

Tra apologia e utopia
Forma e decisione
nel diritto internazionale
(Il contributo di Martti Koskenniemi)

a cura di

MASSIMO LA TORRE



Edizioni Scientifiche Italiane

Traduzione dall'Inglese di Salvatore Taranto.

LA TORRE, Massimo (*a cura di*)
Tra apologia e utopia. Forma e decisione nel diritto internazionale
(Il contributo di Martti Koskenniemi)
«L'Europa del diritto», 3
Collana dei Seminari del Dottorato di ricerca in Teoria
del diritto e ordine giuridico europeo
Università degli Studi «Magna Graecia» di Catanzaro
Dipartimento di Studi Giuridici, Storici, Economici e Sociali
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013
pp. 68; 21 cm
ISBN 978-88-495-2606-6

© 2013 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

SARA LAGI

Hans Kelsen e il diritto internazionale in Europa ed in America

Questo contributo su «Hans Kelsen e il diritto internazionale in Europa ed America» si basa su un aspetto caratteristico della mia ricerca: la mia formazione e specializzazione come storica delle dottrine politiche. È da questa prospettiva che nelle prossime pagine analizzerò alcune delle principali tesi di Kelsen sul diritto internazionale e sul suo formalismo giuridico. Con riferimento alla terminologia adoperata, traduco direttamente l'espressione «formalismo giuridico» dall'originale formulazione «juristischer Formalismus»; impiegherò inoltre il termine *fatto* di Kelsen in un'accezione «empirica, politica, reale» ed il termine *forma* nel senso di «norma» e di «ideale normativo».

Il mio contributo è suddiviso in tre parti. Nella prima esaminerò brevemente alcuni aspetti particolarmente significativi degli studi di Kelsen sul diritto internazionale, realizzati tra gli anni '20 e '40 del Novecento; con riferimento al suo «periodo americano» mi concentrerò sullo scritto *Peace through Law*. Nella seconda parte tenterò di chiarire alcuni aspetti, che considero *formalistici*, della teoria kelseniana relativa al diritto internazionale. Nell'ultima parte proverò a confrontare sinteticamente il formalismo di Kelsen con l'antiformalismo di Koskenniemi.

1. *Hans Kelsen e il diritto internazionale: dall'Europa all'America*

Hans Kelsen ha condotto per tutta la vita uno studio ed una analisi del diritto internazionale: dalla sua imponente monografia del 1920 (ripubblicata nel 1928) *Das Problem der Souveranität* alla sua celebre *Oliver Wendell Holmes Lectures* degli anni '40, il giurista, padre della *Reine Rechtslehre*,

esamina natura e scopi del diritto internazionale e, in particolare, la relazione tra questi scopi e la pace.

Per Kelsen già nel periodo compreso tra gli anni '20 e '30 è chiaro che la distinzione tra diritto interno e diritto internazionale è fallace e infondata: in *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) e successivamente nel *Das Problem der Souveränität* egli dichiara che il diritto dovrebbe essere concepito come un «solo ordinamento giuridico unitario». Profondamente influenzato dalla lezione del neo-kantismo, specialmente dal lavoro di Hermann Cohen – da cui aveva appreso che «il metodo della conoscenza determina l'oggetto della conoscenza» – negli anni a cavallo tra il 1910 ed il 1930 Kelsen elabora la dottrina della sua *dottrina pura del diritto*, con la quale riformula il concetto di Stato e di sovranità, criticando l'insegnamento del suo mentore Georg Jellinek. Per molti aspetti, tuttavia, il formalismo giuridico di Kelsen può essere considerato come l'esito «naturale» di una tradizione di pensiero giuridico che ha trovato in Jellinek uno dei suoi esponenti più illustri e rinomati¹.

A mio parere, per comprendere meglio la teoria kelseniana del diritto internazionale è necessario iniziare con la sua produzione del «periodo europeo».

