

Il diritto internazionale tra idealità ed effettività: alcune questioni controverse

di

Leonardo Mellace*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La sovranità-indipendenza degli Stati come limite all'effettività del diritto internazionale. – 3. La filosofia cosmopolitica di Hans Kelsen e Norberto Bobbio. – 4. È possibile andare oltre lo Stato? La controversa natura del diritto internazionale.

1. Premessa

Secondo un'ipotesi ormai accreditata la nascita del moderno diritto internazionale¹ – per quanto non siano mancate voci in senso contrario – può farsi risalire alle riflessioni teoriche dei teologi e dei giuristi spagnoli del XVI secolo: Francisco de Vitoria², Balthasar de Ayala³ e Francisco Suárez⁴, che, come è noto, anticiparono le

* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ L'espressione "diritto internazionale" è apparsa la prima volta nella sua forma inglese – *International Law* – in un'opera di Jeremy Bentham del 1789: J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, T. Payne and Son, London, 1789. Occorre qui precisare che il termine "ius gentium", che si può tradurre con "diritto dei popoli" o "diritto delle genti", è assai più risalente. Lo si ritrova, infatti, già nell'antichità romana, e precisamente nel *De officiis* e nella *Pro Balbo* di Cicerone, ma anche nell'età medievale ed anche in Francisco de Vitoria. Cfr. H. STEIGER, *Völkerrecht*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK (a cura di), Klett-Cotta, Stuttgart, 1992.

² F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis relectio prior* (1539), in *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, a cura di Ernest Nys, Oceana, New York, 1964. Sul pensiero di Francisco de Vitoria, tra i tantissimi, si vedano almeno J. CORTI VARELA, J. MARÍA BENEYTO (a cura di), *At the Origins of Modernity. Francisco de Vitoria and the Discovery of International Law*, Springer, Switzerland, 2017; F. CASTILLA URBANO, *El pensamiento de Francisco de Vitoria. Filosofía política e indio americano*, Anthropos, Barcelona, 1992; J. MARÍA BENEYTO (a cura di), *Empire, Humanism and Right. Collected Essays on Francisco de Vitoria*, Springer, Switzerland, 2022; L. MILAZZO, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, ETS, Pisa, 2012; E. PAOLINI, *Filosofia politica e*

riflessioni di Alberico Gentili⁵ e Ugo Grozio⁶. Nondimeno – occorre qui precisarlo – , trovare un vero e proprio fondatore del diritto internazionale non è per nulla

diritto internazionale in Francisco de Vitoria, Curcio, Roma, 2011; C. BARCIA TRELLES, *Francisco de Vitoria fundador del Derecho Internacional moderno*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1928.

³ Di Balthasar de Ayala si veda il suo *De jure et officiis bellicis et disciplina militari* del 1582. Sul pensiero di Balthasar de Ayala, tra i tantissimi, si vedano almeno A. FOCHERINI, *La dottrina canonica del diritto della guerra da S. Agostino a Balthazar D'Ayala*, Blondi & Parmeggiani, Modena, 1912; W.S.M. KNIGHT, *Balthazar Ayala and his Work*, in *Journal of Comparative Legislation and International Law*, terza serie, vol. 3, 4, 1921; M. FRAGA IRIBARNE, *Baltasar de Ayala y el derecho de la guerra*, in *Anuario de la Asociación Francisco Vitoria*, 1949, pp. 143-161; J. PERALTA, *Baltasar de Ayala y el derecho de la guerra*, Insula, Madrid, 1964; J.L. FERNÁNDEZ-FLORES, *Un auditor de guerra del siglo XVI. Baltasar de Ayala*, in *Ejército, Revista de las armas y servicios*, n. 506, 1982, pp. 64-70; P. RAMÍREZ VERDÚN, *Baltasar de Ayala. General en Flandes*, in *Ejército, de tierra español*, n. 799, 2007.

⁴ Per una ricostruzione biografica si vedano R. DE SCORRAILLE, *François Suárez, de la Compagnie de Jésus: d'après ses lettres, ses autres écrits inédits et un grand nombre de documents nouveaux*, 2 vols., Lethielleux, Parigi, 1912-1913; L. MAHIEU, *François Suárez. Sa philosophie et les rapports qu'elle a avec sa théologie*, Desclée de Brouwer-Picard, Parigi, 1921, pp. 42-75; J.H. FICHTER, *Man of Spain: Francis Suarez*, Macmillan, New York, 1940; C. LARRAINZAR, *Una introducción a Francisco Suárez*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, pp. 25-70. Sul suo pensiero si veda, invece, L. PEREÑA VICENTE, *La teoría de la guerra en Francisco Suárez*, vol. 1-2, CSIC, Madrid, 1954; A.A. CASSI, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Laterza, Roma-Bari, 2019.

⁵ Secondo Carl Schmitt il *De jure belli* (1598) di Gentili ha rappresentato uno dei testi fondativi dello *jus publicum europaeum*. Cfr. C. SCHMITT, *Il nomos della terra* (1950), Adelphi, Milano, 1991. Vedi anche G. GOZZI, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 63-66. Sul pensiero di Alberico Gentili, tra i tantissimi, si vedano almeno D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*, La Garangola, Padova, 1981; A.A. CASSI, *Lo ius in bello nella dottrina giusinternazionalista moderna. Annotazioni di metodo e itinerari d'indagine*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, pp. 1141-1168; G. MINNUCCI, *Alberico Gentili iuris interpres della prima età moderna*, Monduzzi Editoriale, Bologna, 2011; ID., *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito Commentario ad legem juliam de adulteriis*, Monduzzi, Bologna, 2002. Si vedano anche gli *Atti* relativi alle *Giornate Gentiliane*, curati dal Centro Internazionale di Studi Gentiliani, che raccolgono innumerevoli contributi di autorevoli autori sull'opera ed il pensiero di Alberico Gentili.

