel senso che le funzioni fondamentali cui esso provvede sono le medesime: *a)* il rinnovamento e l'integrazione del sistema, mediante la produzione di nuove norme da parte di specifici processi a ciò predisposti, come l'accordo, previsto quale fatto normativo da un giudizio di produzione giuridica generale consuetudinario (1), e come certi particolari procedimenti ulteriori, contemplati da norme di produzione giuridica di secondo grado, ossia di origine pattizia (2); *b)* la determinazione della certezza del

(1) Che l'accordo acquisti, nel diritto internazionale, il rilievo tipico di « fatto normativo » è una delle constatazioni più comuni della dottrina. E se, recentemente, il BALLADORE PALLIERI, *Diritto internaz. cit.*, p. 54, 61 e s., ha potuto affermare che « i trattati non sono da annoverare tra le fonti del diritto internazionale », ciò non è che un portato della confusione che l'autore fa tra il concetto generale di fonte e quello ristretto di fatto produttivo di norme generali, ossia, secondo le sue espressioni, di processi che, come la legge, « costituiscono l'esercizio di un potere esercitato nell'interesse superiore e generale della Comunità ». Il Balladore non considera, evidentemente, che la produzione di norme di diritto particolare, aventi cioè dei destinatari singolarmente determinati, è attività normativa non meno della produzione di norme generali. Vero è che l'autore cerca di rimediare al carattere esorbitante della sua conclusione, ricorrendo all'idea, tuttavia non dimostrata, che si sia formata e si stia formando una norma consuetudinaria che prevederebbe un'altra fonte di diritto, per la quale, quando la maggioranza degli stati si sia pronunciata in favore di una data norma, e questa non incontri obiezioni da parte degli altri possibili interessati, la norma stessa diverrebbe vincolante in modo generale per tutti i soggetti esistenti e per quelli futuri. Su quest'ultimo punto una tesi analoga è espressa dal QUADRI, *Diritto internaz. cit.*, p. 83, il quale sostiene l'esistenza nel diritto internazionale, di « pseudo-trattati » o « pseudo-accordi » che porrebbero norme primarie, tali da imporsi anche ai terzi stati.

(2) Come certe decisioni di organi di istituti internazionali (v. p. es., con riguardo alle Nazioni Unite, ed in particolare agli artt. 17 e 108 dello Statuto relativo, PERASSI, *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, lezioni ai Corsi di perfezionamento della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, Padova, 1950, p. 39 e ss.) e come le sentenze dispositive dei tribunali arbitrali internazionali.

diritto nei riguardi di date situazioni di fatto, mediante dei procedimenti cui è conferito il rilievo di fatti di accertamento, come ancora l'accordo, utilizzato a fini specificamente accertativi da una norma generale consuetudinaria (1), e quindi l'arbitrato, tipico fatto di accertamento previsto da norme convenzionali (2); c) la predisposizione di garanzie dell'effettivo adempimento degli obbli-

(1) Questa possibilità di utilizzazione dell'accordo come mero fatto di accertamento del diritto (su cui v. MORELLI, *La sentenza* cit., p. 2 e ss.) è chiaramente confermata dalla pratica degli stati. Sembra quindi inesatta la conclusione cui perviene il PERASSI, *Lezioni* cit., p. 23, per cui sarebbe caratteristica dell'ordinamento internazionale di non contenere norme generali che contemplino determinati procedimenti di accertamento del diritto in caso di controversia; l'impiego dell'accordo a fini di accertamento e quindi di risoluzione di controversie « giuridiche » è infatti indubbiamente previsto da una norma internazionale generale consuetudinaria.

Come tipico fatto di accertamento, previsto da una norma generale di diritto internazionale, è descritto inoltre il riconoscimento del VENTURINI, *Il riconoscimento nel diritto internazionale*, Milano, 1946, p. 15 e ss., 43 e ss. V. anche *ibid.*, gli accenni alla rinuncia.