In *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* Kelsen equipara la «scienza giuridica» alla «scienza normativa», concludendo che l'oggetto della scienza giuridica è la *forma*, il *dovere*, da distinguere dal mondo fattuale e mutevole di quanto è. Muovendo da questa premessa, Kelsen si colloca in una posizione di «rottura» rispetto al *Staatslehre* di Jellinek, il quale aveva ritenuto che vi fosse una «doppia natura dello Stato»: da un lato, dal punto di vista giuridico lo Stato è una «persona giuridica» dotata di «capacità giuridica», del potere di legiferare, e detiene la sovranità; da un altro lato, in un senso sociologico, lo Stato è un «soggetto» che, tramite un processo di «auto-limitazione», determina attraverso norme giuridiche quali sono i diritti pubblici e privati degli individui².

¹ Cfr. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre des Rechtssatzes*, J.B.C. Mohr, Tübingen 1911; trad. a cura di A. Carrino, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, ESI, Napoli 1997, pp. 224 ss.

² Vedi *ivi*, pp. 202 ss.

Secondo il giovane giurista, l'errore di Jellinek e dei suoi insigni predecessori consisteva nel «personificare» lo Stato: si tratta di un errore che, a parere di Kelsen, scaturisce dalla confusione tra *dover essere* ed *essere*, non distinguendo l'ambito empirico da quello normativo. Qualche anno più tardi, le premesse metodologiche dei *Hauptprobleme* troveranno una formulazione completa in *Das Problem der Souveränität*, dove lo Stato è descritto come un «sistema giuridico» e la sovranità come «una qualità di tale sistema»³.

Nel 1934 viene pubblicato *Reine Rechtslehre*, un compendio della dottrina kelseniana del diritto formulata negli anni precedenti, in cui Kelsen riconduce le norme di diritto positivo alla sfera del *dover essere* e dove ribadisce che l'intero sistema giuridico si fonda su una norma logico-trascendentale: la *Grundnorm*.

Con riferimento ai lavori sopra citati è interessante notare – con le parole di uno dei più ed originali critici di Kelsen, il socialista Hermann Heller – la *de-sostanzializzazione* della sovranità e dello Stato che, già in *Das Problem der Souveränität*, rendeva *superflua qualsiasi distinzione tra diritto interno e diritto internazionale, ponendo così la premessa su cui avrebbe fondato quello che gli studiosi hanno definito come il «monismo giuridico» kelseniano*⁴. Dal punto di vista della teoria politica, la «purificazione» del diritto da caratteri fattuali, storici e sociologici ha in sé un obiettivo del tutto politico: offrire una risposta, sul fronte interno, alla crisi della Repubblica di Weimar, la cui unità politica appariva sul punto di collassare e, sul fronte esterno, alla debolezza della Lega delle Nazioni. In entrambi i casi, la «salvezza» si fonda non sul «politico» bensì sul «giuridico», al quale Kelsen ascrive il

³ Vedi H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J.B.C. Mohr, Tübingen 1920; trad. a cura di A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Un contributo ad una teoria pura del diritto*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 71 e 156-157.

⁴ Vedi H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur des Staates und Völkerrechts*; trad., *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello stato e del diritto internazionale*, in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina dello stato e del diritto internazionale*, a cura di P. Pasquino, Giuffrè, Milano 1989, pp. 126-128 e 140 ss.

carattere della «oggettività», che si oppone alla «soggettività» della politica dalla quale conseguono contrasti, violenze e conflitti, come gli anni '20 del Novecento hanno dimostrato drammaticamente per la democrazia tedesca ed europea.

Per uno storico delle dottrine, la «dottrina pura del diritto» sembra un tentativo, condiviso o meno, di *neutralizzare* e *razionalizzare con gli strumenti della scienza giuridica* il conflitto politico e sociale del periodo weimariano; un medesimo processo di neutralizzazione – sebbene da diverse premesse e con esiti differenti – veniva tentato da due grandi rivali contemporanei di Kelsen: Schmitt e Heller. L'idea di neutralizzare i conflitti è centrale per Kelsen, anche quando si occupa specificamente del diritto internazionale.

La concezione formalistica di Kelsen del diritto e, dunque, della sovranità e dello Stato nonché l'ostinazione e la determinazione con cui egli ha inteso separare la *forma* dal *fatto*, il *dover essere* dall'*essere*, lo induce a riconsiderare il rapporto tra il diritto statale e quello internazionale. Di conseguenza, a mio avviso, negli anni '20 e '30 – il suo «periodo europeo» – l'interesse di Kelsen nei confronti del diritto internazionale è strettamente e necessariamente correlato con la formulazione della sua teoria pura del diritto e, quindi, con il suo *formalismo giuridico*.