⁶ Di Ugo Grozio si veda il suo *De jure belli ac pacis* del 1625, di recente (2023) pubblicato in italiano a cura di Carlo Galli e Antonio Del Vecchio, per i tipi dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici Press, Napoli. Sul pensiero di Ugo Grozio, in una letteratura pressochè oceanica, si vedano almeno F. DE MICHELIS, *Le origini storiche e culturali del pensiero di Ugo Grozio*, La nuova Italia, Firenze, 1967; A. DROETTO, *Studi groziani*, Giappichelli, Torino, 1968; M. PANEBIANCO, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Ed. Scientifica, Napoli, 1974; P. HAGGENMACHER, *Grotius et le problème de la guerre juste*, Presses Universitaires de France, Parigi, 1983; G. DEL VECCHIO, *Grozio e la fondazione del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, XLIII, 43, 1960; G. FASSÒ, *Vico e Grozio*, Guida, Napoli, 1971; A. TRUYOL SERRA, *Grocio y Leibniz desde una perspectiva actual*, Caracas, 1972; M. BERLJAK, *Il diritto naturale e il suo rapporto con la divinità in Ugo Grozio*, Pontificia Univ. Gregoriana, Roma, 1978; CH. GELLINEK, *Hugo Grotius*, Twayne Publishers, Boston, 1983; F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, vol. I, *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Giuffrè, Milano, 1983; O. YASUAKI, *A Normative Approach to War: Peace, War, and Justice in Hugo Grotius*, Clarendon, Oxford, 1993; K. NAOYA, *The Laws of War*, in O. YASUAKI (ed.), *A Normative Approach to War*, Clarendon Press, Oxford, 1993. Sulla guerra giusta in Grozio, vedi M. WIGHT,

semplice⁷, data la mole di studiosi che di tale disciplina potrebbero dire di essersi occupati per “primi”⁸. Se risolvere un simile interrogativo può sembrare una questione “oziosa”⁹, attribuire la paternità a questo o a quell’altro autore può però produrre – e forse ha prodotto – interessanti conseguenze teoriche sullo sviluppo dei concetti di guerra e di diritto internazionale¹⁰. Ma non è nello specifico di questo che qui si vuole parlare. Il presente lavoro intende piuttosto concentrare la sua attenzione sul tema dell’effettività del diritto internazionale, che da sempre riveste un interesse politico e giuridico assolutamente centrale nella filosofia del diritto¹¹. Le diverse prospettive d’analisi che il tema apre avrebbero, in verità,

Western Values in International Relations, in H. BUTTERFIELD, M. WIGHT (Eds.), *Diplomatic Investigations. Essays in the Theory of International Politics*, Allen & Unwin, London, 1966, pp. 89-131; M. WIGHT, *International Theory. The Three Traditions*, G. WIGHT, B. PORTER (Eds.), Leicester University Press, 1991.

⁷ Cfr. J.B. SCOTT, *El origen español del derecho internacional moderno*, Cuesta, Valladolid, 1928; M. PANEBIANCO, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Napoli, 1974; G. GOZZI, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, cit.

⁸ Cfr. W. GREWE, *Grotius – Vater des Völkerrechts?*, in *Der Staat*, 23, 1984, pp. 161-178; H. MECHOULAN, *Vitoria, père du droit international?*, in *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruylant, 1988; D. KENNEDY, *Primitive Legal Scholarship*, in *Harvard International Law Journal*, 27, 1986, pp. 1-98. Per quanto non siano tradizionalmente considerati “padri del diritto internazionale”, sono spesso ricordate e discusse anche le posizioni di Sepúlveda e Las Casas, specialmente per ciò che concerne la giustizia della guerra. Sul pensiero di Sepúlveda, si vedano almeno: A.F.G. BELI, *Juan Ginés de Sepúlveda*, Oxford University Press, Oxford, 1925; J. BENEYTO PÉREZ, *Juan Ginés de Sepúlveda, humanista y soldado*, Editora Nacional, Madrid, 1944; F. CASTILLA URBANO, *Juan Ginés de Sepúlveda. En torno a una idea de civilización*, in *Revista de Indias*, 52, 1992, pp. 329-248; J. FERNÁNDEZ-SANTAMARIA, *Juan Ginés de Sepúlveda on the nature of the American Indians*, in *The Americas*, 31, 1975, pp. 434-451. Sul pensiero di Las Casas, si veda, invece, in una letteratura pressochè oceanica, la rassegna bibliografica curata da G. TOSI, *Bartolomé de Las Casas (Siviglia 1484-Madrid 1566)*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, V, 1, 2009.

⁹ Cfr. P. HAGGENMACHER, *Il diritto della guerra e della pace di Gentili. Considerazioni sparse di un «Groziano»*, in *Il diritto della guerra e della pace di Alberico Gentili*, Atti del Convegno Quarta giornata gentiliana, Giuffrè, Milano, 1995. Vedi anche S. PIETROPAOLI, *Abolire o limitare la guerra? Una ricerca di filosofia del diritto internazionale*, Edizioni Polistampa, Firenze, 2008, p. 121.

¹⁰ Cfr. S. PIETROPAOLI, *Pater incertus est. Ugo Grozio e i molti padri del diritto internazionale nella riflessione di Carl Schmitt*, in *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, a cura di A. Di Stasi, G. Fauceglia, G. Martino, P. Pennetta, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 1354.

¹¹ Cfr., tra i tantissimi, I. KANT, *Per la pace perpetua*, trad. it di R. Bordiga, Feltrinelli, Milano, 2013; N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna, 1979; H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944, H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920; R. DWORKIN, *A New Philosophy for International Law*, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 41, 1, 2013; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 2012; J. HABERMAS, *Kants Idee des Ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren*, *Kritische Justiz*, 28, 1995; M.

richiesto un approfondimento maggiore, allargando il discorso ben oltre le considerazioni qui fatte, ma lo spazio di un articolo, com'è ovvio, non è sufficiente ad approfondire una questione, come è quella oggetto di questo scritto, tanto vasta da risultare difficilmente comprimibile persino in uno studio monografico. Il presente contributo si limiterà, pertanto, dapprima, a riassumere – partendo dalla pace di Vestfalia del 1648 e senza entrare, dunque, nel merito delle questioni morali sollevate dalle guerre di conquista spagnole e dal trattamento delle popolazioni indigene –, le principali “vicende” che hanno interessato lo sviluppo del diritto internazionale e la sua effettività e giuridicità, per, poi, guardare, sia pure *en passant*, ad alcune posizioni teoriche, tralasciandone tuttavia altre, non per questo, però, meno importanti. L'intenzione, qui, non è, infatti, quella di ricostruire minuziosamente l'ampio dibattito teorico sul tema¹², ma quella, più agevole, di richiamare le proposte teoriche di Hans Kelsen e Norberto Bobbio, dalle quali si prenderà spunto per chiudere il contributo con una riflessione critica che permetterà di tirare le fila del discorso e di evidenziare gli elementi che potrebbero essere rimasti sottotraccia nel corso dell'analisi, pur nella consapevolezza che discutere della controversa *natura* del diritto internazionale non è per nulla semplice tanto è paludoso il terreno sul quale ci si muove.

2. La sovranità-indipendenza degli Stati come limite all'effettività del diritto internazionale

KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2014; J. WALDRON, *International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence?*, in *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Luís Duarte d'Almeida, James Edwards, Andrea Dolcetti (a cura di), Hart Publishing, Oxford, 2013; C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015; L. FERRAJOLI, *L'America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno*, in *Meridiana*, n. 15, 1992; M. WALZER, *Sulla guerra*, Roma-Bari, Laterza, 2006; A.A. CASSI, *Diritto e guerra nell'esperienza giuridica europea tra Medioevo ed età contemporanea*, in A. SCIUMÈ (a cura di), *Il diritto come forza. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. p. 7.