(2) Sembra, invece da escludere che si possa parlare, in tema di risoluzione delle controversie giuridiche internazionali, di utilizzazione anche di organi propriamente « giurisdizionali ». Il criterio distintivo della giurisdizione sembra infatti non si possa porre nel fatto che, a seguito di un accordo stabilito previamente, sia possibile, al momento del prodursi di una data controversia, anche l'istituzione di un giudizio per volontà di una sola delle parti (MORELLI, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931, p. 193 e ss.); nè nel fatto che la Corte di cui si tratta sia costituita e funzioni in base a norme che, al momento del giudizio, sono indipendenti dalla volontà delle parti della controversia (PERASSI, *Lezioni* cit., p. 23 e s.). Tale criterio pare debba trovarsi invece nel fatto che l'organo giudicante sia istituito del tutto indipendentemente dalla volontà delle parti, sia attuali che future, di una controversia, e cioè sia previsto da una norma generale non pattizia. Finchè l'origine dell'esistenza di un organo per la risoluzione delle controversie giuridiche è in una norma convenzionale (sia che si tratti di un compromesso, o di una clausola compromissoria di un trattato riguardante date materie, o di un trattato generale di arbitrato, o degli stessi Statuti delle Nazioni Unite e della Corte Internazionale di Giustizia), si è nel campo dell'arbitrato e non della giurisdizione.

ghi giuridici determinati da date norme nei loro destinatari, attraverso la previsione di certi mezzi, di certe azioni coercitive o sanzionative, il cui impiego da parte dello stesso soggetto titolare di un diritto soggettivo è contemplato appunto come fatto di garanzia del diritto da norme generali consuetudinarie (1), mentre altre norme di natura convenzionale prevedono ulteriori fatti di garanzia associata o collettiva (2).

L'errata opinione che l'ordinamento internazionale non provveda a queste fondamentali funzioni di organizzazione, così frequentemente ripetuta dai negatori della sua giuridicità o dagli assertori di un suo preteso carattere primitivo o imperfetto, ed espressa sinteticamente nella nota accusa di mancare di leggi, di giudici e di gendarmi, non è che il prodotto di un'arbitraria identificazione tra le funzioni stesse e gli speciali mezzi con i quali vi si provvede generalmente negli ordinamenti delle società statuali (3). Indubbiamente, l'ordinamento internazionale, a causa della struttura specifica della società degli stati, e della conseguente portata del tutto eccezionale che in esso raggiunge il principio di

(1) Va tenuto presente al riguardo che la ragione per cui certi atti comportanti l'impiego della forza sono giudicati, in determinate ipotesi, come leciti dall'ordinamento internazionale, sta appunto nel rilievo di fatti di garanzia del diritto, di fatti giuridici di coercizione o di sanzione che, in presenza di date situazioni di fatto, determinate norme conferiscono loro. Come, d'altra parte, la ragione della liceità dell'impiego della forza per legittima difesa negli ordinamenti interni sta nel carattere di fatto di garanzia del diritto ad esso attribuito dal diritto statale.

(2) La forma più avanzata e complessa di garanzia associata cui sia finora pervenuto il diritto internazionale è certo quella che si ritrova istituita nel sistema delle Nazioni Unite (cap. VII), per il mantenimento della pace e la tutela contro atti di aggressione.

(3) Per una critica di tale atteggiamento e per un esame, da questo punto di vista, del modo in cui l'ordinamento internazionale provvede alle funzioni di organizzazione cfr. particolarmente ULLMANN, *Trattato cit.*, p. 26 e ss.; PERASSI, *Lezioni cit.*, p. 11 e ss.; AGO, *Lezioni cit.*, p. 25 e ss.

eguaglianza giuridica dei soggetti, appare completamente dominato dal criterio del « decentramento delle funzioni di organizzazione » (1); e quindi sarebbe assurdo pensare di trovare in esso utilizzati, a fini organizzativi, degli strumenti tipici di una società gerarchicamente ordinata, e dove imperi il contrario principio dell'accentramento di quelle funzioni. Ma non è meno certo che, nei modi e con i mezzi consentiti dalla natura dell'ambiente sociale in cui opera, l'ordinamento internazionale provvede con proprie norme all'espletamento delle stesse funzioni di organizzazione cui provvedono gli altri ordinamenti giuridici esistenti, ed in particolare quelli propri degli stati (2).