A seguito del suo trasferimento dall'Europa – era una vittima dei regimi nazista e fascista – Kelsen giunge negli Stati Uniti d'America con un rinnovato interesse per gli studi internazionalistici. Produce *Law and Peace in International Relations*, una raccolta di saggi relativi ai problemi posti dall'ordinamento internazionale, nel 1942; *General Theory of Law and State*, nel quale molte pagine sono dedicate al diritto internazionale, nel 1945; *Peace through Law* nel 1944.

Sono i concetti di *pace* e di *diritto* quelli che Kelsen si occupa di approfondire ed analizzare durante il periodo americano, oscillando tra l'idea della pace come uno «scopo» del diritto e l'idea della pace come una «tendenza» del diritto. Al di là di questa oscillazione, tanto in *Peace through Law* quanto in *General Theory of Law* e nella seconda edizione di *Reine Rechtslehre* (1960), Kelsen concepisce il diritto eminentemente come uno «strumento di pace»⁵.

⁵ Vedi H. KELSEN, *Peace Through Law*, The University of North

A mio parere nel saggio del 1944 c'è una tensione tra «forma» e «realtà», tra «dover essere» ed «essere», che il formalista Kelsen si preoccupa costantemente di tenere sotto controllo ma che comunque resta presente e viva. È all'inizio di questo lavoro che Kelsen denuncia la guerra come «la più grande disgrazia della civiltà» e sostiene che «il primo e più importante obiettivo è riuscire ad assicurare la pace a livello internazionale». Si tratta di una dichiarazione che facilmente si presta ad essere considerata un mero slogan pacifista. Tuttavia, se teniamo a mente ciò di cui stiamo parlando, tale dichiarazione rappresenta, anche solo per un breve momento, «l'irrompere» del reale all'interno dell'astratta ed asettica teoria giuridica kelsiana⁶, con il riconoscimento della violenza e della conflittualità come conseguenza della guerra.

Per Kelsen nel 1944 parlare di diritto internazionale significava occuparsi di come mantenere la pace contro la continua minaccia della guerra. La pace potrebbe essere perseguita dal diritto in un duplice senso: ad un livello teoretico-giuridico e ad un livello teorico-politico. Per quanto riguarda il primo, è necessario riconoscere l'intrinseca armonia tra diritto statale e diritto internazionale. Non vi sono differenze tra i due; piuttosto il diritto internazionale avrebbe la precedenza su quello statale (precedenza che tuttavia Kelsen non è mai riuscito a giustificare convincentemente). La sfida, pertanto, consiste nel realizzare un «ordinamento giuridico globale centralizzato» che, come tale, abbia capacità sanzionatorie. A livello teorico-politico, per Kelsen un «ordinamento giuridico globale centralizzato» impone d'impegnarsi costantemente per sostituire il sistema degli Stati-nazione con una federazione mondiale⁷.

Naturalmente Kelsen è ben conscio della difficoltà, se non dell'impossibilità, di una simile impresa: in un saggio del 1944 ha proposto infatti un più realistico «programma a breve termine» che, attraverso una serie di meccanismi giuridici, con-

Carolina Press, Cappel Hill 1944; trad., *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, Torino 1994, pp. 35-36.

⁶ Vedi *ivi*, pp. 40-43.

⁷ Vedi *ivi*, pp. 43-44.

tribuirebbe in qualche modo alla creazione di un mondo più pacifico ed al miglioramento delle relazioni internazionali.

Nella prospettiva della priorità del diritto internazionale Kelsen tenta di fare insediare una corte internazionale, dotata di una giurisdizione obbligatoria alla quale i singoli Stati dovrebbero ricorrere. Propone inoltre una corte internazionale – internazionale non solo quanto a base giuridica ma anche nella sua composizione – competente sui crimini di guerra. Dal suo punto di vista Kelsen ritiene che una corte simile sia più imparziale dei tradizionali tribunali militari; sottolinea inoltre come si dovrebbero giudicare non solamente i crimini di guerra, commessi dagli Stati sconfitti, ma anche quelli commessi dagli Stati vittoriosi.