¹² *Supra*, nota 11.

Con la pace di Vestfalia del 1648, che pone fine alla Guerra dei trent'anni, si chiude definitivamente l'epoca delle guerre di religione e si inaugura quella delle guerre tra gli Stati-nazione¹³. Si parla di *bellum omnium contra omnes*, ma con una differenza importante rispetto a quanto si osserva in Hobbes e Locke¹⁴: i soggetti in guerra non sono più i cittadini o i sudditi, ma gli Stati, creature artificiali che agiscono liberamente, sciolti cioè dal controllo dei loro creatori e da ogni vincolo di legge. Si supera, dunque, lo stato di natura all'interno, perché ogni Stato assicura protezione ai suoi cittadini e impedisce il ripetersi del *bellum omnium* fra i propri consociati, che, però, permane all'esterno, perché ciascuno Stato ha una sua propria sovranità che è assoluta e non limitabile dall'esterno.

Il processo di laicizzazione e di assolutizzazione dello Stato non solo non si arresta nei secoli successivi ma, anche grazie agli impulsi prodotti dalla Rivoluzione Francese, si rafforza, al punto che la sovranità popolare – seppur non manchino voci in senso contrario – diventa una fonte di legittimazione per l'azione degli Stati ben più solida delle vecchie fonti di legittimazione di natura teologica. È in questo periodo, infatti, che lo Stato si identifica con il popolo o con la nazione, assumendo ben presto una veste organicistica, laddove i limiti dello Stato sono rappresentati dai diritti universali, che, contrariamente alla loro sbandierata universalità, sono circoscritti alla sfera statale, e perciò escludenti i non cittadini. «Si produce in tal modo, tra i secoli XVIII e XIX, una singolare vicenda politico-istituzionale. Lo stato nazionale e liberal-democratico che viene affermandosi in Europa, mentre si dà all'interno un ordinamento complesso fondato dapprima sulla limitazione dei poteri del sovrano e sulla loro soggezione alla legge (nelle forme dello stato di diritto) e poi sul controllo e sulla partecipazione popolare (nelle forme della democrazia rappresentativa), si libera definitivamente, nei rapporti esterni con gli

¹³ Cfr. A. TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, Economica, Parigi, 1995. Spunti interessanti si trovano anche in S.D. KRASNER, *Compromising Westphalia*, in *International Security*, Vol. 20, n. 3, 1995/96, pp. 115-151.

¹⁴ Per comprendere al meglio il pensiero dei due autori inglesi si vedano di Thomas Hobbes *De cive. Elementi filosofici sul cittadino* (1642) e *Leviatano* (1651), di John Locke *Due trattati sul governo* (1689).

altri stati, da ogni vincolo giuridico e da ogni forma di controllo»¹⁵. Ciò permette allo Stato nazionale di presentarsi con un duplice volto: *Stato di diritto* all'interno, *Stato assoluto* all'esterno, laddove alla limitazione della sovranità interna corrisponde un'assolutizzazione di quella esterna. In tal senso, si spiega anche il "problema" dei diritti fondamentali che, perlomeno fino alla metà del Novecento, trovano posto solamente negli ordinamenti giuridici interni degli Stati e, seppur consacrati come *universali*, finiscono per essere unicamente diritti del cittadino, coincidendo il loro spazio di "operatività" con l'ordinamento giuridico dello Stato che li pone. Da ciò ne discende che anche la cittadinanza, a cui questi diritti sono rivolti, si presenta con un doppio volto, fonte di *privilegio* all'interno, fonte di *disuguaglianza* all'esterno¹⁶. All'indomani delle Guerre mondiali, qualcosa però sembra cambiare: la Carta dell'ONU del 1945 e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 palesano, infatti, la necessità di tutelare con maggiore forza i diritti dell'uomo, al punto che la sovranità dello Stato sembra non più essere assoluta, dovendo essa rispettare i diritti fondamentali di ogni essere umano e perseguire l'obiettivo della pace. Nondimeno, nonostante tutte le aspirazioni universalistiche, l'intensificazione del conflitto geopolitico dopo la fine della Seconda guerra mondiale rimette al centro della scena le sovranità statali, limitando di fatto l'effettività dell'ordinamento giuridico internazionale.

Anche dopo la caduta del Muro di Berlino, invero, la storia non "finisce", per come qualcuno aveva sostenuto¹⁷, ma si presenta sotto altre forme, che aprono le porte ad un nuovo modo di guardare alle relazioni internazionali. Cambia, forse, la narrazione della guerra che ora si fa – perlomeno così viene costantemente ripetuto

¹⁵ L. FERRAJOLI, *L'America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno*, cit., pp. 39-40.

¹⁶ Sul punto, vedi L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenze, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 288. Per una panoramica sul concetto di "cittadinanza" e sulla sua evoluzione nel tempo, fra i tantissimi, si vedano almeno P. COSTA, *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 2005; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. Volumi 1-4, Laterza, Roma-Bari, 1999-2002; M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino, 2004; F. BELVISI, *Cittadinanza*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 117-144.

¹⁷ Cfr. F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, UTET, Torino, 2020.

– per difendere la democrazia – bersaglio di dittatori, fondamentalisti e autocrati – e i diritti umani. Ecco che allora c'è chi parla di “scontro di civiltà”¹⁸, di guerre cioè che non hanno solo una base ideologica, per come era avvenuto nel Novecento con la Seconda guerra mondiale, prima, e con la Guerra fredda, poi, ma anche religiosa e culturale, per come è avvenuto nei primi anni Duemila fra l'Occidente e il terrorismo di matrice fondamentalista¹⁹ e per come avviene oggi fra l'Occidente e le autocrazie orientali, laddove spesso sono occultati i reali interessi strategici in gioco, che sono celati dietro motivazioni di comodo, non di rado pompate a dovere dagli organi di informazione, sia pubblici che privati. Ne è prova la lunga *guerra al terrore*, successiva all'attentato alle Torri Gemelle, formalmente promossa per estirpare il male chiamato terrorismo internazionale, ma finita per riaprire dibattiti, come quello sulla tortura, che sembravano sopiti per sempre²⁰.

Ci si ritrova oggi all'interno di una nuova catastrofe, il conflitto russo-ucraino, che ha fatto ritornare di moda termini appartenenti al linguaggio della geopolitica che sembravano ormai caduti in desuetudine. Non è un caso allora che l'informazione sia di nuovo occupata in modo martellante, questa volta, però, non da virologi, ma da esperti di relazioni internazionali e da scienziati politici, che animatamente

¹⁸ Cfr. S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale. Il futuro geopolitico del pianeta*, Garzanti, Milano, 2000. Si vedano anche J. HABERMAS, *L'Occidente diviso*, trad. it. di M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari, 2005; C. GALLI, *La guerra globale*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

¹⁹ Cfr. A. COLOMBO, *La guerra ineguale: Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, il Mulino, Bologna, 2006.