(1) Il decentramento totale delle funzioni di organizzazione nell'ordinamento internazionale non è che un corollario dell'assenza totale del principio di gerarchia dal novero di quelli che ispirano l'ordinamento stesso. Nessun soggetto internazionale è dotato di una capacità giuridica più estesa degli altri, ed in particolare di poteri giuridici che agli altri siano negati: è pertanto escluso logicamente ogni accentramento in un soggetto unico del compito di provvedere all'una o all'altra funzione organizzativa dell'ordinamento. Cfr. in proposito AGO, *Lezioni* cit., p. 74 e ss.

(2) Occorre anche fare particolare attenzione a non dedurre affrettatamente dalle caratteristiche di alcuni strumenti che l'ordine giuridico internazionale utilizza per adempiere ad alcune delle ricordate funzioni organizzative, la conclusione che l'ordinamento internazionale sia un ordinamento primitivo, che ripeterebbe cioè forme strutturali già superate da altri ordinamenti in una specie di processo predeterminato ed obbligatorio di sviluppo. È stato soprattutto il KELSEN, *Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht*, in *Zeit. f. öff. Recht*, 1932, p. 595 e ss.; *La technique du droit international*, in *Rev. de dr. int. et de lég. comp.*, 1934, p. 9 e ss.; e *General Theory* cit., p. 338 e ss., che si è lasciato condurre da certe pretese analogie tra il fenomeno della guerra degli stati con certe forme primitive di sanzione degli ordinamenti statuali più antichi, non solo ad affermare il carattere di primitività dell'ordinamento internazionale, ma addirittura a costruire una legge dello sviluppo della comunità giuridica umana, in analogia con un'asserita legge biogenetica fondamentale. Il pericolo di simili costruzioni del tutto arbitrarie sta nelle deduzioni che si può essere tentati di trarne, soprattutto riguardo alle pretese fasi obbligate di sviluppo attra-

Più particolari considerazioni riguardo agli aspetti propri dell'organizzazione dell'ordinamento internazionale, alla specifica natura degli strumenti che vi sono utilizzati per l'espletamento dell'una o dell'altra funzione, ed alla caratterizzazione che ne deriva a tutto il sistema, non hanno evidentemente sede in questo studio, i cui limiti precisi sono segnati dal problema, ormai chiaramente risolto, dell'esistenza di un ordinamento giuridico della Comunità internazionale.

Solo un fatto merita ancora di essere rilevato, con particolare riferimento al modo in cui l'ordinamento internazionale provvede alla funzione della produzione del diritto. Ed è che tale ordinamento, prevedendo come primo processo produttivo di norme l'accordo — che per sua natura produce effetti solo limitatamente ai soggetti che ne siano parte — non dispone di un fatto normativo capace di produrre norme di diritto comune, ma solo di uno strumento atto a porre in essere norme di diritto particolare. Ne consegue quindi che tutto il diritto internazionale comune è diritto consuetudinario, di formazione cioè spontanea, e che, se da punto di

verso le quali dovrebbe necessariamente passare anche l'ordinamento internazionale. L'evoluzione di quest'ultimo non potrà infatti avvenire che secondo linee sue proprie, corrispondenti a quelle dello sviluppo che avrà via via la società degli stati, e che per troppi aspetti non possono non essere diversi da quelle seguite dalle società statuali primitive per giungere al loro stadio attuale. In realtà, la società internazionale di oggi, per il solo fatto di avere a suoi membri delle entità statuali pienamente sviluppate e giuridicamente evolute, non può presentare vere analogie di struttura con società interne di epoche primitive.