In *Peace through Law* emerge chiaramente la dicotomia (sicuramente non originale di Kelsen) tra «le spinte bellicose e nazionalistiche» di un ordinamento internazionale fondato sulla convinzione della precedenza del diritto statale e la «tendenza pacifista» di un ordinamento internazionale basato sulla priorità del diritto internazionale⁸.

2. *Diritto internazionale e formalismo giuridico in Hans Kelsen*

Nella parte precedente ho delineato brevemente alcuni caratteri secondo me particolarmente rilevanti della teoria kelseniana del diritto internazionale. Adesso vorrei focalizzare l'attenzione sul carattere *formalistico* di questa teoria.

La teoria del diritto internazionale, proposta da Kelsen, è anzitutto e principalmente formalistica in quanto conseguenza necessaria ed inevitabile del processo di formalizzazione del diritto, a parte il fatto che il «monismo giuridico», al quale mi sono riferita in precedenza, sarebbe teoricamente inconcepibile. Questa teoria è formalistica perché il diritto e lo stesso diritto internazionale non hanno riferimenti a quello che possiamo definire il mondo reale: riferimenti cioè alla dimensione politica, storica o economica. Come ha fatto rilevare Koskenniemi in *The Gentle Civilizer of Nations*, «Kel-

⁸ Vedi *ivi*, pp. 55 e 104 ss.

sen non ha mai tentato di evitare il confronto con la politica ma semplicemente ha sostenuto, sin dalla sua *Habilitationschrift*, che diritto e politica fossero due ambiti distinti».

Da mio punto di vista, la teoria kelseniana del diritto internazionale è formalistica anche quando, come in *Peace through Law*, il diritto viene definito uno strumento di pace perché esso è intrinsecamente logico, razionale e, vorrei aggiungere, è logico e razionale perché, come chiarito in precedenza, per Kelsen in diritto appartiene al mondo del «dover essere» piuttosto che a quello riguardante l'«essere». Dal punto di vista della teoria politica, il saggio del 1944 costituisce un elogio alla priorità della conoscenza e della scienza oltre il disordine della realtà empirica, umana e politica: è un inno al primato della *forma* sulla «realtà» o sul *fatto*, della «oggettività» sulla «soggettività»; è un primato che, in ultima analisi, è riconducibile alla distinzione *epistemologica* tra diritto e politica, che Kelsen ha proposto sin dagli anni 1910 e 1920.

Non entro nel merito della validità scientifica della teoria kelseniana del diritto internazionale: non rientra nelle mie competenze. Mi limiterò ad operare un accostamento, che ho trovato molto interessante, tra il formalismo del giurista di Praga e l'anti-formalismo di Koskenniemi.

In una serie di articoli, apparsi all'inizio del Ventunesimo secolo⁹, Koskenniemi fa notare la distanza sostanziale che esiste oggi tra l'approccio americano e quello europeo al diritto internazionale. Con riferimento all'approccio americano, il diritto sarebbe concepito essenzialmente come uno strumento per conseguire determinati scopi e dunque, se fallisce o, peggio, se crea ostacoli al raggiungimento di questi obiettivi, esso dovrebbe essere accantonato. L'approccio europeo, invece, è legalistico: il diritto, concepito come un insieme di principi giusti ed universali, è «l'unico mezzo che ci può salvare».

⁹ Mi riferisco a M. KOSKENNIEMI, *Perceptions of Justice: Walls and Bridges between Europe and the United States*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004; ID., *International Law in Europe: Between Tradition and Renewal*, in *European Journal of International Law*, n. 16/2005, pp. 113-124 e 305-314; ID., *The Fate of International Law. Between Technique and Politics*, in *The Modern Law Review*, n. 70/2007, pp. 1-32.

Nel primo caso, con una certa semplificazione, il *fatto* prevale sulla *forma*; nel secondo caso avviene l'inverso. A suo avviso, l'impero americano non rappresenta l'unico ostacolo all'idea di un «mondo governato da unico diritto internazionale». Koskenniemi fa riferimento anche ad un processo in corso di «de-formalizzazione» ossia ad «una sempre maggiore gestione degli affari mondiali da enti non territoriali flessibili ed informali»; ad un processo di «frammentazione»; ad «una sempre maggiore partizione della normativa internazionale in settori specialistici». Sono questi i «tre fattori che contraddicono la convinzione europea che il mondo stia procedendo verso uno stato di diritto».