²⁰ Per una panoramica sul dibattito contemporaneo sul ritorno della tortura, si vedano L. MELLACE, *Diritto e tortura: una relazione complicate. Brevi spunti per una riflessione critica*, *Ragion Pratica*, 58, 2022; M. LA TORRE, *La justicia de la tortura. Sobre derecho y fuerza*, Trotta, Madrid, 2022; S.F. KREIMER, *Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 6, 2003; J. WALDRON, *Torture and Positive Law. Jurisprudence for the White House*, *Columbia Law Review*, 105, 2005; M. LA TORRE, *Riaprendo il vaso di Pandora. Il ritorno della tortura (e della mostruosità morale)*, *Ragion Pratica*, 51, 2018; J. WALDRON, *Torture, Terror and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford University Press, Oxford, 2010; M. KRAMER, *Torture and Moral Integrity. A Philosophical Enquiry*, Oxford University Press, Oxford, 2014; M. RICHARD, *The Absolute Violation: Why Torture Must be Prohibited*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2008; J.M. BERNSTEIN, *Torture and Human Dignity: An Essay on Moral Injury*, Chicago University Press, Chicago, 2015; D. LUBAN, *Torture, Power, and Law*, Cambridge University Press, New York, 2014; P. LAURITZEN, *The Ethics of Interrogation: Professional Responsibility in an Age of Terror*, Georgetown University Press, Washington, 2013; F. ALLHOFF, *Terrorism and Torture*, *International Journal of Applied Philosophy*, 17, 2003; P. LAWLER, *The Good War after September 11*, *Government and Opposition*, 2/2002, pp. 151-173.

dibattono sui risvolti politici del conflitto e sulle conseguenze di una eventuale guerra nucleare, che oggi non pare più essere una “via bloccata”, per come qualcuno in passato aveva sostenuto²¹. Non è però della guerra tra Ucraina e Russia nel dettaglio delle sue cause che qui si intende discutere né tanto meno di come la retorica bellicistica prevalga su ogni tentativo di pacificazione. Si intende piuttosto guardare ad un problema più antico, che attiene all’effettività del diritto internazionale, che sembra ancora oggi avere le armi spuntate di fronte ad eventi che “rompono” le promesse di pace messe nero su bianco nelle tante carte e convenzioni internazionali. Per frenare la tendenza alla violenza a cui talvolta cedono gli Stati viene allora spontaneo chiedersi: è il diritto internazionale vero diritto? Se lo si considera come un sistema giuridico a tutti gli effetti, di che sistema giuridico effettivamente si tratta? Per rispondere a questi interrogativi, nonostante sia pressochè impossibile dare una risposta che possa metter tutti d’accordo, si richiameranno brevemente, e unicamente per i fini del discorso in esame, le posizioni teoriche di Hans Kelsen e Norberto Bobbio²². Ovviamente l’apporto di questi studiosi all’annosa questione della natura del diritto internazionale, dei suoi fondamenti e delle sue radici, è assai vasto. Si riporteranno qui, pertanto, solo alcuni spunti utili al dibattito odierno.

3. La filosofia cosmopolitica di Hans Kelsen e Norberto Bobbio

Hans Kelsen, com’è noto, con un saggio pubblicato nel 1920²³, si è misurato con il tema del diritto internazionale, delle sue funzioni e della sua natura²⁴. In

²¹ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., p. 33. Su questo testo si veda la recente riflessione di Tommaso Greco: *Bobbio e la pace necessaria*, in *Rivista il Mulino*, 5 marzo 2022, consultabile all’indirizzo <https://www.rivistailmulino.it/a/bobbio>.

²² Sul “pacifismo giuridico” di Kelsen e Bobbio, vedi D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, cit.

²³ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, cit., trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989.

²⁴ Sul pensiero internazionalista kelseniano, si vedano, tra i tantissimi, almeno A. SOMEK, *Kelsen lives*, in *The European Journal of International Law*, vol. 18, n. 3, 2007; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, cit.; J. KAMMERHOFER,

opposizione alla teoria del primato del diritto statale e alla teoria del pluralismo paritario delle fonti del diritto, il giurista praghese propone una prospettiva *monistica*, ovverosia l'idea che esista un solo ordinamento giuridico che include in un'unica gerarchia normativa sia il diritto statale sia quello internazionale, dove il secondo è sovra-ordinato al primo, ragione per la quale le norme del diritto interno hanno validità se sono emanate da organi riconosciuti dalla Comunità internazionale. Ciò che Kelsen afferma è dunque l'unità del diritto ed il primato del diritto internazionale, laddove «il diritto interno degli Stati non è che un "ordinamento parziale" rispetto all'universalità dell'ordinamento internazionale»²⁵. Kelsen ritiene ancora che ogni ordinamento giuridico per essere tale debba essere un sistema coercitivo, intendendo per coercizione l'uso della forza o la minaccia del suo utilizzo (ed in tal senso, lo Stato nazionale, pur essendo un ordinamento parziale, è un sistema giuridico "perfetto" perché l'esercizio della forza è sottratto all'iniziativa dei singoli ed è centralizzato in organi specializzati²⁶); da ciò ne deriva – aggiunge Kelsen – che anche l'ordinamento internazionale è giuridico in quanto dispone di propri mezzi normativi di coercizione. La semplice presenza di tali

Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Routledge, London-New York, 2011; M. GARCÍA-SALMONES ROVIRA, *The Project of Positivism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013; J. VON BERNSTORFF, TH. DUNLAP, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; C. LUZZATI, *Más allá de Kelsen. Monismo y Pluralismo en el derecho internacional*, in *Doxa*, 22, 1999, pp. 135-170; J. VON BERNSTORFF, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Nomos, Baden-Baden, 2001; T. MAZZARESE, *Kelsen teorico della guerra giusta?*, in A. CALORE (a cura di), *"Guerra giusta"? Le metamorfosi di un concetto antico*, cit., pp. 159-181; C. NITSCH, *Paradigma Bellum Iustum. Un itinerario nella riflessione internazionalistica di Hans Kelsen*, in *Archivio Giuridico*, 2005, pp. 513-578; D. ZOLO, *La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in *Filosofia Politica*, 2, 1998, pp. 187-208; L. PARISOLI, *Soggetto responsabile, sanzione collettiva e principi morali: suggestioni kelseniane in tema di politica internazionale*, in *Filosofia Politica*, 3, 1997, pp. 471-492; M.G. LOSANO, *Guerra e pace in Kelsen – ieri e oggi*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2020, pp. 443-464; S. LAGI, *Hans Kelsen e il diritto internazionale in Europa ed in America*, in M. LA TORRE (a cura di), *Tra apologia e utopia. Forma e decisione nel diritto internazionale (Il contributo di Martti Koskenniemi)*, ESI, Napoli, 2013, pp. 57-65.