Per concezioni analoghe a quelle del Kelsen riguardo alla pretesa evoluzione obbligata dalle varie comunità sociali attraverso certi stadi, v. anche GUGGENHEIM, *Beiträge zur Problem der internatonalem Organisation*, in *Festgabe M. Hubert*, Zürich, 1934, p. 135 e ss.; e *International relations and public international law*, in *Geneva Studies*, XI, 2, June 1940, p. 14; e circa la corrispondenza di certi aspetti del diritto internazionale a quelli di diritti primitivi v. SCELLE, *Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international*, in *Recueil des Cours de la Haye*, 1936, I, p. 164.

vista quantitativo il diritto più propriamente positivo, di origine convenzionale, è venuto assumendo gradualmente un'importanza sempre crescente, dal punto di vista qualitativo invece il diritto spontaneo occupa nell'ordinamento internazionale una posizione di predominio incontrastato, che esso è certo lontano dall'aver in quegli stessi ordinamenti statuali dove ancora la consuetudine si vede riservare un più largo campo d'azione. Se è vero che, in ogni ordinamento, la preminenza gerarchica spetta sempre alle norme di formazione spontanea rispetto alle norme positive, un simile fatto assume quindi un rilievo ben più evidente nell'ordinamento internazionale.

Ove si rifletta attentamente su di un simile fatto, non potrà non risaltare ancora più quanto inadeguate fossero le rappresentazioni dell'ordinamento internazionale date da tante delle ricordate dottrine, che avevano dimostrato, per un verso o per l'altro, una completa incomprendione nei riguardi del fenomeno del diritto di formazione spontanea. E non potrà non apparire quindi ulteriormente confermata la conclusione raggiunta nelle pagine che precedono, che cioè condizione essenziale di una conoscenza del diritto internazionale da parte della scienza giuridica è che quest'ultima si spogli completamente, nelle sue indagini, di ogni apriorismo, di ogni preconconcetto di qualsiasi natura, ed in primo luogo di quello della necessaria « positività » di tutto il diritto vigente. Più di quella di qualsiasi altro fenomeno giuridico, la comprensione del diritto internazionale richiede cioè che la scienza giuridica sia veramente ed esclusivamente scienza.

Publicato nel 1950, *Scienza giuridica e diritto internazionale* è uno dei testi più significativi di Roberto Ago e un passaggio essenziale nella riflessione novecentesca sulle fonti del diritto internazionale. Nel confronto con giusnaturalismo, positivismo, normativismo e dogmatica, Ago si interroga sul problema che la consuetudine rende inevitabile: può una norma essere giuridica senza derivare da uno specifico atto formale o da un determinato procedimento di produzione? La sua risposta sposta l'attenzione dalla ricerca della fonte alla constatazione dell'operare della norma nel sistema, introducendo la teoria del diritto spontaneo. Riletto oggi, il volume parla direttamente al dibattito su soft law, pluralismo giuridico, prassi delle organizzazioni internazionali e responsabilità degli Stati. Questa riedizione restituisce un classico ancora capace di orientare la comprensione del diritto internazionale contemporaneo.

ROBERTO AGO (Vigevano, 1907 – Ginevra, 1995) è stato uno dei massimi internazionalisti italiani del Novecento. Professore di diritto internazionale, si formò nella tradizione anzilottiana e dedicò la propria opera scientifica ai problemi fondamentali del diritto internazionale pubblico e privato. Fu membro della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, dove, come Relatore speciale sulla responsabilità degli Stati, diede un'impronta decisiva alla codificazione della materia. Presiedette la Conferenza di Vienna sul diritto dei trattati, il Curatorium dell'Accademia di diritto internazionale dell'Aia e l'Institut de droit international. Dal 1979 al 1995 fu giudice della Corte internazionale di giustizia. Tra le sue opere principali figurano *Teoria del diritto internazionale privato* (1934), *Scienza giuridica e diritto internazionale* (1950) e *La codificazione del diritto internazionale e i problemi della sua realizzazione* (1968).

MARIA CHIARA MALAGUTI è professoressa ordinaria di Diritto internazionale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore. Studiosa di diritto internazionale, di diritto commerciale internazionale e diritto degli investimenti, ha svolto attività accademica, professionale e istituzionale in Italia e all'estero. È stata consulente giuridica del Ministero degli Affari esteri e della cooperazione internazionale e della Banca Mondiale, nonché Presidente di UNIDROIT dal 2020 al 2025. Ha ricoperto incarichi presso la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Banca centrale europea ed è autrice di numerosi studi in materia di diritto internazionale, mercati finanziari e diritto uniforme.