Al contempo Koskenniemi tiene conto della visione legalistica europea in base alla quale il diritto internazionale si trova progressivamente in crisi a causa del fallimento della presunta comunità internazionale nel fornire una risposta efficace e soddisfacente alle crisi umanitarie ed ai conflitti.

Anche con le dovute distinzioni teoriche, politiche e storiche, mi sembra che, sotto certi aspetti, l'attuale contrapposizione tra *legalismo* e *strumentalismo* rievochi fortemente sul piano del diritto internazionale l'opposizione, sorta durante il periodo di Weimar, tra il *formalismo giuridico* di Kelsen ed il *decisionismo* di Schmitt: l'ordine politico è una questione di *legalità* per il primo ed una questione di *legittimità* per il secondo; per il primo la sovranità è un ordinamento giuridico mentre per il secondo è sovrano «chi decide dell'unità politica sullo stato di eccezione».

Non c'è dubbio che la *disputa* tra Kelsen e Schmitt sia «una questione del passato», tuttavia il dilemma non muta: negli ordinamenti statali ed internazionali è la *forma* o il *fatto* che deve avere la precedenza? Il diritto o la politica?

Nei suoi lavori – penso ad esempio a *The Gentle Civilizer of Nations* ed a *From Utopy to Apology* – Koskenniemi offre un'alternativa all'approccio legalistico e strumentale. Agli internazionalisti, che continuano ad «enfaticizzare la funzione strumentale del diritto per realizzare gli ideali normativi dell'ordinamento mondiale» e che, tuttavia, «hanno difficoltà ad integrare i loro propositi descrittivi e normativi con studi analitici concernenti il contenuto del diritto», Koskenniemi ribatte che il diritto internazionale attualmente dovrebbe essere

«mantenuto come un progetto politico»¹⁰. Tutto ciò, come egli chiarisce, implica tra l'altro di «ripensare le attività delle istituzioni *non come tecnica di produzione di una logica anonima* bensì come *scelte di uomini e donne ben posizionati nei vari ambiti in cui si svolge l'azione di governo*».

Non si tratta di fare prevalere il legalismo o lo strumentalismo: il problema è d'invocare «pace» e «giustizia» rispetto all'idea di guerra preventiva. Si tratta di dare «sostanza» a questi principi, ma per fare questo – evidenzia Koskenniemi – il diritto internazionale non può più essere considerato come «una tavola di leggi eterne ed immutabili consegnate da Dio agli uomini sul monte Sinai». A mio avviso qui troviamo uno degli aspetti principali dell'anti-formalismo di Koskenniemi che, in confronto al formalismo kelseniano, consiste esattamente in *un riesame critico del rapporto tra forma e fattualità, tra norme e politica* o, per citare Kelsen, *tra dover essere ed essere*: non si tratta di affermare che il diritto internazionale è un insieme di regole logiche, necessarie ed universali, la cui precedenza aprirà magicamente tutte le porte di una nuova età dell'oro, o, al contrario, di denigrare il diritto internazionale come un esercizio di retorica, cara a chi è troppo debole per imporre la propria forza o volontà. Si tratta piuttosto di dare *contenuto* alla *forma* o, come scrive Koskenniemi, di comprendere che «il diritto internazionale non riguarda solo gli affari di governo; si tratta di tutelare i gruppi vulnerabili, i cui interessi non sono rappresentati attraverso gli organi di governo» e di garantire che il diritto internazionale sia effettivamente un elemento da prendere in considerazione.

¹⁰ Vedi M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.

Indice

MARTTI KOSKENNIEMI, <i>La forma del diritto</i>	5
THOMAS GUTMANN, <i>Tra apologia e utopia</i>	17
MEHRDAD PAYANDEH, <i>Oltre l'apologia e l'utopia</i>	27
SCOTT S. DAVIDSON, <i>Tra l'incudine e il martello. La riflessione di Martti Koskenniemi sul diritto internazionale</i>	43
SARA LAGI, <i>Hans Kelsen e il diritto internazionale in Europa ed in America</i>	57



Questo volume è stato impresso
nel mese di maggio dell'anno 2013
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477
Internet: www.edizioniesi.it