²⁵ D. ZOLO, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 2008, p. 23.

²⁶ Cfr. H. KELSEN, *Law, and Peace in International Relations: The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1942. Di Kelsen, sul tema del diritto internazionale, si vedano anche: H. KELSEN, *The Legal Process and International Order, The New Commonwealth Research Bureau Relations*, Londra, 1934; ID., *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, 1951; ID., *Principles of International Law*, Rinehart & Company, 1952; ID., *Collective Security Under International Law*, The Lawbook Exchange, 2011.

mezzi rende, dunque, l'ordinamento internazionale un ordinamento giuridico e poco importa – afferma Kelsen – che questi non siano effettivi, essendo l'effettività un mero fatto, come tale normativamente ininfluente²⁷. Il giurista praghese considera, pertanto, il diritto internazionale come vero e proprio diritto, ma sostiene che si tratti di un ordinamento giuridico *primitivo*²⁸, in quanto privo di organi centrali deputati alla formazione ed esecuzione del diritto e di istituzioni centrali che applichino le norme generali ai singoli casi concreti.

Altro aspetto peculiare della dottrina kelseniana è poi il concetto di “guerra giusta” di cui, a suo avviso, si può parlare solamente quando si è dinnanzi ad una guerra che rappresenta un atto di difesa o di reazione nei confronti di un determinato illecito. Al di fuori di questa ipotesi – sostiene Kelsen – la guerra non può mai essere considerata *giusta*, rappresentando essa un uso illegittimo della forza e quindi un illecito internazionale²⁹. Il teorico praghese nega, in altre parole, che tutte le guerre siano uguali e, pur considerando la guerra un male, ammette che quando essa si configura come atto di difesa o reazione rappresenta una sanzione – e, dunque, come un comportamento non solo legittimo ma anche doveroso – nei confronti di uno Stato che ha violato le norme del diritto internazionale, sanzione che però deve essere fatta valere dallo Stato che ha subito l'illecito, mancando nell'ordinamento internazionale un tribunale in grado di accettare la violazione e di autorizzare l'atto sanzionatorio, carenza che rende del tutto evidente la primitività dell'ordinamento giuridico internazionale³⁰.

In *Peace through Law*³¹ invece – per usare le parole di Danilo Zolo – «Kelsen disegna una compiuta strategia giuridico-istituzionale per il perseguimento di una pace stabile e universale fra le nazioni», mutuando «da Kant sia l'ideale della pace

²⁷ Cfr. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, cit.

²⁸ Cfr. C. GARCÍA PASCUAL, *La natura del diritto internazionale. Una questione esistenziale*, in C. GARCÍA PASCUAL, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, D. BILOTTI (a cura di), *La regola del mondo. La controversia sul diritto internazionale*, ESI, Napoli, 2018, pp. 15-16 ss.

²⁹ Cfr. D. ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000, p. 112.

³⁰ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, cit., trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit., pp. 387 ss.

³¹ H. KELSEN, *Peace through Law*, cit. Vedi pure H. KELSEN, *The Strategy of Peace, The American Journal of Sociology*, 49, 1944, pp. 38 ss.

perpetua, sia il modello federalistico, sia infine l'idea di [...] un "diritto cosmopolitico" che comprenda come propri tutti i soggetti della specie umana»³². In altre parole – secondo Kelsen – alla pace potrà arriversi solo grazie all'unione di tutti gli Stati in un unico "Stato federale mondiale", che superi la dimensione dello stato-nazione e che faccia superare la primitività al diritto internazionale, facendolo diventare, grazie alla centralizzazione delle sue istituzioni, maggiormente effettivo³³. Tuttavia, egli ammette che una federazione mondiale non è di immediata realizzazione ed anzi avverte che perché essa si possa realizzare è necessario che si percorrano diverse tappe e che si sia mossi da un impegno ideologico e politico di vasta portata. A suo giudizio, perché una pace stabile possa essere assicurata è allora necessaria l'istituzione di «una Corte di giustizia internazionale che sia accettata generalmente e obbligatoriamente come competente a regolare le controversie internazionali e cioè a rispondere in modo imparziale alla domanda su quale delle parti in conflitto abbia ragione e quale abbia torto. In assenza di questa autorità superiore e neutrale ogni Stato ha di fatto la competenza a decidere chi ha violato il diritto internazionale e a far ricorso alla guerra e alla rappresaglia contro i presunti violatori del diritto internazionale»³⁴.

Dal canto suo Norberto Bobbio³⁵ ritiene che la soluzione al problema dell'anarchia internazionale debba essere ricercata in una riforma del diritto e delle istituzioni internazionali, riforma che deve necessariamente condurre all'istituzione di uno "Stato mondiale". Ciò che infatti, a suo dire, «rende inevitabile l'uso della forza sul piano internazionale è la mancanza di un'autorità superiore ai singoli stati che sia in grado di decidere chi ha ragione e chi torto e di imporre la propria decisione con

³² D. ZOLO, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, cit., p. 32. Per quanto concerne l'internazionalismo kantiano, si veda innanzitutto I. KANT, *Per la pace perpetua*, trad. it di R. Bordiga, Feltrinelli, Milano, 2013. Cfr. P.P. PORTINARO, *Foedus pacificum e sovranità degli Stati: un problema kantiano oltre Kant*, in *Iride*, n. 17, 1996, pp. 94-103; A. LORETONI, *Pace perpetua e ordine internazionale in Kant*, in *Iride*, n. 17, 1996, pp. 117-125; G. MARINI, *Kant e il diritto cosmopolitico*, in *Iride*, n. 17, 1996, pp. 126-140.

³³ Cfr. H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto* (1944), Giappichelli, Torino, 1990, parte prima, pp. 41-50.

³⁴ D. ZOLO, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, cit., p. 34.

³⁵ Sul pensiero internazionalista di Bobbio, tra i tantissimi, si veda almeno F.N. MORO, *Bobbio internazionalista: democrazia e guerra in un dialogo mai avvenuto con Raymond Aron*, in *Teoria Politica*, XX, 3, 2006, pp. 99-122.

la forza. Per questo l'unica via per eliminare le guerre è l'istituzione di questa autorità superiore, la quale non può essere altro che uno stato unico e universale al di sopra di tutti gli stati esistenti»³⁶. A suo avviso, «così come agli uomini nello stato di natura sono state necessarie prima la rinuncia da parte di tutti all'uso individuale della forza e poi l'attribuzione della forza ad un potere unico destinato a diventare il detentore del monopolio della forza, così agli stati, ripiombati nello stato di natura attraverso quel sistema di rapporti minacciosi e precari che è stato chiamato l'equilibrio del terrore, occorre compiere un analogo passaggio dalla situazione attuale di pluralismo di centri di potere alla fase di concentrazione del potere in un organo nuovo e supremo che abbia nei confronti dei singoli stati lo stesso monopolio della forza che ha lo stato nei confronti dei singoli individui»³⁷. È dunque necessario, se si vuole un ordine mondiale pacifico, superare il sistema di Vestfalia, ovverosia il sistema che ruota intorno alla figura degli Stati sovrani, e mettere al centro uno Stato unico e universale che sia in grado di garantire condizioni di pace più stabili e durature. È essenziale, in altre parole, che gli Stati sottoscrivano un *pactum societatis* ed un *pactum subiunctionis*, attraverso i quali conferire il potere di regolare le loro controversie ad un "terzo imparziale". Invero, Bobbio sostiene che con la costituzione della Società delle Nazioni, prima, e con la nascita delle Nazioni Unite, poi, la storia delle relazioni internazionali ha preso una via diversa rispetto al passato, anche se ancora non del tutto compiuta. Ammette infatti che attraverso queste istituzioni internazionali solo un passo è stato compiuto: si è cioè dato vita al *pactum societatis*, ma non ancora al *pactum subiunctionis*, ovverosia alla sottomissione degli Stati contraenti ad un potere comune cui spetti l'esclusività dell'esercizio del potere coattivo, e sebbene le Nazioni Unite siano un qualcosa di più compiuto rispetto alla Società delle Nazioni, la quale era solamente un'associazione di Stati, non si è ancora pervenuti alla creazione di un

³⁶ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., p. 80. Per un commento vedi L. CORTESI, *Guerra e pace nel pensiero di Norberto Bobbio, Storia e catastrofe: Considerazioni sul rischio nucleare*, Napoli, Liguori, 1984.

³⁷ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., pp. 80-81.

Superstato che abbia il potere sovrano ed il monopolio della forza, in quanto tutte le nazioni che ne fanno parte sono rimaste sovrane.

Sulla scia di Kelsen, e stimolato dalla Guerra del Golfo, Bobbio riconosce, poi, l'ammissibilità della "guerra giusta", laddove il termine *giusta* assume il significato di "conforme alla legge"³⁸. Differentemente da quanto aveva sostenuto negli anni Sessanta³⁹, ad inizio anni Novanta, il filosofo torinese non pensa più che la guerra si sottragga ad ogni possibile criterio di legittimazione e legalizzazione, ma ritiene anzi che essa possa ammettersi nel caso in cui sia inquadrabile come risposta ad un attacco. A suo avviso, difatti, non può essere messo sullo stesso piano chi usa la forza militare per primo e chi invece la usa per secondo, e cioè chi la usa per attaccare e conquistare e chi invece la usa per difendersi. Sostiene, infatti, che, così come a livello statale si è assegnato allo Stato il monopolio della forza per controllare e ridurre la violenza diffusa, allo stesso modo si deve fare a livello internazionale, legittimando l'uso della forza contro chi eserciti per primo la violenza.

4. È possibile andare oltre lo Stato? La controversa natura del diritto internazionale

La discussione sulla natura del diritto internazionale e sulla sua giuridicità ha accompagnato la filosofia del diritto e la filosofia politica nel corso degli ultimi secoli, discussione che si è incentrata – lo si è in parte accennato – con particolare attenzione sui principali elementi di differenza con il diritto statale, tra i quali spicca, certamente, l'assenza di un vero e proprio potere legislativo sovranazionale. E nonostante il diritto internazionale, con la Carta dell'ONU e poi con le tante carte sui diritti umani, è stato per certi versi trasformato da sistema pattizio di relazioni tra Stati sovrani basato su trattati in un ordinamento giuridico entro il quale tutti

³⁸ Cfr. N. BOBBIO, *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*, Marsilio, Venezia, 1991. Vedi anche N. BOBBIO, *Ci sono ancora guerre giuste? Me lo chiedo*, in *l'Unità* del 22 gennaio 1991 e ID., *Il mio dubbio: guerra giusta, ma inevitabile?*, in *l'Unità* del 9 marzo 1991.

³⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit.

gli Stati membri sono soggetti a un medesimo diritto, qualche problema sembra tuttora permanere. In effetti, questo non riesce ancora ad efficacemente imporsi sugli ordinamenti interni e ad imbrigliare la propensione delle grandi potenze ad usare la forza. Il recente caso russo-ucraino, d'altronde, ha mostrato come il diritto internazionale sia *ingessato* nel caso in cui uno Stato decida, contrariamente a quanto pattuito, di muovere guerra ad un altro Stato. Invocare le tante carte dei diritti esistenti, minacciare sanzioni o chiedere incontri diplomatici – lo si è visto – non è bastato ad evitare una nuova guerra né ad indurre la conclusione delle ostilità. Come fare allora affinché il diritto internazionale, ed in particolare il diritto umanitario e dei conflitti armati, sia effettivamente rispettato dagli Stati, visto che al momento ciò non sembra avvenire pienamente⁴⁰? Si dovrebbe, probabilmente, dare vita ad uno “Stato federale mondiale” o ad uno “Stato mondiale”, educato ai principi dello stato di diritto e rispettoso dei diritti umani. Ma questa ipotesi non è di facile realizzazione, non fosse altro che non ci sono, viste le logiche di potenza che animano le relazioni internazionali, attori capaci di farsene carico; del resto, tutti i tentativi in tal senso non hanno dato l'esito sperato: anche le Nazioni Unite, seppur da molti teorici del cosmopolitismo giuridico indicate come un organismo in grado di svolgere una funzione ordinante, hanno fallito in tale proposito. Sono sì riuscite – per riprendere Bobbio – a dare vita ad un *pactum societatis*, ma non ancora ad un *pactum subiectionis*, ad un potere comune cioè cui spetti l'esclusività dell'esercizio del potere coattivo, mancanza che si è avvertita in occasione dell'invasione russa ai danni dell'Ucraina, laddove le Nazioni Unite si sono trovate del tutto “paralizzate”, dovendo, tra le altre cose, fare i conti con la Russia, che è uno dei cinque “membri permanenti” del Consiglio di Sicurezza (insieme a Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia e Cina) e che ha quindi il privilegio di poter esercitare il diritto di veto, di bloccare cioè, tramite voto contrario, l'adozione da parte del Consiglio di qualsiasi progetto di risoluzione nei suoi confronti relativo a questioni

⁴⁰ Cfr. M. KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, a cura di G. Gozzi, L. Grandoni e P. Turrini, Laterza, Roma-Bari, 2012. Si veda anche il volume *Tra apologia e utopia. Forma e decisione nel diritto internazionale (Il contributo di Martti Koskenniemi)*, a cura di M. La Torre, ESI, Napoli, 2013.

sostanziali⁴¹. Se poi si pensa che il Consiglio di Sicurezza è l'organo che ha la responsabilità primaria del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale ben si comprende come il potere di veto dei cinque membri permanenti in certe circostanze rischi di bloccare l'attività dell'Organizzazione, inceppandone il meccanismo d'azione. Per tal motivo, si potrebbero anche sollevare dubbi sull'accettabilità etica e giuridica delle Nazioni Unite, un organismo che, riconoscendo il potere di veto ai cinque "membri permanenti" del Consiglio di Sicurezza, disconosce il principio dell'uguale sovranità degli Stati che ne fanno parte⁴². Tale organismo sembra, infatti, perlomeno così per com'è strutturato, affermare che la giustizia internazionale sia nelle mani dei più forti, che decidono delle sorti del mondo seguendo logiche di potenza, che talvolta non coincidono con il principio di giustizia classicamente inteso.

Si potrebbe pensare allora, per come ipotizzato da Kelsen, di creare una Corte internazionale che sia accettata da tutti i membri della Comunità mondiale. Ma anche in questo senso, nonostante gli sforzi compiuti, non si è ancora pervenuti alla costituzione di un tribunale, globalmente accettato, che sia capace di risolvere i conflitti fra gli Stati. Basterà difatti qui ricordare che la giurisdizione della Corte Internazionale di Giustizia (CIG) dell'ONU, che è chiamata a risolvere le controversie fra gli Stati, è limitata ai soli paesi che hanno aderito alle Nazioni Unite, mentre la giurisdizione della Corte penale internazionale, che si occupa dei crimini sovranazionali commessi dalle persone fisiche, resta limitata agli Stati che hanno ratificato lo Statuto di Roma⁴³ (le due superpotenze nucleari, Russia e Stati

⁴¹ Si veda l'art. 27 della Carta delle Nazioni Unite. C'è però da osservare che il potere di veto nel corso degli anni non è stato esercitato solo dalla Russia, che pure detiene il *record*, ma anche dagli altri membri permanenti, in special modo dagli Stati Uniti d'America. Il Consiglio di Sicurezza è l'organismo più importante delle Nazioni Unite e – incaricato di mantenere la pace e la sicurezza internazionali – è composto da dieci membri non permanenti, eletti ogni due anni, e cinque membri permanenti (Cina, Francia, Regno Unito, Russia e Stati Uniti d'America), i quali ultimi, nonostante lo scenario internazionale sia radicalmente mutato rispetto a quello emerso dalla Seconda guerra mondiale ed alla creazione delle Nazioni Unite nel 1945, hanno potere di veto, cioè la possibilità di bloccare con voto contrario una risoluzione del Consiglio.

⁴² Cfr. D. ZOLO, *Granelli di sabbia. Il coraggio del pessimismo*, L. BACCELLI (a cura di), Meltemi, Milano, p. 90.

⁴³ Lo Statuto di Roma, anche noto come Statuto della Corte penale internazionale, è il trattato internazionale che ha istituito la Corte penale internazionale ed è costituito da un Preambolo e

Uniti, per esempio, non lo hanno fatto). Da ciò ne discende – ed è il punto che qui più interessa – che non è sufficiente istituire una o più Corti internazionali perché la giustizia sia assicurata, ma perché ciò avvenga è essenziale che tali Tribunali siano universalmente accettati, che siano cioè in grado di rispondere in modo imparziale alla domanda su quale delle parti in conflitto abbia ragione e quale abbia torto, cosa che le Corti esistenti non riescono ancora efficacemente a fare.

Un altro tema qui solo parzialmente accennato è stato anche quello della “guerra giusta”⁴⁴, un concetto che per lungo tempo ha retto, e ancora regge, il gioco di un imperialismo, aggressivo e militarista, che mal si concilia con la tradizione del costituzionalismo democratico e sociale del secondo dopoguerra, che, com’è noto, è fondato sul ripudio della guerra. Nondimeno, il concetto di “guerra giusta” è una questione spinosa che si presta a molteplici interpretazioni, non di rado

da 128 articoli, suddivisi in 13 capitoli. È stato firmato a Roma il 17 luglio 1998 ed è entrato in vigore il 1° luglio 2002. Fino ad ora è stato ratificato da 123 Stati.

⁴⁴ Sul concetto di “guerra giusta”, nelle sue diverse accezioni, si vedano F. VIOLA, *Pace giusta e guerra giusta. Luci e ombre nel diritto internazionale contemporaneo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, pp. 212-243; M.P. AQUINO, D. MIETH (a cura di), *Ritorno della guerra giusta?*, in *Concilium*, 37, 2, 2001; J. TURNER JOHNSON, *Just War Tradition and the Restraint of War. A Moral and Historical Inquiry*, Princeton University Press, Princeton, 1981; F.H. RUSSELL, *The Just War in the Middle Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975; J.B. ELSHTAIN (a cura di), *Just War Theory*, Blackwell, Oxford, 1992; L. FERRAJOLI, *Razonos jurídicas del pacifismo*, G. Pisarello (a cura di), Trotta, Madrid, 2004; B. CONFORTI, *Guerra giusta e diritto internazionale contemporaneo*, in *Rassegna Parlamentare*, 45, 1, 2003, pp. 11-24; D. ZOLO, *La Guerra come strumento di protezione dei diritti dell'uomo*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002; N. RENGGER, *On the just war tradition in the twenty-first century*, in *International Affairs*, 78, 2, 2002; A. CALORE (a cura di), *“Guerra giusta”? Le metamorfosi di un concetto antico*, Giuffrè, Milano, 2003; A. SIMONCINI, *Note per una genealogia della guerra globale. Dalla guerra giusta alla crisi del sistema Vestfaliano*, in *Teoria politica*, II, 2009; A. COLOMBO, *Ingerenza umanitaria, interventismo e guerra dopo il Novecento. Il discutibile trionfo della “guerra giusta”*, in G. Daverio Rocchi (a cura di), *Dalla concordia dei greci al bellum iustum dei moderni*, FrancoAngeli, Milano, 2013; F. MANCUSO, *Guerra giusta, nemico ingiusto: Schmitt interprete di Kant*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, vol. VI, 1, 2010; M. WALZER, *Giusta o ingiusta? Considerazioni sul carattere morale della guerra del golfo*, Anabasi, Milano, 1992; M. WALZER, *L'idea di una guerra giusta non va abbandonata*, in AA.VV., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, Reser, Roma, 1999, spec. p. 54; J. DE LUCAS, C. RAMÓN CHORNET, *La vuelta de un oxímoron. A propósito de la guerra justa*, in N. Sánchez Durá (a cura di), *La guerra*, Pre-textos, Valencia, 2006; S. RECCHIA, *Guerra giusta e interventi umanitari: un approccio moderatamente consequenzialista*, in *Teoria Politica*, 1/2006; M. TOMBA, *Rinascita della guerra giusta? Giustizia e New World Order*, in G. Bonaiuti, A. Simoncini, *La catastrofe e il parassita. Scenari della transizione globale*, Mimesis, Milano, 2004. Per i vari tipi di guerra, si veda L. BONANATE, *La guerra*, Laterza, Roma-Bari, 1998. Sullo specifico aspetto qui trattato, si veda invece G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

contrastanti fra loro. Per quanto sia difficile rintracciarne una definizione univoca, una guerra, difatti, è *giusta*, secondo alcuni autori, ogni qual volta costituisce la *risposta* ad un'aggressione di uno Stato ai danni di un altro Stato (da questa prospettiva, dunque, nessuna guerra *preventiva*⁴⁵ è possibile). Secondo altri, invece, (Michael Walzer, per esempio) si può parlare di aggressione non solo quando l'attacco sia *in corso*, ma anche quando si abbia una *concreta minaccia* che questo si possa avere. Da questa prospettiva, sarebbe, pertanto, legittimo il ricorso all'uso della forza in via *preventiva* ogniqualvolta si ritenga sia in pericolo la sicurezza nazionale⁴⁶, contrariamente, quindi, a quanto statuito dal diritto internazionale che contempla sì l'uso della forza come forma di autotutela, ma solo ed esclusivamente laddove questo si presenti come *risposta* ad un attacco armato e non come azione *preventiva*.

In un quadro siffatto, in cui si assiste ad una crisi del sistema delle relazioni tra Stati e nazioni ed il divieto o il tabù della guerra non sembra pienamente effettivo, credere, allora, che si possa dare vita, perlomeno nel breve periodo, ad uno Stato cosmopolitico o ad una Corte internazionale da tutti globalmente e obbligatoriamente accettata o, ancora, per come da qualcuno invocato, ad una

⁴⁵ Sul concetto di "guerra preventiva", si vedano almeno M. WALZER, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, Basic Books, New York, 1992; M. WALZER, *Arguing about War*, Yale University Press, New Haven, 2004; B.B. FERENCZ, *Getting Aggressive about Preventing Aggression*, in *Brown Journal of World Affairs*, 6, 1999; E. CANNIZZARO, *La dottrina della guerra preventiva e la disciplina internazionale sull'uso della forza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2, 2003; Q. WRIGHT, *The Prevention of Aggression*, in *American Journal of International Law*, 50, 3, 1956. Sul concetto di "guerra umanitaria", si vedano invece almeno U. VILLANI, *La guerra del Kosovo: una guerra umanitaria o un crimine internazionale?*, in *Volontari e terzo mondo*, 1-2, 1999; D. ZOLO, *La filosofia della «guerra umanitaria» da Kant ad Habermas*, in *Iride*, 12, 27, 1999; C. PINELLI, *Sul fondamento degli interventi armati a fini umanitari*, in G. Cotturri (a cura di), *Guerra – individuo*, FrancoAngeli, Milano 1999; T. MAZZARESE (a cura di), *Guerra etica?*, in *Ragion Pratica*, 7, 13, 1999; L. FERRAJOLI, *Una disfatta del diritto, della morale, della politica*, in *Critica Marxista*, 3, 1999; R.A. FALK, *Kosovo, World Order, and the Future of International Law*, in *American Journal of International Law*, 93, 4, 1999; P. DE SENA, *Uso della forza a fini umanitari. Intervento in Jugoslavia e diritto internazionale*, in *Ragion Pratica*, 7, 13, 1999.

⁴⁶ Cfr. L. BACCELLI, *Diritti umani, universalismo e differenze culturali*, in T. Casadei (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 35.

“Costituzione della Terra”⁴⁷, che assicurino piena effettività al diritto internazionale, fortemente ridimensionando o abolendo la sovranità degli Stati, rischia di essere una pia illusione⁴⁸. Tali speranze, seppur auspicabili, stridono con l’immagine che restituisce la realtà, cioè quella di uno scenario segnato dall’intensificazione del conflitto geopolitico e dall’estrema difficoltà che incontrano le organizzazioni internazionali esistenti di assicurare il rispetto degli accordi presi, oltre che in tema di sicurezza, anche su altre questioni cruciali, quali l’ambiente, la povertà e la lotta al cambiamento climatico. Tali speranze non fanno perdersi i conti neanche con la storia recente, che ha mostrato come i nazionalismi, per un certo tempo dormienti, si siano ora nuovamente destati e di come il «discorso atomico» sia tutt’altro che una retorica appartenente al passato⁴⁹.

Alla luce di quanto finora detto, non sarebbe allora così azzardato sostenere che il diritto internazionale avanzi una pretesa di certezza molto debole e che, pertanto, in assenza di un nuovo Illuminismo giuridico e di nuove ambizioni cosmopolitiche – da realizzare sul piano dell’effettività – il sistema internazionale sarà condannato a vivere nell’incertezza, e forse anche nella violenza e nel caos, in cui l’alternativa, dato anche l’incessante avanzamento della tecnica⁵⁰, rischia di non essere più quella tra “pace o guerra”, ma quella ben più drammatica tra “pace o catastrofe”.

⁴⁷ Faccio qui riferimento alla proposta avanzata da Luigi Ferrajoli in L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L’umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022 e prima in L. FERRAJOLI, *Perché una costituzione della Terra?*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁴⁸ Non ho qui fatto cenno al dibattito odierno attorno al concetto di *Global Justice* solo perché esso meriterebbe una trattazione a parte. Nondimeno, per un approfondimento sul tale concetto rimando, tra i tanti, a: TH. NAGEL, *The Problem of Global Justice*, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 33, n. 2, 2005, pp. 113-147; M.C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Harvard University Press, Harvard, 2011.

⁴⁹ Per una riflessione filosofica sulla «questione atomica», si vedano, tra i tantissimi, almeno G. ANDERS, *Diario di Hiroshima e Nagasaki. Un racconto, un testamento intellettuale*, Ghibli, Milano, 2014; G. ANDERS, *L’ultima vittima di Hiroshima: Il carteggio con Claude Eatherly, il pilota della bomba atomica*, Mimesis, Milano, 2018; K. JASPERS, *La bomba atomica e il destino dell’uomo*, Pgreco, 2013.

⁵⁰ Cfr. G. ANDERS, *Il mondo dopo l’uomo. Tecnica e violenza*, Mimesis, Milano, 2008; ID., *L’uomo è antiquato. Considerazioni sull’anima nell’epoca della seconda rivoluzione industriale* (Vol.1), 2007; ID., *L’uomo è antiquato. Sulla distruzione della vita nell’epoca della terza rivoluzione industriale* (Vol. 2), Mimesis, Milano, 2007.